

JOHANN BRAUN

Einführung
in die
Rechtsphilosophie

3. Auflage



MOHR SIEBECK

MOHR SIEBECK LEHRBUCH

Johann Braun

Einführung in die Rechtsphilosophie



Johann Braun

Einführung in die Rechtsphilosophie

Der Gedanke des Rechts

3., überarbeitete 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; seit 2011 im Ruhestand.

1. Auflage (2006).
2. Auflage (2011), durchgesehen und verbessert.
3. Auflage (2022), überarbeitet.

ISBN 978-3-16-161503-0 / eISBN 978-3-16-161504-7

DOI 10.1628/978-3-16-161504-7

Online Materialband DOI 10.1628/978-3-16-161504-7-Materialband

ISSN 2568-4566 / eISSN 2568-924X (Mohr Siebeck Lehrbuch)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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

Printed in Germany.

Vorwort zur 3. Auflage

Die *Philosophie* ist ein Ort des Nachdenkens über Dinge und Probleme, über die sonst nicht oder wenig nachgedacht wird – sei es, weil man anderes als vordringlich ansieht oder weil die Methoden, die man allein für akzeptabel hält, den Zugang zu dieser Region versperren. Speziell der *Rechtsphilosophie* kommt daher die Aufgabe zu, über das Recht anders nachzudenken, als dies in der Rechtswissenschaft gewöhnlich geschieht. Letztlich geht es hier darum, das Recht mit dem Prinzip der *Gerechtigkeit* in Verbindung zu setzen, das den Prinzipien der Wahrheit und der Schönheit ebenbürtig, wenn auch gleichermaßen rätselhaft zur Seite steht.

Diese Aufgabe läßt sich leider nicht nebenbei erledigen, sondern nimmt bei denen, die davon gepackt sind, leicht ein ganzes Leben in Anspruch. Eine für den akademischen Unterricht bestimmte Einführung kann davon nur eine ungefähre Vorstellung vermitteln. Dabei kann sich der Autor einer solchen Einführung von unterschiedlichen Zielen leiten lassen. Er kann einmal versuchen, wichtige Sachprobleme wie das Verhältnis von Recht und Moral, die Geltung von Rechtsnormen, die Privatautonomie, das Schuldprinzip, den Grund der Strafe, die Staatsprinzipien sowie die Staatsorganisation u. a. m. zu begründen und zu erläutern. Das ist eine Aufgabe, wie sie an sich auch von einer ins Grundsätzliche gehenden Rechtsdogmatik geleistet werden könnte und eigentlich auch müßte, wenngleich man hier aus unterschiedlichen Gründen nicht immer dazu kommt. Sodann aber kann der Autor versuchen, dem Leser einen Überblick über die bisherige rechtsphilosophische Diskussion zu verschaffen. Das ist in gewissem Umfang sogar unverzichtbar; denn wer sich mit Rechtsphilosophie als dem großen Experimentierfeld des rechtlichen Denkens befaßt, bewegt sich, ob er will oder nicht, auf vielfach gepflügtem Boden. Die hier gesammelten Erfahrungen läßt niemand ungestraft außer acht; sie müssen zur Kenntnis genommen und immer von neuem reflektiert werden. Die geläufige Methode für diesen Zweck besteht darin, sich des von anderen bereits Gedachten durch eine mehr oder weniger ausführliche *Geschichte* der Rechtsphilosophie chronologisch zu vergewissern. Dabei ist freilich allzu leicht primär von Verganem die Rede, das nicht mehr von aktuellem Interesse ist. Insoweit gilt es daher einen anderen Weg zu finden und die im idealen Reich des Rechtsdenkens gemachten Erfahrungen in eine angemessenere Form zu bringen. Das im folgenden praktizierte Verfahren besteht darin, den historisch bekannten Stoff mit ungewohnten *Querfragen* zu konfrontieren und dadurch der Geschichte ihren *ungeschichtlichen Gehalt* zu vindizieren. Als ein solcher

wird hier die *innere Struktur der Gerechtigkeit* in den Blick genommen, die uns in unterschiedlicher Einhüllung immer von neuem entgegentritt. Diese Struktur gilt es zu veranschaulichen und auf einen überzeitlichen Begriff zu bringen. Das ist der Grund, warum dieses Buch, obwohl es einen ausgedehnten Blick auf die neuzeitliche Geschichte der Rechtsphilosophie wirft, doch keinem chronologischen Aufbau folgt.

So wie das vorliegende Werk konzipiert ist, steht und fällt es mit dem Gedanken, daß das Recht – gleich welcher Epochen oder Staaten – 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 Gedanke bestimmt den Aufbau des zweiten Teils dieses Buches, der den mit Abstand größten Raum einnimmt. Desungeachtet kann dieses Werk aber auch als Begleitlektüre zu einer rechtsphilosophiegeschichtlichen Vorlesung „herkömmlichen Stils“ benutzt werden. Anhand der vorangestellten Gliederung dürfte es nicht schwer fallen, 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 so viel Überzeugungskraft besitzt, daß der Leser dieses Buch nicht ohne konkreten Anlaß „gegen den Strich“ liest.

Um es im Sinne des Verfassers „mit dem Strich“ lesen zu können, mag es nützlich sein, schon im voraus über eine kurze Wegbeschreibung zu verfügen. Mit Erlaubnis des Lesers möchte ich mich dabei eines Bildes bedienen: Denkt man sich die Lektüre als eine Art Bergwanderung in den Höhenregionen des Rechtsdenkens, so erfolgt im *ersten Teil* dieses Buches ein steiler Anstieg bis zu der Höhe, die man erreicht haben muß, um das Folgende verstehen zu können. Gewissermaßen zur Erholung wird der Leser im *Zweiten Teil* zunächst über das Hochplateau des (im weitesten Sinn) *sozialistischen 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 maximale 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 *Schlufteil* 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 seine Sache.

Aber noch etwas anderes muß hier zur Sprache gebracht werden: Jedermann weiß, daß die Rechtsphilosophie heute weniger denn je im Zentrum des juristischen Studiums steht. Eine der Folgen der seit vielen Jahren nahezu pausenlos betriebenen Studienreformen – und wahrscheinlich sogar eine beabsichtigte Folge – ist die, daß die Rechtsphilosophie im akademischen Unterricht nur noch ein Flackerleben führt. Wenn ein Student zusätzlich zu den zahlreichen und mittlerweile zum Teil sogar von Hochschullehrern verfaßten Repetitorien, mit denen er sich für die diversen Prüfungen munitioniert, noch ein rechtsphilosophisches Buch in die Hand nehmen soll, dann muß ihm der Verfasser, so gut es geht, entgegenkommen. Niemand kann ernsthaft erwarten, daß ein Student im Verlauf seines Studiums die Werke der rechtsphi-

losophischen Klassiker, wie sie auch in diesem Buch behandelt werden, alle im Original studiert. Das scheitert nicht nur am Umfang eines solchen Leseprogramms, sondern auch daran, daß viele der einschlägigen Werke – namentlich der deutschen – von einer solchen Widerspenstigkeit sind, daß sie sich dem Leser erst nach langem Bemühen erschließen. Die Konsequenz hieraus kann nur die sein, nicht allein *über* das Rechtsdenken solcher Autoren zu schreiben und das weitere dem Leser zu überlassen, sondern die behandelten Werke soweit wie möglich unmittelbar *selbst zum Sprechen zu bringen*, und zwar so, daß man sie auf Anhieb versteht. Ergänzend zu diesem Buch ist daher noch ein „virtueller Materialband“ mit Auszügen aus Originaltexten erschienen, der sich an den zweiten Teil der vorliegenden „Einführung in die Rechtsphilosophie“ anschließt und unter der Internetadresse

<http://doi.org/10.1628/978-3-16-161504-7-Materialband>

frei zugänglich ist. Die hier online gestellte Textauswahl soll den Lesern parallel zu den entsprechenden Paragraphen dieser „Einführung“ den Blick in einen etwa 10-seitigen repräsentativen Originaltext ermöglichen, zugleich aber auch den stärker Interessierten einen gewissen Vorgeschmack für eine ausführlichere Lektüre bieten.

Nicht zuletzt jedoch geht es im folgenden darum, die Rechtsphilosophie auf ein Gleis zu bringen, auf dem sie auch für „normale“ Juristen wieder von Interesse ist. Das kann man nicht von allem behaupten, was auf diesem Gebiet publiziert worden ist. Bisweilen könnte es scheinen, als habe die Rechtsphilosophie eine Richtung eingeschlagen, 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 nicht hingenommen werden; denn richtig verstanden handelt es sich bei der Rechtsphilosophie um *die* Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft schlechthin. In den sonstigen Bereichen der Jurisprudenz findet sich wenig, was von vergleichbarer Faszination und Prägekraft wäre. Freilich ist das im vorstehenden Zusammenhang nur eine Behauptung; sie zu verifizieren, soll jedoch in diesem Buch wenigstens im Ansatz versucht werden.

Für die 3. Auflage wurde der Text insgesamt sorgfältig durchgesehen und stilistisch sowie bei Bedarf auch sachlich überarbeitet und aktualisiert. Die auffälligste Änderung dürfte die sein, daß der Begriff „utopisches Rechtsdenken“ durch „sozialistisches Rechtsdenken“ ersetzt wurde. Damit ist indessen keine sachliche Änderung beabsichtigt. Vielmehr ist die Bezeichnung „sozialistisches Rechtsdenken“ in den Voraufgaben allein deshalb vermieden worden, weil der „reale Sozialismus“ zeitlich noch zu nahe lag und daher zu befürchten war, daß der flüchtige Leser den betreffenden Abschnitt des Buches allzu sehr auf den Sozialismus marxistischer Prägung beziehen könnte. Nachdem diese Gefahr derzeit nicht mehr besteht, das sozialistische Denken im weitesten Sinn dieses Wortes sich noch dazu über fast alle Staaten der westlichen Welt ausbreitet, kann man die Dinge mit dem Namen benennen, der sie sachlich am treffendsten kennzeichnet.

Abgekürzt zitierte Fundstellennachweise

| | |
|---------|--|
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| ARSP | Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie |
| DGWR | Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht |
| DJZ | Deutsche Juristenzeitung |
| DR | Deutsches Recht |
| DRW | Deutsche Rechtswissenschaft |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | Juristenzeitung |
| KritV | Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft |
| MEW | Karl Marx – Friedrich Engels – Werke, Berlin |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| ZgesStW | Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft |
| ZRG | Zeitschrift für Rechtsgeschichte |
| ZZP | Zeitschrift für Zivilprozeß |

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----------|
| Vorwort | V |
| Abgekürzt zitierte Fundstellennachweise | IX |
| 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 Wandel der klassischen Rechtsdogmatik | 44 |
| 2. Abschnitt: Phänomenologie des Rechtsdenkens | 59 |
| § 6 Innere Struktur des Rechts | 60 |
| § 7 Das Projekt der Moderne | 74 |
| 2. Teil: Strukturen des Rechtsdenkens im Wandel | 87 |
| 1. Abschnitt: Sozialistisches Rechtsdenken | 87 |
| § 8 Thomas Morus (1478–1535) | 88 |
| § 9 Tommaso Campanella (1568–1639) | 100 |
| § 10 Gerrard Winstanley (1609–1676) | 113 |
| § 11 Johann Gottlieb Fichte (1762–1814) | 125 |
| § 12 Der Marxismus | 138 |
| § 13 Der Nationalsozialismus | 151 |
| § 14 Wandlungen des sozialistischen Denkens | 165 |
| 2. Abschnitt: Rationalistisches Rechtsdenken | 180 |
| § 15 Niccolò Machiavelli (1469–1527) | 181 |
| § 16 Thomas Hobbes (1588–1679) | 193 |
| § 17 John Locke (1632–1704) | 207 |
| § 18 Jean Jacques Rousseau (1712–1778) | 221 |
| § 19 Immanuel Kant (1724–1804) | 234 |

XII Inhaltsübersicht

| | |
|--|------------|
| § 20 Hans Kelsen (1881–1973) | 247 |
| § 21 John Rawls (1921–2002) | 259 |
| | |
| 3. Abschnitt: Institutionelles Rechtsdenken | 272 |
| § 22 Hugo Grotius (1583–1645) | 273 |
| § 23 Samuel Pufendorf (1632–1694) | 286 |
| § 24 Christian Wolff (1679–1754) | 298 |
| § 25 Montesquieu (1689–1755) | 312 |
| § 26 Die historische Rechtsschule | 325 |
| § 27 G. W. F. Hegel (1770–1831) | 338 |
| § 28 Niklas Luhmann (1927–1998) | 352 |
| | |
| 3. Teil: Rechtsidee und Rechtswirklichkeit | 367 |
| § 29 Dialektik des Rechts | 368 |
| § 30 Gesetzgebung | 379 |
| § 31 Rechtsprechung | 390 |
| § 32 Rechtswissenschaft | 404 |
| | |
| Personenregister | 417 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Vorwort | V |
| Abgekürzt zitierte Fundstellennachweise | IX |
| 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 | 12 |
| 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 | 23 |
| § 3 Formalisierung der Rechtsetzung | 24 |
| I. Der Gesetzespositivismus | 25 |
| 1. Der Positivismus vor dem Positivismus | 25 |
| 2. Beginnende Gesetzesflut | 27 |
| 3. Neues Verhältnis von Recht und Gesetz | 28 |
| II. Gerechtigkeit als Verfahrensgerechtigkeit | 29 |
| 1. Monarchische Gesetzgebung | 29 |
| 2. Parlamentarische Gesetzgebung | 30 |

XIV Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| III. Der Rechtsrelativismus | 31 |
| 1. System möglicher Systeme | 31 |
| 2. Relativismus als Aufwertung absoluter Lehren | 33 |
| § 4 Logischer Empirismus | 34 |
| I. Reduktion auf das von allen Beobachtbare | 34 |
| 1. Erfolg der Naturwissenschaften | 35 |
| 2. Überprüfbarkeit wissenschaftlicher Theorien | 35 |
| 3. Verengung des Blickfeldes | 37 |
| II. Analytische Philosophie | 39 |
| 1. Wissenschaftstheorie | 39 |
| 2. Der linguistic turn | 40 |
| III. Rechtstheorie und Rechtslogik | 41 |
| 1. Rechtstheorie | 41 |
| a) Allgemeine Rechtslehre | 41 |
| b) Reine Rechtslehre | 41 |
| c) H. L. A. Hart | 42 |
| 2. Rechtslogik | 43 |
| § 5 Wandel der klassischen Rechtsdogmatik | 44 |
| I. Rechtsdogmatik als Textanwendung | 45 |
| 1. Rechtsfindung durch Argumentationsverbote | 45 |
| 2. Der anzuwendende Text | 46 |
| a) Auslegung der Digesten | 46 |
| b) Auslegung staatlicher Gesetze | 47 |
| II. Erweiterung des methodischen Instrumentariums | 47 |
| 1. Die Freirechtsschule | 48 |
| 2. Der Siegeszug der Generalklauseln | 49 |
| 3. Rechtsanwendung alten Rechts „im neuen Geist“ | 51 |
| III. Naturrecht und Verfassung | 52 |
| 1. Die Wiederkehr des Naturrechts | 52 |
| a) Reaktion auf ungerechte Gesetze | 53 |
| b) Einfluß der Wertphilosophie | 54 |
| c) Kritische Einwände | 55 |
| 2. Positivierung überpositiver Werte in der Verfassung | 55 |
| IV. Wendung zur Methodenlehre | 57 |
| 2. Abschnitt: Phänomenologie des Rechtsdenkens | 59 |
| § 6 Innere Struktur des Rechts | 60 |
| I. Aspekte der Gerechtigkeit | 60 |
| 1. Summum jus, summa injuria | 60 |
| a) Defizite eines binären Codes | 60 |
| b) Eindimensionales Recht, mehrdimensionale Gerechtigkeit | 61 |
| c) Gleiche praktische Vernunft | 64 |
| 2. Konkrete Ordnung und allgemeine Norm | 64 |
| 3. Analyse des überlieferten Rechtsdenkens | 66 |

| | |
|---|-----------|
| II. Archetypen rechtlichen Denkens | 67 |
| 1. Die maßgeblichen Differenzierungen | 67 |
| a) Gemachtes und gewordenes Recht | 68 |
| b) Kollektive oder individualistische Legitimationsmuster | 68 |
| 2. Paradigmen der Gerechtigkeit | 69 |
| a) Sozialistisches Rechtsdenken | 69 |
| b) Rationalistisches Rechtsdenken | 70 |
| c) Institutionelles Rechtsdenken | 71 |
| 3. Lebenszeitliche Präferenzen | 71 |
| III. Charakteristika einer historischen Typologie | 72 |
| 1. Abstraktion von historischen Sinnzusammenhängen | 73 |
| 2. Betonung struktureller Zusammenhänge | 73 |
| § 7 Das Projekt der Moderne | 74 |
| I. Mittelalter und Neuzeit | 75 |
| 1. Das Jahr 1500 als Zeitenwende | 75 |
| 2. Das Mittelalter | 76 |
| 3. Die Neuzeit | 78 |
| II. Säkularisierung des Rechts | 80 |
| 1. Trennung von weltlicher und geistlicher Sphäre | 81 |
| 2. Autonomes Recht | 81 |
| III. Entstehung des Staates | 82 |
| 1. Der Staat als Territorialherrschaft | 82 |
| 2. Der Staat als Rechtsherrschaft | 83 |
| IV. Entdeckung des Subjekts | 84 |
| 1. Das Subjekt als Selbstwert | 84 |
| 2. Das Subjekt als ordnende Kraft | 85 |
| 2. Teil: Strukturen des Rechtsdenkens im Wandel | 87 |
| 1. Abschnitt: Sozialistisches Rechtsdenken | 87 |
| § 8 Thomas Morus (1478–1535) | 88 |
| I. Utopia als Gegenbild zur Wirklichkeit | 88 |
| 1. Vision einer besseren Welt | 88 |
| 2. Realistische Diagnose der Gegenwart | 89 |
| 3. Abschaffung des Privateigentums | 91 |
| 4. Realisierbarkeit einer alternativen Welt | 92 |
| II. Güterproduktion und Verteilung | 93 |
| 1. Die Organisation der Arbeit | 93 |
| 2. Produktionsüberfluß | 94 |
| III. Der Staat als Familie | 95 |
| 1. Leben in der Gemeinschaft | 95 |
| 2. Verwaltung von Mitteln statt Herrschaft über Personen | 97 |
| IV. Vereinnahmung des Individuums | 98 |
| 1. Äußere Gleichschaltung | 98 |
| 2. Innere Gleichschaltung | 99 |

XVI Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| § 9 Tommaso Campanella (1568–1639) | 100 |
| I. Der perfekte Beamtenstaat | 100 |
| 1. Gegenwelt zu Neapel | 100 |
| 2. Lenkung von oben | 101 |
| II. Produktion und Verteilung | 102 |
| 1. Unbeschränkter Gemeinbesitz | 102 |
| 2. Arbeit als Bedürfnis | 104 |
| 3. Regulierte Freizeit | 105 |
| III. Die Vereinnahmung des Subjekts | 106 |
| 1. Vorrang des Ganzen vor dem Einzelnen | 106 |
| 2. Zucht des neuen Menschen | 107 |
| 3. Gleichschaltung des äußeren Verhaltens | 109 |
| 4. Gleichschaltung des Denkens | 110 |
| IV. Die Herrschaft der Philosophen | 111 |
| 1. Auswahl der Besten | 111 |
| 2. Der Jesuitenstaat in Paraguay | 111 |
| § 10 Gerrard Winstanley (1609–1676) | 113 |
| I. Die wahren Leveller | 113 |
| 1. Soziale Revolution | 113 |
| 2. Die Erde ist für alle da | 113 |
| 3. Religiöser Fundamentalismus | 115 |
| II. Die Erde als gemeinsame Schatzkammer der Menschheit | 117 |
| 1. Gemeineigentum | 117 |
| 2. Kauf und Verkauf ist Betrug | 118 |
| 3. Schwerter zu Pflugscharen | 119 |
| III. Einer für alle, alle für einen | 120 |
| 1. Produktion und Verteilung | 120 |
| 2. Familie und Erziehung | 122 |
| IV. Regierung und Verwaltung | 123 |
| 1. Rotationsprinzip | 123 |
| 2. Herrschaft des Gemeingeistes | 124 |
| § 11 Johann Gottlieb Fichte (1762–1814) | 125 |
| I. Dialektik der Freiheit | 125 |
| 1. Utopia im eigenen Kopf | 125 |
| 2. System der Freiheit | 126 |
| 3. Aufhebung des Subjekts | 126 |
| II. Dialektik des Eigentums | 129 |
| 1. Kritik der sozialen Verhältnisse | 129 |
| 2. Handlungseigentum statt Sacheigentum | 130 |
| 3. Recht auf Arbeit als Eigentum | 130 |
| 4. Verplanung der Freiheit | 132 |
| III. Vom Sozialstaat zum Totalstaat | 135 |
| 1. Freizeit statt Freiheit | 135 |
| 2. Umschlag von Zwang in Freiheit | 136 |

| | |
|---|-----|
| § 12 Der Marxismus | 138 |
| I. Hegel vom Kopf auf die Füße | 138 |
| 1. Veränderung statt Interpretation | 139 |
| 2. Geschichte als Geschichte von Klassenkämpfen | 140 |
| II. Sündenfall und Erlösung | 141 |
| 1. Entfremdung, Arbeitsteilung und Privateigentum | 141 |
| 2. Kommunistische Weltrevolution | 144 |
| III. Die klassenlose Gesellschaft | 144 |
| 1. Aufhebung der Arbeitsteilung | 145 |
| 2. Aufhebung des Privateigentums | 145 |
| 3. Absterben des Staates | 147 |
| IV. Diktatur jetzt, Freiheit später | 148 |
| 1. Diktatur des Proletariats | 148 |
| 2. Der neue Mensch | 149 |
| 3. Freiheit als Freizeit | 150 |
| § 13 Der Nationalsozialismus | 151 |
| I. Fall und Wiederaufstieg | 152 |
| 1. Die Misere der Gegenwart | 152 |
| a) Nationale Niederlage | 152 |
| b) Die soziale Frage | 153 |
| 2. Vision eines nationalen Sozialismus | 153 |
| a) Deutschland als Weltmacht | 154 |
| b) Nationale Volksgemeinschaft | 154 |
| II. Angewandte Biologie | 155 |
| 1. Sozialdarwinismus | 155 |
| 2. Die arische Rasse | 157 |
| 3. Antisemitismus | 159 |
| III. Das nationalsozialistische Gemeinwesen | 161 |
| 1. Primat der Gemeinschaft | 161 |
| 2. Ehe und Familie | 161 |
| 3. Primat der Politik, sekundäre Rolle der Wirtschaft | 162 |
| 4. Sozialpolitik | 163 |
| 5. Staatsorganisation | 164 |
| 6. Erziehung und ideologische Gleichschaltung | 164 |
| § 14 Wandlungen des sozialistischen Denkens | 165 |
| I. „Schwarze“ Utopien | 165 |
| 1. Kehrseite sozialistischer Glücksverheißung | 165 |
| 2. Macht als Selbstzweck | 167 |
| 3. Der alte und der neue Mensch | 169 |
| II. Utopie als Prozeß | 170 |
| 1. Das Prinzip Hoffnung | 170 |
| 2. Die studentische Bewegung | 172 |
| III. Harmonie von Mensch und Umwelt | 173 |
| 1. Grenzen des Wachstums | 173 |

XVIII Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|------------|
| 2. Ökotopia | 175 |
| 3. Heuristik der Furcht | 178 |
| 2. Abschnitt: Rationalistisches Rechtsdenken | 180 |
| § 15 Niccolò Machiavelli (1469–1527) | 181 |
| I. Politischer Realismus | 181 |
| 1. Krisensituation als Ausgangspunkt | 181 |
| 2. Blick auf die Wirklichkeit | 181 |
| 3. Kritik der Waffen | 182 |
| II. Das Umfeld der Politik | 183 |
| 1. Pessimistisches Menschenbild | 183 |
| 2. Zyklus der Geschichte | 185 |
| III. Methoden politischen Handelns | 186 |
| 1. Fuchs und Löwe | 186 |
| 2. Gewalt als Mittel der Politik | 187 |
| 3. Vertragsbruch und Täuschung | 189 |
| IV. Ausdifferenzierung des politischen Handelns | 191 |
| 1. Politik als rechts- und moralfreier Raum | 191 |
| 2. Kritik und Zustimmung | 192 |
| § 16 Thomas Hobbes (1588–1679) | 193 |
| I. Ordnung in einer heillosen Welt | 193 |
| 1. Erfahrung des Krieges | 194 |
| 2. Menschenbild und mathematische Methode | 195 |
| II. Frieden statt Freiheit, Sicherheit statt materieller Gerechtigkeit | 197 |
| 1. Der Naturzustand: bellum omnium contra omnes | 197 |
| 2. Kein vor- oder überpositives Recht | 198 |
| 3. Begründung des Staates | 199 |
| 4. Der Leviathan | 202 |
| III. Grundlegung des Rechtspositivismus | 203 |
| 1. Rechtsetzungsgewalt des Staates | 203 |
| 2. Formale Rechtsqualitäten | 204 |
| a) Offenkundigkeit und Klarheit | 204 |
| b) Nulla poena sine lege | 205 |
| c) Schuldfähigkeit | 205 |
| d) Subjektive Gesetzesauslegung | 206 |
| 3. Recht und Freiheit | 206 |
| § 17 John Locke (1632–1704) | 207 |
| I. Der Staat als Gegenspieler | 207 |
| 1. Ausgangspunkt: Verteidigung der Staatsmacht | 208 |
| 2. Endpunkt: der schwächstmögliche Staat | 208 |
| II. Vorstaatliches Recht | 209 |
| 1. Das natürliche Gesetz | 209 |
| a) Vorstaatliches Verletzungsverbot | 209 |
| b) Freiheit als Eigentum an sich selbst | 210 |

| | |
|--|-----|
| c) Ungleichheit des Besitzes | 210 |
| 2. Der Naturzustand als latenter Kriegszustand | 211 |
| a) Jeder Richter in eigener Sache | 212 |
| b) Gefährdung des Eigentums | 213 |
| III. Grundlegung des Rechtsstaates | 214 |
| 1. Der Gesellschaftsvertrag | 214 |
| a) Vertrag als Grundlage des positiven Gesetzes | 214 |
| b) Reale Zustimmung | 216 |
| 2. Begrenzung der Staatsgewalt | 216 |
| a) Gewaltenteilung | 216 |
| b) Zweckbindung | 217 |
| c) Herrschaft des Gesetzes | 219 |
| IV. Rechtspositivismus und Menschenrechte | 219 |
| 1. Gesetzesbindung des Rechtsanwenders | 219 |
| 2. Naturrechtsbindung des Gesetzgebers | 220 |
| § 18 Jean Jacques Rousseau (1712–1778) | 221 |
| I. Theorie der Demokratie | 221 |
| 1. Politisches Urgestein | 221 |
| 2. Nachfolger und Antipode von Hobbes | 222 |
| II. Dialektik der Gesellschaft | 223 |
| 1. Der Naturzustand | 223 |
| a) Der Mensch von Haus aus „gut“ | 223 |
| b) Ursprüngliche Gleichheit und Eigentumslosigkeit | 224 |
| 2. Vergesellschaftung als Wesensverlust | 224 |
| a) Kampf aller gegen alle in der Gesellschaft | 225 |
| b) Privateigentum als Sündenfall | 225 |
| 3. Zurück zur Natur? | 226 |
| III. Kollektive Selbstbestimmung | 227 |
| 1. Herrschaft des allgemeinen Willens | 227 |
| a) Von der individuellen zur gesellschaftlichen Freiheit | 228 |
| b) Die <i>volonté générale</i> | 229 |
| 2. Die Organisation des allgemeinen Willens | 229 |
| a) Unmittelbare Demokratie | 230 |
| b) Keine Parteien | 230 |
| c) Keine Einzelfallgesetze | 231 |
| IV. Legitimation durch Verfahren und ihre Grenzen | 231 |
| 1. Richtiges Recht durch Organisation | 231 |
| 2. Stillschweigende Prämissen | 232 |
| a) Gleicher Besitz | 232 |
| b) Bürgerliches Glaubensbekenntnis | 233 |
| c) Meinungspflege | 233 |
| 3. Demokratie mit doppeltem Boden | 234 |
| § 19 Immanuel Kant (1724–1804) | 234 |
| I. Vernünftigkeit als Gesetzmäßigkeit | 234 |
| 1. Unüberbrückbare Kluft zwischen Sein und Sollen | 235 |

XX Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| 2. Werde allgemein! | 236 |
| II. Ausdifferenzierung von Recht und Moral | 237 |
| 1. Innensteuerung und Außensteuerung | 237 |
| a) Moralität | 237 |
| b) Legalität | 238 |
| c) Recht als Befugnis zu zwingen | 239 |
| 2. Historischer Hintergrund | 239 |
| III. Der Inhalt einer möglichen Gesetzgebung | 241 |
| 1. Form und Inhalt | 241 |
| 2. Kategorien des Rechts als Kategorien der Freiheit | 242 |
| 3. Der Staat als Richter im Streit um das Recht | 243 |
| 4. Zustimmung der Vernunft | 243 |
| IV. Die Eigendynamik der Rechtsorganisation | 245 |
| 1. Praktischer Positivismus | 245 |
| 2. Gelungene Revolution schafft neues Recht | 246 |
| § 20 Hans Kelsen (1881–1973) | 247 |
| I. Das Programm der Reinen Rechtslehre | 247 |
| 1. Theorie des Gesetzespositivismus | 247 |
| 2. Befreiung des Positivismus von „fremden Elementen“ | 249 |
| II. Die Theorie der Rechtsnorm | 250 |
| 1. Die Rechtsnorm als wertneutrale Zwangsnorm | 250 |
| 2. Die Grundnorm | 251 |
| a) Inhaltliche und prozedurale Normbegründung | 251 |
| b) Macht als Voraussetzung der Rechtsgeltung | 252 |
| 3. Der Stufenbau der Rechtsordnung | 253 |
| III. Rechtsanwendung als Rechtsetzung | 254 |
| 1. Bekenntnis statt Erkenntnis | 255 |
| 2. Differenz von positivem Recht und Wunschrecht | 256 |
| 3. Identität von Rechtsprechung und Verwaltung | 256 |
| IV. Die Selbstaufhebung des Subjekts | 257 |
| 1. Rechtswissenschaft ohne Recht | 257 |
| 2. Verabsolutierung der instrumentalen Vernunft | 258 |
| § 21 John Rawls (1921–2002) | 259 |
| I. Theorie der Gerechtigkeit | 259 |
| 1. Die Grundstruktur der Gesellschaft | 259 |
| 2. Kontraktualismus | 260 |
| II. Das Rawls'sche Gedankenexperiment | 261 |
| 1. Der fiktive Urzustand | 261 |
| 2. Die beiden Grundsätze der Gerechtigkeit | 263 |
| a) Freiheit und Geld als Grundgüter | 263 |
| b) Gleichheits- und Unterschiedsprinzip | 263 |
| c) Endgültige Fassung | 264 |
| 3. Transformation des Urzustandes in die Gesellschaft | 265 |
| III. Selbststabilisierung des politischen Systems | 266 |

| | |
|--|------------|
| 1. Stabilität in einer pluralistischen Ordnung | 266 |
| 2. Übergreifender Konsens | 267 |
| 3. Bestärkung der Selbstachtung | 267 |
| IV. Grenzen des Kontraktualismus | 268 |
| 1. Fairness nur gegenüber unseresgleichen | 268 |
| 2. Ehe und Familie | 269 |
| a) Beliebige Beziehungen zu beliebigen Partnern | 269 |
| b) Abschaffung der Familie | 270 |
| 3. Der Staat | 271 |
| 3. Abschnitt: Institutionelles Rechtsdenken | 272 |
| § 22 Hugo Grotius (1583–1645) | 273 |
| I. Naturrecht als poröses Gewebe | 273 |
| 1. Rechtfertigung und Grenzen der Gewalt | 273 |
| 2. Naturrecht als Immanenzkritik | 274 |
| a) Primäres und sekundäres Naturrecht | 274 |
| b) Dispositives und zwingendes Naturrecht | 275 |
| c) Verhältnis zum positiven Recht | 276 |
| II. Erkenntnis des wirklichen Rechts | 276 |
| 1. Quellen der Rechtsentstehung | 277 |
| a) Sozialtrieb, Vernunft und göttlicher Wille | 277 |
| b) Säkulares Naturrecht | 278 |
| 2. Quellen der Rechtskenntnis | 279 |
| a) Direkter und indirekter Beweis | 279 |
| b) Einbeziehung fremder Denkerfahrung | 280 |
| c) Kritik am Überlieferungswissen | 281 |
| d) Kritische Rechtfertigung | 282 |
| III. Ansätze zur Systembildung | 283 |
| 1. Das zweifache Ziel des Rechtsschutzes | 283 |
| 2. Das System der Rechte | 284 |
| a) Personenrecht | 284 |
| b) Eigentum | 285 |
| c) Rechtsgeschäfte | 285 |
| § 23 Samuel Pufendorf (1632–1694) | 286 |
| I. Zwischen Tradition und Innovation | 286 |
| 1. Naturrecht der Erfahrung | 286 |
| 2. Wegbereiter der großen Kodifikationen | 287 |
| II. Rechtslehre als Pflichtenlehre | 287 |
| 1. Mensch als soziales Wesen | 287 |
| 2. Naturrecht und Moralthologie | 288 |
| 3. Erkenntnis des Naturrechts | 290 |
| 4. Die drei Grundpflichten | 292 |
| a) Schädigungsverbot | 292 |
| b) Gleichbehandlungsgebot | 292 |
| c) Förderungsgebot | 293 |

XXII Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| III. Ordnung des Privatrechts | 293 |
| 1. Rechtsgeschäftslehre | 294 |
| 2. Sachenrecht | 294 |
| 3. Verträge | 295 |
| IV. Die Ordnung des Staates | 296 |
| 1. Der Gesellschaftsvertrag | 296 |
| 2. Der Staat als moralische Person | 297 |
| 3. Wohlfahrtsstaat | 298 |
| § 24 Christian Wolff (1679–1754) | 298 |
| I. Perfektion der mathematischen Methode | 298 |
| 1. Geist der Gründlichkeit | 298 |
| 2. „Euklidische“ Beweisführung im Naturrecht | 299 |
| 3. Systematische Erfassung des gegenwärtigen Rechts | 300 |
| II. Entfaltung vorausgesetzten Konsenses | 301 |
| 1. Beförderung der Vollkommenheit | 301 |
| a) Rechte als Mittel der eigenen Pflichterfüllung | 302 |
| b) Rechte auf fremde Pflichterfüllung | 302 |
| 2. Ebenbild Gottes | 303 |
| 3. Eigendynamik der „Logifizierung“ des Rechts | 304 |
| III. Das System des Naturrechts | 305 |
| 1. Die innere Ordnung des Rechts | 305 |
| a) Eigentum | 306 |
| b) Vertrag | 307 |
| c) Familie und Haus | 308 |
| d) Der Staat | 309 |
| e) Völkerrecht | 310 |
| IV. Naturrecht und positives Recht | 311 |
| 1. Verwirklichung des Naturrechts in den großen Kodifikationen | 311 |
| 2. Der Konfliktfall | 311 |
| § 25 Montesquieu (1689–1755) | 312 |
| I. Naturrecht mit veränderlichem Inhalt | 312 |
| 1. Relativität des Rechts | 312 |
| 2. Vernunft der Wirklichkeit | 313 |
| II. Die Gesetze als „Beziehungen“ | 315 |
| 1. Das Verhältnis des Rechts zu seiner Umwelt | 315 |
| 2. Der Geist der Gesetze | 316 |
| 3. Die Vernunft der Welt | 317 |
| III. Staatsform und Staatsprinzip | 317 |
| 1. Die drei Regierungsformen | 317 |
| 2. Die drei Prinzipien politischen Handelns | 318 |
| IV. Gewaltenteilung und bürgerliche Freiheit | 320 |
| 1. Politische Freiheit | 320 |
| 2. Die klassische Gewaltenteilungslehre | 321 |
| 3. Moderne Gewaltenteilung | 322 |

| | |
|---|-----|
| V. Die Klimalehre | 322 |
| 1. Beziehung der Gesetze zur Art des Klimas | 322 |
| 2. Monogamie und Polygamie | 323 |
| 3. Physische und sittliche Antriebe im Widerstreit | 324 |
| § 26 Die historische Rechtsschule | 325 |
| I. Hinwendung zur Wirklichkeit | 325 |
| 1. Abkehr von Naturrecht und kritischer Philosophie | 325 |
| 2. Historismus als Philosophie | 327 |
| II. Naturrecht als „Philosophie des positiven Rechts“ | 328 |
| 1. Was nach der Erfahrung Rechtens sein kann | 328 |
| 2. „Philosophische Prüfung“ des Privatrechts | 330 |
| a) Privateigentum | 330 |
| b) Ehe | 331 |
| c) Sklaverei | 331 |
| 3. Verlorener Maßstab der Wirklichkeit | 332 |
| III. Theorie des Gewohnheitsrechts | 333 |
| 1. Volksgeist als Rechtsquelle | 333 |
| 2. Die historische Erkenntnismethode | 334 |
| 3. Rechnen mit Begriffen | 336 |
| IV. Ohnmacht der Geschichte | 337 |
| § 27 G. W. F. Hegel (1770–1831) | 338 |
| I. Selbstentfaltung der Vernunft | 338 |
| 1. Die Vernünftigkeit des Wirklichen erkennen | 338 |
| 2. Recht als Dasein des freien Willens | 339 |
| 3. Sittliche Totalität und Subjektivität | 340 |
| II. System des Rechts | 342 |
| 1. Das abstrakte Recht | 342 |
| a) Eigentum | 343 |
| b) Vertrag | 344 |
| c) Unrecht | 345 |
| 2. Moralität | 345 |
| a) Gewissen | 346 |
| b) Kollektive Überzeugung | 346 |
| 3. Sittlichkeit | 347 |
| a) Familie | 347 |
| b) Bürgerliche Gesellschaft | 348 |
| c) Der Staat | 349 |
| aa) Inneres Staatsrecht | 350 |
| bb) Äußeres Staatsrecht | 350 |
| III. Weltgeschichte als Weltgericht | 351 |
| § 28 Niklas Luhmann (1927–1998) | 352 |
| I. Systemtheorie | 352 |
| 1. Die Funktion des Rechts begreifen | 352 |
| a) Wissenschaft von der Gesellschaft als ganzer | 352 |

XXIV Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|------------|
| b) Systeme als Funktionseinheiten | 352 |
| 2. Autopoiese des Organismus | 353 |
| 3. Wahrnehmung der Außenwelt | 354 |
| a) Beobachtung interner Veränderungen | 354 |
| b) Systemerhaltung statt Wahrheitsfindung | 355 |
| II. Recht als Subsystem der Gesellschaft | 355 |
| 1. Gesellschaft als System | 355 |
| a) Umfassendstes Kommunikationssystem | 355 |
| b) Codierte Unterscheidungen | 356 |
| 2. Das System des Rechts | 357 |
| a) Stabilisierung von Verhaltenserwartungen | 357 |
| b) Jederzeitige Änderbarkeit und Erwartungssicherheit | 358 |
| 3. Beziehung des Rechts zu seiner Umwelt | 360 |
| a) Verarbeitung rechtlicher Einflüsse nach sachgesetzlichen Regeln | 360 |
| b) Rechtssystem und Bewußtseinssystem | 362 |
| III. Rechtsanwendung zwischen Konditionalprogramm und Finalstruktur | 363 |
| 1. Traditionelle und „progressive“ Entscheidungsstrategien | 363 |
| 2. Entdifferenzierung des Rechtssystems | 364 |
| | |
| 3. Teil: Rechtsidee und Rechtswirklichkeit | 367 |
| | |
| § 29 Dialektik des Rechts | 368 |
| I. Der äußere Rechtsbetrieb | 368 |
| 1. Recht als Funktion der Wirklichkeit | 368 |
| 2. Habituelle Verankerung des Positivismus in Ausbildung und Praxis | 369 |
| a) Juristenausbildung | 369 |
| b) Rechtspraxis | 370 |
| 3. Selbstregulierung des positiven Rechts | 371 |
| II. Die innere Rechtsüberzeugung | 372 |
| 1. Gewohnheitsrecht | 373 |
| 2. Gesetzesrecht | 375 |
| 3. Rechtsprechung | 376 |
| III. „Lebender Begriff“ | 377 |
| 1. Der blinde Fleck des Positivismus | 377 |
| 2. Subjektive Objektivität | 378 |
| 3. Stufen der Verwirklichung | 379 |
| | |
| § 30 Gesetzgebung | 379 |
| I. Rechtliche Prinzipien und rechtspolitische Ziele | 379 |
| 1. Instrumentale und mediale Funktion des Gesetzes | 380 |
| a) Politische Ziele | 380 |
| b) Rechtliche Prinzipien | 381 |
| 2. Gesetzgebung als prinzipiengeleitete Rechtsfindung | 382 |
| II. Der Gedanke des Rechts im Lichte der politischen Parteien | 384 |
| 1. Rechtsideologien der Parteien | 385 |
| 2. Innerparteiliche Vielfalt | 387 |

| | |
|--|------------|
| III. Das Gesetzgebungsverfahren | 388 |
| 1. Filter und Verstärker im Vorfeld | 388 |
| 2. Kompromisse im Verfahren | 389 |
| § 31 Rechtsprechung | 390 |
| I. Gesetzesanwendung | 390 |
| 1. Steuerung der Rechtsfindung | 391 |
| a) Werturteil im Konditionalprogramm | 391 |
| b) Gesetz als Argumentationsverbot | 393 |
| 2. Rechtliche Meta-Argumentation | 395 |
| a) Subjektive Auslegung | 395 |
| b) Objektive Auslegung | 396 |
| II. Konkretisierung von Prinzipien | 397 |
| 1. Struktur von Prinzipien | 398 |
| a) Normen | 398 |
| b) Prinzipien | 399 |
| 2. Rechtsfindung anhand von Prinzipien | 400 |
| a) Gedachte Konkretisierung als Richtschnur | 400 |
| b) Das Gewebe des Rechts | 401 |
| III. Die Person des Richters | 402 |
| 1. Je eigene Sicht des Rechts | 402 |
| 2. Richterwahl | 403 |
| § 32 Rechtswissenschaft | 404 |
| I. Rechtliche Standortbestimmung | 404 |
| 1. Explizite Selbstreflexion | 404 |
| 2. Implizite Tiefendimension | 405 |
| II. Systemstrukturen und begriffliche Kategorien | 405 |
| 1. Ordnungsstrukturen | 406 |
| a) Privatrecht und öffentliches Recht | 406 |
| b) Institutionen- und Pandektensystem | 406 |
| c) System des Rechtsschutzes | 408 |
| 2. Zentrale Begriffe | 409 |
| 3. Zu-Ende-denken der Praxis | 411 |
| III. Minderberechtigter Partner der Praxis | 411 |
| 1. Praxisbezug der Theorie | 412 |
| a) Anleitung im Detail | 412 |
| b) Dokumentation des Details | 412 |
| 2. Verlust des Gerechtigkeitsbezugs | 413 |
| a) Positives Gesetz statt sachlicher Argumentation | 413 |
| b) Wille des Gesetzgebers statt sachlicher Argumentation | 414 |
| c) Entscheidungspraxis statt sachlicher Argumentation | 414 |
| d) Künftige Entscheidungspraxis statt sachlicher Argumentation | 414 |
| 3. Der Gedanke des Rechts | 415 |
| Personenregister | 417 |

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. 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 beseelt, 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 zuviel, 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 Übersichtsliteratur 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

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

in der bloßen Vernunft sucht (wiewohl ihm dazu jene Gesetze vortrefflich zum Leitfaden dienen können), um zu einer 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“ wie Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie, Rechtsvergleichung, Rechtslogik usw. Grundlagenforscher sind durchweg unbescheidene Menschen: sie wollen hinter die Kulissen blicken. Daß über den Gesichtskreis des hier und jetzt geltenden Rechts hinaus weitergefragt wird, ist daher keine Eigentümlichkeit allein der Rechtsphilosophie. Deren Besonderheit liegt nur in der *Art der Fragen*, die sie stellt.

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