

Josef Franz Lindner

Rechtswissenschaft als
Metaphysik



Mohr Siebeck

Josef Franz Lindner

Rechtswissenschaft als Metaphysik



Josef Franz Lindner

Rechtswissenschaft
als Metaphysik

Das Münchhausenproblem einer
Selbstermächtigungswissenschaft

Mohr Siebeck

Josef Franz Lindner, geboren 1966; Studium der Rechtswissenschaft und Referendariat in München (dort auch erstes und zweites Staatsexamen); 1996 Promotion; 2004 Habilitation; bis 2012 Ministerialrat im Bayerischen Staatsministerium für Wissenschaft, Forschung und Kunst; seit 2012 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg; seit 2015 Geschäftsführender Direktor des Instituts für Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht (IBGM) der Universität Augsburg.

ISBN 978-3-16-154943-4 / eISBN 978-3-16-164734-5

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

© 2017 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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

Vorwort

Anliegen dieser Untersuchung ist es, das wissenschaftstheoretische Hauptproblem der Rechtswissenschaft, nämlich ihr Metaphysikproblem zu analysieren, ihre Selbstermächtigungspotenziale und Zirkelstrukturen aufzuzeigen sowie Möglichkeiten zur Bewältigung dieser Probleme auszuloten. Die Schrift ist entstanden während eines Forschungsfreisemesters im Sommersemester 2016. Für intensive Diskussion und kritische Durchsicht des Manuskripts bin ich meinem Mitarbeiter, Herrn Roman Kaiser, zu Dank verpflichtet. Danken möchte ich auch Frau Eva Schneider und Frau Christina Knöpfle für umfassende Unterstützung bei der Erstellung des Textes und des Literaturverzeichnisses. Ein herzliches Wort des Dankes gilt nicht zuletzt Herrn Dr. Franz-Peter Gillig für die Aufnahme des Werkes in die „weiße Reihe“.

Augsburg, im März 2017

Josef Franz Lindner

Inhalt

Vorwort	V
A. Einleitung: Die metaphysische Versuchung der Rechtswissenschaft	I
I. Der (aktuelle) Selbstfindungsprozess der Rechtswissenschaft	I
II. Die metaphysische Versuchung	4
III. Aspekte der metaphysischen Versuchung	9
1. Theorie-Praxis-Koppelungen	9
2. Die Machtaffinität der Rechtswissenschaft	10
3. Der „Rechtswissenschaftler-Intellektuelle“	11
a) Die Figur	11
b) Rollentransparenz als Desiderat	13
4. Reputationsstrategien	14
IV. Die Überwindung rechtswissenschaftlicher Metaphysik als Desiderat	17
V. Konzeption einer rechtswissenschaftlichen „Anti-Metaphysik“	19
B. Analyse des Metaphysik-Problems der Rechtswissenschaft	24
I. Was ist „Metaphysik“?	24
1. Zur Entwicklung des Begriffs „Metaphysik“	24
2. „Metaphysik“ im hier verstandenen Sinne	29

II. Worin liegt das <i>Metaphysikproblem</i> der Rechtswissenschaft?	33
1. Die Überwindung der Metaphysik durch das positive Recht	33
2. Aber: Kein Metaphysik„verbot“ in der wissenschaftlichen Befassung mit dem Recht	36
3. Das allgemeine Diskursmodell des Rechts	38
a) Der allgemeine praktische Diskurs (Ethik, Moralphilosophie, Rechtsethik, Rechtsphilosophie, Sozialphilosophie, politische Philosophie)	38
b) Der praktisch-politische Diskurs (Rechtspolitik, Politik, Gesetzgebung)	39
c) Der juristische Diskurs (Rechtswissenschaft i. e. S., Rechtsdogmatik, juristische Dogmatik)	41
d) Der forensische Diskurs (Rechtsprechung)	42
4. Metaphysisches Denken im Diskursmodell	42
a) Metaphysik im allgemeinen praktischen Diskurs	43
b) Metaphysik im praktisch-politischen Diskurs	44
c) Metaphysik im juristischen Diskurs	47
d) Metaphysik im forensischen Diskurs	49
5. Die Diskursebenenüberschreitung als Metaphysikproblem	50
III. Warum ist das <i>Metaphysikproblem</i> der Rechtswissenschaft ein Problem?	54
1. Einwände	54
a) Unverbindlichkeit rechtswissenschaftlicher Thesen	55
b) Unvermeidbarkeit der Diskursebenenüberschreitung	58

2. Rechtswissenschaftstheoretische	
Problembeschreibung	59
a) Die Relativierung des Diskursmodells/ Rationalitätsmodells des Rechts	60
b) Rechtswissenschaft als Machtwissenschaft . . .	62
c) Die existenzielle Dimension des Rechts	67
d) Das Legitimationsproblem – das Metaphysik- problem als Demokratieproblem	69
C. „Einfallstore“ für metaphysisches Denken	
in der Rechtswissenschaft	71
I. Das Materialobjekt „Recht“ als Metaphysik- „speicher“	72
1. Begriff des Rechts	72
2. Geltung des Rechts	76
3. Offenheit des Rechts (Auslegungsbedürftigkeit, Lückenhaftigkeit)	78
4. Metaphysische Öffnungsklauseln im Recht	78
a) Generalklauseln	79
b) Ethikklauseln	79
II. Methodenbeliebigkeit	83
III. Begriffsbeliebigkeit	91
1. Das Problem freier rechtswissenschaftlicher Begriffsbildung	91
2. Modalitäten freier rechtswissenschaftlicher Begriffsbildung	94
3. Freie Begriffsbildung und Sprechakttheorie	97
a) Grundlagen der Sprechakttheorie	98
b) Bedeutung der Sprechakttheorie für die rechtswissenschaftliche Begriffsverwendung	102
c) Die mittelbar-illokutionäre Dimension rechtswissenschaftlicher Begriffsverwendung	103

d) Die perlokutionäre Dimension rechts- wissenschaftlicher Begriffsverwendung	106
4. Zur „Mechanik“ rechtswissenschaftlicher Begriffsmetaphysik	108
5. Innovative Begriffsbildung als Qualitäts- merkmal rechtswissenschaftlicher Forschung? . .	110
IV. Theoriebeliebigkeit	114
1. Staatsrechtslehre	116
2. Strafrechtswissenschaft	118
3. Privatrechtswissenschaft	120
V. Institutionelle Rahmenbedingungen rechtswissenschaftlicher Metaphysik	121
1. Rechtswissenschaftsinterne Rahmenbedingungen	121
2. Rechtswissenschaftsexterne Rahmenbedingungen	122
3. Insbesondere: Drittmittel	123
D. Vier Zirkelstrukturen als Münchhausenproblem der Rechtswissenschaft	126
I. Der gegenständliche Zirkel	127
1. Die soziale Konstruktion des Materialobjekts der Rechtswissenschaft	127
2. Der (prinzipiell unbegrenzte) Gegenstandsbereich der Rechtswissenschaft	129
II. Der hermeneutische Zirkel	130
III. Der interdisziplinäre Zirkel	133
IV. Der dogmatische Zirkel	139
1. Selbstermächtigung durch Rechtsdogmatik	139
2. Verzicht auf dogmatische Theorien mittlerer Abstraktionshöhe als Postulat	142

E. Metaphysikkritik als Paradigma einer Rechtswissenschaftstheorie	145
I. Zwischenergebnisse	146
II. Konsequenzen aus diesem Befund	147
1. Wissenschaftstheoretische „Kapitulation“?	147
2. „Eliminierung“ der Metaphysik aus der Rechtswissenschaft?	148
a) Inadäquanz	149
b) Unmöglichkeit	151
3. Metaphysikkritik als „Mittelweg“	151
III. Das allgemeine Diskursmodell des Rechts als Basis einer metaphysikkritischen Rechtswissenschaft ...	156
1. Das allgemeine Diskursmodell als Folie zur Analyse des Metaphysikproblems	156
2. Das allgemeine Diskursmodell des Rechts als Kern einer metaphysikkritischen Rechtswissenschaftstheorie	158
IV. Ebenentransparenz als Postulat einer metaphysikkritischen Rechtswissenschaftstheorie ..	161
V. Elemente einer metaphysikkritischen Rechtswissenschaftstheorie	162
1. Vorbemerkung	162
2. Prolegomena zu einer Theorie rechtswissen- schaftlicher Begriffs- und Theoriebildung	164
a) Metaphysikkritisches Bewusstsein: Der Sprechakt-„Stresstest“	164
b) Die Figur der transzendentalen Reduktion ...	166
c) Ockham's razor – Das Sparsamkeitspostulat ..	170
d) Verzicht auf „Großtheorien“ und „Großformeln“	173
3. Elemente einer Theorie der Interdisziplinarität aus rechtswissenschaftlicher Sicht	175

4. Elemente einer Theorie der juristischen Dogmatik	177
5. Metaphysikkritische Interaktionsregeln für den rechtswissenschaftlichen Diskurs	179
a) Rollentransparenz	179
b) Rollenehrlichkeit und -konsequenz	180
c) Metaphysical self-restraint	180
F. Thesen	182
Literaturverzeichnis	187
Register	199

A. Einleitung: Die metaphysische Versuchung der Rechtswissenschaft

I. Der (aktuelle) Selbstfindungsprozess der Rechtswissenschaft

Seit jeher¹ und aktuell in besonderem Maße befindet sich die deutsche² Rechtswissenschaft³ in einem Selbstfindungsprozess, in einer Reflexion über ihre Aufgaben,

¹ Die Befassung mit wissenschaftstheoretischen (Selbst)Zweifeln hat in der Rechtswissenschaft Tradition, man denke nur an die Namen *v. Jhering* oder *v. Kirchmann* („Kampf ums Recht“; „Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“) oder an die sog. „Freirechtsschule“ (*E. Fuchs*, *H. Kantorowicz al. Gnaeus Flavius*: „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“); zu Letzterem erhellend *M. Frommel*, Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit, JZ 2016, S. 913 ff./915.

² Vorliegende Abhandlung hat primär die deutsche Rechtswissenschaft im Blick. Das Metaphysikproblem trifft aber auch andere kontinentaleuropäische Rechtswissenschaften sowie die Europarechtswissenschaft. Weniger metaphysikgefährdet erscheint – zumindest auf den ersten Blick – die angloamerikanische Rechtswissenschaft, was freilich einer gesonderten Untersuchung bedürfte; zum Fehlen einer Rechtswissenschaft (im deutschen Sinne) in den USA s. *A. Somek*, Zwei Welten der Rechtslehre und die Philosophie des Rechts, JZ 2016, S. 481 ff.: „Denn in Nordamerika existiert nicht, was wir in der ersten Welt unter Rechtswissenschaft verstehen“.

³ Dem an anderer Stelle geäußerten Desiderat einer Einheit der Rechtswissenschaft (*J. F. Lindner*, Was kann die Rechtswissenschaft vom Wiener Kreis lernen? RphZ 2016, S. 44 ff./52 ff.; *ders.*, Einheit der Rechtswissenschaft als Aufgabe, JZ 2016, S. 697 ff.) Rechnung

ihr Selbstverständnis und ihre Stellung im Konzert der Wissenschaften. Man kann von einer (erneuten) Orientierungsphase sprechen. Diese ist heute auch politisch, zumal durch den Wissenschaftsrat⁴ beeinflusst. „Selbstreflexionen“⁵, „Desiderate“⁶, Fragen nach der „Leistungsfähigkeit“⁷ oder dem „Proprium“⁸ der Rechtswissenschaft, Eigenanalysen⁹, Plädoyers „für eine bessere

tragend wird im Rahmen dieser Abhandlung der singularische Begriff „Rechtswissenschaft“ verwendet.

⁴ *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, 2012; vgl. dazu C. Hillgruber, Mehr Rechtswissenschaften wagen, JZ 2013, S. 700ff.; St. Lorenz, Forschung, Praxis und Lehre im Bericht des Wissenschaftsrates, JZ 2013, S. 704ff.; St. Rixen, Juristische Bildung, nicht leicht gemacht: Die „Perspektiven der Rechtswissenschaft“ des Wissenschaftsrats, JZ 2013, S. 708ff.

⁵ E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015. Die Selbstreflexionen betreffen nicht nur das öffentliche Recht, sondern auch das Strafrecht und zunehmend auch das Zivilrecht; vgl. etwa die jüngsten Überlegungen zur Privatrechtstheorie: S. Grundmann/H.-W. Micklitz/M. Renner, Privatrechtstheorie, 2015, dazu die Rezension von L. Kähler, RW 2016, S. 270ff.; J. Croon-Gestefeld, Privatrechtstheorie heute, RW 2016, S. 303ff.; M. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014.

⁶ J. F. Lindner, Desiderate an die deutsche Staatsrechtslehre, JZ 2015, S. 589ff.

⁷ Das Generalthema der Staatsrechtslehretagung 2007 lautete etwa: „Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts“.

⁸ C. Engel/W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007.

⁹ Vor allem im Bereich des Öffentlichen Rechts: insbesondere H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007; ders., Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, 2013; P. Häberle/M. Kilián/H. A. Wolff (Hrsg.), Deutsche Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, 2015, dazu die Besprechung von F. Meinel, Der Staat 54 (2015), S. 231ff.; F. C. Mayer, Das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis im Verfassungsrecht in Deutschland, JZ 2016, S. 857ff.

Rechtswissenschaft¹⁰ oder eine „Neuorientierung“¹¹, Forderungen nach einer stärkeren Einheit der Rechtswissenschaft¹², grundsätzliche Diskussionen über eine „Rechtswissenschaftstheorie“¹³ sowie über die Bedeutung von Dogmatik¹⁴ sind Ausdruck des Strebens nach Selbstvergewisserung.¹⁵ Dies steht jeder Wissenschaft, die einem kritisch-rationalistischen Paradigma folgt, gut an. Ohne Selbstdistanz, ohne kritisches Hinterfragen des eigenen Tuns gibt es in keiner Wissenschaft Fortschritt und Innovation. Allerdings sind in der Rechtswissenschaft vermehrt negative Stimmen zu vernehmen, so dass man

¹⁰ Titel eines Vortrags von O. Lepsius im Gesprächskreis „Grundlagen des Öffentlichen Rechts“ auf der Staatsrechtslehrertagung im Oktober 2015 in Speyer; nunmehr veröffentlicht unter dem Titel *Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft*, 2016.

¹¹ A. Steininger, *Jurisprudenz auf Erkenntnissuche? Ein Plädoyer für eine Neuorientierung der Rechtswissenschaft*, NJW 2015, S. 1072 ff.

¹² J.F. Lindner, *Einheit der Rechtswissenschaft als Aufgabe*, JZ 2016, S. 697 ff.

¹³ Etwa M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008; M. Jestaedt, *Wissenschaft im Recht*, JZ 2014, S. 1 ff.; J.F. Lindner, *Kritische Rechtswissenschaft*, Festschrift für Vedder (i. E.). Weniger im Fokus steht die wissenschaftstheoretische Befassung mit dem Phänomen „Rechtsnorm“ an sich; einen Versuch in diese Richtung hat jüngst C. Möllers, *Die Möglichkeit der Normen*, 2015 unternommen.

¹⁴ Weiterführend dazu die Beiträge in: G. Kirchhof/St. Magen/K. Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?* 2012; ferner C. Bumke, *Rechtsdogmatik*, JZ 2014, S. 641: „Die Entwicklung der deutschsprachigen Rechtsdogmatik bewegt sich in einem Zyklus aus Selbstbezogenheit, Krise, anregend-irritierender Öffnung und stabilisierender Schließung. ... Die Zeit des konstruktiv-kritischen Nachdenkens hat erneut begonnen.“

¹⁵ Vgl. hierzu bereits J.F. Lindner, *Was kann die Rechtswissenschaft vom „Wiener Kreis“ lernen?* RphZ 2016, S. 44 ff./45 f.

auch von einer Orientierungskrise sprechen könnte: Die deutsche Rechtswissenschaft sei zu dogmatik-lastig und vernachlässige die Empirie, was mitunter als „deutscher Sonderweg“ (ab)qualifiziert wird.¹⁶ Beklagt werden die Selbstermächtigungsfunktion von Dogmatik und „Rationalisierungsverluste durch Entdifferenzierungen“. Man bedauert einen Verlust des eigenständigen Charakters der Rechtswissenschaft als Wissenschaft sowie deren mangelnde Anschlussfähigkeit im internationalen Diskurs.¹⁷

II. Die metaphysische Versuchung

Eher am Rande der aktuellen Grundlagendiskussion steht ein wissenschaftstheoretisches Kernproblem der Rechtswissenschaft, nämlich ihre metaphysische Versuchung¹⁸, die zugleich ein „Münchhausen“-Problem ist, weil es die Rechtswissenschaft im Lichte einer Selbstermächtigungswissenschaft erscheinen lässt. Der Rechtswissenschaft als sprachbasierter Normwissenschaft, die sich der Normbegründung, -auslegung und -anwendung widmet, ist die Tendenz immanent, im Rahmen der Interpretation von Rechtsbegriffen, durch die Bildung oder Übernahme von (neuen) Begrifflichkeiten vor allem auf mittlerer Abstraktionshöhe, durch die Errichtung von Theoriegebäuden und die Formulierung dogmatischer Figuren ihrem Materialobjekt¹⁹ – also dem

¹⁶ O. Lepsius, Kritik der Dogmatik, in: G. Kirchhof/St. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? 2012, S. 39 ff./47 ff.

¹⁷ Zitate nach O. Lepsius, Kritik der Dogmatik, in: G. Kirchhof/St. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? 2012, passim.

¹⁸ Angedeutet bei B. Rütters/C. Fischer/A. Birk, Rechtstheorie, 6. Aufl. 2011, Rn. 105 ff.

¹⁹ Zur wissenschaftstheoretischen Unterscheidung zwischen Material- und Formalobjekt der Rechtswissenschaft s. A. Kauf-

Recht – metaphysische²⁰, außerrechtliche Richtigkeitsurteile unterzuschieben. Die Rechtswissenschaft ist nicht nur juristisch-technische Dogmatik, die das positive Recht zu durchdringen, zu ordnen und operationabel zu machen sucht, sondern sie ermächtigt sich – münchhausengleich – selbst, Rechtsinhalte zu bestimmen und Rechtsentwicklungen zu beeinflussen. Vor allem die Machtaffinität der Rechtswissenschaft – dies zeigt ihre Geschichte ebenso beklemmend wie eindrucksvoll – lässt es als verlockend und durch die offene Methodik auch als realistisch erscheinen, eigene außerrechtliche Wert-, Moral- und Gerechtigkeitsvorstellungen dem (positiven) Recht unterzuschieben und diese mittels der durch das Recht organisierten Machtstrukturen (institutionell wie wissenschaftsintern-methodisch) durchzusetzen. Dass und wie dies funktioniert, hat die Geschichte der Rechtswissenschaft in der NS-Zeit²¹ in drastischer Weise zum

mann, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in: *ders./U. Neumann/W. Hassemer* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, S. 1 ff./3.

²⁰ Die Begriffe „Metaphysik“ und „metaphysisch“ werden in philosophischen und wissenschaftstheoretischen Kontexten in sehr unterschiedlicher Bedeutung gebraucht. Hier sei unter Metaphysik die Gesamtheit der Begriffe, Thesen und Theorien verstanden, die der empirischen Begründbarkeit entzogen und einer erkenntnistheoretischen Letztbegründung nicht zugänglich sind, also die – nicht existente – Welt der transzendenten Werte und normativen „Wahrheiten“. Metaphysisch meint dementsprechend – in negativem Sinne – substanzontologisch-spekulativ; näher dazu unten bei B.I.

²¹ Vgl. dazu vor allem *B. Rütters*, Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, 1988; *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band 1914–1945, 1999, S. 316 ff.; *I. Müller*, Furchtbare Juristen, 1989.

Ausdruck gebracht.²² Hinzukommt die existenzielle Relevanz des Rechts für die ihm unterworfenen Menschen: das Recht regelt auch grundlegende, existenzielle Fragen für den einzelnen Menschen (Schulbildung, Güterverteilung, Steuern, Strafen, staatliche Gewaltanwendung etc.). Machtaffinität wie Existenzrelevanz des Rechts (dazu noch näher III.2. und unten B.III.2.b.,c.) machen es anfällig für substanzontologische, metaphysische „Wahrheiten“, zumal ideologische Aufladung. Das Metaphysik-Problem der Rechtswissenschaft besteht – vereinfacht formuliert²³ – darin, dass demokratisch nicht hinreichend legitimierte, nicht näher begründete oder begründbare, nicht ausreichend reflektierte oder bisweilen gar nicht einmal erkannte substanzontologische „Gewissheiten“ durch geschickte Begriffs- und Theorie(um)bildung wissenschaftlich verbrämt (offenen oder subkutanen) Einfluss auf das positive Recht und dessen Anwendung erhalten.²⁴ Gleiches gilt für politische Präferenzen oder

²² Freilich erfolgte der Umbau des Rechts, die „ideologische Umwertung der Rechtsordnung“ (*Rüthers*, aaO, S. 19) nicht nur durch neue Begriffe (z. B. „völkische Rechtsidee“; „Volksgenosse“) und methodische, theoretische sowie dogmatische Figuren (z. B. der „Führerbefehl“, „konkretes Ordnungsdenken“; „Recht ist etwas im Blute Lebendes“), sondern maßgeblich durch die metaphysische Aufladung (und dementsprechende Auslegung) gängiger und anerkannter Rechtsbegriffe (z. B. Person, Rechtsfähigkeit, subjektives Recht) durch die nationalsozialistische Ideologie; dazu *B. Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung – zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 7. Aufl. 2012; zur Methodenlehre im Nationalsozialismus jüngst auch *J. Schröder*, Rechtswissenschaft in Diktaturen, 2016.

²³ Eine genauere wissenschaftstheoretische Analyse des Metaphysikproblems erfolgt unter B.

²⁴ *J.F. Lindner*, Einheit der Rechtswissenschaft als Aufgabe, JZ 2016, S. 697 ff./700.

sonstige ethische oder religiöse Vorprägungen und Vorverständnisse²⁵ des Rechtswissenschaftlers (einschließlich des Rechtspraktikers).²⁶ Der jeder sprachgestützten Wissenschaft und damit auch der Rechtswissenschaft unabänderlich innewohnende hermeneutische Zirkel (näher unten B.III.1.b., D.II.) ist zugleich ein metaphysisches Problem, das im Rahmen der Rechtswissenschaft angesichts deren Besonderheiten²⁷ besonders prekär ist. Rechtswissenschaft besteht nicht allein in einer theoretischen, kontemplativen Reflexion des Rechts an sich, bei der Begriffserfindungen angehen und die Errichtung von kühnen Theoriegebäuden statthaft sein mögen. Die Rechtswissenschaft ist vor allem machtnahe Wissenschaft, eine „Durchsetzungswissenschaft“ an der Schnittstelle von Intellektualität und praktischer Relevanz. Rechtswissenschaftler vertreten ihre Thesen und

²⁵ Prägnant *A. Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, 2004.

²⁶ Im Rahmen dieser Abhandlung wird ein weiter Rechtswissenschaftsbegriff verwendet. Unter Rechtswissenschaft wird nicht lediglich eine bestimmte theoretische Befassung mit dem Materialobjekt „Recht“ verstanden, sondern jegliche systematische, methodisch geleitete Befassung mit Recht überhaupt sowie mit der Systematisierung, Auslegung und Anwendung bestimmter Rechtsnormen. Rechtswissenschaftler in diesem Sinne ist mithin nicht nur „der Professor“, sondern auch der Richter, Rechtsanwalt, Notar und Verwaltungsbeamte, der sich – freilich eingebettet in seinen jeweiligen beruflich-organisatorischen Kontext und den daraus resultierenden Erwartungen und Anfragen ausgesetzt – methodisch geleitet der Auslegung und Anwendung (oder Schaffung) des Rechts systematisch widmet.

²⁷ Zu den Besonderheiten der Rechtswissenschaft im Vergleich zu anderen Wissenschaften s. näher *J. F. Lindner*, Kritische Rechtswissenschaft, Festschrift für Vedder (i. E.): soziale Konstruktion des Materialobjekts, Machtbezug, existenzielle Relevanz.

„Erfindungen“ nicht allein im Lehrbuch, im Hörsaal, in Monographien oder in Tagungsreferaten um der reinen Theorie oder Wissenschaftlichkeit willen. Sie intendieren²⁸, auch in der Rechtsrealität, in der Rechtspraxis relevant zu sein, zur Kenntnis genommen zu werden, durchzudringen, in Gerichtsurteilen per Zitat vorzukommen, kurz: sie wollen (auch) ihre (gesellschaftlich-politischen oder moralisch-weltanschaulichen) Überzeugungen, die hinter den von ihnen verwendeten Begriffen und Theorien verborgen sind, durchgesetzt sehen.²⁹ Dazu übersetzt der Rechtswissenschaftler diese Überzeugungen in rechtswissenschaftliche Begriffe und Theorien und verleiht ihnen so das Antlitz des normativ Richtigen oder gar Gebotenen.

²⁸ Selbst wenn ein Rechtswissenschaftler ausschließlich rein theoretisch-kontemplativ und ohne Bezug zur Praxis forschen wollte (was ihm kraft der grundrechtlich verbürgten Forschungsfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG, unbenommen ist), blieben seine Begriffe und Theorien nicht zwangsläufig praktisch irrelevant. Denn in der offenen Gesellschaft der Rechtsanwender ist keine rechtswissenschaftliche Theorie davor gefeit, von einem Gericht oder sonstigem praktischen Akteur, einem Rechtsstab (teilweise) übernommen zu werden, es sei denn die Theorie würde nicht publiziert. Ein (publizierender) Rechtswissenschaftler kann also niemals „vita activa“ und „vita contemplativa“ trennen. Wenn er eine Theorie veröffentlicht, muss er damit rechnen, dass sie auch von der Rechtspraxis in irgendeiner Weise aufgegriffen wird. Insofern ist eine Trennung von rechtswissenschaftlicher Theorie und rechtswissenschaftlicher Praxis nicht möglich, ein entsprechendes Desiderat sinnlos.

²⁹ Deswegen ist eine besonders beliebte Modalität rechtswissenschaftlicher Artikulation der juristische Kommentar, der Grundgesetzkommentar zumal, der ganz auf die Zitierfähigkeit hin aus- und angelegt ist.

III. Aspekte der metaphysischen Versuchung

Nachfolgend seien einige Erscheinungsformen der metaphysischen Versuchung der Rechtswissenschaft exemplarisch erwähnt:

1. Theorie-Praxis-Koppelungen

Als (nebenamtliche) Richter an Obergerichten, als Richter des Bundesverfassungsgerichts können Rechtswissenschaftler versucht sein, ihre (metaphysischen) Überzeugungen (hermeneutisch unausweichlich und vielleicht sogar unbewusst) in die Rechtsprechung einfließen zu lassen – man denke nur an die vom Bundesverfassungsgericht, einem mehrheitlich mit Professoren besetzten Gericht, erfundenen oder aufgegriffenen Begriffe und Argumentationsfiguren wie etwa³⁰ die von den Grundrechten als Wertordnungsnormen³¹ oder der „Europarechtsfreundlichkeit“³² des Grundgesetzes: Begriffe, die

³⁰ Als weiteres Beispiel ist die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 6 Abs. 1 GG zu nennen, die in der Sache zu einer weitgehenden Entprivilegierung der Ehe geführt hat. Zu erwähnen ist auch die verfassungsgerichtliche Rede von der „Verfassungsidentität“; vgl. etwa *BVerfG*, Beschl. v. 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 (Ls. 3): „Der Schuldgrundsatz gehört zur Verfassungsidentität“.

³¹ *BVerfGE* 7, 198.

³² *BVerfG*, Urt. vom 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. (OMT), Rn. 83, 141, 155. Der Begriff „Europarechtsfreundlichkeit“, der auch schon im Lissabon-Urteil auftaucht (*BVerfGE* 123, 267, Ls. 4 sowie Rn. 225, 240, 340) wird im Sinne eines Verfassungsrechtssatzes verstanden, dessen Inhalt allerdings konturenlos bleibt. Er wird zwar noch aus der Verfassung begründet (Präambel, Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG), jedoch dürfte es sich eher um eine verfassungspolitische Beschreibung einer Grundhaltung des Grundgesetzes handeln. Problematisch wird der Begriff dann, wenn man ihm *konkrete* verfassungsrechtliche Aussagen zum Verhältnis des Verfassungsrechts

ohne weiteres nach je eigener (gesellschafts-, sozial- oder europapolitischer) Überzeugung metaphysisch anreicherbar sind. Die der deutschen Rechtswissenschaft eigene, häufig gelobte Koppelung zwischen theoretischer rechtswissenschaftlicher Reflexion und der (gerichtlichen) Rechtspraxis hat auch ihren (erkenntnistheoretischen) Preis.

2. Die Machtaffinität der Rechtswissenschaft

Im Dunstkreis der machthabenden Amtsträger in Regierung, Exekutive, Parlamenten, Fraktionen und Parteien (auch auf europäischer Ebene etwa in der EU-Kommission) tragen Rechtswissenschaftler, Staatsrechtslehrer zumal, als Berater, Gutachter, Sachverständige oder nicht zuletzt als Prozessvertreter ihre Begriffe, Thesen und Theorien vor und können damit auch *eigene* politische, moralische und weltanschauliche Überzeugungen als rechtswissenschaftliche „Wahrheiten“ in den Prozess der Rechts- und Entscheidungsfindung einbringen. Auf diese Weise können rechtswissenschaftliche Begriffe, Thesen und Theorien als Transformationsmechanismus für die Implementierung von außerrechtlichen, metaphysischen Überzeugungen fungieren, für die Überführung von außerrechtlichen substanzontologischen „Wahrheiten“ in das Medium der Macht³³, nämlich in Recht.

zum EU-Recht oder zur konkreten Reichweite des Integrationsauftrages entnehmen wollte.

³³ Dazu noch näher unten B.III.2.b. Unter dem vielfältig interpretierbaren und daher ganz unterschiedlich verstandenen Begriff „Macht“ sei hier die rechtliche Fähigkeit oder Kompetenz verstanden, eigene Richtigkeitsvorstellungen, allgemeiner: Handlungsoptionen in der Weise in die Realität umzusetzen, dass ihnen rechtliche oder faktische Verbindlichkeit zukommt. Von einem spezifisch

Sachregister

- Akt
– illokutionärer 99
– lokutionärer 99
– mittelbar-illokutionärer
100, 161
– perlokutionärer 99
– unmittelbar-illokutionärer
100
Alltagssprache 91, 165
Analogie 163
Analytische Philosophie 83,
168, 172
Angloamerikanische Rechts-
wissenschaft 1
Anti-Metaphysik 21
Antragsrhetorik 124
anything goes 85
Apriorismus 29
Auslegungsbedürftigkeit 49,
78
Auslegungsmethoden 85
Ausstrahlungswirkung 93,
172
Beamtenum 63
Bedeutung 91
Befolungsansprüche 165
Begriff des Rechts 72, 91
Begriffsbestandteile 107
Begriffskonvention 92
Begriffsmetaphysik 108
Begründung 31
Begründungsregress 32
Beliebigkeit 148
Berufsfreiheit 140
Bestandsschutz im Baurecht
178
Bildungsgerechtigkeit 167,
176
Bundesverfassungsgericht
9, 56
Daseinsvorsorge 113
Demokratieprinzip 88
Demokratieproblem 70
Deskriptionsbegriff 104
Diskurs
– allgemeiner, praktischer
38
– Ethik 32
– gerichtlicher 42
– praktisch-politischer 39
– Theorie 32
Diskursebenenüberschreitung
50, 146
Diskursmodell des Rechts 38
Diskursregeln 61
Dogmatik 4, 177
– juristische 41, 177
dogmatischer Zirkel 139

- Dreistufentheorie 140, 178
 Drittmittel 123
- Ebenentransparenz 54, 161,
 179
 Ebenenzuordnung 162
 Eigenkomplexität 123
 Eigentumsdogmatik 142
 Einheit der
 – Rechtsordnung 174
 – Rechtswissenschaft 1, 3
 Einheitswissenschaft 134
 Embryo in vitro 35
 empirisch überprüfbar 43
 Empirismus 29
 Erkenntnistheoretischer
 Positivismus 21
 Erkenntnistheorie 26
 Ersatzgesetzgeber 68
 Ethik 35, 38, 62, 80, 83, 127
 – klauseln 79
 – kommission 49, 80, 82
 – normative 83
 ethisch vertretbar 82
 Ethos 23
 EU 64
 Europarechtsfreundlichkeit
 des Grundgesetzes 9
 Europarechtslehre 65
 existenzielle Dimension des
 Menschen 67
 Existenzminimum 37
- Folgerichtigkeit 175
 Forschungsfreiheit 8
 Fortpflanzungsmedizin 67
 Fortpflanzungsmedizinrecht
 113
- Freirechtsschule 1
 freie Begriffsbildung 94
- Gefährdungslagen 122
 Geltung des Rechts 76
 Gendiagnostik 111
 Generalklauseln 49, 70, 79, 163
 Gerechtigkeit 31, 38, 62
 Gerechtigkeitsdiskurs 32
 Gesetz und Recht 79
 Gesetzgeber 46
 Gesetzgebung 39
 Gesetzgebungsverfahren 40
 Gleichwertigkeit der Lebens-
 verhältnisse 91
 governance 93 f., 95, 135
 Großformeln 173
 Grundrechte 44
 Grundrechts-
 – dimensionen 173
 – dogmatik 15, 111, 119,
 140, 172
 – interpretation 116
 – Interpretieren 117
 – theorie 16, 116, 169
 Grundzirkel 134
- Hermeneutik 131
 Hermeneutischer Zirkel 20,
 130, 151
 Herrschaft 62
 Hochschul-
 – organisation 135
 – recht 17
 homo oeconomicus 150
 Hypertrophie 122
 Hypothetische Fort-
 schreibung 50, 56, 89

- Innovation/en 112, 121
 Institutsgarantie 173
 Intellektueller 11, 179
 Interaktionsregeln 62, 179
 Interdisziplinarität 124, 126,
 133, 164, 175
 Interdisziplinäre/r
 – Komplementarität 137
 – Parallelität 137
 – Wechselwirkung 137
 – Zirkel 133
 Interessendreieck 172
 Interpretationswissenschaft
 83
 Intradisziplinarität 137
- juristische Kunstbegriffe 91 f.
- Kommentar 8, 57, 162
 Kommunikationsdefizit 20
 Kommunikationsinfrastruktur 61
 Komplexitätsreduktion 170
 konkretes Ordnungsdenken
 86
 konsequente Zweckver-
 folgung 174
 Kontextabhängigkeit von
 Rechtsbegriffen 93
 kooperativer Verfassungs-
 pluralismus 65, 94, 104
 Kritischer Rationalismus 37
- Legitimationsproblem 69
 Legitimation von Strafe 119
 Lehrbuch 162
 Leitbilder 91
 Letztbegründung 26, 34, 151
- Logik 26, 30
 logischer Empirismus 28
 Lückenhaftigkeit 78
 – des positiven Rechts 49
- Macht 10, 18, 62
 Machtaffinität 10, 62, 181
 Machtwissenschaft 62
 Materialobjekt 127
 Mathematik 26, 30
 Mauerschützenurteile 77
 Mehrebenenrechtsordnung
 174
 Metaethik 83
 Metamethodik 86, 163
 Metatheorie 114
 Metapher im Recht 91
 metaphysical self-restraint
 23, 181
 Metaphysik 5, 24
 Metaphysik der Sitten 27
 Metaphysikkritik 19, 27
 Metaphysikproblem 6, 53,
 146
 Metaphysikverbot 37
 metaphysikkritisches
 Bewusstsein 165
 metaphysisch 5
 Metaphysische/r/s
 – Gerechtigkeitsvorstel-
 lungen 47
 – Öffnungsklauseln 78
 – Selbstbescheidung 181
 – Spekulation 34 f.
 – Spekulieren 15
 – Substanzontologie 146
 – Trick 116
 – Versuchung 4

- metaphysizierender Rechts-
wissenschaftler 54
- Metaphysizierung der
Rechtsanwendung 87
- Menschenbildformel 174
- Methoden-
 - anarchismus 85
 - beliebigkeit 86
 - problem 83
- Methodik der Methoden-
anwendung 86
- Minimalstaatskonzeption
168
- mittelbare Drittwirkung 173
- Moral 30, 35, 73
 - begründung ohne Meta-
physik 35
 - und Demokratieprinzip
84
 - philosophie 38, 83
- Münchhausen
 - Problem 4, 20
 - Trilemma 31
- Nachhaltigkeit 91, 95
- Narrativ 107
- Nationalsozialismus 76, 128
- Natur der Sache 86
- Naturrecht 22, 128, 147
- Naturrechtsrenaissancen
147
- Naturrechtslehre 39
- Naturrechtler 22
- Naturwissenschaften 30
- Neopositivismus 28
- Neue Verwaltungswissen-
schaft 16
- Neukantianismus 29
- neuronale Selbstbestimmung
111
- nichtpositivistische Rechts-
begriffe 73
- Normen 127
- Normwissenschaft 4
- NS-„Recht“ 181
- Ockham's razor 170
- Ontologie 26
 - analytische 172
- Optimierungsgebot 30
- Orientierungsphase 2
- Parlament 36
- Paradigmenwechsel 14
- Partizipation 96
- Pianistentheorie 87
- Pluri-/Multidisziplinarität
137
- Politik 39f.
- Politische Philosophie 38
- Positives Recht 33, 36, 43
- Positivismus 27
- Positivismuslegende 181
- positivistische Rechtsbegriffe
73
- Präimplantationsdiagnostik
36, 49, 80
- Privatrechts-
 - theorie 120
 - Wissenschaft 120
- Radbruch'sche Formel 76
- Recht und Moral 147
- Rechtsdogmatik 41, 56
- Rechtsdurchsetzung 56
- Rechtsethik 38

- Rechtsethiker 55
 Rechtsguttheorie 118
 Rechtsdogmatik 139
 Rechtsfortbildung 50, 163,
 175
 Rechtsgüter 30
 Rechtsinnovationsforschung
 111
 Rechtsphilosoph 55
 Rechtsphilosophie 38
 Rechtspolitik 39
 Rechtspositivismus 21, 152,
 181
 Rechtspraxis 56
 Rechtsprechung 42
 Rechtsprechungsdiskurs 42
 Rechtsvergleichung 85
 Rechtswissenschaftler-
 Intellektuelle 11
 Rechtswissenschaftliche
 Theoriebildung 114
 Rechtswissenschaft/s-
 – begriff 7
 – kritische 134
 – positivismus 151, 153
 – positivist 22, 153
 – theorie 3, 103, 110, 114,
 149, 162
 reine Rechtslehre 22
 Religion 30
 religiöse Neutralität des
 Staates 174
 Reputation 109
 Reputationsideologie 14
 Reputationsrituale 121
 Reputationsstrategien 14
 Reputationsstrukturen 109
 richterliche Rechtsfort-
 bildung 87
 Richterstaat 87
 Rollenehrlichkeit 180
 Rollenkonsequenz 180
 Rollenstransparenz 12 f.,
 54 f., 179
 Schleier des Nichtwissens
 168
 Schlüsselbegriffe 91
 Schuldprinzip 119
 Sein-Sollen
 – Dichotomie 43
 – Fehlschluss 43
 Selbstermächtigungs- 128,
 139, 177
 – begriff 66
 – funktion 4
 – potenzial 126
 – wissenschaft 4, 20, 131
 Selbstfindungsprozess 1
 Selbstbestimmung 111
 – reproduktive 113
 Selbstreflexion 2
 Selbsttötung 67
 Skandinavischer Rechts-
 realismus 21
 Soziale Gerechtigkeit 37,
 68, 176
 Sozialphilosophie 38, 68
 Sozialstaatsprinzip 68
 Sparsamkeitspostulat 170
 spekulative Welt 30
 Spekulationsüberwindung 36
 Spezialisierungsdynamik 123
 Sprachphilosophie 43

- Sprechakt
 – Stresstest 114, 165
 – theorie 97
 Staatsrechtslehre/r 2, 51, 56, 109, 116, 129
 Staatsrechtslehrertagung 14
 Staatsziele- 44
 – bestimmung 113 f.
 Stammzellgesetz 80
 Strafrechtswissenschaft 118
 Straftheorie/n 118, 167, 170
 Streikrecht 52, 63, 70
 Subsidiaritätsprinzip 64
 Substanzontologie 34, 109, 126
 – metaphysische 146
 substanzontologisches Denken 53
 Subsumtion/s- 130
 – automat 130
 suggestive Begriffsbestandteile 107
 Synthetische Urteile a priori 29
 Systemgerechtigkeit 174

 Transparenz 61
 Transzendental 169
 – pragmatik 34, 62
 transzendente
 – Methode 169
 – Reduktion 168
 Trennungsmodelle 77

 Umbau des Rechts 6
 Unwissenschaftlichkeit 148
 Uppsala-Schule 29
 Urteilsanmerkung 162
 Urzustand 168

 Verbindungsmodelle 77
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 119
 Verfassung 36
 Verfassungsgeber 45
 Verfassungsgebung 40
 Verfassungsidentität 93
 Verfassungsppluralismus im Mehrebenensystem 65
 Verfassungswandel 51, 118, 174
 Verteilungsgerechtigkeit 46
 Verwaltungsrecht 17
 Vorprägungen 130
 Vorverständnis 130, 166

 Werte 30
 Wertordnungsnormen 9, 93, 173
 Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung 174
 Wiener Kreis 27, 134
 Wille des Gesetzes
 – objektiver 90
 Wille des Gesetzgebers 50, 88
 wissenschaftliche Innovationen 110
 wissenschaftspolitische Rahmenbedingungen 121
 Wissenschaftsfreiheit 135
 Wissenschaftspsychologie 13
 Wissenschaftsrat 2, 13
 Wissenschaftssoziologie 13

 Zirkelschluss 32
 – Struktur/en 20, 126
 Zitierpraxis 57
 Zivilgesellschaft 91, 94