



02fort Klatt - Integrative Rechtswissenschaft

Rechtsethik und Rechtspolitik (Universität Graz)

INTEGRATIVE RECHTSWISSENSCHAFT

Methodologische und wissenschaftstheoretische Implikationen der Doppelnatur des Rechts

Von Matthias Klatt, Graz*

I. Einleitung

Die juristische Methode und das Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft sind seit einigen Jahren in einem vorher lange nicht mehr gekannten Maße zum Problem geworden. Zu diagnostizieren ist ein dreifacher Befund aus Irritation, Fragmentierung und Marginalisierung. Die „tiefgreifende Verunsicherung“¹ betrifft Themen, die in ihrer Grundsätzlichkeit kaum zu überbieten sind: die Rolle der Rechtsdogmatik, das Proprium der Rechtswissenschaften, ihr Wissenschaftscharakter und ihre Beziehungen zu anderen Disziplinen.² In besonderer Schärfe brach der Streit im Zuge der Plagiatsdebatte auf: Die pointierte Einschätzung, das Verfassen von Kommentaren sei keine rechte Wissenschaft, wurde mit der Bemerkung retourniert, die Abfassung politikwissenschaftlicher Essays im Elfenbeinturm sei es ebenfalls nicht.³ Zur Rechtsdogmatik liest man so disparate Bewertun-

* Wenige Wissenschaftler stehen für die Idee einer integrativen Rechtswissenschaft so sehr wie der Göttinger Rechtsphilosoph Ralf Dreier. Ihm seien die folgenden Überlegungen gewidmet.

¹ *Jestaedt*, *Wissenschaft im Recht*, JZ 69 (2014), S. 1 (1); siehe als Indiz für die Irritation auch *Wissenschaftsrat*, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, 2012.

² Vgl. die Beiträge in Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007; Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007; Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008; Funke/Lüdemann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009; Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, 2012; Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015.

³ *Heinig/Möllers*, *Kultur der Kumpanei*, FAZ 24.03.2011, S. 8; *Huber/Radtke*, *Leistungsfähig und vorbildlich*, FAZ 07.04.2011, S. 8. Wie ein direkter Kommentar zu dieser Debatte liest sich Essers Mahnung, es gehe darum, „die Flucht der geistig Anspruchsvolleren aus der handwerklichen Jurisprudenz in eine belletristische Ideen- und Geistesgeschichte [...] aufzuhalten [...]. [...] Von diesem Weg: hier (unten‘) Kommentar und Leitsatzkartei, dort (oben‘) Naturrechtsweisheiten müssen wir unsere Jurisprudenz abbringen, soll sie nicht vom nächsten politischen Windstoß kläglich umgeblasen werden.“ *Esser*, *Juristisches Denken*. Die Grenzen von Handwerk, Wissenschaft und Philosophie, ARSP 43 (1957), S. 261 (265, 268).

gen wie das Klagelied über einen „Abschied von der Dogmatik“⁴ einerseits, den Schmerzensruf über eine „alles verdrängende Präsenz“⁵ der Dogmatik andererseits. Die erhebliche Irritation war zuletzt auf der Staatsrechtslehrertagung 2014 in Düsseldorf zu besichtigen. Dort wurde die Frage diskutiert, ob „die öffentlich-rechtliche Methode“ durch Internationalisierung und Interdisziplinarität geöffnet werden solle. Diese Frage zu stellen implizierte dabei die Möglichkeit ihrer Verneinung.

Zur Irritation tritt die Fragmentierung. Unter der glatten Oberfläche unserer Disziplin brodelt und gärt „eine irritierende Vielfalt und Disparität“⁶. Speziell die Grundlagenfächer sind fragmentiert, und zwar gleich doppelt: Sie separieren sich von den dogmatischen Fächern und fristen ein Nischendasein. Zugleich sind sie untereinander entkoppelt; ein Dialog zwischen Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Rechtspolitik findet kaum statt. Habermas beschreibt diese Fragmentierung eindrucksvoll:

„Hin- und hergerissen zwischen Faktizität und Geltung zerfällt die Politik- und Rechtstheorie heute in Lager, die sich kaum noch etwas zu sagen haben. Die Spannung zwischen normativistischen Ansätzen, die stets in Gefahr sind, den Kontakt mit der gesellschaftlichen Realität zu verlieren, und objektivistischen Ansätzen, die alle normativen Aspekte ausblenden, kann als Mahnung verstanden werden [...]“⁷

Das dritte Element meiner Diagnose ist die Marginalisierung der Grundlagenfächer. Die juristischen Fakultäten in Deutschland haben in den letzten 20 Jahren ausgerechnet diejenigen Disziplinen marginalisiert, deren Kernkompetenz in der Beantwortung der skizzierten Probleme liegt.⁸ Selten war die von Esser in den 1950er Jahren getroffene Feststellung wahrer als heute: „Jede Wissenschaft bedarf einer Propädeutik. Der Jurist verzichtet darauf.“⁹

Angesichts dieser von Irritation, Fragmentierung und Marginalisierung geprägten Situation besteht ein erhebliches Bedürfnis nach einem übergreifen-

⁴ *Schlink*, Abschied von der Dogmatik, JZ 62 (2007), S. 157; siehe auch *Lübbe-Wolff*, Expropriation der Jurisprudenz?, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 282 (291–292).

⁵ *Brohm*, Kurzlebigkeit und Langzeitwirkung der Rechtsdogmatik, in: Geis/Lorenz (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung, 2001, S. 1079 (1079); ihm folgend *Jestaedt*, Die deutsche Staatsrechtslehre im europäischen Rechtswissenschaftsdiskurs, JZ 67 (2012), S. 1 (2); siehe auch *Lepsius*, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1 (20); *Lepsius*, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 39 (46).

⁶ *Bumke*, Rechtsdogmatik: Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft, JZ 69 (2014), S. 641 (642).

⁷ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 21.

⁸ Zugleich wird mit der Schwächung des „gesamtdisziplinären Stellenwert[es]“ dieser juristischen Teildisziplinen auch die interdisziplinäre Öffnung erschwert, siehe *Jestaedt* (Fn. 1), S. 4; unter Hinweis auf *Wissenschaftsrat* (Fn. 1), S. 40, 35.

⁹ *Esser* (Fn. 3), S. 261.

den Rahmen, nach „reintegrativer Theoriebildung“¹⁰. Meine Kernthese lautet, dass ein solcher Rahmen zur Verfügung steht. Er besteht in der Doppelnatur des Rechts. Die Doppelnatur des Rechts ist bisher ausschließlich hinsichtlich des Verhältnisses von Recht und Moral, also im Hinblick auf Begriff und Geltung des Rechts diskutiert worden. Ich werde die Doppelnatur des Rechts hier erstmals systematisch für die skizzierten Probleme der juristischen Methode und der Rechtswissenschaftstheorie fruchtbar machen. Die Doppelnatur des Rechts führt mich zum Konzept einer integrativen Rechtswissenschaft. Damit ist nicht die von Jestaedt abschätzig als „Integralismus“ kritisierte Verbindung der Rechtswissenschaft zur Rechtspraxis gemeint.¹¹ Vielmehr geht es darum, das Zusammenwirken der verschiedenen methodischen Elemente der Jurisprudenz zu explizieren. Im Sinne einer Synthese ist der Graben zwischen analytischen, empirischen und normativen Erkenntnisansätzen zu überbrücken.¹²

Ich werde zunächst die Doppelnatur des Rechts erläutern (II.), um anschließend ihre Konsequenzen für die juristische Argumentation (III.) und für das Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft (IV.) auszuführen.¹³

II. Die Doppelnatur des Rechts

Das Recht hat eine Doppelnatur. Sie besteht in der Kombination einer realen oder faktischen Dimension mit einer idealen oder kritischen Dimension. Die Doppelnatur des Rechts ist von Alexy auf den Begriff gebracht worden.¹⁴ Als Topos ist sie allerdings schon länger im rechtsphilosophischen Denken präsent. Zu erwähnen ist neben Jellineks „Doppelnatur“ des Staates¹⁵ vor allem Merkls Aufsatz von 1918 über „das doppelte Rechtsantlitz“. In dessen Schlusssatz stellt Merkl die Realität der Rechtsanwendung der Idealität des logisch richtigen Rechts gegenüber.¹⁶ Auch der Oxforder Naturrechtler

¹⁰ Dreier, Deutsche Rechtsphilosophie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, in: Alexy (Hrsg.), Integratives Verstehen, 2005, S. 215 (221).

¹¹ Jestaedt (Fn. 1), S. 3, 10–11.

¹² Vgl. Hall, Integrative Jurisprudence, in: ders., Studies in Jurisprudence and Criminal Theory, New York 1958, S. 25 (37–39).

¹³ Zur Idee integrativer Rechtswissenschaft instruktiv Dreier, Einleitung, in: ders., Recht, Moral, Ideologie, 1981, S. 8; ders. (Fn. 10), S. 221.

¹⁴ Alexy, Die Doppelnatur des Rechts, Der Staat 50 (2011), S. 389; siehe auch ders., Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, ARSP 95 (2009), S. 151; ders., The dual nature of law, Ratio Juris 23 (2010), S. 167.

¹⁵ Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. Heidelberg 1921, S. 50; vgl. dazu Paulson, Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens, AöR 124 (1999), S. 631 (639); Neumann, Wissenschaftstheorie und Rechtswissenschaft bei Hans Kelsen und Gustav Radbruch, in: Paulson/Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, 2005, S. 35 (40 mit Fn. 20).

¹⁶ Merkl, Das doppelte Rechtsantlitz, in: ders., Gesammelte Schriften, 1993, S. 227 (252). Es muss betont werden, dass Merkl entgegen der hier vertretenen Auffassung die

Finnis vertritt eine These von der Doppelnatur des Rechts.¹⁷ In Volkmanns Verfassungsbegriff ist die Doppelnatur im „Gegensatz von juristisch-technischer und rechtsethischer Verfassung“ erkennbar.¹⁸

1. Die ideale Dimension

Die ideale Dimension des Rechts wird durch den Anspruch auf Richtigkeit gestiftet.¹⁹ Jedes Rechtssystem als Ganzes, aber auch jede einzelne Rechtsnorm und jede juristische Entscheidung erheben einen Anspruch auf Richtigkeit.²⁰ Entscheidend für die Begründung einer das positive Recht übersteigenden, idealen Richtigkeit ist, dass dieser Anspruch nicht im rein Juristischen verharret. Er behauptet also nicht etwa nur „juristische Richtigkeit“ oder „Richtigkeit innerhalb eines konkreten Rechtssystems“. Vielmehr schließt er moralische Richtigkeit ein. Der Anspruch auf Richtigkeit entfaltet eine erhebliche Sogwirkung. Er zieht moralische Richtigkeit in den Begriff rechtlicher Richtigkeit hinein und verleiht dem Recht damit eine ideale Dimension. Der Anspruch auf Richtigkeit sprengt den positivistischen Rechtsbegriff: Neben die sozialen Tatsachen der autoritativen Gesetztheit und der sozialen Wirksamkeit tritt die moralische Richtigkeit als drittes Element der Definition des Rechts.²¹ Eine ideale Dimension des Rechts anzuerkennen bedeutet daher, einen nichtpositivistischen Standpunkt zu vertreten.

Freilich finden sich Reflektionen über eine Art von idealer Dimension des Rechts auch bei Rechtspositivisten. Raz schreibt: „Judges are subject to morality anyway“.²² Hart hat die kritische Dimension der Teilnehmerperspektive betont.²³ Das entscheidende Merkmal der hier vertretenen, nichtpositivis-

eine Seite des doppelten Antlitzes, nämlich die Realität des Rechts, dem Bereich der Rechtsanwendung zuordnet und von der rechtswissenschaftlichen Rechtserkenntnis streng scheidet.

¹⁷ *Finnis*, Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's „Ideal Dimension“, *American Journal of Jurisprudence* 59 (2014), S. 85 (95–96). Finnis scheint sich in einem gewissen Begriffprägungs-Wettbewerb unter Nichtpositivisten zu sehen: Er lehnt Alexys Doppelnaturthese ab, nur um dann sein eigenes Etikett des „Doppellebens“ des Rechts anzubringen. In der Sache dürften jedoch keine nennenswerten Unterschiede zu Alexys Position bestehen. Siehe auch *Wolf*, Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft, 1953, S. 20–21; *Sampaio Ferraz*, Die Zweidimensionalität des Rechts als Voraussetzung für den Methodenpluralismus von Emil Lask, 1970.

¹⁸ *Volkmann*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 22–26.

¹⁹ *Habermas*, Recht und Moral, in: Faktizität und Geltung (Fn. 7), S. 541 (552, 599).

²⁰ *Alexy*, Recht und Richtigkeit, in: Krawietz (Hrsg.), The Reasonable as Rational?, 2000, S. 3. In der Verfassung hat der Anspruch auf Richtigkeit die Gestalt eines „prinzipiellen Gerechtigkeitsanspruchs“, siehe instruktiv *Volkmann* (Fn. 18), S. 41–46.

²¹ *Alexy*, Der Staat 50 (Fn. 14), S. 389.

²² *Raz*, Between Authority and Interpretation, Oxford 2009, S. 195.

²³ *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. Oxford 1994, S. 57.

tischen Position liegt jedoch darin, dass der Einschluss moralischer Richtigkeit in die rechtliche Richtigkeit als notwendig behauptet wird. Diese Notwendigkeit widerspricht sowohl dem exklusiven als auch dem inklusiven Rechtspositivismus.²⁴ Das Kernargument für die Notwendigkeit des Anspruchs auf moralische Richtigkeit ist der performative Widerspruch, der entsteht, wenn die implizit behauptete moralische Richtigkeit explizit geleugnet wird.²⁵ Der Anspruch auf Richtigkeit kann nur dann als rationale Begründung der idealen Dimension des Rechts dienen, wenn moralische Richtigkeit überhaupt existiert. Andernfalls wäre der Anspruch auf Richtigkeit Ausdruck eines Irrtums. Dies nimmt der moralphilosophische Irrationalismuseinwand an: Behauptungen in moralischen Fragen seien notwendig subjektiv, relativ oder pure Dezision.²⁶

Zur Zurückweisung des Irrationalismuseinwandes kann der Nichtpositivismus jedoch auf die Möglichkeit verweisen, über praktische Fragen rationale Diskurse zu führen.²⁷ Die Diskurstheorie als prozedurale Theorie praktischer Rationalität bietet einen dritten Weg „zwischen Beweisbarkeit und Willkür“.²⁸ Die Idee diskursiver Vernünftigkeit ist somit ein notwendiger Teil der Begründung der idealen Dimension des Rechts. Die Konstituierung der idealen Dimension des Rechts hat damit bereits eine methodologische Komponente. Der Anspruch auf Richtigkeit, der einen Anspruch auf Begründbarkeit einschließt, verbindet die juristische Methodenlehre mit der rechtsphilosophischen Frage nach Begriff und Geltung des Rechts.²⁹ Mit der Heranziehung der Diskurstheorie für die Begründung der idealen Dimension des Rechts ist eine Relativierung dieser Begründung auf die Praxis des Gebens und Nehmens von Gründen im Sinne Brandoms verbunden.³⁰

Freilich rechtfertigen die Regeln und Formen des rationalen Diskurses nicht stets eine einzige richtige Antwort. Die Grenzen der Diskurstheorie führen häufig zur Kategorie des diskursiv bloß Möglichen, die sowohl die Begründung eines Urteils als auch die Begründung des Gegenteils als in gleichem Maße rational auszeichnet. Diese vernünftige Nichtübereinstimmung

²⁴ *Raz*, *The Authority of Law*, Oxford 2002, S. 47; *Coleman*, *The Practice of Principle*, Oxford 2003, S. 108; vgl. *Alexy*, *Law, Morality, and the Existence of Human Rights*, *Ratio Juris* 25 (2012), S. 2 (3–4).

²⁵ Zum Argument des performativen Widerspruchs siehe *Alexy* (Fn. 20), S. 7–11; *Murphy*, *Defect and Deviance in Natural Law Jurisprudence*, in: Klatt (Hrsg.), *Institutionalized Reason*, Oxford 2012, S. 45 (54): „illocutionary act strategy“.

²⁶ *Mackie*, *Ethics*, London 1977, S. 35.

²⁷ *Alexy*, *Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis*, *American Journal of Jurisprudence* 58 (2013), S. 97 (101–102); *ders.*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, S. 234–255.

²⁸ *Ricœur*, *Zu einer Hermeneutik des Rechts*, *DZPhil* 3 (1994), S. 375 (378).

²⁹ *Alexy* (Fn. 20), S. 3, 6; *Klatt*, *Robert Alexy's Philosophy of Law as System*, in: Klatt (Fn. 25), S. 1 (15–16).

³⁰ *Brandom*, *Articulating Reasons*, Cambridge (Mass.) 2000, S. 11; vgl. *Alexy* (Fn. 20), S. 12.

im Sinne von Rawls definiert die Grenze praktischer Rationalität.³¹ Das Problem der begrenzten Erkenntnis dessen, was richtig und gerecht ist, macht die Ergänzung der idealen Dimension um die reale Dimension erforderlich.

2. Die reale Dimension

Die reale Dimension des Rechts besteht in seiner Positivität. Sie ist durch autoritative Gesetztheit und soziale Wirksamkeit definiert.³² Positivrechtlich geregelte Verfahren der Normsetzung und der Normanwendung ermöglichen das tatsächliche Zustandekommen von Entscheidungen sowie deren Durchsetzung.³³ Die Positivität des Rechts antwortet auf die Schwächen der idealen Dimension, deren Leistungsfähigkeit als Entscheidungsverfahren begrenzt ist.³⁴ Zu dem Erkenntnisproblem tritt das Durchsetzungsproblem.³⁵ Denn selbst wenn die Erkenntnis geklärt ist, haben in der realen Welt nicht immer alle Beteiligten den Willen, dieser Erkenntnis auch zu folgen. Ganz im Sinne Kants und Radbruchs stellt die Positivität des Rechts den Versuch der Lösung dieser beiden Probleme dar.³⁶ Die reale Dimension des Rechts entspringt dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit.³⁷ Schließlich kann die reale Dimension des Rechts auch als Antwort auf das von Volkmann identifizierte Problem der Werthypertrophie und der Übermoralisierung interpretiert werden.³⁸

Auch die reale Dimension des Rechts hat einen notwendigen Charakter. Dies folgt aus dem moralischen Gebot, Anarchie und Bürgerkrieg zu vermeiden und stattdessen soziale Koordination und Kooperation zum Nutzen aller zu verwirklichen.³⁹ Dieses Gebot gehört der idealen Dimension an. Deshalb wird die reale Dimension von der idealen Dimension selbst gefordert. Dennoch kann gefragt werden, ob die reale Dimension des Rechts mit ihrer Ermöglichung sozialer Koordination und Kooperation nicht ausreichend ist, ob also mit dem Übergang in die Positivität die ideale Dimension erledigt ist. Wäre dies so, implizierte die Notwendigkeit der Positivität einen positivistischen Rechtsbegriff.⁴⁰ Dagegen spricht, dass die Gründe, die für die Konstituierung der idealen Dimension sprechen, ihre Berechtigung mit dem

³¹ Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993, S. 55.

³² Alexy, *Der Staat* 50 (Fn. 14), S. 396.

³³ Vgl. Alexy, *The Nature of Arguments about the Nature of Law*, in: Meyer (Hrsg.), *Rights, Culture and the Law*, Oxford 2003, S. 3 (4).

³⁴ Vgl. Habermas (Fn. 19), S. 566.

³⁵ Zum Verhältnis von Recht und Zwang instruktiv Alexy (Fn. 33), S. 6–9.

³⁶ Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), 2. Aufl. 1998, S. 312; Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 2003, S. 82. Siehe auch Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1982, S. 28.

³⁷ Radbruch, *Der Zweck des Rechts*, 1990, S. 50.

³⁸ Volkmann (Fn. 18), S. 48–50.

³⁹ Alexy, *Rechtssicherheit und Richtigkeit*, in: Anderheiden/Keil/Kirste u. a. (Hrsg.), *Verfassungsvoraussetzungen*, 2013, S. 49 (52).

⁴⁰ Vgl. Alexy, *American Journal of Jurisprudence* 58 (Fn. 27), S. 102.

Übergang in die Positivität nicht verlieren. Der Anspruch auf Richtigkeit bleibt auch unter den Bedingungen der Positivität ein Anspruch auf substantielle Richtigkeit.⁴¹

3. Die Integration

Die Integration der idealen und der realen Dimension des Rechts kann als Optimierungsproblem rekonstruiert werden. Ausgangspunkt dieser Rekonstruktion ist die Überlegung, dass beide Dimensionen des Rechts gelten, in ihren Anforderungen aber kollidieren können. Es gilt also, das jeweils gebotene Maß der Realisierung beider Dimensionen zu bestimmen. Dies ist mit Hilfe einer Abwägung zwischen den Prinzipien der Rechtssicherheit und der Richtigkeit möglich.⁴² Die Auflösung des Spannungsfeldes zwischen der idealen und der realen Dimension des Rechts ist demnach nicht universell und abstrakt möglich, sondern eine kontextspezifische Frage des Grades.⁴³ Kernproblem der Integration ist somit die Bestimmung derjenigen Bedingungen, unter denen die ideale bzw. die reale Dimension Vorrang haben.

Der hohe Erklärungswert dieses Optimierungsmodells wird dadurch bestätigt, dass sich die verschiedenen Positionen im Streit um Begriff und Geltung des Rechts mit seiner Hilfe sehr gut analysieren lassen. Diese Positionen können nämlich so interpretiert werden, dass sie den Prinzipien der Rechtssicherheit und der Richtigkeit jeweils unterschiedliche Gewichte zuordnen.⁴⁴ Dabei stellen sich einige Positionen als unausgewogen dar, weil sie einseitig entweder die Rechtssicherheit oder die Richtigkeit überbetonen. Eine Überbetonung der realen Dimension findet sich etwa in dem auf Quine zurückgehenden Naturalismus Leiters⁴⁵ und in Kelsens⁴⁶ Auffassung eines absoluten Vorrangs des Prinzips der Positivität. Der Positivismus, sei er inklusiv oder exklusiv, gibt der realen Dimension des Rechts zu viel Gewicht.⁴⁷ Demgegenüber liegt eine Überbetonung der idealen Dimension zum Beispiel in Dworkins Theorie des Richters Herkules, der anhand von politischen und moralischen Prinzipien auch in schwierigen Fällen stets die einzig richtige Antwort findet.⁴⁸ Auch innerhalb nichtpositivistischer Theorien kann mit dem Opti-

⁴¹ Vgl. *Finnis* (Fn. 17), S. 95; siehe auch *Habermas* (Fn. 19), S. 542, 547–548.

⁴² *Alexy*, *Der Staat* 50 (Fn. 14), S. 397–398; siehe auch *Habermas* (Fn. 19), S. 547.

⁴³ *Nason*, *Practical-Political Jurisprudence and the Dual Nature of Law*, *Ratio Juris* 26 (2013), S. 430 (430).

⁴⁴ *Alexy*, *Der Staat* 50 (Fn. 14), S. 398–401.

⁴⁵ *Leiter*, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford 2007.

⁴⁶ *Kelsen*, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1928, S. 21.

⁴⁷ Besonders deutlich ist dies etwa bei Raz: „All law is source based. A law is source-based if its existence and content can be identified by reference to social facts alone, without resort to any evaluative argument.“ *Raz*, *Authority, Law, and Morality*, in: ders., *Ethics in the Public Domain*, Oxford 2001, S. 210 (211); ebenso *Raz* (Fn. 22), S. 386.

⁴⁸ *Dworkin*, *Hard Cases*, in: ders., *Taking Rights Seriously*, London 1977, S. 81.

mierungsmodell weiter differenziert werden.⁴⁹ Als eine adäquate Verteilung der Gewichte auf die beiden Seiten der Doppelnatur des Rechts stellt sich demgegenüber die Radbruchsche Formel dar. Ihr liegt eine Abwägung zwischen dem formellen Prinzip der Rechtssicherheit, das die reale Dimension repräsentiert, und dem materiellen Prinzip der Gerechtigkeit, das die ideale Dimension repräsentiert, zugrunde.⁵⁰

4. Kritik

Kritik an der Doppelnaturthese kann sich auf alle drei Schritte ihrer Explikation beziehen. Gegen die ideale Dimension kann eingewendet werden, dass das Recht einen Anspruch auf Richtigkeit nicht⁵¹ oder nicht notwendig⁵² erhebe, dass sich der Anspruch inhaltlich nicht auf eine der idealen Dimension angehörige Richtigkeit beziehe⁵³ oder dass über moralische Fragen nicht rational entschieden werden könne. Als Hilfsargument für die zuerst genannte Kritik kann die These dienen, dem Argument des performativen Widerspruchs liege eine *petitio principii* zugrunde.⁵⁴

Gegen die reale Dimension kann geltend gemacht werden, dass die Positivität des Rechts den utopischen Traum und den unvermittelten anarchischen Zugang zerstöre. Nach Paschukanis fördert das Recht die Entfremdung; die reale Dimension stellt sich als Ausübung und Perpetuierung von Klassengewalt dar.⁵⁵ Kropotkin fordert daher die „Zertrümmerung der Staaten“.⁵⁶ Auch die Kritik an einer auf den Gestus der Begriffsjurisprudenz verengten Rechtsdogmatik lässt sich als Kritik an der realen Dimension des Rechts interpretieren, da sie Kritik an einer wissenschaftlichen Untersuchung der Positivität des Rechts darstellt.⁵⁷

⁴⁹ *Alexy*, *American Journal of Jurisprudence* 58 (Fn. 27), S. 104–108.

⁵⁰ *Alexy* (Fn. 39), S. 54–57.

⁵¹ *MacCormick*, *Why Law Makes No Claims*, in: Pavlakos (Hrsg.), *Law, Rights and Discourse*, Oxford 2007, S. 59 (59–60).

⁵² *Dworkin*, *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.) 2006, S. 200; *Bulygin*, *Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality*, *Ratio Juris* 13 (2000), S. 133 (134).

⁵³ *Raz*, *The argument from justice, or how not to reply to legal positivism*, in: Pavlakos (Fn. 51), S. 27.

⁵⁴ *Finnis*, *American Journal of Jurisprudence* 59 (Fn. 17), S. 91; siehe aber *Alexy*, *Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments*, in: Garzón Valdés/Alchourrón/Bulygin (Hrsg.), *Normative systems in legal and moral theory*, Berlin 1997, S. 235 (249–250).

⁵⁵ *Pašukanis*, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, 1929, 3. Aufl. 1970, S. 121; Vgl. dazu *Harms*, *Warenform und Rechtsform*, 2000; *Beirne/Sharlet*, *Introduction to Pashukanis*, in: dies., *Pashukanis, Selected writings on Marxism and law*, 1980, S. 273.

⁵⁶ *Kropotkin*, *Die historische Rolle des Staates*, Berlin 1898, S. 56; siehe auch *Kropotkin*, *Anarchistische Moral*, 3. Aufl. 1922.

⁵⁷ *Kirchmann*, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848), Nachdruck 1990; *Lepsius* (Fn. 5); *Wolf* (Fn. 17), S. 11–13.

Schließlich lässt sich die Möglichkeit der Integration des Realen mit dem Idealen bestreiten. Finnis, der im Ergebnis allerdings die Doppelnaturthese Alexys teilt,⁵⁸ trägt dazu zwei Argumente vor. Das Kategorienfehler-Argument behauptet, die Rechtssicherheit gehöre nicht der realen, sondern der idealen Dimension an. Das von Alexy als Kollision zwischen Rechtssicherheit und Richtigkeit rekonstruierte Spannungsfeld befinde sich daher als Ganzes innerhalb der idealen Dimension, belege also keine Integration der Dimensionen.⁵⁹ Mit dem Argument der Inkommensurabilität macht Finnis geltend, eine Abwägung zwischen idealer und realer Dimension sei nicht möglich.⁶⁰ Gegen das Kategorienfehler-Argument spricht, dass Rechtssicherheit ohne Bestimmtheit des Rechts und eine hohe Befolgungsrate nicht zu haben ist. Gesetztheit und Wirksamkeit des Rechts begründen also sehr wohl einen inneren Zusammenhang zwischen Rechtssicherheit und der realen Dimension.⁶¹ Finnis verwechselt Grund und Gegenstand der Rechtssicherheit. Sie hat ihren Grund in der Moral, weil moralische Überlegungen Rechtssicherheit fordern. Ihr Gegenstand bleibt dennoch die autoritative, reale Dimension. Auch das Argument der Inkommensurabilität lässt sich ausräumen.⁶²

III. Doppelnatur und juristische Methode

Alle juristischen Methoden lassen sich drei Kategorien zuordnen. Sie gehören entweder zur Auslegung oder zur Rechtsfortbildung oder zur Abwägung. Die Doppelnatur des Rechts hat in allen drei Kategorien wichtige Konsequenzen für die Rechtsanwendung.

1. Auslegung

Die Normkategorie der Regeln lässt sich der realen Dimension, die Normkategorie der Prinzipien dagegen der idealen Dimension des Rechts zuordnen.⁶³ Denn Regeln drücken ein definitives oder reales Sollen aus, während Prinzipien ein prima-facie- oder ideales Sollen ausdrücken.⁶⁴ Man könnte meinen, diese Verbindung der Normkategorien mit den Dimensionen des Rechts hätte zur Folge, dass die gesamte Subsumtion der realen Dimension angehört. Schließlich betrifft die Subsumtion die Anwendung von Regeln.

⁵⁸ *Finnis*, American Journal of Jurisprudence 59 (Fn. 17), S. 94–96.

⁵⁹ *Finnis*, ebd., S. 101.

⁶⁰ *Finnis*, ebd., S. 108.

⁶¹ Vgl. *Alexy* (Fn. 39), S. 49.

⁶² *Klatt/Meister*, The Constitutional Structure of Proportionality, Oxford 2012, S. 58–66.

⁶³ *Alexy*, Der Staat 50 (Fn. 14), S. 404.

⁶⁴ *Alexy*, Ideales Sollen, in: Clérico/Sieckmann (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009, S. 21 (21–33).

Entsprechend wäre die Abwägung ausschließlich der idealen Dimension angehörig.

Diesem grob geschnitzten Bild liegt jedoch ein Missverständnis zugrunde, das die Kritik an der Abwägung als Methode wohl häufig inspiriert. Die Sachlage ist komplizierter, weil zwei Arten der Subsumtion unterschieden werden müssen. Die erste Art kann als abwägungsfreie Subsumtion bezeichnet werden. Sie wendet eine Regel an, deren Geltung allein aufgrund der Gesetztheit und Wirksamkeit festgestellt wurde, und kommt ohne Aspekte der idealen Dimension und allein auf autoritativ-institutionelle Gründe gestützt zu einem Ergebnis. Unzählige einfache Fälle werden in der täglichen Rechtspraxis auf diese Weise entschieden. Die zweite Art ist die abwägungsabhängige Subsumtion. Sie enthält, insbesondere in Gestalt der objektiv-teleologischen Interpretation, Elemente der idealen Dimension des Rechts. Im Einzelnen gilt zu den einzelnen *canones* Folgendes:

Die *semantische* Auslegung rekurriert auf den Wortlaut der Norm und stellt tatsächlich existierende Sprachgebräuche zu den Gesetzesbegriffen fest.⁶⁵ Damit ist die semantische Auslegung der autoritativen Dimension des Rechts zuzuordnen.⁶⁶ Dies ist besonders deutlich, wenn in Form der genetisch-semantischen Auslegung auf den Wortgebrauch des historischen Gesetzgebers abgestellt wird.⁶⁷ Die *historische* Auslegung führt „Tatsachen aus der Geschichte des diskutierten Rechtsproblems“⁶⁸ an und damit ebenfalls Gründe aus der realen Dimension des Rechts. Allerdings enthält die historische Auslegung notwendig mindestens eine normative Prämisse und damit auch ein Element der idealen Dimension.⁶⁹ Gleiches gilt für rechtsvergleichende Argumente im Rahmen der *komparativen* Auslegung, deren praktische Bedeutung im Rahmen der Globalisierung und der Transnationalisierung des Rechts explosionsartig ansteigt, ohne dass die Theorie der juristischen Argumentation dies bisher angemessen theoretisch begleitet hätte.⁷⁰ Der vom Recht erhobene Anspruch auf Richtigkeit übersteigt die Faktizität lokal beschränkter Rechtsordnungen. Somit zeigt sich die Doppelnatur des Rechts bereits in der historischen und in der komparativen Argumentation.

Bei der *systematischen* Auslegung ist die Doppelnatur besonders deutlich. Die systematische Auslegung zielt auf die Konsistenz und Kohärenz des

⁶⁵ Klatt, Theorie der Wortlautgrenze, 2004, S. 64–65, 71–72.

⁶⁶ Vgl. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 27), S. 294: besonderer Fall der empirischen Argumentation.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE, 03.04.1979–1 BvR 994/76, BVerfGE 51, 97 (109) zum Begriff der „Durchsuchung“ gem. Art. 13 Abs. 2 GG.

⁶⁸ Alexy, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 27), S. 294.

⁶⁹ Alexy, ebd., S. 294.

⁷⁰ Siehe dazu *del Moral, Ignacio de la Rasilla*, The Dilemma of the Three Wise Monkeys? Transnational Law as a Tool of Constitutional Interpretation and the US Supreme Court, TLT 4 (2013), S. 227.

Rechts.⁷¹ Konsistenz ist eine formale Eigenschaft und meint die logische Widerspruchsfreiheit als Relation zwischen den Elementen eines Rechtssystems (Normen, Interpretationen, Präjudizien, dogmatische Lehrsätze, etc.).⁷² Kohärenz ist demgegenüber eine materielle Eigenschaft im Sinne substantieller Verbundenheit dieser Elemente zu einem Sinnganzen.⁷³ Beide Aspekte der systematischen Auslegung lassen sich mit Dworkins Interpretationstheorie gut erklären, die unter der Idee einer Interpretation des Rechts als System („integrity“) zwei Gesichtspunkte vereint.⁷⁴ Die Konsistenz erfasst Dworkin mit seinem Begriff des „fit“: Es ist Aufgabe der Richterin, ihre Entscheidung in die vorhandenen Präjudizien einzupassen.⁷⁵ Die Kohärenz dagegen wird durch den Aspekt der „justification“ hergestellt, der insbesondere substantielle Fragen der politischen Moral erfasst.⁷⁶ Nach dem Gesagten dürfte deutlich sein, dass Konsistenz und „fit“ die reale Dimension des Rechts, Rechtfertigung und „justification“ dagegen die ideale Dimension betreffen.

Schließlich spiegelt sich die Doppelnatur des Rechts auch in der *teleologischen* Auslegung. Soweit sie als subjektiv-teleologische Auslegung auf die vom historischen Gesetzgeber gewollten Zwecke rekurriert, gehört sie der realen Dimension des Rechts an.⁷⁷ Bei der Feststellung des Willens des historischen Gesetzgebers geht es um die Feststellung von Tatsachen.⁷⁸ Es handelt sich daher um einen besonderen Fall der empirischen Argumentation.⁷⁹ Die objektiv-teleologische Auslegung dagegen öffnet die Subsumtion für Argumente der idealen Dimension.⁸⁰ Sie stellt gegenüber der positivistischen Beschränkung auf autoritativ-institutionelle Argumente der realen Dimension eine äußerst signifikante Erweiterung des Repertoires juristischer Argumente dar.

⁷¹ Kritisch zur Bedeutung der Kohärenz Raz, *The Relevance of Coherence*, Boston University Law Review 72 (1992), S. 273; vgl. Bracker, Kohärenz und juristische Interpretation, 2000, S. 119–127.

⁷² MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, in: Krawietz (Hrsg.), *Theorie der Normen*, 1984, S. 37 (37): „I interpret consistency as being satisfied by non-contradiction.“

⁷³ BVerfG, 14.02.1973–1 BvR 112/65, BVerfGE 34 (1973), 269 (287): „verfassungsmäßige Rechtsordnung als einem Sinnganzen“. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1983, S. 412: „Sinnganzen der Rechtsordnung“.

⁷⁴ Instrukтив zum Prinzip der Integrität bei Dworkin Bracker (Fn. 71), S. 146–151.

⁷⁵ Dworkin, „Natural“ Law Revisited, *University of Florida Law Review* 34 (1982), S. 165 (166 ff.); ders., *Law’s Empire*, Cambridge (Mass.) 1986, S. 228–232.

⁷⁶ Dworkin (Fn. 75), S. 231, 256.

⁷⁷ Vgl. BVerfG, 13.10.1971–1 BvR 280/66, BVerfGE 32 (1971), 32 (70–71) zum Begriff der Wohnung gem. Art. 13 Abs. 1 GG.

⁷⁸ Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation* (Fn. 27), S. 294.

⁷⁹ Vgl. Wieacker, *Über strengere und un strenge Verfahren der Rechtsfindung*, in: ders., *Theorie des Rechts und der Rechtsgewinnung*, 1983, S. 101 (110): „empirische Absicht des historischen Gesetzgebers“.

⁸⁰ Kritisch Waldron, *Do Judges Reason Morally*, in: Huscroft (Hrsg.), *Expounding the Constitution*, Cambridge 2008, S. 38.

In den canones der Auslegung sind also Aspekte der realen und der idealen Dimension des Rechts miteinander verbunden. Deutlich ist dies auch am klassischen Konflikt einer Kollision zwischen dem semantischen und dem objektiv-teleologischen Argument.⁸¹ Wenn der Wortlaut die Wahl einer bestimmten Auslegungsalternative nahelegt, die jedoch ungerecht ist, dann stellt der Anspruch auf Richtigkeit den Rechtsanwender vor die Möglichkeit, entweder der Rechtssicherheit oder der Gerechtigkeit den Vorrang zu geben. Entweder fordert die Rechtssicherheit, das Gesetz trotz seiner Ungerechtigkeit anzuwenden, oder die Gerechtigkeit fordert, das ungerechte Gesetz nicht zu befolgen. Entscheidend ist, dass in beiden Fällen die ideale Dimension des Rechts notwendig beteiligt ist. Denn selbst im ersten Fall kann sich die Rechtssicherheit nur deswegen durchsetzen, weil sie einen moralischen Eigenwert hat.⁸² Ähnliche Überlegungen gelten selbst dann, wenn eine Kollision nicht vorliegt, sondern Wortlaut und Gerechtigkeit dasselbe Rechtsanwendungsergebnis fordern. Hier lässt sich die Entscheidung so interpretieren, dass zumindest implizit behauptet wird, dass die Gerechtigkeit eine vom Wortlautargument abweichende Entscheidung nicht fordert. Insgesamt ist daher der alte Streit um die Rangfolge der Auslegungskriterien ein Ausdruck des Problems der richtigen Integration der realen und der idealen Dimension des Rechts in der juristischen Argumentation.

All dies entspricht der Sonderfallthese. Die juristische Argumentation ist ein Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses.⁸³ Ebenso wie im allgemeinen praktischen Diskurs geht es darum, was in praktischen Fragen geboten, verboten oder erlaubt ist. Anders als der allgemeine praktische Diskurs aber findet juristische Argumentation unter einschränkenden Bedingungen statt, die sich aus der Bindung an Gesetz, Präjudiz und Dogmatik ergeben. Diese zwei Seiten der Sonderfallthese bilden die Doppelnatur des Rechts unmittelbar ab.⁸⁴ Die Gemeinsamkeit des juristischen Diskurses mit dem allgemeinen praktischen Diskurs verleiht ihm einen idealen Charakter, während der Unterschied zum allgemeinen praktischen Diskurs einen realen Charakter impliziert. Die Sonderfallthese kann damit als allgemeinste Ausdruck der Doppelnatur des Rechts in der Theorie der juristischen Argumentation bezeichnet werden.

Die Integration der idealen und der realen Dimension in der juristischen Argumentation kann weiterhin das alte Problem der Offenheit des Rechts lösen. Die reale Dimension des Rechts allein kann Rechtssicherheit nicht in al-

⁸¹ Vgl. *Alexy*, *Der Staat* 50 (Fn. 14), S. 393 mit Fn. 18.

⁸² Instruktiv *Habermas* (Fn. 19), S. 550–551, 560, 563.

⁸³ *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation* (Fn. 27), S. 263–271; *ders.*, *The Special Case Thesis*, *Ratio Juris* 12 (1999), S. 374; kritisch *Günther*, *Critical Remarks on Robert Alexy's Special case thesis*, *Ratio Juris* 6 (1993), S. 143; *Habermas*, *Faktizität und Geltung* (Fn. 19), S. 281–291; *ders.*, *A short reply*, *Ratio Juris* 12 (1999), S. 445 (447).

⁸⁴ *Alexy*, *Der Staat* 50 (Fn. 14), S. 403; vgl. *Habermas* (Fn. 19), S. 552, 565.

len Fällen erzielen.⁸⁵ Im Offenheitsbereich verweisen Positivisten den Rechtsanwender auf außerrechtliche Gründe. Ist der Fundus autoritativer Argumente erschöpft, ohne dass ein Ergebnis erzielt wird, dann kommt nur noch eine Entscheidung anhand nicht-autoritativer Gründe in Betracht, wenn die Entscheidung überhaupt auf Gründe gestützt werden soll.⁸⁶ Es ist daher von einem positivistischen Standpunkt aus nur konsequent, dass Hart und Kelsen den Rechtsanwender im Offenheitsbereich darauf verweisen, wie ein Gesetzgeber nach freiem Ermessen Recht zu schaffen.⁸⁷

Die Doppelnatur des Rechts hat in dieser Hinsicht mehr zu bieten, weil sie den Raum nicht-autoritativer Gründe genauer in den Blick nehmen und die pure Deziision im Offenheitsbereich zurückdrängen kann. Nicht-autoritative Gründe sind vor allem Gerechtigkeitsgründe. Sie gehören der idealen Dimension des Rechts an. Durch die Idee des rationalen Diskurses wird es möglich, die jenseits der realen Dimension des Rechts liegenden Gründe nach ihrer Qualität zu beurteilen, so dass Kelsens Auffassung von der Gleichwertigkeit aller nicht-autoritativen Gründe widerlegt werden kann.⁸⁸

2. Rechtsfortbildung

Die Rechtsfortbildung unterscheidet sich von der Auslegung durch die Überschreitung des Wortlautes.⁸⁹ Sie tritt in den Formen der Analogie und der teleologischen Reduktion auf. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung *contra legem*, also gegen den Wortlaut und gegen den Willen des historischen Gesetzgebers, ist ohne die ideale Dimension des Rechts nicht begründbar.⁹⁰ Zugleich behält aber auch die reale Dimension des Rechts ihre Gültigkeit. Denn Richtigkeitsgründe können die Rechtssicherheit nicht stets und nicht ohne weiteres aushebeln. Eine allgemeine Richtigkeitskontrollkompetenz der Rechtsanwendungsorgane besteht nicht.⁹¹ Vielmehr ist ein *prima-facie*-Vorrang der autoritativ-institutionellen Dimension anzunehmen. Die entsprechende Argumentationslastregel soll hier als „Radbruchsche Formel der juristischen Argumentation“ bezeichnet werden.

3. Verhältnismäßigkeit

Fraglich ist, wie die Doppelnatur des Rechts bei der Anwendung von Prinzipien zum Tragen kommt. Betrachtet man die Struktur der Verhältnismäßig-

⁸⁵ Hart (Fn. 23), S. 128: „open texture“; Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 348–349: Rahmencharakter des positiven Rechts.

⁸⁶ Alexy, *On the concept and the nature of law*, *Ratio Juris* 21 (2008), S. 281 (283).

⁸⁷ Kelsen (Fn. 85), S. 350–351; Hart (Fn. 23), S. 135.

⁸⁸ Alexy (Fn. 39), S. 58–59.

⁸⁹ Klatt (Fn. 65).

⁹⁰ *Grundlegend BVerfG*, 14. 02. 1973–1 BvR 112/65, *BVerfGE* 34 (1973), 269.

⁹¹ Alexy (Fn. 39), S. 61.

keitsprüfung, so fällt auf, dass die Stufen der Geeignetheit und der Erforderlichkeit von der realen Dimension des Rechts geprägt werden. Beide Stufen betreffen die Optimierung im Hinblick auf die empirischen Gegebenheiten, zum Beispiel durch die Vermeidung vermeidbarer Kosten.⁹² Daran anknüpfend könnte man erwägen, die Stufe der Abwägung der idealen Dimension des Rechts zuzuordnen. Immerhin ist die Angemessenheit einer staatlichen Maßnahme häufig anhand von Argumenten zu beurteilen, die der idealen Dimension des Rechts angehören.

Dieses Bild wäre jedoch zu einfach. Die Abwägung ist ein komplexer Vorgang, wie insbesondere Arbeiten der Prinzipientheorie zeigen konnten.⁹³ Nutzt man zur Erhellung der Struktur dieses Vorgangs die Gewichtsformel⁹⁴, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der beiden Dimensionen des Rechts zu den verschiedenen Variablen der Abwägung. So könnte man daran denken, die Eingriffsintensität und das abstrakte Gewicht eines Prinzips zur idealen Dimension, die epistemische Sicherheit dagegen zur realen Dimension zu rechnen. Dagegen spricht jedoch, dass Eingriffsintensität und abstraktes Gewicht nicht nur von normativen, sondern auch von empirischen Prämissen abhängen. Zudem ist die Erkenntnissicherheit kein Aspekt der tatsächlichen Dimension, sondern als Wissen über die tatsächliche und die ideale Dimension auf einer Metaebene angesiedelt.⁹⁵

Naheliegender ist daher eine Interpretation, die von der Neutralität der Variablen der Gewichtsformel, oder, was dasselbe ist, von der Neutralität der internen Rechtfertigung der Abwägung im Hinblick auf die Doppelnatur des Rechts ausgeht. Die Dimensionen des Rechts wirken vielmehr auf die externe Rechtfertigung der Abwägung ein, also auf die Begründung der Einstufungen für die Eingriffsintensität oder das abstrakte Gewicht.⁹⁶ Zur Begründung dieser Einwirkung ist lediglich auf die Doppelnatur der juristischen Argumentation insgesamt zu verweisen.⁹⁷

Dafür, dass die Variablen in dieser Weise neutral sind, kann auf das Beispiel der sozialen Rechte verwiesen werden. In einer frühen Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht es abgelehnt, aus Art. 1 Abs. 1 oder aus Art. 2 Abs. 1 GG einen unmittelbaren Anspruch auf Hinterbliebenenfürsorge

⁹² Klatt/Meister (Fn. 62), S. 10.

⁹³ Vgl. nur die Beiträge in Klatt (Hrsg.), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, 2013.

⁹⁴ Alexy, Die Gewichtsformel, in: Jickeli/Kreutz/Reuter (Hrsg.), FS Sonnenschein, 2003, S. 771; für eine vollständige Fassung der Gewichtsformel siehe Klatt/Schmidt, Spielräume im Öffentlichen Recht, 2010, S. 52.

⁹⁵ Siehe dazu den von mir und Schmidt entwickelten Vorschlag, die S-Variable noch einmal aufzuteilen: Erkenntnissicherheit der empirischen und der normativen Prämissen, Klatt/Schmidt (Fn. 94), S. 51–52.

⁹⁶ Zur Unterscheidung zwischen interner und externer Rechtfertigung einer Abwägungsentscheidung Klatt/Schmidt (Fn. 94), S. 13–14.

⁹⁷ Siehe oben III. 1.

abzuleiten.⁹⁸ Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, den Schutz vor materieller Not zu verwirklichen. Das Bundesverfassungsgericht dürfe sich durch eine Kontrolle der Unterlassung des Gesetzgebers nicht selbst an die Stelle des Gesetzgebers setzen. Die Beschwerdeführerin wurde also auf das positive, einfache Gesetzesrecht verwiesen. Dies kann als eine positivistische Verfassungsinterpretation betrachtet werden, welche die tatsächliche Dimension des positiven Rechts überbetont. In der Hartz-IV-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht demgegenüber das Grundrecht auf Gewährleistung eines Existenzminimums auf die Menschenwürde gestützt und damit wesentlich die ideale Dimension des Rechts dafür genutzt, entsprechende Grundrechtseingriffe durch Unterlassen zu begründen.⁹⁹ Der Vergleich beider Entscheidungen erhellt, dass die Abwägungsvariablen neutral sind und erst in der externen Rechtfertigung anhand der Doppelnatur des Rechts auszufüllen sind.

Immerhin kann aber festgehalten werden, dass auch im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die reale und die ideale Dimension des Rechts integriert sind. Dies wird manchmal missverstanden. Tremblay hat kürzlich die Position vertreten, die Abwägung sei moralisch neutral und erlaube den Richtern, die schwierigen normativen Fragen moralischer, politischer oder philosophischer Art bei der Rechtsanwendung zu vermeiden.¹⁰⁰ Dies kann als Entlastungsthese bezeichnet werden. Sie lässt sich so interpretieren, dass die Abwägung mit der realen Dimension des Rechts auskomme und auf die ideale Dimension nicht angewiesen sei. Die Entlastungsthese ist originell, weil die Kritik an der Abwägung häufig genau umgekehrt lautet: Die vermeintliche moralische Neutralität der Abwägung wird gerade aufgrund ihrer puren Formalität kritisiert und nicht, wie von Tremblay, als Vorteil herausgestellt.¹⁰¹ Tremblays Entlastungsthese trifft jedoch nicht zu. Während die interne Struktur der Abwägung als reine Form moralisch neutral ist, gilt dies für die externe Rechtfertigung der Einstufungen gerade nicht. Als formale Struktur ist die Abwägung auf die Verwendung von normativen Prämissen angewiesen, die aus der idealen Dimension des Rechts stammen.¹⁰² Die Doppelnatur des Rechts kommt somit nicht nur bei der Anwendung von Regeln, sondern auch bei der Anwendung von Prinzipien zum Tragen.

⁹⁸ BVerfG, 19. 12. 1951, BVerfGE 1, 97.

⁹⁹ BVerfG, 09. 02. 2010–1 BvL 1/09 u. a., BVerfGE 125, 175.

¹⁰⁰ Tremblay, An egalitarian defense of proportionality-based balancing, Int'l. J. Const. L. 12 (2014), S. 864 (869, 866, 887); dagegen Klatt, An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing, Int'l. J. Const. L. 12 (2014), S. 891 (897–899).

¹⁰¹ Tsakyrakis, Proportionality, Int'l. J. Const. L. 7 (2009), S. 468 (474); Webber, Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship, Can. J. L. Juris 23 (2010), S. 179 (191); kritisch dazu bereits Klatt/Meister, Proportionality – A Benefit to Human Rights?, Int'l. J. Const. L. 10 (2012), S. 687 (694–695).

¹⁰² Vgl. dazu bereits Klatt, Int'l. J. Const. L. 12 (Fn. 100), S. 897–899.

IV. Doppelnatur und Rechtswissenschaftstheorie

Auch für das Problem einer adäquaten Rechtswissenschaftstheorie erweist sich die Doppelnatur des Rechts als äußerst hilfreiches Fundament.

1. Einseitigkeiten

Die Doppelnatur des Rechts wird nicht zutreffend erfasst, wenn einseitig entweder die reale oder die ideale Dimension überbetont werden. In der Geschichte der Rechtswissenschaftstheorie gibt es zahlreiche Beispiele für beide Extreme. Der skandinavische Rechtsrealismus steht für eine Überbetonung der realen Dimension. Hägerström leugnet die Existenz einer Welt des Sollens, Olivecrona untersucht das Recht ausschließlich in seiner tatsächlichen Dimension, Alf Ross reduziert die Ethik auf moralische Phänomene in der Psyche, also im Sein.¹⁰³ Auch Geigers Wertnihilismus und Luhmanns Gerechtigkeitsbegriff stellen einseitige Überbetonungen der realen Dimension des Rechts dar.¹⁰⁴ Gleiches gilt für die im Zuge der Heinig/Möllers-Debatte unter Verzicht auf jegliche kritische Dimension der Rechtswissenschaft artikulierte Ansicht, es sei „vornehmste Aufgabe“ der Rechtswissenschaft, dem Gesetz „zur Durchsetzung zu verhelfen“.¹⁰⁵ Naive Verwendungen empirischer Tatsachen vor Gericht, die das Übersetzungsproblem nicht beachten, isolieren die reale Dimension ebenfalls.¹⁰⁶

Umgekehrt wird die ideale Dimension überbetont, wenn die Relevanz oder gar die Möglichkeit empirischer Erforschung des Rechts als tatsächliches Phänomen geleugnet wird. Beispielhaft sei die von Kantorowicz an der Rechtssoziologie geübte Kritik genannt, die als repräsentativ für den Heidelberger Neukantianismus insgesamt gelten kann.¹⁰⁷ Insbesondere bei Kelsen

¹⁰³ Hägerström, Selbstdarstellung, in: Schmidt (Hrsg.), Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen, Leipzig 1929, S. 111 (155); Hägerström, Inquiries into the nature of law and morals, Uppsala 1953, S. 143; Ross, Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis, Kopenhagen 1933, S. 20; ders., On Law and Justice, London 1958, S. 62; Olivecrona, Law as fact, 2. Aufl. London 1971.

¹⁰⁴ Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl. 1987, S. 251–294; Luhmann, Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, Rechtstheorie 4 (1973), S. 131. Überzeugende Kritik an Luhmanns Position übt Dreier, Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, in: Recht, Moral, Ideologie (Fn. 13), S. 270.

¹⁰⁵ Canaris/Schmidt, Hohe Kultur, FAZ 07.04.2011, S. 8.

¹⁰⁶ Instrukтив die Beiträge in Mertz (Hrsg.), The role of social science in law, Aldershot 2008; siehe auch Yovel/Mertz, The Role of Social Science in Legal Decisions, in: Sarat (Hrsg.), The Blackwell Companion to Law and Society, Malden (Ma) 2008, S. 410.

¹⁰⁷ Kantorowicz, Some Rationalism about Realism, Yale L. J. 43 (1934), S. 1240; Radbruch, Hermann Kantorowicz (†), in: ders., Gesamtausgabe Band 16, 1988, S. 75 (78–79). Siehe dazu Neumann (Fn. 15), S. 38–39.

wird aus dem Methodendualismus jedenfalls in seiner frühen Phase ein Mopol der normativen Dimension des Rechts.¹⁰⁸

Derartige Einseitigkeiten lassen sich wissenschaftshistorisch oder wissenschaftssoziologisch erklären, nämlich als Realisierung identitätsstiftender Abgrenzungseffekte gegenüber anderen Positionen oder als komplexitätsreduzierende Schulbildung. So entstehen die Rechtssoziologie oder der amerikanische Rechtsrealismus in bewusster Abgrenzung zur logisch-analytischen Methode, zum naturrechtlichen Wertedenken und zum Idealismus. Derartige Erklärungen ändern aber nichts daran, dass sich die genannten Positionen aus der Perspektive einer integrativen Rechtswissenschaft als einseitige Überbetonungen darstellen.

2. Integrative Rechtswissenschaft

Die geschilderten Einseitigkeiten werden nur durch eine integrative Rechtswissenschaft vermieden, in der die ideale und die reale Dimension miteinander verbunden sind. Radbruch hat ein entsprechendes Modell der Rechtswissenschaft entwickelt.¹⁰⁹ Auszugehen sei „von der Zweiheit der Betrachtungsweisen, die aus einer und derselben Gegebenheit zwei Weltbilder formt.“¹¹⁰ Das Recht könne „einer doppelten Betrachtungsweise unterworfen werden: es kann betrachtet werden nach seinem tatsächlichen Bestande und nach seinem Bedeutungsgehalt, nach seinem Sein und nach seinem Sinn, als ein Geltendes im Sinne eines Wirkenden und als ein Geltendes im Sinne eines Verbindlichen; man kann die sozialtheoretische und die juristisch-dogmatische, die im eigentlichen Sinne rechtswissenschaftliche Betrachtung des Rechts nicht streng genug unterscheiden.“¹¹¹ Bei Jellinek tauchen diese Betrachtungsweisen als „zwei Gesichtspunkte, unter denen der Staat betrachtet werden kann“ auf.¹¹² Jellineks „juristische“ Betrachtungsweise widmet sich der idealen Dimension des Rechts, während seine „historisch-soziale“ Betrachtungsweise die reale Dimension erfasst.¹¹³ Und Wolff führt im Anschluss an Radbruch aus: „Die Wissenschaft vom Recht hat es demnach sowohl mit dem positiven Recht zu tun: seiner Entstehung, seinen Gestaltungen, seiner

¹⁰⁸ *Kelsen*, Eine „Realistische“ und die Reine Rechtslehre, ÖZöR 10 (1959), S. 1; *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1984, S. XX; *Kantorowicz*, Staatsauffassungen (1925), in: ders., Rechtswissenschaft und Soziologie, 1962, S. 69 (69–72).

¹⁰⁹ Vgl. *Neumann* (Fn. 15), S. 42–45.

¹¹⁰ *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914, S. 35.

¹¹¹ *Ders.*, ebd., S. 185.

¹¹² *Jellinek* (Fn. 15), S. 11–12, 41, 50, 137–139, 174–183.

¹¹³ *Ders.*, ebd., S. 41. Zur variantenreichen Terminologie Jellineks hinsichtlich der realen Dimension siehe instruktiv *Paulson*, AöR 124 (Fn. 15), S. 639 Fn. 37.

Wirkung auf das soziale Leben – als auch mit der Idee der Gerechtigkeit“. Beide Aufgaben seien „untrennbar verbunden“.¹¹⁴

Besonders eindrücklich hat Habermas eine solche integrative Verbindung eingefordert: „Ohne den Blick auf Recht als empirisches Handlungssystem bleiben die philosophischen Begriffe leer. Soweit sich aber die Rechtssoziologie auf einen objektivierenden Blick von außen versteift [...], gerät umgekehrt die soziologische Anschauung in Gefahr, blind zu bleiben.“¹¹⁵ Habermas mahnt daher, „sich nicht auf eine disziplinäre Blickrichtung zu fixieren, sondern sich offenzuhalten für verschiedene methodische Standorte (Teilnehmer vs. Beobachter), für verschiedene theoretische Zielsetzungen (sinnverstehende Explikation und begriffliche Analyse vs. Beschreibung und empirische Erklärung), verschiedene Rollenperspektiven (Richter, Politiker, Gesetzgeber, Klient und Staatsbürger) und forschungspragmatische Einstellungen (Hermeneutiker, Kritiker, Analytiker etc.)“.¹¹⁶ Nur eine in dieser Weise verstandene integrative Rechtswissenschaft wird der Doppelnatur des Rechts gerecht.

3. Die drei Elemente integrativer Rechtswissenschaft

Die Doppelnaturthese steht auf den ersten Blick in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der Annahme, dass die Rechtswissenschaft dreidimensional sei, nämlich aus einer analytischen, einer empirischen und einer normativen Dimension bestehe.¹¹⁷ Die analytische Dimension betrifft die begrifflich-systematische Durchdringung des Rechts, die Analyse seiner Grundbegriffe und die juristische Konstruktion. Die empirische Dimension betrifft Fragen der tatsächlichen Entstehung und Wirkung von Recht sowie die Verwendung empirischer Prämissen in der juristischen Argumentation.¹¹⁸ Auch

¹¹⁴ Wolf (Fn. 17), S. 21; siehe auch Koller, Theorie des Rechts, 2. Aufl. 1997, S. 181–182.

¹¹⁵ Habermas (Fn. 7), S. 90.

¹¹⁶ Ders., ebd., S. 21; siehe auch Peters, Rationalität, Recht und Gesellschaft, 1991, S. 33–46 Für die Fruchtbarkeit interdisziplinären Arbeitens, der von Francis Bacon inspirierten „Sehnsucht nach der verloren gegangenen ‚Einheit der Wissenschaft‘“ folgend, plädiert überzeugend Hilgendorf, Bedingungen gelingender Interdisziplinarität, JZ 65 (2010), S. 913 (918–919). Volkmann hat für das Verfahren der Rechtsanwendung im Verfassungsrecht entsprechende Desiderate aufgestellt, Volkmann (Fn. 18), S. 131–147.

¹¹⁷ Dreier, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft, in: Recht, Moral, Ideologie (Fn. 13), S. 51–56; ders., Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, in: Recht, Moral, Ideologie (Fn. 13), S. 70 (88–89); zur Dreidimensionalität der Rechtswissenschaft siehe Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 23–27; Alexy, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 27), S. 308–313; siehe auch Rottleuthner, Rechts- theorie und Rechtssoziologie, 1981, S. 13 ff.; Rehbinde, Rechtssoziologie, 1977, S. 5 ff.

¹¹⁸ Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 227 ff.; Rottleuthner, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973, S. 205 ff. Vgl. etwa Lurger, Empiricism and Private Law: Behavioral Research as Part of a Legal-Empirical Governance Analysis and a Form of New Legal Realism, Austrian Law Journal 1 (2014), S. 20;

die von Kant als „bloß empirische Rechtslehre“ bezeichnete Erkenntnis allein des positiv geltenden Rechts ist der empirischen Dimension zuzuordnen.¹¹⁹ Die normative Dimension schließlich fragt danach, wie innerhalb einer gegebenen Rechtsordnung entschieden werden soll, was also aus einer Teilnehmerperspektive „unter Bezugnahme auf Gesichtspunkte der Gerechtigkeit und Rechtsvernunft“ die richtige juristische Entscheidung ist.¹²⁰

Wie verhalten sich Dreidimensionalität und Doppelnatur zueinander? Zunächst ist zu bemerken, dass auch hinsichtlich der Dreidimensionalität der Gedanke der Integration prägend ist: „[Die Rechtswissenschaft] muss eine integrativ mehrdimensionale Disziplin sein: Die Verbindung der drei Dimensionen ist notwendige Bedingung der Rationalität der Rechtswissenschaft als praktischer Disziplin.“¹²¹ Wie Ralf Dreier treffend bemerkt hat, wäre es ein „partikularistischer Fehlschluss“, die Rechtswissenschaft auf die eine oder die andere Dimension zu beschränken.¹²² Abgesehen davon lassen sich die Thesen von der Doppelnatur und von der Dreidimensionalität rasch zur Deckung bringen: Die empirische Dimension entspricht der realen Natur des Rechts, während die normative Dimension der idealen Natur des Rechts entspricht. Die analytische Dimension ist demgegenüber auf einer Metaebene angesiedelt, hinsichtlich der Doppelnatur also neutral. Sowohl empirische als auch normative Rechtswissenschaft können und sollten analytisch arbeiten.¹²³

a) Die analytische Dimension steht im Zentrum dogmatischer und logisch fundierter Rechtswissenschaft. Die Rechtsdogmatik ist die Königsdisziplin, sie ist der Inbegriff juristischer Wissenschaft.¹²⁴ Rechtsdogmatik besteht in der analytischen Methode, die auf die reale Dimension des Rechts angewendet wird. Denn Dogmatik ist das in „Begriffen, Lehrsätzen und Prinzipien zum System gefasste jeweilige positiv geltende Recht“ eines bestimmten Rechtsgebietes.¹²⁵ Der Begriff der Rechtsdogmatik kann anhand von fünf

Petersen, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, *Der Staat* 49 (2010), S. 435.

¹¹⁹ *Kant* (Fn. 36), S. 230.

¹²⁰ Vgl. *Dreier*, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz (Fn. 117), S. 89.

¹²¹ *Alexy* (Fn. 117), S. 27.

¹²² *Dreier* (Fn. 13), S. 11; im Anschluss an *Hall* (Fn. 12).

¹²³ Zur Verwendung analytischer Methode in der empirischen Dimension vgl. die Charakterisierung der soziologischen Jurisprudenz als „empirisch-analytisch verfahrenende Disziplin“ durch Ralf Dreier, *Dreier*, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft (Fn. 117), S. 52.

¹²⁴ *Dreier*, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft, *Rechtstheorie* 2 (1971), S. 37 (41); siehe auch *Jestaedt*, *JZ* 69 (Fn. 1), S. 4: „Markenkern“ deutscher Rechtswissenschaft; *Jestaedt*, *JZ* 67 (Fn. 5), S. 2: „das Markenzeichen von deutscher Rechtswissenschaft und Rechtskultur schlechthin“.

¹²⁵ *Diederichsen*, Auf dem Weg zur Rechtsdogmatik, in: Zimmermann/Knütel/Meincke (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*: Hans Hermann Seiler zum 24. Dezember 1999, 1999, S. 65 (66); ähnliche Begriffsbestimmungen stammen von *Esser*, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*,

Merkmale definiert werden: Eine Rechtsdogmatik ist eine Klasse von Sätzen, die sich auf positiv gesetzte Normen und Rechtsprechung beziehen, „untereinander in einem Zusammenhang stehen, im Rahmen einer institutionell betriebenen Rechtswissenschaft aufgestellt und diskutiert werden und normativen Gehalt haben“.¹²⁶ Die von der Rechtsdogmatik aufgestellten Sätze können sich auf Einzelnormen, Normelemente, Normenkomplexe, Normrelationen und auf das Verhältnis von Normen und Fakten beziehen.¹²⁷

Die Rechtsdogmatik hat drei Aufgaben: Erstens die Analyse der Grundbegriffe und Institute des jeweiligen Rechtsgebietes. Zweitens die juristische Konstruktion ihrer Verhältnisse zueinander, also die Zusammenfassung der begrifflichen Analyse zu einem System und die Untersuchung der Struktur dieses Systems. Drittens die Verwendung der Ergebnisse dieser Analyse zur Begründung juristischer Entscheidungen, was eine Untersuchung der Struktur dieses Begründens einschließt.¹²⁸ In ihrer reinsten Form ist die analytische Dimension der Rechtswissenschaft in der Begriffsjurisprudenz verwirklicht worden.¹²⁹ Aus der Pandektistik wurde sie insbesondere von Gerber und Laband auf das öffentliche Recht übertragen.¹³⁰ Auch im Konstruktivismus Kelsens spielt sie eine bedeutende Rolle.¹³¹

Der Stellenwert der Rechtsdogmatik und damit die Bedeutung der analytischen Dimension stehen neuerdings wieder im Streite. Einerseits wird das Hohelied der Rechtsdogmatik gesungen und betont, die dogmatische Durchdringung des Rechts sei das Leitbild der Rechtswissenschaft.¹³² Gerade der Rechtsdogmatik habe das deutsche Rechtssystem seine hohe Qualität und internationale Reputation zu verdanken.¹³³ Dementsprechend wird ein „Abschied von der Dogmatik“¹³⁴ als beklagenswerte Entwicklung eingestuft und

Archiv für die civilistische Praxis 172 (1972), S. 97 (97–98); *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, S. 3–5.

¹²⁶ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 27), S. 314.

¹²⁷ *Dreier* (Fn. 117), S. 73.

¹²⁸ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 27), S. 311; *Alexy* (Fn. 117), S. 23.

¹²⁹ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt am Main 1906, S. 110–111.

¹³⁰ *Gerber*, Über öffentliche Rechte, Tübingen 1852, S. 28, 36.

¹³¹ *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911, S. 142, 145, 181–184, 226, 497–498; *Kelsen*, Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, AöR 32 (1914), S. 202–245, 390–438 (215–220): „Der Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion“. Instrukтив zur Bedeutung der Konstruktion bei *Kelsen Paulson*, AöR 124 (Fn. 15), S. 634–637.

¹³² *Der Ausschuss der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister zur Koordinierung der Juristenausbildung*, Bericht über Möglichkeiten und Konsequenzen einer Bachelor-Master-Struktur anhand unterschiedlicher Modelle einschließlich der berufspraktischen Phase unter Berücksichtigung des entwickelten Diskussionsmodells eines Spartenvorbereitungsdienstes, 2011, S. 165–166.

¹³³ *Huber/Radtke*, FAZ 07.04.2011 (Fn. 3), S. 8.

¹³⁴ *Schlink*, JZ 62 (Fn. 4), S. 157.

eine „Stärkung der alten Provinzen“¹³⁵ angemahnt. Die Gegenthese lautet, zu kritisieren sei eine „verdrängende Präsenz der Dogmatik“¹³⁶. Der Stellenwert der Dogmatik in der Selbstbeschreibung deutscher Rechtswissenschaft habe „erheblich zugenommen“,¹³⁷ noch nie seien deutsche Rechtswissenschaftler so dogmatisch wie heute gewesen¹³⁸, all dies sei „bloße Folge einer dominanten Sozialstruktur“¹³⁹. Zugespitzt wurde diese Kritik schon von Wolf: „Einer Methode, welche Regeln aus abstrakten Begriffen ableitet und in ein System bringt, traut man eben nicht zu, dass sie die Vielseitigkeit und Eigenart der sozialen Tatsachen und wirtschaftlichen Lebensvorgänge zu erfassen vermöge.“¹⁴⁰ Jestaedt sieht die Rechtsdogmatik „unter Druck“ und erblickt in ihr die Hauptursache für den disziplinären Provinzialismus und die in der Tat „auffällige interdisziplinäre Unterbilanz“ der deutschen Rechtswissenschaft.¹⁴¹

In ganz ähnlicher Weise wird auch um die Bedeutung der Logik als Teil der analytischen Dimension des Rechts gestritten. Während die analytische Theorie der juristischen Argumentation die Bedeutung der Logik betont,¹⁴² hatte sich schon Jhering gegen den „Cultus des Logischen, der die Jurisprudenz zu einer Mathematik des Rechts hinauszuschrauben denkt“ gewendet.¹⁴³ Kaufmann hat die These aufgestellt, die logische Form der Deduktion habe im Recht eine geringe Bedeutung,¹⁴⁴ und jüngst hat Krimphove es unternommen, die „Grenzen der Logik“¹⁴⁵ aufzuzeigen.

Bei Lichte betrachtet ist die Kritik an der analytischen Dimension unberechtigt. Sie kann erfolgreich nur gegen eine Rechtswissenschaft gewendet werden, die sich als ausschließlich analytisch versteht und alles andere negiert. Derartige Verengungen sind längst überwunden und werden heute von keinem analytisch arbeitenden Rechtswissenschaftler vertreten. Die Kritik an der Bedeutung von Analytik und Logik im Recht ist daher ein Strohmännchen.

¹³⁵ Lübbe-Wolff (Fn. 4), S. 291–292.

¹³⁶ Brohm (Fn. 5), S. 1079; ihm folgend Jestaedt, JZ 67 (Fn. 5), S. 2.

¹³⁷ Lepsius, in: Jestaedt/Lepsius (Fn. 5), S. 20.

¹³⁸ Lepsius, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Fn. 5), S. 46.

¹³⁹ Bumke, JZ 69 (fn. 6), S. 650.

¹⁴⁰ Wolf (Fn. 17), S. 9.

¹⁴¹ Jestaedt, JZ 69 (Fn. 1), S. 1 (1–3); ebenso Lepsius, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Fn. 5), S. 60.

¹⁴² Alexy, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 27); Koch/Rüßmann (Fn. 118); Ratschow, Rechtswissenschaft und formale Logik, 1998; Weinberger, Recht und Logik, in: Grimm (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, 1976, S. 80; Joerden, Logik im Recht, 2. Aufl. 2010, S. 1–4.

¹⁴³ Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 6. Aufl. Leipzig 1924, S. 321.

¹⁴⁴ Zur insgesamt geringen Bedeutung der Deduktion und Subsumtion Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, 1999, S. 1, 3, 13, 19.

¹⁴⁵ Krimphove, Grenzen der Logik, Rechtstheorie 44 (2013), S. 315. Siehe auch Volkmann (Fn. 18), S. 131.

mann-Fehlschluss.¹⁴⁶ Recht besehen ist die rechtsdogmatische Analyse zwar keine hinreichende, wohl aber eine notwendige Bedingung rationaler Rechtswissenschaft. Sie ist notwendig, weil sie wichtige Funktionen erfüllt, die anders nicht bewältigt werden können.¹⁴⁷ Die analytische Methode verlangt die „Bereitschaft und die Fähigkeit zu verbaler Präzision“.¹⁴⁸ Sich klar und unmissverständlich auszudrücken ist als Diskursregel *conditio sine qua non* des vernünftigen wissenschaftlichen Disputs.¹⁴⁹ Rationale Diskurse sind ohne analytische Dimension nicht zu haben, wenn man einen „als Denken drapieren Tiefenschwindel“ vermeiden will.¹⁵⁰

Rechtsdogmatik stabilisiert zudem bestimmte Problemlösungen und macht diese damit reproduzierbar.¹⁵¹ Sie erbringt eine Informationsleistung und ermöglicht einen raschen Überblick über bestimmte Rechtsfragen.¹⁵² Dadurch entlastet¹⁵³ die Dogmatik Rechtswissenschaft und Gerichte von einer immer neuen Überprüfung grundsätzlicher Wertungsfragen und schafft für den Normadressaten Rechtssicherheit¹⁵⁴. Sie erlaubt eine systematische Kontrolle juristischer Entscheidungen im Hinblick auf eine Vielzahl bereits entschiedener Fälle.¹⁵⁵ Zugleich wird wissenschaftliche Kritik und Fortentwicklung

¹⁴⁶ Zum Strohhalm-Fehlschluss *Walton*, The straw man fallacy, in: van Benthem (Hrsg.), *Logic and argumentation*, Amsterdam 1996, S. 115.

¹⁴⁷ Zu den einzelnen Funktionen der Dogmatik allgemein vgl. *Rüthers*, Rechts- theorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 1999, Rdnr. 321 ff; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 27), S. 326 ff; *Canaris*, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 48 (1993), S. 377 (379).

¹⁴⁸ *Lübbe-Wolff* (Fn. 4), S. 292 Fn. 21.

¹⁴⁹ Vgl. die von Alexy zusammengestellten Grundregeln des allgemeinen praktischen Diskurses, insbesondere die Regeln 1.1 und 1.4, *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (Fn. 27), S. 361; siehe auch *Hilgendorf*, JZ 65 (Fn. 116), S. 921.

¹⁵⁰ *Albert*, Kritischer Rationalismus, 2000, S. 121 Fn. 51. Gegen „das grausame Spiel, Einfaches kompliziert und Triviales schwierig auszudrücken“ *Popper*, Gegen die großen Worte, in: ders., Auf der Suche nach einer besseren Welt, 1984, S. 99 (112). Siehe auch *ders.*, Duldsamkeit und intellektuelle Verantwortlichkeit, ebd., S. 213 (216).

¹⁵¹ *Esser*, Archiv für die civilistische Praxis 172 (Fn. 125), S. 103.

¹⁵² *Krawietz*, Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft, Recht und Politik 6 (1970), S. 150 (151); *Esser*, Archiv für die civilistische Praxis 172 (Fn. 125), S. 101.

¹⁵³ Vgl. *Esser*, Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, in: Baur/Esser/Kübler u. a. (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, 1974, S. 517 (522); *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 88–89; *Diederichsen* (Fn. 125), S. 66–67; *Bachof*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts, VVDStRL 30 (1972), S. 193 (198). Diese Entlastung ist freilich immer nur eine vorläufige, da bei besonderem Anlass alle Sätze einer Dogmatik überprüft werden können. Dafür, dass Dogmatiken nicht nur entlastend, sondern auch erschwerend wirken können, siehe *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 23; *Zweigert*, Rechtsvergleichung, System und Dogmatik, in: Bettermann/Zeuner (Hrsg.), FS Bötticher, 1969, S. 443 (445–446); *Struck*, Dogmatische Diskussion über Dogmatik, JZ 1975, S. 84 (86).

¹⁵⁴ *Kühling*, Grundrechte, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 583 (597).

¹⁵⁵ *Wieacker*, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Bubner/Cramer/Wiehl (Hrsg.), FS Gadamer, Teil 2: Sprache und Logik, Theorie der Auslegung, 1970,

überhaupt erst möglich.¹⁵⁶ Speziell für transnationale Zusammenhänge ist von Bedeutung, dass Dogmatik als gemeinsames Kommunikationsmedium eine explizite Analyse der Übereinstimmungen und Unterschiede verschiedener Grundrechtsverständnisse überhaupt erst ermöglicht.¹⁵⁷

Vergegenwärtigt man sich diese Funktionen und Vorteile der analytischen Dimension, so dürfte nicht nur der Verzicht auf die analytische Dimension keine Option sein. Gänzlich unverständlich wird auch Bumkes Behauptung, die rechtsdogmatische Arbeitsweise sei eine „Blackbox“.¹⁵⁸ Auch die von Lepsius geäußerte Kritik an der Dogmatik ist differenziert zu betrachten. Lepsius hält der Dogmatik entgegen, sie scheue „den historischen Rückblick, den philosophischen Tiefblick, den sozialwissenschaftlichen Rundblick oder gar den politischen Ausblick“.¹⁵⁹ Lepsius trennt hier nicht scharf genug zwischen den drei Dimensionen: Er fordert von der analytischen Dimension, zugleich empirisch (sozialwissenschaftlich) und normativ (philosophisch/politisch) zu sein. Damit aber wird die analytische Dimension hoffnungslos überfrachtet. Vielversprechender dürfte es sein, einen auf die analytische Methode ausgerichteten, engen Begriff der Rechtsdogmatik zu verwenden, der deren spezifische Leistungsfähigkeit herausstellt. Zugleich erschöpft sich die Rechtswissenschaft in der Rechtsdogmatik aber gerade nicht; diese muss daher um die anderen beiden Dimensionen zu einer integrativen Rechtswissenschaft ergänzt werden.¹⁶⁰

Ähnliche Überlegungen gelten für den unverzichtbaren Einsatz der Logik in der Rechtswissenschaft. Sie ist notwendiger Teil der analytischen Dimension. Wie jede Wissenschaft ist auch die Rechtswissenschaft notwendig an die Denkgesetze gebunden.¹⁶¹ Darüber hinaus hat die Logik eine Sicherungsfunktion für eine ganze Reihe fundamentaler Verfassungsgebote.¹⁶² Sie sichert die Universalität und damit die formale Gleichheit als Teil des Gerechtigkeitspostulats gem. Art. 20 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 1 GG. Die Logik ist auch

S. 311 (355); *Luhmann* (Fn. 153), S. 19, 40 ff.; *Krawietz*, Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?, *ÖZöR* 23 (1972), S. 74 (77). Die Notwendigkeit außerdogmatischer Richtigkeitskontrolle betont zu Recht *Esser*, *Archiv für die civilistische Praxis* 172 (Fn. 125), S. 104.

¹⁵⁶ *Luhmann* (Fn. 153), S. 22–23; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl (Fn. 153), S. 101.

¹⁵⁷ So für die Grundrechte in Europa *Kühling* (Fn. 154), S. 597.

¹⁵⁸ *Bumke*, *JZ* 69 (Fn. 6), S. 645.

¹⁵⁹ *Lepsius*, in: *Kirchhof/Magen/Schneider* (Fn. 5), S. 40.

¹⁶⁰ Vgl. *Habermas* (Fn. 19), S. 548: „Die professionelle rechtsdogmatische Arbeit vermag einen Beitrag zur Legitimation allein dann zu leisten, wenn und soweit sie jenen Begründungsbedarf befriedigen hilft, der in dem Maße hervortritt, wie das Recht im ganzen positives Recht wird.“

¹⁶¹ *Merkl* (Fn. 16), S. 249–250. Zum primären Charakter der grammatisch-logischen Interpretation siehe auch *Merkl*, Zum Interpretationsproblem, in: *Gesammelte Schriften* (Fn. 16), S. 63 (78–79).

¹⁶² Instruktiv *Alexy*, Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung, in: *Neumann/Hassemer/Schroth* (Hrsg.), *Verantwortetes Recht*, 2005, S. 47 (52–54).

für die Bindung des Richters an das Gesetz unverzichtbar. Denn sie ermöglicht es, alle Prämissen der richterlichen Rechtsanwendung explizit zu machen und in einen logisch gültigen Schluss zu bringen. Dadurch wird die Vollständigkeit der Begründung ebenso gesichert wie die Rückführbarkeit der Entscheidung auf eine Norm.

b) Mit der empirischen Dimension nutzt die integrative Rechtswissenschaft Erkenntnisse aus den sozialwissenschaftlichen Disziplinen, insbesondere aus der Soziologie, der Ökonomie und der Politologie. Schon bei Jellinek erschien die erklärende Rolle der sozialen Betrachtungsweise als „notwendiges Korrektiv der juristischen“.¹⁶³ Integrative Rechtswissenschaft bedient sich damit interdisziplinärer Zusammenarbeit, deren Bedeutung freilich häufiger betont als praktisch umgesetzt wird.¹⁶⁴ Gerade an deutschen juristischen Fakultäten stellen sich spezifische Hindernisse, die interdisziplinärer Arbeit entgegenwirken und eine gravierende „interdisziplinäre Unterbilanz“ bewirken.¹⁶⁵ Die Belebung der empirischen Dimension der Rechtswissenschaft wird daher zu Recht angemahnt.¹⁶⁶ Es ist wichtig festzuhalten, dass gerade auch Vertreter des Nichtpositivismus die Bedeutung der empirischen Dimension anerkennen.¹⁶⁷ So stellt etwa Finnis fest: „Practical reasoning is irrational unless it pays scrupulous attention to facts and realities. [...] A sound, fully practical – and therefore [...] fully morally-purposeful – legal philosophy will include all the attention to facts and realities that a ‚positivist‘, purely descriptive legal philosophy might include.“¹⁶⁸ Gleichzeitig darf sich die Rechtswissenschaft wegen der Defizite der Beobachterperspektive nicht in ihrer empirischen Dimension erschöpfen.¹⁶⁹

c) Die normative Dimension der Rechtswissenschaft entspricht der idealen oder kritischen Natur des Rechts. Sie verbindet rechtswissenschaftliches Denken mit der moralischen und politischen Philosophie. Normativität ist

¹⁶³ Jellinek (Fn. 15), S. 125; dazu instruktiv Paulson, AöR 124 (Fn. 15), S. 635 Fn. 14.

¹⁶⁴ Hoffmann-Riem, Modernisierung der Rechtswissenschaft als fortwährende Aufgabe, in: Mehde (Hrsg.), Staat, Verwaltung, Information, 2011, S. 157 (169); Möllers/Voßkuhle, Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissenschaften, Die Verwaltung 36 (2003), S. 321 (329); Voßkuhle, Das Leitbild des „europäischen Juristen“. Gedanken zur Juristenausbildung und zur Rechtskultur in Deutschland, Rechtswissenschaft 2010, S. 326 (344); v. Bogdandy, Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum, JZ 66 (2011), S. 1 (4).

¹⁶⁵ Jestaedt, JZ 69 (Fn. 1), S. 1 2–3. Vgl. auch die Einschätzung von Lepsius, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Schulze-Fielitz (Fn. 2), S. 319 (349). Ein vergleichsweise sanftes Plädoyer hält Petersen, Der Staat 49 (Fn. 118), S. 435 (455).

¹⁶⁶ Lepsius (Fn. 165), S. 349–354; Petersen, Der Staat 49 (Fn. 118), S. 435.

¹⁶⁷ Zu widersprechen ist daher der Diagnose Petersens: „In der Rechtswissenschaft wird dieses Ineinandergreifen von Normativität und Empirie oft ignoriert.“ Petersen, ebd., S. 454.

¹⁶⁸ Finnis, American Journal of Jurisprudence 59 (Fn. 17), S. 94 (Hervorhebung original.)

¹⁶⁹ Habermas (Fn. 19), S. 572; Peters (Fn. 116), S. 33–34.

im Bereich der praktischen Vernunft ohne Metaphysik nicht zu haben.¹⁷⁰ Um der vermeintlichen Reinheit der Rechtswissenschaft willen wird oft versucht, diese Verbindung zu leugnen. So hat etwa Engisch den „Bereich der Rechtsphilosophie“ ursprünglich aus dem „juristischen Denken im engeren Sinne“ ausgeklammert und in den Bereich der Fachphilosophie verwiesen.¹⁷¹ Esser hat gegen Engisch zu Recht die Beschäftigung des Rechtsanwenders mit philosophischen Fragen angemahnt: Die künstliche Trennung von vermeintlich „exaktem Fachwissen und nur philosophisch erschaubarer höherer Weisheit“ sei zugunsten der „Einheit der Rechtswissenschaft“ aufzugeben.¹⁷²

In der deutschen Rechtswissenschaft hat sich freilich eher die Tradition der Reinheits-Bemühungen durchgesetzt. Sie leidet daher im internationalen Vergleich an zunehmender rechtsphilosophischer Inkompetenz und einem „unpolitischen Charakter“¹⁷³. Der dahinter liegenden Restriktionsmaxime ist ein Vollständigkeitsideal entgegenzuhalten, das die normative Dimension der Rechtswissenschaft notwendig einbezieht.¹⁷⁴

4. Einwände

Gegen mein Modell einer integrativen Rechtswissenschaft können vier Einwände geltend gemacht werden, drei theoretische und ein praktischer.

a) Gegen eine Integration der empirischen und der normativen Dimension wird die Exklusivität der normativen Dimension ins Feld geführt. Insbesondere Kelsen ist für eine exklusive, reine Rechtswissenschaft eingetreten.¹⁷⁵

Integration, so der Einwand, zerstört die Reinheit der Rechtswissenschaft. Nach der Exklusivitätsthese ist die Rechtswissenschaft auf eine analytische Normwissenschaft zu reduzieren. Bestritten wird damit nicht nur die Zweckmäßigkeit, sondern sogar die Möglichkeit empirischer Erforschung des Rechts. Die Exklusivitätsthese stützt sich im Wesentlichen auf zwei Argumente. Das Argument des naturalistischen Fehlschlusses macht geltend, der Versuch eines integrativen Brückenschlages zwischen Sein und Sollen impliziere einen Kategorienfehler.¹⁷⁶ Zwischen Faktizität und Normativität bestehe eine „unüberbrückbare Kluft“.¹⁷⁷ Nach dem Argument der gegenstandskonstituierenden Funktion der Methode implizieren die unterschied-

¹⁷⁰ Vgl. *Alexy*, Normativity, Metaphysics and Decision, in: Berteau/Pavlakos (Hrsg.), *New essays on the normativity of law*, Oxford 2011, S. 219 (219, 224–226).

¹⁷¹ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 1956, S. 189.

¹⁷² *Esser*, ARSP 43 (Fn. 3), S. 265.

¹⁷³ *Lepsius* (Fn. 165), S. 334.

¹⁷⁴ Vgl. *Alexy*, The nature of legal philosophy, *Ratio Juris* 17 (2004), S. 156 (160–161).

¹⁷⁵ *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1962, S. 80–81 (Hervorhebung im Original).

¹⁷⁶ Instruktiv *Neumann* (Fn. 15), S. 46.

¹⁷⁷ *Kelsen* (Fn. 108), S. 8.

lichen Methoden der Seins- und der Sollenswissenschaften, dass beide unterschiedliche Erkenntnisobjekte untersuchen.¹⁷⁸

Die Exklusivitätsthese hat, wie Paulson treffend diagnostiziert, „verheerende Konsequenzen“: Die rechtlich relevanten Fakten der äußeren Welt werden „rechtlich völlig unbegreiflich“.¹⁷⁹ Das ist unbefriedigend, weil es die reale Dimension des Rechts vollständig verfehlt.

Jedoch begeht eine integrative Rechtswissenschaft keineswegs notwendig naturalistische Fehlschlüsse. Vielmehr ist die Erkenntnis, dass juristische Argumentation auf normative und empirische Prämissen angewiesen ist, damit vereinbar, den kategorialen Unterschied normativer und empirischer Prämissen aufrecht zu erhalten. Auch das Problem der gegenstandskonstituierenden Funktion der Methode stellt sich nicht. Die integrative Rechtswissenschaft muss lediglich anerkennen, dass sie unterschiedliche Gegenstände untersucht, was ohne weiteres akzeptiert werden kann.

Somit ist der Exklusivitätsthese ein Vollständigkeitsideal entgegenzuhalten, das holistische Züge trägt.¹⁸⁰ Der Holismus der integrativen Rechtswissenschaft ist gerechtfertigt, weil mit dem von Habermas als prozedurales Paradigma bezeichneten Verständnis ein Rahmen vorliegt, der die unterschiedlichen Stränge rechtswissenschaftlichen Arbeitens, die der Doppelnatur des Rechts entsprechen, integrierend verarbeiten kann.¹⁸¹

b) Unmittelbar an das gegen die Exklusivitätsthese geltend gemachte prozedurale Paradigma der Diskurstheorie knüpft der Einwand an, die Rechtswissenschaft verliere in einem integrativen Modell notwendig ihre Identität. Wenn die verschiedenen Dimensionen des Rechts in den Diskurs eingespeist werden, verflüchtige sich das *proprium* der Rechtswissenschaft. Die Sorge des Identitätsverlustes wird vielfach thematisiert. Lübke-Wolff deklariert den Siegeszug der objektiv-teleologischen Auslegung als Verlust des spezifisch Juristischen.¹⁸² Hinsichtlich des interdisziplinären Arbeitens wird befürchtet, es könne „die Standards der eigenen Disziplin“ gefährden.¹⁸³ Die Rechtswissenschaft müsse „einem einzigen homogenen Methodensetting ver-

¹⁷⁸ Kelsen (Fn. 175), S. 116. Paulson hat nachgewiesen, dass Kelsen dieses Argument Jellinek deswegen zu Unrecht entgegenhält, weil dieser die Prämisse nicht teilt, siehe Paulson, AöR 124 (Fn. 15), S. 639 Fn. 38.

¹⁷⁹ Paulson, ebd., S. 654.

¹⁸⁰ Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, S. 27. Siehe auch Alexy, Ratio Juris 17 (Fn. 174), S. 160, 166.

¹⁸¹ Habermas (Fn. 7), S. 239, 468–537. Dies übersieht Jestaedt mit der Behauptung, es fehle einer multiperspektivischen Rechtswissenschaft „an einem einheitlichen Erkenntnisverfahren“, siehe Jestaedt, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 241 (271); für einen alternativen Ansatz zur Begründung des Vollständigkeitsideals, der Theorie Emil Lasks folgend, siehe Neumann (Fn. 15), S. 54–55.

¹⁸² Lübke-Wolff (Fn. 4), S. 284–285; siehe jedoch auch die Relativierung dieser Überlegung ebd., S. 289.

¹⁸³ Hilgendorf, JZ 65 (Fn. 116), S. 921.

pflichtet“ sein und könne nicht „mehrere inkompatible methodische Zugänge bereithalten“. ¹⁸⁴

Die These vom Identitätsverlust setzt die Prämisse voraus, dass im prozeduralen Paradigma alle Aspekte gleichwertig sind. Dies kann als Gleichwertigkeitsthese bezeichnet werden. Die Diskurstheorie des Rechts geht jedoch keineswegs von einer solchen Gleichwertigkeit aus. Die Diskurstheorie taucht im Recht eben nicht in ihrer allgemein-praktischen Grundform, sondern in einer modifizierten Form auf. Das genau ist die Aussage der Sonderfallthese, die an dieser Stelle von höchster Relevanz ist. ¹⁸⁵ Mit der Sonderfallthese kann ein prima facie Vorrang der autoritativen oder institutionellen Dimension angenommen werden. ¹⁸⁶

Durch die Einbeziehung interdisziplinärer und internationaler Argumente muss die Rechtswissenschaft also keineswegs ihr *proprium* einbüßen. Die Multiperspektivität der Rechtswissenschaft impliziert nicht, dass die einzelnen Perspektiven nicht unterscheidbar sind. Trifft somit der Identitätseinwand nicht zu, so spricht vielmehr umgekehrt alles dafür, die spezifische Identität der Rechtswissenschaften gerade in der Verbindung der drei Dimensionen zu sehen. ¹⁸⁷

c) Der Additionseinwand behauptet, dass eine wirkliche Integration der Dimensionen gar nicht stattfinde. Vielmehr liege eine bloße Addition des Idealen und des Realen vor. Die Rede von integrativer Rechtswissenschaft sei nur ein Ausdruck der fast schon banalen Aussage, dass das Recht auf Tatsachen angewendet wird und dabei notwendig auch empirische Prämissen verwendet. Der Additionseinwand hat erhebliche Konsequenzen für den wissenschaftstheoretischen Status von Fächern wie der Rechtssoziologie, der Rechtsökonomik oder der Rechtspolitik. Diese Disziplinen wären nämlich nicht Teil der Rechtswissenschaften, wenn der Additionseinwand zuträfe.

Zum Additionseinwand ist zweierlei zu sagen. Erstens lohnt es sich festzuhalten, dass auch ein Vertreter des Additionsmodelles das Postulat einer Art von integrativer Rechtswissenschaft vertreten muss. Denn die empirischen Prämissen der juristischen Argumentation werden nun einmal mit den empirischen Wissenschaften untersucht und begründet.

¹⁸⁴ So *Jestaedt* (Fn. 181), S. 270–271; siehe auch *Posner*, *The decline of law as an autonomous discipline*, *Harv. L. Rev.* 100 (1987), S. 761.

¹⁸⁵ Zur Sonderfallthese siehe *Alexy*, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford 1989, S. 212–220; *Klatt/Meister*, *Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip*, in: *Klatt* (Hrsg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, 2013, S. 62 (74–75).

¹⁸⁶ *Alexy* (Fn. 39), S. 61.

¹⁸⁷ *Alexy* (Fn. 117), S. 27; vgl. *Kumm*, *On the past and future of European constitutional scholarship*, *Int'l. J. Const. L.* 7 (2009), S. 401 (408) : „[European legal scholarship] can be defined as an attempt to *integrate* the formal/conceptual with the empirical and moral in some way so as to define a distinctly legal perspective. It is precisely the nonreductive nature of jurisprudence that defines it.“

Zuzugeben ist dem Einwand aber, dass für diese schwache Verbindung zwischen Recht und Tatsachen die Doppelnaturthese nicht benötigt wird. Dies leitet über zum zweiten Punkt. Er betrifft die Frage, ob eine stärkere Verbindung von Recht und Wirklichkeit möglich ist, als das Additionsmodell annimmt. Meine These lautet, dass die Doppelnatur des Rechts eine solche stärkere Verbindung impliziert. Die Doppelnatur des Rechts bedeutet, dass Recht nicht nur eine Normenordnung ist, die sich auf eine getrennte Welt des Faktischen bezieht. Vielmehr ist das Recht selbst mit einer faktischen Dimension ausgestattet. Mit der faktischen Dimension des Rechts können zwei verschiedene Begriffe des Realen gemeint sein. Ein enger Begriff des Realen meint die Gesetztheit und Wirksamkeit des Rechts im Sinne der positivistischen Definition des Rechts. Ein weiter Begriff des Realen meint zusätzlich die Tatsachen, auf die das Recht angewendet wird.

Selbst auf Basis des engen Begriffes des Realen ist ein wichtiger Teil der empirischen Wissenschaften (Rechtssoziologie und Rechtspolitik) notwendig in die Rechtswissenschaft eingeschlossen, nämlich derjenige Teil dieser Wissenschaften, der die Setzung und Wirksamkeit von Recht untersucht. Schon hinsichtlich dieser Teile erweist sich das Additionsmodell als zu simpel. Was aber ist mit den anderen Teilen der empirischen Wissenschaften, die nur vom weiten Begriff des Realen erfasst werden? Um diese Frage zu beantworten, müssen wir grundsätzlicher fragen: Woher kommen der Tatsachenbezug des Rechts und die Verwendung empirischer Prämissen in der juristischen Argumentation? Und lässt sich dieser Ursprungsort in der Doppelnatur festmachen?

Die Schlüssel zur Beantwortung dieser Fragen sind die Teilnehmerperspektive und der Anspruch auf Richtigkeit. Mit ihrer Hilfe lässt sich zeigen, dass die empirischen Wissenschaften notwendig Teil der Rechtswissenschaften sind, genauso, wie mit ihrer Hilfe die moralischen und politischen Wissenschaften als Teil der Rechtswissenschaften begründet werden können. Die stärkere Verbindung von Recht und Wirklichkeit kommt gut darin zum Ausdruck, dass die Teilnehmerperspektive die Beobachterperspektive einschließt.¹⁸⁸ Sätze der Rechtswissenschaft treffen Aussagen über Beziehungen zwischen Normen und Tatsachen. Wenn der Teilnehmer sich fragt, ob diese Sätze richtig sind, fragt er sich nicht nur, ob der Satz die Norm richtig wiedergibt, sondern auch, ob der Satz hinsichtlich der Tatsachen stimmt. Daher ist die Richtigkeit von Tatsachen in die Teilnehmerperspektive notwendig eingeschlossen. Der Anspruch auf Richtigkeit führt also nicht nur über die Positivität hinaus in die moralische Richtigkeit, so wie Alexy das dargelegt hat. In gleicher Weise führt der Anspruch auf Richtigkeit auch umgekehrt aus der Richtigkeit in die reale Welt der empirischen Fakten.

Die Teilnehmerperspektive umfasst notwendig die empirische Richtigkeit der verwendeten tatsächlichen Prämissen, wie sie ein reiner Beobachter feststellen kann. Das Sollen des Teilnehmers ist ein Sollen, das ein Sein bereits

¹⁸⁸ *Finnis*, *American Journal of Jurisprudence* 59 (Fn. 17), S. 108, siehe auch S. 94, 96.

einschließt.¹⁸⁹ Dieser Einschluss spricht gegen die simple Zweiweltenlehre des Additionsmodells. Damit werden die Fakten zwar nicht Teil des Rechts, aber der Bezug zu den Fakten ist Teil des Rechts. Deshalb sind die empirischen Wissenschaften notwendiger Teil der Rechtswissenschaft. Daher ist das Additionsmodell zugunsten der starken Verbindungsthese widerlegt.

Die Doppelnaturthese muss daher erweitert werden. So, wie sie bisher formuliert ist, deckt sie nur das Problemfeld Begriff und Geltung des Rechts ab. Für die Rechtswissenschaftstheorie muss die Doppelnaturthese reformiert werden: Die reale Dimension des Rechts betrifft nicht nur die spezifischen Elemente von Gesetztheit und Wirksamkeit des Rechts, sondern mit den empirischen Tatsachen den gesamten Bereich des Realen im weiteren Sinne. Deshalb sind die Fächer Rechtssoziologie, Rechtsökonomie und Rechtspolitik genuin juristische Disziplinen.

d) In praktischer Hinsicht steht eine integrative Rechtswissenschaft vor einer handfesten Schwierigkeit, die ich in Anlehnung an Dworkin als das Herkulesproblem bezeichnen möchte. Multiperspektivische Rechtswissenschaft, die der Doppelnatur des Rechts gerecht werden will, kann einzelne Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler leicht überfordern.¹⁹⁰ Dem Herkulesproblem ist das „Postulat langfristig geplanter und multidisziplinärer Forschungsk Kooperation“ entgegenzusetzen.¹⁹¹ Das Herkulesproblem kann bewältigt werden, wenn die juristischen Fakultäten dafür die personellen und institutionellen Bedingungen schaffen. Dass dies zuvörderst eine „Neujustierung der Kriterien wissenschaftlicher Rekrutierung und Karriere“ einschließen muss, ist längst erkannt worden.¹⁹² Gleiches gilt für die erforderlichen Veränderungen in der juristischen Ausbildung.¹⁹³

¹⁸⁹ Quasi in umgekehrter, aber vollständig mit der hier vorgetragenen Argumentation vereinbarer Richtung argumentiert Alexy: Das Sein des Teilnehmers schließt ein Sollen sein, *Alexy*, *Ratio Juris* 21 (Fn. 86), S. 297.

¹⁹⁰ Vgl. *Dreier* (Fn. 13), S. 11; *Hilgendorf*, *JZ* 65 (Fn. 116), S. 918; *Hall* (Fn. 12), S. 42.

¹⁹¹ *Dreier* (Fn. 13), S. 11.

¹⁹² So in wünschenswerter Klarheit v. *Bogdandy*, *JZ* 66 (Fn. 146), S. 5; siehe auch *Petersen*, *Der Staat* 49 (Fn. 118), S. 455. Siehe jedoch zu Petersen die Replik von *Augsberg*, *Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft*, *Der Staat* 51 (2012), S. 117 (119). Entgegen der von Augsberg implizierten Ansicht wird dabei das von Petersen geltend gemachte, inhaltlich zutreffende Argument in der Sache nicht dadurch falsch, dass Petersen *pro domo* argumentiert. Vielmehr muss sich Augsberg umgekehrt den Verdacht eines *argumentum ad hominem* entgegenhalten lassen.

¹⁹³ *Vofßkuhle*, *Rechtswissenschaft 2010* (Fn. 164), S. 334–346; *Wissmann*, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, *AöR* 135 (2010), S. 115 (120). Dass die Voraussetzungen für eine Umsetzung dieser Vorschläge nicht günstig sind, erhellt *Kielmansegg*, *Die institutionalisierte Geringschätzung der Lehre*, *FAZ* 08.08.2012, S. N5.

V. Ergebnisse

Die Situation der deutschen Rechtswissenschaft ist durch einen dreifachen Befund aus Irritation, Fragmentierung und Marginalisierung charakterisiert. Daher besteht ein erhebliches Bedürfnis für die Entwicklung einer integrativen Rechtswissenschaft. Integrative Rechtswissenschaft ist möglich, weil sie durch die Doppelnatur des Rechts selbst gefordert wird. Die Doppelnaturthese habe ich hier erstmals für Probleme der juristischen Methode und des Selbstverständnisses der Jurisprudenz als Wissenschaft fruchtbar gemacht. Zunächst wurde die Doppelnatur des Rechts in drei Schritten entfaltet. Die ideale Dimension des Rechts wird durch den Anspruch auf Richtigkeit gestiftet, der die notwendige Verbindung von Recht und Moral aufzeigt. Der Einwand des moralphilosophischen Irrationalismus konnte mit der Idee diskursiver Vernünftigkeit zurückgewiesen werden. Die Grenzen der Diskurstheorie führen jedoch zu einem Erkenntnis- und zu einem Durchsetzungsproblem. Diese Probleme machen die reale Dimension des Rechts notwendig. Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit fordert die Positivität des Rechts. Die Integration der idealen und der realen Dimension wurde hier als Problem der Optimierung der Prinzipien der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit rekonstruiert, welches durch Abwägung zu lösen ist.

Die Doppelnatur des Rechts habe ich sodann in allen drei Kategorien der juristischen Methoden nachgewiesen. In der Auslegung sind Elemente der realen und der idealen Dimension miteinander verbunden. Der allgemeinste Ausdruck dieser Integration in der juristischen Argumentation ist die Sonderfallthese. Die Doppelnaturthese ermöglicht die Lösung vieler klassischer Aporien der juristischen Methode. Dazu zählen der Konflikt zwischen der semantischen und der objektiv-teleologischen Interpretation ebenso wie die alten Probleme der Rangfolge der Auslegungskriterien oder der Offenheit des Rechts. Für die Rechtsfortbildung habe ich mit Hilfe der Doppelnaturthese eine „Radbruchsche Formel der juristischen Argumentation“ formuliert, die einen prima facie Vorrang der realen Dimension annimmt. Auch im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind beide Dimensionen des Rechts integriert.

Klassische Positionen der Rechtswissenschaftstheorie konnte ich im Lichte der Doppelnaturthese als einseitige Überbetonungen entweder der realen oder der idealen Dimension des Rechts interpretieren. Diesen Einseitigkeiten habe ich mein Modell einer integrativen Rechtswissenschaft gegenübergestellt, das an Überlegungen von Jellinek, Radbruch und Habermas anschließt. Notwendige Bedingung der Rationalität der Rechtswissenschaft ist demnach die Verbindung aus analytischer, empirischer und normativer Methode. Integrative Rechtswissenschaft betont einerseits die spezifischen Funktionen und die Leistungsfähigkeit von Rechtsdogmatik und Logik. Sie steht damit im bewussten Gegensatz zu derzeit vertretenen Ansätzen, die Relevanz und Potential von Rechtsdogmatik und Logik entweder abwerten oder für unauflösbar halten. Andererseits aber rückt integrative Rechtswissenschaft den Umstand ins Licht, dass sich Rechtswissenschaft in (analytisch verstandener) Dogmatik gerade nicht erschöpft und in demselben Maße empirische und nor-

mative Wissenschaft ist. Integrativer Rechtswissenschaft liegt ein Vollständigkeitsideal zugrunde, das sozialwissenschaftliche Disziplinen ebenso einschließt wie moralische und politische Philosophie.

Ich habe sodann vier Einwände gegen integrative Rechtswissenschaft diskutiert. Die Einwände der Exklusivität der juristischen Perspektive und des Identitätsverlustes wurden zurückgewiesen. Der Wesenskern der Rechtswissenschaft besteht gerade in der Verbindung aus analytischer, normativer und empirischer Wissenschaft. Der Additionseinwand gab Anlass, das Verhältnis von Beobachter- und Teilnehmerperspektive zu erörtern. Als Schlüssel für eine die bloße Addition übersteigende Integration dieser Perspektiven hat sich der Anspruch auf Richtigkeit erwiesen. Er führt nicht nur über die Positivität hinaus in die moralische Richtigkeit, sondern auch – quasi umgekehrt – aus der Richtigkeit in die reale Welt der empirischen Fakten. Der Herkuleseinwand hat gezeigt, dass integrative Rechtswissenschaft keine leichte Aufgabe ist.

Die Doppelnaturthese ist nicht nur eine adäquate Lösung des rechtsbegrifflichen Problems des Verhältnisses von Recht und Moral. Sie ist auch der Schlüssel für die Methodenlehre und für das Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft. Die Ergänzung rechtsdogmatischen Arbeitens um interdisziplinäre und internationale Elemente ist weder Luxus noch Glasperlenspiel. Sie ist vielmehr notwendiger Bestandteil einer Rechtswissenschaft, die ihrem Gegenstand gerecht werden will. Vor die wahrlich herkulische Aufgabe integrativer Rechtswissenschaft stellt uns das Recht selbst, mit seiner Doppelnatur. Dieser Aufgabe auszuweichen, hieße, sich damit zufriedenzugeben, jeweils nur Teilaspekte des Rechts wissenschaftlich zu erfassen. Für eine derartige Selbstbeschränkung unserer Wissenschaft besteht kein überzeugender Grund.