

Schriften zur Rechtstheorie

---

Band 268

# Das positive Recht als soziales Phänomen

Von  
Toru Hijikata



Duncker & Humblot · Berlin

TORU HIJIKATA

Das positive Recht als soziales Phänomen

Schriften zur Rechtstheorie

Band 268

# Das positive Recht als soziales Phänomen

Von  
Toru Hijikata



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0472

ISBN 978-3-428-14183-8 (Print)

ISBN 978-3-428-54183-6 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84183-7 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Leges humanae nascuntur, vivunt, et moriuntur.*

*Zur Erinnerung an Niklas Luhmann,  
der immer schneller schrieb als ich las.*



## Vorwort

Das vorliegende Buch stellt die Grundthese auf, dass das Recht in der jeweiligen Gesellschaft stets Geltung hat, obwohl der Ort des Verfassens und der Ort der Anwendung zeitlich und räumlich verschieden sind. Das Buch befasst sich dabei allein mit der Frage, wie das möglich ist. Die Untersuchung wird dabei vom Versuch bestimmt, die Attribute des Rechts wie Universalität, Gültigkeit, Sicherheit, Richtigkeit, Normativität und Systemcharakter als gesellschaftlichen Aufbau im Sinne dieser Grundthese zu reformulieren. Hinter diesem Bestreben liegt die Absicht, einen Beitrag zur Aufklärung über die Eigenschaft des positiven Rechts in konkreter und bestimmter Art und Weise zu leisten. Die Beantwortung der Frage nach der Positivität des Rechts und seinen Strukturen beschränkt sich dabei nicht nur auf die juristischen Diskurse über das Recht, sondern wird auch seine weiteren Bedeutungen jenseits der Grenzen des juristischen Diskurses thematisieren.

Sowohl in den Wissenschaften als auch in sozialen und kulturellen Bereichen wird seit langem auf die Defizite der Welterklärung mit herkömmlichen monistisch-absolutistischen Wertvorstellungen hingewiesen. Strukturalismus und Kulturanthropologie haben demgegenüber andere Möglichkeiten angeboten, zugleich hat die Reflexion des Eurozentrismus den Wertepluralismus und die Relativität der einzelnen Weltanschauungen aufgedeckt. Allerdings müssen diese Ansätze ihre Thesen und Theorien auch auf sich selbst richten. Der Pluralismus muss beispielsweise auch in sich pluralistisch und der Relativismus in sich relativistisch sein. Anderenfalls widersprechen diese Theorien sich selbst. Diesen problematischen Widerspruch vermeiden die Theorien, indem sie ihren eigenen Standpunkt auf einen privilegierten Ort verlagern, an dem Selbstreferenz ausgeschlossen werden soll. Erst dadurch realisieren diese Theorien sich selbst. Diese Aporie ist nicht nur auf Thesen der Pluralität und der Relativität beschränkt.

Wissenschaften, die die Gesellschaft und ihre Prozesse zum Beobachtungsgegenstand haben, müssen sich dabei des Problems bewusst sein, dass diese Beobachtungen selbst mitten in der Gesellschaft stattfinden. Das heißt, dass diese Wissenschaften auch ihre eigenen Beobachtungen beobachten müssen. Wenn ein wissenschaftlicher Diskurs dieses Problem der Selbstbeobachtung umgehen und die Gesellschaft von außen beobachten möchte, nimmt er sich insgeheim selbst von den Gegenständen der eigenen Beobachtung aus. Um die Fiktion zu vermeiden, dass ein Beobachtungsstandpunkt zur Beobachtung der Selbstkonstitution unserer Gesellschaft von außen her möglich sei, wird man deshalb ein wissenschaftliches Selbstbewusstsein herausbilden müssen.



Diese Gedanken sind auch auf den Diskurs über das Selbst bzw. das Subjekt anwendbar. Kann die Gewissheit der Erkenntnis über das Selbst im Selbst festgestellt werden? Die Moderne hat mit dem Cartesianischen Satz „*Cogito ergo sum*“ begonnen. Descartes hat die unbezweifelbare Existenz des eigenen Selbst zum grundlegendsten und sichersten ersten Prinzip (*unum necessarium*) gemacht und damit das Subjekt, das den Ausgangspunkt der Moderne ausmacht, substanziell positioniert. Seit geraumer Zeit sind aber an die Stelle der herkömmlichen Diskurse über die Substanz Diskurse über die Struktur, die Funktion, das Andere, die Interaktion und die Kommunikation getreten, die zunehmend als analytisch effektiver gelten. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der Diskurs, der sich an der Gewissheit des Selbst orientiert, seinerseits wirklich so gewiss ist. Und berücksichtigt man vor diesem Hintergrund die Gesellschaft, in der das Selbst existiert, dann stellt sich nicht zuletzt auch die Frage neu, ob es möglich ist, dass das Selbst sich selbst tatsächlich bestimmen kann.

All diese Aporien begründen sich in demselben Problem, nämlich im Problem der Selbstreferenz – das Selbst ergibt sich aus der Rede über sich selbst. Ein Ausweg aus dieser Aporie ist schwer zu finden. In der Regel wird dieses auflösbare Problem nicht direkt behandelt, sondern mithilfe von (geheimen) Theorieapparaturen geschickt verschleiert. Aber gerade hieraus ergibt sich die Wichtigkeit eines Diskurses, der den Bezug des Selbst auf das Selbst direkt und offen behandelt.

Das positive Recht, das in der Gesellschaft operiert, macht von diesem selbstreferenziellen Charakter Gebrauch, weil Recht durch Recht festgelegt wird und Recht sich im Recht entwickelt. Das Recht wird einerseits durch die Gesellschaft bestimmt, andererseits regelt es gleichzeitig diese Gesellschaft, indem es durch rechtliche Entscheidungen als Recht fungieren kann. Gerade das positive Recht stellt eine effektive und seltene Form des Rechts dar, diese Aporie geschickt zu vermeiden und sie kreativ zu nutzen. Daher stellt sich die Frage, wie dieses beispiellose Potenzial positiven Rechts freigesetzt werden kann. Vorgeschlagen wird hier die Entfaltung des Potenzials, indem man Recht zunächst als Form versteht, in diesem Sinne positiv bewertet und an einen Diskurs anschließt, um einen Ausweg aus der Aporie zu suchen.

Im Gegensatz dazu sind im gegenwärtigen Diskurs über das Recht immer noch erhebliche Überreste seiner traditionellen Konzeptualisierung zu finden, die den Anschein erwecken, dass im Hintergrund dieses Diskurses die Heiligkeit oder der transzendente Charakter des Rechts verborgen liegen. Als wären Überlegungen über die Meta-Funktionen des Rechts aus den Diskursen selbst ausgeschlossen worden; und zwar als Folge dessen, dass das positive Recht aus dem traditionellen Rahmen entrissen worden ist. Aber ist es nicht vielmehr so, dass all diese Beobachtungsansätze die Art und Weise, in der sich das Recht in dieser Gesellschaft konstituiert, nur schwer sichtbar machen und dass aus diesem Grund eine Analyse des Rechts durch einen zweckorientierten Filter zwingend geworden ist? Aufgrund dieser Vorüberlegungen wird im vorliegenden Buch der Versuch

unternommen, die Funktion des Rechts in der Gesellschaft gemäß seiner (eigenen) Logik zu begreifen.

*Leges naturae perfectissimae sunt et immutabiles; humani vero juris conditio semper in infinitum decurrit, et nihil est in eo quod perpetuo stare possit. Leges humanae nascuntur, vivunt, et moriuntur* (Calvin 7, Coke's Reports, King's Bench 25a). (Dt. Übers.: Die Naturgesetze sind noch vollkommener und unveränderlich. Dagegen ändert sich die Situation der menschlichen Gesetze ständig ins Unendliche und darunter gibt es nichts, was für sich ewig unveränderlich wäre. Menschliche Gesetze werden geboren, leben und sterben.)

Das positive Recht, das das Recht der Menschen darstellt, ist zwar weder vollkommen noch unveränderlich, aber es entwickelt sich kreativ inmitten der Gesellschaft. Es wäre eine große Freude für den Verfasser, wenn dieses Buch einen Beitrag zum besseren Verständnis dieses enormen Potenzials des positiven Rechts leisten könnte.

Tokio, im Oktober 2013

*Toru Hijikata*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung: Grundthese</b> .....	15
<b>A. Universalität</b> .....	19
I.    Vorbemerkung .....	19
II.   Die rechtliche Erfassung und Beschreibung der Gesellschaft .....	22
III.  Die zeitliche Dimension der Erfassung und Beschreibung des Rechts .....	24
1.  Der Zeithorizont der Rechtserfassung und -beschreibung .....	25
2.  Entwicklung des Rechts .....	27
a)  Die Wirksamkeit des Rechts in der Zukunft .....	27
b)  Die Fortdauer des Rechts in der Gegenwart .....	29
IV.  Der dynamische Charakter des Rechts .....	31
1.  Die Selbstreferenzbewegung des Rechts .....	31
a)  Die Akkumulation der Erfahrungen im Recht .....	31
b)  Die Selbstthematisierung des Rechts .....	32
c)  Die Selbstdifferenzierung des Rechts .....	33
2.  Die selbstreferenzielle Bewegung zum Erwerb der Universalität .....	34
<b>B. Geltung</b> .....	36
I.    Vorbemerkung .....	36
II.   Entscheidungsunfähige rechtliche Geltung .....	37
1.  Komplexität .....	37
2.  Die Kontingenz des rechtlichen Urteils .....	39
III.  Die Verwirklichung der rechtlichen Geltung .....	42
1.  Die Verknüpfung .....	42
2.  Instanz der Gültigkeit .....	44
<b>C. Sicherheit</b> .....	48
I.    Vorbemerkung .....	48
II.   Rechtliche Bearbeitung der Unsicherheitsfaktoren .....	48
1.  Rechtssicherheit .....	48

2. Bewahrung und Fortsetzung der Rechtssicherheit .....	49
a) Der rechtliche Charakter der Unsicherheitsfaktoren des Rechts .....	50
b) Die durch Unsicherheitsfaktoren nicht zu störende Rechtssicherheit .....	50
c) Die Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit durch Rechtsexperten .....	51
3. Rechtssicherheit als Prozess .....	52
a) Die Bearbeitung der Unsicherheitsfaktoren als deren Erzeugnis .....	52
b) Rechtssicherheit in der Zeit .....	54
III. Die stabile Erfüllung der Erwartungen .....	56
1. Die Aufrechterhaltung der Erwartungen .....	56
2. Beständige Erwartungen .....	59
<b>D. Richtigkeit</b> .....	62
I. Vorbemerkung .....	62
II. Die Aporie des äußeren Grundes – Non sub rege, sed sub lege .....	63
III. Die Zirkulation des Rechts .....	65
1. Der Grund des Rechts ist das Recht selbst .....	65
2. Recht ist Recht .....	66
IV. Der Recht/Unrecht-Code .....	67
V. Der Anfang – <i>divinam essentiam per se incomprehensibilem esse</i> .....	68
VI. Das Nichtvorhandensein des Unrechts .....	70
VII. Die Post-Unvollständigkeit des Rechts .....	73
<b>E. Normativität</b> .....	76
I. Vorbemerkung .....	76
II. Die Norm als Tatsache .....	76
1. Subsumtion und Zirkulation .....	77
2. Die Unterscheidung der Tatsache/Norm-Unterscheidung .....	77
3. Die Hierarchie/Heterarchie der Unterscheidung .....	78
III. Die Form der Rechtsgeltung .....	80
1. Die hierarchische und die heterarchische Geltung .....	80
2. Die Fortdauer des Geltungszustandes .....	82
IV. Normativität durch rechtliche Entscheidung .....	84
1. Die rechtliche Entscheidung .....	84
2. Die Einheit des Rechts .....	85

V.	Unvollendete Rechtsnormen .....	87
1.	Die Willkürlichkeit der rechtlichen Entscheidung .....	87
2.	Risiko .....	89
3.	Die Norm in der Zukunft .....	91
VI.	Die Rechtsnorm der Gesellschaft .....	92
<b>F.</b>	<b>Der Systemcharakter .....</b>	<b>95</b>
I.	Vorbemerkung .....	95
II.	Geschlossenheit .....	96
1.	Die Geschlossenheit des Rechts .....	96
2.	Konsequente Durchsetzung der Geschlossenheit .....	97
III.	Die Verinnerlichung der Unterscheidung .....	101
1.	Die Innen/Außen-Unterscheidung des Rechts .....	101
2.	Die Recht/Unrecht-Unterscheidung .....	104
IV.	Die Unterscheidung des Rechts .....	106
1.	Die Tatsache/Norm-Unterscheidung im Recht .....	106
2.	Die Normierung der Tatsache/Norm-Unterscheidung .....	107
V.	Der Systemcharakter der Rechtsauslegung – Theorie und Praxis .....	108
<b>G.</b>	<b>Das positive Recht – Reformulierung der Grundthese .....</b>	<b>112</b>
I.	Vorbemerkung .....	112
II.	Die Thematisierung des Nicht-Thematisierbaren .....	113
1.	Absorption und Entwicklung der Differenz durch rechtliche Beschreibung .....	113
2.	Absorption und Entwicklung der Differenz in der Gegenwart des Rechts .....	114
III.	Statischer Zustand durch Dynamik .....	115
IV.	Selbstreferenz .....	117
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>120</b>
	<b>Personen- und Sachverzeichnis .....</b>	<b>123</b>



## Einleitung: Grundthese

*Das Recht in der jeweiligen Gesellschaft hat stets Geltung, obwohl der Ort des Verfassens und der Ort der Anwendung zeitlich und räumlich verschieden sind.*

Wir leben in *dieser* Gesellschaft unter *diesem* Recht. Wie aber sieht unser Recht *der* Gesellschaft genau aus? Was bedeutet es eigentlich, dass das Recht in der Gesellschaft als Recht gilt? Wie lässt sich dieses Recht beschreiben? Das vorliegende Buch versucht, diese Fragen zu beantworten, indem es diejenigen gesellschaftlichen Strukturen erläutert, in denen das Recht in dieser Gesellschaft als Recht funktioniert. Untersuchungsgegenstand ist die Bestimmung des Sachverhalts, dass das Recht in dieser Gesellschaft als Recht funktioniert, als soziales Phänomen. Diese Funktion des Rechts als solche, die ein soziales Phänomen darstellt, wird im vorliegenden Buch in dem Sinne verstanden, dass das Recht in der jeweiligen Gesellschaft stets Geltung hat, obwohl der Ort des Verfassens und der Ort der Anwendung zeitlich und räumlich verschieden sind. Anders formuliert: Gerade die Gültigkeit des Rechts jenseits von Raum und Zeit stellt die Grundlage für das Funktionieren des Rechts als solchem in der Gesellschaft dar. Diese Grundthese leitet den in diesem Buch festgehaltenen Diskurs und die dem Diskurs zu Grunde liegenden Überlegungen.

In akademischen Kreisen wurden kritische Auseinandersetzungen mit der Jurisprudenz als (Sozial-)Wissenschaft oder als Wissenschaft der Rechtsauslegung eingeordnet.<sup>1</sup> In dieser Diskussion blieb allerdings eine schwerwiegende

---

<sup>1</sup> Diese Diskussion wurde in Japan von einer bestimmten theoretischen Erwartung gegenüber der sogenannten Rechtssoziologie maßgeblich beeinflusst, deren Hintergrund sich folgendermaßen zusammenfassen lässt:

Als erstes ist die Kritik am Problem des Rechtsfetischismus zu nennen. Die als Rechtsauslegung zu bezeichnenden Arbeiten wurden unter der Annahme durchgeführt, dass sich alle richtigen praktischen Interpretationen deduktiv aus den gesetzlichen Regelungen ableiten lassen, indem die vielfältig miteinander verwobenen (und somit komplex zusammengesetzten) Gesetze dogmatisch interpretiert werden. Durch die auf diese Weise praktizierte Rechtsauslegung und -anwendung scheint sich das Recht, das eigentlich die Menschen zu dessen Hauptgegenstand machen sollte, zu einer Materie zu verwandeln, die die Menschen nicht mehr erreichen kann. Um diese Entfernung zwischen dem Recht und den Menschen zu reduzieren, wurde im Kontext der *Freirechtsbewegung*, die zur monistischen Auffassung des positiven Rechts kritisch Stellung bezog, die wissenschaftliche Aufgabe der Rechtssoziologie festgelegt.

Zweitens sah man sich unter den nach dem Zweiten Weltkrieg zur Zeit der US-amerikanischen Besatzung neu erlassenen Gesetzen gezwungen, die Diskrepanz zwischen den existierenden, tradierten gesellschaftlichen Lebensformen und den neu gegebenen Rechtsregeln zu überbrücken. Diese Art der Diskrepanz wird zwar im Allgemeinen bei der Anwendung der Rechtsregeln stets thematisiert, aber meistens im Rahmen der Auslegung absorbiert und tritt deshalb nicht zum Vorschein. Aber das Inkrafttreten der Gesetze in der Nachkriegszeit stellte



Aporie verborgen: Anders als sonstige Wissenschaften bezieht sich die Jurisprudenz nicht nur auf die Ebene faktischer Erkenntnisse (Sein), sondern ihrer Natur nach auch im Wesentlichen auf die Rechtspraxis (Sollen). Diese Sonderstellung der Jurisprudenz wird durch den Standpunkt zum Ausdruck gebracht, die Jurisprudenz im Sinne der Auslegung des Rechts sei als eine „Mischform von Theorie und Praxis“<sup>2</sup> zu charakterisieren.

Diese Sonderstellung der Jurisprudenz hat wissenschaftlich gravierende Schwierigkeiten verursacht. Bereits die Kategorisierung der Jurisprudenz erweist sich als schwierig, wenn man sie den Sozialwissenschaften zuordnen möchte, denn die Sozialwissenschaften ziehen eine klare Trennlinie zwischen dem Sein und dem Sollen. Der Soziologe Max Weber unterstrich in seiner berühmten Abhandlung „Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis“ (1904) die Notwendigkeit, zwischen der Erkenntnis des *Seins* und derjenigen des *Sollens* eine prinzipielle Trennung zu vollziehen, und betonte, dass es nicht die Aufgabe der empirischen Wissenschaft sei, verbindliche Normen und Ideale zu entdecken und von dort aus Richtlinien für die Praxis abzuleiten. Dass die Übersetzung dieser Abhandlung in Japan als Monographie unter dem Titel „Methodenlehre der Sozialwissenschaft“ herausgegeben wurde, verdeutlicht, dass sich diese Charakterisierung aus den sozialwissenschaftlichen Grundlagen herauskristallisiert hat. Aufgrund der Inkongruenz von Rechtswissenschaften und Sozialwissenschaften hinsichtlich dieser Sein/Sollen-Problematik ist dann die Diskussion über die Wissenschaftlichkeit der Rechtsauslegung in eine Sackgasse geraten<sup>3</sup>. Das heißt,

---

ebenso eine Änderung der festgesetzten Gesetze, die als Grundlage der juristischen Dogmen fungieren, dar wie eine Änderung der Prinzipien, die die Gesetze stützen. So konnte die dabei entstandene Diskrepanz nicht mehr mit den gewöhnlichen Rechtsauslegungen überbrückt werden. Die Aufgabe, die Diskrepanz zu überbrücken oder aufzulösen, wurde nunmehr der Rechtssoziologie übertragen.

Als dritter Faktor ist die Stellung der Rechtssoziologie zu nennen, die im Besonderen durch die Auseinandersetzung über die Rechtsauslegung, die durch den *Kurusu*-Bericht (s. *Kurusu* 1953) und im Allgemeinen durch die Rede zur Erstausgabe in der Fachzeitschrift der Japanischen Gesellschaft für Rechtssoziologie (s. *Suehiro* 1951) bedingt wurde. *Kurusu* kritisierte die Rechtsauslegungen im Allgemeinen als nicht-wissenschaftlich und legte die Notwendigkeit der Rechtssoziologie zu einer wissenschaftlichen Rekonstruktion der Rechtsauslegungen dar. Die Japanese Association of Sociology of Law betrachtete die Rechtssoziologie als „theoretische Wissenschaft des Rechts“, deren Aufgabe darin besteht, das „gesellschaftliche Gesetz des Rechts“ theoretisch zu untersuchen. Die Rechtssoziologie wurde nun als „Sozialwissenschaft des Rechts“ definiert. Man setzte große Hoffnung in ihre Entwicklung und stellte sie wegen ihres theoretisch-wissenschaftlichen Charakters der praktischen Jurisprudenz und Rechtsdogmatik als gleichwertige Disziplin gegenüber.

<sup>2</sup> „Das Wesen der Rechtshermeneutik besteht in der Ausübung der praktischen Funktion, das Recht stets auf das lebendige Sozialphänomen anzuwenden. Wir können uns daher auf keinen Fall mit einer bloß theoretischen Erkenntnis des Rechts zufrieden stellen, ja wir dürfen es nicht“ (*Odaka* (1953), S. 350).

<sup>3</sup> In dieser Situation wurde in der japanischen Rechtssoziologie der Begriff *das „lebende Recht“* von Eugen Ehrlich mehrfach benutzt, da dieser Begriff den oben in Anmerkung 1 genannten drei Punkten entsprach. Konkret bedeutet dies: (1) Die Reflexion über den Rechts-

je mehr die Eigentümlichkeit der Jurisprudenz unterstrichen wurde, desto mehr musste sich die Jurisprudenz von der *Wissenschaft* entfernen.<sup>4</sup>

An dieser Stelle gehen wir nicht weiter auf diese ausweglose Diskussion ein. Stattdessen fragen wir nach möglichen Gründen für die beschriebene Schwierigkeit. Damit wird die aporetische Frage, ob die Jurisprudenz eine Wissenschaft sei oder nicht, überwunden. Stattdessen fragen wir nach der Ursache jener Frage, ob das in der Gesellschaft tatsächlich praktizierte Recht eine Wissenschaft dar-

---

fetischismus, der aus einer dogmatischen Auslegung des Rechts stammt, führt zum Versuch, durch den Bezug auf das lebende Recht, das wegen der festgesetzten Gesetze in den Hintergrund getretene Sozialleben der Menschen darstellt, den Abstand zwischen dem Recht und dem Menschen zu überwinden; (2) die Diskrepanz zwischen der sozialen Realität und dem in der Nachkriegszeit in Kraft getretenen neuen Gesetz lässt sich behandeln, indem im Vergleich dazu das lebende Recht, das sich auf das reale Sozialleben bezieht, und das Gesetz (Staatsrecht) gegenübergestellt werden; (3) die herkömmliche Praxis, das reale Sozialverhältnis über eine Black Box der Auslegung in ein Rechtsverhältnis zu reduzieren, wird unter dem Gesichtspunkt des lebenden Rechts rekonstruiert. Dies stellt zugleich einen Versuch dar, die Rechtsauslegung, die oft kritisch als willkürliches Unternehmen angesehen worden ist, mit einer sozialwissenschaftlichen (und somit erfahrungswissenschaftlichen) Prozedur zu untermauern. Dennoch ist festzuhalten, dass diese Suche nach dem lebenden Recht einen wichtigen Anstoß dazu gegeben hat, die Rechtssoziologie in eine Sackgasse zu führen, weil das Sein (Lebendes Recht) und das Sollen (Gesetz) immer voneinander unterschieden werden müssen, wenn sie sich an der Wissenschaft orientiert.

<sup>4</sup> Die Wissenschaft hat heute jedoch hinsichtlich ihrer Fragestellungen und Lösungsansätze keinen eindeutig zu bestimmenden Inhalt. Im Diskurs über die Wissenschaftlichkeit des Rechts hat die Jurisprudenz zwar diverse Vorschläge aus anderen wissenschaftlichen Disziplinen erhalten und genutzt, aber das hieß nicht unbedingt, dass es in Bezug auf den Inhalt, der mit dem Terminus Wissenschaft ausgedrückt wird, eine Übereinstimmung gegeben hätte. Von einem anderen Gesichtspunkt aus gesehen, ist auch der genannte Hinweis von Max Weber noch genauer im Kontext seiner engagierten Auseinandersetzung mit der historischen Schule zu verstehen, nämlich im Kontext der Frage, wie weit geschichtlich entstehende ethische Ideale erfasst werden können und ob praktische politische Aussagen aufgrund dieser Erkenntnis möglich sind.

Will man sich daher mit diesen Problemen weiter als Wissenschaft befassen, muss man zunächst eine Formulierung über die Wissenschaft vornehmen. Es ist jedoch kaum vorstellbar, dass solche Diskussionen sinnvoll in Richtung auf eine umfassende Wissenschaft geführt werden können. Jede Wissenschaft würde, bestimmt von ihrem eigenen Wissenschaftsverständnis, genauere oder strengere Behauptungen aufstellen. Es ist nämlich nicht klar, ob bereits am Eingang solcher Diskussionen derjenige Gesichtspunkt gewonnen werden kann, der für die Behandlung der Frage nach der Wissenschaftlichkeit der Rechtsauslegung angemessen ist. Des Weiteren ist das Wissenschaftsverständnis hinsichtlich der *Objektivität* im Fall der Rechtsauslegung gerade seit der „Krise der Wissenschaft“ (s. unten Kapitel A, Fn. 5) erneuert worden. Die Jurisprudenz könnte auf verschiedene wissenschaftliche Disziplinen Bezug nehmen und deren Ergebnisse anwenden, aber es ist nicht leicht, diese Ergebnisse in ihrer eigenen Logik in die eigene Disziplin zu integrieren.

Niklas Luhmann setzte sich in seinen frühen Abhandlungen über die Normen mit dem Problem von Sein/Sollen auseinander (s. *Luhmann* (1968), Normen in soziologischer Perspektive, S. 28–48, und *ders.* (1983), Rechtssoziologie, S. 43 ff.). Ferner weist Luhmann darauf hin, dass „die heute vorherrschende Auffassung (...) Rechtsgeltung und Legitimität durch die Kritik zwischen Sein und Sollen“ trennt (s. *ders.* (1975), Legitimation durch Verfahren, S. 239).