

JOHANN BRAUN

**Einführung
in die
Rechtsphilosophie**

2. Auflage



MOHR SIEBECK

MOHR LEHRBUCH

Johann Braun

Einführung in die Rechtsphilosophie



Johann Braun

Einführung in die Rechtsphilosophie

Der Gedanke des Rechts

2., durchgesehene und verbesserte Auflage

Mohr Siebeck

JOHANN BRAUN, geboren 1946 in Ludwigshafen a. Rh.; 1979 Promotion; 1982 Habilitation; 1983 Universitätsprofessor in Trier; seit 1988 Universitätsprofessor in Passau für Zivilprozeßrecht, Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie.

1. Auflage (2006).
2. Auflage (2011), durchgesehen und verbessert.

e-ISBN PDF 978-3-16-151303-9

ISBN 978-3-16-151016-8

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

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Die neue Auflage ist nötig geworden, weil die Erstauflage vergriffen war. Bei dieser Gelegenheit wurde der gesamte Text sorgfältig durchgesehen und, wo nötig, verbessert.

Das eigentlich Neue dieser Auflage ist etwas anderes: Parallel dazu erscheint ein „**virtueller Materialband**“ mit **ausgewählten Originaltexten**, der sich in seiner Gliederung an die vorliegende „Einführung in die Rechtsphilosophie“ anschließt. Dieser Begleitband ist frei zugänglich unter der Internetadresse

<http://mohr.de/verlag/lesesaal.html>

Die hier online gestellten Texte dienen der Veranschaulichung der entsprechenden Paragraphen der „Einführung“ und sollen zugleich dem Leser den Einstieg in die Lektüre der hier behandelten Werke erleichtern.

Passau, im Juni 2011

Johann Braun

Aus dem Vorwort der ersten Auflage

Dieses Buch fügt sich vielleicht nicht ohne weiteres in die gängigen Raster. Zum besseren Verständnis seiner Konzeption seien daher einige Worte vorausgeschickt.

Zunächst und vor allem geht es hier um einen Versuch, die Rechtsphilosophie auf ein Gleis zu bringen, auf dem sie *für Juristen wieder von Interesse* ist. Das kann man nicht von allem sagen, was auf diesem Gebiet publiziert worden ist. Bisweilen konnte es scheinen, als habe die Rechtsphilosophie eine solche Richtung genommen, daß es die meisten Juristen gar nicht bemerkt hätten, wenn der philosophische Betrieb über Nacht eingestellt worden wäre. Mag das nun übertrieben sein oder nicht – ein solches Mißverhältnis kann im Interesse der Sache jedenfalls nicht hingenommen werden; denn richtig verstanden handelt es sich bei der Rechtsphilosophie um *die* Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft überhaupt. Um diese Funktion wahrnehmen zu können, muß sie allerdings deutlich machen können, warum sie dies ist. Das soll hier wenigstens im Ansatz versucht werden. Bei der Durchführung dieses Unternehmens konnte an manche Vorgänger angeknüpft werden, ohne deren Einfluß dieses Buch kaum geschrieben worden wäre. Ihnen allen gilt mein Dank, auch wenn sie in den bewußt sparsam gehaltenen Anmerkungen nicht alle erwähnt worden sind.

Ein anderer Punkt ist folgender. Die Rechtsphilosophie ist primär ein Experimentierfeld des rechtlichen Denkens. Wer sich auf dieses Feld begibt, bewegt sich jedoch, ob er will oder nicht, auf vielfach gepflügtem Boden. Die hier gesammelten *Erfahrungen* läßt man nicht ungestraft außer acht; sie müssen zur Kenntnis genommen und verarbeitet werden. Die gängige Methode für diesen Zweck besteht darin, sich des bereits Gedachten durch eine mehr oder weniger ausführliche *Geschichte* der Rechtsphilosophie zu vergewissern. Der Nachteil dieses Vorgehens ist freilich der, daß dabei allzu sehr von Vergangenen die Rede ist und daß die Behauptung, diese Vergangenheit sei auch noch für die Gegenwart von Bedeutung, leicht den Eindruck leerer Rhetorik erweckt. Insoweit gilt es daher einen neuen Weg zu finden und die Rechtsphilosophie als Wissenschaft der im idealen Reich des Rechtsdenkens gemachten Erfahrungen auf eine neue Weise zu begründen. Das im folgenden benutzte Verfahren besteht darin, den bereits bekannten Stoff mit bisher unbekanntem Fragen zu konfrontieren und dadurch der Geschichte ihren *ungeschichtlichen Gehalt* zu vindizieren oder anders ausgedrückt: die inneren Strukturen des rechtlichen Denkens, die in verschiedener historischer Einkleidung regelmäßig wiederkehren, sachlich auf den Begriff zu bringen.

Drittens aber kam es mir darauf an, dieses der Sache nach an sich monographische Unternehmen in die *Form eines Lehrbuchs* zu bringen; wie die Dinge liegen, hat es nur so eine Chance, im akademischen Betrieb wahrgenommen zu werden. Eine der Folgen der seit vielen Jahren nahezu pausenlos betriebenen Studienreformen – und wahrscheinlich sogar eine beabsichtigte Folge – ist nämlich die, daß die Rechtsphilosophie an den Universitäten nur noch ein Flackerleben führt. Wenn ein Student zusätzlich zu den zahlreichen und mittlerweile meist bereits von Professoren verfaßten juristischen Repetitorien, mit denen er sich für die diversen Prüfungen munitiert, noch ein philosophisches Buch in die Hand nehmen soll, dann muß es lehrbuchartig aussehen und bereits äußerlich den Eindruck erwecken, daß es, geordnet nach Kapiteln und Paragraphen, ebenfalls nützlichen Wissens- und Prüfungsstoff enthält, den man schwarz auf weiß nach Hause tragen kann.

Daraus ergab sich schließlich noch eine weitere Aufgabe. Lehrbücher haben es an sich, den behandelten Stoff zu komprimieren und in eine einprägsame Form zu bringen. Sie ersetzen diesen Stoff jedoch nicht, sondern setzen vielmehr voraus, daß man entweder bereits gewisse Vorkenntnisse mitbringt oder aber sich wenigstens nachträglich mit ausgewählten Aspekten der Materie näher befaßt. Das ist auf dem Gebiet der Rechtsphilosophie nur von wenigen zu erwarten. Die Werke vieler rechtsphilosophischer Klassiker – namentlich der deutschen – sind von einer solchen Widerspenstigkeit, daß sie sich dem Leser erst nach längerem Studium allmählich erschließen. Die Konsequenz hieraus konnte nur die sein, nicht allein *über* das Rechtsdenken solcher Autoren zu schreiben und das weitere dem Leser zu überlassen, sondern die behandelten Autoren soweit wie möglich unmittelbar *selbst zum Sprechen zu bringen*. Man kann dies, wenn man will, mit der Aufgabe vergleichen, ein Buch über Gesetze für Leser zu schreiben, die noch kein Gesetz in der Hand gehabt haben und auch keines zur Hand nehmen werden. Von allen bisher genannten Schwierigkeiten war dies freilich die geringste.

Ein letztes schließlich: So wie das vorliegende Lehrwerk konzipiert ist, steht und fällt es mit dem Gedanken, daß das Recht nicht nur nach äußeren Gesichtspunkten klassifiziert und geordnet werden kann, sondern daß auch sein *innerer Gehalt* unterschiedliche Sinnmuster umfaßt, welche die äußeren Formen auf je eigene Art mit Leben erfüllen. Dieser Leitgedanke bestimmt den ganzen Aufbau des Buches. Desungeachtet kann dieses aber auch als Begleitlektüre zu einer philosophiegeschichtlichen Vorlesung herkömmlichen Stils benutzt werden. Anhand der vorangestellten Gliederung dürfte es nicht schwer sein, die behandelten Rechtsdenker und Richtungen in eine rein chronologische Ordnung zu bringen. Ich gebe mich jedoch der Hoffnung hin, daß der von mir entfaltete Gedankengang immerhin soviel Überzeugungskraft hat, daß der Leser dieses Buch nicht von vornherein gegen den Strich liest.

Um es „mit dem Strich“ lesen zu können, mag es nützlich sein, schon im voraus über eine kurze Wegbeschreibung zu verfügen: Denkt man sich die Lektüre als eine Art Bergwanderung in den Regionen des Rechtsdenkens, so erfolgt im *ersten Teil* ein steiler Anstieg bis zu der Höhe, die man erreicht haben muß, um das Folgende zu verstehen. Ge-

VIII Aus dem Vorwort der ersten Auflage

wissermaßen zur Erholung wird der Leser im *zweiten Teil* zunächst auf das Hochplateau des *utopischen Rechtsdenkens* geführt. Dann aber geht es mit dem *rationalistischen Rechtsdenken* weiter bergan, wobei die Luft abermals dünner wird. Im letzten Abschnitt des zweiten Teils, dem *institutionellen Rechtsdenken*, wird die eigentliche Höhenregion erreicht, von wo aus der Blick ungehindert über die Welt unten im Tale schweift und auf Einsichten und Aussichten stößt, von denen die unten nichts wissen noch ahnen. Im *Schlußteil* erfolgt der rasche Abstieg zurück in die juristische Alltagswelt, die jetzt mancher vielleicht mit anderen Augen wahrnehmen wird. Soviel zu dem, was der Verfasser für den Leser vorgesehen hat. Was dieser daraus macht, ist naturgemäß seine Sache.

Warum das Buch einen doppelten Titel trägt – „Einführung in die Rechtsphilosophie“ und „Der Gedanke des Rechts“ –, braucht nach dem oben Gesagten nicht mehr lange erläutert zu werden. Der Titel verdankt sich dem doppelten Anliegen, das hier verfolgt wird, und soll zum Ausdruck bringen, daß es noch um etwas anderes geht, als nur in die Rechtsphilosophie überhaupt einzuführen.

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----------|
| Vorwort | V |
| 1. Teil: Die Frage nach der Gerechtigkeit | 1 |
| §1 Was heißt und wozu studiert man Rechtsphilosophie? | 1 |
| 1. Abschnitt: Gewißheitsverluste der neueren Rechtsphilosophie | 13 |
| §2 Der Siegeszug des Historismus | 14 |
| §3 Formalisierung der Rechtsetzung | 24 |
| §4 Logischer Empirismus | 34 |
| §5 Erosion der klassischen Rechtsdogmatik | 44 |
| 2. Abschnitt: Phänomenologie des Rechtsdenkens | 58 |
| §6 Innere Struktur des Rechts | 59 |
| §7 Das Projekt der Moderne | 71 |
| 2. Teil: Strukturen des Rechtsdenkens im Wandel | 85 |
| 1. Abschnitt: Utopisches Rechtsdenken | 85 |
| §8 Thomas Morus (1478–1535) | 86 |
| §9 Tommaso Campanella (1568–1639) | 98 |
| §10 Gerrard Winstanley (1609–1676) | 110 |
| §11 Johann Gottlieb Fichte (1762–1814) | 122 |
| §12 Der Marxismus | 135 |
| §13 Der Nationalsozialismus | 147 |
| §14 Wandlungen des utopischen Denkens | 161 |
| 2. Abschnitt: Rationalistisches Rechtsdenken | 174 |
| §15 Niccolò Machiavelli (1469–1527) | 175 |
| §16 Thomas Hobbes (1588–1679) | 187 |
| §17 John Locke (1632–1704) | 200 |
| §18 Jean Jacques Rousseau (1712–1778) | 213 |
| §19 Immanuel Kant (1724–1804) | 227 |
| §20 Hans Kelsen (1881–1973) | 239 |
| §21 John Rawls (1921–2002) | 250 |

X Inhaltsübersicht

| | |
|---|------------|
| 3. Abschnitt: Institutionelles Rechtsdenken | 264 |
| § 22 Hugo Grotius (1583–1645) | 265 |
| § 23 Samuel Pufendorf (1632–1694) | 278 |
| § 24 Christian Wolff (1679–1754) | 290 |
| § 25 Montesquieu (1689–1755) | 303 |
| § 26 Die historische Rechtsschule | 316 |
| § 27 G.W.F. Hegel (1770–1831) | 329 |
| § 28 Niklas Luhmann (1927–1998) | 342 |
| | |
| 3. Teil: Rechtsidee und Rechtswirklichkeit | 357 |
| § 29 Dialektik des Rechts | 358 |
| § 30 Gesetzgebung | 369 |
| § 31 Rechtsprechung | 379 |
| § 32 Rechtswissenschaft | 392 |
| | |
| Personenregister | 405 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Vorwort | V |
| 1. Teil: Die Frage nach der Gerechtigkeit | 1 |
| §1 Was heißt und wozu studiert man Rechtsphilosophie? | 1 |
| I. Gegenstand der Rechtsphilosophie | 1 |
| 1. Vor- und Nachdenken | 1 |
| 2. Suche nach einem Maßstab des Maßstabs | 3 |
| II. Geschichte der universitären Rechtsphilosophie | 5 |
| 1. Das Ende der klassischen Rechtsphilosophie | 5 |
| 2. Die Bildungsreformen des 19. Jahrhunderts | 7 |
| 3. Ausdifferenzierung des Rechts und der Rechtswissenschaft | 10 |
| III. Legitimation der Juristenphilosophie | 11 |
| 1. Abschnitt: Gewißheitsverluste der neueren Rechtsphilosophie | 13 |
| §2 Der Siegeszug des Historismus | 14 |
| I. Verlust der Rechtsidee | 14 |
| 1. Positivierung des Naturrechts | 15 |
| 2. Änderung des Naturbegriffs | 17 |
| 3. Ideologiekritik | 18 |
| II. Die Historisierung des Rechts | 19 |
| 1. Historismus in den Geisteswissenschaften | 19 |
| 2. Die historische Rechtsschule | 21 |
| III. Rechtsphilosophie als Geschichte der Rechtsphilosophie | 22 |
| §3 Formalisierung der Rechtsetzung | 24 |
| I. Der Gesetzespositivismus | 24 |
| 1. Der Positivismus vor dem Positivismus | 24 |
| 2. Beginnende Gesetzesflut | 26 |
| 3. Neues Verhältnis von Recht und Gesetz | 27 |
| II. Gerechtigkeit als Verfahrensgerechtigkeit | 28 |
| 1. Monarchische Gesetzgebung | 29 |
| 2. Parlamentarische Gesetzgebung | 29 |
| III. Der Rechtsrelativismus | 31 |

XII Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| 1. System möglicher Systeme | 31 |
| 2. Relativismus als Aufwertung absoluter Lehren | 32 |
| §4 Logischer Empirismus | 34 |
| I. Reduktion auf das von allen Beobachtbare | 34 |
| 1. Erfolg der Naturwissenschaften | 34 |
| 2. Überprüfbarkeit wissenschaftlicher Theorien | 35 |
| 3. Verengung des Blickfeldes | 37 |
| II. Analytische Philosophie | 38 |
| 1. Wissenschaftstheorie | 39 |
| 2. Der linguistic turn | 40 |
| III. Rechtstheorie und Rechtslogik | 40 |
| 1. Rechtstheorie | 40 |
| a) Allgemeine Rechtslehre | 41 |
| b) Reine Rechtslehre | 41 |
| c) H.L.A. Hart | 42 |
| 2. Rechtslogik | 42 |
| §5 Erosion der klassischen Rechtsdogmatik | 44 |
| I. Rechtsdogmatik als Textanwendung | 44 |
| 1. Rechtsfindung durch Argumentationsverbote | 44 |
| 2. Der anzuwendende Text | 45 |
| a) Auslegung der Digesten | 45 |
| b) Auslegung staatlicher Gesetze | 46 |
| II. Erweiterung des methodischen Instrumentariums | 47 |
| 1. Die Freirechtsschule | 47 |
| 2. Der Siegeszug der Generalklauseln | 49 |
| 3. Rechtsanwendung alten Rechts „im neuen Geist“ | 50 |
| III. Naturrecht und Verfassung | 51 |
| 1. Die Wiederkehr des Naturrechts | 51 |
| a) Reaktion auf ungerechte Gesetze | 52 |
| b) Einfluß der Wertphilosophie | 53 |
| c) Kritische Einwände | 54 |
| 2. Positivierung überpositiver Werte in der Verfassung | 54 |
| IV. Wendung zur Methodenlehre | 56 |
| 2. Abschnitt: Phänomenologie des Rechtsdenkens | 58 |
| §6 Innere Struktur des Rechts | 59 |
| I. Aspekte der Gerechtigkeit | 59 |
| 1. Summum jus, summa injuria | 59 |
| a) Unzulänglichkeit eines binären Gerechtigkeitsbegriffs | 59 |
| b) Mehrdimensionale Gerechtigkeit | 60 |
| c) Gleiche praktische Vernunft | 63 |
| 2. Analyse des rechtlichen Denkens | 63 |
| II. Archetypen des Rechts | 64 |
| 1. Die maßgeblichen Differenzierungen | 65 |

| | |
|---|-----------|
| a) Gemachtes und gewordenes Recht | 65 |
| b) Kollektive oder individualistische Legitimationsmuster | 66 |
| 2. Paradigmen der Gerechtigkeit | 66 |
| a) Utopisches Rechtsdenken | 67 |
| b) Rationalistisches Rechtsdenken | 67 |
| c) Institutionelles Rechtsdenken | 68 |
| 3. Lebenszeitliche Präferenzen | 69 |
| III. Charakteristika einer historischen Typologie | 70 |
| 1. Abstraktion von historischen Sinnzusammenhängen | 70 |
| 2. Betonung struktureller Zusammenhänge | 71 |
| §7 Das Projekt der Moderne | 71 |
| I. Mittelalter und Neuzeit | 72 |
| 1. Das Jahr 1500 als Zeitenwende | 72 |
| 2. Das Mittelalter | 73 |
| 3. Die Neuzeit | 75 |
| II. Säkularisierung des Rechts | 77 |
| 1. Trennung der weltlichen von der geistlichen Sphäre | 77 |
| 2. Autonomes Recht | 78 |
| III. Entstehung des Staates | 79 |
| 1. Der Staat als Territorialherrschaft | 79 |
| 2. Der Staat als Rechtsherrschaft | 80 |
| IV. Entdeckung des Subjekts | 81 |
| 1. Das Subjekt als Selbstwert | 81 |
| 2. Das Subjekt als ordnende Kraft | 82 |
| | |
| 2. Teil: Strukturen des Rechtsdenkens im Wandel | 85 |
| | |
| 1. Abschnitt: Utopisches Rechtsdenken | 85 |
| §8 Thomas Morus (1478–1535) | 86 |
| I. Utopia als Gegenbild zur Wirklichkeit | 86 |
| 1. Vision einer besseren Welt | 86 |
| 2. Realistische Diagnose der Gegenwart | 87 |
| 3. Abschaffung des Privateigentums | 88 |
| 4. Realisierbarkeit einer alternativen Welt | 90 |
| II. Güterproduktion und Verteilung | 91 |
| 1. Die Organisation der Arbeit | 91 |
| 2. Produktionsüberfluß | 92 |
| III. Der Staat als Familie | 93 |
| 1. Leben in der Gemeinschaft | 93 |
| 2. Verwaltung von Mitteln statt Herrschaft über Personen | 94 |
| IV. Vereinnahmung des Individuums | 95 |
| 1. Äußere Gleichschaltung | 95 |
| 2. Innere Gleichschaltung | 97 |

XIV Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| § 9 Tommaso Campanella (1568–1639) | 98 |
| I. Der perfekte Beamtenstaat | 98 |
| 1. Gegenwelt zu Neapel | 98 |
| 2. Beherrschung von oben | 99 |
| II. Produktion und Verteilung | 100 |
| 1. Unbeschränkter Gemeinbesitz | 100 |
| 2. Arbeit als Bedürfnis | 101 |
| 3. Freizeit | 102 |
| III. Die Vereinnahmung des Subjekts | 103 |
| 1. Vorrang des Ganzen vor dem Einzelnen | 103 |
| 2. Zucht des neuen Menschen | 104 |
| 3. Gleichschaltung des äußeren Verhaltens | 106 |
| 4. Gleichschaltung des Denkens | 107 |
| IV. Die Herrschaft der Philosophen | 108 |
| 1. Auswahl der Besten | 108 |
| 2. Der Jesuitenstaat in Paraguay | 108 |
| § 10 Gerrard Winstanley (1609–1676) | 110 |
| I. Die wahren Leveller | 110 |
| 1. Soziale Revolution | 110 |
| 2. Die Erde ist für alle da | 110 |
| 3. Religiöser Fundamentalismus | 112 |
| II. Die Erde als gemeinsame Schatzkammer der Menschheit | 114 |
| 1. Gemeineigentum | 114 |
| 2. Kauf und Verkauf ist Betrug | 115 |
| 3. Schwerter zu Pflugscharen | 116 |
| III. Einer für alle, alle für einen | 117 |
| 1. Produktion und Verteilung | 117 |
| 2. Familie und Erziehung | 118 |
| IV. Regierung und Verwaltung | 120 |
| 1. Rotationsprinzip | 120 |
| 2. Herrschaft des Gemeingeistes | 121 |
| § 11 Johann Gottlieb Fichte (1762–1814) | 122 |
| I. Dialektik der Freiheit | 122 |
| 1. Die Utopie im eigenen Kopf | 122 |
| 2. System der Freiheit | 123 |
| 3. Aufhebung des Subjekts | 123 |
| II. Dialektik des Eigentums | 125 |
| 1. Kritik der sozialen Verhältnisse | 125 |
| 2. Handlungseigentum statt Sacheigentum | 126 |
| 3. Recht auf Arbeit als Eigentum | 127 |
| 4. Verplanung der Freiheit | 129 |
| III. Vom Sozialstaat zum Totalstaat | 131 |
| 1. Freizeit statt Freiheit | 131 |
| 2. Umschlag von Zwang in Freiheit | 132 |

| | | |
|------|---|-----|
| § 12 | Der Marxismus | 135 |
| | I. Hegel vom Kopf auf die Füße | 135 |
| | 1. Veränderung statt Interpretation | 135 |
| | 2. Geschichte als Geschichte von Klassenkämpfen | 136 |
| | II. Sündenfall und Erlösung | 137 |
| | 1. Entfremdung, Arbeitsteilung und Privateigentum | 137 |
| | 2. Kommunistische Weltrevolution | 140 |
| | III. Die klassenlose Gesellschaft | 140 |
| | 1. Aufhebung der Arbeitsteilung | 141 |
| | 2. Aufhebung des Privateigentums | 141 |
| | 3. Absterben des Staates | 142 |
| | IV. Diktatur jetzt, Freiheit später | 144 |
| | 1. Diktatur des Proletariats | 144 |
| | 2. Der neue Mensch | 145 |
| | 3. Freiheit als Freizeit | 146 |
| § 13 | Der Nationalsozialismus | 147 |
| | I. Fall und Wiederaufstieg | 148 |
| | 1. Die Misere der Gegenwart | 148 |
| | a) Nationale Niederlage | 148 |
| | b) Die soziale Frage | 149 |
| | 2. Vision eines nationalen Sozialismus | 149 |
| | a) Deutschland als Weltmacht | 149 |
| | b) Nationale Volksgemeinschaft | 150 |
| | II. Angewandte Biologie | 151 |
| | 1. Sozialdarwinismus | 151 |
| | 2. Die arische Rasse | 153 |
| | 3. Antisemitismus | 155 |
| | III. Das nationalsozialistische Gemeinwesen | 156 |
| | 1. Primat der Gemeinschaft | 156 |
| | 2. Ehe und Familie | 157 |
| | 3. Primat der Politik, sekundäre Rolle der Wirtschaft | 158 |
| | 4. Sozialpolitik | 158 |
| | 5. Staatsorganisation | 159 |
| | 6. Erziehung und ideologische Gleichschaltung | 160 |
| § 14 | Wandlungen des utopischen Denkens | 161 |
| | I. „Schwarze“ Utopien | 161 |
| | 1. Kehrseite sozialistischer Glücksverheißung | 161 |
| | 2. Macht als Selbstzweck | 162 |
| | 3. Der alte und der neue Mensch | 165 |
| | II. Utopie als Prozeß | 165 |
| | 1. Das Prinzip Hoffnung | 165 |
| | 2. Die studentische Bewegung | 168 |
| | III. Harmonie von Mensch und Umwelt | 169 |
| | 1. Grenzen des Wachstums | 169 |
| | 2. Ökotopia | 170 |

| | |
|--|-----|
| 2. Abschnitt: Rationalistisches Rechtsdenken | 174 |
| § 15 Niccolò Machiavelli (1469–1527) | 175 |
| I. Politischer Realismus | 175 |
| 1. Krisensituation als Ausgangspunkt | 175 |
| 2. Blick auf die Wirklichkeit | 175 |
| 3. Kritik der Waffen | 176 |
| II. Das Umfeld der Politik | 177 |
| 1. Pessimistisches Menschenbild | 177 |
| 2. Zyklus der Geschichte | 178 |
| III. Methoden politischen Handelns | 180 |
| 1. Fuchs und Löwe | 180 |
| 2. Gewalt als Mittel der Politik | 181 |
| 3. Vertragsbruch und Täuschung | 183 |
| IV. Ausdifferenzierung des politischen Handelns | 185 |
| 1. Politik als rechts- und moralfreier Raum | 185 |
| 2. Kritik und Zustimmung | 186 |
| § 16 Thomas Hobbes (1588–1679) | 187 |
| I. Ordnung in einer heillosen Welt | 187 |
| 1. Erfahrung des Krieges | 188 |
| 2. Menschenbild und mathematische Methode | 189 |
| II. Frieden statt Freiheit, Sicherheit statt materieller Gerechtigkeit | 191 |
| 1. Der Naturzustand: bellum omnium contra omnes | 191 |
| 2. Kein vor- oder überpositives Recht | 192 |
| 3. Begründung des Staates | 193 |
| 4. Der Leviathan | 195 |
| III. Grundlegung des Rechtspositivismus | 197 |
| 1. Rechtsetzungsgewalt des Staates | 197 |
| 2. Formale Rechtsqualitäten | 198 |
| a) Offenkundigkeit und Klarheit | 198 |
| b) Nulla poena sine lege | 198 |
| c) Schuldfähigkeit | 199 |
| d) Subjektive Gesetzesauslegung | 199 |
| 3. Recht und Freiheit | 199 |
| § 17 John Locke (1632–1704) | 200 |
| I. Der Staat als Gegenspieler | 200 |
| 1. Ausgangspunkt: Verteidigung der Staatsmacht | 201 |
| 2. Endpunkt: der schwächstmögliche Staat | 201 |
| II. Vorstaatliches Recht | 202 |
| 1. Das natürliche Gesetz | 202 |
| a) Vorstaatliches Verletzungsverbot | 202 |
| b) Freiheit als Eigentum an sich selbst | 203 |
| c) Ungleichheit des Besitzes | 204 |
| 2. Der Naturzustand als latenter Kriegszustand | 204 |
| a) Jeder Richter in eigener Sache | 205 |

| | |
|--|-----|
| b) Gefährdung des Eigentums | 206 |
| III. Grundlegung des Rechtsstaates | 207 |
| 1. Der Gesellschaftsvertrag | 207 |
| a) Vertrag als Grundlage des positiven Gesetzes | 207 |
| b) Reale Zustimmung | 208 |
| 2. Begrenzung der Staatsgewalt | 209 |
| a) Gewaltenteilung | 209 |
| b) Zweckbindung | 210 |
| c) Herrschaft des Gesetzes | 211 |
| IV. Rechtspositivismus und Menschenrechte | 212 |
| 1. Gesetzesbindung des Rechtsanwenders | 212 |
| 2. Naturrechtsbindung des Gesetzgebers | 213 |
| § 18 Jean Jacques Rousseau (1712–1778) | 213 |
| I. Theorie der Demokratie | 213 |
| 1. Politisches Urgestein | 213 |
| 2. Nachfolger und Gegner von Hobbes | 215 |
| II. Dialektik der Gesellschaft | 215 |
| 1. Der Naturzustand | 215 |
| a) Der Mensch von Haus aus „gut“ | 216 |
| b) Ursprüngliche Gleichheit und Eigentumslosigkeit | 216 |
| 2. Vergesellschaftung als Wesensverlust | 217 |
| a) Kampf aller gegen alle in der Gesellschaft | 217 |
| b) Privateigentum als Sündenfall | 218 |
| 3. Zurück zur Natur? | 219 |
| III. Kollektive Selbstbestimmung | 220 |
| 1. Herrschaft des allgemeinen Willens | 220 |
| a) Von der individuellen zur gesellschaftlichen Freiheit | 220 |
| b) Die <i>volonté générale</i> | 221 |
| 2. Die Organisation des allgemeinen Willens | 222 |
| a) Unmittelbare Demokratie | 222 |
| b) Keine Parteien | 223 |
| c) Keine Einzelfallgesetze | 223 |
| IV. Legitimation durch Verfahren und ihre Grenzen | 224 |
| 1. Richtiges Recht durch Organisation | 224 |
| 2. Stillschweigende Prämissen | 225 |
| a) Gleicher Besitz | 225 |
| b) Bürgerliches Glaubensbekenntnis | 225 |
| c) Meinungspflege | 226 |
| 3. Demokratie mit doppeltem Boden | 226 |
| § 19 Immanuel Kant (1724–1804) | 227 |
| I. Vernünftigkeit als Gesetzmäßigkeit | 227 |
| 1. Unüberbrückbare Kluft zwischen Sein und Sollen | 227 |
| 2. Werde allgemein! | 228 |
| II. Ausdifferenzierung von Recht und Moral | 229 |
| 1. Innensteuerung und Außensteuerung | 229 |

XVIII Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| a) Moralität | 229 |
| b) Legalität | 230 |
| c) Recht als Befugnis zu zwingen | 231 |
| 2. Historischer Hintergrund | 232 |
| III. Der Inhalt einer möglichen Gesetzgebung | 233 |
| 1. Form und Inhalt | 233 |
| 2. Kategorien des Rechts als Kategorien der Freiheit | 234 |
| 3. Der Staat als Richter im Streit um das Recht | 235 |
| 4. Zustimmung der Vernunft | 235 |
| IV. Die Eigendynamik der Rechtsorganisation | 237 |
| 1. Praktischer Positivismus | 237 |
| 2. Gelungene Revolution schafft neues Recht | 238 |
| § 20 Hans Kelsen (1881–1973) | 239 |
| I. Das Programm der Reinen Rechtslehre | 239 |
| 1. Theorie des Gesetzespositivismus | 239 |
| 2. Befreiung des Positivismus von „fremden Elementen“ | 241 |
| II. Die Theorie der Rechtsnorm | 242 |
| 1. Die Rechtsnorm als wertneutrale Zwangsnorm | 242 |
| 2. Die Grundnorm | 243 |
| a) Inhaltliche und prozedurale Normbegründung | 243 |
| b) Macht als Voraussetzung der Rechtsgeltung | 244 |
| 3. Der Stufenbau der Rechtsordnung | 245 |
| III. Rechtsanwendung als Rechtsetzung | 246 |
| 1. Bekenntnis statt Erkenntnis | 246 |
| 2. Differenz von positivem Recht und Wunschrecht | 247 |
| 3. Identität von Rechtsprechung und Verwaltung | 248 |
| IV. Die Selbstaufhebung des Subjekts | 248 |
| 1. Rechtswissenschaft ohne Recht | 248 |
| 2. Verabsolutierung der instrumentalen Vernunft | 249 |
| § 21 John Rawls (1921–2002) | 250 |
| I. Theorie der Gerechtigkeit | 250 |
| 1. Die Grundstruktur der Gesellschaft | 250 |
| 2. Kontraktualismus | 251 |
| II. Das Rawls'sche Gedankenexperiment | 252 |
| 1. Der fiktive Urzustand | 253 |
| 2. Die beiden Grundsätze der Gerechtigkeit | 254 |
| a) Freiheit und Geld als Grundgüter | 254 |
| b) Gleichheits- und Unterschiedsprinzip | 255 |
| c) Endgültige Fassung | 256 |
| 3. Transformation des Urzustandes in die Gesellschaft | 256 |
| III. Selbststabilisierung des politischen Systems | 257 |
| 1. Stabilität in einer pluralistischen Ordnung | 257 |
| 2. Übergreifender Konsens | 258 |
| 3. Bestärkung der Selbstachtung | 259 |

| | |
|--|------------|
| IV. Grenzen des Kontraktualismus | 259 |
| 1. Fairness nur gegenüber unseresgleichen | 259 |
| 2. Ehe und Familie | 260 |
| a) Beliebige Beziehungen zu beliebigen Partnern | 260 |
| b) Abschaffung der Familie | 261 |
| 3. Der Staat | 262 |
| 3. Abschnitt: Institutionelles Rechtsdenken | 264 |
| § 22 Hugo Grotius (1583–1645) | 265 |
| I. Naturrecht als poröses Gewebe | 265 |
| 1. Rechtfertigung und Grenzen der Gewalt | 265 |
| 2. Naturrecht als Immanenzkritik | 266 |
| a) Primäres und sekundäres Naturrecht | 266 |
| b) Dispositives und zwingendes Naturrecht | 267 |
| c) Verhältnis zum positiven Recht | 268 |
| II. Erkenntnis des wirklichen Rechts | 268 |
| 1. Quellen der Rechtsentstehung | 268 |
| a) Sozialtrieb, Vernunft und göttlicher Wille | 268 |
| b) Säkulares Naturrecht | 269 |
| 2. Quellen der Rechtskenntnis | 271 |
| a) Direkter und indirekter Beweis | 271 |
| b) Einbeziehung fremder Denkerfahrung | 272 |
| c) Kritik am Überlieferungswissen | 273 |
| d) Kritische Rechtfertigung | 274 |
| III. Ansätze zur Systembildung | 274 |
| 1. Das zweifache Ziel des Rechtsschutzes | 274 |
| 2. Das System der Rechte | 276 |
| a) Personenrecht | 276 |
| b) Eigentum | 277 |
| c) Rechtsgeschäfte | 277 |
| § 23 Samuel Pufendorf (1632–1694) | 278 |
| I. Zwischen Tradition und Innovation | 278 |
| 1. Naturrecht der Erfahrung | 278 |
| 2. Wegbereiter der großen Kodifikationen | 279 |
| II. Rechtslehre als Pflichtenlehre | 279 |
| 1. Mensch als soziales Wesen | 279 |
| 2. Naturrecht und Moralthologie | 280 |
| 3. Erkenntnis des Naturrechts | 282 |
| 4. Die drei Grundpflichten | 284 |
| a) Schädigungsverbot | 284 |
| b) Gleichbehandlungsgebot | 284 |
| c) Förderungsgebot | 285 |
| III. Ordnung des Privatrechts | 285 |
| 1. Rechtsgeschäftslehre | 286 |
| 2. Sachenrecht | 286 |

XX Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| 3. Verträge | 287 |
| IV. Die Ordnung des Staates | 288 |
| 1. Der Gesellschaftsvertrag | 288 |
| 2. Der Staat als moralische Person | 289 |
| 3. Wohlfahrtsstaat | 289 |
| § 24 Christian Wolff (1679–1754) | 290 |
| I. Perfektion der mathematischen Methode | 290 |
| 1. Geist der Gründlichkeit | 290 |
| 2. „Euklidische“ Beweisführung im Naturrecht | 291 |
| 3. Systematische Erfassung des gegenwärtigen Rechts | 292 |
| II. Entfaltung vorausgesetzten Konsenses | 293 |
| 1. Beförderung der Vollkommenheit | 293 |
| a) Rechte als Mittel der eigenen Pflichterfüllung | 293 |
| b) Rechte auf fremde Pflichterfüllung | 294 |
| 2. Ebenbild Gottes | 295 |
| 3. Eigendynamik der „Logifizierung“ des Rechts | 296 |
| III. Das System des Naturrechts | 297 |
| 1. Die innere Ordnung des Rechts | 297 |
| a) Eigentum | 297 |
| b) Vertrag | 299 |
| c) Familie und Haus | 300 |
| d) Der Staat | 301 |
| e) Völkerrecht | 302 |
| IV. Naturrecht und positives Recht | 302 |
| 1. Verwirklichung des Naturrechts in den großen Kodifikationen | 302 |
| 2. Der Konfliktfall | 303 |
| § 25 Montesquieu (1689–1755) | 303 |
| I. Naturrecht mit veränderlichem Inhalt | 303 |
| 1. Relativität des Rechts | 303 |
| 2. Vernunft der Wirklichkeit | 304 |
| II. Die Gesetze als „Beziehungen“ | 306 |
| 1. Das Verhältnis des Rechts zu seiner Umwelt | 307 |
| 2. Der Geist der Gesetze | 307 |
| 3. Die Vernunft der Welt | 308 |
| III. Staatsform und Staatsprinzip | 309 |
| 1. Die drei Regierungsformen | 309 |
| 2. Die drei Prinzipien politischen Handelns | 310 |
| IV. Gewaltenteilung und bürgerliche Freiheit | 311 |
| 1. Politische Freiheit | 312 |
| 2. Die klassische Gewaltenteilungslehre | 312 |
| 3. Moderne Gewaltenteilung | 313 |
| V. Die Klimalehre | 314 |
| 1. Beziehung der Gesetze zur Art des Klimas | 314 |
| 2. Monogamie und Polygamie | 314 |
| 3. Physische und sittliche Antriebe im Widerstreit | 315 |

| | |
|---|-----|
| § 26 Die historische Rechtsschule | 316 |
| I. Hinwendung zur Wirklichkeit | 316 |
| 1. Abkehr von Naturrecht und kritischer Philosophie | 317 |
| 2. Historismus als Philosophie | 318 |
| II. Naturrecht als „Philosophie des positiven Rechts“ | 319 |
| 1. Was nach der Erfahrung Rechtens sein kann | 319 |
| 2. „Philosophische Prüfung“ des Privatrechts | 321 |
| a) Privateigentum | 321 |
| b) Ehe | 321 |
| c) Sklaverei | 322 |
| 3. Verlorener Maßstab der Wirklichkeit | 323 |
| III. Theorie des Gewohnheitsrechts | 324 |
| 1. Volksgeist als Rechtsquelle | 324 |
| 2. Die historische Erkenntnismethode | 325 |
| 3. Rechnen mit Begriffen | 326 |
| IV. Ohnmacht der Geschichte | 328 |
| § 27 G.W.F. Hegel (1770–1831) | 329 |
| I. Selbstentfaltung der Vernunft | 329 |
| 1. Die Vernünftigkeit des Wirklichen erkennen | 329 |
| 2. Recht als Dasein des freien Willens | 330 |
| 3. Sittliche Totalität und Subjektivität | 330 |
| II. System des Rechts | 332 |
| 1. Das abstrakte Recht | 333 |
| a) Eigentum | 334 |
| b) Vertrag | 334 |
| c) Unrecht | 336 |
| 2. Moralität | 336 |
| a) Gewissen | 337 |
| b) Kollektive Überzeugung | 337 |
| 3. Sittlichkeit | 338 |
| a) Familie | 338 |
| b) Bürgerliche Gesellschaft | 339 |
| c) Der Staat | 340 |
| III. Weltgeschichte als Weltgericht | 341 |
| § 28 Niklas Luhmann (1927–1998) | 342 |
| I. Systemtheorie | 342 |
| 1. Die Funktion des Rechts begreifen | 342 |
| a) Wissenschaft von der Gesellschaft als ganzer | 342 |
| b) Systeme als Funktionseinheiten | 343 |
| 2. Autopoiese des Organismus | 343 |
| 3. Wahrnehmung der Außenwelt | 344 |
| a) Beobachtung interner Veränderungen | 344 |
| b) Systemerhaltung statt Wahrheitsfindung | 345 |
| II. Recht als Subsystem der Gesellschaft | 346 |

XXII Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|------------|
| 1. Gesellschaft als System | 346 |
| a) Umfassendstes Kommunikationssystem | 346 |
| b) Codierte Unterscheidungen | 346 |
| 2. Das System des Rechts | 347 |
| a) Stabilisierung von Verhaltenserwartungen | 347 |
| b) Jederzeitige Änderbarkeit und Erwartungssicherheit | 348 |
| 3. Beziehung des Rechts zu seiner Umwelt | 350 |
| a) Verarbeitung rechtlicher Einflüsse nach sachgesetzlichen Regeln | 350 |
| b) Rechtssystem und Bewußtseinssystem | 352 |
| III. Rechtsanwendung zwischen Konditionalprogramm und Finalstruktur | 353 |
| 1. Traditionelle und „progressive“ Entscheidungsstrategien | 353 |
| 2. Entdifferenzierung des Rechtssystems | 354 |
| | |
| 3. Teil: Rechtsidee und Rechtswirklichkeit | 357 |
| | |
| § 29 Dialektik des Rechts | 358 |
| I. Der äußere Rechtsbetrieb | 358 |
| 1. Recht als Funktion der Wirklichkeit | 358 |
| 2. Habituelle Verankerung des Positivismus in Ausbildung und Praxis | 358 |
| a) Juristenausbildung | 359 |
| b) Rechtspraxis | 360 |
| 3. Selbstregulierung des positiven Rechts | 361 |
| II. Die innere Rechtsüberzeugung | 362 |
| 1. Gewohnheitsrecht | 363 |
| 2. Gesetzesrecht | 364 |
| 3. Rechtsprechung | 365 |
| III. „Lebender Begriff“ | 367 |
| 1. Der blinde Fleck des Positivismus | 367 |
| 2. Subjektive Objektivität | 367 |
| 3. Stufen der Verwirklichung | 368 |
| | |
| § 30 Gesetzgebung | 369 |
| I. Rechtliche Prinzipien und rechtspolitische Ziele | 369 |
| 1. Instrumentale und mediale Funktion des Gesetzes | 369 |
| a) Politische Ziele | 370 |
| b) Rechtliche Prinzipien | 371 |
| 2. Gesetzgebung als prinzipiengeleitete Rechtsfindung | 371 |
| II. Der Gedanke des Rechts im Lichte der Parteien | 374 |
| 1. Rechtsideologien der Parteien | 375 |
| 2. Innerparteiliche Vielfalt | 376 |
| III. Das Gesetzgebungsverfahren | 377 |
| 1. Filter und Verstärker im Vorfeld | 377 |
| 2. Kompromisse im Verfahren | 378 |
| | |
| § 31 Rechtsprechung | 379 |
| I. Gesetzesanwendung | 379 |

| | |
|--|------------|
| 1. Steuerung der Rechtsfindung | 380 |
| a) Werturteil im Konditionalprogramm | 380 |
| b) Gesetz als Argumentationsverbot | 381 |
| 2. Rechtliche Meta-Argumentation | 383 |
| a) Subjektive Auslegung | 384 |
| b) Objektive Auslegung | 385 |
| II. Konkretisierung von Prinzipien | 386 |
| 1. Struktur von Prinzipien | 386 |
| a) Normen | 386 |
| b) Prinzipien | 387 |
| 2. Rechtsfindung anhand von Prinzipien | 388 |
| a) Gedachte Konkretisierung als Richtschnur | 388 |
| b) Das Gewebe des Rechts | 389 |
| III. Die Person des Richters | 390 |
| 1. Je eigene Sicht des Rechts | 390 |
| 2. Richterwahl | 391 |
| § 32 Rechtswissenschaft | 392 |
| I. Rechtliche Standortbestimmung | 392 |
| 1. Explizite Selbstreflexion | 392 |
| 2. Implizite Tiefendimension | 393 |
| II. Systemstrukturen und begriffliche Kategorien | 393 |
| 1. Ordnungsstrukturen | 394 |
| a) Privatrecht und öffentliches Recht | 394 |
| b) Institutionen- und Pandektensystem | 395 |
| c) System des Rechtsschutzes | 396 |
| 2. Zentrale Begriffe | 397 |
| 3. Zu-Ende-denken der Praxis | 399 |
| III. Minderberechtigter Partner der Praxis | 399 |
| 1. Praxisbezug der Theorie | 400 |
| a) Anleitung im Detail | 400 |
| b) Dokumentation des Details | 400 |
| 2. Verlust des Gerechtigkeitsbezugs | 401 |
| a) Positives Gesetz statt sachlicher Argumentation | 401 |
| b) Wille des Gesetzgebers statt sachlicher Argumentation | 402 |
| c) Entscheidungspraxis statt sachlicher Argumentation | 402 |
| d) Künftige Entscheidungspraxis statt sachlicher Argumentation | 402 |
| 3. Der Gedanke des Rechts | 403 |
| Personenregister | 405 |

1. Teil: Die Frage nach der Gerechtigkeit

§ 1 Was heißt und wozu studiert man Rechtsphilosophie?

I. Gegenstand der Rechtsphilosophie

1. Vor- und Nachdenken

Aus der Ferne betrachtet gleicht das Gebäude des Rechts einem großen Palast, der bei jedem Besucher, der sich ihm nähert, gespannte Erwartungen hervorrufft. Von innen jedoch ist es ein verschlungenes Labyrinth mit zahllosen Gängen und Kammern, in dem sich auch derjenige, der hier zu Hause ist, stets aufs neue verirrt. Zwar scheint das Recht auf mehr Fragen eine Antwort parat zu haben, als ein einzelner Mensch jemals zu stellen vermag; aber unglücklicherweise liegen diese Antworten nicht offen zutage, sondern sind irgendwo versteckt, und häufig verhält es sich so, daß niemand weiß, wo. Die Tätigkeit des Juristen besteht daher größtenteils darin, in den Gängen dieses Labyrinths umherzuirren und für immer neue Probleme nach Lösungen zu suchen, die hier im Halbdunkel irgendwo verborgen sein könnten. Angefangen von Gesetzen und Gesetzesmaterialien über Verordnungen und Entscheidungen bis hin zu den diversen Erscheinungsformen der juristischen Fachliteratur vertieft er sich immer mehr in die Produkte *fremden Denkens* und muß es nicht selten erleben, daß ihm darüber das *eigene* abhanden kommt. Ohne Überblick über das Ganze und ohne jemals sicheren Boden zu verspüren, hangelt er sich vom einen zum andern, und auch wer hierbei äußerlich erfolgreich agiert, geht, wenn man hinter die Kulissen blickt, nur allzu oft einer Tätigkeit nach, von deren Trostlosigkeit die Außenstehenden wenig ahnen.

Dieser prosaische Befund ist sicher nicht der einzige Grund, wohl aber einer der Gründe, warum der Rechtsphilosophie die Kundschaft bisher nicht ausgegangen ist. Gerade von ihr erhofft man sich nämlich eine Hilfe. Dabei sind freilich unterschiedliche Erwartungen im Spiel. Manche der Interessenten sind nur von dem Wunsch beiseelt, sich die mühsame Arbeit im Labyrinth des Rechts zu ersparen und stattdessen auf eine genial-divinatorische Weise kurz und bequem zu vorweisbaren Resultaten geführt zu werden, auf die es nach ihrer Meinung allein ankommt. Andere dagegen sind es leid, immer nur nach fremden Gedanken suchen zu müssen, und erwarten daher eine Anleitung zum *Selbstdenken*, also zu etwas, dem sie bei ihrer Beschäftigung mit dem Recht bisher nur selten begegnet sind. Dem einen bietet der herkömmliche Rechtsbetrieb zu-

viel, weshalb er auf eine „philosophische Vereinfachung“ hofft; dem anderen bietet er zuwenig, weil er die Begrenztheit des Handwerks durchschaut und wissen möchte, wie eigentlich das *Vor*-Denken zu dem aussieht, was er im Wege der Rechtsanwendung nur *nach*-denken soll.

Um nicht falsche Erwartungen zu wecken, sei daher gleich zu Beginn ein Warnschild aufgestellt: Wer auf einen bequemeren Weg zu einem von vornherein feststehenden Ziel hofft, wird mit dem vorliegenden Werk nicht ganz auf seine Kosten kommen; denn es ist weder dazu bestimmt noch geeignet, jener juristischen Ratgeber- und Übersichts-literatur Konkurrenz zu machen, die dem Leser verspricht, ihm in der Art eines Nürnberger Trichters in drei Tagen einzuflößen, wofür ein anderer lange Jahre braucht. Es ist vielmehr für diejenigen gedacht, denen der übliche Rechtsbetrieb ungenügend und unbefriedigend vorkommt, weil hier gerade für das, was ihnen am wichtigsten erscheint, kein Platz vorgesehen ist.

Eine solche Einstellung ist bei Juristen vielleicht nicht die Regel, auf der anderen Seite aber auch keine Seltenheit. Denn die Beschäftigung mit dem geltenden Recht läßt leicht den Eindruck entstehen, daß man sich an der Oberfläche einer tiefgründigen Materie bewegt, von dieser Tiefe aber systematisch abgeschottet wird. Wer als Jurist über sein Tun reflektiert, gerät fast notwendig in eine zwiespältige Lage: Seine Zunftregeln verlangen von ihm, daß er sich auf die Auseinandersetzung mit Fragen beschränkt, deren einziger Zweck darin zu bestehen scheint, irgendwelche Nebensächlichkeiten zur Hauptsache hochzustilisieren, während sein Rechtsempfinden ihm sagt, daß das eigentlich Wichtige etwas ganz anderes ist. Nicht jeder vermag sich damit abzufinden, daß, wie LUDWIG KNAPP es einmal ausgedrückt hat, „die Schale des Rechts“ „der Kern der Jurisprudenz“ und „der Kern des Rechts für die Jurisprudenz indifferent“ ist¹. Häufig ist es vielmehr gerade die Kenntnis des Rechts, die den Eindruck vermittelt, daß die Kehrseite jeder bloß positiven Wissenschaft des Rechts in der *Unkenntnis seines Wesens* besteht. Was liegt in dieser Lage näher, als daß sich der Jurist an die Philosophie wendet, weil er meint, daß sie auf die Erkenntnis des Wesentlichen spezialisiert sei, und daß er Aufschlüsse über den Sinn seines Tuns erwartet, die ihm die positive Rechtswissenschaft nicht zu geben vermag?

Von seiten der Philosophie sind solche Erwartungen nicht selten gefördert worden.

„Was ist Recht?“ lautet eine der meistzitierten Stellen in KANTS Metaphysik der Sitten. „Diese Frage möchte wohl den *Rechtsgelehrten*, wenn er nicht in Tautologie verfallen oder statt einer allgemeinen Auflösung auf das, was in irgend einem Lande die Gesetze zu irgend einer Zeit wollen, verweisen will, ebenso in Verlegenheit versetzen, als die berufene Aufforderung: *Was ist Wahrheit?* den Logiker. Was Rechtens sei (*quid sit iuris*), d. i. was die Gesetze an einem gewissen Ort und zu einer gewissen Zeit sagen oder gesagt haben, kann er noch wohl angeben; aber ob das, was sie wollten, auch recht sei, und das allgemeine Kriterium, woran man überhaupt Recht sowohl als Unrecht (*iustum et iniustum*) erkennen könne, bleibt ihm wohl verborgen, wenn er nicht eine Zeitlang jene empirischen Prinzipien verläßt, die Quellen jener Urteile in der bloßen Vernunft sucht (wiewohl ihm dazu jene Gesetze vortrefflich zum Leitfadten dienen können), um zu einer

¹ LUDWIG KNAPP, System der Rechtsphilosophie, 1857, S. 239.

möglichen positiven Gesetzgebung die Grundlage zu errichten. Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in PHÄDRUS' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! daß er kein Gehirn hat.²

Sieht man näher zu, so fällt die Antwort der Philosophie auf die Frage nach dem Recht allerdings nicht ganz so glatt aus, wie KANT hier suggeriert; denn auch die Philosophen haben mit dem Recht ihre Schwierigkeiten, wenngleich diese anderer Art sind. Wenn der Jurist in der Menge des Zufälligen zu ertrinken glaubt und das geistige Band (oder wie KANT sagte: das „Gehirn“) vermißt, durch das all diese Partikularitäten zusammengehalten werden, so bewegt sich der Philosoph nur allzu leicht in einer Welt des Geistes, in der die Realität des Rechts nicht vorkommt. In dem, was Philosophen vom Fach über das Recht ausgeführt haben, finden sich daher Juristen vom Fach gelegentlich nur schwer wieder. Aus der verwirrenden Fülle juristischer Empirie fühlen sie sich entlassen in die nicht minder verwirrende Leere philosophischer Abstraktion. Auf diese Weise kommt es, daß sie zur Philosophie des Rechts eine widersprüchliche Einstellung entwickeln: Einerseits fühlen sie sich angezogen, weil sie hier eine Antwort auf die Sinnfragen erhoffen, die ihnen zu schaffen machen, zugleich aber auch zurückgewiesen, weil sie sich durch die Art und Weise der hier praktizierten Sachbehandlung auch noch des letzten Halts beraubt sehen, den ihnen das positive Recht gelassen hat.

Der Leser, der bis hierher gelangt ist, hat immerhin die Eingangsschwelle überwunden und damit gezeigt, daß er bereit ist, sich auf ein geistiges Abenteuer einzulassen, wie es die Befassung mit Philosophie meist darstellt. Wer sich auf unbekanntes Terrain wagt, rechnet gewöhnlich damit, daß er etwas anderes entdeckt als das, was er zu finden hoffte, und ist daher für neue Erfahrungen offen. Mehr kann der Autor für's Erste billigerweise nicht erwarten; das weitere muß sich finden. Ob das Ergebnis den Aufwand lohnt, kann naturgemäß nur der Leser und auch dieser erst am Ende des Weges beurteilen. Eine wenigstens ungefähre Vorstellung von dem, worum es in diesem Buch geht, soll indessen bereits hier vermittelt werden.

2. Suche nach einem Maßstab des Maßstabs

Nach traditionellem Verständnis ist die Rechtsphilosophie der Versuch, einen *Standpunkt zu gewinnen gegenüber dem Recht*. Das besagt in dieser Allgemeinheit freilich nicht viel; denn um einen Standpunkt gegenüber dem Recht bemühen sich auch andere „Horizontenerweiterungswissenschaften“, namentlich die Rechtsgeschichte und die Rechtssoziologie. Grundlagenforscher sind durchweg unbescheidene Menschen: sie wollen hinter die Kulissen blicken. Daß über den Gesichtskreis des geltenden Rechts hinaus weitergefragt wird, ist daher keine Eigentümlichkeit allein der Rechtsphilosophie. Deren Besonderheit liegt nur in der *Art der Fragen*, die sie stellt.

Die *Rechtsgeschichte* untersucht das Recht in seinem historischen Werden. Zu diesem Zweck setzt sie es im Prinzip als gegeben voraus und beschreibt nur die verschiedenen

² KANT, *Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe Bd. 6, S. 203 (229f.).

Phasen seiner Entwicklung bis hin zur Gegenwart. Ob das frühere Recht *richtig* war, ob also die Gesetze angemessen, die Urteile zutreffend und die darüber kursierenden Theorien methodisch abgesichert waren, interessiert den Rechtshistoriker grundsätzlich nicht. Denn er will es nicht im nachhinein besser wissen; er will nur zeigen, wie es tatsächlich war und wie es zur heutigen Lage gekommen ist. Eine ähnlich reduzierte Fragestellung zeichnet auch die *Rechtssoziologie* aus. Deren Gegenstand ist die Wirklichkeit des Rechts als solche, nämlich seine Entstehung aus gesellschaftlichen Prozessen einerseits und seine Rückwirkung auf das soziale Leben andererseits. Die Rechtssoziologie zeigt solche Zusammenhänge nur auf; sie zu bewerten – etwa in der Absicht, das geltende Recht zu kritisieren oder zu legitimieren –, gehört nicht zu ihrem Programm. Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie beurteilen das Recht daher gleichsam *von außen her*. Sie untersuchen es von einem Standpunkt aus, der selbst kein rechtlicher ist. So viele Fragen dabei auch aufgeworfen werden mögen – die Richtigkeitsfrage bleibt ausgeklammert.

Anders die Rechtsphilosophie! Auch sie begnügt sich nicht mit dem Blick auf das hier und jetzt geltende Recht, sondern *fragt weiter*. Das hat niemand deutlicher herausgestellt als ERNST BLOCH, für den überhaupt alles Denken nichts anderes hieß als *Überschreiten*, wenn auch so, daß Vorhandenes weder unterschlagen noch überschlagen wird³. Im Unterschied zur Rechtsgeschichte und -soziologie nimmt die Rechtsphilosophie für sich aber in Anspruch, mit ihren Betrachtungen im Prinzip auf der gleichen Ebene zu bleiben, der auch das Recht selbst angehört: nämlich der rechtlichen. Sie versucht dem Recht mithin auf seinem ureigensten Terrain gegenüberzutreten, will es nicht von außen her als zeitlich überholte Ordnung oder soziales Faktum, sondern von innen her *als Recht* beurteilen. Wenn das Recht eine Fülle von Maßstäben zur Verfügung stellt, um menschliches Verhalten zu bewerten und zu lenken, so unternimmt die Rechtsphilosophie den Versuch, den Gedanken des rechtlichen Maßstabs auf das Recht selbst anzuwenden. *In der Rechtsphilosophie wird das Recht reflexiv* und sucht nach einem *Maßstab für den Maßstab*, den es selbst zu sein beansprucht; es fragt also gleichsam danach, mit welchem Recht es selbst so ist, wie es ist, und nicht anders.

Wenn ein Verfahren auf sich selbst angewendet wird, können schwierige Probleme entstehen. Im Falle der Rechtsphilosophie ist dies seit langem bekannt; denn die Frage nach dem Maßstab des Rechts ist nichts anderes als die Frage nach der *Gerechtigkeit*, mit der man diejenigen, die am Recht leiden, stets aufs neue mit Hoffnung erfüllen, diejenigen aber, die dieses Leiden professionell verwalten, im Kern ihres Selbstverständnisses treffen kann.

„Das Gerechtigkeitsproblem ist ein Scheinproblem“, weiß der Rechtspositivist hierauf nur zu sagen. „Von alters her verwirrt es das Rechtsdenken auf das ärgste. Das positive Recht, das ganze Recht, wird an der Gerechtigkeit gemessen! Wie soll man aber etwas an etwas messen, was selbst ein Maß voraussetzt? ... Schlechterdings jede Gerechtigkeit, auch die Gottes, setzt das Recht voraus.“⁴

³ ERNST BLOCH, *Das Prinzip Hoffnung*, 1959, S. 2f.

⁴ RENÉ MARCIC, *Rechtsphilosophie*, 1969, S. 175.

In der positiven Rechtswissenschaft, der sogenannten Rechtsdogmatik, kommt die Gerechtigkeit in der Regel nicht vor, und wenn, dann meist nur als verbales Ornament. Im Unterschied zur Rechtsphilosophie geht die Rechtsdogmatik nämlich von der Voraussetzung aus, daß das positive Recht genau *das richtige Mittel zum richtigen Zweck* darstellt. Diese Auffassung ist darin begründet, daß Dogmatik nur da möglich ist, wo grundlegende Basisaussagen als nicht verhandelbar festgeschrieben sind. Die Frage, *ob* das positive Recht wirklich „*Recht*“ ist, *warum* es Recht ist bzw. welche Annahmen ihm *vorausliegen*, muß nach KANT „von den Juristen als ungereimt geradezu abgewiesen werden“⁵; denn sie führt notwendig über den Bereich der positiven Rechtswissenschaft hinaus. Auch wenn die Antworten, zu denen man dabei gelangt, auf mancherlei Weise auf das positive Recht und den Umgang damit zurückwirken mögen, so können sie doch niemals Gegenstand dogmatischer Erörterungen werden. Wer sich, indem er solche Fragen stellt, der Rechtsphilosophie zuwendet, begibt sich daher in ein geistiges Laboratorium, in dem das Recht in einem anderen Aggregatzustand untersucht wird, als es vor den Gerichten in Erscheinung tritt, nämlich im Zustand der Plastizität, aus dem auch das positive Recht ständig neu gewonnen werden muß. Eben darum soll es in diesem Buch gehen und um nichts sonst.

II. Geschichte der universitären Rechtsphilosophie

Bei all dem bewegen wir uns hier freilich in den Grenzen, die der Universitätsphilosophie *de facto* gesetzt sind. Blicken wir zum besseren Verständnis dieses Genres daher zunächst zurück auf die Geschichte des Lehrfachs Rechtsphilosophie, die mit diesem Buch um einige Seiten fortgeschrieben werden soll!

1. Das Ende der klassischen Rechtsphilosophie

Die Epoche vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, in der die Grundlagen des modernen Rechts gelegt wurden, war zugleich eine Blütezeit der Rechtsphilosophie⁶. Das moderne Recht verdankt sich nicht allein veränderten Macht- und Produktionsverhältnissen; es ist auch das Ergebnis geistiger Auseinandersetzungen um die richtige, weil gerechte Gestaltung der Gesellschaft. Im gleichen Maße, wie diese Auseinandersetzung die Wirklichkeit erreichte und im demokratischen Verfassungsstaat Gestalt gewann, ging die Bedeutung der Rechtsphilosophie indessen zurück. Die näheren Gründe dieser Entwicklung werden uns in der Folge beschäftigen⁷; hier interessiert nur das Faktum als solches.

⁵ KANT, Der Streit der Fakultäten, Akademie-Ausgabe Bd. 7, S. 1 (25).

⁶ Dazu JAN SCHRÖDER/PIELEMEIER in: OTTO DANN/DIETHELM KLIPPEL (Hrsg.), Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution, 1995, S. 255ff.

⁷ Vgl. unten §§2 und 3.