

## Intradisziplinäre Rechtsvergleichung als Renaissance einer Allgemeinen Rechtslehre

Entwurf für einen Vortrag auf der Bochumer Tagung am 23./24. Juni 2022

(Stand 18. Juni 2022)

### Inhaltsübersicht

- I. Welche Allgemeine Rechtslehre
- II. Zum Erkenntnisinteresse intradisziplinärer Rechtsvergleichung
- III. Wie gelangt die Allgemeine Rechtslehre zu ihren Inhalten?
- IV. Ansatzpunkte für den Binnenrechtsvergleich
- V. Exkurs: Common Law and Civil Law – Casus und Regula
- VI. Strukturvergleich
- VII. Begriffsvergleich
- VIII. Methoden- und Theorievergleich
- IX. Referenzgebiete
- X. Ausgangs- und Auffangrechtsordnung
- XI. Querschnittsbetrachtungen
- XII. Skepsis ist billig

#### I. Welche Allgemeine Rechtslehre

Der Titel stammt nicht von mir. Ich freue mich natürlich, wenn von der Renaissance einer Allgemeinen Rechtslehre die Rede ist. Ob die damit verbundenen Hoffnungen sich erfüllen, hängt zunächst davon ab, was eine Allgemeine Rechtslehre leisten soll und kann.

Zunächst muss ich aber gestehen, dass ich gegenüber Idee und Begriff einer intradisziplinären Rechtsvergleichung zunächst skeptisch war und bis zu einem gewissen Grade immer noch bin. Allerdings wurde meine Skepsis durch die gehaltvolle Tagung zum Rückschauferler gedämpft. Das Exposé zur heutigen Tagung und das Tagungsprogramm tragen meinen Bedenken Rechnung, denn dort wird der Gedanke des Rechtpluralismus hinreichend durch kritische Bemerkungen über eine postulierte Autonomie der Teildisziplinen und durch die Einheit der Rechtsordnung als prominentes Vortragsthema deutlich unterlaufen.

Was nun das Leistungsspektrum einer Allgemeinen Rechtslehre angeht, so verlangt die aktuelle Tagung, zwischen einer komparativ-strukturalen und einer integrierten Allgemeinen Rechtslehre zu unterscheiden.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Andreas Funke* (wie Fn. 2 S. 8ff) unterscheidet zwischen einer philosophischen, einer strukturalen, einer komparativen, einer integrativen, einer positiv-rechtlichen und einer integrativen Allgemeinen Rechtslehre. Einteilungsgesichtspunkt

Die Idee einer Allgemeinen Rechtslehre hat in der deutschen Rechtswissenschaft Tradition.<sup>2</sup> In der Sache war vor allem *Ernst Rudolf Bierlings* von 1894 bis 1917 in fünf Bänden erschienene »Juristische Prinzipienlehre« eine Allgemeine Rechtslehre. Eine »Allgemeine Rechtslehre« erschien 1904 von *Theodor Sternberg*. *Adolf Merkel* verfasste für *Franz v. Holtzendorffs* »Encyclopädie der Rechtswissenschaft« (5. Aufl. 1890) »Elemente einer allgemeinen Rechtslehre«. 1917 veröffentlichte auch *Felix Somló* eine »Juristische Grundlehre«.<sup>3</sup> Die Tradition der Allgemeinen Rechtslehre war mit der zuletzt 1948 in 2. Auflage erschienenen »Allgemeinen Rechtslehre« von *Hans Nawiasky* abgerissen.<sup>4</sup>

Die traditionelle Allgemeine Rechtslehre war nicht zuletzt auch komparativ. Bei *Max Rheinstein* (den ich 1957 als Student in Frankfurt am Main noch erlebt habe) findet sich die Vorstellung, dass Rechtsvergleichung zu einer Allgemeinen Rechtslehre führen könne.

»Jede nationale Rechtswissenschaft muß zwangsläufig die Struktur der Normen, mit denen sie es zu tun hat, näher untersuchen, gewisse formale Kategorien entwickeln – wie z.B. dingliches und obligatorisches Recht, Vertrag, Haftung, Eigentum etc. – und Begriffe prägen wie Zuständigkeit, Einrede, Rechtskraft. Kategorien dieser Art finden sich mit erstaunlicher Regelmäßigkeit in den verschiedensten Rechtssystemen. Das führt zu der Frage, ob es sich vielleicht um immanente Kategorien des Rechts handelt, aus denen sich eine formale Morphologie des Rechts entwickeln ließe.«

Ganz in diesem Sinne bestimmte *Nawiasky* die Aufgabe der Allgemeinen Rechtslehre dahin, das einer Mehrzahl konkreter Rechtsordnungen Gemeinsame herauszuarbeiten.<sup>6</sup> Das von

---

ist teils die theoretische Perspektive, teils die Quelle des Materials, teils der Zweck. *Felix Somló*s »Grundlehren der Rechtswissenschaft« (1917) wären danach struktural, und was *Somló* als Allgemeine Rechtslehre bezeichnete, wäre positiv-rechtlich (S. 8ff). Letztere sollte sozusagen den Allgemeinen Teil der Allgemeinen Teile liefern. Die Grundlehren dagegen sollten das Recht allein als Form ohne Rücksicht auf irgendwelche Inhalte betrachten. *Somló* sah durchaus, dass die Trennung von Form und Inhalt problematisch ist. Tatsächlich ist die Form ohne Inhalte leer. Aus den Grundlehren werden Grundleeren. Deshalb kommt es für unsere Allgemeine Rechtslehre darauf an, (in der nächsten Auflage) gerade das Verhältnis von Form und Inhalt zu erörtern. Dazu vorläufig »Form und Inhalt als Kaskade«, Rsozblog vom 2. Januar 2021 [<https://www.rsozblog.de/form-und-inhalt-als-kaskade/>].

<sup>2</sup> Diese Tradition haben *Annette Brockmüller* und *Andreas Funke* aufgearbeitet: *Annette Brockmüller*, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900, 2004; *Andreas Funke*, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie, 2004. Immer noch lesenswert *Neubauer*, Zur Kritik der »Allgemeinen Rechtslehre«, ARSP 33, 1939/40, 352-357.

<sup>3</sup> Die 2. Aufl. von 1927 ist ein unveränderter Nachdruck.

<sup>4</sup> Ein schmaler Band mit diesem Titel von *Rupert Schreiber* (Allgemeine Rechtslehre. Zur Einführung in die Rechtswissenschaft, 1969) ist nicht mehr zur Kenntnis genommen worden.

Auch *Hans Kelsen* hat seine (analytische) Rechtstheorie »allgemeine Rechtslehre« genannt. Die »Reine Rechtslehre« beginnt mit den Sätzen: »Die Reine Rechtslehre ist eine Theorie des positiven Rechts; des positiven Rechts schlechthin, nicht einer speziellen Rechtsordnung. Sie ist allgemeine Rechtslehre, nicht Interpretation besonderer nationaler oder internationaler Rechtsnormen.« Aber *Kelsen* verwendet diese Bezeichnung nicht als terminus technicus, sondern er will damit nur deutlich machen, dass die gesuchte Theorie keiner speziellen Rechtsordnung verpflichtet ist..

<sup>5</sup> Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. 1987, 30.

<sup>6</sup> Allgemeine Rechtslehre, S. 3. Zu komparativen Ansätzen bei den älteren Autoren *Funke* (wie Fn. 3) S. 12f.

*Neubauer* machte geltend, dass die Allgemeine Rechtslehre praktisch nichts bewirkt habe (Zur Kritik der »Allgemeinen Rechtslehre«, ARSP 33, 1939/40, 352-357). *Neubauer* meint, die Allgemeine Rechtslehre habe durch ihre Beschränkung auf das positive Recht eine interdisziplinäre Entwicklung der Rechtswissenschaft eher gelähmt. Das sei »tragisch, denn einst ging sie (Merkel, Post, Ihering) von dem entgegengesetzten Bestreben aus« (S. 355).

Rheinstein und Nawiasky formulierte Programm läuft darauf hinaus, eine Strukturtheorie des Rechts auf empirischer Grundlage zu erstellen. Eine solche Strukturtheorie ist keiner speziellen Rechtsordnung verpflichtet. Moderner formuliert: Sie befasst sich mit allgemeinen Eigenschaften von Rechtssystemen jenseits der kontingenten, von der jeweiligen partikularen Kultur abhängigen Inhalte des Rechts.<sup>7</sup> Sie setzt voraus, dass sich Recht als Gegenstand ausmachen lässt, der zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Gesellschaften anzutreffen ist und gemeinsame charakteristische Eigenschaften aufweist.

Meine eigene Allgemeine Rechtslehre stellt sich zwar gerne in die Tradition, verfolgt aber einen anderen Ansatz, den ich, angeregt durch Andreas Funke<sup>8</sup>, als integrativ kennzeichnen möchte. Dieser Ansatz erklärt sich zunächst aus der Entstehungsgeschichte. Anfang der 90er Jahre habe ich, relativ planlos, eine Vorlesung »Einführung in die Rechtswissenschaft« gehalten. Aber daran bin ich gescheitert. In einer Ausweichbewegung habe ich mich auf die Metaebene begeben, indem ich rechtsphilosophische und rechtstheoretische Fragen einbezogen habe. Meine Verbindung zur Rechtssoziologie hat mich zudem immer wieder auf das Problem der Interdisziplinarität gestoßen. Um Interdisziplinarität habe ich mich dann aber weniger bei den Sachfragen bemüht, die das Recht auf der operativen Ebene zu lösen hat, als vielmehr hinsichtlich der Arbeitsweise der Jurisprudenz. Für die Sachprobleme sucht man Hilfe in erster Linie bei Soziologie und Ökonomie. Für die Betriebsprobleme, wie ich sie einmal nennen will, sind dagegen eher Moralphilosophie und Politikwissenschaft, Sprach- und Literaturwissenschaft, Ästhetik und Logik, Psychologie und Kommunikationswissenschaft relevant. Am Ende ist so weniger eine Lehre von den allgemeinen Strukturen des Rechts entstanden als vielmehr eine Sammlung von interdisziplinären Gemeinplätzen, die zum Umgang mit dem Recht nützlich erscheinen, eine Art Betriebssystem der Rechtswissenschaft. Anspruchsvoller formuliert: Meine Allgemeine Rechtslehre ist keine Einführung in das Recht, sondern eine Einführung in die Rechtswissenschaft.

Genauer muss ich sagen, unsere Allgemeine Rechtslehre, denn ohne meinen Sohn Hans Christian Röhl, der schon bei der zweiten Auflage im Hintergrund geholfen hatte, wäre die dritte Auflage nicht zustande gekommen. Wenn ich im Folgenden von »wir« rede, so ist das also kein pluralis majestatis, sondern der Hinweis auf unsere Zusammenarbeit, ohne die auch dieser Vortrag anders ausgefallen wäre.

Nun bemühen wir uns seit Jahren um eine Neuauflage unserer Allgemeinen Rechtslehre. Im aktuellen Zustand ist das Manuskript mit 1400 Textseiten mehr als doppelt so lang wie

---

<sup>7</sup> Die Formulierung habe ich weitgehend von *Stefan Magen* übernommen (*Stefan Magen*, Zur naturalistischen Erklärung rechtlicher Normativität, ARSP-Beiheft 155, 2018, 45-69, S. 53). In der Sache formulierten »die Alten« das Ziel einer Allgemeinen Rechtslehre, wenn auch mit anderen Worten, so doch ähnlich. *Ernst Rudolf Bierling* beginnt »Juristische Prinzipienlehre ist die systematische Darstellung derjenigen juristischen Begriffe und Grundsätze, welche im wesentlichen – ihrem stets gleichbleibenden Kerne nach – unabhängig sind von der individuellen Besonderheit irgend eines bestimmten (konkreten) positiven Rechts.« (Juristische Prinzipienlehre, 1894, Bd. 1 S. 1).

<sup>8</sup> *Funke* wie Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert. S. 13.

vertretbar. Wir kämpfen damit, dass sich ständig weitere Gedanken anlagern wollen, während wir der Meinung sind, es werde zu viel gesagt und geschrieben, und es komme darauf an, die Dinge bei aller Komplexität auf ihren Kern zurückzuführen. Dazu haben wir uns ein Bonmot des Historikers *Hermann Heimpel* zum Motto gemacht: »Literaturkenntnis schützt vor Neuentdeckungen ... «<sup>9</sup>. Aber es ist nicht leicht, diesem Motto zu folgen. Oft ist es einfacher, die eigenen Gedanken zu Papier zu bringen, als nachzulesen, was denn andere schon Kluges gedacht und gesagt haben. Und es ist in der Tat schon so viel Kluges geschrieben worden, dass man sich, zumal als Emeritus, endgültig zur Ruhe begeben sollte. Es bleibt ein kleiner Trost. Wenn es um natürliche Ressourcen geht, ist Recycling angesagt.<sup>10</sup> Vielleicht ist das auch ein Motto für die Allgemeine Rechtslehre.

Wir nutzen die Allgemeine Rechtslehre schlicht als Buchtitel, um die gemeinsame Basis einer ausdifferenzierten Rechtswissenschaft affirmativ nachzuzeichnen. Allgemeine Rechtslehre, wie wir sie verstehen, bietet keine universelle Theorie des Rechts, sondern beschränkt sich auf das Recht der modernen Territorialstaaten und dessen Wandel im Prozess der Europäisierung und Globalisierung. Sie stellt sich dabei auf den Standpunkt des offiziellen Rechts und verzichtet damit von vornherein darauf, den postmodernen Universalismus der Vielfalt zu inkorporieren. Sie erhebt keinen Innovationsanspruch. Sie ist keine eigenständige Wissenschaftsdisziplin mit spezifischer Methode und besonderem Objektbereich. Anders die »disziplinär ganz besondere Rolle ... zwischen traditioneller Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft«, die *Andreas Funke* der Allgemeinen Rechtslehre zuschreibt und die darin bestehen soll, dass »sie nach dem in der Rechtswissenschaft vorhandenen Rechtsbegriff sucht.«<sup>11</sup> Das wäre in der Tat ein intradisziplinäres Vergleichsunternehmen. Uns erscheint dieses Unternehmen freilich wenig attraktiv, denn der Rechtsbegriff ist und bleibt, was man heute ein *essentially contested concept* nennt<sup>12</sup>, weshalb man sich immer wieder mit einem provisorischen Rechtsbegriff zufriedengeben muss.

Unsere Allgemeine Rechtslehre bildet eine eklektische Mischung von Gedanken aus den klassischen juristischen Grundlagenfächern mit Fundstücken aus verschiedenen Fremddisziplinen.<sup>13</sup> Es kommt uns nicht darauf an, eine eigene Theorie zu verbreiten. Wir

---

<sup>9</sup> Literaturkenntnis schützt vor Neuentdeckungen und ist das Elementarste an jenem zweckmäßigen Verhalten, das man etwas hochtrabend historische Methode zu nennen pflegt.« (*Hermann Heimpel*, [Rezension zu] Friedrich August Freiherr von der Heydte: Die Geburtsstunde des souveränen Staates [...]. In: Göttingische Gelehrte Anzeigen 207, 1953, 197–221, S. 210).

<sup>10</sup> Ein ketzerischer Gedanke: Vielleicht brauchen wir statt einer Allgemeinen Rechtslehre eine auf juristische Literatur spezialisierte Ausgabe von [Blinkist](https://www.blinkist.com/de/ap/das-ist-blinkist) oder gar ein Super-Blinkist, das nicht nur einzelne Bücher referiert, sondern ganze Themenfelder [<https://www.blinkist.com/de/ap/das-ist-blinkist>].

<sup>11</sup> *Funke* S. 185.

<sup>12</sup> Nach *Walter B. Gallie*, *Essentially Contested Concepts*, *Proceedings of the Aristotelian Society* 56, 1956, 167-198.

<sup>13</sup> *Kelsen* hat die Vermischung der unterschiedlichen Methoden von Rechtstheorie, Rechtssoziologie und Jurisprudenz abfällig Methodensynkretismus genannt. Dazu *Matthias Jestaedt* in der Einführung zur Studienausgabe der 1. Auflage der »Reinen Rechtslehre« von 1934, S. XXXVI. Ein Methodenmix ist jedoch nur gefährlich, wenn er unbemerkt unterläuft. Die Kombination verschiedener Methoden macht es allerdings notwendig, die Allgemeine Rechtslehre mit einer wissenschaftstheoretischen Einleitung zu beginnen. Sie muss, ausgehend von sprachphilosophischen Formulierungen, den Unterschied von normativen und deskriptiven Sätzen und damit das Werturteilsproblem

haben keine, oder besser, wir wollen keine haben, sondern aus der Fülle des Stoffes das zusammentragen, was sich zu wissen lohnt, um nicht in der Flut des positiven Rechts zu versinken und von der Welle der Interdisziplinarität fortgespült zu werden. Wir fühlen uns dadurch bestätigt, dass neuerdings *Marietta Auer* genau diese Mischung für eine »neue Rechtstheorie« reklamiert.<sup>14</sup>

Unser Eklektizismus ist alles andere als Rechtspluralismus oder auch nur Methodenpluralismus. Den harten Kern bilden eine Lehre von der Rechtsgeltung und daran anschließend die Lehre von den Rechtsquellen, die in der Methodenlehre mündet. Wir sprechen bewusst von Lehre, denn das aus der analytischen Rechtstheorie übernommene Begriffsgerüst lässt sich nur mit normativen Überzeugungen am real existierenden Rechtssystem verankern. Was *Auer* als »schwer überbrückbaren methodischen und erkenntnistheoretischen Bruch zwischen Rechtsdogmatik und juristischen Grundlagenfächern« diagnostiziert<sup>15</sup>, soll unsere Allgemeine Rechtslehre durch die Rehabilitation des juristischen Urteils als eines begründeten Werturteils überwinden. Das war schon ein Leitgedanke der Auflage von 2008, wird aber die neue Auflage, wenn wir sie denn zustande bringen, noch stärker prägen.

## II. Zum Erkenntnisinteresse intradisziplinärer Rechtsvergleichung

Mit welchem Erkenntnisinteresse soll intradisziplinäre Rechtsvergleichung betrieben werden? Als Hintergrund und Motivation der Tagung wird im Exposé der Diskurs über die Differenzierung der Wissenschaft angeführt. Es gilt heute beinahe als selbstverständlich<sup>16</sup>, dass sich alle gesellschaftlichen Phänomene ausdifferenzieren. Eine Ausdifferenzierung auch der Rechtswissenschaft lässt sich nicht mehr bestreiten spätestens, nachdem sich ist an dieser Fakultät ein Institut für Glücksspiel und Gesellschaft etabliert hat.<sup>17</sup> Nicht so klar

---

umreißen, um die von Kelsen mit gutem Grund kritisierten Missverständnisse und naturrechtlichen Erschleichungen auszuschalten.

<sup>14</sup> Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft, 2018, S. 36, 73. *Auer* spricht insoweit von bricolage und zitiert dazu *Claude Lévi-Strauss*, auf den dieser Begriff zurückgeht. S. 36 Fn. 58. Sie beruft sich ferner auf *Derrida* und auf *Thomas Gutmann*, der seinerseits auf *Foucault* rekurriert (*Thomas Gutmann*, Intra- und Interdisziplinarität: Chance oder Störfaktor?, in: *Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz* (Hg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, 92-116, S. 113 Fn. 113). Wäre sie *Heimpels* Motto gefolgt, hätte sie *Hubert Treiber* angeführt, der diesen Gedanken schon 1992 und erneut 2007 von *Lévi-Strauss* rezipiert hatte, um den Umgang der Juristen mit fremddisziplinärem Wissen zu charakterisieren (Trägt die Vorschriftenbereinigung zum effektiveren Vollzug bei? Oder die Entdeckung des versierten »Bastlers« im »Vorschriftenschungel«, KJ 1992, 32-45; Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft - eine »Revolution auf dem Papier«?, (Teil 1), KJ 2007, 328-346, S. 338ff).

<sup>15</sup> Ebd. S. 16. Die Allgemeine Rechtslehre kann deshalb nicht die »philosophische Enthaltbarkeit hinsichtlich der zugrundeliegenden normativen und erkenntnistheoretischen Prämissen üben«, die (*Auer* S. 30) für ein Merkmal der Allgemeinen Rechtslehre hält.

<sup>16</sup> Nicht für mich. In Rechtssoziologie-online §§ 98 und 99 habe ich die Entwicklung als konvergente Modernisierung gedeutet [<https://rechtssoziologie-online.de>]. Zunächst in Einträgen auf Rsozblog habe ich Überlegungen zu einer »Konvergenztheorie des Wissens« angestellt und sie später zu einem Kongressvortrag ausgearbeitet: [https://www.rsozblog.de/wp-content/uploads/R%C3%B6hl\\_Eine-Konvergenztheorie-des-Wissens\\_Stand\\_2\\_9\\_2015.pdf](https://www.rsozblog.de/wp-content/uploads/R%C3%B6hl_Eine-Konvergenztheorie-des-Wissens_Stand_2_9_2015.pdf)].

<sup>17</sup> Die Fächersystematik des Statistischen Bundesamts verzeichnet 19 Fachgebiete. Die DFG begnügt sich mir fünf. Neben den drei klassischen nennt sie nennt sie Grundlagen des Rechts und Kriminologie.

ist, ob darüber die Einheit des Faches in Gefahr geraten oder gar schon verloren ist.<sup>18</sup> Die Juristischen Fakultäten bieten immer noch ein »Ein-Fach-Studium«, das alle Juristen mit einer einheitlichen Ausbildung versorgt und auf Staatsexamina ausgerichtet ist, die eine einheitliche Berufsfähigkeit bescheinigen. Bisher sind die Versuche, fachspezifische Schmalspurjuristen auszubilden, gescheitert oder jedenfalls auf Fachhochschulen abgedrängt worden. Liegt die Ursache der beklagten »Zentrifugalität« der Rechtswissenschaft in deren »Versäulung« in Zivilrecht, Öffentliches Recht und Strafrecht?<sup>19</sup> Oder ist es eher die Ausdifferenzierung innerhalb der großen Fächer?<sup>20</sup> Entspringt die Forderung nach intradisziplinärer Rechtsvergleichung eher einem wissenschaftlichen Erkenntnisinteresse oder soll sie allgemeiner Folgen der Differenzierung im Interesse der Einheit des Rechts und der Rechtswissenschaft entgegenwirken? Der Wissenschaftsrat würde jedenfalls von einer Gegenbewegung gegen disziplinäre Binnendifferenzierung sprechen.<sup>21</sup> Es geht in der Rechtswissenschaft aber wohl nicht, wie immer wieder und kürzlich erneut in der Soziologie<sup>22</sup>, um eine prinzipielle Uneinigkeit des Faches, um konkurrierende Paradigmen und professionspolitische Strategien, sondern um ein gemeinsames Anliegen, nämlich darum, dysfunktionale Folgen der Spezialisierung abzubauen und das Recht mit all seiner Komplexität handhabbar zu halten.<sup>23</sup> Das ist vor allem ein praktisches Anliegen.<sup>24</sup> Dazu kann interdisziplinäre Rechtsvergleichung sicher noch besser beitragen, wenn man den Zungenbrecher durch schlankere Formulierungen wie Binnenrechtsvergleich oder interner Vergleich ersetzt.

---

<sup>18</sup> Zu den Folgen der Ausdifferenzierung *Niklas Luhmann*, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1992, S. 455: »Für weitere evolutionstheoretische Studien wird zu bedenken sein, daß bei diesem Vorgang der Bildung immer weiterer Spezialisierungen neben allgemeinen Problemen der Reduktion von Komplexität das Reputationsmanagement eine Rolle spielen dürfte. Die Spezialisierung verringert die Konkurrenz mit bereits etablierter Reputation, sie gibt dem sozialen Abweichen einen sachlichen Anstrich, und sie erleichtert, wenn etabliert, die Reputationskontrolle. Erst sekundär tritt dann das Problem auf, sich ins Netzwerk der bereits vorhandenen Subsysteme ein zufädeln oder sich mutig als »interdisziplinär« zu behaupten.«

<sup>19</sup> So *Josef Franz Lindner*, *Einheit der Rechtswissenschaft als Aufgabe*, *JZ* 2016, 697-707.

<sup>20</sup> In ihrem Vorwort zur Veröffentlichung der Beiträge zur Zivilrechtslehrertagung 2013 meinten *Gerhard Wagner* und *Reinhard Zimmermann*, eine solche Tagung biete immer schon per se einen Binnenrechtsvergleich, und der sei auch notwendig, denn: »Die verschiedenen Teilrechtsgebiete entwickeln ihre eigenen Strukturen, ihre eigenen Begrifflichkeiten, ihre eigenen Verständnishorizonte; und die einschlägigen Spezialdiskurse tendieren dazu, sich immer stärker voneinander abzukapseln.« (*AcP* 214, 2014, 1-6, S. 5).

<sup>21</sup> Wissenschaftsrat, *Wissenschaft im Spannungsfeld von Disziplinarität und Interdisziplinarität*, Positionspapier 2020, S. 22. »Mit fortschreitender Binnendifferenzierung kann wiederum der Bedarf an fachgebiets- und fachübergreifender Verständigung wachsen.« (S. 21)

<sup>22</sup> Vgl. dazu *Stefan Hirschauer*, *Ungehaltene Dialoge. Zur Fortentwicklung soziologischer Intradisziplinarität*, *Soziopolis*, 21. 09.202 [https://www.sozipolis.de/ungehaltene-dialoge.html].

<sup>23</sup> *Schönberger* würde das als Einheitsideologie einordnen (*Christoph Schönberger*, § 71 *Verwaltungsrechtsvergleichung: Eigenheiten, Methode und Geschichte*, in: Armin von Bogdandy u. a. (Hg.), *Verwaltungsrecht in Europa*, Heidelberg 2011, S. 493-540, Rn. 17).

<sup>24</sup> Im Einleitungskapitel unserer *Allgemeinen Rechtslehre* heißt es: »Längst haben sich das Recht und stärker noch die Rechtswissenschaft in zahlreiche Sachgebiete und Spezialitäten aufgelöst. In dieser Situation besteht eine Notwendigkeit, über alle Rechtsgebiete und Fächergrenzen hinweg das Gemeinsame herauszustellen. Die Allgemeine Rechtslehre hat daher die Einheit der Rechtswissenschaft vor Augen. Spezialisierung ist notwendig. Niemand kann sie aufhalten. Allgemeine Rechtslehre wendet sich jedoch gegen jene Eigendynamik der Spezialisierung, die viele Spezialisten immer wieder das Rad erfinden und mit immer neuen Begriffen versteckt spielen lässt. Durch die Klarstellung der zugrunde liegenden Konzepte kann die Allgemeine Rechtslehre Wiederholungen ersparen, zur Vereinfachung beitragen und helfen, manche Scheindebatte zu vermeiden.«

### III. Wie gelangt die Allgemeine Rechtslehre zu ihren Inhalten?

Wie gelangt die Allgemeine Rechtslehre zu ihren Inhalten? Zwei Wege sind denkbar, deduktiv durch theoretische Überlegungen oder empirisch durch Erkundung des positiven Rechts. *Adolf Reinach*<sup>25</sup> und *Gustav Radbruch*<sup>26</sup> sprachen von »apriorischen Rechtsbegriffen«. Zu Begriffen, die im kantischen Sinne apriorisch sind, also frei von aller Empirie aus reiner Vernunft geschaffen, haben wir keinen Zugang. Aber auch der Anspruch *Somló*s, »eine von jedem Wandel des Rechtsinhaltes unabhängige Grundlage jeder Jurisprudenz« zu erarbeiten<sup>27</sup>, ist nicht unser Ehrgeiz. Viele wichtige Bausteine bezieht die Allgemeine Rechtslehre aus der analytischen Rechtstheorie. Grundbegriffe der Rechtswissenschaft wie Handlung und Norm, Institution und System, Interessen und Werte, sind auch zentrale Begriffe der Sozialwissenschaften.<sup>28</sup> Daher liegt es nahe, die gleichlautenden Begriffe durch interdisziplinär vergleichende Betrachtung zu schärfen. Was die empirische Erkundung des positiven Rechts betrifft, so gibt es zwei Wege, um zu Verallgemeinerungen zu gelangen, nämlich die Abduktion von singulären Regeln und die Induktion über die Suche nach analogen Erscheinungen. Für letztere bietet sich Rechtsvergleichung an.

### IV. Ansatzpunkte für den Binnenrechtsvergleich

Der Binnenrechtsvergleich kann nicht ohne weiteres dem Vorbild der klassischen (externen) Rechtsvergleichung folgen. Der externe Vergleich beschäftigt sich im Ausgangspunkt mit unabhängigen Rechtsordnungen. Die zu vergleichenden Regeln sind weder in gedanklicher noch in normativer Hinsicht aufeinander bezogen. Wie immer gibt es Ausnahmen. So beobachtet der externe Vergleich die Diffusion von Rechtsgedanken als legal transplants.<sup>29</sup> Und obwohl ein normativ-verfassungsrechtlicher Überbau fehlt, ist doch

---

<sup>25</sup> Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 1913.

<sup>26</sup> *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1956, S. 219.

<sup>27</sup> Juristische Grundlehre S. 8.

<sup>28</sup> Im Hinblick darauf ist oft von Schlüsselbegriffen die Rede, die verschiedene Disziplinen verbinden sollen, indem sie auf gemeinsame Aufmerksamkeits- und Arbeitsfelder verweisen. Gleichbedeutend spricht man von »interdisziplinären Verbundbegriffen«, »Kontaktbegriffen«, »Brückenbegriffen«, »Verweisungs-« oder »Vermittlungsbegriffen« (Nachweise bei *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 60f). Mit ihrer Hilfe soll es gelingen, unterschiedliche Fachdiskurse zusammenzuführen. Der Erfolg ist jedoch bisher weitgehend ausgeblieben. Die Schlüsselbegriffe werden, wie gesagt, für die *Interdisziplinarität* in Anspruch genommen. Darüber wird versäumt, den fremddisziplinären Metadiskurs über diese Begriffe heranzuziehen. Dazu nur ganz vorläufig: *Raymond Williams* hat Schlüsselbegriffe (*keywords*) zum Thema gemacht. Ihm war aufgefallen, dass eine Reihe geläufiger Stichworte nach 1945 mit anderer Bedeutung gebraucht wurden als vor dem Weltkrieg. Seine Liste umfasste 109 Ausdrücke wie Art, Democracy oder Violence. Law (Recht) waren nicht darunter. *Williams* interessierte sich für den historischen Wandel der Bedeutung. Interessanter aber noch ist das Phänomen der langen Reihe von Begriffen, mit denen die Geistes und Sozialwissenschaften operieren und an denen man immer wieder anknüpfen kann, weil jeder darunter etwas versteht, viele jedoch etwas Verschiedenes. Diese Schlüsselbegriffe tragen alle mehr oder weniger den Charakter von *essentially contested concepts*. Vielleicht sollte man sagen: *essentially open concepts*. Ihre Bedeutung wechselt oft, wenn sie in unterschiedlichen Zusammenhängen verwendet werden. Deshalb werden solche Begriffe auch als Wieselworte denunziert. An der Universität Pittsburgh gibt es ein Keywords Project, das *Williams'* Gedanken weiter verfolgt [https://keywords.pitt.edu/whatis.html].

<sup>29</sup> *Alan Watson*, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 1974, 2. Aufl. 1993; *Michele Graziadei*, Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, 2006, 441-475; *Jens Drolshammer/Rolf H. Weber*, Wie das Recht auf Reisen geht. Eine Übersichtsdarstellung internationaler Rechtstransfers am Beispiel des schweizerischen Rechts- und Kulturraums, Wien 2019; *Klaus F. Röhl*, Rechtssoziologie-online § 98: Globalisierung als konvergente Modernisierung II.

die Frage nach einer »Konstitutionalisierung« der Rechtsordnungen durch weiche völkerrechtliche Vorgaben auch in der klassischen Rechtsvergleichung präsent. Aber die Differenzen sind so gravierend, dass der Binnenvergleich ein neues methodisches Instrumentarium entwickeln muss, wenn er sich nicht das Verdikt des Etikettenschwindels zuziehen will.

Zum Vergleich gehört ein *tertium comparationis*. In Betracht kommen insbesondere

- Funktionen,
- historische Wurzeln,
- Regelungsstile,
- Rechtsquellen
- Strukturen,
- Begriffe,
- Methoden
- Theorien.

»Im Zentrum der [klassischen] Rechtsvergleichung steht ... der Vergleich der Lösungen, die die jeweiligen Rechtsordnungen für konkrete Sachprobleme beinhalten. Das ist der Kern der funktionalen Rechtsvergleichung.«<sup>30</sup> Der klassische Rechtsvergleich ist gegenstandsbezogen. D. h., er fragt danach, wie unterschiedliche Rechtsordnungen ein bestimmtes Sachproblem lösen (Städteplanung, nichteheliche Lebensgemeinschaften, Beteiligung der Beschäftigten an der Unternehmensführung, Untersuchungsrichter). Der Binnenvergleich hat es hingegen kaum mit der unterschiedlichen Behandlung vergleichbarer Sachprobleme zu tun. Ein Äquivalent für Baugenehmigungen, Betriebsvereinbarungen, Haftbefehle, Testamente, Gemeingebrauch oder die Ehescheidung sucht man in den jeweils anderen Teilrechtsordnungen vergebens. Eine Ausnahme bildet das Verfahrensrecht. Daher ist es kein Zufall, dass der interne Vergleich auf diesem Gebiet schon viel erreicht hat.

Wenn man auf Distanz geht, wird man allerdings doch Themen für den Funktionsvergleich entdecken. Rechtssoziologie und ökonomische Analyse des Rechts kennen Beispiele dafür, dass Regeln aus ganz verschiedenen Rechtsgebieten gleiche oder ähnliche Wirkungen haben. So wird oft darauf hingewiesen, dass Strafen und Schadensersatzpflichten ähnliche Präventionswirkungen haben. Aber hier spielt kaum die Musik, sondern es wirken eher Solisten wie *Helmut Koziol* mit seiner Monografie über Grundfragen des Schadensersatzrechts von 2010.<sup>31</sup> Nimmt man den von *Koziol* herausgegebenen Sammelband über Grundfragen des Schadensersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht (2014) und *Gert Brüggemeiers* Werk über Struktur, Prinzipien und Schutzbereich des Haftungsrechts<sup>32</sup> hinzu, so stößt man auf die Frage nach dem Platz des Unionsrechts im Binnenvergleich. Man kann ferner auch danach suchen, wie die verschiedenen

---

<sup>30</sup> *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 1 Rn.14; ähnlich *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, 3. Aufl. 1996, S. 33.

<sup>31</sup> *Helmut Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, Wien 2010. Daran anschließend *Helmut Koziol* (Hg.), Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht, Wien 2014.

<sup>32</sup> *Gert Brüggemeier*, Haftungsrecht, Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, 2006.



Teilrechtsgebiete auf den sozialen Wandel reagieren oder auf spezifische Krisen reagieren. Das ist indessen eher ein Thema für die Rechtssoziologie als für die Allgemeine Rechtslehre.

Über den Vergleich historischer Wurzeln fügt der Fremdrechtsvergleich Rechtsfamilien zusammen. Mit dem Binnenvergleich könnte man vielleicht erklären, warum bestimmte Bereiche zum öffentlich-rechtlichen Recht gerechnet werden, andere dagegen zum Privatrecht. Das Vergaberecht ist in Deutschland privatrechtlich organisiert, in Frankreich dagegen öffentlich-rechtlich. Der historische Vergleich führt auf den Gesichtspunkt der Ausgangsrechtsordnung und dieser wiederum legt den Gedanken einer Auffangrechtsordnung nahe (u. X).

Der Blick auf Regelungsstile würde auch im Binnenvergleich den unterschiedlichen Stand der Kodifizierung der Rechtsgebiete aufzeigen oder die unterschiedliche Bedeutung von Gesetzen und Präjudizien etwa im Verhältnis von klassischem Privatrecht zum Arbeitsrecht.

Für das Verwaltungs- und Sozialrecht, aber auch für das Arbeitsrecht lässt sich ein Strauß von untergesetzlichen Rechtsquellen aufzeigen, die dem Zivilrechtler nicht vertraut sind.

## V. Exkurs: Common Law and Civil Law – Casus und Regula [wird nicht vorgetragen]

Zu den geläufigen Themen der externen Komparatistik gehört der Vergleich von Common Law und Civil Law mit der Unterscheidung von Präjudiz und Norm. Die klassische Vorstellung geht dahin, dass man im Civil Law nach Regeln entscheidet, während man im Common Law von Fall zu Fall argumentiert. Aber das ist nur die operative Ebene des Geschäfts. Eine Allgemeine Rechtslehre, die zum Betriebssystem der Jurisprudenz vordringen will, muss genauer fragen, was es heißt, an Stelle einer Norm einem Präjudiz zu folgen. Dabei stößt sie schnell auf den alten Problembereich von casus und regula.<sup>33</sup> Heute müsste man den Schwerpunkt etwas anders legen. Einem Präjudiz zu folgen heißt, dass die Ähnlichkeit der Fälle und damit eine Analogie maßgeblich ist. Wenn man die bekannten Lehrdarstellungen der Methodenlehre zu Rate zieht, z. B. diejenige von Herrn *Wank*, liegt ziemlich klar, was wir unter einer (Gesetzes-)Analogie zu verstehen haben. Dagegen meinen Skeptiker, an ihrer Spitze *Richard Posner*, und *Frederick Schauer*, dass die Analogie als spezifische juristische Denkform und Methode überflüssig sei.<sup>34</sup> Was an diesem Themenkreis interessiert,

---

<sup>33</sup> Dazu auf Rsozblog die Einträge »Casus und Regula« [<https://www.rsozblog.de/casusundregula/>], »Casus und regula: Die Hellenismuskontroverse« [<https://www.rsozblog.de/casus-und-regula-die-hellenismuskontroverse/>] sowie »Das Motto des Freirechts: »Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat« [<https://www.rsozblog.de/das-motto-des-freirechts-non-ex-regula-ius-sumatur-sed-ex-iure-quod-est-regula-fiat/>].

<sup>34</sup> »There is no such thing as an »analogical argument« in any but a rhetorical sense; you need reasons to determine whether one case should be thought relevantly similar to another. Analogies are not reasons; reasons are what is necessary to determine whether a similarity shall be treated as a ground for action, an analogy guiding decision.« (*Richard A. Posner*, Reasoning by Analogy, Cornell Law Review 91, 2006, 761-774, S.768. (Posner rezensiert hier die erste

ist die Frage, wie das Urteil über Gleichheit, Ähnlichkeit oder Verschiedenheit zustande kommt. Die Frage richtet sich zuerst an die kognitive Psychologie. Aber die stochert noch ziemlich im Nebel. Besser hilft vielleicht die Informationstechnologie, denn sie verfügt längst über Programme, mit denen Datensätze als gleich, ähnlich oder ungleich sortiert werden können. Auch in der Argumentationstheorie wird heftig über das Wesen der Analogie diskutiert. Diese Diskussionslinie ist von der Rechtstheorie noch nicht rezipiert worden. Ich selbst habe mich in diesem Problemknäuel verfangen und weiß nicht, wie ich da herausfinde.<sup>35</sup> Hier und heute dient mir die Analogie als Beispiel dafür, dass und wie man das von mir so genannte Betriebssystem der Jurisprudenz interdisziplinär angehen kann. Sie ist ein Beispiel aber auch dafür, dass die juristische Dogmatik an vielen Stellen zu ähnlichen Vorstellungen gelangt ist wie die Fremddisziplinen, die sich mit einer analogen Problematik befassen. Solche Beispiele sind wichtig, damit Juristen lernen, auf der Welle der Interdisziplinarität zu surfen.

## VI. Strukturvergleich

Eine Renaissance der Allgemeinen Rechtslehre wird man eher von einem Strukturvergleich erwarten. Ein solcher Vergleich stand, wie gesagt, auf dem Programm der traditionellen Allgemeinen Rechtslehre. Aber die »komparative Allgemeine Rechtslehre«<sup>36</sup> blieb Programm. Auch die klassische Rechtsvergleichung trug und trägt immer noch die IPR-Brille, soll heißen, sie blickt auf fremdes Recht, als ob sie das über eine Verweisung maßgebliche fremde Sachrecht beibringen müsste. Anspruchsvoller formuliert: Auch die seit *Feuerbach* immer wieder postulierte und versuchte Universaljurisprudenz auf komparatistischer Basis blieb gegenstands- oder sogar anwendungsbezogen.<sup>37</sup> Sollte nun intradisziplinäre Rechtsvergleichung für die Allgemeine Rechtslehre leisten, was die klassische Rechtsvergleichung schuldig geblieben ist?

Die Hoffnung auf eine Strukturtheorie des Rechts, mit der sich praktisch etwas anfangen lässt, steht zwar seit über 100 Jahren im Raum, lässt sich aber auch unabhängig von allen postmodernen Bedenken gegen universalistischen Rechtsimperialismus anscheinend nur schwer ausfüllen. Insoweit ist die traditionelle Allgemeine Rechtslehre blass geblieben. Die Werke von *Bierling*, *Somló* und *Nawiasky* verwenden zwar weitgehend gleichlautende Überschriften, die auch heute noch in Gebrauch sind. Es geht um Rechtsbegriff und Normen, Rechtsquellen und Rechtsgeltung, Rechtssubjekte und Rechtsobjekte, subjektive Rechte und Rechtsverhältnisse, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung. Aber die

---

Auflage von *Lloyd L. Weinreb*, *Legal Reason. The Use of Analogy in Legal Argument*, von 2006). Ähnlich schon *Posner*, *Overcoming Law*, 1995, S. 519. *Weinreb* erwidert in der 2. Aufl. von 2006, S. 86ff). Von *Schauer* vgl. das Kapitel »The Use and Abuse of Analogy« in: ders., *Thinking Like a Lawyer*, 2009, S. 85ff.

<sup>35</sup> Dazu auf [Rsozblog.de](https://www.rsozblog.de) die Reihe, über »Die Analogie als Entdeckungsverfahren und Gleichmacher«, die nach fünf Fortsetzungen noch lange kein Ende gefunden hat [<https://www.rsozblog.de/die-analogie-als-entdeckungsverfahren-und-gleichmacher/>].

<sup>36</sup> Unter dieser Überschrift behandelt *Funke* (wie Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert., S. 12) die Verbindung der traditionellen Allgemeinen Rechtslehre mit der Rechtsvergleichung.

<sup>37</sup> *Stefan Vogenauer*, *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung um 1900*, *RabelsZ* 76, 2012, 1122-1154.

Texte müssen doch von jeder Generation neu geschrieben werden. Die Begriffe stehen im Raum. Erst durch eine systematische Zusammenordnung der Allgemeinbegriffe wird daraus eine Sturkturtheorie des Rechts. Insoweit ist man über über Kelsen und Merkel bisher nicht hinausgekommen.

Diese kurzen Bemerkungen tun den genannten Autoren aber sicher Unrecht. Die Juristengenerationen vor uns haben das Recht so intensiv bearbeitet und durchdacht, dass die allgemeinen Strukturen, nach denen wir suchen, uns heute weitgehend selbstverständlich geworden sind, so dass wir gar nicht mehr bemerken, dass sie einmal als Theorie erarbeitet worden sind. Neue Strukturen ergeben sich heute aus dem Unionsrecht. Ich sehe nicht, wie der interne Rechtsvergleich hier weiterhelfen könnte. Hier sind zunächst die Staats- und Verfassungsrechtler gefragt. Für unsere Allgemeine Rechtslehre halten wir insoweit grundsätzlich an der *Merkel-Kelsenschen* Stufenbaulehre fest, bauen sie aber um zu einer Säulenhalle mit offenem Dach.

## VII. Begriffsvergleich

Ein naheliegendes Thema für die intradisziplinäre Rechtsvergleichung wäre der Vergleich gleichlautender Begriffe.

Begriffe sind Namen für eine Klasse von Gegenständen. Oft ist schon im Hinblick auf einzelne Tatbestandsmerkmale bestimmter Normen von einem Rechtsbegriff die Rede. So sprechen wir vom Gewahrsamsbegriff des § 242 StGB, vom Sachbegriff des § 90 BGB oder vom »Begriff« des Gesetzes in Art. 103 II GG. Hier bezeichnet der Begriff jeweils die Klasse der Gegenstände, die von dem gemeinten Tatbestandsmerkmal erfasst wird. Komplexere Begriffe erfassen Tatbestandsmerkmale, die in mehreren Normen vorkommen. Solche Begriffe werden oft mit Hilfe einer Legaldefinition festgelegt. In anderen Fällen bilden die Begriffe das Ergebnis der Gesetzesauslegung. Als Beispiel können der strafrechtliche Urkundenbegriff oder der Besitzbegriff des BGB dienen. Verschiedene Rechtstexte sprechen jedoch nicht immer mit einer Zunge, sondern verwenden die Begriffe gelegentlich inkonsistent. Der strafrechtliche Urkundenbegriff ist nicht der gleiche wie der Urkundenbegriff der ZPO. Die von *Wank*<sup>38</sup> so genannten Statusbegriffe knüpfen an den bezeichneten Status gleich mit einem ganzen Bündel von Rechtsfolgen an, z.B. an den Status des Kaufmanns oder den des Arbeitnehmers. Von der Begriffsbestimmung hängt die Anwendung ganzer Normenkomplexe ab. Nicht selten wird deshalb mit Blick auf die Rechtsfolgen, die verschiedene Normen an anscheinend denselben »Status« knüpfen, der Begriff unterschiedlich bestimmt. Schließlich gibt es Begriffe, die nicht bloß Normelemente, sondern eine Klasse von Normen bezeichnen. Zwar sind Begriffe keine Sätze. Sie können aber als Namen für Sätze stehen. So bildet der Begriff des Eigentums die Zusammenfassung aller Normen, die das Recht zur Beherrschung einer Sache ausgestalten. Der Begriff der Insolvenz ist der Inbegriff der Normen des Insolvenzrechts. Im Begriff der

---

<sup>38</sup> *Rolf Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 47.

Teilnahme sind alle Regeln des Strafrechts zusammengedacht, die auf das Zusammenwirken mehrerer an einer Tat bezogen sind.

In der Fremdrechtsvergleichung ist für den Begriffsvergleich wenig Raum, denn, sieht man einmal von Österreich<sup>39</sup> und der Schweiz ab, stellt sich von vornherein das Übersetzungsproblem.<sup>40</sup> So lässt sich »Verwaltungsakt« nicht einfach als »acte administratif« übersetzen.<sup>41</sup> Innerhalb ein und desselben Rechtssystems möchte man dagegen hoffen oder erwarten, dass gleichlautende Begriffe auch gleichmäßig verwendet werden.

Das Beispiel führt sogleich auf ein weiteres Problem, nämlich auf die unterschiedliche Funktion von Begriffen. »Verwaltungsakt« ist (mindestens auch) ein Rechtssatz- oder Tatbestandsbegriff. Aber der Verwaltungsakt dient auch der wissenschaftlichen Erfassung des Rechts und ist insofern ein dogmatischer Begriff. Dogmatische Begriffe unterschiedlicher Abstraktionshöhe fallen in die Kategorie der von *Samló* so genannten Rechtsinhaltsbegriffen, von denen *Samló* wiederum die Rechtsformbegriffe unterschied.<sup>42</sup>

Für die Rechtswissenschaft sollte eigentlich nicht zweifelhaft sein, dass sie ohne das Bemühen um klare und einheitliche Begriffe ihren Namen nicht verdient. Der primäre Betrag der Allgemeinen Rechtslehre besteht aber darin, genau diese Erwartung oder Hoffnung mit Erklärungen über den Vorgang der Begriffsbildung zu untergraben. Über die Akzessorietät strafrechtlicher Begriffsbildung<sup>43</sup> etwa kann man nicht sinnvoll streiten, wenn

---

<sup>39</sup> Gerade deshalb interessant *Otto Lagodny*, Zwei Strafrechtswelten. Rechtsvergleichende Betrachtungen und Erfahrungen aus deutscher Sicht in Österreich, 2020.

<sup>40</sup> Dazu etwa: *Marin, Georgiana-Simona*, Von der Übersetzbarkeit oder Unübersetzbarkeit des Rechts, Germanistische Beiträge 29, 2011, 198-209; *Peter Sandrini*, Der transkulturelle Vergleich von Rechtsbegriffen, in: *Susan Šarčević* (Hg.), Legal Language in Action, Zagreb 2009, S. 151-165.

<sup>41</sup> Vgl. *Schönberger* (wie Fn. 23) Rn. 23.

<sup>42</sup> Juristische Grundlehre S. 26.

<sup>43</sup> Unter der einprägsamen Überschrift »Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken« hatte *Hans Jürgen Bruns* in seiner Habilitationsschrift von 1938 die These aufgestellt, dass außerstrafrechtliche Begriffe für das Strafrecht nicht verbindlich sein könnten. Die teleologische Betrachtungsweise fordere vielmehr eine eigenständige strafrechtliche Begriffsbildung, die sich an dem jeweils zu schützenden Rechtsgut zu orientieren habe. Heute spricht man eher von einer wirtschaftlichen, faktischen oder tatsächlichen Betrachtungsweise. Ihr folgt die wohl herrschende Meinung. (zum nationalsozialistischen Hintergrund: *Gerhard Wolf*, Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken, *JuS* 1996, 189-195.

Dagegen steht die These von der Akzessorietät strafrechtlicher Begriffsbildung, die in neuerer Zeit nachdrücklich nur von Klaus Tiedemann vertreten wurde. Er machte geltend, die Bindung des Strafrechts an die rechtlichen Formen des Privatrechts bleibe unabdingbare Voraussetzung der Rechtssicherheit und dürfe auch im Kampf gegen das Verbrechen nicht abgestreift werden. Die begriffliche Akzessorietät des Strafrechts sei nahezu uneingeschränkt, sie verbiete die Entwicklung spezifisch strafrechtlicher Eigenbegriffe und zwingt zum Rückgriff auf das Privatrecht. Die durch die »faktische Betrachtungsweise« erreichte Erfassung von Umgehungshandlungen laufe auf eine methodisch unzulässige Analogie hinaus. (*Klaus Tiedemann*, Das Parteienfinanzierungsgesetz als strafrechtliche lex mitior, *NJW* 1986, 2475-2479).

Zur Thematik aus der Literatur: *Joachim-M. Cadus*, Die faktische Betrachtungsweise, 1984; *Günter Heine*, Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, *NJW* 1990, 2425; *Jan Bela Hermann*, Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz, 2015; *Martin Hochhuth*, Relativitätstheorie des öffentlichen Rechts, 2000; *Julian Lutzeback*, Der Mythos von der Strafrechtsakzessorietät der §§ 2339 ff. BGB, 2020; *Joachim Schmidt-Salzer*, Umwelthaftpflicht und Umwelthaftpflichtversicherung II, *VersR* 1990, 12 u. 124; *Hans-Ludwig Schreiber*, Parteispenden und Strafrecht, 1989; *Meinhard Schröder* und *Hans D. Jarass*, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, *VVDStRL* 50 (1991), 196 u. 238; *Andreas Spickhoff*, Zivilrechtliche Wertungen und strafrechtlicher Vermögensbegriff, *JZ* 2002, 970; *Rolf Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 110ff.

nicht zuvor klargestellt ist, dass es keine logische Notwendigkeit zu einer einheitlichen Begriffsbildung gibt und dass erst recht deren Benennung willkürlich ist. Die Problematik beginnt schon mit der Unterscheidung zwischen dem Begriff als einem semantischen Konzept und dessen Benennung durch einen Prädikator oder Terminus. Jedes Gesetz, jedes Gericht, jeder Schreiber kann für seinen Bereich seine Begriffe selbst definieren, solange er sie in seinem Zusammenhang konsistent verwendet. Es ist eine reine Zweckmäßigkeitsfrage, wie weit man sich auf einheitliche Begriffe festlegt. Erst recht das Bemühen um eine einheitliche Terminologie ist bloße Zweckmäßigkeit.

Erst wenn die Relativität der Begriffsbildung theoretisch geklärt ist<sup>44</sup>, wird es sinnvoll, sich unter normativen Gesichtspunkten auf einen Binnenvergleich der Begriffsverwendung einzulassen und auf der einen Seite nach Tendenzen zu suchen, die den Wunsch nach einer einheitlichen Begriffsbildung durchkreuzen und andererseits Vorkehrungen durchzumustern, welche die Einheit der Rechtswissenschaft und damit vielleicht auch die Einheit des Rechts befördern.

Die beste Chance für einen Binnenvergleich bieten die Rechtssatzbegriffe. Das sind solche, die in Gesetzen und anderen textlich ausformulierten Rechtsquellen verwendet werden. Sie müssen unter sich nicht bedeutungsgleich sein und auch nicht wortgleichen Begriffen der juristischen Fachsprache entsprechen, dann auch für den Gesetzgeber gilt die Autonomie der Begriffsbildung.<sup>45</sup>

Während die Forderung nach einheitlicher Begriffsverwendung sich nur dem Gebot der Zweckmäßigkeit entspricht, lässt sich die Forderung nach einer einheitlichen Beurteilung der Rechtswidrigkeit theoretisch gut begründen. Bei der Rechtswidrigkeit geht es darum, ob eine Handlung gegen eine Verhaltensnorm verstößt. Aus der Einheit der Rechtsordnung folgt, dass zwei einander widersprechende Verhaltensnormen nicht Bestand haben können. Daraus folgt weiter: Was in einem Rechtsgebiet verboten ist, ist schlechthin rechtlich verboten. Daraus folgt aber nicht, dass, was verboten ist, in jedem Rechtsgebiet sanktioniert werden müsste. Das Verhalten eines Beamten kann disziplinarrechtlich geahndet werden, ohne dass es strafbar sein müsste. Ein Bauvorhaben kann baurechtlich unzulässig sein, ohne dass eine zivilrechtliche Nachbarklage gegeben sein müsste. Ein Verhalten kann strafbar sein, ohne zivilrechtliche Folgen zu haben. Alle möglichen Sanktionen können einzeln oder in unterschiedlichen Kombinationen zusammen auftreten. Welche Kombinationen zulässig sind, ist ein Problem der Konkurrenzlehre.

---

<sup>44</sup> Dazu allgemein *Paul K. Ryu* u. a., Was bedeutet die sogenannte »Relativität der Rechtsbegriffe«, ARSP 59, 1973, 57-86.

<sup>45</sup> Gesetze entstehen nicht am juristischen Reißbrett, sondern entwickeln sich historisch. Aber man sollte die Arbeit der Justizministerien nicht unterschätzen. Das vom BMJ verantwortete Handbuch der Rechtsförmlichkeit sieht eine so genannte horizontale Rechtsprüfung vor, die darauf hinwirken soll, dass sich die vorgesehenen Regelungen widerspruchslös in die bestehende Rechtsordnung einfügen. Diese Prüfung bei den verwendeten Rechtssatzbegriffen beginnen.

Wenn dennoch vielfach von einer Relativität der Rechtswidrigkeit die Rede ist, so geht es tatsächlich um die Einheitlichkeit der Rechtfertigungsgründe. Auch insoweit muss man jedoch wieder unterscheiden. Die klassischen Rechtfertigungsgründe wie Einwilligung, Notwehr oder Notstand zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie definitiv die Rechtmäßigkeit eines an sich unter eine Verbotsnorm fallenden Verhaltens herstellen, so dass überhaupt keine negativen Rechtsfolgen mehr an das gerechtfertigte Verhalten geknüpft werden können. Andere »Rechtfertigungsgründe« schließen nur bestimmte Rechtsfolgen aus, wirken also nur bereichsspezifisch für das eine oder andere Rechtsgebiet. Hier ist also wieder Raum für den Binnenrechtsvergleich.

Das Beispiel kann vielleicht zeigen: Von einem Binnenrechtsvergleich ist eher ein pluralistisches Bild zu erwarten. Ohne Theorie wird daraus keine Allgemeine Rechtslehre.

#### VIII. Methoden- und Theorievergleich

Intradisziplinäre Rechtsvergleichung muss wohl abstrakter ansetzen als es meistens bei der klassischen Rechtsvergleichung geschieht, darf sich aber nicht auf der Suche nach apriorischen Rechtsbegriffen verlieren. Im Tagungsexposé und Vortragsthemen wird dieses Abstraktionsniveau mit Handlungsformen, Fehler- und Zurechnungslehren angesprochen. Auch dieses mittlere Abstraktionsniveau ist nicht ohne Tücken. Es zeigt sich nämlich schnell, dass sich die abstrakten Begriffe kaum isoliert begreifen und vergleichen lassen, weil sie in doppelter Weise systemgebunden sind. Sie sind erstens Elemente des positiven Rechts im engeren Sinne. Aber sie lassen sich aus Gesetzen und Präjudizien nicht direkt ablesen. Deshalb – zweitens – gewinnen sie ihren Gehalt erst aus einem dogmatischen System. Das ist aber von außen nicht fassbar. Wer die Begriffe greifen will, kann sich nicht aufs Vergleichen beschränken, sondern beteiligt sich an der dogmatischen Diskussion.

Dogmatik – das Stichwort führt auf den Methodenvergleich. Diesen Gedanken hat *Jannis Lennartz* mit seiner Monografie über »Dogmatik als Methode« (2017) nahegelegt. Methode ist für ihn »die Herstellung und Verwendung von Dogmatik«<sup>46</sup>. Die Dogmatik aber sei bereichsspezifisch. Die Binnenperspektiven der rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen seien höchst verschieden.<sup>47</sup> Für unsere Allgemeine Rechtslehre folgen wir dagegen der Maxime, dass Auslegung und Anwendung von Rechtsnormen die Fortsetzung der Rechtsquellenlehre seien. Daraus folgt die Vorstellung einer Einheit der Methode. Der Binnenvergleich zeigt allerdings, dass die Teildisziplinen andere Vorstellungen haben. Lennartz nennt als »seltenes« Beispiel für einen Binnenvergleich den großen Aufsatz von *Mülbert* über die »Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich«<sup>48</sup>. Besonders betont *Lennartz* den Unterschied zwischen herkömmlicher Methodenlehre und Verfassungstheorie, wo die im Strafrecht übliche

---

<sup>46</sup> *Jannis Lennartz*, *Dogmatik als Methode*, 2017, S. 179.

<sup>47</sup> Ebd. S. 8, 10.

<sup>48</sup> *Peter O. Mülbert*, *Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich*, AcP 214, 2014, 188-300.

»exakte Begriffsarbeit ... durch Rückgriff auf eine Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung«<sup>49</sup> ersetzt werde. Für die Allgemeine Rechtslehre würden wir *Lennartz* darin folgen, dass man Methode und Dogmatik nicht auseinanderdividieren darf. Damit trifft der Methodenvergleich aber in das Zentrum der Rechtsdogmatik. Allgemeine Rechtslehre kann hier vielleicht herauspräparieren, wie sehr »Abwägung« auf einen Euphemismus für das mit jeder Rechtsentscheidung verbundene Werturteil hinausläuft.

Noch weiter von dem Paradigma der klassischen Rechtsvergleichung entfernt sich der Theorievergleich. Der Theoriebegriff der Rechtswissenschaft ist schillernd.<sup>50</sup> Während die Rechtstheorie für das ganze Recht maßgebliche Aussagen macht, etwa über die »Geltung« des Rechts, entwickelt die Dogmatik Theorien über juristische Methoden oder zur Lösung konkreter Sachfragen. Ein intradisziplinärer Vergleich könnte die Theorien in Augenschein nehmen, mit denen grundsätzliche Überlegungen zu den großen Sachgebieten des Rechts angestellt werden. Diese Theorien dienen zunächst der Legitimierung des Rechtsgebiets, sind dann aber auch Anleitung zur Rechtsgewinnung *de lege lata et ferenda*. Prominent ist hier insoweit die Privatrechtstheorie<sup>51</sup>. Für das öffentliche Recht stehen zunächst die Verfassungstheorie und eine Theorie der Grundrechte. Dagegen fehlt es an einer »Verwaltungsrechtstheorie«, die unter diesem Titel firmiert. Der Sache nach hat sie sich längst unter dem Titel »Grundlagen des Verwaltungsrechts«<sup>52</sup> etabliert. Selbstverständlich verfügt auch das Strafrecht über seine eigene Theoriediskussion.<sup>53</sup> Eine solche Theorie ist anscheinend ein Indiz für die Eigenständigkeit des Rechtsgebiets. Es liegt daher nahe zu verfolgen, wieweit auch speziellere Rechtsgebiete sich mit einer eigenen »Theorie« schmücken. (Ein äußeres Kennzeichen der Verselbständigung sind rechtsgebietseigene »Handbücher«).

Theorievergleich kann etwa zu der Feststellung führen, dass dasselbe Sachproblem in ganz verschiedenen Verkleidungen auftaucht, ohne dass die Kontrahenten sich dessen bewusst sind. Ein Beispiel ist in dem Exkurs unter V. angeklungen. Da gibt es die alte Diskussion um das Verhältnis von *casus* und *regula*. Da gibt es die sehr umfangreiche Diskussion um die Einordnung der Analogie als Argument als Fallvergleich und als Argument *sui generis*. Und da gibt es die schier unendliche Diskussion, was es bedeutet, einem Präjudiz zu folgen. Im Grunde geht es dabei stets um dasselbe Problem, das in der Moralphilosophie als Gegensatz von Generalismus und Partikularismus ausgetragen wird.

---

<sup>49</sup> *Lennartz* a. a. O. S. 156.

<sup>50</sup> Vgl. dazu den Sammelband »Theorien im Recht – Theorien über das Recht«, ARSP Beiheft 155, 2018.

<sup>51</sup> Vgl. dazu den Sammelband von *Stefan Grundmann/Hans W. Micklitz* (Hg.), *Privatrechtstheorie. Moderne Theoriebildung im Globalen Raum zwischen Rechts- und Gesellschaftswissenschaften*, 2015 (Rezensionen von *Marietta Auer* in AcP 216, 2016, 805-810, und *Lorenz Köhler*, *Privatrechtstheorie als Theorienmosaik?*, *Rechtswissenschaft* 7, 2016, 270-292.)

<sup>52</sup> *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle* (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2 Bde, 2. Aufl., 2012.

<sup>53</sup> *Tatjana Hörnle*, *Straftheorien*, in: *Eric Hilgendorf u. a.* (Hg.), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, 2019, S. 507–537.

## IX. Referenzgebiete

Intradisziplinäre Rechtsvergleichung verspricht einen induktiven Erkenntnisgewinn. Die Frage drängt sich auf, wie vollständig man die verschiedenen Rechtsgebiete in den Blick nehmen muss, um zu brauchbaren Ergebnissen zu kommen. Dazu lässt sich ein Gedanke von *Eberhard Schmidt-Aßmann* zur Gewinnung eines Allgemeinen Verwaltungsrechts aufnehmen und verallgemeinern. Er betrifft die Auswahl von Referenzgebieten. Schmidt-Aßmann bezeichnet »mit diesem Begriff diejenigen Gebiete des besonderen Verwaltungsrechts, die das Fallmaterial und die Beispiele für die Aussagen des allgemeinen Rechts abgeben« und fährt fort:

»Die Bedeutung ihrer Auswahl für die systematische Entwicklung des Verwaltungsrechts liegt auf der Hand: Ein Teil der allgemeinen Lehren ist induktiv aus einem Vergleich und aus der Verallgemeinerung gebietsspezifischer Regelungsmuster gewonnen. ... Für das deutsche Verwaltungsrecht bilden traditionell das Polizeirecht und das Kommunalrecht, das Baurecht und das Beamtenrecht die vorrangigen Referenzgebiete, während das Wirtschaftsrecht, das Sozialrecht und das Recht der öffentlichen Unternehmen nur selten herangezogen werden.«<sup>54</sup>

Intradisziplinäre Rechtsvergleichung bleibt immer nur Stückwerk. Daher dürfte die Auswahl der Referenzgebiete für den Erfolg wichtig sein. Es ist aber wohl zu befürchten, dass man sich auf die Kerngebiete des klassischen Zivil-Straf- und öffentlichen Rechts konzentriert und solche Bereiche ausspart, die in besonderer Weise für die Ausdifferenzierung des Rechts verantwortlich sind. Dazu gehören in erster Linie das Recht der Regulierung von Wirtschaft und Technik und das Unionsrecht mit einer großen Schnittmenge. Dieser Bereich ist dadurch gekennzeichnet, dass er weitgehend von Spezialisten bearbeitet und beherrscht wird, und diese Spezialisten sind nicht selten gar keine Juristen. Aber auch das Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht finden jedenfalls im Exposé der Tagung und in den Themen noch keinen Niederschlag.

## X. Ausgangs- und Auffangrechtsordnung

Ob es gelingen kann, auf induktivem Wege durch Rechtsvergleichung eine Art Basisjurisprudenz zu gewinnen, muss dahinstehen. Bis der Erfolg sich einstellt, könnte man nach einem Auffangsystem suchen, das ersatzweise eintritt, soweit nichts Spezielleres und Besseres in Sicht ist, eine Art subsidiären oder Default-Standard. Als Auffangordnungen bieten sich die Ausgangsrechtsordnungen an. Der Begriff der Ausgangsrechtsordnung ist in der klassischen Rechtsvergleichung vertraut, und er ist auch für die intradisziplinäre Rechtsvergleichung brauchbar. Mit anderer Bedeutung wird der Begriff auch im IPR benutzt. Der Begriff der Auffangrechtsordnung ist im IPR geläufig.

---

<sup>54</sup> *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2006, S. 8f.



Die Romanisten werden uns erklären, dass eigentlich das Römische Recht die Mutter aller westlichen Rechtsordnungen sei. Sehen wir davon ab, so kennen wir als relativ selbständige Rechtsgebiete seit alters her Zivilrecht und Strafrecht. Das Zivilrecht bildet die Ausgangsrechtsordnung, nach deren Vorbild eine Vielzahl von Rechtsfiguren in den anderen Teilrechtsordnungen gebildet wurde. Viele gedankliche Strukturen des Verwaltungsrechts haben ihre Wurzeln im Zivilrecht.<sup>55</sup>

Für eine Vielzahl von Rechtsfragen greift das öffentliche Recht auf die Regelungen des Zivilrechts zurück. Das geschieht z. B. durch explizite Verweise, etwa in § 173 VwGO, § 62 S. 1 VwVfG, § 31 Abs. 1 VwVfG (Fristberechnung) usw. Häufig werden zivilrechtliche Regeln im Wege der Analogie herangezogen, z.B. im Staatshaftungsrecht (z.B. beim Folgenbeseitigungsanspruch, öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch oder ein allgemeiner Rechtsgedanke wird übernommen (Treu und Glauben, Verwirkung). So liegt es nahe, generell jedenfalls den allgemeinen Teil des Zivilrechts als Auffangordnung zu betrachten. Der Gedanke weckt sofort die Erinnerung an den Ruf nach der »Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken«. Das war der Titel der Habilitationsschrift des Strafrechtlers *Hans-Jürgen Bruns* von 1939. Er war sicher auch vom nationalsozialistischen Zeitgeist getragen, wurde aber von Bruns selbst und anderen auch nach 1945 verteidigt. Auch im öffentlichen Recht dürfte die relative Hegemonie des Zivilrechts auf Widerstand stoßen. Vor über 30 Jahren beklagte *Ingeborg Maus* den »Imperialismus« der zivilrechtlich geprägten Methode im Verfassungsrecht, die den Sachproblemen dieses Rechtsgebiets nicht gerecht werde.<sup>56</sup> Man darf wohl vermuten, dass es im öffentlichen Recht eine breitere Grundhaltung gibt, die auf einer Emanzipation vom Zivilrecht besteht, die sich von den »begrifflichen Fesseln« der Ausgangsrechtsordnung befreien und das Zivilrecht nicht einmal als Auffangordnung akzeptieren möchte. Solche Vorbehalte könnten zurücktreten, wenn man mit *Hoffmann-Riem* und *Schmidt-Aßmann* Öffentliches Recht und Privatrecht wechselseitig als Auffangordnungen heranzieht.<sup>57</sup>

Eine kühne Idee, welche die Historiker vermutlich verwerfen werden, wäre, dass das Strafrecht die Ausgangsrechtsordnung für das Steuerrecht sein könnte. Entsprechend liegt es nahe, das Strafrecht als Auffangordnung für alle Rechtsgebiete zu nutzen, in denen Freiheitsbeschränkungen und Zwangsmaßnahmen im Mittelpunkt stehen.

## XI. Querschnittsbetrachtungen

Quer zu der Ordnung des Rechts in Teilgebiete liegt eine Betrachtungsweise, welche die Rechtsnormen in ihrem Zusammenwirken über die Gebietsgrenzen hinweg betrachtet. Eine Querschnittsbetrachtung kann etwa an Institutionen anknüpfen. Eine solche Institution ist z. B. die Ehe. Da genügt es nicht, auf die Vorschriften über die Eheschließung

---

<sup>55</sup> Schönberger (wie Fn. 23) Rn. 10 mit Nachweisen in Fn. 31.

<sup>56</sup> Plädoyer für eine rechtsgebietsspezifische Methodologie, *KritV* 1991, 105-122.

<sup>57</sup> *Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann* (Hg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996.

ins BGB zu sehen. Steuerrecht, Sozialrecht, Strafrecht und nicht zuletzt das Grundgesetz haben etwas über die Ehe zu sagen. Das Zusammenwirken der Teilrechtsordnungen formt die Institution der Ehe. Die wichtigste und anspruchsvollste Querschnittsbetrachtung gilt dem Recht als System, das keine freischwebenden Normen kennt. Dabei stößt man auf Übereinstimmungen oder Unstimmigkeiten. Da hätte man bisher wohl kaum an Rechtsvergleichung gedacht.

## XII. Skepsis ist billig

Vieles von dem, was ich gesagt habe, mag eher skeptisch klingen. Nachdem der Ertrag der klassischen Rechtsvergleichung für die Allgemeine Rechtslehre mager geblieben ist, erwarte ich von einem Binnenvergleich keine Wunder. Indessen sollte man das Vorhaben einer interdisziplinären Rechtsvergleichung nicht durch Vorbehalte abwürgen. Es hilft nicht, im Voraus lauter Hürden aufzubauen, etwa indem man auf die Schwierigkeiten verweist, die sich aus der unterschiedlichen historischen Einbettung der Rechtsgebiete, aus dem unterschiedlichen Grad ihrer Kodifizierung und aus ihrer unterschiedlichen Kontinuität ergeben. Wenn man die interne Vergleichung als ein praktisches Unternehmen anpackt, kann man vorerst auf eine historische und kulturelle Kontextualisierung verzichten. Die interne Vergleichung hat insofern gute Chancen, als man bei ihr eine gewisse Vertrautheit mit allen Rechtsgebieten voraussetzen kann und nicht auf die Zusammenstellung von »Länderberichten« angewiesen ist. Auch hier gilt: Es gibt nichts Gutes, außer man tut es.