

## A. Begriffsbestimmung

Eine Bestimmung des Begriffs „Rechtstheorie“ setzt zunächst einmal einen bestimmten Rechtsbegriff voraus. Ein Rechtsbegriff lässt sich jedoch nicht auf rein erkenntnismäßigem Weg festmachen. Vielmehr handelt es sich bei der Entwicklung eines Rechtsbegriffes um einen Vorschlag, der sich an Zweckmäßigkeitskriterien orientiert.<sup>1</sup> Leitlinie für die Bestimmung des Rechtsbegriffs ist die damit verfolgte Zielsetzung. Wird doch durch die Festsetzung des Rechtsbegriffs auch der Gegenstand der wissenschaftlichen Untersuchung eingegrenzt. Bei der vorliegenden Begriffsbestimmung steht das Interesse an einer **adäquaten Erfassung** des positiven Rechts im Vordergrund, um auf diese Weise Einsichten über die **Auslegung** positiver Rechtsvorschriften zu gewinnen.<sup>2</sup> Ziel der folgenden Darlegungen ist es, das positive, also das von Menschen für Menschen gesetzte Recht, theoretisch zu analysieren. Schon unter diesem Aspekt wird daher hier unter dem Begriff der „Rechtstheorie“ eine Theorie des **positiven Rechts** verstanden. Freilich sollte eine juristische Begriffsbildung zumindest in gewissem Umfang einem herkömmlichen Begriffsverständnis entsprechen<sup>3</sup>, weil sonst mit keiner ausreichenden Akzeptanz zu rechnen ist. Doch diese Gefahr besteht bei der vorliegenden Begriffsbestimmung nicht, weil sich schon seit längerem ein Verständnis von Rechtstheorie als Theorie des positiven Rechts herausgebildet hat.<sup>4</sup> Im Vordergrund steht nach dem hier vertretenen Verständnis von Rechtstheorie somit die Frage nach der Beschaffenheit des positiven Rechts.

Unmaßgeblich ist danach, welchen Inhalt das positive Recht in den verschiedenen Regelungsbereichen (wie Verfassungsrecht, Arbeitsrecht und Familienrecht) haben sollte. Damit unterscheidet sich das hier vertretene Verständnis der Rechtstheorie insbesondere von einem naturrechtlichen Ansatz. Einer solchen **Naturrechtslehre** oder „naturrechtlichen Rechtstheorie“ geht es darum, eine von menschlicher Setzung unabhängige (präpositive) Rechtsordnung aus der Natur des Menschen zu entwickeln. Doch ist die Naturrechtslehre nach dem hier vertretenen Begriffsverständnis nicht als

---

1 *Rill*, in Griller/Rill, 1 f.

2 Dazu *Rill*, in Griller/Rill, 4 f.

3 *Rill*, in Griller/Rill, 2.

4 Siehe etwa bereits *Dreier*, Rechtstheorie, 8; *Krawietz*, Entscheidung, 215, mwN.

Rechtstheorie<sup>5</sup>, sondern als Form der Rechtsphilosophie zu verstehen. Denn auch der Rechtsphilosophie geht es nicht um eine bloße Beschreibung des positiven Rechts, sondern um die Ermittlung des „richtigen“ („gerechten“) Inhaltes rechtlicher Anordnungen.<sup>6</sup> Rechtstheorie hat nach dem hier vertretenen Begriffsverständnis demgegenüber die von Menschen gesetzten Vorschriften unabhängig von ihrem konkreten Inhalt zum Gegenstand seiner Betrachtung.<sup>7</sup>

Das Charakteristikum einer solchen Rechtstheorie besteht darin, dass sie **generelle Aussagen** zum positiven Recht unabhängig von dessen Ausgestaltung in den einzelnen Rechtsordnungen erarbeitet.<sup>8</sup> Der Rechtstheorie geht es demnach also im Gegensatz zur Rechtsdogmatik<sup>9</sup> nicht um die Interpretation einzelner Rechtsvorschriften. Die Rechtstheorie beschäftigt sich vielmehr mit grundlegenden Eigenschaften des positiven Rechts, die prinzipiell auf alle positiven Rechtsordnungen zutreffen. Damit erscheint auch die Bezeichnung „Rechtstheorie“ für eine solche Disziplin gerechtfertigt. Denn unter einer „Theorie“ werden „Regelmäßigkeiten“<sup>10</sup>, dh allgemeine Sätze über bestimmte Phänomene, verstanden. Gegenstand der Rechtstheorie sind eben allgemeine Sätze über das positive Recht unabhängig von dessen konkreter Ausgestaltung in einzelnen Rechtsordnungen. Soweit diese allgemeinen Aussagen auf Beobachtung beruhen, kann die Rechtstheorie als empirische Disziplin angesehen werden.<sup>11</sup>

Das betrifft etwa Aussagen zum Aufbau von Rechtsordnungen („Stufenbau“) oder die Erscheinungsform von Rechtsvorschriften („Regeln oder Prinzipien“). Man kann diese Funktion der Rechtstheorie als **empirische Funktion** bezeichnen, die vor allem in der Strukturanalyse der positiven Rechtsordnung ihren Ausdruck findet. Versteht man die Rechtstheorie als

---

5 Dazu schon *Kaufmann*, Rechtstheorie, 9.

6 Dazu näher I.B.1.

7 Siehe demgegenüber jedoch etwa *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in *Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfried Neumann* (Hrsg), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart<sup>7</sup> (2004), 1 (9).

8 *Adomeit/Hähnchen*, Rechtstheorie für Studenten<sup>6</sup>, 10, Rz 17.

9 Dazu näher I.B.4.

10 *Popper*, Erkenntnis, 91. Siehe zu den verschiedenen Formen von „Theorien“ in der Rechtswissenschaft VI.B.1.

11 *Krawietz*, Entscheidung, 219; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie<sup>10</sup>, 12, Rz 17.

umfassende Lehre von den allgemeinen Eigenschaften des positiven Rechts, dann kann sie sich in ihrer empirischen Funktion allerdings nicht erschöpfen. Denn zu einer solchen Lehre zählt es auch, dass sie Einsichten über die nähere Umschreibung ihres Gegenstandes (dem positiven Recht) und über die Voraussetzungen seiner Erkennbarkeit gewinnt. Man kann diesen Aspekt als **erkenntnistheoretische Funktion** der Rechtstheorie bezeichnen, die sich etwa mit der Wahrheitsfähigkeit von Aussagen über den Inhalt positiver Rechtsvorschriften beschäftigt. Zur Rechtstheorie gehören aber auch allgemeine Aussagen zur Methodik, mit der sich der Inhalt einzelner Rechtsvorschriften überhaupt ermitteln lässt. Dabei geht es um die (korrekte) Anwendung des positiven Rechts und damit um dessen praktische Handhabung, weshalb man diesen Gesichtspunkt als **praktische Funktion** der Rechtstheorie verstehen kann.

Alle drei Funktionen werden in den folgenden Ausführungen behandelt. Aus systematischen Gründen wird jedoch zuvor die Rechtstheorie im gerade beschriebenen Sinn von anderen Formen der (rechts)wissenschaftlichen Befassung mit dem positiven Recht wie der Rechtsphilosophie, der Rechtspolitik, der Rechtssoziologie und der Rechtsdogmatik abgegrenzt. Danach werden die bedeutenden Richtungen des modernen Rechtspositivismus (wie jener *Harts*, *Holmes* und *Ross*, *Kelsens* oder *Weinberger/MacCormicks*<sup>12</sup>) dargestellt und im Hinblick auf das dargelegte Erkenntnisinteresse an einer adäquaten Erfassung des positiven Rechts im Hinblick auf dessen Auslegung einer Bewertung unterzogen. Im Anschluss daran wird dann eine eigene, diesem Erkenntnisinteresse entsprechende theoretische Positionierung vorgenommen. Daran anknüpfend wird das positive Recht als Untersuchungsgegenstand der Rechtstheorie näher umschrieben. Der vierte Teil widmet sich der Erkennbarkeit des positiven Rechts als Gegenstand wissenschaftlicher Betrachtung, wobei auch hier wieder auf verschiedene erkenntnistheoretische Lehren (wie Hermeneutik, Diskurstheorie, Grundnormlehre) eingegangen und dann ein eigener Ansatz vorgestellt wird. Ausgehend von diesem Ansatz wird im fünften Teil, die Struktur des positiven Rechts, im sechsten Teil der Wissenschaftscharakter und im siebenten Teil die angemessene Methodik bei der Auslegung positiver Rechtsvorschriften behandelt.

---

12 *Norbert Hoerster*, Richtigstellung über den Rechtspositivismus, ARSP 1993, 416. Siehe darüber hinaus zu verschiedenen Spielarten des Rechtspositivismus *Ott*, Rechtspositivismus<sup>2</sup>, 32 ff.

## B. Abgrenzungen

### 1. Abgrenzung zur Rechtsphilosophie

Im Gegensatz zur Rechtstheorie geht es der Rechtsphilosophie nicht um eine bloße Beschreibung des positiven Rechts, sondern um die Bestimmung des „richtigen“ („gerechten“) Rechts. Demnach ist eine der zentralen rechtsphilosophischen Fragestellungen jene nach der **Gerechtigkeit**.<sup>13</sup> Dabei bilden Freiheit, Menschenwürde und das Bestehen unveräußerlicher Menschenrechte den Gegenstand der Betrachtung. Die heterogenen und höchst kontroversen Positionen in der Diskussion um die Gerechtigkeitsfrage betreffen unter anderem den Begriff, die Arten (zB Verteilungs- oder Tauschgerechtigkeit), den (Mindest-)Inhalt sowie das Verhältnis der Gerechtigkeit zum positiven Recht, inklusive dem Umgang mit hochgradig ungerechtem (positivem) Recht oder die Frage der Legitimation von Herrschaft und rechtlicher Gewalt.

Das letztgenannte Problem greifen etwa die naturrechtlichen Gesellschaftsvertragstheorien des 17. und 18. Jh von *Hugo Grotius*, *Thomas Hobbes*, *John Locke* und *Jean-Jacques Rousseau* auf. Gewissermaßen eine moderne Neuinterpretation dieses Gedankenexperiments zum Zweck der Herausarbeitung zentraler Gerechtigkeitsprinzipien lieferte *John Rawls* in seiner Theorie der Gerechtigkeit<sup>14</sup>.

Angesichts der Pluralität menschlicher Wert- und Gerechtigkeitsvorstellungen geht ein positivistisches Rechtsverständnis aber von der grundsätzlichen Trennung von Recht und Gerechtigkeit aus und überlasst die Frage der Legitimation von Recht und Staat der Philosophie. Rechtstheorie im hier vertretenen Verständnis betrifft (bloß) die Herausarbeitung von Kriterien zur Beschreibung und Systematisierung des positiven Rechts. Als solche befasst sie sich daher auch grundsätzlich nicht mit Gerechtigkeitsfragen. Vielmehr handelt es sich dabei um eine *moralische* Frage, die von rechtlichen Fragen grundsätzlich zu trennen ist („Trennungsthese“<sup>15</sup>). Die Frage der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit einer Norm (oder einer gesamten Rechtsordnung) ist demnach auch keine Frage der Rechtstheorie im hier verstandenen Sinn

---

13 *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie<sup>2</sup>, 2, Rz 23; *Vesting*, Rechtstheorie<sup>2</sup>, 14, Rz 25.

14 *John Rawls*, Theorie der Gerechtigkeit (1979).

15 ZB *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie<sup>2</sup>, 33, Rz 21. Dazu eingehend auch *Marmor*, Values, 71 ff.

und auch für die Beurteilung der Geltung einer Norm (im rechtstheoretischen Sinn<sup>16</sup>) ohne Bedeutung.

Unter dem Eindruck der Unrechtserfahrungen des Nationalsozialismus hat *Gustav Radbruch* allerdings die sog. „Radbruch'sche Formel“ entwickelt, wonach jene Bestimmungen des positiven Rechts als „gesetzliches Unrecht“ keine Geltung erlangen sollen, deren Widerspruch zur Gerechtigkeit ein „unerträgliches Maß“ erreichen.<sup>17</sup>

Die Auffassung, wonach nur Normen als „Recht“ zu verstehen sind, die sich aus Rechtsquellen des positiven Rechts<sup>18</sup> ableiten lassen („source-based“) wird auch als „Exclusive Legal Positivism“<sup>19</sup> bezeichnet. Demgegenüber wird auch ein „Inclusive Legal Positivism“<sup>20</sup> vertreten, wonach Rechtsordnungen moralische Normen „inkorporieren“ können („Incorporation Thesis“). Dazu ist aus positivistischer Perspektive festzustellen, dass moralische Normen diesfalls durch die „Inkorporation“ (zB durch Verankerung in der Verfassung) zum Bestandteil des positiven Rechts werden. Ihren Charakter als „Recht“ im Sinne einer Rechtsordnung erlangen sie daher auch nicht ausschließlich auf Grund ihrer moralischen Qualität, sondern durch Übernahme („Inkorporation“) in die positive Rechtsordnung. Von einem positivistischen Standpunkt aus erscheint daher ein „Exclusive Legal Positivism“ als überzeugender.

Man kann als Ziel einer auf die adäquate Beschreibung und Systematisierung des positiven Rechts ausgerichteten Rechtstheorie, die Herausarbeitung einer spezifischen „juristischen Rationalität“ (insbesondere einer angemessenen Methodik) ansehen. Davon

---

16 Siehe III.A.1.

17 *Gustav Radbruch*, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, 105 (107). Siehe zu dieser „Radbruch'schen Formel“ im Hinblick auf die Geltung des Grundsatzes „nulla poena sine lege“ bereits die Auseinandersetzung zwischen *Hart*, Harvard Law Review 1958, 616 ff, einerseits und *Fuller*, Harvard Law Review 1958, 651 ff, andererseits. Siehe zur „Radbruch'schen Formel“ weiters etwa auch *Alexy*, Begriff<sup>3</sup>, 70 ff; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie<sup>2</sup>, 132 ff, Rz 11 ff. Zum Recht auf einen „zivilen Ungehorsam“ in Bezug auf Gesetze, deren Gültigkeit nach dem Verfassungssystem der USA zweifelhaft ist, siehe *Dworkin*, Bürgerrechte, 337 ff.

18 Siehe III.A.

19 ZB *Andrei Marmor*, Exclusive Legal Positivism, in Jules Coleman/Scott Shapiro (Hrsg), The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law (2002), 104; *derselbe*, Values, 49 ff.

20 ZB *Jules Coleman*, The Practice of Principle, Oxford University Press, Oxford 2001; *Kenneth Einar Himma*, Inclusive Legal Positivism, in Jules Coleman/Scott Shapiro (Hrsg), The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law (2002), 125. Siehe dazu auch *Peter Koller*, Der Begriff des Rechts und seine Konzeptionen, in Winfried Brugger/Ulfried Neumann/Stephan Kirste (Hrsg), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert (2008), 157 (169 ff), und dagegen *Fernando Real*, Zur Möglichkeit (und Nützlichkeit) eines minimalistischen Rechtsbegriffs, Rechtstheorie 48 (2017), 255 (261 ff).

zu unterscheiden ist die Frage, inwiefern die Normen einer bestimmten Rechtsordnung befolgt werden sollen, was als „Handlungsrationalität“ bezeichnet werden kann, bei der auch moralische Aspekte (wie Gerechtigkeitsüberlegungen) eine Rolle spielen können.<sup>21</sup>

Gerechtigkeitsfragen können freilich dann zu Rechtsfragen werden, wenn das **positive Recht selbst auf Gerechtigkeitsvorstellungen verweist**. Das betrifft etwa das ausdrückliche Bekenntnis zur Menschenwürde in vielen Verfassungsordnungen, wie etwa in Art 1 Abs 1 des deutschen Grundgesetzes.<sup>22</sup> Fragen betreffend die Interpretation fundamentaler Menschenrechte sind mit philosophischen Vorstellungen eng verbunden. Aber auch die Prinzipien der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit gehen von einem gewissen rechtsphilosophischen Verständnis aus. Auch wenn im Prozess der Schaffung von Rechtsvorschriften ein bestimmtes Gerechtigkeitsziel ausdrücklich verfolgt wurde (zB bei Gesetzen, die auf die Herstellung von Geschlechtergerechtigkeit gerichtet sind, oder bei prozessrechtlichen Bestimmungen, die in bestimmten Bereichen zu mehr Verfahrensgerechtigkeit führen sollen), ist im Rahmen der teleologischen sowie der historischen Auslegung der rechtsphilosophische Hintergrund bedeutsam. Insofern kann auch aus rechtstheoretischer Perspektive darauf hingewiesen werden, dass die Rechtsphilosophie als „Hilfswissenschaft“ für die Ermittlung des Sinngehaltes positivrechtlicher Vorschriften dienen.

Gleiches gilt in Bezug auf eine **objektiv-teleologische Interpretation**<sup>23</sup>, wonach einer Rechtsvorschrift zumindest grundsätzlich kein Sinngehalt unterstellt werden soll, der in deutlichem Widerspruch zu allgemein anerkannten Wertungen und damit auch Gerechtigkeitsvorstellungen (wie Fairness, Treu und Glauben) steht. Freilich wird mit der Berücksichtigung solcher Gerechtigkeitsvorstellungen (die auch als „Prinzipien“<sup>24</sup> bezeichnet werden) bei der Interpretation der rechtspositivistische Ansatz nicht verlassen<sup>25</sup>, weil

---

21 Zur Unterscheidung zwischen „juristischer Rationalität“ und „Handlungsrationalität“ in Bezug auf die rechtsfortbildende Rechtsprechung des EuGH *Michael Potacs*, Auslegung und Rationalität in der europäischen Rechtsprechung, in Günter Herzig/Markus Klamert/Rainer Palmstorfer/Roman Puff/Erich Vranes/Paul Weisman (Hrsg), *Europarecht und Rechtstheorie* (2017), 83 (95 f).

22 „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“. Vgl auch zB Art 2 EUV.

23 Siehe VII.E.

24 Siehe V.A.

25 AA *Dworkin*, *Bürgerrechte*, 54 ff, und ihm insoweit folgende *Somek*, *ZÖR* 2018, 502 f.

diese Vorstellungen dem Rechtsetzer als mögliche von ihm verfolgte Ziele zugesonnen und gegenüber anderen Auslegungskriterien (wie etwa einem entgegenstehenden Wortsinn) abgewogen werden, wodurch sie die Bedeutung positivrechtlicher Vorschriften mitbestimmen können.

Aber darüber hinaus sind philosophische Überlegungen durchaus für die Rechtstheorie selbst von Bedeutung. Ist es doch gerade für die adäquate Erfassung des positiven Rechts im Hinblick auf dessen Interpretation relevant, ob und inwieweit Aussagen über positive Rechtsnormen wahrheitsfähig sind und das positive Recht (objektiv) beschrieben werden kann. Dabei handelt es sich um Fragestellungen der **Erkenntnistheorie**, die eine klassische Disziplin der Philosophie darstellt. Die Beschäftigung mit dem positiven Recht als Erkenntnisgegenstand der Interpretation umfasst daher auch notwendigerweise philosophische Überlegungen, auf die in weiterer Folge noch einzugehen sein wird.<sup>26</sup>

## 2. Abgrenzung zur Rechtspolitik

Die Rechtstheorie ist aber auch von der Rechtspolitik abzugrenzen. Gegenstand der Rechtspolitik ist die konkrete Gestaltung von Rechtsvorschriften in positiven Rechtsordnungen. Im Vordergrund steht dabei die inhaltliche Ausarbeitung generell-abstrakter Rechtsvorschriften, die in positiven Rechtsordnungen häufig als Gesetze im formellen Sinn bezeichnet werden.<sup>27</sup> Man kann daher die primäre Aufgabe der Rechtspolitik in der Gestaltung von Gesetzen sehen, die verschiedene Stoßrichtungen aufweist. Dazu zählt insbesondere die **sachpolitische Gestaltungsaufgabe**<sup>28</sup>, bei der es um die inhaltliche Ausgestaltung gesetzlicher Vorschriften geht. Diese hängt von der politischen Programmatik der gesetzlichen Entscheidungsträger in einer Rechtsordnung ab. Die Beurteilung dieser Aufgabe der Rechtspolitik weist Berührungspunkte mit der Politikwissenschaft auf, zu deren Gegenstand die Analyse politischer Prozesse gehört.<sup>29</sup> Dabei kann es zum einen um eine Analyse des gesamten politischen Systems („Systemlehre“<sup>30</sup>) gehen und zum

---

26 Siehe IV.

27 Siehe III.A.2.a).

28 Noll, Gesetzgebungslehre, 214 ff.

29 Mols, in Lauth/Wagner, 27.

30 Mols, in Lauth/Wagner, 42.

anderen um die Analyse bestimmter Politikfelder, wie der Umwelt-, Sozial- oder Wirtschaftspolitik sowie der inhaltlichen Ausrichtung einzelner politischer Akteure (Parteien).<sup>31</sup> Zur Rechtspolitik zählt auch die **Wirkungsforschung**, die eine Rechtsfolgenanalyse einschließlich der mit einer rechtlichen Regelung verbundenen Kosten zum Inhalt hat.<sup>32</sup> In engem Zusammenhang damit stehen Überlegungen zur Leistungsfähigkeit der **Steuerungsfunktion** gesetzlicher Regelungen, die sich mit den Grenzen der Verhaltenssteuerung generell abstrakter Anordnungen in bestimmten Sachbereichen mit gewissen Unsicherheitsfaktoren („Risikoentscheidungen“) befasst.<sup>33</sup> Zur Rechtspolitik gehört aber auch die **Gesetzgebungstechnik** (Legistik), die sich mit dem Stil und damit der sprachlichen Qualität von Gesetzen beschäftigt.<sup>34</sup> Ihr Anliegen ist es, dass gesetzliche Regelungen nach ihrem sprachlichen Ausdruck und ihrer systematischen Gestaltung Anordnungen möglichst klar und verständlich zum Ausdruck bringen.

Von all diesen Aufgaben der Rechtspolitik unterscheidet sich die Rechtslehre dadurch, dass sie grundsätzlich nicht die konkrete Ausgestaltung von Rechtsvorschriften in einzelnen positiven Rechtsordnungen behandelt. Sie trachtet vielmehr danach, allgemeine Aussagen zum Charakter des positiven Rechts unabhängig von dessen jeweiliger Ausprägung in einzelnen positiven Rechtsordnungen zu treffen.<sup>35</sup> Freilich ist daran zu erinnern, dass nach dem hier verfolgten Erkenntnisinteresse an der Rechtstheorie die adäquate Beschreibung des positiven Rechts im Hinblick auf dessen Interpretation im Vordergrund steht. Dabei ist zu bedenken, dass die zu interpretierenden Rechtsvorschriften letztlich das Ergebnis eines politischen Willensbildungsprozesses sind. Im Hinblick auf dieses Erkenntnisinteresse darf daher auch aus rechtstheoretischer Sicht der Hinweis nicht fehlen, dass rechtspolitische Anliegen für die Interpretation eine Rolle spielen können. Geht es doch bei der Interpretation von Rechtsvorschriften darum, den (sprachlichen) Willen des Rechtsetzers nachzuvollziehen, wozu eine Analyse der politischen Grundlagen der positiven Rechtsvorschrift einen wichtigen Beitrag leisten kann.

---

31 Dazu etwa Klaus Schubert/Nils C. Bandelow (Hrsg), Lehrbuch der Politikfeldanalyse (2009).

32 Noll, Gesetzgebungslehre, 146 ff; Karpen, Gesetzgebungslehre, 14.

33 Noll, Gesetzgebungslehre, 95; Holoubek, in Holoubek/Lienbacher, 13.

34 Noll, Gesetzgebungslehre, 164 ff; Karpen, Gesetzgebungslehre, 24; Ulrich Karpen, Rechtsetzungslehre, JuS 2016, 577 (582 ff).

35 Siehe I.A.

So vermag etwa eine Analyse der sozialpolitischen Vorstellungen einer für die Erlassung einer Sozialgesetzgebung verantwortlichen politischen Partei Aufschluss über dessen Inhalt im Rahmen einer historischen oder teleologischen Interpretation geben. Auch kann in einem an ökonomischer Effizienz orientierten politischen System der Aspekt einer mit möglichst geringen wirtschaftlichen Kosten verbundenen Lösung für eine sinnvolle Auslegung gesetzlicher Vorschriften von Gewicht sein.<sup>36</sup> Sehen etwa „Legistische Richtlinien“ von politischen Institutionen (etwa einem Legistischen Dienst eines Parlaments) die möglichst einheitliche Verwendung bestimmter Worte vor, dann ist dies auf Grund einer systematischen Auslegung („Einheitlichkeit der Rechtssprache“<sup>37</sup>) ebenfalls zu berücksichtigen.

### 3. Abgrenzung zur Rechtssoziologie

Eine Abgrenzung der Rechtstheorie ist aber auch gegenüber der Rechtssoziologie vorzunehmen. Deren Erkenntnisgegenstand ist nicht so sehr das positive Recht selbst, sondern dessen Ursachen und Wirkungen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit.<sup>38</sup> Rechtssoziologie befasst sich also weniger mit dem Sinngehalt positiver Rechtsordnungen (*law in books*), sondern vielmehr mit dem positiven Recht als sozialem Phänomen (*law in action*).<sup>39</sup> Ihr Erkenntnisinteresse besteht in der Erforschung bestimmter „Parallelphänomene“<sup>40</sup> positiver Rechtsnormen und nicht in der Aufdeckung grundlegender Eigenschaften des positiven Rechts als Normenordnung. Dementsprechend wird das positive Recht von der Rechtssoziologie auch unter dem Blickwinkel seiner sozialen Wirklichkeit analysiert („Rechtstatsachenforschung“<sup>41</sup>). So versteht sie zum einen das positive Recht als Ergebnis eines gesellschaftlichen Prozesses und untersucht dessen Ursachen. Zum anderen beschäftigt sich die Rechtssoziologie aber auch mit den Wirkungen des positiven Rechts auf die gesellschaftliche Realität und weist insoweit eine Ähnlichkeit mit Aspekten der Rechtspolitik auf. Das betrifft insbesondere jene Richtung der

---

36 Siehe näher VII.E.

37 Dazu VII.C.

38 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 1, Rn. 1; *Vesting*, Rechtstheorie<sup>2</sup>, 2 f, Rz 3 f; *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie<sup>2</sup>, 39, Rz 39.

39 *Roscoe Pound*, Law in Books and Law in Action, *American Law Review* 44 (1910) 12 ff.

40 *Kelsen*, Rechtslehre<sup>2</sup>, 108.

41 *Rottleuthner*, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, 76 f; Heinz Barta/Michael Gannes (Hrsg), *Rechtstatsachenforschung-Heute* (2014); *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie<sup>2</sup>, 116 f, Rz 268 ff.

Rechtssoziologie, die sich als „**Sozialtechnologie**“ versteht und nach operationalen Lösungen von gesellschaftlichen Problemen durch das positive Recht sucht.<sup>42</sup> Insgesamt geht es der Rechtssoziologie also darum, die **gesellschaftlichen Ursachen und Wirkungen** positiver Rechtsordnungen oder einzelner ihrer Normen aufzudecken und zu analysieren.<sup>43</sup>

Als Rechtssoziologie im dargelegten Sinn kann daher die sogenannte **marxistische Rechtstheorie** angesehen werden.<sup>44</sup> Diese begreift das positive Recht als Phänomen einer Klassengesellschaft, durch das eine Klasse eine andere zwangsweise unterdrückt.<sup>45</sup> Positive Rechtsnormen sind für die marxistische Rechtstheorie Teil einer umfassenden und durch Klassengegensätze angetriebenen dialektischen Entwicklung. Dementsprechend wendet sich die marxistische Rechtstheorie auch gegen die „Blickverkürzung auf ein ‚reines Sollen‘“, wie sie einer auf das positive Recht beschränkten Betrachtungsweise zugrunde liege.<sup>46</sup> Auch bei der marxistischen Rechtstheorie steht somit nicht die Analyse des positiven Rechts als solchem, sondern seiner Ursachen und Wirkungen in der gesellschaftlichen Realität im Vordergrund.

Einen rechtssoziologischen Charakter weist auch die **Systemtheorie des Rechts**<sup>47</sup> auf. Das gilt insbesondere für die Systemtheorie von *Niklas Luhmann*, die das Recht als soziales System auffasst<sup>48</sup>. Als solches existiert es in Form von Kommunikation<sup>49</sup>, die bestimmte normative Verhaltenserwartungen auslöst<sup>50</sup>. Für die Systemtheorie des Rechts legt das Rechtssystem die Bedingungen der Geltung von Recht (einschließlich seiner Reproduktion) selbst fest (durch einen „Rechts-Code von Recht und Unrecht“<sup>51</sup>). Das Rechtssystem ist daher aus systemtheoretischer Sicht „selbstreferentiell“ und damit ein „autopoietisches System“<sup>52</sup>.

---

42 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2, Rz 2.

43 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 1, Rz 2.

44 Grundlegend *Eugen Paschukanis*, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe (Neuausgabe 2003). Zum soziologischen Charakter der Marxistischen Rechtstheorie siehe *Rottleuthner*, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, 67 f.

45 Dazu *Mahlmann*, Rechtsphilosophie<sup>5</sup>, 163 ff, Rz 1 ff.

46 *Heinz Wagner*, Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie, in Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie, Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts, Band 3 (1978), 109 (113).

47 Dazu etwa *Gralf-Peter Calliess*, Systemtheorie: Luhmann/Teubner, in Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg), Neue Theorien des Rechts (2006) 57; *Vesting*, Rechtstheorie<sup>2</sup>, 4 ff, Rz 6 ff; *Mahlmann*, Rechtsphilosophie<sup>5</sup>, 251 f, Rz 59 f.

48 *ZB Luhmann*, Rechtstheorie 1983, 135.

49 Ebenda.

50 *Luhmann*, Rechtssoziologie, Band 1 (1972) 99.

51 *Luhmann*, Rechtstheorie 1983, 134.

52 *Luhmann*, Rechtstheorie 1983, 133. Umfassend dazu *Teubner*, System, 1989.

Einer Rechtstheorie im hier verstandenen Sinn geht es demgegenüber grundsätzlich darum, allgemeine Aussagen über positive Rechtsordnungen losgelöst von ihrer gesellschaftlichen Realität zu treffen. Aus diesem Grund ist es nach dem hier vertretenen Verständnis für den Begriff des positiven Rechts auch unmaßgeblich, ob und inwieweit die Normen eines Anordnungssystems effektiv sind.<sup>53</sup> Denn bei der **Effektivität** von Normen geht es um die gesellschaftliche Wirkung von Normen, deren Untersuchung ein wesentliches Aufgabengebiet der Soziologie bildet („Effektivitätsforschung“<sup>54</sup>). Bei dem hier vertretenen Verständnis von Rechtstheorie steht dagegen das Erkenntnisinteresse an der adäquaten Beschreibung des positiven Rechts im Hinblick auf dessen Interpretation im Vordergrund. Dafür ist es zwar nicht erforderlich, die Effektivität (als zentralem Gegenstand der Rechtssoziologie) in den Begriff des positiven Rechts aufzunehmen. Allerdings ist auch aus der Perspektive des hier vertretenen Rechtsbegriffes darauf hinzuweisen, dass Einsichten über die Ursachen und Wirkungen von rechtlichen Anordnungen für die Auslegung von Rechtsvorschriften von Bedeutung sein können. Vermögen sie doch im Rahmen einer historischen oder teleologischen Interpretation Aufschluss darüber zu geben, was einem Rechtsetzer auf Grund seiner sprachlichen Äußerung im jeweiligen Äußerungskontext als von ihm gewollt zugesonnen werden kann.

So ist einem Gesetzgeber ein Auslegungsergebnis kaum zusinnbar, das sich gänzlich über die mit einer gesetzlichen Regelung intendierte Lösung einer sozialen Problematik hinwegsetzt. Ebenso wenig kann einem Gesetz eine Auslegung unterstellt werden, die in ihrer gesellschaftlichen Auswirkung einer erkennbaren gesetzlichen Zielsetzung zuwiderläuft.<sup>55</sup> Insoweit kann auch eine „Sozialtechnologie“ hilfreich sein, die soziale Wirkungszusammenhänge unter teleologischen Gesichtspunkten ins Spiel bringt.<sup>56</sup>

---

53 Siehe näher II.E.

54 *Rottleuthner*, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, 69 ff, 91 ff.

55 Siehe VII.E.

56 So *Hans Albert*, Zur Kritik der reinen Jurisprudenz. Recht und Rechtswissenschaft in der Sicht des kritischen Rationalismus, Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung 1992, 343 (350). Das Anliegen *Alberts* dürfte allerdings darüber hinausgehen, wenn er von der Rechtswissenschaft verlangt, dass Wirkungszusammenhänge aufgezeigt werden, um eine „effiziente Interpretation“ (*Albert*, Rechtswissenschaft, 31) zu gewährleisten, und die wissenschaftliche Angemessenheit der sonstigen juristischen Auslegungsmethoden in Zweifel zieht; siehe insbesondere *Hans Albert*, in Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1972, 96; *derselbe*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz (1993) 22, 31. Insoweit zu Recht kritisch zu diesem

## 4. Abgrenzung zur Rechtsdogmatik

Rechtstheorie, verstanden als Theorie des positiven Rechts, ist auch von der Rechtsdogmatik abzugrenzen. Das Wort „Dogma“ bedeutet Lehre oder Meinung.<sup>57</sup> Nach hier vertretenem Verständnis bedeutet Rechtsdogmatik die **Interpretation von Rechtsvorschriften**, indem über deren Inhalt Lehrmeinungen gebildet werden.<sup>58</sup> Jeder Auslegung von Rechtsvorschriften liegen jedoch bestimmte Grundannahmen über den Charakter positiver Rechtsvorschriften und einer diesen Charakter angemessenen Methodik zugrunde. Diese Grundvoraussetzungen werden auch als „Metarechtsdogmatik“<sup>59</sup> oder „dogmatische Präsuppositionen“<sup>60</sup> bezeichnet. Die Rechtsdogmatik bedient sich demgemäß jener allgemeinen Ansichten über das positive Recht, auf deren Grundlage dann weitere Überlegungen im Hinblick auf die Lösung konkreter Rechtsfragen vorgenommen werden. Bei der Interpretation von Rechtsvorschriften werden diese Grundvoraussetzungen mitunter ungeprüft als zutreffend angenommen.<sup>61</sup> Rechtsdogmatik nimmt also bestimmte grundlegende Aussagen über das positive Recht und dessen angemessene Auslegung als gegeben an und ermittelt auf ihrer Grundlage den Sinngehalt positiver Rechtsvorschriften.<sup>62</sup> Auf Basis rechtstheoretischer Überlegungen wird dann im Wege der Rechtsdogmatik eine rationale Begründung<sup>63</sup> eines

---

*Robert Walter*, Bemerkungen zu Albert, zur Kritik der Reinen Jurisprudenz, Recht und Rechtswissenschaft in der Sicht des kritischen Rationalismus, Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung 1992, 359 ff; *Thienel*, Rationalismus, 10 ff; *derselbe*, Rechtswissenschaft ohne Sollen?, in Eric Milgendorf (Hrsg), Wissenschaft, Religion und Recht. Hans Albert zum 85. Geburtstag (2006), 415 (418 ff).

57 *Röhl/Röhl*, Rechtslehre<sup>3</sup>, 164; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie<sup>10</sup>, 197, Rz 310.

58 Zu einem weitergehenden Verständnis von Rechtsdogmatik etwa *Vesting*, Rechtstheorie<sup>2</sup>, 13 ff, Rz 19 ff.

59 *Christian Bumke*, Rechtsdogmatik, JZ 2014, 641 (642).

60 *Mathias Goldmann*, Dogmatik als rationale Rekonstruktion: Versuch einer Metatheorie am Beispiel völkerrechtlicher Prinzipien, Der Staat 2014, 373 (374). Von manchen werden diese Grundvoraussetzungen selbst als „Dogmen“ angesehen, von denen sich dann die Rechtsdogmatik ableitet; so etwa *Jens-Peter Damas*, Ist die Rechtswissenschaft eine „Wissenschaft“?, ARSP 2003, 186 (186 f).

61 Siehe *Rill*, ZfV 1985, 461; *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer (Hrsg), Einführung in Rechtsphilosophie der Gegenwart (1977), 1 f.

62 Vgl *Niklas Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (1982), 15.

63 Vgl *Jahr*, in Jahr/Maihofer, 303 ff.