



Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie

Preprints

aus der Max-Planck-Projektgruppe

Recht der Gemeinschaftsgüter

Bonn

1998/1

Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft

von

Prof. Dr. Christoph Engel

Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft

Die Aufgabe der Rechtswissenschaft nach der Öffnung der Rechtsordnung für sozialwissenschaftliche Theorie*

Inhaltsverzeichnis

I. Fragestellung	2
1. Der Nutzen sozialwissenschaftlicher Theorie für das Recht	2
2. Der Nutzen ihrer juristischen Rezeption für sozialwissenschaftliche Theorie	5
3. Das Verhältnis von Rechtswissenschaften und Sozialwissenschaften	7
II. Recht und Theorie	7
1. Unvereinbares Verständnis von Recht	8
a) Naturrecht	8
b) Positivismus	9
c) Systemtheorie	11
2. Weitergehende Aufgaben von Recht	12
3. Gebundene Entscheidung	15
4. Ergänzende Erkenntnismittel	15
5. Entscheiden trotz Erkenntnisgrenzen	16
6. Konzeptionelle Schnitte	17
III. Rechtswissenschaft und Theorie	19
IV. Recht und sozialwissenschaftliche Theorie	22
1. Die grundsätzliche Kompatibilität von Recht und sozialwissenschaftlicher Theorie	22
2. Unterschiedliche Erkenntnisinteressen	23
3. Andere Methoden	26
V. Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft	28

* Meinem Mitarbeiter *Stephan Tontrup* danke ich für Anregungen und Material zu der rechtsphilosophischen Dimension des Themas.

I. Fragestellung

Auch ein Glückwunsch kann befangen machen. Vor ein paar Monaten nahm mich ein Kollege, auf dessen Wohlwollen ich bauen kann, beiseite und sagte: es fasziniere ihn, daß ich mich an dem jahrzehntelangen Streit um die Erlaubtheit ökonomischer Argumente im Recht nicht beteilige und einfach an praktischen Rechtsfragen zeige, wie nützlich diese Integration zweier Wissenschaften ist. In der Tat bin ich aus vielfachem eigenen Erleben vom Nutzen sozialwissenschaftlicher Theorie für das Recht überzeugt (1). Auf ganz andere, aber nicht weniger wichtige Weise profitieren umgekehrt die Sozialwissenschaften von ihrer Rezeption durch das Recht (2). Leisten kann diese Integration nur die Rechtswissenschaft. Der Rechtspraxis fehlt dafür nicht nur die Zeit. Einen Schritt in die fremde geistige Welt einer sozialwissenschaftlichen Theorie kann die Rechtspraxis vielmehr nur verantworten, wenn die Rechtswissenschaft zuvor die prinzipielle Tauglichkeit dieses Theorieangebots zur Lösung bestimmter Rechtsprobleme plausibel gemacht hat. Der Großteil der deutschen Rechtswissenschaft zeigt sich gegenüber sozialwissenschaftlicher Theorie einstweilen aber spröde. Wie erklärt sich diese Skepsis? Ist sie begründet (3)?

1. Der Nutzen sozialwissenschaftlicher Theorie für das Recht

Juristen nehmen ganz unterschiedliche Aufgaben wahr. Sind sie, etwa als Ministerialbeamte, offen rechtspolitisch tätig, erheben sie selten prinzipiellen Widerspruch gegen den Nutzen sozialwissenschaftlicher Theorie; in welchem Ausmaß sie praktisch davon Gebrauch machen, steht auf einem anderen Blatt. Helfen kann solche Theorie dann gleich auf zwei Ebenen: bei der Bewältigung des konkreten rechtspolitischen Problems, aber auch bei der Fortentwicklung der Institutionen, in denen unser Gemeinwesen solche Probleme löst. Auf der konkreten Ebene helfen die Sozialwissenschaften nicht nur bei der analytischen Durchdringung des Problems, sondern auch bei der Auswahl der Instrumente. Auf der abstrakten Ebene lernt die Rechtsordnung, um nur ein Beispiel zu geben, über den Nutzen und die Gefahren eines Wettbewerbs der regelsetzenden Instanzen¹. Da Rechtspolitik selten im Niemandsland stattfindet, dient ihr sozialwissenschaftliche Theorie vor allem als kritische Instanz. Juristen lernen, daß überkommene Lösungen schon immer unglücklich waren oder jedenfalls ihrem veränderten Gegenstand nicht mehr angemessen sind.

Juristen sind auch dann lernbegierig, wenn sie keine interdisziplinäre Ausrichtung haben. Dann versuchen sie vor allem, aus fremden Erfahrungen zu lernen. Klassische Hilfsmittel sind die Rechtsgeschichte und die Rechtsvergleichung. Im ersten Fall geht es um die Erfahrungen der Vorväter, im zweiten Fall um die Erfahrungen anderer Nationen. Anderes Vergleichsmaterial wird erst langsam entdeckt. Das Wirtschaftsrecht ist vielfach in branchenspezifischen Regeln niedergelegt. Dann kann es von den Erfahrungen mit der Regulierung verwandter Branchen lernen. Zwischen den traditionell wissenschaftlich getrennten Welten des öffentlichen und des privaten Rechts gibt es eine Viel-

1 Dazu anregend der von *Lüder Gerken* herausgegebene Band: *Competition among Institutions*, Houndmills 1995.

zahl struktureller Parallelen². Vergleichen kann man schließlich auch nationales Recht mit dem Völker- oder Europarecht. Jeder Vergleichler muß sich aber vor vorschnellen Parallelen hüten. Außerdem muß er sich der Einbettung konkreter Regeln in die Systematik und Kultur der jeweiligen Rechtsordnung bewußt bleiben. Das ist das Credo der funktionellen Rechtsvergleichung³. Es gilt auch für alle anderen Arten der Vergleichung. Der Vergleichler muß also hinter dem Phänotyp der beobachteten fremden Regeln mit dem eigenen Regelungsproblem gemeinsamen Genotyp entdecken. Das gelingt am leichtesten, wenn er sich von einer Theorie über die Funktion dieser Regeln anleiten läßt.

Mit der funktionellen Rechtsvergleichung sind wir durch die Hintertür bereits von der Rechtspolitik zur Rechtsdogmatik übergewechselt. Denn jede Rechtsordnung muß anerkennen, daß sie nicht allein auf der Welt ist. Menschen reisen ins Ausland. Sie ziehen dorthin um, verheiraten sich oder machen auf dem Schiff ihr Testament. Immer stellt sich dann die Frage, welche Rechtsordnung auf solche international verknüpften Sachverhalte anzuwenden ist. Soweit sie dem Privatrecht angehören, fühlen sich die meisten Rechtsordnungen der Welt dem Prinzip des internationalen Entscheidungseinklangs verpflichtet. Ein kompliziertes Kollisionsrecht entscheidet darüber, auf welchen Aspekt eines Sachverhalts die Regeln welchen Landes anzuwenden sind. Welcher Anknüpfungspunkt dabei geeignet erscheint, entscheiden die Rechtsordnungen nach dem geregelten Gegenstand. So kommt es nach deutscher Auffassung etwa für die Wirksamkeit der Eheschließung kumulativ auf die Normen der beiden Rechtsordnungen an, deren Staatsangehörigkeit die Verlobten im Moment der angeblichen Hochzeit hatten.

Was ist nun aber mit dem Begriff der Eheschließung gemeint? Genügt es, wenn sich eine Nonne durch die ewigen Gelübde dem Heiland vermählt? Daß die katholische Kirche dabei die gleiche Rhetorik verwendet, kann offensichtlich nicht den Ausschlag geben. Auch der Kollisionsrechtler muß vielmehr hinter den Phänotyp zurück und auf den Genotyp gehen. Er muß mit anderen Worten funktionelle Rechtsvergleichung betreiben⁴. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß nach ganz herrschender deutscher Auffassung aus der Sicht der eigenen Rechtsordnung zu qualifizieren ist⁵. Es kommt in unserem Beispiel also nicht darauf an, was in einem arabischen Scheichtum unter Ehe verstanden wird. Das enthebt den Familienrichter aber nicht der Frage, ob die muslimische Vielehe auch in deutschen Landen wirksam ist. Es ist nicht nur die Frage nach dem deutschen *ordre public*⁶. Es geht also nicht nur darum, ob die mehrfache Eheschließung deutschen Gerechtigkeitsvorstellungen unerträglich erscheint. Vielmehr muß der Rechtsanwender zunächst einmal entscheiden, ob die rechtlich verfestigte Bindung eines

2 Einem Beispiel geht mein Diskussionsbeitrag bei der Staatsrechtslehrertagung nach, vgl. *Christoph Engel*, VVDStRL Bd. 57, 1997, im Erscheinen. Er zieht die Parallele zwischen dem Übermaßverbot der Grundrechtsdogmatik und dem allgemeinen Deliktsrecht.

3 Klassisch *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Tübingen³ 1996 § 3.

4 Vgl. nur *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, Tübingen³ 1997 § 17: „Funktionelle [...] Qualifikation“.

5 Ebd. § 16 I.

6 S. dazu *Kropholler* (FN 4) § 36.

Mannes an eine Vielzahl von Frauen überhaupt eine Ehe darstellt - und nicht ein der deutschen Rechtsordnung unbekanntes familienrechtliches Institut anderer Art. Bei der Antwort auf diese Frage können ihm sozialwissenschaftliche Erkenntnisse über die Funktion der Einehe helfen.

Der Nutzen sozialwissenschaftlicher Theorie für die Rechtsdogmatik beschränkt sich jedoch nicht auf solche ungewöhnlichen, ja fast schon skurrilen Konstellationen. Die Begründung fällt leichter, wenn ich mir zunächst den Hut des Rechtspraktikers aufsetze. Zu den Erfahrungen, die jeder Jurastudent schon in seinen ersten Semestern macht, gehört der unfertige Zustand unserer Rechtsordnung. Ihre Einheit und Widerspruchsfreiheit ist immer nur Ziel, nicht Zustandsbeschreibung. Nicht nur zahlreiche Generalklauseln lassen dem Rechtsanwender einen breiten Entscheidungsfreiraum. Mit ein bißchen juristisch-mechanischer Geschicklichkeit kann ein Jurist vielmehr auch scheinbar starre Regeln beweglich machen und so einem „unabweisbaren Bedürfnis der Praxis“, vulgo: dem Interesse seines Klienten zum Durchbruch verhelfen. Bis heute habe ich dafür keine bessere Formulierung gefunden als den Satz, den mir ein erfahrener Richter in meiner Referendarzeit mit auf den Weg gegeben hat: Unsinn steht nicht im Gesetz. Dieser Befund stellt der deutschen Rechtsordnung nicht etwa ein miserables Zeugnis aus. Im Gegenteil belegt die Rechtsgeschichte, daß alle Rechtsordnungen gescheitert sind, die versucht haben, den Richter zur bloßen „bouche de la loi“, also zum Subsumtionsautomaten zu degradieren. Die Besonderheiten aller Fälle, die er mit seiner neuen Regel erfaßt, kann kein Gesetzgeber der Welt überblicken. Die rechtliche Steuerung der Gesellschaft ist unvermeidlich ein Prozeß. Der geregelte Gegenstand ist ebenso im Fluß wie die normativen Anforderungen an ihn. Der Gesetzgeber kann in diesen Prozeß nur gelegentlich steuernd eingreifen. Die Feinarbeit muß er den Rechtsanwendern überlassen.

Den Rechtssoziologen interessiert, warum sich trotzdem so viele deutsche Rechtsanwender vorgaukeln, sie fänden nur die im Gesetz bereits angelegte Lösung. Den Justizpolitiker, aber auch den Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule interessiert, wie sich das Verhalten der Juristen ändert, wenn man ihnen die Rolle stärker bewußt macht, die sie tatsächlich wahrnehmen. In unserem Zusammenhang interessiert dagegen vor allem, mit welchen Hilfsmitteln die deutschen Rechtsanwender denn tatsächlich die Spielräume füllen, die ihnen die Rechtsordnung läßt. Es sind vor allem zwei: Alltagstheorien einerseits und Erfahrung sowie die Anschauung des konkreten Einzelfalls andererseits. Mit der Bedeutung von Erfahrung und Anschauung müssen wir uns noch intensiv auseinandersetzen⁷. Daß durchdachte, also sozialwissenschaftliche Theorie besser ist als Alltags-theorien, läßt sich dagegen schwer bestreiten.

Gute sozialwissenschaftliche Theorie stiftet dabei für den Rechtsanwender gleich doppelten Nutzen. Sie dient ihm zunächst als Heuristik. Sie erlaubt ihm also, an den Normenbestand die dem regelungsbedürftigen Problem gerecht werdenden Fragen zu stellen. Die Tätigkeit des Rechtsanwenders beschränkt sich aber nicht darauf, die richtige, vorsichtiger: die nach seinem Urteil beste Entscheidung zu finden. Vielmehr muß er seine Entscheidung regelmäßig auch begründen. Je besser die sozialwissenschaftliche Theorie und je souveräner der Rechtsanwender sie handhabt, um so überzeugender kann er sein. In der Hand des Juristen wandelt sich sozialwissenschaftliche Theorie also zum

7 Dazu unten II 4.

rhetorischen Werkzeug. Sie nützt dem Juristen nicht nur bei der Herstellung, sondern auch bei der Darstellung seiner Entscheidung⁸.

Die Notwendigkeit der Begründung juristischer Entscheidungen macht auf eine letzte Funktion aufmerksam, die sozialwissenschaftliche Theorie für das Recht erfüllen kann. Die Bereitschaft der Menschen, Rechtsregeln nur deshalb zu befolgen, weil sie gelten, ist eine äußerst knappe Ressource. Langfristig haben Regeln nur Bestand, wenn sie von den Rechtsunterworfenen als sinnvoll akzeptiert werden. Sozialwissenschaftliche Theorie erfüllt auch in dieser Hinsicht eine doppelte Aufgabe. Sie macht dem Juristen zunächst bewußt, „daß aus dem Gestaltungsmonopol von Recht noch keineswegs eine Lenkungscompetenz erwächst“⁹. Sie leitet den Juristen auch bei der Verbesserung des geltenden Rechts an. Zugleich hilft sie ihm aber auch bei seinem Werben um Verständnis für sinnvolle Regeln.

2. *Der Nutzen ihrer juristischen Rezeption für sozialwissenschaftliche Theorie*

Jeden Wissenschaftler freut es, wenn seine Arbeit wahrgenommen wird. Deshalb verwundert nicht, daß die Berührungängste, die Sozialwissenschaftler gegenüber der Juristerei empfinden, regelmäßig viel geringer sind als umgekehrt. Die juristische Rezeption schmeichelt aber nicht nur der Eitelkeit von Sozialwissenschaftlern. Vielmehr wirken Rechtsbildung und Rechtsanwendung wie der Transmissionsriemen zwischen sozialwissenschaftlicher Theorie und Praxis. Gerade haben wir gesehen, daß nicht nur die Ministerialbeamten, sondern potentiell jeder Richter und Anwalt wirtschaftspolitische Akteure sind. Das unterscheidet sie vom genuinen Sozialwissenschaftler, der oft nur Beobachter, jedenfalls aber nicht mehr als Berater ist. Praktisch tätige Juristen entscheiden dagegen.

Die Bedeutung des Rechts für die Sozialwissenschaften geht sogar noch darüber hinaus. Denn fast alle Rechtsordnungen haben die Normenmasse in ein Rangverhältnis gebracht¹⁰. Am deutschen Beispiel: Die Verfassung steht über dem einfachen Recht. Bundesrecht bricht Landesrecht. Das Gesetz geht der Verordnung vor. Europarecht setzt sich zumindest gegen einfaches Bundesrecht durch. Völkerrecht verdrängt im praktischen Ergebnis regelmäßig entgegenstehendes nationales Recht. Durch diese vielen verschiedenen Stufenverhältnisse ist ein Weg zur Lösung eines Problems aufgezeigt, das Geoffrey Brennan und James Buchanan für fast unlösbar hielten. Politiker sind keine wohlwollenden Diktatoren. Sie denken bei der Regelbildung also nicht nur an das gemeine Wohl, sondern auch an ihre persönlichen Interessen, zum Beispiel an den Erhalt

8 Die plastische Unterscheidung von Herstellung und Darstellung verdanke ich *Martin Morlok*.

9 *Gerhard Wegner*, Wirtschaftspolitik zwischen Selbst- und Fremdsteuerung - Ein neuer Ansatz (Contributions Jenenses 3) Baden-Baden 1996, S. 32.

10 Die wichtigste Ausnahme ist das englische Recht. England fehlt nicht nur eine geschriebene Verfassung. Vielmehr ist die Sovereignty of Parliament auch nicht durch ungeschriebenes Verfassungsrecht beschränkt. Deshalb gibt es bis heute im englischen Recht auch keinen Grundrechtskatalog. Auch England ist allerdings kein reines System mehr. Das Recht der Europäischen Gemeinschaft und die Europäische Menschenrechtskonvention übernehmen inzwischen teilweise die Funktion kontinentaler Verfassungen. Auch kann das Parlament Rechtssetzungsmacht an die Exekutive delegieren. Diese Normen gehen den Gesetzen dann im Rang nach.

der politischen Macht und damit an den Ausgang der nächsten Wahl. Wie soll man nun erreichen, daß gerade diese Politiker institutionelle Vorkehrungen gegen den Mißbrauch ihrer eigenen Macht vorsehen? Brennan und Buchanan behandeln das als verfassungspolitisches Problem, zu dessen Lösung sie letztlich nur an die Zivilmoral appellieren können¹¹. Für das deutsche Recht ist das Problem zumindest teilweise bereits gelöst: Die deutschen Politiker sind bei der Mehrung ihres persönlichen Vorteils nicht vollständig frei, sondern dem höherrangigen Recht und den Gerichten unterworfen, die diese Normen anwenden. Praktisch geht es vor allem um das Bundesverfassungsgericht, aber auch um den Luxemburger Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und den Straßburger Gerichtshof der Menschenrechtskonvention.

Natürlich ist auch das kein Wundermittel. Vielmehr drängt sich die Frage auf: Wer kontrolliert die Kontrolleure? Warum sollten mit anderen Worten die Richter die letzten wohlwollenden Diktatoren sein? Andererseits lehrt die Erfahrung, daß es jedenfalls in Deutschland wirklich keine korrupten Richter gibt. Die relativ dichte soziale Kontrolle innerhalb ihrer peer group mag dafür verantwortlich sein, daß Richter wirklich relativ selten ihre persönlichen Interessen mit der Rechtslage verwechseln. Vor allem steht in Deutschland mit der Verfassungsgerichtsbarkeit aber eine Institution bereit, die nach Organisation und Verfahren relativ gut gegen den Durchgriff der Interessen abgeschirmt ist, die auf politische Entscheidungen Einfluß nehmen. Selbst wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit stärker von Eigeninteressen der Richter geprägt wäre, wären das jedenfalls ganz andere Interessen als die, die den Prozeß der Regelbildung im Parlament verzerren. Ja mehr noch: Da die Kontrolle der Politik an den Maßstäben des Rechts die eigentliche Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist, steht zu erwarten, daß sie ihre eigene Existenz am besten durch die wirksame Kontrolle der Politik legitimiert.

Schließlich nützt ihre juristische Rezeption der sozialwissenschaftlichen Theorie noch auf eine ganz andere Weise. Die theoretischen Konzepte müssen in ihrer juristischen Anwendung den Praxistest bestehen. Durch das juristische Fallmaterial erhalten die Sozialwissenschaften überdies empirische Erkenntnisse, die sie mit ihren traditionellen empirischen Methoden so nicht gewinnen könnten. Statistische oder demoskopische Erhebungen gehen von vornherein ganz anders vor. Interviews sind um ein klassisches Problem belastet, das sich in ökonomischen Kategorien am leichtesten formulieren läßt: Wie gelingt es, die Interviewpartner zur Offenbarung ihrer wahren Präferenzen zu bewegen? Weil es im Rechtsstreit um etwas geht, ist das jedenfalls sehr viel wahrscheinlicher¹². Außerdem fördert ein Prozeß nicht nur einzelne Fakten zu Tage, sondern zeichnet regelmäßig ein plastisches Bild von einem Konflikt. Diese Anschauung kann auch die Sozialwissenschaften auf bisher vernachlässigte Fragen aufmerksam machen.

11 *Geoffrey Brennan/James M. Buchanan*, Die Begründung von Regeln, Konstitutionelle Politische Ökonomie (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 83) Tübingen 1993, S. 177 - 198.

12 Dabei soll natürlich nicht geleugnet werden, daß Prozeßparteien vorsätzlich lügen, sich im Zivilprozeß vielleicht gar gemeinsam eine fiktive Wirklichkeit zimmern.

3. *Das Verhältnis von Rechtswissenschaften und Sozialwissenschaften*

Meine wissenschaftliche Überzeugung habe ich damit formuliert. Sie stellt zugleich das forschungspolitische Programm der neuen Max-Planck-Projektgruppe in Bonn dar. Unter dem Titel „Das Recht der Gemeinschaftsgüter“ soll sie Rechtswissenschaften mit Ökonomie und Politikwissenschaften integrieren. Bevor wir damit beginnen, scheint mir aber erforderlich, daß wir uns der Grenzen vergewissern, die dieser Integration gesteckt sind.

Man kann das auf zwei ganz unterschiedliche Arten tun. *Stephan Tontrup* geht der Frage rechtsdogmatisch und damit methodisch nach¹³. Ich konzentriere mich dagegen auf das Verhältnis der Wissenschaften zueinander. Provokant gefragt: Behält die Rechtswissenschaft noch ein Proprium, wenn sie sich in der skizzierten Weise auf sozialwissenschaftliche Theorie einläßt? Die Frage stellt sich im deutschen Recht mit besonderer Schärfe, weil es ein gelehrtes Recht ist. Dadurch unterscheidet es sich besonders vom angelsächsischen Recht. Diese Rechtsordnungen leben vor allem aus der überzeugenden Entscheidung anschaulicher Einzelfälle. Nach dem Grundsatz des *stare decisis* besteht Rechtsanwendung dort vornehmlich darin, neue Fälle mit dem Bestand der bereits entschiedenen Fälle zu vergleichen. Der Wissenschaft kommt in solch einer Rechtsordnung nur eine Dienstleistungsfunktion zu. Sie versucht sich immer neu an der Systematisierung dieser Einzelentscheidungen. Das deutsche Recht folgt dagegen dem historischen Vorbild des römischen Rechts. Es besteht aus abstrakten, immer neu zum System gedachten Sätzen. Das ist eine Aufgabe, die die Rechtspraxis stets nur ausschnittartig, häufig nur tentativ erfüllen kann. Der wichtigste Motor der Rechtsentwicklung ist in Deutschland deshalb die Rechtswissenschaft.

Unsere Frage nach dem Proprium der Rechtswissenschaft möchte ich in drei Schritten beantworten: Wir müssen uns zunächst über das Verhältnis von Recht und Theorie vergewissern (II). Daraus leitet sich das Verhältnis von Recht und Rechtswissenschaft ab (III). Aus beidem schließlich das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft (IV).

II. *Recht und Theorie*

Wer die Sozialwissenschaften ins Recht integrieren will, muß Recht funktionell, als Steuerungsinstrument begreifen. Das ist keine Selbstverständlichkeit (1). Wer diesen Standpunkt grundsätzlich akzeptiert, muß jedenfalls anerkennen, daß Recht nicht nur Steuerungsinstrument ist, sondern noch andere Aufgaben zu erfüllen hat (2). Außerdem ist juristische Erkenntnis nie vollständig frei. Vielmehr ist sie stets im Erkenntnisverfahren, oft darüber hinaus in der Sache gebunden (3). Dem Recht stehen Erkenntnismittel zur Verfügung, auf die die Sozialwissenschaften so nicht zugreifen können (4). Andererseits müssen Juristen immer entscheiden, auch dann, wenn sie eigentlich davon überzeugt sind, daß sie noch zu wenig wissen oder verstanden haben (5). Schließlich führt der Umstand, daß eine Frage gerade in juristischen Kategorien diskutiert wird, häufig zu

13 *Stephan Tontrup*, Ökonomik in der dogmatischen Jurisprudenz, in diesem Band.

konzeptionellen Schnitten. Eine für das Recht verwertbare Theorie muß deshalb eine Reihe von Brechungen hinnehmen (6).

1. *Unvereinbares Verständnis von Recht*

Für manche rechtsphilosophische Richtungen ist die Betrachtung des Rechts als Steuerungsinstrument Programm. Am deutlichsten ist das beim kritischen Rationalismus. *Hans Albert* will die Jurisprudenz nach dem Vorbild der schottischen Moralphilosophie als eine Wissenschaft verstehen, die danach strebt, „die Sphäre des menschlichen und damit auch des sozialen Lebens in das Erkenntnisprogramm der theoretischen Realwissenschaften einzubeziehen“¹⁴. Ihr Gegenstand ist dann explizit „die Problematik der sozialen Steuerung“¹⁵. Die jeweiligen positiven Normen werden zu „historisch variablen und kulturell verschiedenen“ Ausprägungen¹⁶. Das Ziel ist die Fusion von Rechtswissenschaften, politischer Ökonomie und Soziologie¹⁷. Ebenso gut paßt solch ein Verständnis vom Recht in das Denkgebäude *Friedrich-August von Hayeks*. Er kritisiert, daß die Gesetze im positivistischen Staat immer mehr zu einfachen Regierungsakten verkommen, statt allgemeine Regeln zu enthalten. Die ökonomische Analyse soll gerade dazu dienen, das Gesetz wieder als Ausprägung verallgemeinerbarer Regeln in sein Recht zu setzen¹⁸.

Andere rechtsphilosophische Schulen wehren sich dagegen in ganz prinzipieller Weise gegen jede Berührung mit Sozialwissenschaften. So ist es beim Naturrechtsdenken (a), beim Positivismus (b) und bei der Systemtheorie (c). All diese Theorien haben einen richtigen Kern. Bei strenger Anwendung nehmen sie dem Recht aber seine wichtigste Funktion, nämlich die Gestaltung der sozialen Wirklichkeit.

a) *Naturrecht*

Die historische Entwicklung hat Deutschland in diesem Jahrhundert gleich zwei Mal gezwungen, sich intensiv mit dem Naturrechtsgedanken auseinanderzusetzen. Nach dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft und erneut nach der friedlichen Revolution in der DDR mußte die Justiz mit dem Einwand von Angeklagten fertig werden, sie hätten auch noch die größten Barbareien im Namen und Auftrag des damals geltenden Rechts vollbracht¹⁹. Will man dem entgehen, liegen zwei Reaktionen nahe. Man kann Recht als „heilig“, als „geschaut“ oder als „offenbart“ begreifen. Dann ist Recht bereits seinem Geltungsgrund nach dem Zugriff der Herrschenden entzogen. Man kann Recht

14 *Hans Albert*, Traktat über rationale Praxis (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 22) Tübingen 1978, S. 63.

15 Ebd. 63.

16 Ebd. 64.

17 Ebd. 81 f.

18 *Friedrich-August von Hayek*, Liberalismus, Tübingen 1979, S. 10.

19 Anschaulich die von *Werner Maihofer* herausgegebene Sammlung, Naturrecht oder Rechtspositivismus? (Wege der Forschung 16) Darmstadt 1962.

statt dessen auch als Kulturleistung, als „gutes altes Recht“ begreifen. Dann erkennt man zwar an, daß es einmal durch menschliche Handlungen entstanden ist. Man stellt sich diesen Prozeß aber so langfristig vor, daß die je Herrschenden das Recht nicht ihrem eigenen Vorteil oder ihrer persönlichen Ideologie unterwerfen können²⁰. Dieser rechtsphilosophische Standpunkt schützt vor Entartungen. Er bezahlt dafür aber einen hohen Preis. Er zieht nämlich eine strikte Grenze zwischen Sein und Sollen²¹. Dadurch wird das Recht blind gegenüber der Wirklichkeit. Dem hält *Carl Schmitt* berechtigt entgegen: „Eine solche gefühlsmäßige, beinahe nachtwandlerische Rechtssicherheit genügt den komplizierten, modernen Lebensverhältnissen nicht mehr und hört auf, wenn an die Stelle fester und eindeutiger Beziehungen rasch wechselnde und vieldeutige treten“²².

Trotzdem hat diese Sicht natürlich einen richtigen Kern. Recht muß mehr bleiben als bloß das Instrument von Sozialingenieuren. Es muß äußerste Grenzen geben, die das Recht auch gegen die überwältigende Kraft des Faktischen und gegen den beinahe einhelligen politischen Willen verteidigt. Ins ökonomische Modell läßt sich dieser Gedanke integrieren, wenn man neben Allokation und Verteilung die Kategorie der Unveräußerlichkeit stellt²³.

b) *Positivismus*

Naturrecht und Positivismus sind feindliche Brüder. Auch der Positivismus zieht nämlich eine strikte Grenze zwischen Sein und Sollen²⁴. Beide Ansätze unterscheiden sich nur in der Herkunft der Regeln. Während das Naturrecht ganz auf Transzendenz oder Tradition setzt, setzt der Positivismus ganz auf Verfahren. Wissenschaftliche Aussagen zum richtigen oder gerechten Recht sind dann ausgeschlossen. Gegenstand der Rechtswissenschaft ist nur, was tatsächlich gilt²⁵. Wissenschaftliche Aussagen der Sozialwissenschaften haben dann für das Recht nur unter der Bedingung Bedeutung, daß sie von einer Norm erkennbar inkorporiert worden sind²⁶. Der Positivismus hält sein System also mit der Vorstellung einer Art dynamischen Verweisung auf den „Stand von Wissenschaft und Technik“ sauber, nur daß es sich diesmal um die Sozial- und nicht um Naturwissenschaften handelt.

20 Wie weit dieses Denken in der Rechtsgeschichte zurückreicht, zeigt die Monographie von *Hans Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen⁴ 1980.

21 *Arthur Kaufmann*, *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, in: *Ders.: Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, Köln 1984, S.79 - 88 (82).

22 *Carl Schmitt*, *Gesetz und Urteil, Eine Untersuchung zum Problem der Rechtsspraxis*, München² 1969, S. 90.

23 Diesen Gedanken entwickelt *Peter Behrens*, *Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 46)* Tübingen 1986, S. 193 - 198 und passim.

24 *Kaufmann* (FN 21), S. 82.

25 *Hans Kelsen*, *Was ist die Reine Rechtslehre?*, in: *FS Giacometti* Zürich 1953, S.143 - 162 (153).

26 Ebd. 148; ebenso jüngst wieder *Stefan Grundmann*, in: *RabelsZ* Bd. 61, S. 423 - 453.

Dieser Standpunkt ist nicht schwer zu kritisieren. Arthur Kaufmann verweist mit Recht auf die „Dialektik von Lebenssachverhalt und Norm, von Sein und Sollen. Das aber heißt, daß ‘richtiges Recht’ überhaupt nicht als ein Bestand oder als ein Zustand fertig vorfindbar vorhanden ist, daß es sich vielmehr geschichtlich in einem nie zu Ende kommenden Prozeß ereignet“²⁷. Recht kann deshalb nicht logisch deduziert, sondern es muß hermeneutisch verstanden werden²⁸. „Reales Recht entsteht [...] durch den schöpferischen Akt dessen, der Recht verwirklicht“²⁹. „Rechtsfindung [ist] nicht bloß eine Sache des Wissens, sondern vor allem auch eine Sache des Könnens“³⁰. Das hat natürlich auch Hans Kelsen gesehen. Er sieht sich deshalb zu einer strikten Trennung zwischen Rechtswissenschaft und Jurisprudenz gezwungen. Die Rechtswissenschaft wird dann aber blutleer. Mit der richtigen Lösung des geregelten Problems kann sie sich nicht mehr beschäftigen, sondern nur noch kunstgerechte Auslegungsvarianten bereithalten, zwischen denen der Richter zu wählen hat³¹.

Auch diese rechtsphilosophische Denkrichtung hat aber einen richtigen Kern. Daß der Richter entscheidet, nicht bloß erkennt, darf kein Freibrief für Beliebigkeit werden. *Carl Schmidt* hat formuliert: Der einzelne Richter arbeitet „an einem Werk mit [...], dessen Fortgang und Kraft von ihm unabhängig ist“³². Er wollte erreichen, daß neben dem positiven Recht auch „die in Wirklichkeit wirksamen Normen (etwa des Verkehrslebens, der Gerechtigkeit oder Billigkeit)“ zum Tragen kommen³³. Das beschreibt nur Verfahren und Ziel, nicht aber Methode. Sie kann gerade aus der Integration der normativen Sozialwissenschaften ins Recht gewonnen werden. Sie erlauben nämlich wissenschaftliche, nicht bloß politische Aussagen über normative Fragen. Genauer: Sie verengen den Korridor, in dem noch entschieden werden muß.

Hinzu kommt ein pragmatisches Argument. Ein Begriffspaar von *Theodor Viehweg* macht die Dinge deutlich. Er versteht unter juristischer Dogmatik solche Behauptungen, die langfristig der Begründungspflicht entzogen sind. Für sie besteht lediglich eine Erläuterungspflicht³⁴. Diese Wirkung hat nicht nur die von Wissenschaft und Praxis erarbeitete Dogmatik, sondern erst recht das Gesetz selbst. Es kann zur harten dogmatischen Sperre werden, weil es keine kunstgerechte Möglichkeit gibt, das sozialwissenschaftlich begründete Ergebnis in das geltende Recht hineinzulesen. Das ist ein mögliches, allerdings kein sehr häufiges Ergebnis. Praktisch wichtiger ist die Bedeutung des Gesetzes als weiche dogmatische Sperre. Wer sich gegen den erkennbaren Willen des Gesetzge-

27 Kaufmann (FN21), S.81.

28 Ebd. 84.

29 Ebd. 87.

30 Ebd.

31 Kelsen (FN 25), S. 150 - 153.

32 Carl Schmitt (FN 22), S. 104.

33 Ebd. 114.

34 *Theodor Viehweg*, Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin, in: *Hans Albert u.a. (Hrsg.), Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 2) Düsseldorf 1972, S. 439 - 446 (445).*

bers oder gegen den Wortlaut des Gesetzes stellt, muß einen sehr viel höheren Argumentationsaufwand treiben, als wenn auf den ersten Blick Harmonie besteht.

Zu diesen dogmatischen kommen justizpolitische Sperren. Eine harte justizpolitische Sperre tritt ein, wenn andernfalls die zur Rechtsanwendung aufgerufene Institution ihre eigene Existenz riskieren würde. Das ist etwa der Grund, warum der Straßburger Gerichtshof die Dogmatik der Europäischen Menschenrechtskonvention zwar zielstrebig, aber äußerst behutsam entwickelt hat. Denn die meisten Vertragsstaaten haben sich seiner Jurisdiktion nur auf Zeit unterworfen. Daß auch scheinbar unanfechtbare Institutionen wie das Bundesverfassungsgericht vorsichtig sein müssen, hat gerade das Kreuzifix-Urteil gezeigt. Zu der harten tritt auch hier eine weiche Sperre. Zum judicial self-restraint kann nicht nur der Respekt vor dem demokratischen Gesetzgeber und die Einsicht in die eigene fehlende sachliche demokratische Legitimation anhalten. Vielmehr können sich die Gerichte an normativen Fragen auch deshalb verheben, weil ihnen im justitiellen Verfahren die Erkenntnismöglichkeiten für weitreichende Entscheidungen fehlen.

c) *Systemtheorie*

Die (strenge) Systemtheorie sperrt sich aus einem ganz anderen Grunde gegen die Integration von Sozialwissenschaften und Recht. Sie besteht nicht auf der Unterscheidung von Sein und Sollen, sondern auf der Unterscheidung zwischen dem Subsystem Recht und dem Subsystem Wissenschaft. Bei *Niklas Luhmann* heißt es deshalb :“Für ein voll ausgereiftes Rechtssystem gibt es demnach nur positives Recht, das heißt Recht, über das ausschließlich im Rechtssystem selbst befunden wird“³⁵. Es gibt für das Recht nur den Code „Recht - Unrecht“³⁶. Der andere, für die Wissenschaft geltende Code „Wahr/Unwahr“ ist explizit ausgeschlossen³⁷. „Wenn es darauf ankommt, zwischen Wahr und Unwahr zu unterscheiden, kann zwar nicht vernachlässigt werden, ob die dazu notwendigen Operationen rechtmäßig oder rechtswidrig sind [...]. Aber die Entscheidung kann nicht als Entscheidung zwischen Recht und Unrecht getroffen und auch nicht als determiniert durch eine solche Vorentscheidung angesehen werden. Sie muß als autonome Operation eines eigenständigen autopoietischen Systems durchgeführt werden. Rejeziert wird mit anderen Worten die Maßgeblichkeit (Code-Funktion) der Codes anderer Systeme für das eigene System, nicht die Relevanz ihrer Wertungen“³⁸. Im Ergebnis gibt es deshalb keine Integration von Sozialwissenschaften in Recht, sondern bestenfalls eine Reaktion des Rechts auf sozialwissenschaftliche Erkenntnisse.

Wiederum steckt in der Systemtheorie ein richtiger Kern. Sie bewahrt vor allem vor einem mechanistischen Steuerungsoptimismus. Wenn der Staat von hoher Hand auf die Gesellschaft einwirkt, kann er Verhalten nicht einfach zielgerichtet ändern. Vielmehr gibt er Anstöße, ohne im Vorhinein wirklich sagen zu können, welchen Erfolg er damit

35 *Niklas Luhmann*, Die Codierung des Rechtssystems, in: *Rechtstheorie* 17 (1986), S. 171 - 203 (172).

36 Ebd.

37 *Luhmann* (FN 35), S.176 f.

38 *Luhmann* (FN 35), S. 182.

erzielt³⁹. Damit erschließt sich zugleich, warum der Staat materielle Steuerungsziele auch durch die Einwirkung auf Organisation und Verfahren anstreben kann⁴⁰.

2. Weitergehende Aufgaben von Recht

Auch wer grundsätzlich die Rezeption sozialwissenschaftlicher Theorie durch das Recht für richtig hält, kann das Recht darin doch nicht aufgehen lassen. Die konzeptionell scharfe Erkenntnis vom normativ Richtigen ist für die Rechtsanwendung nämlich nur notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung. Seine darüber hinaus gehenden Aufgaben machen das Recht konstitutionell pragmatisch.

Rechtsanwendung ist zunächst und vor allem nicht nur ein Vorgang des Erkennens, sondern des Entscheidens. Der Jurist muß auch dann handeln, wenn er eigentlich noch viel zu wenig weiß. Er kann im Wettbewerbsrecht zum Beispiel nicht warten, bis die Kontroverse zwischen Chicago und Harvard School ein vorläufiges Ende gefunden hat, sondern muß sich schon vorher nach bestem Wissen und Gewissen auf eine Seite schlagen. Unsicher sind regelmäßig aber nicht nur die großen Theorien, sondern vor allem ihre Bedeutung für den scheinbar atypischen Einzelfall. Überdies kennt der Jurist bei seiner Entscheidung regelmäßig nur einen vergleichsweise schmalen Ausschnitt der Wirklichkeit, auf die er einwirkt.

Scheinbar hebt sich dieser Unterschied allerdings auf, wenn man sich wissenschaftstheoretischen Konzeptionen anschließt, die alles Erkennen als das Ergebnis von Entscheidungen verstehen⁴¹. Auch dann bleiben die Aufgaben und folglich die Entscheidungen aber verschieden: Juristen entscheiden über konkrete Lebenssachverhalte, Sozialwissenschaftler dagegen über den konzeptionellen Weg, auf dem sie die Wirklichkeit enträtseln wollen. Folglich tragen sie auch eine unterschiedliche Art der Verantwortung. Der Jurist trägt Verantwortung für die Menschen, über deren Konflikt er entscheidet. Ein Sozialwissenschaftler trägt Verantwortung dafür, daß er der Scientific Community eine neue Richtung des Nachdenkens vorgibt.

Weil Juristen über das Leben von Menschen entscheiden müssen, müssen sie immer ganzheitlich denken. Sie dürfen die „verschmutzte“ Wirklichkeit also nicht allein deshalb ignorieren, weil ihr noch die sauberen Konzeptionen zum Verständnis fehlen. Vielmehr wechseln sie dann übergangsweise die Erkenntnismethode. Es entsteht eine Kasuistik, die einstweilen nur auf der Überzeugung beruht, im je konkreten Fall eine richtige Entscheidung getroffen zu haben. Erst im Laufe der Zeit, d. h. mit mehr Anschauung und Vergleichsmaterial, schälen sich dann die konzeptionellen Gesichtspunkte heraus, die die Entscheidung getragen haben. Sie können dann in neue abstrakte Regeln aufgenommen werden. Durch die Integration der Sozialwissenschaften in das Recht

39 Die Integration dieses Gedankens in die ökonomische Modellwelt leistet *Wegner* (FN 9). S. dazu meine Rezension in *Rabels Z*, im Erscheinen..

40 S. dazu *Gunther Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt 1989; die rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Folgerungen zieht *Christoph Engel*, *Regulierung durch Organisation und Verfahren*, in: *FS Ernst-Joachim Mestmäcker*, Baden-Baden 1996, S. 119 - 138.

41 Prominent vor allem *Albert* (FN 14), S. 7 - 12 und passim.

kann dieser Prozeß beschleunigt werden. Was dem Rechtsanwender zunächst nur sein Rechtsgefühl eingibt, kann in einer dieser Wissenschaften bereits zum Konzept gedacht sein.

Oft ist für die rechtsuchenden Menschen eine falsche Entscheidung immer noch besser als gar keine. Die Prozeßordnungen enthalten deshalb kurze Fristen. Überlange Verfahren verletzen sogar das Menschenrecht aus Art. 6 EMRK. Das kann auch nicht anders sein, weil das staatliche Gewaltmonopol den Menschen ja verwehrt, sich ihr Recht selbst mit Gewalt zu holen. Juristen lernen deshalb früh die Kunst, sich mit dem Maß an Erkenntnis zufrieden zu geben, das im konkreten Zusammenhang zu verantworten war. Wer als Amtsrichter im Jahr über weit mehr als tausend verbindliche Fälle entscheiden muß, muß sich auch in ungewöhnlichen Fällen vornehmlich auf sein Rechtsgefühl verlassen. Allenfalls hilft er ihm durch einen kurzen Blick in einen Kommentar auf die Sprünge. Fühlen sich die Parteien dabei unverstanden, treiben sie den Fall in die nächste Instanz. Der Instanzenzug wirkt also wie eine Art Filter, in dem - idealiter - die konzeptionell schwierigen Fälle hängenbleiben.

Knapp ist in der Rechtspraxis nicht nur die Zeit, sondern auch das Geld. Die Entscheidungskosten müssen in einem angemessenen Verhältnis zum Entscheidungsgegenstand stehen. Ökonomisch gesprochen: Der praktizierende Jurist hat immer auch das Ausmaß der Transaktionskosten im Auge, die sein eigenes Tun bewirkt. Dazu müssen auch die dogmatischen Konzepte passen. Die sozialwissenschaftlich überzeugendere Regel muß deshalb häufig hinter einem grobschlächtigeren Instrument zurücktreten, das nur einen Vorzug hat: es ist einfach⁴².

Es reicht nicht aus, wenn ein Jurist die richtige Entscheidung findet. Denn er entscheidet ja immer über Konflikte. Noch deutlicher: eine Partei verliert bei einem Urteil immer. Im letzten kann der Staat sein Gewaltmonopol natürlich dazu nutzen, den Widerstand der unterlegenen Partei zu brechen. Das muß aber die selten angewandte ultima ratio bleiben. In der Masse der Fälle muß es dem Richter gelingen, die unterlegene Partei für seine Entscheidung zu gewinnen. Sie muß ihr zumindest nachvollziehbar, im Juristenjargon: vertretbar erscheinen. Gerade weil der Richter um die Entscheidungsspielräume weiß, muß er außerdem die Gemeinschaft der übrigen Richter, konkret also vor allem die nächste Instanz von seiner Entscheidung überzeugen. Rechtsanwendung ist deshalb konstitutionell rhetorisch⁴³.

Man darf diese Erkenntnis weder über- noch unterschätzen. Das Wissen um die Notwendigkeit einer Begründung macht die Entscheidung tendenziell besser, d. h. rationaler. Denn nur sehr wenige Menschen sind wirklich konsequent zynisch. Die Unterscheidung von Herstellung und Darstellung der Entscheidung bedeutet im Normalfall deshalb nicht, daß der Richter eine nach ganz anderen Kriterien gefundene Entscheidung mit juristischer Dogmatik nur verkleidet. Vielmehr wirkt die Dogmatik im Prozeß der Entscheidungsfindung als Heuristik. Sie nötigt den Richter, seine eigene Entscheidung in Auseinandersetzung mit dem Bestand des Wissens über die Bewältigung vergleichbarer

42 Programmatisch *Richard A. Epstein*: Simple rules for a complex world, Harvard 1995 und dazu meine Rezension in *RabelsZ*, im Erscheinen.

43 Näher *Katharina Sobota*, Rhetorisches Seismogramm, Eine neue Methode in der Rechtswissenschaft, in: *JZ* 1992, S. 231-237.

Konflikte zu finden. Je stärker das Recht sozialwissenschaftliche Theorie rezipiert hat, um so stärker muß der Richter diese Entscheidung deshalb auch an sozialwissenschaftlicher Theorie überprüfen.

Andererseits wirkt selten gerade der Zweifel gewinnend. Mit Blick auf das rhetorische Ende neigen Rechtsanwender deshalb dazu, schon bei der Entscheidungsfindung Zweifel beiseite zu schieben. Daran dürfte es liegen, daß Juristen für eine Illusion besonders anfällig sind, die die meisten Sozialwissenschaften längst überwunden haben: „das es keine absoluten Begründungen geben kann“⁴⁴. Außerdem erfahren Juristen bereits in ihrer Ausbildung, daß der anschauliche Einzelfall Evidenzerlebnisse vermittelt, die viel überzeugender sind als jede theoretische Konzeption. Den mahnenden Einwand des englischen Rechts: „Bad cases make bad law“ schlagen sie dabei um des rhetorischen Erfolgs willen in den Wind.

Eine überzeugend begründete Entscheidung befriedet. Die rhetorische Seite des Rechts erklärt sich also aus der Aufgabe der Streitschlichtung. Nirgends kommt das Spannungsverhältnis zur normativ richtigen Entscheidung deutlicher zum Ausdruck als in Art. 33 I UN-Charta. Danach ist die gerichtliche Entscheidung, also die Anwendung des geltenden Völkerrechts, nur eines unter vielen Mitteln zur Streitbeilegung. Ja nach der Überzeugung der Vertragsparteien ist dieses Instrument sogar nachrangig. Vorrangig verpflichten sich die Vertragsstaaten, den Weltfrieden und die internationale Sicherheit durch einen Interessenausgleich ad hoc wiederherzustellen⁴⁵. Die Regeln dürfen deshalb nicht so gebildet werden, daß die Institutionen zur Regelanwendung unfähig werden, Konflikt zu schlichten. In diesem Umfang muß auch die bestbegründete sozialwissenschaftliche Theorie zurücktreten.

Wissenschaftliche Erkenntnis ist nie am Ende. Das Bessere ist hier stets der Feind des Guten. Auch ein Recht, das sich grundsätzlich sozialwissenschaftlicher Erkenntnis weit öffnet, darf aber nicht jeden Erkenntnisfortschritt sofort in neue und andere Entscheidungen umsetzen. Um ihrer Befriedungswirkung willen müssen ältere Entscheidungen zunächst einmal zwischen den Parteien stehenbleiben. Außerdem ertragen die Menschen weniger Wohlstand oder Glück viel leichter als Unterschiede. Der Neid ist ein machtvolles Instrument. Wenn die alte Entscheidung für die Parteien Bestand haben muß, wird es deshalb auch schwierig, sie für neu zur Entscheidung stehende Parallelfälle zu ändern. Sind von der Entscheidung Unternehmen betroffen, ist die Begründung noch einfacher: die schnelle Rezeption des sozialwissenschaftlichen Erkenntnisfortschritts

44 *Albert* (FN 14), S. 7. Man kann auch formulieren, daß Juristen dazu neigen, diese prinzipielle Frage durch die Entscheidung abzuschneiden, daß es absolute Begründungen geben solle (8). Oder noch einmal anders und versöhnlicher: „unter gewissen Normalbedingungen ist die Anwendung des relevanten Deutungsschemas aufgrund einer Verwertung der in Betracht kommenden Texte - z. B. der Gesetze, Kommentare und Entscheidungssammlungen - ein bis zu einem gewissen Grade brauchbares Surrogat für eine zureichende Erklärung, die Textinterpretation also das wesentliche heuristische Mittel einer solchen Ersatzlösung des Erklärungsproblems“ (77).

45 Die Vorschrift lautet in deutscher Übersetzung „Die Parteien in einer Streitigkeit, deren Fortdauer geeignet ist, die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit zu gefährden, bemühen sich zunächst um eine Beilegung durch Verhandlung, Untersuchung, Vermittlung, Vergleich, Schiedsspruch, *gerichtliche Entscheidung*, Inanspruchnahme regionaler Einrichtungen oder Abmachungen oder durch andere friedliche Mittel eigener Wahl“ (Hervorhebung nicht im Original).

verzerrt den Wettbewerb. Schließlich erschüttert der hektische Wechsel von Entscheidungen das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die Leistungskraft des Rechts überhaupt.

3. Gebundene Entscheidung

Ein Sozialwissenschaftler ist bei seiner Erkenntnis der gesellschaftlichen Wirklichkeit bestenfalls durch die in seinem Fach anerkannten Methoden gebunden. Mit zureichender Begründung kann er sich auch darüber hinwegsetzen. Ein Jurist kann sozialwissenschaftliche Theorie zwar grundsätzlich für die Rechtsfindung verwerten. Er fällt dabei aber in doppelter Hinsicht eine gebundene Entscheidung.

Zunächst machen die Prozeßordnungen für das gerichtliche Verfahren eine Vielzahl bindender Vorgaben. Sie enthalten nicht nur Klugheitsregeln über den besten Weg zu Erkenntnis und Entscheidung. Vielmehr ist Rechtsprechung Ausübung staatlicher Gewalt und deshalb dem Rechtsstaatsprinzip unterworfen. Der Richter muß deshalb häufig sehenden Auges eine unbefriedigende, ja eine falsche Entscheidung fällen. Nach der friedlichen Revolution in der DDR hat dafür die böse Formel die Runde gemacht: wir wollten das Recht und wir haben den Rechtsstaat bekommen. Gerade der sozialwissenschaftlich informierte Jurist ist in der Gefahr, in ähnlicher Weise ungeduldig zu werden, weil er ja wissenschaftlich begründete Einsichten über bessere Entscheidungen opfern muß.

Die Rezeption von sozialwissenschaftlicher Theorie ins Recht ist aber nicht nur durch die Vorgaben für das Entscheidungsverfahren, sondern auch durch Vorgaben für den Entscheidungsinhalt gebrochen. Die Stichworte haben wir bereits in anderen Zusammenhängen kennengelernt: der kunstgerecht nicht zu überwindende positive Gesetzesbefehl; die äußerste naturrechtliche Grenze; der systemtheoretische Dämpfer für einen naiven Steuerungsoptimismus⁴⁶; das aus Gründen der Rechtssicherheit notwendige Beharren auf eigentlich schon als falsch erkannten Entscheidungen⁴⁷.

4. Ergänzende Erkenntnismittel

Auch für die ergänzenden juristischen Erkenntnismittel haben wir bereits vorgearbeitet. Recht will Wirklichkeit nicht nur begreifen, sondern gestalten. Recht ist deshalb nicht nur selbst notwendig ein historisches Phänomen. Vielmehr ist seine eigene Anwendungsgeschichte traditionell und bis heute auch praktisch sein wichtigstes Erkenntnismittel. Seit den Kodifizierungen des späten 19. Jahrhunderts tritt das nur nicht mehr so offen zutage. Seinen Geltungsgrund hat das Recht in Deutschland seither nur noch ganz ausnahmsweise in Tradition und Gewohnheit. An deren Stelle ist der ausdrückliche Gesetzesbefehl des Parlaments getreten. In der Sache ist Recht aber nach wie vor vornehmlich geronnene Erfahrung. Es ist die Aufgabe der juristischen Dogmatik, die in vergangenen Konflikten getroffenen Entscheidungen der Zukunft als Erfahrungsschatz

46 Siehe im einzelnen oben 1a-c.

47 Siehe oben 2.

zu erschließen. Man kann auch formulieren: Dogmatik macht vergangene Evidenzerlebnisse auch für solche Rechtsanwender fruchtbar, die dieses Erlebnis selbst nicht gehabt haben. Oder noch einmal anders: das Recht hat den Sozialwissenschaften die jahrhundertelange Erfahrung im Umgang mit Erfahrungen voraus.

Auch die kraftvollsten Abstraktionsleistungen fördern für neue Konflikte nicht stets nutzbare Erfahrungen hervor. Hat auch die Theorie nicht auf Vorrat gedacht, ist die Rechtsordnung ganz auf die Anschaulichkeit des konkreten Falles angewiesen. Evidenzerlebnisse sind auch das wichtigste juristische Instrument zur Kritik von Dogmatik und Theorie. Das Recht hat den Sozialwissenschaften auch die Erfahrung im Umgang mit Evidenzerlebnissen voraus. Das ganze juristische Studium kann man im Grunde als Erziehung nicht zur Anwendung, sondern zur kritischen Auseinandersetzung mit der vorgefundenen Dogmatik begreifen. Ein guter Jurist erspürt zunächst einmal, in welcher Hinsicht sich sein Fall an der Dogmatik reibt. Er prüft dann sehr sorgfältig, auf welcher Besonderheit seines Falles dieses Gefühl beruht. Sodann schätzt er ab, ob diese Besonderheit ausreichendes Gewicht hat, um von der bisherigen Regel abzuweichen. Je schärfer er sein Unbehagen konzeptionell fassen kann, um so eher wird er sich dazu entschließen. Recht ist deshalb im letzten zwar immer unlogisch. Das heißt aber nicht, daß die Ergebnisse beliebig wären. Juristen sind vielmehr in der Kunst des produktiven Umgangs mit dieser Unruhe geschult.

5. Entscheiden trotz Erkenntnisgrenzen

Damit ist das wichtigste Stichwort gefallen: Juristerei ist eine Kunst, keine Wissenschaft. Der Jurist verfügt also über eine „Kultur von zu akzeptierenden Ungewißheiten“⁴⁸. Intuitives Wissen hat in der Jurisprudenz sein Recht, weil die konzeptionelle Vorläufigkeit seine Wesensbedingung ist. Symptomatisch sind zwei Schlüsselbegriffe der Rechtspraxis: die „herrschende Meinung“ und die davon abweichende, „vertretbare“ Entscheidung. Oft ist es sogar klug, die Dinge einstweilen vorsätzlich in der Schwebe zu halten. So verfahren vor allem die Obergerichte häufig. Aufgrund der bereits gemachten Erfahrungen und des Evidenzerlebnisses im konkreten Fall könnten sie zwar bereits eine abstrakte Regel formulieren. Sie verzichten darauf aber, weil sie den Eindruck haben, daß der Erfahrungsschatz noch nicht groß genug ist.

Die Kunst eines Juristen macht deshalb etwas scheinbar Paradoxes aus: der rationale Umgang mit dem rational noch nicht vollständig Durchdrungenen. Gute unterscheidet sich von schlechter Juristerei also durch etwas eigentlich Unmögliches: durch „mehr Rationalität“, und eben gerade nicht durch „volle Rationalität“. Falls es die nämlich überhaupt geben sollte, steht sie dem Juristen in der Regel jedenfalls nicht zur Verfügung. Das führt zu einer unbefangenen Haltung des Rechts gegenüber den Sozialwissenschaften. Es genügt der Juristerei, wenn an einer sozialwissenschaftlichen Theorie „etwas dran“ ist. Zur Modellkonsistenz ist das Recht nicht gezwungen. Es kann deshalb auch unfertige und umstrittene sozialwissenschaftliche Lehren „gebrauchen“. Daß sich in der sozialwissenschaftlichen Diskussion die Ablösung einer Theorie abzeichnet, hindert das Rechts nicht, sie einstweilen trotzdem noch zu verwenden. Da das Recht in der

48 *Wegner* (FN 9), S. 55, der dasselbe auch für die Wirtschaftspolitik fordert.

Übergangszeit nicht in Erstarrung verfallen darf, ist die verbesserungsbedürftige Konzeption immer noch besser als gar keine. Gegen die Kritik aus dem Munde der hohen Priester reiner sozialwissenschaftlicher Theorie⁴⁹ kann sich das Recht dabei auch mit dem Credo des kritischen Rationalismus verteidigen: „Die Idee rationaler Praxis braucht nicht schon deshalb aufgegeben zu werden, weil es noch keine befriedigende Formulierung für sie gibt“⁵⁰. Es genügt, daß die Theorie zur Erkenntnis der Wirklichkeit „laufend verbessert“ wird⁵¹.

6. Konzeptionelle Schnitte

Unsere bisherigen Überlegungen könnten zu einem Mißverständnis führen. Es scheint, als seien die Juristen die letzten wohlwollenden Diktatoren und die letzten Universalgenies dieser Welt. Sie übersehen und verwenden jedes sozialwissenschaftliche Theorieangebot, überwinden noch deren konzeptionelle Grenzen, ja denken als einzige sogar ganzheitlich. Das ist natürlich Unsinn. Die Juristerei erkaufte sich die Weite des Blicks nicht nur mit der größeren Vorläufigkeit ihrer Ergebnisse. Vielmehr arbeitet sie von vornherein mit einer Vielzahl konzeptioneller Schnitte. Die Juristen sind daran nur so sehr gewöhnt, daß sie gar nicht mehr wahrnehmen, daß und wie sie geschnitten haben.

Juristen interessieren sich zunächst einmal nie für die ganze Wirklichkeit, sondern nur für den Ausschnitt, der nach dem Willen der entscheidungsrelevanten Normen für die Lösung des entscheidungsbedürftigen Konflikts Bedeutung hat. Beim Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Norm und Wirklichkeit wird dieser Ausschnitt immer kleiner. Zu Beginn ihrer Überlegungen nennen die Juristen ihn noch „Sachverhalt“. Im Urteil ist er dann zum Skelett reduziert und heißt „Tatbestand“. Wie sehr das Vorverständnis der jahrelangen Beschäftigung mit dem Recht die Wahl dieses Ausschnitts prägt, erlebt jeder Professor mit jeder neuen Studentengeneration. Ja zu den Gebräuchen des juristischen Studiums gehört es sogar, den Studenten auf der Universität die Bestimmung dieses Ausschnitts ganz zu ersparen. Sie erhalten bereits das Destillat eines Sachverhalts. Er soll nach einem ungeschriebenen Gesetz kein Wort enthalten, das zur kunstgerechten Lösung des Falles nicht auch gebraucht würde. Erst als Referendar, also nach wenigstens vier Jahren der Erfahrung, wird der Jurist dann auf die ungefilterte Schilderung der Wirklichkeit losgelassen.

Der Jurist beschränkt seinen Blick jedoch nicht nur auf den „relevanten“ Ausschnitt aus der Wirklichkeit. Viele Normen schneiden vielmehr sogar ausdrücklich Gesichtspunkte ab, die aus sozialwissenschaftlicher Perspektive sehr wohl bedeutsam wären. Dazu ein paar Beispiele. Wer sich beim Abschluß eines Vertrages geirrt hat, kann diesen Vertrag nach § 119 BGB anfechten. Er kommt dann von seinem Leistungsversprechen los, muß dem Vertragspartner aber den Schaden ersetzen, der diesem aus dem Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages entstanden ist. Wer als juristischer Laie zum ersten Mal von dieser Regel hört, ist vielleicht erschrocken. Kann sich ein Unternehmer vom Vertrag

49 Siehe etwa die Polemik von *Wegner* (FN 9), S. 55 gegen die Vorstellung von „besserer“ Theorie.

50 *Albert* (FN 14), S. 23.

51 Ebd. 38.

lösen, wenn er Vorprodukte in Erwartung auf einen später geplatzten Auftrag gekauft hat? Er kann es nicht, weil die Verwendungsabsichten „in die Motive fallen“. Anfechten könnte er nur, wenn sich sein Irrtum gerade auf den Vertragsgegenstand selbst bezieht. In Wahrheit geht es dem Zivilrecht an dieser Stelle also gar nicht um psychologische Forschung, sondern um die Grenzen der legitimierenden Wirkung eines Konsenses⁵².

In ähnlicher Weise schneidet das Staats- und Verwaltungsrecht viele politikwissenschaftliche Fragen ab. Ausgehandeltes Recht bleibt für die Normenhierarchie ausschließlich staatliches Recht. Auch der Rechtsschutz blickt allein darauf, daß das Ergebnis des Handelns schließlich in Gesetzes- oder Verordnungsform gegossen wird. Ebenso irrelevant ist aus dieser Perspektive, wer die Frage auf die politische Tagesordnung gesetzt hat; welcher politische Kuhhandel dem Gesetz zur Zustimmung des Bundesrats verholfen hat oder ob der Gesetzgeber selbst nicht auf den Vollzug seiner Regeln rechnet. Manchmal ist das Recht sogar offen kontrafaktisch. Ein plastisches Beispiel sind Zurechnungsregeln. Wenn die Eltern als gesetzliche Vertreter über den Vermögensgegenstand eines Kleinkindes verfügen, wird das Kleinkind gebunden, auch wenn es dem Gegenstand noch nicht einmal einen Namen geben kann. Wenn der ordnungsgemäß gewählte Vorstand einer Aktiengesellschaft einen Betrieb veräußert, geht er den Aktionären, also den Eigentümern verloren. Daß die überwältigende Mehrheit der Aktionäre gegen das Geschäft ist, ist solange irrelevant, wie sie ihren Willen nicht in den dafür vorgesehenen gesellschaftsrechtlichen Formen durchgesetzt haben.

Ein zweites: Recht kann man mit gutem Grund als geronnene Politik bezeichnen. Beim Gerinnen hat die Politik aber auch ihren flüssigen Charakter verloren. Ist sie einmal in die Form des Gesetzes gegossen, ist die Entscheidung dem politischen Zugriff entzogen. Die politischen Akteure können sie nur revozieren, wenn sie erneut das Rechtsetzungsverfahren durchlaufen. Die politischen Wissenschaften lehren, wie schwer das zu bewerkstelligen ist. Die politische Entscheidung verselbständigt sich nun also. Hier liegt der tiefere Grund, warum der Wille des historischen Gesetzgebers nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur ein ergänzendes Auslegungshilfsmittel ist. Der „objektive Wille des Gesetzes“ genießt Vorrang. Praktisch heißt das: das weitere Schicksal der politischen Entscheidung liegt nunmehr in der Hand der Juristen.

Ein drittes: bestimmte sozialwissenschaftliche Fragen sind dem Juristen fraglos. Sieht die Rechtsordnung etwa die Unterscheidung zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht vor, dann steht die Möglichkeit einer rechtlichen Kontrolle der Politik für das Verfassungsgericht fest. Denn diese Regeln sind ja gerade zu dem Zweck geschaffen worden, einer vermuteten Entartung der Politik entgegenzuwirken. Ebenso muß das deutsche Recht die Existenz von „invasive preferences“ ignorieren. Denn die Generalklausel des Deliktsrechts erlaubt jedem, sich gegen Übergriffe anderer auf Leben,

52 Wirtschaftswissenschaftlich ist dieses Ergebnis im übrigen ausgesprochen vernünftig. Durch die Differenzierung zwischen Motiven, Erklärungsbewußtsein und Geschäftswillen zieht das Zivilrecht eine Grenze zwischen Austauschvertrag und Gesellschaft. Nur in der Gesellschaft, ökonomisch gesprochen also bei der vertikalen Integration, verfolgen die Parteien einen gemeinsamen Zweck. Daß die Motive beim Austauschvertrag irrelevant sind, entspricht fast genau der subjektiven Wertlehre der Neoklassik. Ein Vertrag verdient nicht deshalb die Anerkennung der Rechtsordnung, weil er einen irgendwie gearteten objektiven Mehrwert schafft. Es kommt vielmehr allein darauf an, daß sich beide Parteien davon eine Mehrung ihres persönlichen Nutzens versprechen.

Gesundheit, Freiheit und Eigentum zu wehren. Gelüstet es den Nachbarn dennoch dazu, was sich empirisch selbstverständlich gut belegen läßt, so ist das juristisch ohne Bedeutung. Damit hat das Recht eine der zentralen Streitfragen der volkswirtschaftlichen Theorie einfach abgeschnitten: die These von der Unmöglichkeit eines paretianischen Liberalen⁵³. Schließlich kann es für einen Juristen keinen generellen Steuerungs pessimismus geben. Er würde damit zum Fundamentalkritiker seines Fachs. Daß ein theoretischer Ökonom imstande ist, das Ziel-Mittel-Denken auf die paradoxe Spitze zu treiben⁵⁴, hindert den Verfassungsrechtler deshalb nicht an der Anwendung des Übermaßverbots.

Am Beginn dieses Abschnitts stand die Warnung vor juristischer Selbstüberschätzung. Am Ende soll dem gegenteiligen Mißverständnis vorgebeugt werden. Die Juristen sind auch keine unkritischen Plagiatoren, die zusammenhanglos aus beliebigen, vielleicht sogar schon überholten Elementen sozialwissenschaftlicher Theorie Herrschaftsinstrumente formen. Die beschriebenen konzeptionellen Schnitte beruhen vielmehr auf der anderen, eigenständigen Aufgabe des Rechts. Vor allem aber: fast immer sind die scheinbar abgeschnittenen sozialwissenschaftlichen Fragen in der Rechtsordnung nur an anderer Stelle verortet. Am Beispiel des ausgehandelten Rechts: für die zu seiner Anwendung berufenen Behörden gilt es wegen des Gesetzesbefehls. Wendet die Behörde die Norm gegenüber einem Bürger an und wehrt dieser sich nicht dagegen, bleibt es aus Gründen der Rechtssicherheit dabei. Sein Nachbar kann gegen die Anwendung der gleichen Norm aber vor die Verwaltungsgerichte ziehen. Dort kann er sich auf die Rüge beschränken, das ausgehandelte Gesetz mißachte das Gebot der sachlichen demokratischen Legitimation und sei deshalb verfassungswidrig. Wenn das Verwaltungsgericht diese Überzeugung teilt, setzt es die Entscheidung aus und legt die Frage dem Bundesverfassungsgericht vor. Läßt sich auch das Bundesverfassungsgericht überzeugen, erklärt es die Norm für nichtig. Für die Zukunft darf sie nicht mehr angewendet werden. Alle noch nicht rechts- oder bestandskräftig entschiedenen Fälle, in denen die Norm angewendet worden ist, werden erneut entschieden. Die Rechtsordnung verfährt also nach dem Grundsatz *divide et impera*. Die von sozialwissenschaftlicher Theorie aufgeworfenen Fragen müssen nicht alle gleichzeitig, vor allem nicht alle im gleichen Verfahren entschieden werden. Vielmehr gibt es eine Art Spezialisierung von Organisation und Verfahren.

III. Rechtswissenschaft und Theorie

Es klingt trivial: Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft vom Recht. Aus diesem so einfachen Satz folgt aber: welche Aufgabe die Rechtswissenschaft zu erfüllen hat, hängt am Verständnis vom Recht. Daran hängt folglich auch ihr Verhältnis zur Theorie. Wer im strengen Sinne dem Naturrecht, dem Positivismus oder der Systemtheorie anhängt, muß deshalb auch der Rechtswissenschaft eine Aufgabe zuweisen, die die Grenze

53 Dazu anregend *David Luban*, *Social Choice Theory as Jurisprudence*, in: *Southern California LR* 69 (1996), S. 521-588 (bes. 550-552).

54 Siehe etwa *Wegner* (FN 9), S. 53 f. und passim zu pluralen Zielen oder prognostischen Entscheidungen.

zwischen Sein und Sollen oder die Grenze zwischen den gegeneinander abgeschotteten Subsystemen achtet⁵⁵. Genauer: diese Grenzen bestimmen solange das Erkenntnisprogramm der Rechtswissenschaft, wie sie am juristischen Diskurs teilnehmen will. Sie wird dagegen in Fragestellung und Methode frei, wenn sie den Blick von außen auf das Recht richtet. So kann sie sich aus soziologischer Perspektive etwa dafür interessieren, ob eine juristische Universitätsausbildung und das anschließende Referendariat Einstellungen verändern. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse sind für die Auslegung des geltenden Rechts dann aber irrelevant⁵⁶.

Dieser Untersuchung liegt ein anderes Verständnis vom Recht zugrunde⁵⁷. Da sich das Recht auf sozialwissenschaftliche Theorie einlassen darf, darf die Rechtswissenschaft das erst recht. Ja, hier liegt sogar eine ihrer wichtigsten Aufgaben. Denn den Rechtsanwendern fehlt dafür manchmal schon die Sachkenntnis, meistens die Zeit und nahezu immer die Möglichkeit zur Verknüpfung von Einsichten und Erfahrungen aus unterschiedlichen Wissenschaftsdisziplinen und aus verschiedenen Rechtsmaterien.

Rechtswissenschaft geht dadurch aber nicht in den einzelnen Sozialwissenschaften auf. Sie wird nicht zu einem Teilgebiet der Ökonomie, auch nicht der Ökonomik, also einer vom rational seinen Nutzen maximierenden Individuum her gedachten allgemeinen Sozialwissenschaft. Ebenso wenig wird sie zum Teil der Soziologie, der Politikwissenschaft oder der Sozialpsychologie. Die Rechtswissenschaft ist vielmehr die Dienerin des Rechts, folglich also die Dienerin der Rechtspraxis. Rechtswissenschaft ist deshalb immer angewandte Wissenschaft. Das gilt selbst für ihre scheinbar theoretischsten Ausprägungen wie Rechtsphilosophie und Rechtstheorie. Diese Teilgebiete denken nur in ganz prinzipieller Weise über das Verhältnis zwischen Theorie und Praxis nach.

Die Eigenheiten des Verhältnisses zwischen Recht und Theorie bestimmen deshalb auch das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Theorie. Der Rechtswissenschaftler entscheidet zwar nicht selbst⁵⁸. Wenn er am dogmatischen Diskurs teilnimmt, berät er den Richter aber nicht bloß, wie das etwa sein wirtschaftswissenschaftlicher Kollege gegenüber der Politik tun würde. Vielmehr stellt der Rechtswissenschaftler Behauptungen über die richtige Auslegung des geltenden Rechts auf und begründet diese Behauptungen in genau derselben Weise, wie das ein Richter tut. Pointiert: auch der Rechtswissenschaftler herrscht, allerdings nur mit der Macht des Arguments, nicht mit der Macht des Amts.

Auch der Rechtswissenschaftler muß deshalb der intellektuellen Verführung durch reine Konzepte widerstehen. Wenn ihm sein Judiz sagt, daß die auf theoretischer Grundlage gewonnen Ergebnisse falsch sind, darf er sie nicht vertreten. Wenn zu späte Erkenntnis der Rechtsentwicklung nicht mehr helfen würde, darf er sich auch damit begnügen, nur

55 Näher oben II 1.

56 Besonders prägnant *Kelsen*, in: FS *Giacometti* (FN 25): Die Rechtswissenschaft „maßt sich nicht an, die Frage zu beantworten, was gerecht sei“ (153). Sonst kommt es zum „Synkretismus einer normwissenschaftlichen und kausalwissenschaftlichen Betrachtung“ (147); sonst erscheint Ideologie im Gewande „objektiver“ Wissenschaft (155).

57 Siehe oben II 1.

58 Vgl. oben II 2.

teilweise theoretisch begründbare Lösungen vorzuschlagen. Denn das Kriterium, an dem sich juristische Wissenschaft messen lassen muß, ist nicht ihre Klarheit oder Originalität, sondern ihre Nützlichkeit für die Praxis der Rechtsbildung und Rechtsanwendung. Weil der Rechtswissenschaftler Akteur und nicht bloß Beobachter ist, ist nicht nur das Recht selbst, sondern auch die Rechtswissenschaft konstitutionell rhetorisch. Auch sie wirbt für ihre Lösungen, regelmäßig allerdings nur bei der Gemeinschaft der Juristen, nicht bei den Parteien konkreter Rechtsstreitigkeiten.

Die Rechtswissenschaft ist zwar an keine Verfahrensordnung gebunden. Ihr sind aber die gleichen sachlichen Erkenntnisgrenzen gesetzt wie jedem anderen Rechtsanwender auch. Um nur ein Beispiel zu geben: was „dogmatisch nicht geht“, kann auch die Wissenschaft nicht als Auslegung einer Norm vorschlagen⁵⁹. Ein Wissenschaftler würde sich selbst vom juristischen Diskurs ausschließen, wenn er als Erkenntnismittel ausschließlich sozialwissenschaftliche Theorie einsetzen wollte. Er muß vielmehr ganz wie die Rechtspraxis auf die in der Vergangenheit schon gewonnenen Erfahrungen zurückgreifen⁶⁰. Auch Evidenzerlebnisse stehen ihm durchaus zur Verfügung. Das ist selbstverständlich bei den vielen Rechtswissenschaftlern, die zugleich im Nebenamt Richter oder Gutachter sind. Auch wer die Universität nie verläßt, kann aber Evidenzerlebnisse machen. Dazu eignen sich nämlich auch die erfundenen Fälle, die vor allem zu Ausbildungszwecken in großen Zahlen hergestellt werden. Sie erlauben, wenn man so will, juristische Gedankenexperimente.

Im Ergebnis ist deshalb auch die Rechtswissenschaft, nicht durch die Rechtspraxis eine Kunst. Weil dem so ist, hat man ihr auch immer wieder die Wissenschaftlichkeit absprechen wollen. Auch die Rechtswissenschaft gibt sich folglich berechtigt damit zufrieden, daß Erkenntnis ein langsamer Prozeß ist. Sie begnügt sich mit „besser“ Theorie und mit „mehr“ Rationalität⁶¹.

Daraus läßt sich ein wissenschaftspolitisches Ideal ableiten. Zunächst im Negativen: rechtswissenschaftliche Theorie ohne Praxis ist ebenso eine Karikatur wie rechtswissenschaftliche Praxis ohne Theorie. Vorkommen tut beides. Theorie ohne Praxis beschreibt etwa eine Rechtsgeschichte, die nur noch eine historische Fragestellung hat. Praxis ohne Theorie betreibt etwa ein Kommentator, der nur noch Fallgruppen bildet. Auf einer zweiten Stufe stehen Annäherungen. Einen starken Akzent auf die Theorie legt juristische Grundlagenforschung. Dazu gehört etwa dieser Aufsatz. Einen starken Akzent auf die Praxis legt juristische Auftragsforschung. Hierher gehören die vielen veröffentlichten Rechtsgutachten von Professoren. Im wissenschaftspolitischen Ideal hält Rechtswissenschaft dagegen das Gleichgewicht zwischen Theorie und Praxis. Sie beteiligt sich am dogmatischen Diskurs. Sie zielt dabei auf die Wirkungen für die Praxis. Sie sucht sich ihre Fragestellungen deshalb nach der Dringlichkeit der lösungsbedürftigen Konflikte. Es kommt also zu einer Arbeitsteilung zwischen Praxis und Wissenschaft. Die Wissenschaft wuchert dabei mit einem zweifachen Pfund: sie hat etwas mehr Zeit und sie kann mehr und entlegene Verknüpfungen herstellen.

59 Näher oben II 3.

60 Siehe oben II 4.

61 Näher oben II 5.

Aus dem engen Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Praxis folgt schließlich eine ganz andere Wissenschaftskultur als in den Sozialwissenschaften. Der typische Rechtswissenschaftler hat weder Berührungängste gegenüber der Praxis noch Scheu vor Pragmatismus und Rhetorik. Dieser Aufsatz belegt, daß das auch gut so ist.

IV. Recht und sozialwissenschaftliche Theorie

1. Die grundsätzliche Kompatibilität von Recht und sozialwissenschaftlicher Theorie

Strenge Naturrechtler gibt es kaum noch. In Deutschland sind auch strenge Positivisten ausgesprochen selten⁶². Am ehesten findet man noch einen strengen Systemtheoretiker⁶³. Die übrigen Juristen würden den Nutzen von Theorie für das Recht nicht prinzipiell bestreiten. Auch unter ihnen ist die Scheu aber verbreitet, gerade bei sozialwissenschaftlicher Theorie Anleihen zu machen. Besteht die Aufgabe deshalb in Wahrheit nicht im Theorieimport, sondern in der Entwicklung einer eigenen juristischen Theorie?

Das wissenschaftliche Programm ist schnell formuliert: Es ginge um die Suche nach einer Theorie der Gerechtigkeit. Dann wäre nicht nur der Anschluß an die klassische Rechtsphilosophie gefunden. Vielmehr würden sich Naturrecht und Systemtheorie wieder integrieren lassen. Aus naturrechtlicher Perspektive würde solch eine Theorie nur das formulieren, was als Recht gestiftet oder gewachsen ist. Die Systemtheorie könnte sich mit der Unterscheidung von Rationalität und Wahrheit helfen. Einer Theorie der Gerechtigkeit ginge es aus dieser Perspektive nur um die innere Rationalität des Subsystems Recht. Das Recht bliebe frei von dem fremden, für die Sozialwissenschaften selbst geltenden Code wahr-unwahr⁶⁴. Zugleich wäre den Juristen eine Reihe von Besorgnissen genommen, die eine enge Berührung zu Sozialwissenschaften immer wieder auslöst. Manche Juristen fürchten sich vor dem Verlust der Herrschaft über ihren eigenen Gegenstand⁶⁵. Andere fürchten sich vor der Entwertung der eigenen Wissensbe-

62 Erwähnt sei *Norbert Hoerster*, Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, NJW 1986, 2480 - 2482; ders., Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff, JuS 1987, S. 181 - 188.

63 In den letzten Jahren ist damit vor allem *Gerd Rollecke* hervorgetreten, vgl. etwa Die Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht der Systemtheorie, 419 - 434, in Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, *Winfried Brugger* (Hrsg.), Baden-Baden 1996.

64 Vgl. *Martin Morlok*, Vom Reiz und vom Nutzen, von den Schwierigkeiten und den Gefahren der ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht, in: *Christoph Engel/Martin Morlock* (Hrsg.): Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, Tübingen 1998, S. 1 - 29.

65 Das dürfte der Kern der Polemik von *Karl-Heinz Fezer* sein: Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, in: JZ 1986, S. 817-824. Deutlich etwa auf S. 820, wo er das Recht nach einer Integration der Sozialwissenschaften auf die Aufgabe eines „Reparaturbetriebs“ zurückgedrängt sieht.

stände⁶⁶. Manche mögen es auch bequem finden, „sich hinter den Schanzen des positiven Rechts zurückzuziehen, um keine eigene Meinung aussprechen zu müssen“⁶⁷.

All dem *Hans Zacher* bereits vor mehr als 30 Jahren entgegengehalten, daß dem Recht „eine so allgemeine Lehre des Verstehens der rechtlichen Institutionen und ihrer Funktionen fehle“, wie sie die Sozialwissenschaften entwickelt hätten⁶⁸. Recht und Sozialwissenschaften haben also denselben Gegenstand⁶⁹. Genauer: ihre Gegenstände überschneiden einander. Sie decken sich, soweit Recht als Instrument zur Gestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse eingesetzt wird oder wirkt. Wir hatten uns bereits klar gemacht, welche weitergehenden Aufgaben das Recht zu erfüllen hat⁷⁰.

In welchem Ausmaß das Recht sozialwissenschaftliche Theorie aufnehmen kann, hängt also davon ab, wie weit sich die Erkenntnisinteressen decken. Oder in den Worten von *Martin Morlok*: „Geboten ist eine von den eigenen Kriterien der Rechtswissenschaften gesteuerte selektive Rezeption“⁷¹ (2). Grenzen der Rezeption können sich aber auch aus Unterschieden in der Erkenntnismethode ergeben (3).

2. Unterschiedliche Erkenntnisinteressen

Eigentlich ist es verwunderlich: daß in ihrem eigenen Fach fast alles Streitig oder wenigstens bestreitbar ist, gehört zu den Urerlebnissen jedes Juristen. Wenn sie sich dagegen auf Nachbarwissenschaften einlassen, glauben sie gern, hier sei alle Theorie kanonisiert. Das ist natürlich nicht so. Schon deshalb scheidet blinder Gehorsam des Rechts gegenüber sozialwissenschaftlicher Theorie aus. Damit erledigt sich zugleich ein Großteil der Kritik von Juristen an sozialwissenschaftlicher Theorie. Sie richtet sich in Wahrheit nämlich gar nicht gegen die prinzipielle Integration theoretischer Einsichten aus den Nachbarwissenschaften, sondern gegen das Vorverständnis einzelner sozialwissenschaftlicher Theorien.

So kommt natürlich auch das Recht nicht um die Frage herum, ob es vom Individuum oder von der Gemeinschaft her denken will⁷². Das Recht muß sich Gedanken über seinen Menschenbild machen und gegebenenfalls fragen, ob ein abweichendes Menschen-

66 Darauf weisen berechtigt hin *Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer*, Die ökonomische Analyse des Rechts - Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis? in: JZ 1988, S. 213-223 (223).

67 Diese Vermutung äußerte *Köstlin* bereits im Jahre 1855: *Köstlin*, System des deutschen Strafrechts, 1855, 102 FN 5 zit. n. *Carl Schmitt*, Gesetz und Urteil, Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis (FN 22), S. 95, FN 1.

68 *Hans F. Zacher*, Diskussionsbeitrag, in: *Ludwig Raiser/Heinz Sauerermann/Erich Schneider* (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik (Schriften des Vereins für Socialpolitik 33) 1964, S. 231-233 (232).

69 *Behrens* (FN 23), VI.

70 Siehe oben II 2.

71 *Morlok* (FN 64), S.25.

72 Grundlegend *Viktor Vanberg*, Die zwei Soziologien, Individualismus und Kollektivismus in der Sozialtheorie, Tübingen 1975; hier liegt der Kern der Einwände von *Fezer* (FN 65), JZ 1986, S.819f.

bild anderer Wissenschaften deren Erkenntnisse unbrauchbar macht⁷³. Dagegen kann sich die jeweilige Sozialwissenschaft nur teilweise mit dem Hinweis immunisieren, das Menschenbild habe nur methodologische, keine empirische Bedeutung⁷⁴. Warum das so ist, läßt sich am leichtesten sozialpsychologisch formulieren. Vergleichende empirische Untersuchungen aus den USA belegen, daß Ökonomiestudenten am Ende ihres Studium viel egoistischer handeln als ihre Kommilitonen aus anderen Fächern⁷⁵. Die eigentlich nur methodologische Verhaltensannahme des rationalen Nutzenmaximierers prägt schließlich also die Einstellung. Außerdem ändert sie vorher schon den Blick auf die Wirklichkeit, führt also zu einer bestimmten Art der selektiven Wahrnehmung.

Außerdem muß sich das Recht oft gerade für solche Phänomene interessieren, die von einer bestimmten sozialwissenschaftlichen Theorie bewußt abgeschnitten werden. Das offensichtlichste Beispiel ist die harte Unterscheidung des neoklassischen ökonomischen Modells zwischen exogenen Präferenzen und endogenen Restriktionen. Sie beruht auf der subjektiven Wertlehre. Die klassische Ökonomie hatte eine objektive Wertlehre. Danach bestimmte sich der Wert jedes einzelnen Guts zum Beispiel nach der eingesetzten Arbeit. Solch eine Theorie wird mit dem eigentlichen Gegenstand der Volkswirtschaftslehre nicht fertig, mit dem Markt. Den Unterschied zwischen Markt und Plan, also zwischen dezentraler und zentraler Steuerung, kann man nur verstehen, wenn man die Vorstellung eines objektiven Werts der Güter aufgibt. Am Markt ist jedes Gut so viel wert, wie die Nachfrage, die es auslöst. Es kommt also auf die Zahlungsbereitschaft der einzelnen Nachfrager an. Jedes Individuum bringt seine Wünsche und Bedürfnisse selbst in eine individuelle, objektiv nicht begründbare Ordnung. Diese sich ständig ändernden Präferenzen nimmt der Markt als Datum. Seine Aufgabe besteht in ihrer bestmöglichen Koordination.

Von diesem Ausgangspunkt her ist es verständlich, daß Ökonomen auch dem Versagen oder der Schwäche von Märkten nicht durch den Eingriff in die Präferenzordnung der Individuen abhelfen wollen. Vielmehr plädieren sie dafür, dann die Restriktionen zu erweitern, unter denen jedes Individuum handelt. Das braucht nicht nur ein hartes Verbot zu sein. Vielmehr ist die pretiale Steuerung, also die Veränderung der relativen Preise von Gütern, häufig eleganter. Aus diesem Modell kann das Recht viel lernen. Ein plastisches Beispiel sind die Umweltafgaben. Wegen seiner weitergehenden Aufgabe sind für das Recht Präferenzen aber nicht notwendig exogen. Das Recht kann zunächst einmal wahrnehmen, daß Präferenzen nicht vom Himmel fallen. Manche sind sogar genetisch, viele kulturell determiniert. Wir alle wollen essen. Die meisten Deutschen haben ein im internationalen Vergleich recht hohes Sicherheitsbedürfnis. Sie ziehen

73 Siehe dazu die Kontroverse zwischen *Rolf Gröschner* und *Gebhard Kirchgässner* in: *Christoph Engel/Martin Morlok* (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, Tübingen 1998; *Rolf Gröschner*, *Der homo oeconomicus und das Menschenbild des Grundgesetzes*, S. 31 - 48; *Gebhard Kirchgässner*, *Es gibt keinen Gegensatz zwischen dem Menschenbild des Grundgesetzes und dem homo oeconomicus !*, S. 49 - 60.

74 Diesen an sich zutreffenden Hinweis gibt *Christian Kirchner*, *Konferenzergebnisse*, in: *Christoph Engel/ Martin Morlok* (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, Tübingen 1998, S. 315 - 326.

75 *Carter, John R. / Irons, Michael D.*, *Are Economists different, and if so why?*, *Journal of Economic Perspectives* 5, 1991, S. 171-177.

deshalb in ihrer großen Mehrheit die weniger ertragreichen, aber sichereren festverzinslichen Papiere den Aktien oder gar Optionen vor. Genetische Präferenzen ändern sich nur durch Mutationen oder gezielten Eingriff in die Keimbahn. Das erste ist nicht planbar, das zweite zu recht außerhalb jeder Diskussion. Anders verhält es sich dagegen mit der kulturellen Herkunft von Präferenzen. Sie haben sich nicht nur in historischer Perspektive ständig entwickelt. Man denke nur an das veränderte Verhältnis der Deutschen zur Sexualität. Vielmehr kann der Staat auf solche Änderungen auch gezielt hinwirken. Die Veränderung von Mentalitäten ist also ein mögliches Steuerungsinstrument. Ein Anwendungsfall ist das gerade von der Europäischen Gemeinschaft beschlossene vollständige Werbeverbot für Tabak. Das Beispiel belegt, daß sich das Recht nicht mit einer bestimmten sozialwissenschaftlichen Theorie zufrieden geben darf. Vielmehr muß es das ökonomische Modell im konkreten Fall durch sozialpsychologische Theorien über das Verhältnis von Verhalten und Einstellung ergänzen.

Bei dieser Kritik und Ergänzung einzelner sozialwissenschaftlicher Theorien ist das Recht allerdings viel seltener alleingelassen, als Juristen gemeinhein glauben. Es findet sich nicht nur für fast jeden von Juristen eingeforderten Gesichtspunkt eine sozialwissenschaftliche Theorie. Vielmehr schreitet innerhalb der Sozialwissenschaften der Prozeß der Integration bisher unverbundener theoretischer Konzepte mit schnellen Schritten voran. Diese Wissenschaftsentwicklung ist für das Recht von größter Bedeutung. Denn es ist dann nicht mehr gezwungen, aus Theoriebruchstücken verschiedener Wissenschaften konzeptionelle Provisorien zu zimmern.

Bei diesem Prozeß der Integration dürfte die Ökonomie am weitesten vorangeschritten sein. Sie wandelt sich zunehmend von einer Theorie wirtschaftlicher Vorgänge zu einer allgemeinen Theorie sozialen Verhaltens. Viele Ökonomen machen das auch sprachlich deutlich, indem sie nicht mehr von Ökonomie, sondern von Ökonomik sprechen. Diese Ökonomik entnimmt immer mehr Elemente aus dem bisherigen Datenkranz des neoklassischen Modells und macht sie zum eigenen Gegenstand der Erkenntnis. Sie interessiert sich vor allem für Institutionen⁷⁶. Die meisten und wichtigsten von ihnen sind rechtlich verfaßt: Vertrag und Gesellschaft, Eigentum und deliktische Ansprüche. Gegenstand der politischen Ökonomie ist, was sie die äußeren Institutionen nennt. Damit sind Wahlen und Abstimmungen gemeint, Parlament und Regierung, Parteien und Verbände⁷⁷. Staats- und Verwaltungsrecht geraten auf diese Weise in den Blick der Ökonomik. Die evolutorische Ökonomik nimmt Abschied von staatischen Modellen und interessiert sich für Entwicklungspfade⁷⁸. Damit reagiert die Ökonomik auch auf einen häufigen Einwand von Juristen gegen ökonomische Theorie. Sie verweisen darauf, daß der rechtspolitische Normalfall nicht der konzeptionelle Entwurf, sondern die Reform ist. Die Theorie der bounded rationality verändert schrittweise die klassische Verhalten-

76 Umfassend *Rudolf Richter/Eirik Furobotn*, Neue Institutionenökonomik, Eine Einführung und kritische Würdigung, Tübingen 1996.

77 Zusammenfassend *Peter Bernholz/Friedrich Breyer*, Grundlagen der politischen Ökonomie, Tübingen³ 1993/1994.

78 Grundlage zum Log-in-Effekt für die Ökonomik insgesamt, vgl. *Paul A. David*, Clio and the Economics of Qwerty, *The American Economic Review*, Papers and Proceedings, 1985 (Bd. 75), 97. Meet., S. 332-337; *W. Brian Arthur*, Competing technologies, increasing returns, and log-in by historical events, *The economic journal*, vol. 99, 1989, S. 116-131.

sannahme der rationalen Nutzenmaximierung⁷⁹. Damit erledigt sich ein anderer häufiger Einwand der Juristen. Aus ihrer praktischen Erfahrung wußten sie, daß es Gesetzmäßigkeiten oder zumindest Wahrscheinlichkeiten über die Abweichung von der Vorstellung eines rationalen Nutzenmaximierers gibt. Die Spieltheorie hat zum Beispiel den Unterschied zwischen einfachen und wiederholten Spielen herausgearbeitet⁸⁰. Damit ist der konzeptionelle Ort für eine andere häufige Reaktion von Juristen auf ökonomische Analysen gefunden. Was aus der isolierten Sicht des einzelnen Geschäfts rational erscheinen mag und deshalb rechtliche Sicherungen nahelegt, kann innerhalb einer dauernden Geschäftsbeziehung entbehrlich werden. Noch recht zögernd öffnet sich die Ökonomik schließlich auch für Verteilungsfragen⁸¹. Der klassische juristische Schlachtruf: „Gerechtigkeit ist mehr als Effizienz“ wird deshalb schwächer.

Schwächer heißt allerdings nicht, daß er damit schon verschwunden wäre. Ja mehr noch, die Kategorie der von keiner sozialwissenschaftlichen Theorie vollständig eingefangenen Gerechtigkeit muß immer erhalten bleiben. Sie wird jedenfalls gebraucht als Generator für neue Fragen und als der konzeptionelle Ort für ein Ungenügen an zu engen funktionalen Kategorien. Praktische Bedeutung hat sie einstweilen vor allem für die Kategorie der Unveräußerlichkeit, von der bereits die Rede war⁸². Sie wird etwa gebraucht, wenn eine Rechtsordnung den Organhandel verbietet und dadurch verhindert, daß Menschen ihren Körper zum Ausschachten hingeben. Gebraucht sie umgekehrt auch, wenn der Staat ausnahmsweise einmal sicherstellen will, daß jedermann auf ein bestimmtes Gut Anspruch hat. Denn Märkte befriedigen immer nur die Nachfrage, der ausreichende Zahlungsbereitschaft gegenüber steht⁸³.

3. Andere Methoden

Interdisziplinarität darf nicht zum Disziplinenbrei verkommen. Überdies kann es pragmatischer Klugheit entsprechen, die historisch gewachsenen und jedem Betrachter auffallenden Unterschiede in der Erkenntnispraxis verschiedener Wissenschaften ernst zu nehmen⁸⁴. Das hindert aber nicht die Suche nach der methodisch-heuristischen Einheit der Sozialwissenschaften⁸⁵. Denn es besteht die Chance, daß eine überlegene wissenschaftlichen Methode „allmählich alle Bereiche des Wissens durchsäuert und ältere

79 Zusammenfassend der Sammelband *Bounded Rationality and the Analysis of State and Society*, in: *Journal of institutional and theoretical Economics*, 150 (1994), S. 11-326.

80 Für Juristen besonders anregend, weil auf ihre Fragen bezogen: *Douglas G. Baird/Robert H. Gertner/Randal C. Picker*, *Game Theory and the Law*, Harvard 1994.

81 Anregend vor allem *Ingo Pies/Karl Homann*, *James Buchanans konstitutionelle Ökonomik*, Tübingen 1996, S.203-239.

82 Siehe oben II 1a.

83 In der rechtspolitischen Diskussion wird mit dieser Kategorie allerdings Schindluder getrieben. Wo Versorgungssicherheit gefordert wird, ist meist bloß Verteilung gemeint. Dann genügt es aber, den Adressaten Geld zu geben. Ob sie damit wirklich diese eine Leistung oder ganz andere Dinge nachfragen, sollte man ihrer eigenen Entscheidung überlassen.

84 *Albert* (FN 14), S. 37.

85 Ebd. 38.

Wissensformen und Denkstile ablöst“⁸⁶. Die methodische Integration ist also Programm und Prozeß zugleich.

Ähnlich verhält es sich mit einem weiteren Einwand. Arthur Kaufmann hat der Rechtswissenschaft attestiert, sie wisse genauer als viele anderen Sozialwissenschaften um die Notwendigkeit, den zergliedernden Verstand in ein Gleichgewicht zu der auf den Zusammenhang und die Einheit des Wissens abzielenden Vernunft zu bringen⁸⁷. Das ist eine uralte Erkenntnis. Schon bei Aristoteles heißt es: „Es kennzeichnet den Kenner, in den einzelnen Gebieten je den Grad von Präzision zu verlangen, den die Natur des Gegenstands zuläßt“⁸⁸.

Vor allem aber wirken sich die über das Erkenntnisprogramm der Sozialwissenschaften hinausgehenden Aufgaben des Rechts auf seine Methoden aus: Recht ist immer normativ, ganzheitlich, hermeneutisch, historisch, pragmatisch und rhetorisch⁸⁹.

Auch die methodische Kluft zwischen dem Recht und den Sozialwissenschaften ist aber kleiner, als Juristen für gewöhnlich vermuten. Einer der Altmeister der Ökonomie, *Harold Demsetz*, hat jüngst formuliert:

„Complete abstraction yeals pure mathematics, not empirically relevant science. Complete accurate representation yeals descriptive classification, not generalization. The truly useful theory is a mixture of realistic and abstract representation“⁹⁰.

Die verbreitete juristische Kritik an der Realitätsarmut ökonomischer Modelle⁹¹ hat deshalb einen richtigen Kern, der zunehmend auch von den Ökonomen anerkannt wird. Nur wer eine Hypothese hat, sieht aber in der Wirklichkeit etwas. Erst scharfe Modelle lassen überdies häufig die richtigen Fragen stellen.

Noch enger kommen Juristerei und Sozialwissenschaften zueinander, wenn sich diese den Einsichten des kritischen Rationalismus öffnen. Der gedankliche Ausgangspunkt dieser, von *Karl Popper* und *Hans Albert* begründeten Denkschule, ist die Überzeugung, daß es keine absoluten Begründungen geben kann. Damit wird nicht etwa die Idee der objektiven Erkenntnis als solche in Frage gestellt⁹², wohl sind die Sozialwissenschaften dann aber auf die Suche nach der „nach dem jeweiligen Erkenntnisstande vorzugswürdigen Alternative“ beschränkt⁹³. Erkenntnis wird dann auch für die Sozialwissenschaf-

86 Ebd. 51.

87 *Arthur Kaufmann*, Einige Bemerkungen der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, in: *Ders.*, Beiträge zur juristischen Hermeneutik, Köln u.a. 1984, S.119-125 (120f.).

88 Aristoteles Nikomachische Ethik 1094 b 24, zit. n. *Arthur Kaufmann*, Rechtswissenschaft (FN 87), S. 119.

89 Einzelheiten oben II 2.

90 *Harold Demsetz*, The premises of economics, An explanation of the comparative success of economics in the social sciences, in: *Economic inquiry*, 35 (1997), S. 1-11 (5).

91 Siehe etwa *Fezer*, (FN 65), JZ 1986, S. 823.

92 *Albert* (FN 14), S. 34.

93 Ebd. 36.

ten zu einem aktiven Vorgang. Jede wissenschaftliche Erkenntnis ist eine Entscheidung unter Unsicherheit⁹⁴. Alle praktizierten Problemlösungen sind Provisorien⁹⁵. Es geht nie um den „Neuaufbau“, sondern immer nur um die „Umsteuerung des Geschehens“⁹⁶. Die konstruktive und kritische Fantasie wird bereits zum Erkennen gebraucht⁹⁷. Eine wertfreie Praxis gibt es nicht⁹⁸. Die eigentliche Aufgabe auch der Sozialwissenschaften ist der Vergleich von wirklichen oder hypothetischen Lösungen⁹⁹. Man braucht Wertungen, um zu beschreiben, was eine Lösung leisten müßte¹⁰⁰, und welcher Maßstab beim Vergleich den Ausschlag geben soll¹⁰¹.

V. Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft

Damit können wir zu unserer Ausgangsfrage zurückkehren. Eine Rechtswissenschaft, die sich nicht hermetisch gegen Sozialwissenschaften abgrenzt, ist selbst Sozialwissenschaft. Denn ihre wichtigste Aufgabe deckt sich: Die Suche nach der besten Lösung gesellschaftlicher Probleme. Mit den theoretischen Sozialwissenschaften teilt die Rechtswissenschaft die Überzeugung, daß wissenschaftliche Aussagen über normative Fragen möglich sind.

Die Rechtswissenschaft geht deshalb aber nicht in den Sozialwissenschaften auf. Sie wird auch nicht zur übergeordneten sozialwissenschaftlichen Instanz. Die Überwindung der Kluft „zwischen den in den Wissenschaften erreichten provisorischen Teilerkenntnissen“ ist in der Philosophie viel besser aufgehoben¹⁰². Das Proprium der Rechtswissenschaft ist vielmehr ihr konstitutioneller Bezug zur Praxis. Der Titel dieses Aufsatzes bringt das mit der Formulierung zum Ausdruck: Rechtswissenschaft ist angewandte Sozialwissenschaft.

Das Adjektiv angewandt stellt die Rechtswissenschaft dabei nicht etwa in ein Unterordnungsverhältnis zu den theoretischen Sozialwissenschaften. Vielmehr kennzeichnet der Anwendungsbezug die eigenständige Aufgabe der Rechtswissenschaft. Sie erkennt immer nur um der praktischen Bedeutung willen. Ja mehr noch, ihr Erkennen ist immer nur Teil von Herrschaft mit der Autorität des Arguments. Rechtswissenschaft rezipiert die Erkenntnisse der theoretischen Sozialwissenschaften deshalb immer nur, soweit das mit den übrigen Aufgaben des Rechts vereinbar ist¹⁰³. Daraus folgt von selbst, daß Juristen sozialwissenschaftliche Erkenntnisse nicht unmittelbar in juristische Dogmatik

94 Ebd. 25.

95 Ebd. 26.

96 Ebd. 27.

97 Ebd. 29.

98 Ebd.

99 Ebd.

100 Ebd. 30.

101 Ebd. 31.

102 So auch *Albert* (FN 14), S. 2.

103 Siehe erneut oben II 2.

übersetzen dürfen. Auch dafür bedarf es vielmehr der pragmatischen Klugheit, die das gesamte juristische Handeln prägt.

Aus all dem folgt für die Rechtswissenschaft ein Programm, das zu *Adam Smith* zurückkehrt. Er war bekanntlich nicht nur Ökonom, sondern auch Soziologe und Moralphilosoph. Der durch diese Integration konzeptioneller Zugänge gespannte Rahmen „war so angelegt, daß er den Hintergrund für eine rationale Jurisprudenz bildete, in der sich die theoretischen Resultate für die praktische Anwendung orten ließen“¹⁰⁴. Die Wissenschaftsgeschichte verläuft also auch hier spiralförmig. Daß sich die beteiligten Wissenschaften zwischen *Adam Smith* und heute mehr als ein Jahrhundert auf sich selbst zurückgezogen haben, war kein wertloser Irrweg. Sie haben diese Konzentration auf ihren je eigenen Gegenstand vielmehr dazu genutzt, methodische Strenge zu erwerben und zu erproben. Nun ist es aber an der Zeit, die Wissenschaften wieder zu integrieren und dadurch gegenseitig die Früchte hundertjährigen Nachdenkens zu ernten.

104 *Albert* (FN 14), S.5.