

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.

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 munitioniert, 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 Wunscrecht	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 Rechtsens 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

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 hervorruft. 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 Leitfaden 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. 255 ff.

⁷ Vgl. unten §§ 2 und 3.

Im frühen 19. Jahrhundert wurde mit HEGEL noch einmal ein faszinierender Höhepunkt erreicht. Aber nach ihm begann ein Niedergang, der offenbar nicht aufzuhalten war. Gewiß gab es auch jetzt noch Autoren, die sich mit rechtsphilosophischen Themen befaßten⁸. Aber das war meist nur die „zweite Riege“, während die erste den Glauben an die befreiende Kraft des Denkens verloren hatte. „Wir befinden uns augenblicklich in einem großen und fast allgemeinen Schiffbruch des Geistes und des Glaubens an den Geist überhaupt“, liest man bei einem der namhaftesten Zeugen jener Epoche⁹. Dieser Schiffbruch kommt in nichts besser zum Ausdruck als darin, daß die Rechtsphilosophie aufhörte, ein Gegenstand des allgemeinen Interesses zu sein. Außer HEGEL gelang es unter dem unverdächtigen Deckmantel des „Historischen“ nur den Vertretern der historischen Rechtsschule¹⁰ noch einmal, mit einem rechtsphilosophisch fundierten Entwurf die Köpfe und Herzen der Menschen zu bewegen. Was danach kam, war Gelehrtengeplänkel, juristische Bindestrichphilosophie, Stoff für Fußnoten, alles in allem weit unter dem Niveau des Früheren.

„In der Tat“, heißt es bei JOSEF KOHLER¹¹, „wenn man HEGELS Rechtsphilosophie gelesen hat und herabsteigt zu den dürrftigen Erzeugnissen eines AHRENS, KRAUSE und RÖDER, so bekommt man das Gefühl, das einen beschleicht, wenn man einen vornehmen Palast der Rokokozeit verläßt, in dem die Reichtümer von Jahrhunderten aufgehäuft sind: allerdings die Möbel etwas fremdartig, manches altmodisch und verschossen, im großen ganzen aber behaglich, reich und anheimelnd; und wenn man sodann zu einer schlichten Bürgerfamilie kommt, wo die Hausfrau ohn' Ende die geschäftigen Hände regt und alles sich höchst anständig nach der Decke streckt. Geht man aber gar über zu JHERINGS ‚Zweck im Recht‘, so hat man das Gefühl einer Armenleutestube, der Boden mit Sand bestreut, die Fensterchen mit den dürrftigsten Vorhängen versehen, soweit es die Genierlichkeit verlangt, und alles zusammengepaßt nach dem Nützlichen ... Ein so trostloses Ergebnis zeigt uns die Zeit nach HEGEL; es ist, wie wenn aller Reichtum der Ideen, den die Geister vom 10. Jahrhundert an aufgehäuft, alle Ideen eines ABÄLARD, eines THOMAS, eines SPINOZA uns durch einen schweren Zauber entrissen und höchste Dürrftigkeit und Not übrig geblieben wären.“

Erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde versucht, die Rechtsphilosophie zu neuem Leben zu erwecken. Bezeichnenderweise geschah dies in enger Anlehnung an mittlerweile zu Klassikern gewordene Vorbilder: bei STAMMLER in Anlehnung an KANT, bei NELSON an FRIES, bei KOHLER und BINDER an HEGEL. Aber in diesem Neokantianismus, Neofriesianismus oder Neohegelianismus brannte kein eigenes Feuer; er war daher nur eine vorübergehende Erscheinung.

Wirklich neue Impulse haben erst die letzten Jahrzehnte gebracht. Das gilt weniger für die in Deutschland unternommene „Rehabilitierung der praktischen Philosophie“¹², die sich noch stärker darauf beschränkte, alte Ware von neuem auf den Markt

⁸ DIETHELM KLIPPEL (Hrsg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert*, 1997.

⁹ RUDOLF HAYM, *HEGEL und seine Zeit*, 1857, S. 5.

¹⁰ Dazu näher unten § 26.

¹¹ KOHLER in: *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft* (begründet von FRANZ VON HOLTZENDORFF, hrsg. von JOSEF KOHLER), Bd. 1, 7. Aufl. 1915, S. 1 (13).

¹² Vgl. MANFRED RIEDEL (Hrsg.), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, 2 Bde., 1972 und 1974.

zu bringen, und die daher den Ansehensverlust, den die praktische Philosophie im 19. Jahrhundert erlitten hat, nicht wettmachen konnte. Wohl aber sind in der amerikanischen Philosophie neue und unverbrauchte Kräfte hervorgetreten, die sich auf Gedanken und nicht auf Vorgänger oder Fußnoten stützen¹³. Neben all dem ist freilich auch der Geist der Zeit ein anderer geworden. Die Aufklärung, die in vielerlei Hinsicht noch immer unser Leben bestimmt, ihren vulgarisierten Höhepunkt vielleicht sogar erst heute erreicht, hat ihren geistigen Impetus verloren. Dies und der sich abzeichnende Bedeutungsverlust des demokratischen Verfassungsstaates hat ein Vakuum entstehen lassen, in dem Grundfragen der Gesellschaft erneut zur Debatte gestellt werden müssen. Das Grab, in dem man die Rechtsphilosophie zu Beginn des Positivismus für immer glaubte entsorgen zu können, ist dabei, sich wieder zu öffnen. Die Frage nach der Gerechtigkeit bekommt einen neuen und, wie es scheint, bisher noch nicht gehörten Klang. All dies muß im Auge haben, wer sich heute der Rechtsphilosophie zuwendet.

Aber noch etwas muß man sehen: Während all dieser Zeit hat die Rechtsphilosophie, allen Unkenrufen zum Trotz, in Deutschland nicht aufgehört, ein akademisches Lehrfach zu sein. Sie war und ist ein Teil des an den juristischen Fakultäten angebotenen Lehrprogramms, wird hier freilich meist von Fachjuristen vertreten, die schwerpunktmäßig in den dogmatischen Disziplinen der Rechtswissenschaft zu Hause sind. In anderen Wissenschaften wäre eine solche Organisation schwer denkbar. Speziell in diesem Fall jedoch ist sie derart eingewurzelt, daß eine Änderung nicht absehbar erscheint. Um dies begreifen zu können, muß man ein wenig ausholen.

2. Die Bildungsreformen des 19. Jahrhunderts

Historisch gesehen geht die soeben beschriebene Lage auf die Bildungsreformen zurück, wie sie am Ausgang des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts stattfanden.

Vom hohen Mittelalter bis ins 18. Jahrhundert hinein studierte man regelmäßig zunächst an der „Artistenfakultät“, der späteren philosophischen Fakultät, bevor man sich einem bestimmten Fachstudium widmete. Dieses „philosophische“ Studium hatte vor allem die Funktion, auf die sogenannten „höheren“ Studien vorzubereiten, wenn nicht gar die Studierfähigkeit überhaupt erst herzustellen. Der Idee nach umfaßte das philosophische Studium die *septem artes liberales*, die „sieben freien Künste“, bestehend vor allem aus dem Trivium, wo der Scholar in die „trivialen“ oder geisteswissenschaftlichen Disziplinen Grammatik, Dialektik und Rhetorik eingeführt wurde, und dem folgenden Quadrivium, in dem die mehr mathematischen Disziplinen Arithmetik, Geometrie, Astronomie und Musik unterrichtet wurden¹⁴. Auch wenn dieses Pro-

¹³ Vgl. vor allem RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, 10. Aufl. 1997, und dazu JOHANN BRAUN, *Rückkehr der Gerechtigkeit*, 2001, S. 181–222.

¹⁴ GORDON LEFF und JOHN NORTH in: WALTER RÜEGG (Hrsg.), *Geschichte der Universität in Europa*, Bd. 1, 1993, S. 279ff., 303–320; KARL HEINZ BURMEISTER, *Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich*, 1974, S. 183ff.

gramm, das stufenweise erst zum Erwerb des Baccalaureats und dann des Magisters führte, häufig nicht vollständig angeboten werden konnte, diente es insgesamt doch dem Zweck, auf die höheren Fachstudien, das heißt auf Theologie, Jurisprudenz und Medizin, formal vorzubereiten. Die wesentliche Aufgabe der philosophischen Fakultät war also die, ein Propädeutikum für die damals bekannten Fachstudiengänge anzubieten. In der Eingangsszene von GOETHE'S FAUST, wo FAUST die Vergeblichkeit all seiner Anstrengungen und seines Wissensdurstes beklagt, hat dieser Zusammenhang einen literarischen Niederschlag gefunden:

„Habe nun, ach! Philosophie,
Juristerei und Medizin
und leider auch Theologie
durchaus studiert mit heißem Bemühn ...
Heiße Magister, heiße Doktor gar u.s.w.“¹⁵

Im Zuge der großangelegten Bildungsreformen, wie sie gegen Ende des 18. Jahrhunderts einsetzten, gab die philosophische Fakultät ihre propädeutische Funktion an die Oberstufe der Gymnasien ab. Wie früher die philosophische Fakultät, so sollte nunmehr das Gymnasium die Studierfähigkeit vermitteln. Das Abitur (von *abire* = weggehen), das eigentlich ein Schulabgangszeugnis darstellt, wurde daher als Reifezeugnis, als Bescheinigung der Studierreife nämlich, ausgestaltet¹⁶. Im Zusammenhang damit erlebte auch die philosophische Fakultät einen Wandel, und zwar in doppelter Hinsicht. Die Universitätsphilosophie, wie sie in Form der theoretischen und praktischen Philosophie auch bisher schon betrieben worden war, wurde zur zweckfreien Forschung. Die philosophische Fakultät als solche aber entwickelte sich faktisch zur Lehrerausbildungsanstalt für Lehrer des trivialen und quadrivialen Bildungsgehaltes und stand daher nicht länger als Vorschule im Dienst der „höheren Fakultäten“.

Indessen zeigte sich bald, daß das Gymnasium die propädeutische Funktion der alten philosophischen Fakultät nicht zu ersetzen vermochte, unter anderem deshalb nicht, weil das Abitur lange Zeit zwar eine hinreichende, aber keine notwendige Studienvoraussetzung war. Es kamen daher nach wie vor junge Leute an die Universität, denen die Studierfähigkeit für das gewählte Fach fehlte. Die anderen, „nichtphilosophischen“ Fakultäten sahen sich deshalb gezwungen, für ihren Bedarf eigene Propädeutika einzurichten bzw. die noch von früher her bestehenden fortzuführen. An der theologischen Fakultät geschah dies in Form der Religionsphilosophie, die an die Stelle der älteren natürlichen Theologie trat, an der medizinischen Fakultät in Gestalt des Physikums und an der juristischen in Gestalt der Rechtsphilosophie. Diese wurde zum Teil unter dem älteren Titel des „Naturrechts“¹⁷, zum Teil aber auch als „Enzyklopädie

¹⁵ J.W. GOETHE, Faust I, 354ff.

¹⁶ In Preußen wurde das Abitur 1788 eingeführt. Näher M. HEAFFORD in: German History Bd. 13 Heft 3 (1995), S. 285; KARL-ERNST JEISMANN, Das preußische Gymnasium in Staat und Gesellschaft, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, S. 107ff., 375ff.

¹⁷ JAN SCHRÖDER/PIELEMEIER (Fn. 6), 1995, S. 255–269.

des Rechts¹⁸ angeboten, die häufig einen stark philosophischen Einschlag aufwies. Die Rechtsphilosophie war hiernach dazu bestimmt, juristische Studienanfänger in die Grundlagen des Rechts einzuführen. Auf diese Weise wurde sie selbst zu einem festen Bestandteil des juristischen Lehrangebots.

Am Beispiel HEGELS lassen sich diese Veränderungen anschaulich nachvollziehen: Im Jahr 1790 wurde HEGEL als Zwanzigjähriger zum Magister der Philosophie promoviert, war damit „studierreif“ und begann anschließend das Studium der Theologie. Als er 1808 in Nürnberg Rektor des dortigen Gymnasiums und „Professor der philosophischen Vorbereitungswissenschaften“ wurde, trug er an der gymnasialen Oberstufe seine eigene „Propädeutik“ vor, die unter anderem die Anfangsgründe der Rechtsphilosophie umfaßte. 1816 wurde er an die Universität Heidelberg berufen und las dort ein Kolleg über „Naturrecht und Staatswissenschaft“. In der Sache handelte es sich dabei um nichts anderes als um eine weiterentwickelte Fassung dessen, was bereits in seiner gymnasialen Propädeutik enthalten war und was er daher den Nürnberger Gymnasialisten vorgetragen hatte. Seit Winter 1818 hielt HEGEL dieselbe Vorlesung in Berlin und veröffentlichte sie in der Folge unter dem Titel „Grundlinien der Philosophie des Rechts“. Wie man aus den vielen Juristen, die diese Vorlesung besuchten, ersehen kann¹⁹, hatte sie nicht zuletzt die Funktion einer philosophischen Einführung in die Rechtswissenschaft, also einer propädeutischen Lehrveranstaltung für Juristen²⁰. Das war der maßgebliche Grund dafür, weshalb diese Vorlesung noch zu Lebzeiten HEGELS von nahestehenden Kollegen übernommen wurde, die von Haus aus Fachjuristen waren. Im Winter 1826/27 las anstelle HEGELS erstmals CARL MICHELET, ein in die Philosophie abgewandelter Jurist. Ab 1827/28 übernahm EDUARD GANS, der streitbare Gegner SAVIGNYS, das Kolleg und führte es bis zu seinem eigenen Tod (1839) fort²¹. Innerhalb weniger Jahre war auf diese Weise die Vorlesung nach HEGELS „Grundlinien der Philosophie des Rechts“, die aus dessen propädeutischem Gymnasialkurs hervorgegangen war, zu einem hauseigenen Propädeutikum der Berliner juristischen Fakultät geworden.

¹⁸ Dazu JAN SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre von der praktischen Jurisprudenz*, 1979, S. 36ff.; MOHNHAUPT, ZNR 1999, 85.

¹⁹ Hörer der Heidelberger Vorlesung von 1817/18 waren u.a. die beiden Jurastudenten WAN-
NENMANN und CAROVÉ. Der spätere Rechtshistoriker und Sachsenspiegelherausgeber HOMEYER
hörte die Vorlesung 1819/20 in Berlin. Hörer war ferner der spätere Regierungsrat im preußi-
schen Kultusministerium JOHANNES SCHULZE, ebenso die beiden Juristen EDUARD GANS und
HEINRICH HEINE. Von dem Prozessualisten OSKAR BÜLOW ist immerhin bekannt, daß er später
ein in der Vorlesung handschriftlich ergänztes Exemplar von HEGELS „Grundlinien“ erwarb.

²⁰ Wie HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 3 Anmerkung, selbst betont, steht
die Rechtsphilosophie zum positiven Recht geradezu „im Verhältnis von Institutionen zu Pan-
dekten“.

²¹ Vgl. EDUARD GANS, *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte. Vorlesungen nach G.W.F.
HEGEL* (hrsg. von JOHANN BRAUN), 2005.

3. Ausdifferenzierung des Rechts und der Rechtswissenschaft

Daß die Rechtsphilosophie weitgehend zu einer juristischen Disziplin geworden ist, hat abgesehen von den eben genannten Gründen aber auch mit der enormen Ausdifferenzierung des modernen Rechts und der Rechtswissenschaft zu tun. Niemand kann kompetent über eine Sache urteilen, die ihm fremd ist. Ebenso wenig ist es möglich, sinnvoll über den Horizont des geltenden Rechts hinauszufragen, wenn man es selbst nicht kennt. Für einen Rechtspolitiker mag es genügen, ein Gespür für den Geist des Kommenden zu haben und für das, was der Strömung der Zeit entspricht; denn Politik ist zunächst eine Sache des psychologisch und organisatorisch geschickten Wirkens und Gestaltens. Wer jedoch zur Kenntnis und zum Verständnis des Rechts etwas beitragen will, muß wissen, wovon er spricht. „Klassiker“ der Rechtsphilosophie wie WOLFF, KANT, FICHTE oder HEGEL waren mit dem Recht ihrer Zeit in einer Weise vertraut, wie man es bei modernen Philosophen kaum noch voraussetzen kann. Gleichwohl wurde die Rechtsphilosophie vielfach auch damals schon von Juristen betrieben. Namhafte Vertreter des Naturrechts waren nicht Philosophen vom Fach, sondern von Haus aus Rechtsgelehrte²². Daran hat sich bis heute wenig geändert. Im Gegenteil: unter den modernen Bedingungen, unter denen das Recht nicht einmal mehr von den Juristen selbst ganz überschaut wird, ist es für Fachfremde noch erheblich schwerer geworden, sich zu rechtlichen Fragen zu äußern, ohne den avisierten Gegenstand unbeabsichtigt zu verfehlen. Wer erfolgreich Rechtsphilosophie betreiben will, muß nach einem Wort RUDOLF STAMMLERS „Aktenstaub gerochen haben“²³. Für diesen Geruch wird sich schwerlich jemand begeistern lassen, der nicht von Hause aus daran gewöhnt ist.

Wie es nicht anders sein kann, trägt diese Juristenphilosophie den Stempel ihrer Herkunft. Sie ist geprägt von der Sprache, dem Denkstil und den Erfahrungen derer, die sie betreiben. Anders als das Interesse mancher Philosophen vom Fach geht das Interesse der philosophierenden Juristen in der Regel nicht dahin, das überkommene Recht von Grund auf in Frage zu stellen, um es durch ein völlig anderes zu ersetzen. Ironisch formuliert könnte man das vorherrschende Erkenntnisinteresse vielmehr dahin charakterisieren, das geltende Recht zwar zu prüfen, es die Prüfung im großen und ganzen jedoch bestehen zu lassen. Mit einem Recht, das gänzlich zu verwerfen wäre, könnte der Jurist nämlich am allerwenigsten etwas anfangen. Was er braucht, sind Erkenntnisse und Perspektiven, die sich bei der Arbeit mit dem geltenden Recht als förderlich erweisen, sei es auch nur darum, weil sie ihn von Fehlvorstellungen befreien, in denen er bislang befangen war. Auf diese Weise bleibt das geltende Recht einerseits vor einer aufs Ganze gehenden Radikalkritik bewahrt, andererseits jedoch werden die Voraussetzungen, auf denen es aufbaut, nirgendwo so deutlich ins Bewußtsein gerufen wie da, wo ein Jurist sie ungeschminkt selbst offenlegt.

²² So etwa GROTIUS, PUFENDORF, THOMASIVS, MARTINI, SVAREZ, DARJES, NETTELBLADT, v. ZEILLER u. a. m.

²³ RUDOLF STAMMLER, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1926, S. 27.

Die Ausdifferenzierung des Rechts, die die Rechtsphilosophie aus der Hand der Philosophen in die der Juristen gebracht hat, hat übrigens auch vor der Rechtsphilosophie selbst nicht Halt gemacht. Herkömmlich wurde die Rechtsphilosophie im akademischen Unterricht nämlich in zwei ganz unterschiedlichen Formen dargeboten: als *Einführung in die Rechtswissenschaft*²⁴ und dann noch einmal unter dem Titel der *Rechtsphilosophie* selbst. Die Einführung in die Rechtswissenschaft ist aus der früher üblichen Anfängervorlesung über „Juristische Enzyklopädie“ bzw. über „Enzyklopädie und Methodologie des Rechts“ hervorgegangen²⁵. Von dieser hat sie das Anliegen übernommen, einen enzyklopädischen Überblick über das Rechtssystem zu bieten, wobei in mehr oder weniger starkem Maß auch rechtsphilosophische Aspekte miteinbezogen werden. Im Zuge der Spezialisierung und Ökonomisierung, in dem die juristische Ausbildung heute umgestaltet wird, ist diese Veranstaltung an den meisten Universitäten mehr oder weniger ersatzlos gestrichen worden. Dieses Schicksal ist der zweiten Vorlesung, der „Rechtsphilosophie“ im eigentlichen Sinn, die meist aus einem historischen Überblick über die verschiedenen Systeme und Lehrmeinungen besteht und daher gewöhnlich einem Museum der Rechtsphilosophie gleicht, bisher erspart geblieben. Wie es Museen an sich haben, fühlen sich die Liebhaber von Antiquitäten darin in ihrem Element, während andere den Eintritt scheuen, weil sie ein wenig die frische Luft vermissen. Wie wir bald sehen werden²⁶, erfüllen solche Museen jedoch eine wichtige Funktion, die sich nicht leicht ersetzen läßt.

III. Legitimation der Juristenphilosophie

Auch das vorliegende Werk steht in der Tradition der geschilderten Juristenphilosophie, wenngleich darin einige Weichen anders gestellt werden, als es meistens der Fall ist. Um die Geduld des Lesers nicht mit langatmigen Erklärungen, warum ich es für sinnvoll halte, diese Tradition fortzusetzen, auf die Probe zu stellen, will ich mich kurz fassen:

Nach einem Bonmot, das einen höheren Wahrheitsgehalt hat, als sein Urheber KARL BERGBOHM sich träumen ließ, sind wir *alle geborene Naturrechtler*. Davon macht auch der juristische Positivist keine Ausnahme. Wer den juristischen Betrieb kennt, weiß vielmehr, daß auch der rigoroseste Positivist im Tiefsten seines Herzens davon überzeugt ist, daß das positive Recht noch auf einer anderen Grundlage beruht als nur auf dem Willen der jeweiligen Machthaber. Diese Überzeugung läßt keinen los. Mag er sie

²⁴ Vgl. JOHANN BRAUN, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 4. Aufl. 2011.

²⁵ Gegen Ende des 19. Jahrhunderts, als die herkömmliche Vorlesung über juristische Enzyklopädie in Formalismen zu erstarren drohte, versuchte man sie unter dem Titel „Einführung in die Rechtswissenschaft“ mit neuem Leben zu erfüllen. Unter dem Einfluß eines verstärkten Nationalismus wurde daraus in den 30er und 40er Jahren des letzten Jahrhunderts der Titel „Deutsches Recht“. Nach dem zweiten Weltkrieg kehrte man meist zur früheren „Einführung in die Rechtswissenschaft“ zurück.

²⁶ Vgl. unten § 2 III.

scheinbar auch noch so heftig bekämpfen, so arbeitet es doch innerlich in ihm und läßt den Wunsch, in irgendeinem Sinn auch „dem Recht selbst“ zu dienen, nicht zur Ruhe kommen. Um für den gewöhnlichen Juristen „Recht“ zu sein, erkannte auch KELSEN²⁷ als erklärter Gegner dieser Auffassung einmal treffend,

„muß die positiv-staatliche Ordnung irgendeinen Anteil an der Gerechtigkeit haben, sei es, daß sie ein ethisches Minimum realisieren, sei es, daß sie ein – wenn auch nur unzulänglicher – Versuch sein muß, richtiges Recht, das heißt eben gerecht zu sein; um ‚Recht‘ zu sein, muß das positive Recht in irgendeinem wenn auch noch so bescheidenem Maße der Rechtsidee entsprechen.“

Diese minimalisierte Naturrechtsrechtstheorie wird vielleicht selten zu einer handfesten Praktikerphilosophie ausgearbeitet; um so häufiger jedoch bildet sie die unausgesprochene Voraussetzung des positivistischen Lippenbekenntnisses, die sich unauffällig noch den subtilsten dogmatischen Erörterungen mitteilt und den Rechtsanwender dazu antreibt, seinen Umgang mit dem Gesetz so zu gestalten, daß er vor seinem eigenen Urteil bestehen kann. Denn ohne dies vermag niemand mit gutem Gewissen Jurist zu sein. Wenn jedoch von Juristen so oder so über das Recht philosophiert wird, sei es offen oder verdeckt, verstandes- oder gefühlsmäßig, dann dürfte es nach wie vor am sinnvollsten sein, seine Gedanken methodisch zu ordnen, die Wege zu analysieren, die andere vor uns gegangen sind, und über die Perspektiven zu diskutieren, die sich hier nach bieten. Sinn der Rechtsphilosophie, wie sie von Juristen betrieben wird, ist es, einer solchen Selbstverständigung über die gedanklichen Grundlagen des Rechts für alle, die es interessiert, einen festen Ort zu bieten.

²⁷ HANS KELSEN, Reine Rechtslehre, 1934, S.20.

1. Abschnitt: Gewißheitsverluste der neueren Rechtsphilosophie

Wer sich im Rahmen eines juristischen Studiums der Rechtsphilosophie zuwenden möchte, hat es ungeachtet dieser Vorgeschichte nicht leicht. Die bei akademischen Reden zur Routine gewordene Berufung auf die Bedeutung der Grundlagenfächer für den Status der Jurisprudenz als Wissenschaft täuscht einen Lehrbetrieb vor, den es in dieser Form nicht gibt und auch nur schwer geben kann. Denn die Rechtsphilosophie zum akademischen Lehrfach zu erklären und dessen curriculare Lehrinhalte festzulegen, ist zweierlei. Eine Kanonisierung des rechtsphilosophischen Lehr- und Wissensstoffs in der bei den dogmatischen Fächern üblichen Weise ist schwer möglich, und eine Verge-schichtlichung nach verbreitetem Muster stößt bei einer Disziplin, die in letzter Instanz auf das Begreifen des Gegenwärtigen gerichtet ist, irgendwann auf immanente Grenzen.

Hinzu kommt aber noch eine andere und ungleich größere Schwierigkeit. Diese ergibt sich daraus, daß die Rechtsphilosophie im Verlauf der letzten 200 Jahre in eine Reihe von *Krisen* geraten ist, die tiefe Spuren hinterlassen haben. Kritiker haben bereits ihr Ende verkündet¹. Dazu ist es zwar nicht gekommen. Wohl aber hat sich die Rechtsphilosophie vielfach in Randbereiche zurückgezogen, denen gemeinsam ist, daß die Frage nach der Richtigkeit des Rechts – nach seiner Gerechtigkeit also –, vorsichtig ausgedrückt, nicht in ihrem Zentrum steht. Wer nicht allzu unvorbereitet in die Rechtsphilosophie hineinstolpern will, muß sich zunächst einmal über diese Entwicklung Aufschluß verschaffen. Der folgende Abschnitt hat daher das Ziel, diese Krisen nachzuzeichnen und damit zugleich den Boden für eine sinnvolle und zeitgemäße Fragestellung vorzubereiten. Für den Leser wird sich dabei eine erste Gelegenheit ergeben, zu erfahren, was es heißt, über die Grenzen des „normalen“ juristischen Denkens hinauszufragen.

Um die Darstellung nicht über Gebühr auszudehnen, werden wir uns auf vier Entwicklungslinien beschränken, die freilich allesamt das moderne Rechtsdenken entscheidend geprägt haben. Das ist einmal die *Historisierung aller Rechtsinhalte*, die jeden absoluten Standpunkt zu verbieten scheint. Zum andern die *Formalisierung des Rechtssetzungsverfahrens*, die das demokratische Recht gegen eine am Gedanken materieller

¹ Die der Philosophie insgesamt ungünstig gewordene Stimmung zeigt eine Bemerkung AUGUST BOECKS aus dem Jahr 1854: „Heutzutage freuen sich viele daran, daß, wie sie glauben, das Philosophieren immer mehr abnehme, und jubeln darüber, daß die Philosophie bald werde zu Grabe getragen sein: das heißt für mich nichts anderes, als sich darüber freuen, daß das Licht der Menschheit bald werde ausgelöscht sein.“ Zitiert nach MAX LENZ, *Geschichte der Königl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin*, Bd. II 1, 1910, S. 465f. Fn. 1.

Personenregister

- Abälard, Pierre 6
Adorno, Theodor W. 233
Ahrens, Heinrich 6
Albert, Hans 36
Alexy, Robert 56; 382
Aristoteles 71; 101; 272; 309
Arndt, Adolf 54
Arnim, Hans Herbert von 374
Augustinus 272
- Babeuf, François Noël 110
Bartholomeyczik, Horst 56
Bauer, Bruno 136
Bebel, August 143
Bergbohm, Karl 11
Beyer, Wilhelm R. 54
Beyerle, Franz 273
Binder, Julius 6
Bloch, Ernst 4; 71; 148; 153; 166f.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang 56; 79
Bodin, Jean 80
Boeck, August 13
Bohnert, Joachim 61
Borgia, Cesare 184
Braun, Johann 7; 11; 29; 42f.; 47; 123; 127;
136; 155; 170; 224; 245; 249; 252; 276; 358;
397; 399
Bruhns, Leo 81
Bülow, Oskar 9; 47; 372; 379
Burke, Edmund 16
Burmeister, Karl Heinz 7
Bydlinski, Franz 56
- Callenbach, Ernesto 171ff.
Campanella, Tommaso 98ff.; 125
Capito, Wolfgang Fabricius 77
Caraman, Philip 109
Carnap, Rudolf 40
Carové, Friedrich 9
- Castracani, Castruccio 179
Cathrein, Victor 52
Cicero 61; 272
Cieszkowski, August Dołęga 136
Coing, Helmut 54; 386
Conrad, Hermann 29
Conrad-Martius, Hedwig 151; 158
Conring, Hermann 25
Courtois, Stéphane 166
Cromwell, Oliver 112; 201
- Dahm, Georg 51
Daim, Wilfried 153
Darjes, Joachim Georg 10; 302
Descartes, René 73
Dilthey, Wilhelm 20; 37; 327
Diodor 272
Dreier, Ralf 55f.
Dühning, Eugen Karl 155
Dürer, Albrecht 75f.; 81
Dworkin, Ronald 7; 369; 390; 393
- Ebel, Wilhelm 24
Eckhardt, Karl August 51
Eichengrün, Hugo 319
Eichler, Anja-Franziska 81
Eisser, Georg 61
Engels, Friedrich 135ff.
Engisch, Karl 56; 387
Epikur 71
Erasmus von Rotterdam 77
Esser, Josef 371; 380; 382; 386; 389; 399
Euchner, Walter 201f.; 204
Euripides 272
- Felgentraeger, Wilhelm 156
Fest, Joachim C. 167
Feuerbach, Paul Johann Anselm 318
Fichte, Johann Gottlieb 10; 70; 122ff.; 135;
138; 143; 164; 178; 232; 317f.; 331; 368

- Fikentscher, Wolfgang 56
 Finkenauer, Thomas 16
 Flavius, Gnaeus 47f.
 Forster, Edward Morgan 162
 Forsthoff, Ernst 56; 393
 Frank, Hans 159
 Freisler, Roland 156
 Friedrich II. (röm. dt. Kaiser) 99
 Friedrich II. (der Große) 150; 186f.; 289
 Fries, Jakob Friedrich 6; 317
 Fuchs, Ernst 49
- Gans, Eduard 9; 136; 318; 341
 Gebhardt, Jürgen 111
 Gerlach, Hellmut von 30
 Goethe, Johann Wolfgang von 8; 20
 Grotius, Hugo 10; 73; 265ff.; 278ff.; 283;
 287; 305; 329; 336
 Grünewald, Matthias 75
 Gruter, Margaret 152
- Haag, Karl 43
 Haferkamp, Hans-Peter 319
 Hale, John R. 176
 Hart, Herbert Lionel Adolphus 42; 358
 Hartmann, Nicolai 39
 Hartmann, Peter Claus 109
 Hattenhauer, Hans 290; 396
 Hayes, Thomas Wilson 110; 114
 Haym, Rudolf 6
 Heafford, Michael 8
 Hedemann, Justus Wilhelm 50
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 6; 9f.; 26;
 34; 62; 70; 133; 135ff.; 233; 292; 295; 308;
 314; 326ff.; 329ff.; 342
 Heine, Heinrich 9
 Heinrich I. (König der Ostfranken) 149
 Heinrich IV. von Frankreich 188
 Heinrich VII. (röm. dt. König) 79
 Heinrich VIII. von England 86; 186
 Heise, Georg Arnold 396
 Henke, Ernst Ludwig Theodor 317
 Hennis, Wilhelm 226
 Herz, Dietmar 93
 Hess, Moses 136
 Hess, Rudolf 151
 Hintze, Otto 363
 Hippel, Ernst von 187; 216
 Hitler, Adolf 54; 147ff.; 184; 249
 Hobbes, Thomas 25; 68; 73; 110; 187ff.;
 200ff.; 205ff.; 213; 215ff.; 227; 235; 240f.;
 252; 265; 278; 288f.; 306; 313
 Hoffmann-Loerzer, Günter 272
 Höhn, Reinhard 51
 Holmes, Oliver Wendell jr. 403
 Holtzendorff, Franz von 60
 Homeyer, Carl Gustav 9
 Horkheimer, Max 233
 Huber, Ulrich 385
 Hugo, Gustav 21; 319ff.; 326; 328; 359;
 396
 Huizinga, Johan 74
 Hume, David 209
 Hutten, Ulrich von 77
 Huxley, Aldous 162; 165
 Hythlodæus, Raphael 87ff.
- Jakobs, Horst Heinrich 379
 Jarcke, Carl Ernst 23; 328
 Jeismann, Karl-Ernst 8
 Jhering, Rudolf von 6; 47; 230; 233, 264;
 366; 393
 Jonas, Hans 170
 Justinian 46; 272; 276; 395
- Kant, Immanuel 3; 5f.; 10; 17; 53; 64; 68;
 70; 109; 124f.; 213; 227ff.; 239; 242f.;
 251ff.; 262; 281; 283; 290f.; 295; 306;
 317f.; 328; 330f.; 335f.; 402
 Kantorowicz, Hermann 47f.
 Kardinal Pole 186
 Karl I. von England 111; 188
 Karst, Thomas 29
 Kautsky, Karl 86; 90; 109
 Kelsen, Hans 12; 41; 224; 239ff.; 359; 372
 Kersting, Wolfgang 71; 176; 205; 209
 Kiesswetter, Ekkehard 391
 Klug, Ulrich 42f.
 Knapp, Ludwig 2
 Kohler, Josef 6; 60
 Kopernikus, Nikolaus 76
 Koschaker, Paul 273; 285; 327; 393; 400
 Krause, Karl Christian Friedrich 6
 Kreittmayr, Wiguläus Xaver Aloys von
 366
 Kriele, Martin 56; 196; 383
 Krockow, Christian von 201f.
 Kroeschell, Karl 79
 Kroll, Frank-Lothar 147; 153

- Lafargue, Paul 98f.; 102; 106; 109; 146f.
 Lamettrie, Julien 214
 Lampert, Heinz 159
 Lamprecht, Rolf 361
 Larenz, Karl 56
 Lautmann, Rüdiger 354
 Leff, Gordon 7
 Lenin, Wladimir Iljitsch 143f.; 161; 167
 Lenz, Max 13
 Link, Christoph 266
 Livius 272
 Lloyd, Dennis 59
 Locke, John 64; 200ff.; 215f.; 224ff.; 235;
 252f.; 311; 313
 Löwith, Karl 148
 Ludwig XIV. von Frankreich 183; 289
 Luhmann, Niklas 342ff.; 361f.
 Luther, Martin 82
- Machiavelli, Niccolò 174ff.; 187; 189; 278
 Macpherson, Crawford B. 111
 Mader, Johann 135
 Maldeghe, Carl Philip von 152
 Malthus, Thomas Robert 162; 169
 Mannheim, Karl 125; 353; 369f.
 Marcic, René 4
 Marcuse, Herbert 168
 Martini, Karl Anton von 10; 15; 303
 Marx, Karl 18; 62; 70; 112; 135ff.; 319; 328
 Mason, Timothy W. 159
 Maturana, Humberto 343f.
 Mayer, Max Ernst 32
 Meadows, Dennis 169
 Meister, Johann Christian Friedrich 395
 Merkl, Adolf 245
 Mesarović, Mihailo 170
 Messner, Johannes 52
 Meyr, Georg Karl 27
 Michelangelo 76
 Michelet, Carl 9
 Mittermaier, Karl 175
 Mohnhaupt, Heinz 9
 Montaigne, Michel de 81f.
 Montesquieu 64; 235; 303ff.; 316f.; 320; 329;
 399
 Morus, Thomas 86ff.; 99; 108f.; 112; 125;
 174; 177; 321
 Möser, Justus 316
 Mühlmann, Wilhelm E. 151
 Müller, Friedrich 56
- Münzel, Karl 272
 Münzer, Thomas 86
 Mylius, Christian Otto 27
- Napoleon Bonaparte 21
 Naucke, Wolfgang 32
 Nelson, Leonard 6
 Nicolai, Helmut 153
 Nietzsche, Friedrich 18; 161f.
 Nolte, Ernst 147; 151
 North, John 7
 Nettelblatt, Daniel 10
- Ortega y Gasset, José 62
 Orwell, George 162ff.
- Papst Alexander VI. 184
 Pascal, Blaise 304
 Pawlowski, Hans-Martin 56; 373
 Pepperle, Ingrid 135
 Pestel, Eduard 170
 Petegorsky, David W. 110
 Philostratos 272
 Picker, Eduard 276, 298
 Picker, Henry 154
 Pico della Mirandola, Giovanni 73
 Pielemeier, Ines 5; 8
 Plato 64; 71; 89; 99; 101; 107; 272; 321
 Plutarch 272
 Polybios 179
 Popper, Karl Raimund 35f.
 Pospíšil, Leopold 59
 Puchta, Georg Friedrich 61; 319; 325; 363f.
 Pufendorf, Samuel von 10; 48; 229; 278ff.;
 294; 298f.; 305f.; 393
 Pütter, Johann Stephan 21; 316
- Quintilian 272
 Quiroga, Vasco de 109
- Radbruch, Gustav 31ff.; 52f.; 59; 62; 374;
 381; 398
 Rawls, John 30; 64; 250ff.; 373
 Recker, Marie-Luise 159
 Reitemeier, Johann Friedrich 21; 316
 Repgow, Eike von 73f.
 Ritterbusch, Paul 51
 Röder, Karl David August 6
 Röhl, Klaus F. 390
 Rommen, Heinrich A. 52

- Rosenberg, Alfred 33; 157
 ROTHacker, Erich 19; 22; 264; 326
 Rousseau, Jean Jacques 64; 70; 213ff.; 227; 236; 252f., 262
 Ruge, Arnold 136
 Rückert, Joachim 319
 Rütthers, Bernd 50; 360
 Ryffel, Hans 33
- Saage, Richard 85; 170
 Samjatin, Jewgenij 162; 165
 Savigny, Friedrich Carl von 9; 14; 21f.; 25; 61; 292; 317ff.; 324ff.; 363ff.; 385; 393
 Savonarola, Girolamo 181
 Schätzel, Walter 183
 Scheler, Max 39; 53
 Schelling, Friedrich Wilhelm Joseph von 16; 319
 Schiller, Friedrich von 18; 123
 Schmidt, Richard 54
 Schmidt-Hieber, Werner 391
 Schmitt, Carl 51; 53; 249
 Schneider, Hans 377
 Schopenhauer, Arthur 18
 Schröder, Jan 5; 8f.; 18; 303; 314; 327; 385
 Schulze, Johannes 9
 Schwartz, Michael 152
 Schwarz, Andreas B. 277; 396
 Seneca 272
 Siebert, Wolfgang 51
 Sieyes, Emmanuel Joseph 214f.
 Smelser, Ronald 159
 Sohm, Rudolph 46f.
 Solon 272
 Spektorowski, Alberto 375
 Spinoza, Baruch 6
 Stahl, Friedrich Julius 319
 Stalin, Josef 184
 Stammler, Rudolf 6; 10; 239; 305
 Stein, Lorenz von 126; 332
 St. Leger, James 270
 Stoll, Heinrich 50f., 156
 Stone, Julius 22; 326
 Storm, Theodor 180
 Strauss, Leo 33; 35; 202; 214; 226
 Stuke, Horst 135
 Sturma, Dieter 216
 Svarez, Carl Gottlieb 10; 29; 297; 302f.
 Syring, Enrico 147
- Tacitus 272
 Teubner, Gunther 351
 Thibaut, Anton Friedrich Justus 21; 26; 320; 385
 Thomann, Marcel 303
 Thomas von Aquin 6
 Thomasius, Christian 10; 229; 278; 295
 Tocqueville, Alexis de 30
 Tse-Tung, Mao auch Zedong, Mao 145; 184
- Valerius Maximus 272
 Varela, Francisco 343f.
 Vasquez, Gabriel 270
 Verbeck, Bernhard 152
 Vettori, Francesco 184
 Voegelin, Eric 204
 Voltaire 186; 214
 Voppel, Reinhard 268
- Wagner, Heinz 43
 Wank, Rolf 57; 360
 Wannenmann, Peter 9
 Weber, Alfred 80f.
 Weber, Immanuel 278
 Wellschmied, Karl 276
 Welzel, Hans 18; 189; 281
 Weston, William 171
 Wieacker, Franz 18; 279
 Wilhelm I. (der Eroberer) 111
 Willms, Bernard 192
 Windscheid, Bernhard 287
 Winstanley, Gerrard 110ff.
 Wittgenstein, Ludwig 40
 Wolf, Erik 86; 266; 268; 278f.
 Wolf, Friedrich O. 189
 Wolf, Immanuel 75
 Wolff, Christian 10; 48; 70; 229; 290ff.; 306; 336
 Wollmann, Hellmut 141
 Wuketis, Franz M. 152
- Zasius, Ulrich 76
 Zedong, Mao auch Tse-Tung, Mao 145; 184
 Zehnpfennig, Barbara 147
 Zeiller, Franz von 10; 15; 303
 Zimmermann, Gunter 202
 Zippelius, Reinhold 56
 Zitelmann, Ernst 19f.; 381; 384; 402
 Zitelmann, Rainer 147ff.