

### III. Der aktuelle Begriffsumriss der Rechtstheorie

Vor dem Hintergrund von *Kantorowicz'* Rechtswissenschaftsmodell stellt sich die Ausgangsfrage nach Zweck, Struktur und Mehrwert einer interdisziplinären Verbindung von Rechtsdogmatik und Grundlagenwissenschaften damit nochmals mit vertiefter philosophischer Schärfe. Bevor diese Frage im nachfolgenden Abschnitt weiterverfolgt werden kann, gilt es allerdings, sich ihr zunächst aus der Gegenrichtung zu nähern und den bislang nur negativ umrissenen Zwischenraum zwischen Dogmatik und Grundlagenfächern, also das „Dazwischen“, das auf der interdisziplinären Seekarte derzeit in unkartographierten Gewässern fernab der disziplinar vermessenen Küstenlinien der anerkannten Teildisziplinen liegt, nochmals genauer in den Blick zu nehmen.

Gibt es einen solchen Zwischenraum überhaupt? Das wäre zu verneinen, wenn sich die einzelnen juristischen Teildisziplinen gemäß ihren Methoden und Erkenntniszielen in der Praxis ebenso klar und fugenlos voneinander trennen ließen wie dies theoretisch – beispielhaft etwa in *Kantorowicz'* Modell – möglich zu sein scheint. Bei näherer Betrachtung ist eine solche klare Trennung indessen unmöglich. Bereits die Kluft zwischen Dogmatik und Grundlagenfächern lässt sich keineswegs ohne weiteres auf die Divergenzen zwischen ihren jeweiligen Methoden und Erkenntniszielen zurückführen. So verweisen zahllose dogmatische Begründungszusammenhänge auf außerrechtliche empirische Gegebenheiten oder normative Wertungen, ohne dass eine Grenzziehung zwischen inner- und außerrechtlichen Argumentationsbestandteilen auch nur im Ansatz möglich wäre; viel spricht dafür, dass es eine solche Grenze nicht gibt.<sup>35</sup> Die methodische und erkenntnistheoretische Zerrissenheit, die Dogmatik und Grundlagenfä-

35 Nach *Zimmermann/Wagner*, AcP 216 (2016), 1, 12 ist es möglicherweise „das Markenzeichen einer aufgeklärten Rechtsdogmatik, dass sie die Erkenntnisse der anderen Perspektiven in sich aufnimmt.“ Dazu am Beispiel der zivilrechtlichen Generalklauseln *Marietta Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, 2005, 155 f., 212 ff. und *passim*.

cher auf den ersten Blick in zwei klare Lager spaltet, setzt sich jedoch nicht nur innerhalb der Dogmatik fort. Sie potenziert sich auch innerhalb der Grundlagenfächer, und zwar gerade in jüngerer Zeit nochmals verstärkt mit den gestiegenen wissenschaftstheoretischen Ansprüchen, die an diese herangetragen werden.

Exemplarisch lässt sich das anhand der Binnenstruktur der jüngeren Rechtstheorie nachvollziehen. So ist seit einiger Zeit zu beobachten, dass die nur in der Theorie eindeutig unterscheidbaren Erkenntnisansprüche der Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Rechtsökonomik usw. in der Praxis mehr und mehr zu einem bunten Gemisch von *law-and-Bindestrichwissenschaften* verschwimmen, die keine trennscharfen Fachgrenzen mehr zulassen. Die klassischen Grundlagenfächer weichen zunehmend einer neudefinierten, geradezu katholisch-allumfassenden „Rechtstheorie“, die sich als Oberbegriff für nahezu jegliche Art intra- oder interdisziplinärer Grundlagenforschung eignet und unter deren Flagge seit einiger Zeit eine eklektizistische Theoriekultur entstanden ist, die sich gewissermaßen als das genaue Gegenteil einer *Kelsenschen* Reinen Rechtslehre beschreiben lässt: Rechtstheorie ist *Unreine Rechtslehre*.<sup>36</sup>

## 1. Zur Disziplingeschichte der Rechtstheorie

Diese dynamische, von typischen Binnenspannungen geprägte Entwicklung der gegenwärtigen Rechtstheorie ist nicht ohne Berücksichtigung ihres wissenschaftshistorischen Hintergrunds zu verstehen. Aufschlussreich ist dabei insbesondere die Entwicklung der Rechtstheorie in ihrem in ständigem Wandel befindlichen Konkurrenzverhältnis zur Rechtsphilosophie. Wissenschaftshistorisch stellt die Rechtsphilosophie zweifelsohne die ältere und bedeutsamere Disziplin dar. Sie entstand im Umfeld von *Kants* Metaphysik der Sitten um die

36 A.A. dezidiert *Matthias Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, 2006, 69 ff.; wie hier dagegen *Vesting*, Rechtstheorie (Fn. 6), 11 (Rn. 16 mit Fn. 48).

Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert und trat im Laufe des 19. Jahrhunderts die Erbschaft des zuvor herrschenden Vernunftrechts an.<sup>37</sup> Bis heute fungiert sie als leitende Disziplinbezeichnung für die Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts sowie für Theorien eines vernünftigen, richtigen, natürlichen oder absoluten Rechts.<sup>38</sup> Fast zeitgleich entstand während des 19. Jahrhunderts als systematischer Nebenertrag der zivilistischen Pandektenwissenschaft jedoch noch ein zweites Konzept theoretischer Reflexion über das Recht, das sich in dezidiert abgegrenzter Abgrenzung zu philosophischen Gerechtigkeitslehren als nichtphilosophische allgemeine Theorie des positiven Rechts und der dogmatischen Rechtswissenschaft verstand.<sup>39</sup> Um 1900 verdichteten sich diese Theorieansätze unter der Bezeichnung „Allgemeine Rechtslehre“ erstmals zu einer eigenständigen Disziplin, die nicht als philosophische Rechtslehre, sondern – wie es bei *Kantorowicz* exemplarisch zum Ausdruck kommt – als allgemeiner Teil der *dogmatischen* Rechtswissenschaft begriffen wurde.<sup>40</sup>

Die Frage nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechts konnte also schon im Laufe des 19. Jahrhunderts nicht mehr ausschließlich als philosophische Frage, sondern musste, wollte sie wissenschaftlich

- 37 Zur Disziplingeschichte der Rechtsphilosophie *Vesting*, Rechtstheorie (Fn. 6), 16 ff. (Rn. 24 ff.); v. d. *Pfordten*, Rechtsethik (Fn. 6), 39 ff.
- 38 Etwa bei *Dreier*, Was ist und wozu (Fn. 6), 18; *Brockmüller*, Entstehung (Fn. 6), 13; *Jestaedt*, Theorie (Fn. 36), 53; *Vesting*, Rechtstheorie (Fn. 6), 16 (Rn. 25); *Hilgendorf*, Grundlagenforschung (Fn. 6), 112; *Mahlmann*, Rechtsphilosophie (Fn. 6), 19 (Rn. 7). Entgegen v. d. *Pfordten*, Rechtsethik (Fn. 6), 39, 60 ff. sind im jüngeren Diskurs keine Anzeichen für eine Verdrängung der Disziplinbezeichnung „Rechtsphilosophie“ durch den Kunstbegriff „Rechtsethik“ ersichtlich.
- 39 Grundlegend *Brockmüller*, Entstehung (Fn. 6); vgl. auch *Dreier*, Was ist und wozu (Fn. 6), 18 ff.; *ders.*, Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie – und wieder zurück?, in: Rainer Grote u.a. (Hrsg.), FS für Christian Starck, 2007, 21, 26 f.
- 40 Zu Inhalt und Umriss der „Allgemeinen Rechtslehre“ der Jahrhundertwende, insbesondere zur rechtsdogmatischen Zuordnung eingehend *Andreas Funke*, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900, 2004, 2 und *passim*; vgl. auch *Brockmüller*, Entstehung (Fn. 6), 13 f.; *Dreier*, Was ist und wozu (Fn. 6), 18, 27; *ders.*, in: FS Starck (Fn. 39), 24, 29; v. d. *Pfordten*, Rechtsethik (Fn. 6), 27. Das gegenwärtige Begriffsverständnis bei *Röhl/Röhl*, Rechtslehre (Fn. 6) setzt hingegen breiter an und schließt u.a. allgemein-wissenschaftstheoretische Fragen mit ein.

ernstgenommen werden, zumindest auch als Frage der Wissenschaft des positiven Rechts, und das heißt: als an die *Rechtsdogmatik* gebundene Forschungsfrage behandelt werden. Das resultierende janusköpfige, ambivalente Nebeneinander von Rechtsphilosophie und Allgemeiner Rechtslehre, die den Raum zwischen positivrechtlicher Rechtsdogmatik und Fachphilosophie seit dem 19. Jahrhundert nur noch gemeinschaftlich bewirtschaften konnten, zeigt dies sehr anschaulich.<sup>41</sup> Bemerkenswert ist dabei insbesondere, dass der disziplinäre Bruch zwischen Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie durch die zu seiner Überwindung geschaffene neue Zwischendisziplin weniger aufgehoben als vielmehr in den Binnenraum der neuen Disziplin verschoben und zugleich nochmals an den Rändern der alten Herkunftsdisziplinen verdoppelt wurde.<sup>42</sup> So war der Gegenstandsbereich der Allgemeinen Rechtslehre von Anfang an durch den schwer zu definierenden und entsprechend umstrittenen Anspruch gekennzeichnet, große Zusammenhänge, allgemeine Strukturen, Prinzipien und Begriffe des Rechts zu formulieren und sich dennoch in philosophischer Enthaltsamkeit hinsichtlich der zugrundeliegenden normativen und erkenntnistheoretischen Prämissen zu üben.<sup>43</sup> Zugespitzt formuliert reagierte die Allgemeine Rechtslehre auf das Jahrhundertwendebedürfnis nach einer philosophischen Wissenschaft des positiven Rechts mit der paradoxen doppelten Ausgrenzungsstrategie, sich *sowohl* der Kontingenz des Rechts *als auch* der Metaphysik der Philosophie zu entledigen. Das zur höchsten Vollendung getriebene Ergebnis dieser Strategie ist die nahezu leere Schnittmenge reiner innerrechtlicher Normativität der *Kelsenschen* Reinen Rechtslehre, auf deren Grundlage es allerdings

41 Dazu eingehend *Dreier*, in: FS Starck (Fn. 39), 21 ff.

42 Anschaulich dazu *Brockmüller*, Entstehung (Fn. 6), 13 f.: So wurde im frühen 19. Jahrhundert einerseits der Versuch unternommen, die hergebrachte Rechtsphilosophie „im Sinne einer auf das positive Recht gerichteten Rechtslehre zu reformieren“, während andererseits auf Seiten der Rechtstheorie oder Allgemeinen Rechtslehre schon „die Unsicherheiten in der Bezeichnung des Fachs symptomatisch für die von Anfang an bestehenden Unklarheiten über seinen genauen Gegenstandsbereich“ waren.

43 *Brockmüller*, Entstehung (Fn. 6), 14; ähnlich zum Anspruch als „juristische Strukturtheorie“ *Funke*, Strukturtheorie (Fn. 40), 9 ff.

historisch gesehen ebenfalls nicht möglich war, die ausgesparten „unreinen“ Theoriebestandteile dauerhaft aus dem Theoriezwischenraum zwischen Dogmatik und Philosophie zu verbannen.<sup>44</sup> In diesem Zwischenraum stellt sich nämlich seitdem mit geradezu fraktaler Exaktheit immer wieder dieselbe Frage nach den möglichen Umrissen einer Universalität ohne Metaphysik.

Dementsprechend gestaltete sich auch das Verhältnis zwischen der neueren Disziplinbezeichnung „Rechtstheorie“, die in den 1960er und 1970er Jahren zum Modebegriff für analytische Theorien des Rechtsbegriffs avanciert ist und die Bezeichnung „Allgemeine Rechtslehre“ seitdem weitgehend verdrängt hat,<sup>45</sup> und der nach wie vor begrifflich dominierenden alten Fachbezeichnung „Rechtsphilosophie“. Letztere ist nicht müßig geblieben, ihren eigenen disziplinären Hegemonialanspruch zu verteidigen, indem sie von Anfang an versuchte, den Erkenntnisanspruch der Rechtstheorie ihrem eigenen Forschungsbereich einzuverleiben. So sehen einige Disziplinbeschreibungen der Rechtsphilosophie wie erwähnt eine Untergliederung in einen normativen und einen analytischen Zweig vor, die – teils unter parallelisierender Inanspruchnahme des ebenfalls in theoretische und praktische Teildisziplinen zerfallenden Erkenntnisanspruchs der allgemeinen Philosophie<sup>46</sup> – als „Rechtsethik“ und „Rechtstheorie“ firmieren und beide in der umfassend verstandenen Rechtsphilosophie aufgehen sollen.<sup>47</sup> Die Rechtsphilosophie versucht auf diesem Wege bis heute mit

44 Grundlegend *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960. Zur zentralen Stellung der Reinen Rechtslehre innerhalb der disziplinären Entwicklung der Allgemeinen Rechtslehre vgl. *Röhl/Röhl*, *Rechtslehre* (Fn. 6), 7; dort auch zur rechtspluralistischen Kritik an einer reinen Rechtsformenlehre im Sinne Kelsens.

45 Zur Rechtstheorie der 1960er und 1970er Jahre etwa *Ulfrid Neumann*, *Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945*, in: Dieter Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994, 145, 164 ff.; *Dreier*, in: FS Starck (Fn. 39), 22 ff.; *Hilgendorf*, *Grundlagenforschung* (Fn. 6), 114 ff. Der Titel von *Röhl/Röhl*, *Rechtslehre* (Fn. 6) nimmt heute nahezu eine Alleinstellung ein.

46 So namentlich v. d. *Pfordten*, *JZ* 2004, 157, 160; *ders.*, *Rechtsphilosophie* (Fn. 6), 13 f.

47 In diesem Sinne insbesondere v. d. *Pfordten*, *JZ* 2004, 157, 160; *ders.*, *Rechtsethik* (Fn. 6), 27 f.; *ders.*, *Rechtsphilosophie* (Fn. 6), 13 f.; kritisch *Dreier*, in: FS Starck (Fn. 39), 28 ff. Zur breiteren Diskussion vorstehend Fn. 6 m.w.N.

aller Kraft, sich die Rechtstheorie als analytisches Residuum für alle Fragen, die nicht in den Kunstbegriff „Rechtsethik“ passen, disziplinar unterzuordnen.

Es ist inzwischen jedoch absehbar, dass dieser Versuch zum Scheitern verurteilt sein wird. In jüngerer Zeit zeichnet sich nämlich ab, dass sich die Rechtstheorie endgültig nicht mehr auf den ihr in den 1960er und 1970er Jahren zugeordneten Bereich der analytischen Rechtsphilosophie beschränken lässt, sondern im Begriff ist, aus ihrem schon bisher stets heiklen, paradoxen Weder-Noch zwischen Recht und Philosophie bzw. Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie auszubrechen. Die neueste Rechtstheorie wildert interdisziplinär so weit außerhalb der Grenzen des philosophischen Terrains und reichert sich derart mit philosophiefremder Theorie aus der Soziologie, Ökonomie, Psychologie, Konflikt- und Friedensforschung, Politik-, Literatur-, Sprach-, Kultur- und Medienwissenschaft an, dass die hergebrachten methodischen und erkenntnistheoretischen Grenzen der auf die Fachphilosophie bezogenen klassischen Rechtsphilosophie keine geeignete disziplinäre Umgrenzung mehr bieten können. Man hat es heute nahezu mit einer Begriffsumkehr zu tun, in der sich die Rechtstheorie von einer bloßen Sub- oder Nebendisziplin der Rechtsphilosophie zum Oberbegriff moderner, interdisziplinärer Grundlagenforschung schlechthin aufzuschwingen beginnt und damit verglichen mit der Rechtsphilosophie zur allgemeineren, zugleich aber methodisch deutlich diffuseren Kategorie wird.<sup>48</sup> Die Rechtstheorie hat sich, will man das zuspitzend auf den Punkt bringen, als theoretisches Kuckucksei im Nest der Rechtsphilosophie erwiesen.

*Hilgendorf* hält diesem Befund zunehmender disziplinärer Verschiebung zulasten der Rechtsphilosophie in dem bereits zitierten Beitrag entgegen, dass der Begriff „Rechtstheorie“ in der juristischen Grundlagenforschung der vergangenen 200 Jahre schon oft als bloße „Chiffre für Erneuerung“ gebraucht worden sei, ohne dadurch den Er-

48 Ähnlich wie hier umschreibt auch *Vesting*, Rechtstheorie (Fn. 6), 12 (Rn. 17) die Funktion der Rechtstheorie als „Grenzgänger“, der sich „einer abschließenden disziplinären Festlegung und Zuordnung entzieht“.

kenntnisanspruch der Rechtsphilosophie ernsthaft zu schmälern.<sup>49</sup> So seien unter der Flagge der Rechtstheorie immer wieder Theorieimporte und neue Ansätze aus anderen Disziplinen erprobt worden, die der hergebrachten Rechtsphilosophie zunächst fremd gewesen, im Laufe der Zeit aber doch zuverlässig in diese integriert worden seien. „Schlagwortartig verkürzt, lässt sich dieser Entwicklungsweg auf folgende Formel bringen: Von der Rechtsphilosophie zur Rechtstheorie – und wieder zurück zur Rechtsphilosophie!“<sup>50</sup> So sehr diese Formel auch in einem noch näher zu erläuternden, eng begrenzten inhaltlichen Sinne zutreffen mag, so ist ihr doch jedenfalls im Hinblick auf die äußeren Disziplingrenzen beider Fächer zu widersprechen. Denn es dürfte ausgeschlossen sein, die innerhalb der Rechtstheorie in den letzten Jahren förmlich explodierte interdisziplinäre Theoriefülle ausgerechnet in die klassische Rechtsphilosophie zu reinkorporieren, nachdem die Fachphilosophie denselben Inhaltsverlust an die Natur-, Geistes- und Sozialwissenschaften bereits im 19. Jahrhundert erfahren hat und diesen trotz oder vielleicht gerade wegen ihres nach wie vor universellen Erkenntnisanspruchs bis heute nicht mehr wettmachen konnte.<sup>51</sup> Es bleibt damit zunächst bei der Beobachtung, dass der Graben zwischen den Methoden und Fragestellungen der einzelnen juristischen Teildisziplinen gerade nicht säuberlich zwischen Rechtsdogmatik und Grundlagenfächern, sondern vielmehr quer durch den intradisziplinären Gesamtzusammenhang der pluralen Rechtswissenschaften *einschließlich* der Grundlagendisziplinen und deren jeweilige Binnendisziplinen verläuft.

## 2. *Bunte Theorie und Bastelei*

Was das konkret bedeutet, lässt sich etwa auf der Basis einer jahrgangsweisen Titelanalyse des seit 1990 bis zur Gegenwart in der Ru-

49 Hilgendorf, Grundlagenforschung (Fn. 6), 113.

50 Hilgendorf, Grundlagenforschung (Fn. 6), 114; dazu bereits kritisch Dreier, in: FS Starck (Fn. 39), 21 ff.

51 Zur Philosophie als „Residualdisziplin“ Kaufmann, Rechtsphilosophie (Fn. 6), 8 f.

brik 1.7 der Karlsruher Juristischen Bibliographie verzeichneten rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Schrifttums anschaulich nachvollziehen.<sup>52</sup> Die Diskursverschiebungen, die sich über die seitdem verstrichene Zeitspanne einer biographischen Generation hinweg beobachten lassen, sind erheblich und lassen aus der Rückschau klare Muster erkennen. So dominierte um 1990, also in der unmittelbaren Nachwendezeit, zunächst noch der klassische Themenzuschnitt des in den 1960er und 1970er Jahren definierten Disziplinzusammenhangs von normativer Rechtsphilosophie und analytischer Rechtstheorie. Zu den dominierenden Themen zählten insbesondere Naturrecht und Rechtspositivismus, philosophische Gerechtigkeitslehre sowie klassische Fragestellungen der juristischen Methodenlehre.<sup>53</sup> Insgesamt handelte es sich also genau um den aufgrund der Entwicklung seit der Nachkriegszeit erwartbaren disziplinären Zuschnitt des Fachs.

Doch schon um 1995 und dann mit jedem neu anbrechenden Jahrzehnt immer mehr – also erst recht nach der Jahrtausendwende, und nochmals erst recht seit den Zehnerjahren des neuen Jahrtausends – verändert sich dieses Bild, indem sich der Diskurszustand mit erheblicher Geschwindigkeit in philosophiefremde Richtungen verschiebt, die man mit den Schlagworten *Fragmentierung*, *Pluralisierung* und *Repolitisierung* kennzeichnen kann. Gemeint ist erstens eine methodische Fragmentierung der rechtstheoretischen Diskurse durch zunehmende außerphilosophische Interdisziplinarität, zu der seit Mitte der 1990er Jahre insbesondere die ökonomische Analyse des Rechts und die systemtheoretische Rechtssoziologie beigetragen haben.<sup>54</sup> Zwei-

52 Ausführlich zum Nachfolgenden *Marietta Auer*, Cantus firmus der Moderne. Rechtstheorie in der Berliner Republik, in: Thomas Duve/Stefan Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, 121 ff. m.w.N.

53 Repräsentativ *Norbert Hoerster*, Verteidigung des Rechtspositivismus, 1989; *Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 4. Aufl. 2005; *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994; *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995.

54 Repräsentativ einerseits *Horst Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl. 2015; andererseits *Gunther Teubner*, Recht als autopoietisches System, 1989; *Niklas Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 6. Aufl. 2013.



tens war im Gefolge der immer unabweisbareren Europäisierung und Internationalisierung der Rechtsanwendung eine zunehmende Pluralisierung des Verständnisses von Rechtsbegriff und Rechtsquellenlehre zu beobachten; insoweit war es bemerkenswerterweise die dogmatische Rechtswissenschaft, die ihrer theoretischen Avantgarde ein neues Themenfeld aufgezwungen hat.<sup>55</sup> Drittens stellt sich vor allem seit der Jahrtausendwende unter dem Eindruck des neuen globalen Fundamentalismus verstärkt die Frage nach einer Repolitisierung der rechtstheoretischen Diskurse durch neue oder wiederaufgelebte Debatten über Machttheorie und Machtsoziologie, Globalisierung, Governance, Ausnahmezustand, Schutzverantwortung, Biopolitik, Bioethik, Risikogesellschaft und Paternalismus.<sup>56</sup>

Welche Auswirkungen hat dies auf den disziplinären Zuschnitt und das Erkenntnisziel der Rechtstheorie? Über die Bedeutung der sich hier abzeichnenden Entwicklung mag man geteilter Auffassung sein. Einerseits erscheint die interdisziplinäre Pluralisierung der Rechtstheorie als außerordentlich begrüßenswert. Das, was sich in diesem Bereich in den letzten Jahren an vitaler, gelingender Interdisziplinarität tatsächlich ereignet hat, entspricht letztlich genau der Vision des Wissenschaftsrats von einer zukunftsfähigen Rechtswissenschaft. Eigenständiger Erforschung wert ist dabei vor allem das Resultat, das sich aus alledem bildet, nämlich der besagte Theorieeklektizismus oder – mit einem Begriff des amerikanischen Rechtstheoretikers *Duncan Kennedy* – die *fancy theory* oder „bunte Theorie“, die sich im Spannungsfeld zwischen Rechtsdogmatik und den verschiedensten Theorieimporten tatsächlich herausbildet. *Kennedy* beschreibt seine persönliche *fancy theory* auf der Grundlage kontinentaleuropäischer Philosophie- und Soziologiebausteine wie folgt:

55 Dazu näher nachstehend bei Fn. 112.

56 Exemplarisch *Giorgio Agamben*, Ausnahmezustand, 2004; *Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner*, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006; *Ulrich Beck*, Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, 2008; *Andreas v. Arnould/Michael Staack* (Hrsg.), Freiheit versus Sicherheit, 2009; *Christoph Menke*, Recht und Gewalt, 2. Aufl. 2012.

„The Continental ‘fancy theory’ is based on Freud and Marx, but I am mainly conscious of trying hard to assimilate, to cannibalize and then actually use, structuralism, neo-marxism, phenomenology, existentialism, and postmodernism (and, I suppose, whatever else may come into fashion).“<sup>57</sup>

Man beachte die drei Prädikate, mit denen hier die Praxis gelingenden Theorieimports beschrieben wird: *Assimilation*, *Kannibalisierung* und letztlich einfach *Verwendung*, und zwar all das – das sei an dieser Stelle hervorgehoben – vom Standpunkt eines Rechtswissenschaftlers, der primär in der *dogmatischen* Rechtswissenschaft des Common Law ausgebildet und beheimatet ist. Es ist, mit anderen Worten, für gelingende Interdisziplinarität weder möglich noch auch nur nötig, den außerjuristischen Fachwissenschaften, die als Theorieexporteure in die Rechtswissenschaft fungieren, vollständig nach deren jeweils eigenem methodischen Selbstverständnis gerecht zu werden. Vielmehr geht es um *bricolage*, um strukturalistische und poststrukturalistische „Bastelerei“,<sup>58</sup> um die stimmige Zusammenfügung von *ad hoc* passenden Theoriespolien zu neuen Theoriearchitekturen, die überraschende

57 *Duncan Kennedy*, *Sexy Dressing Etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*, 1993, Vorwort, xi; vgl. auch *ders.*, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 *Md. L. Rev.* (1982), 563, 564; *ders.*, *The Critique of Rights in Critical Legal Studies*, in: Wendy Brown/Janet Halley (Hrsg.), *Left Legalism/Left Critique*, 2002, 178, 180, 210 ff. sowie ausführlich zum Theorieeklektizismus als Methode *ders.*, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, 1997, 15 ff.: „I have chosen eclecticism in part out of the conviction that each method I know at all how to use, and methodology in general, have been subjected to a critique that undermines any claim their practitioners might have to get to the truth of the objects they represent. [...] Second, eclecticism expresses modernist commitment to representation as a two-way street – I want to get at all of my object, to appropriate it, eat it, incorporate it into my artifact so it can do its work on my audience. [...] A final reason for eclecticism is the iron law of methodology [...]: *The more ‘hard’* (capable of being counted, highly verifiable and replicable, intersubjectively ‘valid’), *the more ‘narrow’* (partial, fragmentary, meaningless). The things that interest me are ‘broad’, like justice and liveliness, so they can be grasped in their totality only by means that are ‘soft’ (contestable, subjective, vague).“ Hervorhebungen im Original.

58 Grundlegend *Claude Lévi-Strauss*, *Das Wilde Denken*, 10. Aufl. 1997, 29 ff.; dazu *Jacques Derrida*, *Grammatologie*, 13. Aufl. 2016, 241: „Die einzige Schwäche der

neue Diskursräume und Blickachsen eröffnen und gerade dadurch mehr sind und mehr können als die Summe ihrer Teile:

„Was die Disziplinen verbindet und im besten Fall zum Tanzen bringt, ist nicht ihr nur vermeintlich gemeinsamer Gegenstand, sondern die Konstruktion des theoretischen Zugriffs [...]: Sie ist *bricolage*, die Suche nach den jeweils passenden Werkzeugen für ein problemorientiertes, synthetisierendes und konstruktives Unternehmen. In der Praxis geht es, um im Bilde zu bleiben, vorrangig um die Frage, welche Theoriebausteine man zusammenschrauben kann und welche nicht. Eigentlich müsste es Professuren für Theoriekonstruktion geben, so wie es sie für Maschinenbau gibt.“<sup>59</sup>

Als Ergebnis entsteht mit geradezu sprachphilosophischer Notwendigkeit etwas *ganz* Neues, nämlich eine sich ständig weiter multidisziplinär anreichernde Rechtstheorie im methodischen und wissenschaftstheoretischen Niemandsland zwischen Rechtsdogmatik und *dogmatiknahem* Grundlagenverständnis einerseits und *völlig* fachfremden, außerjuristischen Methoden und Fachkulturen andererseits. Diese neue Rechtstheorie lässt sich keinem einzelnen Grundlagenfach mehr zuordnen und auch nicht als eigenständige Grundlagenwissenschaft beschreiben. Sie bildet vielmehr eine fluide theoretische Ressource, gleichbedeutend mit der Fähigkeit der Rechtswissenschaft, sich laufend aus sich selbst heraus durch Vereinnahmung der Erkenntnisse und Methoden anderer Wissenschaften zu erneuern, zu erweitern und zu professionalisieren.<sup>60</sup> Und das auf diesem Wege entstehende *ganz* Neue, das unter der Flagge der „Rechtstheorie“ eine inhaltliche Verbindung zwischen dogmatischer Rechtswissenschaft und außerjuristischen Wissenschaftskulturen herstellt und damit tatsächlich das Potential besitzt, die „dysfunktionale Gegenüberstellung“ von Dogmatik und Grundlagenfächern aufzuheben, sollte jeden grundlageninteressierten Wissenschaftler zunächst einmal optimistisch stimmen, was

Bastelei [...] besteht darin, sich in ihrem eigenen Diskurs nicht vollständig rechtefertigen zu können. Die Vorfindbarkeit der Instrumente und der Begriffe kann nicht rückgängig gemacht oder von neuem erfunden werden. So betrachtet, verliert sich der Übergang vom Wunsch zum Diskurs immer wieder in der Bastelei und errichtet seine ideologischen Gebäude aus Schutt.“

59 Gutmann, Interdisziplinarität (Fn. 3), 113; Hervorhebung im Original.

60 Ähnlich Vesting, Rechtstheorie (Fn. 6), 10 f. (Rn. 16).

das theoretische Erneuerungspotential der Rechtswissenschaft und damit auch die Fruchtbarkeit juristischer Grundlagenforschung insgesamt anbelangt.

### 3. Themenverfall der klassischen Grundlagenforschung?

Andererseits kann man diese Entwicklung von klassischer Grundlagenforschung hin zu einer bunten neuen Rechtstheorie – wie letztlich alles, was zukunfts offen ist – jedoch auch ganz anders und viel kritischer beurteilen, nämlich als fadenscheinige Kompensation ebenjener von *Hilgendorf* konstatierten inneren Leere, die sich in den vergangenen Jahrzehnten in der klassischen juristischen Grundlagenforschung breitgemacht hat.<sup>61</sup> Dass es eine solche innere Leere, ablesbar an chronischer Themenarmut bis hin zum offenkundigen Themenverfall, in manchen Bereichen tatsächlich gibt, ist kaum zu leugnen. Erkennbar ist das etwa anhand des Diskursbestands der jüngsten Zeit insbesondere im Bereich der Leitthemen, die noch bis in die 1990er Jahre hinein unter der in den 1960er Jahren geprägten Überschrift „Rechtstheorie“ verhandelt wurden, wie Begriff und Geltung des Rechts, Rechtspositivismus und Nichtpositivismus einschließlich der als angloamerikanische Theorieimporte um die Jahrtausendwende noch intensiv diskutierten Zwischenpositionen *inclusive* und *exclusive positivism*.<sup>62</sup> All diese Themen sind heute, wie es scheint, mehr oder weniger erledigt. Rechtspositivismus und Nichtpositivismus haben als *rechtstheoretische* Theoriealternativen jedenfalls weitgehend ausgedient, was letztlich eine gute Nachricht ist.<sup>63</sup>

61 *Hilgendorf*, Grundlagenforschung (Fn. 6), 114; vgl. bereits vorstehend bei Fn. 7.

62 Exemplarisch *Jules Coleman* (Hrsg.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, 2001.

63 Denn hinter dem Streit stand längst nicht mehr ein fruchtbares Problem, sondern lediglich die Fortwirkung historischer Ideologien. Dazu *Lena Foljanty*, *Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit*, 2013, 19 ff.; *Hans-Peter Haferkamp*, *Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen*, *AcP* 214 (2014), 60, 72 ff.; *Neumann*, *Rechtsphilosophie seit 1945* (Fn. 45), 145 ff.

Was bleibt nach alledem aber noch für die klassische Grundlagendisziplin „Rechtsphilosophie“ übrig? Diese Frage ist nicht leicht zu beantworten. Wie erwähnt liegt ihr hergebrachtes Aufgabengebiet nicht in der analytischen Rechtstheorie, sondern vielmehr gemäß der Tradition des Vernunftrechts in der normativen Gerechtigkeitstheorie des Rechts.<sup>64</sup> Sollte sich die Rechtsphilosophie künftig also wieder ganz im Sinne dieser Tradition auf die Frage nach dem guten, richtigen, gerechten Recht beschränken? Die Frage dürfte selbst dann, wenn man ein solches Forschungsziel für sinnvoll und fruchtbar hält, klar zu verneinen sein. Spiegelbildlich zur Rechtstheorie lässt sich nämlich auch die Rechtsphilosophie spätestens seit der analytisch-philosophischen Wende der 1960er Jahre nicht mehr auf ihren hergebrachten normativ-rechtsethischen Disziplinumfang festlegen. Diese analytische Wende ist nicht grundlos erfolgt und deshalb auch durch die zwischenzeitliche „Wiedergewinnung der normativen Dimension“<sup>65</sup> nicht mehr einzuholen. Denn die meisten normativen Entdeckungen des individualistischen Grundprinzips der westlichen Moderne sind bereits gemacht. Indem man den Rechteuniversalismus der westlichen Aufklärung in immer wieder neue philosophische Fassungen gießt, gewinnt man also keinen neuen normativen Gehalt hinzu, sondern schmückt nur eine üppig wuchernde positive Rechtsordnung weiter aus, die diesen Wertungsgehalt längst bis in ihre feinsten Verästelungen hinein internalisiert hat. Vor diesem Hintergrund gerät die Rechtsphilosophie allzu leicht zu einem autoimmunisierenden Theoriediskurs, der sich selbst dann in gefälliger Selbstbespiegelung übt, wenn er mit dem Anspruch auftritt, kritisches Maß einer nach denselben normativen Maßstäben der Überlegenheit des westlichen moralischen Universalismus verfahrenen Rechtsdogmatik zu sein. Aus dem Blick gerät angesichts der offensichtlichen Zirkularität von Theorien, deren Maßstäbe für das ideale Sollen eines richtigen Rechts nicht ohne Anleihen beim existierenden Recht der spätkapitalistischen Wohl-

64 Zur Abgrenzung und Geschichte der Disziplinbezeichnungen vorstehend bei Fn. 6 sowie Fn. 37 ff.

65 *Neumann*, Rechtsphilosophie seit 1945 (Fn. 45), 179 ff.

fahrtsstaaten auskommen,<sup>66</sup> die fundamentale Unzulänglichkeit des normativen Individualismus als globale sozialphilosophische Legitimationstheorie. Not täte hier eine Rechtsphilosophie, die sich selbst als kritische Rechtstheorie versteht und den bestehenden Rechtszustand nicht noch weiter affirmiert, sondern vielmehr seine elementare normative Haltlosigkeit herausarbeitet.<sup>67</sup>

Abhilfe für die Selbstreferenzialität der gegenwärtigen normativen Rechtsphilosophie kann auch die Fachphilosophie mit ihrem umfassenden Erkenntnisanspruch nicht ohne weiteres bieten. Denn Rechtsphilosophie ist, gleich ob normativ oder analytisch, nicht einfach nur eine juristische Übersetzung der Fachphilosophie. Es genügt nicht, sich rechtsphilosophische Diskurse einfach als für Juristen verständliche Adaptionen fachphilosophischer Diskurse vorzustellen. Rechtsphilosoph ist nicht ohne weiteres derjenige, der zwischen Fachphilosophie und Rechtsdogmatik „auf dem Zaun sitzt und übersetzt.“<sup>68</sup> Die Rechtsphilosophie besitzt vielmehr auf komplexe Weise eine sowohl inhaltliche als auch methodische Eigenständigkeit gegenüber vielen fachphilosophischen Diskursen, so dass sich – wie noch näher darzulegen sein wird – ihr Verhältnis zur dogmatischen Rechtswissenschaft nicht in der Form einfacher Überschneidungs-, Brücken-, Import/Export- oder Abbildungsmodelle beschreiben lässt. Außerdem leidet auch die Fachphilosophie wie erwähnt seit dem 19. Jahrhundert unter gravierenden Themenverlusten an die seitdem aus ihrem Fragebereich ausdifferenzierten Natur-, Kultur- und Sozialwissenschaften, vor deren Hintergrund sich die viel entscheidendere Frage stellt, was die *Fachphilosophie selbst* heute noch als eigenständige Wissenschaft

66 Exemplarisch *John Rawls*, *A Theory of Justice*, 2. Aufl. 1999.

67 Zu Umrissen einer kritischen Rechts- und Sozialphilosophie aus jüngerer Zeit *Christoph Menke*, *Kritik der Rechte*, 2015; *Daniel Loick*, *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017; vgl. auch *Marietta Auer*, *Eigentum, Familie, Erbrecht: Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht*, AcP 216 (2016), 239 ff.

68 So anschaulich *Gutmann*, *Interdisziplinarität* (Fn. 3), 105, womit das Verdienst derartiger Übersetzertätigkeit keinesfalls geschmälert werden soll.

auszeichnet. Diese Frage ist allerdings fundamental und wird im Folgenden nochmals aufzugreifen sein.<sup>69</sup>

Ähnliche Beobachtungen wie für das Verhältnis zwischen Rechtsphilosophie und Fachphilosophie lassen sich auch für das Verhältnis zwischen Rechtssoziologie und Fachsoziologie, Rechtsgeschichte und Fachhistoriographie oder Rechtsökonomik und Wirtschaftswissenschaften anstellen: In allen Fällen nehmen die jeweiligen *law-and-Bindestrichfächer* an der Entwicklung der jeweiligen Fachwissenschaften teil; stets kommt es aber auch zu rechtswissenschaftsspezifischen Verschiebungen oder Verkürzungen, die auf einer auf alle Grundlagenwissenschaften gleichermaßen einwirkenden normativen Zentripetalkraft in Richtung der letztlich doch immer wieder alles absorbierenden Rechtsdogmatik beruhen.<sup>70</sup> Dabei besteht tatsächlich die Gefahr, dass von der neuen, bunten Rechtstheorie auf die Dauer nicht viel mehr übrigbleibt als eine Leerformel für sämtliche Theorieimporte, die sich in der Rechtsdogmatik zeitweilig nicht anders unterbringen lassen. Eine solche beliebige Rechtstheorie besäße dann insbesondere auch keine Trennschärfe mehr für die Qualität von Theorieimporten, sondern wäre letztlich nur eine moderne Fortschreibung der schon im 19. Jahrhundert parallel zur Rechtsdogmatik von Dogmatikern betriebenen „Juristenphilosophie“,<sup>71</sup> die längst in Vergessenheit geraten wäre, wenn sie nicht in der Allgemeinen Rechtslehre konserviert und durch diese in die Rechtstheorie des 20. Jahrhunderts überliefert worden wäre. Wenn für die Grundlagenfächer aber keinerlei identifizierbare Spezialkenntnisse mehr erforderlich sind, dann ist es konsequenterweise auch nicht erforderlich, dafür künftig noch eigenständige Venien zu vergeben und spezielle Stellen auszuweisen, die nicht ebenso gut von der Dogmatik mitbedient werden können. In diesem Fall wäre die Ausrufung einer neuen, bunten, multidisziplinären Rechtstheorie also keine gute, sondern vielmehr eine schlechte Nachricht, ja geradezu ein manifestes Krisensymptom.

69 Nachstehend bei Fn. 81 ff.

70 So im Ergebnis *Lorenz*, JZ 2013, 704, 708; vgl. bereits vorstehend bei Fn. 23.

71 Anschaulich *Dreier*, in: FS Starck (Fn. 39), 30: „Nebeneinander, teilweise auch Gegeneinander von Juristen-Rechtsphilosophie und Juristen-Rechtstheorie.“

