

Erwägungen zur Rechtswissenschaft in Anlehnung an die Theologische Enzyklopädie Friedrich Schleiermachers

Hendrik Munsonius

Gegenstand der Rechtswissenschaft ist das Recht als eine Kulturform zum Umgang mit der Dichotomie von Sein und Sollen. Es zeichnet sich dadurch aus, dass durch eine Norm empirische Befunde mit Aussagen über ein Sollen verknüpft werden. Als positives Recht prozessiert es sich selbst und verarbeitet teleologische und empirische Aspekte nach eigenen Maßgaben. Die Rechtswissenschaft dient der methodisch kontrollierten Reflexion des Rechts. Sie erscheint als ein Ensemble von dogmatischen und Grundlagenfächern, deren Verhältnis zueinander problematisch ist. Darin ist die Rechtswissenschaft der Theologie vergleichbar. Angeregt durch den Entwurf einer Theologischen Enzyklopädie von Friedrich Schleiermacher (1768–1834) wird vorgeschlagen, Rechtswissenschaft als einen Zusammenhang von Beobachtungen verschiedener Ordnung zu betrachten, wobei die normativen Momente zunehmend einer historischen und theoretischen Betrachtung unterzogen werden.

I.

Recht

1. Funktion

Recht ermöglicht in komplexen Konstellationen von Kooperation und Konflikt, wie sie sich im Zusammenleben der Menschen in der Praxissituation endlicher Freiheit ständig einstellen, Entscheidungen darüber zu treffen, was sein soll. Die Funktion des Rechts besteht darin, das Sein (Empirie) in Relation zum Sollen (Telos) zu setzen, um es danach zu beurteilen und menschliche Praxis demgemäß zu sanktionieren.¹ Die Verknüpfung geschieht durch die aus Tatbestand und Rechtsfolge gebildete Norm, wobei der Tatbestand das Sein, die Rechtsfolge das Sollen repräsentiert.

Recht wird durch Subsumtion einer Sachverhaltsbeschreibung unter den Tatbestand der Norm prozessiert. Die Sachverhaltsbeschreibung ist – wenn sie nicht im Rahmen des Studiums in der Art eines Spiels durch literarische Praxis konstruiert wird – aus der Empirie zu entwickeln, wobei es eine eigene – prozessrechtliche – Frage ist, wie dies zu geschehen hat. Der Vorgang

¹ Zur Unterscheidung von Funktion, Telos und Empirie vgl. *Robert Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2001, S. 308ff.; *Arthur Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, 2. Auflage, 1997, S. 84f.

der Subsumtion erweist sich als begriffliche Verdichtung des Sachverhalts auf die Norm hin und als gegenläufige Konkretisierung der Norm auf den Sachverhalt hin. Dieser Vorgang wird so lange betrieben, bis Sachverhalt und Tatbestand „einrasten“, die Norm damit als erfüllt angesehen werden und ihre Rechtsfolge ausgeworfen werden kann.

Das Paradigma des modernen Rechts ist der *Rechtspositivismus*.² Danach gilt eine Norm, weil sie von der zuständigen Instanz in der vorgeschriebenen Weise erlassen und seither nicht mehr geändert worden ist, obwohl die Möglichkeit dazu bestanden hat. Damit sind ältere Vorstellungen abgelöst, nach denen das Recht als solches durch die Vernunft erkannt werden kann (Naturrecht) oder im Bewusstsein des Volkes aufzufinden ist (historische Rechtsschule). Im Naturrecht wirkt das Telos des Recht, im historischen Rechtsdenken seine Empirie normerzeugend. Im Rechtspositivismus werden Normen nicht durch einen Akt der Erkenntnis, sondern durch Entscheidung hervorgebracht. Diese Entscheidung ergeht ihrerseits aufgrund von Rechtsnormen. Recht entwickelt sich im Vollzug seiner selbst und kann darum als autopoietisches System beschrieben werden.³

Telos und Empirie werden im positiven Recht allein nach Maßgabe der Rechtsnorm relevant. Damit Rechtsentscheide getroffen werden können, muss die übermäßige Komplexität der empirischen Situation und der Kriterien, die für eine Entscheidung mit dem Anspruch auf Gerechtigkeit in Betracht kommen, radikal reduziert werden. Dies tut das Recht, indem es durch sein Normprogramm festlegt, welche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Dabei besteht stets die zweiseitige Gefahr der Über- oder Unterdeterminierung des Normprogramms. Denn im Rechtspositivismus ist das Recht sein eigener Maßstab. Welche Sachverhalte mit welchem Zweck geregelt werden und geregelt werden können, entscheidet allein das Recht.

Das Normprogramm definiert die Grenze des Systems Recht gegenüber Telos und Empirie. Dabei besteht zum einen die Gefahr, dass diese Grenze nicht durchlässig genug ist, dass Aspekte der Empirie und des Telos nicht ausreichend berücksichtigt werden. Normen werden dann dysfunktional oder ungerecht. Man könnte von *Rechtsautismus* sprechen. Zum anderen kann die Systemunterscheidung zu schwach ausgeprägt sein. Dies ist wiederum in zwei Weisen möglich. Einerseits kann die Systemgrenze gegenüber der Empirie verblassen, wenn das Recht dem Sein kein davon unterschiedenes Sollen mehr entgegenstellt. Dies könnte man als *Rechtsschwäche* bezeichnen. Andererseits kann es dazu kommen, dass das Recht versucht, seine Umgebung

² Niklas Luhmann, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 113–153.

³ Ausführlich Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993.

in einer Eins-zu-eins-Abbildung zu erfassen und immer mehr Sachverhalte in immer detaillierterer Weise zu regeln, um so einem Telos zu möglichst umfassender Verwirklichung zu verhelfen. Dann wäre wohl von *Rechtstotalitarismus* zu sprechen.

Die durch die Norm überbrückte Dichotomie von Sein und Sollen tritt innerhalb des Rechts als Dichotomie von *Legalität* und *Legitimität* erneut in Erscheinung und führt damit über einen reinen Positivismus hinaus. Das Sein des positiven Rechts (Legalität) wird aus der Perspektive des Sollens als eines anzustrebenden Guten und Gerechten auf seine Legitimität hin befragt. Dies kann in zwei Hinsichten geschehen: Ist es angezeigt, überhaupt eine rechtliche Regelung zu treffen? Und ist diese Regelung als solche angemessen? Da sich materielle Kriterien für diese Beurteilung allenfalls sehr begrenzt objektiv feststellen lassen, ist Legitimität stets umstritten und bedarf einer prozeduralen Bearbeitung.

Legalität und Legitimität werden ebenso wie Telos und Empirie durch *Verfahren* miteinander vermittelt.⁴ Im Verfahren wird ein bestimmter Verfahrensgegenstand einer Entscheidung zugeführt, wobei am Anfang des Verfahrens offen ist, wie diese am Ende ausfallen wird. Verfahren, die in einen Rechtsentscheid münden, sind ihrerseits rechtlich geordnet. Während des Verfahrens ist es möglich, Aspekte von Telos und Empirie in den Diskurs einzutragen. Im Verfahren öffnet sich das Recht für die mit ihm zusammenhängenden, als solche jedoch außerhalb seiner selbst stehenden Aspekte. Es ist zwischen Verfahren der allgemeinen Rechtsgestaltung und der konkreten Rechtsanwendung zu unterscheiden. Durch beide erhält das Recht in unterschiedlichem Maßstab seine konkrete Gestalt und erfährt so eine kontinuierliche Entwicklung zwischen Telos und Empirie.

2. *Telos*

Mit Telos werden hier die Werte bezeichnet, die durch das Recht verwirklicht werden sollen und so seine Legitimität begründen. Das Telos wirkt vor allem im Verfahren der Rechtsetzung auf die Funktion des Rechts ein, indem das Normprogramm nach seiner Maßgabe gestaltet wird. Es ist darüber hinaus ein Topos der Norminterpretation und beeinflusst dadurch die Rechtsanwendung. Indem sich das Telos im Normprogramm niederschlägt und die Rechtsanwendung beeinflusst, wirkt es sich auf die Empirie aus. Dies geschieht jedoch nur mittelbar durch das Handeln der Instanzen, die an der Rechtsetzung und -umsetzung beteiligt sind, d.h. vermittelt durch die Funktion des Rechts.

⁴ Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1978.

Hinsichtlich der Ziele, die im Recht verfolgt werden, kann zwischen partikularem und kollektivem Telos unterschieden werden. Ein partikulares Telos wird nur von einzelnen oder einigen angestrebt und kann auch als Interesse bezeichnet werden. Für die Rechtsgemeinschaft hat das kollektive Telos übergeordnete Bedeutung, das als Gemeinwohl bezeichnet werden kann.

Beim (kollektiven) Telos geht es um materielle Maßstäbe des Guten und Gerechten. Was als gut und gerecht zu gelten hat, steht nicht *a limine* fest, sondern ist Gegenstand der rechtsphilosophischen und rechtspolitischen Auseinandersetzung. Dabei stehen vor allem zwei Gesichtspunkte im Fokus: Gleichbehandlung und Einzelfallgerechtigkeit. Zwischen diesen besteht eine unauflösliche Antinomie. Während die Einzelfallgerechtigkeit gebietet, die Umstände des Einzelfalls möglichst umfassend zu berücksichtigen, gebietet die Gleichbehandlung, von diesen Umständen in gewisser Weise zu abstrahieren und diejenigen Aspekte zu bestimmen, die für die Kategorisierung als gleich oder ungleich zu beachten sind. Denn es gibt Gleichheit nicht schlechthin, sondern nur in bestimmter Hinsicht.⁵

Wegen der Komplexitätsreduktion, die das Recht bewirkt, um seine Funktion zu erfüllen, kommt es zu einer bleibenden Diskrepanz zwischen Telos und Legitimität einerseits und Funktion und Legalität andererseits, die wegen der Notwendigkeit, zu Entscheidungen zu kommen nicht vollständig durch Verfahren vermittelt werden kann. Diese Diskrepanz kann innerhalb des positiven Rechts markiert werden, indem dieses auf das Andere des Rechts und insbesondere auf transpositive Normativität verweist. Im Grundgesetz finden sich solche Verweise in der *invocatio dei* der Präambel, in der Voranstellung der Unantastbarkeit der Menschenwürde und der Menschenrechte in Art. 1 GG und in der Bindung von Exekutive und Judikative an „Gesetz und Recht“ in Art. 20 Abs. 3 GG. Durch diese Verweise wird eine Komplexität in das Recht inkorporiert, die seine Funktion letztlich überfordert. Sie wirken als Katalysatoren und stiften Unruhe innerhalb des Systems, durch die den Gefahren des Rechtsautismus und Rechtstotalitarismus begegnet werden kann.⁶

3. *Empirie*

Mit Empirie ist die faktisch gegebene Wirklichkeit bezeichnet, die das Recht vorfindet. Durch seinen Empiriebezug verliert das Recht seinen spielerischen Charakter. Auf die gegebene Wirklichkeit soll das Recht dem Telos gemäß einwirken. Dazu werden normative Erwartungen an

⁵ H. L. A. Hart, *Der Begriff des Rechts*, 2011, S. 188.

⁶ Hendrik Munsonius, *Im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott ...“ – Religiöses im Grundgesetz*, GöPRR 23 (2021), PURL: <http://webdoc.sub.gwdg.de/pub/mon/goepr/23-2021-munsonius.pdf>.

das Verhalten von Menschen artikuliert. Die Norm kann den Akteuren aber stets nur als „Duplikat“ angeboten werden: Sie können sich normgemäß oder normwidrig verhalten.⁷ Die Dichotomie von Sein und Sollen bleibt bestehen. Der Geltungsanspruch des Rechts (Sollen) wird allein dadurch wirksam (Sein), dass sich Menschen normgemäß verhalten. Und wenn dies nicht diejenigen tun, die in erster Linie durch die Norm adressiert werden, bedarf es anderer, die aufgrund weiterer Normen für die Sanktionierung verantwortlich sind. Die Verbindung von Sein und Sollen in Gestalt der Durchsetzung des Rechts geschieht durch besondere rechtlich geordnete Instanzen und Verfahren, durch die ein subsumtionsfähige Sachverhaltsbeschreibung generiert und die Rechtsfolge festgestellt, also eine auf den konkreten Fall bezogene Sollensaussage artikuliert wird, und durch weitere Instanzen und Verfahren, durch die diese Sollensaussage durch Macht und Zwang durchgesetzt wird. Durch diesen Aufbau eigener Komplexität sucht das Recht die Dichotomie von Sein und Sollen zu überbrücken ohne sie beseitigen zu können.

II.

Rechtswissenschaft

1. Der prekäre Status der Rechtswissenschaft

Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, das Recht einer methodisch kontrollierten Reflexion zu unterziehen. Wie sie dies tut, ist jedoch fortwährend Gegenstand der Klage und Kritik, die so weit geht, ihren Wissenschaftscharakter infrage zu stellen.⁸ Der Wissenschaftsrat hat sich 2012 zu „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“ geäußert und dabei folgende Bestimmung formuliert:

„Die Rechtswissenschaft betreibt die systematische, kritisch reflektierte und methodische Auseinandersetzung mit Recht. Sie hat dabei eine unmittelbar praktische Perspektive, insofern sie die Entscheidungsfindung im Rechtssystem mit vorbereitet, begleitet und gestaltet. Die Rechtswissenschaft entwickelt die Lehre vom Inhalt des geltenden Rechts (Dogmatik[en]), ebenso wie sie seine vielfältigen (historischen, politischen, philosophischen, sozialen und individuellen etc.) Grundlagen untersucht.“⁹

Es fällt allerdings auf, dass stärker noch als bei den dogmatischen Fächern die Grundlagenfächer meist nur als mehr oder weniger ausführliche Aufzählung in Erscheinung treten, ohne dass

⁷ Niklas Luhmann, *Interpenetration – Zum Verhältnis personaler und sozialer Systeme*, in: ders., *Soziologische Aufklärung 3. Soziales System, Gesellschaft, Organisation* (1981), 5. Auflage, 2009, S. 172–192 (184).

⁸ Exemplarisch zum Problem mit einem Plädoyer für die Wissenschaftlichkeit *Friedhelm Hufen*, *Der wissenschaftliche Anspruch des Jurastudiums*, *JuS* 57 (2017), S. 1–6.

⁹ *Wissenschaftsrat*, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen*, DrS 2558-12, S. 25 ([.] im Original).

ein systematischer Zusammenhang zwischen ihnen und mit den dogmatischen Fächern erkennbar wird. In der universitären Ausbildung kommen die Grundlagenfächer, obwohl ihre Bedeutung für die *Rechtswissenschaft* hoch zu veranschlagen ist, regelmäßig zu kurz und wirken kaum auf die dogmatischen Fächer ein. Dies liegt nicht zuletzt an den Prüfungsordnungen, die sich vor allem an den Anforderungen der juristischen Praxis orientieren.¹⁰ Dementsprechend fordert der Wissenschaftsrat vor allem

„eine verstärkte Befassung mit den gemeinsamen Fundamenten der Rechtswissenschaft [...], um eine Akzentverschiebung von spezialistischem Anwendungswissen auf ein übergreifendes Wissen über die fachlichen und außerfachlichen Kontexte zu erreichen.“¹¹

Die krisenhafte Wahrnehmung der Rechtswissenschaft ist nicht neu, sie scheint sich zeitlos durchzuhalten und dürfte auch in ihrem Gegenstand selbst begründet sein. Zwei Klassiker der Selbstbezweiflung der Rechtswissenschaft sind der Vortrag „Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“ von *Julius von Kirchmann* (1847, veröffentlicht 1848) und die Wiener Antrittsvorlesung „Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?“ von *Rudolf von Jhering* (1868).¹² Den Leser mag erstaunen, wie ähnlich die Einschätzung von damals der heutigen ist. Dabei ist *von Kirchmanns* Beitrag pointiert und polemisch und insofern durchaus lesenswert, führt aber am Ende kaum weiter, zumal er der umfassenden Kritik an der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz und ihrem Nutzen für die Praxis außer dem etwas unklaren Hinweis auf das im Volke lebende „natürliche Recht“ kein positives Konzept gegenüberzustellen vermag.¹³ Die Darstellung bei *von Jhering* ist differenzierter und bietet produktive Anknüpfungsmöglichkeiten.

Nach *von Jhering* stehen die Zweifel an der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz im Zusammenhang mit ihrem Gegenstand: dem positiven Recht, also seiner Kontingenz und Wandelbarkeit. Als problematisch sieht er jedoch weniger die äußere Abhängigkeit von einem sich wandelnden Gegenstand als vielmehr eine innere, geistige Abhängigkeit als

„die Gefahr, sich und sein Denken und Fühlen an das dürre, todte Gesetz dahin zu geben, ein willenloses und gefühlloses Stück der Rechtsmaschinerie zu werden, kurz die Flucht aus dem eigenen Denken. [...] keine Fachwissenschaft fordert so sehr das eigene Denken und die Kritik heraus als die Jurisprudenz, und doch gibt es keine, deren Jünger so leicht in Gefahr kommen, sich desselben zu erschlagen“ (50f.).

Diese Form des Positivismus wird als „Grundübel der Jurisprudenz“ bezeichnet (54). Gleichwohl will *von Jhering* das „Moment der Wissenschaftlichkeit“ „auf dem Boden des positiven

¹⁰ *Wissenschaftsrat* (Anm. 9), S. 30ff., 53ff.

¹¹ *Wissenschaftsrat* (Anm. 9), S. 7.

¹² *Julius von Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848; *Rudolf von Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? (1868), hg. von Okko Behrends, 2. Auflage, 2009.

¹³ *Karl Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1966, S. 9f.

Rechts selber, in der Dogmatik“ finden (55). Als Quelle des Rechts identifiziert er das menschliche Gewissen und das praktische Bedürfnis (67) und folgert daraus einen primär historischen Zugang (69), jedoch nicht im Sinne bloßer Ansammlung geschichtlicher Kenntnisse: „Die wahre Aufgabe der Geschichtsschreibung ist, im Wechsel die Wahrheit zu finden“ (71). Die Rechtswissenschaft stellt sich dar als „Vereinigung der historischen, praktisch-juristischen und rechtsphilosophischen Tätigkeit“ (77). Denn die rechte Erkenntnis des geschichtlichen Gegenstands Recht ist ohne Rücksicht auf die „praktisch juristischen Motive“ und die „treibenden Kräfte des Rechts“, die auf der ethischen Seite zu finden sind, nicht möglich (76f.). Den Ausgangspunkt soll die praktische Jurisprudenz bilden (79). „Denn wahrhaft kennen lernen kann man eine praktische Wissenschaft nur, indem man sie anwendet“ (81). Die Praxis jedoch bedarf der Ergänzung durch Theorie. „Der Gegensatz des Theoretikers und des Praktikers läßt sich dahin angeben: die Tätigkeit des letzteren ist dem einzelnen Fall zugekehrt, die des Theoretikers dem Allgemeinen, dem Begriff“ (85). Bemerkenswert ist, dass von *Jhering* für die Rechtsentwicklung schließlich auf die Persönlichkeit des Richters abstellt, der nicht allein denken, sondern auch „fühlen“, d.h. das Gesetz vor der Anwendung „der Kritik seines Rechtsgefühls unterwerfen“ soll (88).

„Und wenn ich jetzt die Summe ziehe von dem, was ich gesagt habe, so nenne ich die Rechtswissenschaft das wissenschaftliche Bewußtsein in Dingen des Rechts, das Bewußtsein, das nach Seiten der *Rechtsphilosophie* hin die letzten Gründe zu erforschen hat, denen das Recht auf Erden seinen Ursprung und seine Geltung verdankt, nach Seiten der *Rechtsgeschichte* ihm folgt auf allen seinen Wegen, die es genommen hat, um von Stufe zu Stufe zur höheren Vollkommenheit sich zu erheben, nach Seiten der *Dogmatik* die zum praktischen Gebrauch geordnete wissenschaftliche Darstellung aller Erfahrungen und Thatsachen, welchen den augenblicklichen Höhen- [!] und Endpunkt unserer Erkenntniß und Erfassung des Rechts in sich schließen.“¹⁴

Nach von *Jhering* wird die Rechtswissenschaft durch den Dreiklang von Dogmatik, Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie gebildet. Es liegt nun nahe, jeweils eine Entsprechung von Dogmatik und Funktion, von Geschichte und Empirie sowie von Philosophie und Telos anzunehmen und die Disziplinen entsprechend zuzuordnen. Damit ist aber das Potential einer Rechtswissenschaftstheorie noch nicht ausgeschöpft.

2. Vergleich mit der Theologie

Um den Blick zu weiten und zu schärfen, will ich einen Vergleich mit der Theologie und ihrem Problem der Enzyklopädie anstellen. Die Juristische und die Theologische gehören neben der Medizinischen zu den drei klassischen oberen Fakultäten, die sich durch eine enge Beziehung

¹⁴ von *Jhering* (Anm. 12), S. 92 (Hervorhebungen HM).

von Theorie und Praxis auszeichnen und heute auch als Professionsfakultäten bezeichnet werden.

Eine entsprechende Beschreibung, die man nicht in allen Details teilen muss, finden wir auch bei *Schleiermacher*: „Die positiven Facultäten sind einzeln entstanden durch das Bedürfniß, eine unentbehrliche Praxis durch Theorie durch Tradition von Kenntnissen sicher zu fundiren. Die *juridische* gründet sich unmittelbar in dem staatbildenden Instinkt, in dem Bedürfniß, aus einem anarchischen Zustande – anarchisch, weil die Gesetzgebung nicht gleichmäßig fortgeschritten war mit der Kultur – einen rechtlichen hervorgehen zu lassen, in dem Gefühl, daß dies nur geschehen könne, indem man zu dem Besiz eines Systems vollständiger unter sich übereinstimmender Geseze zu gelangen suchte, und zu höheren Principien, nach welchen in zweideutigen Fällen die Geseze auszulegen wären. Die *theologische* hat sich in der Kirche gebildet, um die Weisheit der Väter zu erhalten, um, was schon früher geschehen war, Wahrheit und Irrthum zu sondern, nicht für die Zukunft verloren gehen zu lassen, um der weiteren Fortbildung der Lehre und der Kirche eine geschichtliche Basis, eine sichere bestimmte Richtung und einen gemeinsamen Geist zu geben; und wie der Staat sich näher mit der Kirche verband, mußte er auch diese Anstalten sanctioniren und unter seine Obhut nehmen. Die *medizinischen* Schulen haben sich seit uralten Zeiten gegründet auf das Bedürfniß theils den Zustand des Leibes zu erkennen und zu modificiren, theils auf eine mehr oder minder dunkle geheimnißvolle Ahndung von den innigen Verhältnissen der gesammten übrigen natur zu dem menschlichen Leibe. [...] Jene drei Facultäten hingegen haben ihre Einheit nicht in der Erkenntniß unmittelbar, sondern in einem äußeren Geschäft, und verbinden, was zu diesem erfordert wird, aus den verschiedenen Disciplinen.“¹⁵

Rechtswissenschaft und Theologie können im Unterschied zur vorrangig naturwissenschaftlich ausgerichteten Medizin als Geisteswissenschaften eingeordnet werden. Der unterschiedliche Zuschnitt der Professionsfakultäten ergibt sich aus dem Praxisproblem, das sie bearbeiten. Dazu bedienen sie sich bei allen anderen Wissenschaften, die etwas zur Bearbeitung des Problems beitragen können.

Der Rechtswissenschaft und der Theologie ist gemeinsam, dass sie sich auf Textbestände beziehen, denen normative Qualität zuerkannt wird.¹⁶ Diese können als Kodex bzw. Kanon unterschieden werden. Die Rechtswissenschaft behandelt positives, d.h. wandelbares Recht, für das das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung gilt. Die Theologie hat es mit einem historisch kontingenten Kanon zu tun, der als feststehend und abgeschlossen anzusehen ist, in sich aber ausgesprochen plural erscheint. Die Normativität der Texte wird darum in der Rechtswissenschaft durch Subsumtion und Dezision, in der Theologie durch Hermeneutik und Diskurs zur Geltung gebracht. In der Theologie wird dieser Unterschied durch die Zwei-Regimenten-Lehre selbst thematisiert.¹⁷

¹⁵ Friedrich Schleiermacher, *Gelegentliche Gedanken über Universitäten in deutschem Sinn* (1808), KGA I 6, 1998, S. 53f. (Hervorhebungen HM).

¹⁶ Michael Moxter, *Schrift als Grund und Grenze von Interpretation*, ZThK 105 (2008), S. 146–169 (156ff.); vgl. *Wissenschaftsrat* (Anm. 9), S. 28f.

¹⁷ Zum unterschiedlichen Zugang in Recht und Theologie siehe Hendrik Munsonius, „... geistlich und rechtlich in unaufgebarer Einheit“. *Das Leitungsdogma als Pathosformel*, ZevKR 64 (2019) S. 47–67.

3. Theologische Enzyklopädie

Der Klassiker aller enzyklopädischen Bemühungen in der Theologie ist die *Kurze Darstellung des theologischen Studiums zum Behuf einleitender Vorlesungen*, die der „Kirchenvater des 19. Jahrhunderts“ *Friedrich Schleiermacher* 1811 in erster und 1830 in zweiter Auflage vorgelegt hat.¹⁸ Wenn in gegenwärtigen Debatten um das Selbstverständnis der Theologie an ältere Entwürfe angeknüpft wird, dann zumeist an diesen.¹⁹ Darin wird die Theologie bestimmt als eine

„positive Wissenschaft, deren Theile zu einem Ganzen nur verbunden sind durch ihre gemeinsame Beziehung auf eine bestimmte Glaubensweise, d. h. eine bestimmte Gestaltung des Gottesbewußtseins; die der christlichen also durch die Beziehung auf das Christentum“ (§ 1).

Als positive Wissenschaft ist die Theologie – ähnlich der Jurisprudenz – auf die Bewältigung einer bestimmten praktischen Aufgabe gerichtet. *Schleiermacher* bestimmt diese als Kirchenleitung in einem weiten Sinne, der jede besonnene Gestaltung kirchlicher Praxis umfasst, und versteht die Theologie demnach als

„Inbegriff derjenigen wissenschaftlichen Kenntnisse und Kunstregeln, ohne deren Besiz und Gebrauch eine zusammenstimmende Leitung der christlichen Kirche, d. h. ein christliches Kirchenregiment nicht möglich ist“ (§ 5).

Es werden drei Disziplinen unterschieden: Die *Praktische Theologie* ist eine technische Disziplin, in der Kunstregeln für die konkrete Gestaltung der Kirche vermittelt werden. Es geht um die „richtige Verfahrungsweise bei der Erledigung aller unter den Begriff der Kirchenleitung zu bringenden Aufgaben“ (§ 260). Dies setzt geschichtliche Kenntnis des Christentums von seinen Anfängen bis zum bestehenden Zustand der Kirche voraus (§ 81f.), welche wiederum Gegenstand der *Historischen Theologie* als empirischer Disziplin ist. Ihr werden die exegetischen Fächer, die Kirchengeschichte sowie kirchliche Statistik und Dogmatik als Lehren vom gegenwärtigen Zustand des Christentums zugewiesen. Die *Philosophische Theologie* vermittelt als kritische Disziplin die Kenntnis vom Wesen des Christentums, nach der ein gegebener Zustand der Kirche zu beurteilen und die Praktische Theologie auszurichten ist. Zu ihr gehört die Religionsphilosophie, die „das Wesen der Frömmigkeit und der frommen Gemeinschaften im Zusammenhang mit den übrigen Tätigkeiten des menschlichen Geistes“ zum Gegenstand hat

¹⁸ *Friedrich Schleiermacher*, *Kurze Darstellung des theologischen Studiums zum Behuf einleitender Vorlesungen* (1811/1830), hg. von Dirk Schmid, 2002 (im Folgenden wird stets die zweite Auflage zitiert).

¹⁹ *Christian Albrecht / Peter, Gemeinhardt*, Einleitung, in: dies. (Hg.), *Themen und Probleme Theologischer Enzyklopädie*, 2021, S. 1 (3); *Michael Moxter*, *Enzyklopädie aus der Perspektive Systematischer Theologie*, ebd., S. 121: „Es darf als Konsens der gegenwärtigen Systematischen Theologie notiert werden, dass der paradigmatische Entwurf einer theologischen Enzyklopädie Friedrich Schleiermacher zu verdanken ist. Auch wer nach anderen Wegen sucht, ist gezwungen, sich mit ihm auseinander zu setzen.“

(§ 21). Innerhalb dieses weiten Feldes der Religion sind das Christentum und genauer der Protestantismus zu unterscheiden und ihrem Wesen nach zu bestimmen.

Schleiermacher trifft nicht allein eine Unterscheidung zwischen den Disziplinen, sondern betont vor allem auch ihren Zusammenhang:

„Unerlaßlich ist daher jedem Theologen zuerst eine richtige Anschauung von dem Zusammenhang der verschiedenen Theile der Theologie unter sich, und dem eigenthümlichen Werth eines jeden für den gemeinsamen Zweck. Demnächst Kenntniß von der innern Organisation jeder Disciplin und denjenigen Hauptstücken derselben, welche das wesentlichste sind für den ganzen Zusammenhang. Ferner Bekanntschaft mit den Hilfsmitteln um sich jede jedesmal erforderliche Kenntniß sofort zu verschaffen. Endlich Uebung und Sicherheit in der Anwendung der nothwendigen Vorsichtsmaaßregeln, um dasjenige aufs beste und richtigste zu benutzen, was Andere geleistet haben“ (§ 18).

Es ist also nicht damit getan, die für die Theologie interessanten Fächer zusammenzustellen und auf die von *Schleiermacher* bezeichneten Disziplinen zu verteilen. Es geht vor allem darum, ihren Zusammenhang wirksam werden zu lassen. Dieser wird nicht jenseits der einzelnen Disziplinen hergestellt, sondern muss innerhalb derselben und im Wechselspiel zwischen ihnen verwirklicht werden.²⁰

Es scheint mir darum sinnvoll, die von *Schleiermacher* bezeichneten Disziplinen als Dimensionen oder Beobachtungsperspektiven zu interpretieren, die letztlich in jedem theologischen Fach zu berücksichtigen sind. Die praktische Perspektive ist dann die Beobachtung erster Ordnung, die sich auf diejenige Praxis bezieht, um die es der Theologie zu tun ist. Die historische Perspektive als Beobachtung zweiter Ordnung tritt dazu in Distanz und weitet den Horizont, indem sie diese Praxis als historisches Phänomen begreift. Die philosophische Perspektive abstrahiert von dem historisch Gegebenen und sucht Begriffe und Kriterien zu entwickeln, nach denen der gegebene Zustand erkannt und beurteilt werden kann. In normativer Hinsicht unterscheidet *Schleiermacher* zwischen religionsphilosophischer Wesensbestimmung und historisch zu erfassender Dogmatik. Diesen Ansatz *Schleiermachers* – der bereits über das Verständnis der Rechtsphilosophie bei *von Jhering* hinausgeht, indem er sich noch mehr von historischen und materialen Gehalten löst – kann man m.E. noch etwas stärker profilieren und damit die Problematik jeder „Wesens“-Bestimmung entschärfen. Die Beobachtung dritter Ordnung reflektiert dann, wie Beobachtungen erster und zweiter Ordnung und ihr Zusammenhang möglich sind. Historische und philosophische Perspektive stehen so in einem analogen Verhältnis zueinander wie die für alle Erkenntnis notwendigen Momente von Anschauung und Begriff²¹ und werden durch die der Theologie eigentümliche Dimension der Praxis erweitert.

²⁰ So auch *Moxter* (Anm. 19), S. 142.

²¹ *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1781, S. 51: „Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind.“

III.

Juristische Enzyklopädie

Angeregt durch *Schleiermachers* Entwurf Theologischer Enzyklopädie soll nun ein Versuch zur Juristischen Enzyklopädie unternommen werden, indem in ähnlicher Weise Beobachtungen verschiedener Ordnung unterschieden werden, wobei unter Beobachtung jeder Vorgang begriffen wird, durch den Unterscheidungen getroffen werden.²² Dadurch kommen Funktion, Telos und Empirie und ihr Verhältnis zueinander in jeweils unterschiedlicher Weise in den Blick. Abgesehen von der Empirie, die als solche keine normative Qualität haben kann, werden alle Aspekte auf den verschiedenen Ebenen teils normativ, teils historisch, d.h. als geschichtlicher Tatbestand, dem in der Beobachtung keine normative Funktion zuerkannt wird, angesehen. Dieser Wechsel in der Betrachtung lässt sich mit der Unterscheidung von historischer und dogmatischer Methode in der Theologie vergleichen.²³ Bei höherer Abstraktion wird die historische durch analytische Betrachtung abgelöst, die von konkreten Phänomenen abstrahiert und sich der begrifflichen und konzeptuellen Erfassung widmet.

Beobachtung	Empirie	Funktion	Telos
3. Ordnung	analytisch	analytisch	historisch/analytisch
2. Ordnung	historisch	historisch	normativ/historisch
1. Ordnung	historisch	normativ	normativ

1. Beobachtung erster Ordnung

Die Beobachtung erster Ordnung ist die Anwendung des Rechts (praktische Rechtswissenschaft, Jurisprudenz). Es geht vor allem um seine Funktion und die in einem gegebenen Zeitpunkt zu treffende Rechtsentscheidung. Im Mittelpunkt stehen Dogmatik und Methodenlehre als Anwendungslehre. Das geltende Recht wird als normative Größe vorausgesetzt und auf die Empirie angewendet. Diese liefert das Material für die Subsumtion. Das Telos des Rechts steht im Hintergrund. Es ist den geltenden Normen als Sollen eingestiftet und kann als Interpretati-

²² Vgl. *Niklas Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1992, S. 75ff.; *Bernd Wannewetsch*, zitiert nach: Jörg Neijenhuis (Hg.), Evangelisches Gottesdienstbuch und Kirchenrecht, 2002, S. 40 Fn. 5: „Ich wollt', ich wär' ein Storch. Dann könnt' ich fliegen. Ich wollt', ich wär' zwei Störch'. Dann könnt' ich hinter mir herfliegen. Ich wollt', ich wär' drei Störch'. Dann könnt' ich sehen, wie ich hinter mir herfliege.“

²³ Vgl. *Ernst Troeltsch*, Ueber historische und dogmatische Methode der Theologie (1900), in: Theologische Arbeiten aus dem rheinisch wissenschaftlichen Prediger-Verein, N.F. 4. H., 1900, S. 87–108; *Moxter* (Anm. 16), S. 163f.

onsgesichtspunkt im Wege der teleologischen Auslegung herangezogen werden. Die Beobachtung erster Ordnung für sich genommen vermag die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz nicht zu begründen.²⁴ Im Rechtssetzungsverfahren öffnet sich die Anwendung des Rechts in begrenzter Weise für Beobachtungen zweiter Ordnung, die jedoch erst durch den Rechtssetzungsakt in anwendbares Recht transformiert werden, wodurch das Verfahren zur Beobachtung erster Ordnung zurückkehrt.

2. Beobachtung zweiter Ordnung

Durch die Beobachtung zweiter Ordnung wird das Recht als geschichtliches Phänomen betrachtet. Das jeweils geltende Recht wird nicht mehr als normative, sondern als empirische Größe angesehen. Es ist damit zunächst Gegenstand geschichtlicher und zeitgeschichtlicher Betrachtung. Veränderungen des Normbestandes und der Normanwendung sind zu beobachten. Ein solcher historischer Zugriff ist zumal im Konzept des Rechtspositivismus begründet, der Recht nicht als einen Gegenstand der Erkenntnis, sondern der Gestaltung begreift. Positives Recht ist geschichtlich wandelbar, aber im Moment der Entscheidung als geltend gegeben. Der historische Gesetzgeber verschwindet – anders als in der Beobachtung erster Ordnung – in der historischen Betrachtung nicht hinter der Normativität des Rechts, sondern wird selbst zum Gegenstand der Beobachtung.

Als geschichtliches Phänomen kann das Recht – also die Entscheidung des Gesetzgebers – der Kritik ausgesetzt werden. Ging bei der Beobachtung erster Ordnung der Blick von der Funktion zu Empirie und Telos, ändert sich nun die Blickrichtung. Vom Pol der Empirie aus kann nach der tatsächlichen Wirksamkeit, nach (Dys-)Funktionalität des Rechts gefragt werden. Es können Effekte auf die soziale Wirklichkeit beobachtet und bewertet werden (Rechtssoziologie, Ökonomische Analyse). Vom Pol des Telos aus kann die Legitimität von Normen problematisiert und gefragt werden, ob das Recht mit dem Ziel der Gerechtigkeit, mit Konzepten des Guten und Richtigen im Einklang steht (Rechtsphilosophie).²⁵ Die Methoden der Rechtsanwendung sind nicht mehr das Instrument der Beobachtung, sondern werden zu ihrem Objekt und auf ihre Wandlung und Wirkung hin beobachtet.

Für das Telos ergibt sich eine eigentümliche Zwitterstellung. Es wird zum einen noch als normative Größe relevant, an der geltendes Recht zu messen ist (materiale Philosophie, normative

²⁴ *Schleiermacher*, *Gelegentliche Gedanken* (Anm. 15), S. 55: „Die bloße Kenntniß eines positiven Gesezbuches als solchen, welches doch immer mit Unrecht ein feststehendes und unveränderliches ist, und von den wissenschaftlichen Männern soll fortgebildet werden, nicht sie sich unterwerfen, hat zu wenig wissenschaftlichen Charakter.“

²⁵ *Wissenschaftsrat* (Anm. 9), S. 27.

Rechtsethik). Es kann aber auch selbst als empirische Größe auf seine geschichtlichen Wandlungen hin betrachtet werden (Rechtsphilosophie als Philosophiegeschichte). Denn es ist dem historischen Zugriff eigen, dass durch ihn letztlich alles als empirische Erscheinung betrachtet wird oder aber als Gegenstand der Betrachtung ausfällt. Je begrifflicher und formaler die Rechtsphilosophie schließlich betrieben wird, desto deutlicher steht sie an der Schwelle zur (reinen) Rechtstheorie und damit zur Beobachtung dritter Ordnung.

3. Beobachtung höherer Ordnung

Durch die Beobachtung dritter Ordnung wird auch die Beobachtung zweiter Ordnung zum Gegenstand der Betrachtung.²⁶ Spätestens hier wird auch das Telos von einem normativen zu einem historischen Gegenstand. Es geht darum, wie überhaupt etwas als Recht beobachtet werden kann. Beobachtung ist auf die Klärung von Begriffen und Strukturen angewiesen. Dazu zählen in der Rechtswissenschaft insbesondere: Rechtsbegriff, Normativität, die Dichotomie von Sollen und Sein, die Trias von Funktion, Telos und Empirie. Das Gefüge von Telos, Funktion und Empirie kann in seinen Abhängigkeiten und Wechselwirkungen beobachtet werden. Dies alles ist Gegenstand der Rechtstheorie. Die Methodenlehre wird nun vollends zur Methodenreflexion.

Zur rechten theoretischen Erfassung des Rechts gehört auch die Reflexion seiner Grenzen, seines Verhältnisses zu anderen sozialen Strukturen/Systemen und die Frage nach dem Anderen des Rechts, das von ihm nicht mehr erfasst werden kann. Auch hierfür bedarf es eines theoretischen Rahmens, der das Verhältnis der Rechtswissenschaft zu anderen Wissenschaften bestimmt.

Es ist wohl eine Frage des Geschmacks oder der Pragmatik, ob man die Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft und mit ihr die Juristische Enzyklopädie noch unter die Beobachtung dritter Ordnung fasst oder als Beobachtung vierter Ordnung auszeichnet. Ohnehin kann jede Beobachtung durch einen Wechsel der Perspektive erneut einer Beobachtung höherer Ordnung ausgesetzt werden. Das dialektische Verhältnis von Anschauung und Begriff erweist sich als *Movens*, historische und analytische Beobachtung stets erneut aufeinander zu beziehen. Der wissenschaftliche Prozess kann darum niemals stillgestellt werden.

²⁶ Damit gehen wir mit *Schleiermacher* über von *Jhering* hinaus, der die Rechtsphilosophie noch ganz materiell als Gerechtigkeitslehre versteht.