

Vom Nutzen der Rechtstheorie in der Europäischen Integration¹

Matthias Jestaedt

I.	Zur Themenstellung: Rechtstheorie – Nutzen – Europäische Integration ..	1
II.	Rechtstheorie als juristische Selbstvergewisserungsdisziplin	2
III.	Im Dienste juridischer Eigengesetzlichkeit	4
A.	Im Dienste der Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaften	5
1.	Außendienst an der Eigengesetzlichkeit	5
2.	Innendienst an der Eigengesetzlichkeit	6
B.	Im Dienste der Eigengesetzlichkeit des Rechts	7
1.	Relations- statt Substanzbegriffe	8
2.	Apologie des Zufälligen	8
3.	Skepsis gegenüber dem System(denken)	10
4.	Wider die Selbstermächtigung der Dogmatik	11
5.	<i>Demythologizing Legal Thought</i>	12
IV.	Von echten und vermeintlichen Einheiten im Recht – oder: Die Umstellung vom Substanz- auf das Relationsdenken	12
A.	Die monistische Wahlhypothese und das Import-Nachrang-Junktim ..	13
B.	Stufenbau und Fehlerkalkül	16
V.	Ein vorläufiges Fazit	17
A.	Ein Konzept von Einheit in Vielheit	18
B.	„Remplaçant“ der Methodenlehre	18

I. Zur Themenstellung: Rechtstheorie – Nutzen – Europäische Integration

Nach der ursprünglichen Planung der heutigen Veranstaltung hätte ich *Stefan Grillers* Lehrer, dem uns allen unvergessenen *Heinz Peter Rill*, bei der Exposition der Grundfragen des Verhältnisses von Europarecht und Rechtstheorie assistieren dürfen. Es spricht für sich und die Veranstalter, dass sie diese nach

1 Um Anmerkungen ergänzter Auftaktvortrag beim mit „Europarecht und Rechtstheorie“ betitelten Geburtstagsymposium zu Ehren von Stefan Griller am 9. und 10.6.2016 in Salzburg.

dem Ableben von *Heinz Peter Rill* unschließbare Lücke nicht zu schließen versucht haben. Das bringt mich freilich in die Bredouille, ohne die souverän-pragmatische, ebenso verschmitzt wie leicht grantelnd vorgetragene Meisterschaft *Rills* thematisch einführende Worte sagen zu müssen.

Ich verstehe meine Aufgabe dahin, dass ich – wie eine Vorgruppe vor dem Haupt-Act, die sowohl dem Spannungsaufbau beim als auch dem „Vorglühen“ des erwartungsfrohen Publikums dienen soll – das Feld für die konkreteren Fragestellungen in den Panels 2 bis 5 bereite, indem ich einige wenige Worte sage:

- erstens dazu, was im gegebenen Kontext unter Rechtstheorie verstanden werden kann,
- zweitens, worin Eigenart und Leistungsvermögen rechtstheoretischen Rasonnements liegen,
- und drittens einen ersten Bezug zur Europäischen Integration und – insbesondere – zum Recht der Europäischen Union herstelle.

Dabei werde ich, da im Weiteren ja einzelne Sachfragen des Unionsrechts näher beleuchtet werden, das Schwergewicht meiner Ausführungen auf die Rechtstheorie und deren Nutzen legen. Da es sich unbeschadet dieser Fokussierung dabei um ein strammes, in dem mir zugeteilten Rahmen an sich nicht zu bewältigendes Programm handelt, will ich keine weitere Zeit mit Prolegomena vertun und zugleich zur Sache kommen.

II. Rechtstheorie als juristische Selbstvergewisserungsdisziplin

Was also wollen wir unter Rechtstheorie verstehen? In einer ersten Annäherung können wir mit *Thomas Vesting* Intention und Legitimation von Rechtstheorie darin sehen, „einen Ort im Kosmos der Rechtswissenschaft zu lokalisieren und zu reservieren, an dem sich Rechtsexpertise primär theoretischen Ansprüchen und Absicherungen verpflichtet weiß“.² Halten wir’s etwas weniger kosmographisch, so lässt sich Rechtstheorie als eine juristische Reflexionsdisziplin kennzeichnen, deren Erkenntnisinteresse auf die Analyse der Beschaffenheit und des Aufbaus, der Funktionsweise und der Gewinnung von positivem Recht als normatives Phänomen gerichtet ist. Sie zielt wie die Rechtssoziologie auf – konzeptionelle – Funktionsbeschreibung aus der Beobachterperspektive und, anders als die Rechtsdogmatik oder die Rechtsmethodik, nicht auf – operative – Handlungsanweisung aus der Teilnehmer- oder Anwenderperspektive. Anders als die Rechtsphilosophie, mit der die Rechtstheorie den „bloßen“ Beobachterstatus sowie den Charakter als Grundlagen- und Grund-

² *Thomas Vesting*, *Rechtstheorie*. Ein Studienbuch² (2015) Rz 10.

fragendisziplin teilt,³ dient die rechtstheoretische Funktionsbeschreibung und -analyse von Recht – genauer: eines bestimmten Rechtes – nicht der Legitimierung oder auch Delegitimierung des betreffenden Rechts. Der so verstandenen (*sic*) Rechtstheorie sind keine Aussagen darüber zu entnehmen, ob das geltende Recht – moralisch oder politisch – gerecht oder auch „richtig“, befolgungs- oder ablehnungswürdig ist, denn sie operiert rechtsimmanent, nicht mit Hilfe rechtstranszendenter, also dem positiven Recht äußerer Maßstäbe.^{4,5} Pointiert: Sie befragt das Recht auf dessen Eigenart und Funktionsweise, stellt es aber inhaltlich nicht in Frage. Diese rein deskriptiv-analytische Ausrichtung teilt sie mit ihrer ungleichen Schwester, der Rechtssoziologie,⁶ die indes, im Gegensatz zur Rechtstheorie, nicht mit normwissenschaftlicher Methode arbeitet, sondern – als empirische Subdisziplin der Jurisprudenz – auf einen kausalwissenschaftlichen Zugang setzt.⁷

Just der normwissenschaftlich-analytische Ansatz ist es aber, der das *proprium*, das Formalobjekt der Rechtstheorie ausmacht. Denn ihr geht es – um einen von *Hans Kelsen* geprägten Begriff aufzugreifen – um die „*Eigengesetzlichkeit*“ des Rechts.⁸ Anders ausgedrückt: das Um-willen der Rechtstheorie ist das Rechtliche am Recht, die spezifisch juristische Eigenfunktionalität und

3 Dazu stellvertretend *Martin Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie? (1988) 44.

4 Prononciert anders *insoweit* das Konzept von Rechtstheorie bei *Bernd Rütters/Christian Fischer/Axel Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre⁸ (2015) Rz 26 (und *passim*): „Die Rechtstheorie umfaßt [...] auch eine Rechtsinhaltslehre. Sie bleibt nicht bei der Feststellung des geltenden Rechts stehen, sondern fragt nach den Möglichkeiten der Ermittlung des ‚richtigen‘, des ‚gerechten‘ Rechts.“

5 *Insoweit* unterscheidet sich die hier vertretene Anlage von Rechtstheorie von der Verfassungstheorie; zu den Facetten letzterer: *Matthias Jestaedt*, Verfassungstheorie als Disziplin, in *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg), Verfassungstheorie. Ein Handbuch (2010) § 1 Rz 28 ff.

6 Rechtstheorie und Rechtssoziologie sind wissenschaftsgeschichtlich betrachtet – freilich recht ungleiche – Schwestern, da und soweit sie ihre Entstehung und Rechtfertigung demselben Entwicklungs- und Ausdifferenzierungsprozess der Rechtswissenschaft verdanken. Es ist daher alles andere als Zufall, dass eine nicht geringe Zahl der schärfsten Kritiker der in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland vorherrschenden Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz – wie etwa *Eugen Ehrlich*, *Philipp Heck* und *Hans Kelsen* – sowohl als Rechtstheoretiker als auch als Rechtssoziologen geforscht und publiziert haben.

7 Zu dieser Dichotomie knapp: *Matthias Jestaedt*, Rechtswissenschaft als Normwissenschaft, in *Hilgendorf/Joerden* (Hrsg), Handbuch Rechtsphilosophie (2016) 254 (255).

8 *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit² (1960) 108, 111 (= Studienausgabe [2017], hrsg von *Jestaedt*, 200, 204); s ergänzend nachstehend FN 13.

Eigenrationalität.⁹ Darin teilt die Rechtstheorie, mit *Niklas Luhmann* gesprochen, die „normative Grundeinstellung des Rechts“,¹⁰ ohne indes selbst Rechtscharakter zu besitzen oder überhaupt als Norm(enverbund) aufzutreten. Nimmt man all dies zusammen, so bietet sich folgende Kurzformel an: Rechtstheorie ist wissenschaftliche Struktur- und Funktionsanalyse des positiven Rechts vom „*internal point of view*“¹¹ aus.

III. Im Dienste juridischer Eigengesetzlichkeit

In Bezug auf den Nutzen der Rechtstheorie hat *Bernd Rütters* den griffigen Dreiklang von „Selbsterkenntnis, Selbstvergewisserung und [...] Selbstkritik des Tuns der Juristen“ geprägt.¹² Damit ist bereits sehr Wichtiges, wenn auch wenig Anschauliches gesagt. Im Folgenden will ich mich um die Plausibilisierung der *Rüttersschen* Troika durch Konkretisierung bemühen. Dabei geht es, das sei hier noch einmal eigens betont, um den praktischen Nutzen der Rechtstheorie, sprich: den Nutzen für die *Rechtsspraxis* einer- und die *rechtspraktisch* orientierte Rechtswissenschaft – wir würden hier zuvörderst an die (Sub-)Disziplinen der Dogmatik und der Methodik denken – andererseits. So bestimmt *Kelsen* ja von Beginn an sein Doppel-Projekt einer „reine[n], das heißt: von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigte[n], ihrer Eigenart weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewußte[n] Rechtstheorie“. ¹³ Die Eigengesetzlichkeit des Erkenntnisgegenstandes, nämlich des positiven Rechts, bestimmt also die Eigenart der Rechtswissenschaft. In diesem Sinne steht das Projekt der Rechtstheorie im (Doppel-)Dienste der Eigengesetzlichkeit sowohl des Rechts als auch der Rechtswissenschaft selbst.¹⁴

9 Im Folgenden wird der Begriff der Eigengesetzlichkeit mit jenen der Autonomie sowie der Eigenrationalität synonym verwendet.

10 Zitat: *Niklas Luhmann*, *Rechtssoziolegie*³ (1987) 361; einen Schritt weitergehend *ders*, *Selbstreflexion des Rechtssystems. Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive* (1979), in *ders*, *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999) 419 (446): Die Rechtstheorie ist „eine Theorie des Systems im System, mit der das System auf Variationen seiner Ausdifferenzierung reagiert.“

11 Richtungweisend zur Gegenüberstellung von „internal“ und „external point of view“ *Herbert Lionel Adolphus Hart*, *The Concept of Law*³ (2012) 88 ff.

12 Zitat: *Rütters/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*⁸ Rz 27.

13 *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1. Auflage 1934) III (= Studienausgabe [2008], hrsg von Jestaedt, 3).

14 Die folgenden Ausführungen lehnen sich mehr oder weniger nah an die Darstellung in *Matthias Jestaedt*, *Das mag in der Theorie richtig sein ... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtsspraxis* (2006) 69 ff, an.

In einem ersten, noch reichlich abstrakten Zugriff möchte ich Sie einladen, mit mir dem Dienst der Rechtstheorie an der Eigengesetzlichkeit von Recht(spraxis) und Rechtswissenschaft nachzuspüren (III.), um sodann in einem konkreteren Zugriff Sicht- und Wirkweise der Rechtstheorie an einzelnen zentralen juristischen Phänomenen, Konzepten und Strukturen zu inspizieren, die auch und gerade im Recht der Europäischen Integration eine hervorragende Rolle spielen (IV. und V.).

A. Im Dienste der Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaften

Ich beginne mit dem Dienst der Rechtstheorie an der Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft, der sich einerseits *interdisziplinär* – sozusagen als *Außendienst* – und andererseits *intradisziplinär* – also als *Innendienst* – begreifen lässt.

1. Außendienst an der Eigengesetzlichkeit

In ihrer Außendienstrolle, also im Dialog – oder, nüchterner: im Kontakt – der Jurisprudenz mit den Nachbarwissenschaften, fungiert die Rechtstheorie als normwissenschaftlicher Türhüter oder auch als „Grenzpostendisziplin“,¹⁵ die nachbarwissenschaftliche Informationen und Perspektiven, Konzepte und Theoreme auf ihre Bedeutung und ihre Anschlussfähigkeit für die normwissenschaftlich arbeitende, typischerweise praxisorientierte Jurisprudenz hin prüft.

Das Schnittstellenmanagement, welches aus Sicht der Jurisprudenz in besonderer Weise der Rechtstheorie als der Disziplin juridischer Eigenrationalität(en) obliegt, führt zwar sehr wohl – und sogar mit *dolus directus* 1. Grades – zur Filterung und damit auch notwendigerweise zur Selektion, aber keineswegs unterschiedslos und flächendeckend zur Abwehr systemexogener Erkenntnisse. Ganz im Gegenteil hat die Rechtstheorie Schleusen- und damit nachgerade Proliferationsfunktion für nachbarwissenschaftliche Erkenntnisse; über sie finden die Philosophische Hermeneutik und der *linguistic turn*, die Systemtheorie und die Ökonomische Analyse, wenn auch in juridischer Ein- und Zupassung, Eingang in die juristische, dh auf das Recht in seiner Normativität bezogene Gedankenwelt. Die Rezeption systemexogener Informationen erfolgt – dies freilich keine Besonderheit des Rechts und seiner Theorie – in strukturell monologischer Weise: Sie vollzieht sich nämlich ausschließlich nach den Regeln (des

15 So Ralf Dreier, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie? (1975) 21, unter Bezugnahme auf Ivar Agges, auf die Allgemeine Rechtslehre gemünzte Wendung vom „Beobachtungsposten auf der Grenze der Rechtswissenschaft“ (in FS Herlitz [1955] 9 – hier zitiert nach Stig Strömholm, Hauptströmungen der schwedischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in der Nachkriegszeit, Rechtstheorie 3 [1972] 35 [45 mit FN 13, s auch S 61: „Wachdienst an den Grenzen [...] zwischen der Jurisprudenz und den benachbarten Wissenschaften“]).

Rechts bzw) der Rechtswissenschaft, *lubmannianisch* formuliert: nach deren systemeigenen Operatoren. Mit der Rezeption wandelt sich der Charakter einer aus der Sicht der Jurisprudenz zunächst fremdwissenschaftlichen Information zu einer rechtswissenschaftlichen. So trägt Rechtstheorie im vorstehenden Sinne bei zum Anschluss der Rechtswissenschaft an Erkenntnisstand und Reflexionsniveau der übrigen (Geistes- und Sozial-)Wissenschaften und setzt sich doch nicht dem Vorwurf des Methodensynkretismus aus.¹⁶ Diese besondere Form der, wenn ich es einmal so paradoxal formulieren darf, unilateralen Interdisziplinarität lässt trans-, bi- oder multidisziplinäre Verklammerungstheoreme wie „Schlüsselbegriffe“, „Brückenmodelle“ und „Verbund“-Konzeptionen, zu denen die derzeitigen Modekategorien des „Netzwerks“, des „heterarchischen Mehrebenensystems“ oder der „Governance“ zählen und deren Mehrwert just darin liegen soll, dass sie gleichzeitig und gleichsinnig mehreren disziplinären Validationssystemen angehören, in zweifelhaftem Licht erscheinen.¹⁷

2. Innendienst an der Eigengesetzlichkeit

Nach innen gewendet, also insonderheit gegenüber den rechtswissenschaftlichen Subdisziplinen aus Teilnehmersicht – sprich: der Rechtsmethodik und der Rechtsdogmatik –, prästiert die Rechtstheorie dadurch Ortungs- und Orientierungswissen, dass sie Natur und Struktur rechtlicher Eigengesetzlichkeiten im Großen wie im Kleinen offenlegt und damit dem rechtsanwendungsbezogen Arbeitenden eine Art mitlaufender (Selbst-)Kontrolle – wir erinnern uns an den *Rütherschen* Dreiklang von „Selbsterkenntnis, Selbstvergewisserung und Selbstkritik“ – ermöglicht.

Um auch hier einen Vergleich zu bemühen: In Anbetracht von Rechtsmethodik und Rechtsdogmatik nimmt die Rechtstheorie in etwa jene Funktionen wahr, die im Bereich der Medizin der Anatomie im Verhältnis zur Chirurgie zukommen. Zunächst einmal gilt: So wenig man allein mit Kenntnissen der Anatomie eine Krankheit kurieren kann, so wenig kann man allein mit rechtstheoretischen Operationen einen Rechtsfall lösen. Freilich gilt auch die umgekehrte Relation: So sehr der Chirurg ohne einschlägige Kenntnisse der Anatomie Vabanque mit der Gesundheit des Patienten spielt, so sehr vertraut der durch Rechtstheorie „unbelastete“ Rechtsdogmatiker (und Rechtsmethodiker) darauf, dass sein rechtstheoretischer Blindflug keine nachteiligen Folgen zeitige.

16 Zum Methodensynkretismus als wissenschaftlicher „Todsünde“: *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² 1 (= Studienausgabe, S 22).

17 Das habe ich am Beispiel des „Europäischen Verfassungsverbundes“ zu demonstrieren versucht: *Matthias Jestaedt*, *Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärfelation*, in *Krause/Veelken/Vieweg* (Hrsg), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer* (2004) 637 ff.