

Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Herausgegeben von
J. MASING und M. JESTAEDT
O. JOUANJAN und D. CAPITANT

Mohr Siebeck

Rechtswissenschaft und Rechtspraxis



Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Ihr Verhältnis im Verfassungs-, Verwaltungs-
und Unionsrecht

Dokumentation des 7. Treffens des
Deutsch-Französischen Gesprächskreises
für Öffentliches Recht

Herausgegeben von

Johannes Masing und Matthias Jestaedt
Olivier Jouanjan und David Capitant

Mohr Siebeck

Johannes Masing ist Professor für Öffentliches Recht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. und Richter des Bundesverfassungsgerichts.

Matthias Jestaedt ist Professor für Öffentliches Recht und Rechtstheorie an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

Olivier Jouanjan ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Paris II Panthéon-Assas und Honorarprofessor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

David Capitant ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Paris I Panthéon-Sorbonne und Präsident der Deutsch-Französischen Hochschule/Université franco-allemande.

ISBN 978-3-16-158970-6 / eISBN 978-3-16-158971-3

DOI 10.1628/978-3-16-158971-3

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Minion Pro gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhalt

<i>Renaud Baumert</i> Rechtswissenschaftliche Zugänge zum Verfassungsrecht	1
<i>Franz C. Mayer</i> Das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Verfassungsrecht – Deutschland	31
<i>Jean-François Lafaix</i> Das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Verwaltungsrecht	59
<i>Karl-Peter Sommermann</i> Das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Verwaltungsrecht – Vergleichende Betrachtungen zu Deutschland und Frankreich	83
<i>Francesco Martucci</i> Die Wechselwirkungen zwischen Wissenschaft und Praxis im Europarecht	103
<i>Christian Walter</i> Das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Völkerrecht	127
Autorenverzeichnis	145

Vorwort

Mit dem vorliegenden Band möchten wir die Beiträge der 7. Tagung des Deutsch-Französischen Gesprächskreises für Öffentliches Recht der Fachöffentlichkeit zugänglich machen.

Der Deutsch-Französische Gesprächskreis für Öffentliches Recht (*Cercle franco-allemand pour le droit public*) ist ein Zusammenschluss von Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern aus Frankreich und Deutschland, die ein besonderes Interesse an der Entwicklung des Öffentlichen Rechts im jeweils anderen Land haben und ein besseres Verständnis der verschiedenen Problemsichten auf im Kern oftmals gemeinsame Fragen suchen. Hintergrund des paritätisch zusammengesetzten, rund 50köpfigen Gesprächskreises ist die Erfahrung, dass trotz der geographischen Nähe, der engen geschichtlichen – auch rechtsgeschichtlichen – Verflechtung und intensiver freundschaftlicher politischer Beziehungen der Zugriff auf rechtliche Probleme oftmals von grundlegend verschiedenen Perspektiven, Lehren und Lösungsansätzen geprägt ist. Nur wenig berührt vom Zusammenwachsen Europas und einer zunehmenden Masse vergemeinschafteter Rechtsmaterien, verbleibt der Fachdialog überwiegend in nationalen Diskursen und herrscht zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen nicht selten Kommunikationslosigkeit. Hieran hat sich, auch wenn das gegenseitige Interesse immerhin zuzunehmen scheint, im Wesentlichen nichts geändert. Dem entgegenzuwirken hat sich der Deutsch-Französische Gesprächskreis zum Ziel gesetzt. Er greift auf seinen im Zweijahresturnus stattfindenden Tagungen aktuelle, aber zugleich grundlagenbezogene Themen zum Verwaltungs-, Verfassungs- und Europarecht auf und verhandelt dieses auf der Grundlage von thematischen Parallelreferaten oder nach dem dialogischen Modell von Bericht und Kommentar.

Die Beiträge des vorliegenden Bandes waren Gesprächsgrundlage der 7. Tagung des Deutsch-Französischen Gesprächskreises für Öffentliches Recht, die am 7. und 8. November 2014 in Rouen stattfand. Unter dem Thema „Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. Ihr Verhältnis im Verfassungs-, Verwaltungs- und Unionsrecht“ (*Les rapports entre doctrine et pratique en droit constitutionnel, en droit administratif et en droit de l'Union européenne*) wurden die in Deutschland und Frankreich markant unterschiedlichen Inbezugsetzungen, Selbstverständnisse und Kommunikationen, kurz: Beziehungen von Rechtswissenschaft einer- und Rechtspraxis andererseits paritätisch auf Deutsch und Französisch verhandelt; für die Drucklegung sind die Beiträge der französischen Referenten ins Deutsche übersetzt worden.

Dabei erwies sich die auch sonst im Gesprächskreis übliche Dreischichtigkeit des Vorgehens – aus verfassungs-, verwaltungs- und unionsrechtlicher (bzw. völkerrechtlicher) Perspektive – hier als besonders erhellend und erkenntnisfördernd, unterscheiden sich die deutsche und die französische Seite doch nicht nur und erst in Bezug auf das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, sondern auch und bereits in Bezug auf das Verhältnis von Verfassungs-, Verwaltungs- und Unionsrechtswissenschaft (bzw. Völkerrechtswissenschaft) zueinander. So verstehen sich, um nur das Grundlegendste anzudeuten, die *constitutionnalistes* einer- und die *administrativistes* in Frankreich andererseits weitaus weniger stark in einem gemeinschaftlichen Diskurs untereinander verbunden, als dies in Deutschland Verfassungs- und Verwaltungsrechtswissenschaftler – kurz: Öffentlichrechtler – als Staatsrechtslehrer tun, deren ebenso gemeinsames wie zentrales Diskursforum – bei aller Spezialisierung im Übrigen – die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL) bildet.

Bereits der rechtswissenschaftliche Zugang zum Verfassungsrecht erweist sich insofern als unterschiedlich, als das in Deutschland die anwendungsbezogene Rechtswissenschaft beherrschende Format der Dogmatik in Frankreich kein echtes Pendant hat; das mit *doctrine* bezeichnete Konzept anwendungsbezogener Jurisprudenz jedenfalls atmet einen anderen, nicht ganz so stark an der gerichtlichen Entscheidungsfindung ausgerichteten Geist (Renaud Baumert). Der relativen Konsolidierung des (Nähe-)Verhältnisses von Verfassungsrechtspraxis und Verfassungsrechtswissenschaft in Deutschland steht ein sich insbesondere seit Einführung der *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) wandelndes Verhältnis in Frankreich gegenüber (Franz C. Mayer). Die französische Verwaltungsrechtswissenschaft oszilliert zwischen einem „konzeptualistisch“ und einem „empiristisch“ verstandenen Verhältnis zur Verwaltungsrechtspraxis namentlich des Conseil d'Etat (Jean-François Lafaix). Für die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft konstatiert Karl-Peter Sommermann einen Wandel von Rolle und Selbstwahrnehmung von einem distanzarmen Gesetzes- und Rechtsprechungspositivismus zu einer theoretisch und methodisch pluralisierten, selbstbewussteren Positionierung gegenüber der Rechtspraxis. Für das Verhältnis von Unionsrechtspraxis und Unionsrechtswissenschaft betont Francesco Martucci besonders die Wechselwirkungen, die er mit der Wendung der „Kooperation von Jurist zu Jurist“ auf den Begriff zu bringen sucht. Die Vielfalt von Aufgaben der Völkerrechtswissenschaft erlaubt es nicht, sie auf eine bloße Chronistenrolle zu beschränken; vielmehr muss sie auch ihre Beobachtungs-, Kontextualisierungs- und Analyseaufgabe im Blick auf Normerzeugungs- und Normveränderungsprozesse wahrnehmen (Christian Walter).

Die Beiträge sind die Frucht einer Tagung, deren Organisation erst durch den großen organisatorischen Einsatz unseres Kollegen Jean-Philippe Derosier von der Université de Rouen möglich war. Dank gebührt auch der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die die Tagung großzügig unterstützt hat. Besonderer Dank gilt, soweit die Übersetzung der Texte nicht von Mitgliedern des Ge-

sprächskreises vorgenommen worden ist, für Übersetzungs- und redaktionelle Arbeiten darüber hinaus David Freudenberg, Helene Jaschinski, Sabine Klostermann und Dr. Angela Reinthal. Zu danken ist schließlich und nicht zuletzt dem Verlag Mohr Siebeck, namentlich Dr. Julia-Caroline Scherpe-Blessing sowie Ilse König, für die Aufnahme dieser Schrift in das Verlagsprogramm sowie für eine gewohnt hervorragende verlegerische Betreuung des Bandes.

Freiburg, im Dezember 2019

Johannes Masing

Matthias Jestaedt

Paris, im Dezember 2019

Olivier Jouanjan

David Capitant

Rechtswissenschaftliche Zugänge zum Verfassungsrecht *Les programmes doctrinaux en droit constitutionnel**

Renaud Baumert

Für Anissa

Einleitung	1
I. Von „Forschungsprogrammen“ zu „doktrinalen Programmen“	4
A. Vielzahl und Wettstreit der doktrinalen Programme	5
B. Negative Heuristik und positive Heuristik	7
C. Widerstandsfähigkeit der doktrinalen Programme	11
II. Die Besonderheiten des juristischen Forschungsgegenstandes	12
A. Recht als „interaktiver Gegenstand“	12
B. Die doktrinalen Strömungen: Deskription contra Präskription?	15
C. Die Rückwirkung beim „Rückkopplungseffekt“	18
III. Historiographische Anmerkungen	22
A. Vielzahl der Programme und Intentionen der Autoren	22
B. Heuristischer Erfolg eines doktrinalen Programms	24
C. Praktischer Erfolg eines doktrinalen Programms	27
Schluss	29

Einleitung

Angesichts der Tatsache, dass seine Tätigkeit vor allem in der Auslegung des Rechts besteht, neigt der Jurist dazu, seine Aufmerksamkeit auf die Rechtspraxis zu konzentrieren. In der Folge erscheint ihm die *doctrine*¹ häufig als ein eher randständiges Phänomen. Gleichwohl ist es keineswegs unzulässig, die Perspektive umzukehren und letztere als eigenständigen Forschungsgegenstand aufzufassen. Dies ist sogar unerlässlich, sofern man sich mit bestimmten juristischen Teildisziplinen, wie etwa der Rechtstheorie oder der Rechtsphilosophie, befasst.² Das gleiche gilt

* Übersetzung aus dem Französischen von *Helene Jaschinski*.

¹ „*La doctrine*“ ist mit „Rechtswissenschaft“, „Lehrmeinung“, „wissenschaftliche Dogmatik“ oder gar „Doktrin“ jeweils nur unzureichend übersetzt. Die hiesige Verwendung des Begriffs wird auf S.4 genauer definiert. Er ist zentral für den Beitrag; um Bedeutungsverschiebungen zu vermeiden, wurde daher das französische „*doctrine*“ beibehalten bzw. „*doctrinal*“ durchgängig in das im Deutschen ungebrauchliche „doktrinal“ übertragen.

² *Eric Millard*, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, S. 19, nimmt beispielsweise an, die Rechtstheorie sei eine „Metasprache“ der „Wissenschaft vom Recht“ (*science du droit*), die

schließlich für die Ideengeschichte des Rechts – ob sie nun um ihrer selbst willen betrieben wird oder als bloßer Bestandteil einer breiter angelegten rechtsgeschichtlichen Betrachtung.³ Nebenbei sei darauf hingewiesen, dass diese Disziplinen ihrem Wesen nach „transversal“ sind. Sie können auf jedes Rechtsgebiet bezogen werden, so dass die aus ihnen gewonnenen Erkenntnisse für die gesamte Materie fruchtbar sein können. Jedenfalls stellt der doktrinale Diskurs als solcher für diese Fachgebiete einen lohnenden Untersuchungsgegenstand dar. Gleichwohl scheint es mir, dass die auf diesem Gebiet von Juristen angestellten Überlegungen eher „kasuistisch“ bleiben. Damit möchte ich zum Ausdruck bringen, dass wir dazu neigen, einzelne Doktrinen zu untersuchen: diejenige dieses Autors oder jener Strömung, oder auch diejenige, die sich mit einer bestimmten Rechtsfrage auseinandersetzt. Demgegenüber kommt es nur selten vor, dass jemand das Wagnis eingeht, eine Allgemeine Theorie der *doctrine* (*théorie générale de la doctrine*) zu entwickeln – anders, als dies hinsichtlich der rechtlichen Systeme selbst der Fall ist.

Ist dies als ein Zeichen besonderer Trägheit oder eher bemerkenswerter Vorsicht aufzufassen? Ich bin mir dessen nicht sicher, daher möchte ich mich hier mit zwei Anmerkungen begnügen. Erstens spricht viel dafür, dass die Ausdifferenzierung des Rechtswissensbestandes (*diversité des savoirs juridiques*) und die daraus folgende Spezialisierung der Juristen Vorhaben solcher Art im Wege steht. Wie soll es möglich sein, eine allgemeine Theorie der *doctrine* zu entwickeln, wenn es schon, seit mehr als einem Jahrhundert, Schwierigkeiten bereitet, diejenige eines Teilbereichs des Privatrechts oder des Öffentlichen Rechts zu begreifen? Dieser Hinweis mahnt zur Umsicht, ohne deshalb das Projekt als solches abzulehnen. Es ist in der Tat nicht von vornherein auszuschließen, dass materiell sehr unterschiedliche Rechtsgebiete hinsichtlich der *doctrine* ähnliche Funktionsweisen hervorbringen.

Zweitens scheint es mir, dass diese Frage in den Geistes- und den Sozialwissenschaften großen „Schwankungen“ unterworfen ist. Vielleicht täusche ich mich – und dieser Vorbehalt ist ernst gemeint –, aber ich habe den Eindruck, dass die

von der „doctrine“ betrieben werde. *Noberto Bobbio*, *Nature et fonction de la philosophie du droit*, *Archives de philosophie du droit*, Bd. 7 (1962), S. 1 ff., unterscheidet eine Form der Rechtsphilosophie, die er „juristische Methodologie“ (*methodologie juridique*) nennt. Sie besteht in der „Erforschung der Rechtswissenschaft, genauer dem Werk von Juristen (oder Richtern), die sich um die Entdeckung, die Interpretation und die Formulierung von Regeln bemühen“ („*études de la science juridique, plus exactement de l'œuvre des juristes [ou des juges] s'appliquant à la découverte, à l'interprétation et à la formulation de règles*“).

³ Zum Beispiel: *Olivier Jouanjan*, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800–1918)*, Paris, PUF, coll. *Léviathan*, 2005, S. 2f.: „Dieses Buch [...] beschäftigt sich mit der Geschichte einiger *doctrines* [...]. Gleichwohl ist es unter einem bestimmten Gesichtspunkt auch eine Rechtsgeschichte. Dies trifft insoweit zu, als man bereit ist, einzuräumen [...], dass es müßig und vielleicht absurd ist, eine ‚absolute Grenze‘ zwischen der Rechtsgeschichte und der Geschichte der juristischen Literatur ziehen zu wollen.“ („*Ce livre [...] s'occupe de l'histoire de quelques doctrines [...]. Pourtant, il est aussi, sous un certain point de vue une histoire du droit. Il l'est dans la mesure où l'on voudrait bien admettre [...] qu'il est vain, et peut-être absurde, de vouloir tracer une frontière absolue entre l'histoire du droit et celle de la littérature juridique.*“).

Geschichtswissenschaft und die Soziologie einer Art von Ebbe und Flut ausgesetzt sind. So gab es Zeiten, in denen diese Fächer bei dem Versuch, sich ihrer selbst zu vergewissern, vom Dämon der Epistemologie und der methodologischen Abstraktion heimgesucht wurden. Darauf folgten Phasen, in denen sich die Spezialisten, um den Gefahren voreiliger Verallgemeinerungen zu entgehen, auf Fallstudien und auf die Besonderheiten des praktischen Feldes verlegten. Falls diese Pendelbewegungen tatsächlich auch außerhalb meiner Vorstellung existieren, wäre ihre Untersuchung vielleicht lohnenswert.

Um sich die doktrinale Vorgehensweise besser vor Augen zu führen, kann es dabei allerdings hilfreich sein, sich eines einfachen, ja sogar schematischen Modells zu bedienen. Das ermöglicht zunächst, das Verhältnis zwischen *doctrine* und Praxis zu verdeutlichen. Außerdem könnte eine solche Konstruktion unsere Aufmerksamkeit auf bestimmte Schwierigkeiten lenken, die einer Untersuchung der *doctrine* eigen sind, und dies schließlich zu einer Reihe methodologischer Empfehlungen führen. Auf den folgenden Seiten werde ich daher versuchen, die ersten Umrisse eines solchen Modells zu entwerfen. Dazu lehne ich mich an das von dem Philosophen und Wissenschaftshistoriker Imre Lakatos entwickelte Modell der „wissenschaftlichen Forschungsprogramme“⁴ an. Aus Gründen, die im Folgenden noch deutlicher hervortreten werden, bin ich der Meinung, dass diese Theorie uns einiges über die Funktionsweise unseres Faches lehren kann, indem sie unsere Aufmerksamkeit auf Bereiche lenkt, denen nicht immer die Aufmerksamkeit zukommt, die sie verdienen.

Dieses Vorhaben erfordert jedoch noch einige allgemeine Hinweise. Erstens ist offensichtlich, dass die Wissenschaften, die Lakatos vor Augen hatte als er sein Modell entwarf, unser Fach nicht mit umfassten. Eine schlichte Übertragung erscheint also eher riskant. Daher schlage ich vor, Lakatos' Modell zu *adaptieren*, um den Besonderheiten des juristischen Gegenstandes Rechnung zu tragen. Es geht folglich darum, ein Teilmodell zu entwickeln, das von demjenigen Lakatos' lediglich angeregt ist. Um auf diesen Abstand formal hinzuweisen, spreche ich in Bezug auf das Recht von „doktrinalen Programmen“ (*programmes doctrinaux*) und nicht von „Forschungsprogrammen“ (*programmes de recherche*). Zweitens werde ich selbstverständlich nicht alle Formen der *doctrine* behandeln, sondern lediglich diejenigen, die zu untersuchen mir meine Tätigkeit als Verfassungshistoriker (*historien des idées constitutionnelles*) nahelegt. Drittens wird man auf den folgenden Seiten kein Modell finden, das ähnlich präzise und detailliert ist wie diejenigen, die

⁴ Siehe Imre Lakatos (éd.: Luce Giard), *Histoire et méthodologie des sciences: programmes de recherche et reconstruction rationnelle*, Paris, PUF, coll. Bibliothèque d'histoire des sciences, 1994. Dieses Werk ist die französische Übersetzung durch Catherine Malamoud und Jean-Fabien Spitz der Kapitel 1, 2 und 4 von: Imre Lakatos, *The Methodology of Scientific Research Programmes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978. Es handelt sich also um eine Sammlung von Aufsätzen, die zunächst an anderer Stelle veröffentlicht wurden [dt.: Imre Lakatos, *Die Methodologie der wissenschaftlichen Forschungsprogramme*, Braunschweig/Wiesbaden, 1982].

von Thomas Kuhn, Karl Popper oder Imre Lakatos entwickelt wurden. Ich möchte lediglich einige Denksätze aufzeigen, in der Hoffnung, diese in Zukunft vervollständigen, präzisieren oder, wo nötig, abändern zu können. Viertens werde ich mich hier auf das Verhältnis zwischen *doctrine* und Praxis konzentrieren.

Um die Dinge zu verdeutlichen, werde ich das eine vom anderen anhand eines sehr einfachen Kriteriums unterscheiden. Entsprechend einem weit verbreiteten Gebrauch wird der Begriff „Praxis“ (*pratique*) denjenigen vorbehalten, auf deren juristische Arbeit *Rechtswirkungen folgen*. Dies umfasst in groben Zügen sowohl die rechtserzeugenden Organe, die Rechtsakte hervorbringen, als auch diejenigen Organe, die die normative Bedeutung letzterer durch verbindliche Interpretation festlegen. Die Rechtsordnung selbst spricht den so verstandenen Praktikern diese ihre Eigenschaft zu.⁵ Entsprechend einem nicht weniger verbreiteten Gebrauch, behalte ich den Begriff „*doctrine*“ denjenigen Rechtskundigen vor, deren *Auslegung ohne Rechtswirkung bleibt*. Es ist hier unerheblich, den mit dieser Interpretation verbundenen Zweck oder ihre soziale Autorität zu bestimmen. Der wesentliche Punkt ist, dass die Lehrmeinung keine unmittelbaren Rechtswirkungen entfaltet – und zwar genau deshalb, weil die Rechtsordnung ihr solche nicht zuspricht. Mir ist deutlich bewusst, dass die so skizzierte Unterscheidung sowohl knapp als auch problematisch ist. Es ist beispielsweise gewiss, dass man, um ein Organ als „verbindlichen Interpreten“ zu qualifizieren, eine komplexe und angreifbare Theorie aufbieten muss. Um der Klarheit der nachfolgenden Ausführungen willen werde ich dennoch – künstlich – annehmen, dass diese Schwierigkeit behoben sei.

Zunächst werde ich diejenigen Elemente herausstellen, die an Lakatos' Theorie für unser Fach von Interesse sein könnten (I). Sodann werde ich genauer darauf eingehen, inwiefern die Forschungsgegenstände in den exakten Wissenschaften mir von den unseren verschieden zu sein scheinen (II). Schließlich werde ich versuchen, aus den vorangehenden Ausführungen einige methodologische Schlüsse für die verfassungsrechtliche Ideengeschichte zu ziehen (III).

I. Von „Forschungsprogrammen“ zu „doktrinalen Programmen“

Lakatos betont nicht allein die Vielzahl von Forschungsprogrammen, sondern auch deren Fähigkeit, empirischen Falsifikationen standzuhalten. Das gleiche könnte man von den doktrinalen Programmen sagen.

⁵ Im Verfassungsrecht kennt dieses Prinzip eine Ausnahme, die es hervorzuheben gilt: die ursprünglichen verfassungsgebenden Organe (natürlich unter der Voraussetzung, dass sie tatsächlich ursprünglich sind).

A. Vielzahl und Wettstreit der doktrinalen Programme

Eine der grundlegenden Ideen von Lakatos ist, dass die Wissenschaft nicht durch ein *einzelnes* Forschungsprogramm fortschreitet, sondern durch eine Vielzahl an Forschungsprogrammen, die darum konkurrieren, die empirische Wirklichkeit zu erklären. Er war der Meinung, „die Geschichte der Wissenschaften war und sollte eine Geschichte des Wettstreits von Forschungsprogrammen [...] sein“.⁶ Diese Anmerkung muss als eine explizite Kritik an der von Thomas Kuhn entwickelten Auffassung in der „*Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*“ verstanden werden.⁷ Kuhn behauptet nämlich, dass die „Normalwissenschaft“ nur dadurch möglich sei, dass die gesamte wissenschaftliche Fachwelt ein Paradigma teilt.⁸ Im Gegensatz dazu meint Lakatos, dass die Wissenschaftler, die an demselben Forschungsgegenstand arbeiten, sich immer in verschiedene, miteinander konkurrierende „Forschungsprogramme“ aufteilen. Mir scheint, dass es sich mit der doktrinalen Fachwelt ähnlich verhält. In diesem Sinne sind die „Schulen“ oder „Traditionen“, in die sich die Verfassungsrechtler aufteilen, ebenso „doktrinale Programme“. Im Übrigen werden aufmerksame Leser Kuhns bemerken, dass er zu einer vollkommen analogen Lösung gelangt, wenn er nicht die exakten Wissenschaften, sondern die *Sozialwissenschaften* (mit denen wir das Verfassungsrecht in Verbindung bringen können) zur Sprache bringt.⁹ Nach Kuhn bleiben diese Disziplinen in der Tat im „vorparadigmatischen“ Stadium; das bedeutet, dass sie sich in verschiedene, miteinander in Wettstreit tretende Schulen aufteilen, deren Lesarten weithin inkommensurabel bleiben. Folglich kämen wir, selbst wenn wir Kuhns Modell auf unseren Gegenstand anwenden, wahrscheinlich zu einer Lösung, die sehr nah an derjenigen ist, für die Lakatos eintritt (d. h. eine Vielzahl konkurrierender Programme).¹⁰

⁶ *Imre Lakatos*, La falsification et la méthodologie des programmes de recherche scientifiques (Original 1970), in: *ders.*, Histoire et méthodologie des sciences: programmes de recherche et reconstruction rationnelle, Paris 1994, S. 95 [dt.: *Imre Lakatos*, Falsifikation und die Methodologie wissenschaftlicher Forschungsprogramme, in: *ders.* Die Methodologie der wissenschaftlichen Forschungsprogramme, Braunschweig/Wiesbaden, 1982, S. 68].

⁷ *Lakatos*, La falsification (Anm. 6), S. 95 [dt.: S. 68]: „Aber in Wirklichkeit haben Forschungsprogramme eine völlige Monopolstellung nur selten erreicht [...]. Ein ‚theoretischer Pluralismus‘ ist besser als ein ‚theoretischer Monismus‘: An diesem Punkt haben Popper und Feyerabend recht, und Kuhn hat unrecht.“

⁸ Siehe *Thomas Kuhn*, La Structure des révolutions scientifiques, Paris, Flammarion, coll. Champs, 1983, Kapitel 1, S. 29 ff. [dt.: *Thomas Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, Frankfurt a. M. 1967].

⁹ Diese Idee scheint schon sehr deutlich in *Kuhn*, Révolutions scientifiques (Anm. 8), S. 35 [dt.: S. 30]: „[U]nd es bleibt die Frage offen, welche Teilgebiete der Sozialwissenschaft überhaupt schon solche Paradigmata erworben haben.“ In einem ähnlichen Sinne: siehe den Kommentar von *Paul Hoyningen-Huene*, Thomas S. Kuhn's Philosophy of Science, Chicago, University of Chicago Press, 1993, S. 4 ff.

¹⁰ Dies ist im Übrigen das, was unmissverständlich aus den ernsthaften Anpassungsversuchen des Kuhn'schen Modells an die Sozialwissenschaften hervorgeht. In diesem Sinne: *Christo-*

Es scheint mir also, dass man sich die doktrinale Fachwelt wie ein Ensemble konkurrierender „doktrinaler Programme“ vorstellen kann, die sich alle mit ein und demselben Gegenstand befassen: dem Verfassungsrecht. Dies trifft meines Erachtens nach auch dann zu, wenn man sich auf die verfassungsrechtliche *doctrine* eines bestimmten Staates beschränkt. Was man eine Strömung nennt (wie etwa den „Positivismus“), ist lediglich die Zusammenfassung eines Ensembles doktrinaler Programme, die in Wirklichkeit recht unterschiedlich sind. So gibt es wesentliche Unterschiede zwischen den französischen „Positivisten“, je nachdem ob sie sich auf Hans Kelsen, auf Alf Ross oder auf Michel Troper berufen. Alle können sich demselben Forschungsgegenstand (dem französischen Verfassungsrecht) widmen, ohne dasselbe Programm anzuwenden. Diese Vielfalt lebt auch von der Möglichkeit, ein Programm zu importieren, das anfänglich dafür ausgelegt war, auf ein anderes Verfassungsrecht angewandt zu werden. So verhält es sich mit dem doktrinalen Programm Raymond Carré de Malbergs, der auf das französische Öffentliche Recht zahlreiche Instrumente anwendete, die er aus dem Programm Paul Labands entliehen hatte.

Man könnte einwenden, dass der Rückgriff auf Kuhns Modell insoweit fruchtbarer hätte sein können, als es erlaubt, das Aufeinanderfolgen von Perioden der „Krise“ und der „Normalität“ abzubilden. Gleichwohl scheint mir, dass man auf dem von mir aufgezeigten Weg das gleiche Ergebnis erreichen kann. In diesem Sinne tritt eine nationale „Krise der *doctrine*“ auf, wenn die miteinander konkurrierenden Programme sich vervielfältigen und gegeneinander abgrenzen. Im Gegensatz dazu „normalisiert“ sich eine nationale *doctrine*, wenn sich die Zahl der Programme verringert und diese sich einander annähern. Eine der Aufgaben der verfassungsrechtlichen Ideengeschichte besteht zweifellos darin, diese Phänomene in concreto zu erhellen. Auch wenn es unmöglich ist, dazu eine allgemeingültige Erklärung zu geben, seien hier zumindest einige Anmerkungen gestattet.

In erster Linie scheint es so, dass eine Umwälzung in der *Praxis* – beispielsweise ein verfassungsrechtlicher Bruch, der auf eine Revolution folgt – häufig eine Krise der *doctrine* nach sich zieht. Es gibt kaum Zweifel daran, dass die Revolution von 1918–1919 und das Aufkommen der Weimarer Verfassung die bekannte Krise der *doctrine* erheblich begünstigten. Es darf aber nicht aus dem Blick geraten, dass eine Krise der *doctrine* auch aus der Veränderung innerhalb der *doctrine* selbst entstehen kann. Es ist durchaus plausibel, dass ein „*Methodenstreit*“ aus endogenen Ursachen des Gedankenguts der *doctrine* hervorgehen kann, beispielsweise aus einer lebhaften Debatte, die eine Nachbardisziplin entzweit – sofern die *doctrine* diese aufnimmt. So seitens der Philosophie, der Soziologie, der Geschichtswissenschaft oder der Sprachtheorie. Die Krise, die die Weimarer *doctrine* erschütterte, liefert

pher G. A. Bryant, Kuhn, paradigms and sociology, *The British Journal of Sociology*, Bd. 26, Nr. 3, Sept. 1975, S. 354–359; Douglas Lee Eckberg/Lester Hill Jr., *The Paradigm Concept and Sociology*, in: Gary Gutting (Hrsg.), *Paradigms and Revolutions*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1980, S. 117–136.

dafür ein gutes Beispiel. Sie brachte nicht nur die Befürworter und die Kritiker der neuen Verfassung in Opposition zueinander, sondern auch die Verfechter des „traditionellen Positivismus“ und seine Gegner, die ihn als überständig erachteten. Letztere stützten sich weitgehend auf philosophische oder soziologische Arbeiten, die es ihnen erlaubten, sich vom Neukantianismus zu distanzieren (von dem der traditionelle Positivismus in unterschiedlichem Maße geprägt war).¹¹ Vermutlich begünstigt das Zusammentreffen von bezüglich der *doctrine* exogenen und endogenen Faktoren in besonderem Maße ihren Eintritt in eine Krise.

B. Negative Heuristik und positive Heuristik

In Anlehnung an Lakatos möchte ich behaupten, dass die doktrinalen Programme als *strukturierte Konzeptionen, die das Verständnis des positiven Rechts formen*, verstanden werden müssen. Sie sind nicht lediglich Ansammlungen uneinheitlicher Theorien, Postulate und Konzepte. Daher haben innerhalb eines doktrinalen Programms die verwendeten Konzepte ihren Sinn allein durch die Zusammenhänge, die zwischen ihnen entstehen und die es ermöglichen, Theorien zu entwickeln.

Der zentrale Gedanke bei Lakatos ist folgender: „Das Programm besteht aus methodologischen Regeln: Einige dieser Regeln beschreiben Forschungswege, die man vermeiden soll (*negative Heuristik*), andere geben Wege an, denen man folgen soll (*positive Heuristik*).“¹² Die *negative Heuristik* ergibt sich aus einer Methodenwahl. Diese durch den Wissenschaftler getroffene Wahl besteht darin, einen „harten Kern“ von Hypothesen und Theorien auszumachen, die niemals zurückgewiesen oder verändert werden dürfen. Das bedeutet, dass „qua methodologischer Entscheidung“ dieser harte Kern nicht als falsifiziert anzusehen ist, auch wenn ihn eine empirische Beobachtung scheinbar in Frage stellen sollte. Mit einer solchen Beobachtung konfrontiert, nehmen die Befürworter des Programms stattdessen an, dass es „Hilfshypothesen“ zu erarbeiten gilt, die die *scheinbare* empirische Falsifikation erklären. Anders gewendet nehmen sie, stets qua Wahl, an, dass die Ursache der Anomalie in den *Bedingungen der Beobachtung* oder in *der Theorie, die diese Beobachtung leitet*, zu suchen ist. So entwickelt sich schrittweise um den harten Kern eine Art „Schutzgürtel“ von „Hilfshypothesen, ‚Beobachtungshypothesen‘ und Anfangsbedingungen“. Grob gesagt besteht die negative Heuristik darin, die schrittweise Veränderung des Schutzgürtels anzuerkennen, *um* den harten Kern zu schützen. Das Programm entwickelt sich weiter, indem es seinen harten Kern bewahrt, während sich sein Schutzgürtel nach und nach verändert.

¹¹ Zum Beispiel: *Erich Kaufmann*, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, Tübingen, Mohr, 1921. Oder auch: *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, München/Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, der sich dort häufig zu einer Anlehnung an Theodor Litt bekennt.

¹² *Lakatos*, La falsification (Anm. 6), S. 62–63 für dieses Zitat und die folgenden [dt.: S. 46–48].

Mir scheint, dass dieser Gedanke – mehr oder weniger – auf doktrinale Programme übertragen werden kann. Nehmen wir als Beispiel das doktrinale Programm, das die von Kelsen entwickelte „Reine Rechtslehre“ bildet. Die Idee, nach der das positive Recht ein hierarchisches System von Normen ist, die untereinander einzig durch die Geltung verbunden sind, gehört nachweislich zu ihrem harten Kern.¹³ Dagegen könnte man mit Raymond Carré de Malberg einwenden, dass die Rechtsordnungen in erster Linie einen organischen und erst in zweiter Hinsicht einen normativen Charakter haben.¹⁴ Das französische Öffentliche Recht ist ihm zufolge ein Beleg dafür. Dieser Versuch einer empirischen Falsifikation hält das kelsenianische Programm jedoch nicht auf. Der Normativist entscheidet stattdessen, die Hypothesen zu verändern, die das Verständnis des empirischen Phänomens leiten. Zum Beispiel indem er bekräftigt, dass die Staatsorgane selbst nur als Bündel von Normen zu begreifen sind (d. i. derjenigen, die ihre Gründung und ihre Kompetenzen festlegen).¹⁵ Auf diese Weise ist die soziale und historische Existenz der Organe für den Juristen gleichgültig. So formt sich eine Hilfshypothese, die es erlaubt, den harten Kern des Programms vor einer möglichen empirischen Falsifikation zu schützen. Dieses Beispiel ist offensichtlich trivial, es ließe sich aber leicht zeigen, dass die fortschreitende Anreicherung des Schutzgürtels früher oder später zu viel komplexeren Problemen führt.

In demselben doktrinalen Programm bietet die Theorie der Grundnorm ein noch anschaulicheres Beispiel. Wie bekannt, kann im kelsenianischen System eine Norm rechtliche Geltung nur beanspruchen, wenn sie in Übereinstimmung mit einer oder mehreren gültigen Normen erzeugt wurde, die als in einem dynamischen System höherstehend zu qualifizieren sind.¹⁶ Man könnte darauf selbstverständlich einwenden, dass eine Verfassung, die aus einem rechtlichen Bruch heraus entstanden ist, diesen Charakter nicht aufweisen kann.¹⁷ Die Theorie wäre so durch die empirische Beobachtung „falsifiziert“. Aber Kelsen schützt den harten Kern seines Programms, indem er die Grundnorm „voraussetzt“, d. h. indem er eine Hilfshypothese formuliert. Es ist daher nicht mehr notwendig, die Geltung der Verfassung aus ihrer Wirksamkeit abzuleiten. Folglich kann man das Rechtssystem weiterhin als eine Kaskade gültiger, d. h. untereinander allein durch das Rechtserzeugungsverhältnis (d. h. durch Zurechnung und nicht durch Kausalität) verbundener Normen verstehen.

¹³ Siehe im Einzelnen: *Hans Kelsen*, *Théorie pure du droit*, 2. Aufl., Paris, Bruylant-LGDJ, 1999 (1962), Unterkapitel V. 34. c), S. 197 ff. (Original: Wien, F. Deuticke, 1960, S. 200 ff.).

¹⁴ In diesem Sinne: *Raymond Carré de Malberg*, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, S. 27 ff.

¹⁵ *Kelsen*, *Théorie pure* (Anm. 13), Unterkapitel VI. 41. b), S. 285 ff. [dt. S. 293 ff.].

¹⁶ *Kelsen*, *Théorie pure* (Anm. 13), Unterkapitel V. 34., S. 193 ff. [dt. S. 196 ff.].

¹⁷ Dies ist ein Einwand, auf den Kelsen im Übrigen ausdrücklich eingeht, wenn er von der „historisch erste[n] Staatsverfassung“ („constitution historiquement première“) spricht. Vgl.: *Kelsen*, *Théorie pure* (Anm. 13), Unterkapitel V. 34. c), S. 197–200 [dt.: S. 200–204].

Das doktrinale Programm Léon Duguits liefert uns ein anderes Beispiel für negative Heuristik. Zum harten Kern des Programms kann man gewiss die Thesen zählen, die besagen, dass (1) die wahre Grundlage des Rechts „objektiv“ ist und nicht „subjektiv“ und dass (2) der Staat seine Grenzen im objektiven Recht findet.¹⁸ Gleichwohl gelangt Duguit schnell zu der Ansicht, dass die Erklärung von 1789 rechtlich gültig sei und dass sie nicht nur dem Gesetz, sondern auch der Verfassung selbst vorgehe.¹⁹ Mit anderen Worten ist sie ein zentrales Element der „Außen-Begrenzung“ (*hétéro-limitation*) des französischen Staates. Man könnte dennoch einwenden, dass die Erklärung von 1789 empirisch gesprochen ein Text von subjektivistischer und individualistischer Prägung ist. Um seinen harten Kern vor dieser potenziellen empirischen Falsifikation zu schützen, entwickelt Duguit eine Art Hilfhypothese. Sie besteht darin, zu sagen, dass das objektive Recht eines Staates „im Blick auf all das, was die negative Begrenzung der Staatsmacht betrifft, gerade nicht dazu führt, den Ergebnissen der individualistischen *doctrine* zu widersprechen“, sondern im Gegenteil, dass es „sie bestätigt“.²⁰ Anders gesagt: Die Bestimmungen der Erklärung von 1789 stehen mit dem in Einklang, was „die Menge individueller Gewissen“ (*masse des consciences individuelles*) zum Schutz des gesellschaftlichen Zusammenhalts (*solidarité sociale*), d. h. des objektiven Rechts, für notwendig erachtet. Das heißt, auch wenn der Inhalt dieses Dokuments unverändert bleibt, und auch wenn es weiterhin als für den Staat bindend erachtet wird, wird die Grundlage seiner Geltung gleichwohl modifiziert. In anderen Worten: Die empirische Beobachtung wird neu interpretiert und der harte Kern der Theorie auf diese Weise vor der Falsifikation geschützt.

Offensichtlich könnte man Beispiele dieser Art vervielfachen. Und es ist gut möglich, dass all die so gebildeten „Hilfhypothesen“ für sich genommen nicht überzeugend sind. Das spielt aber offen gestanden keine Rolle. Was ich vor allem zeigen möchte, ist, dass das Verständnis der empirischen Wirklichkeit (hier des positiven Rechts) größtenteils durch die doktrinalen Kategorien geprägt ist. Lakatos entwickelte diese Konzeption mit einer sehr klaren Absicht. Ihm ging es darum, zu erklären wie aufkeimende Forschungsprogramme in rationaler Weise gedeihen,

¹⁸ Zu einer typischen Formulierung dieses Credo: Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 3. Aufl. 1927, Bd. 1, S. 549–550: „Meine Lehre ist ihrem Wesen nach objektivistisch: [...] ich erkenne dem Staat lediglich eine faktische Gewalt zu, deren Gegenstand und Reichweite durch das objektive Recht bestimmt werden und ich behaupte, dass es allein auf diese Weise gelingen kann, die Begrenzung des Staates durch das Recht auf eine solide Grundlage zu stellen.“ („*Ma doctrine est essentiellement objectiviste: [...] je ne reconnais à l'État qu'une puissance de fait dont l'objet et l'étendue sont déterminés par le droit objectif et je prétends que par-là seulement on peut arriver à fonder sur des bases solides la limitation de l'État par le droit.*“).

¹⁹ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 3. Aufl. 1930, Bd. 3, S. 606–607.

²⁰ Ebd., S. 605, „pour tout ce qui concerne la limitation négative des pouvoirs de l'État, ne vient point contredire les solutions dérivant de la doctrine individualiste“, mais qu'au contraire il „les confirme“.

auch wenn ihnen einige experimentelle Falsifikationen, echte oder vermutete, entgegenstehen. Seine Absicht war es, den Falsifikationismus zu überwinden, sowohl in seiner „naiven“ wie auch in seiner „raffinierten“ Variante (d. h. der von Karl Popper).²¹ Denn ein entstehendes Forschungsprogramm ist immer mit anderen, älteren Programmen konfrontiert, die besser etabliert und weiter entwickelt sind. Im Vergleich erscheint das neue Programm oft enttäuschend, da seine Tragweite anfangs sehr begrenzt ist. Lakatos' „negative Heuristik“ erlaubt es, zu verstehen, wie die neuen Programme gegenüber der harten Konkurrenz besser etablierter Programme *bestehen* (*résister*) können, sowie gegenüber den empirischen Falsifikationen, die man ihnen entgegenhält.

Lakatos berücksichtigt außerdem, dass die Forschungsprogramme auch eine *positive Heuristik* umsetzen. Dieses Konzept ist nicht das klarste seiner Theorie. Er definiert es als eine „partiell artikulierte Reihe von Vorschlägen oder Hinweisen, wie man die ‚widerlegbaren Fassungen‘ des Forschungsprogramms verändern und entwickeln soll und wie der ‚widerlegbare‘ Schutzgürtel modifiziert und raffinierter gestaltet werden kann“.²² Anders gesagt besteht die positive Heuristik darin, die Prioritäten des Programms zu ordnen und eine gewisse Anzahl von Methoden zu definieren, die geeignet sind, das Modell zu erweitern. Ohne Zweifel besteht die positive Heuristik eines Kelsen insbesondere darin, auf an die Praxis gerichtete Präskriptionen zu verzichten. Jene von Duguit erfordert, dass der Jurist zum „Soziologen“ wird und dass er die Praxis darüber aufklärt, wozu „die Menge individueller Gewissen“ aufruft. Das doktrinale Programm, das heute die französische Verfassungslehre zu dominieren scheint – bei dem die dogmatische Behandlung der Verfassungsrechtsprechung im Mittelpunkt steht – kommt ebenfalls nicht ohne eine Heuristik dieser Art aus. Indem es sich auf die „Auslegung des Verfassungsrechts durch den Verfassungsrichter“ konzentriert, zeigt es eine Methode des Fortschritts auf.

Vor allem möchte ich damit unterstreichen, dass die juristischen „Tatsachen“, die die *doctrine* aufgreift, weitgehend durch deren Kategorien und Theorien geprägt sind. Im Übrigen produziert dieses Verfahren eine dem Vorgang intellektueller Aneignung eigene Dynamik, die in einer progressiven Problemverschiebung besteht. Allerdings neigt die zeitgenössische französische *doctrine* regelmäßig dazu, diesen Umstand zu vergessen. Paradoxerweise geht diese Verlockung oft aus der Bestrebung hervor, sich der Praxis anzunähern, begleitet von einigen mehr oder weniger griffigen Slogans. So zum Beispiel dem wohlbekannte Scheitern der „Systemmacher“ („*faiseurs de systèmes*“) oder der Aufwertung des „law in action“ zu Lasten des „law in the books“. Ich bezweifle, dass diejenigen, die diesen Überzeugungen anhängen, der Determination der rechtlichen Tatsachen durch die Theorie entkommen können. Was sie auf diese Weise kaschieren, ist lediglich das

²¹ Für eine detaillierte Darstellung: Lakatos, *La falsification* (Anm. 6), S. 1–62 [dt.: S. 7–46].

²² Lakatos, *La falsification* (Anm. 6), S. 66 [dt.: S. 49].