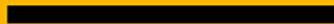


HEINER ALWART

Recht und Handlung



Mohr Siebeck

Recht und Handlung

Die Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung
vom Naturrechtsdenken und vom Positivismus
zu einer analytischen Hermeneutik des Rechts

von

Heiner Alwart



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1987

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Alwart, Heiner:

Recht und Handlung: d. Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung vom
Naturrechtsdenken u. vom Positivismus zu e. analyt. Hermeneutik d. Rechts /
von Heiner Alwart. – Tübingen: Mohr, 1987.

ISBN 3-16-645142-0 / eISBN 978-3-16-1628467- unveränderte eBook-Ausgabe 2024

© J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1987.

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

Satz und Druck von Gulde-Druck GmbH in Tübingen; Einband von Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen.

Printed in Germany.

Für

PROF. DR. EBERHARD SCHMIDHÄUSER

Inhalt

<i>A. Die Gegenwartsaufgabe der Rechtsphilosophie</i>	1
1. Philosophie und Moderne	1
2. Die theoretische und die praktische Bedeutung der Rechtsphilosophie	4
3. Grundlegung des Rechts als philosophische Aufgabe	6
4. Problemgeschichtliche Analyse in systematischer Absicht: zur Struktur der Abhandlung	9
5. Die Einteilung der rechtsphilosophischen Theorien in naturrechtliche und (rechts-)positivistische	11
<i>B. Naturrechtliche und vernunftrechtliche Anfänge</i>	13
6. Platon und Aristoteles	13
7. Das aristotelisch-thomistische Rechtsdenken im Mittelalter	16
8. Mos geometricus und neuzeitlicher Rationalismus	19
9. Der Wandel vom Naturrecht zum Vernunftrecht bei Kant und über Kant hinaus	22
<i>C. Wert-, Existenz-, Grundnorm-Recht</i>	29
10. Die materiale Wertethik Schelers	29
11. Wertphilosophie und Utilitarismus bei G. E. Moore	31
12. Wertethische Rechtsphilosophie	38
13. Phänomenologie im Rechtsdenken	39
14. Existenz-Recht	40
15. Neukantianistische Rechtsphilosophien (bes. Stammler und Radbruch)	44
16. Grundnorm-Recht bei Kelsen	49
<i>D. Empirismus und Positivismus im Rechtsdenken</i>	57
17. Sophistik wider Sokratik	57

18. Sophistisches »Natur«-Recht	59
19. Empiristische Erkenntnistheorien	62
20. »Hume's fork«	71
21. Logischer Positivismus und Rechtsphilosophie	74
22. Der Rechtsempirismus (bes. Austin; Schulen des Realismus, Pragmatismus, Funktionalismus; soziologische und psychologische Kausalanalyse)	76
<i>E. Von der dialektischen zur analytischen Hermeneutik</i>	<i>86</i>
23. Hermeneutische Wege in der Gegenwartsphilosophie	86
24. Dialektische Hermeneutik (Sein/Sache und Sprache)	92
25. Die Fortsetzung des Naturrechtsdenkens mit hermeneutischen Mitteln.	95
26. Analytische Hermeneutik (Handeln und Sprechen)	103
27. Übergang zur Handlungs- und zur Rechtslehre der analytischen Hermeneutik.	105
<i>F. Grundzüge der hermeneutischen Handlungslehre</i>	<i>110</i>
28. Die Bedeutungstheorie der analytischen Hermeneutik	110
29. Theoretische Hermeneutik	112
30. Praktische Hermeneutik I (subjektive und objektive Zurechnung).	114
31. Zur gegenwärtigen Problematik des strafrechtlichen Finalismus	123
32. Praktische Hermeneutik II (Analyse des Wollens, Motivlehre)	126
33. Hermeneutik, Kausalismus und die Frage der Willensfreiheit	133
34. Praktische Hermeneutik III (abschließende Untersuchungen, Ausblick)	136
<i>G. Der Begriff des Rechts.</i>	<i>138</i>
35. Konzeptionen von Handlungs-Recht	138
36. Zur Kritik am Rechtsbegriff H. L. A. Harts (Regel-Recht)	140
37. Der Adressat des Rechts.	146
38. Das norm-motivierte Handeln des Rechtsstabs (Motiv-Recht)	155
39. Rechtserfahrungen im Alltag	161

40. Das emphatische Moment in der Rede vom »Recht«	163
41. Abschließender Gesamtrückblick	164
<i>Danksagung</i>	170
<i>Literatur</i>	171
<i>Namenregister</i>	176

»... das ganze elende Menschenwerk von
Staat, Verfassung, Regierung, Gesetzgebung
...«*

A. Die Gegenwartsaufgabe der Rechtsphilosophie

1. Philosophie und Moderne

Jede Philosophie, also auch jede Philosophie des Rechts, die mehr sein will als ein unverbindliches intellektuelles Spiel, mehr als ein Beiwerk für selbstgenügsame Einzelwissenschaften, muß die Grundfragen ihrer Zeit erkennbar machen. Sie denkt großräumig und begnügt sich nicht mit Bruchstücken, von denen niemand wissen kann, ob und wie sie sich ineinander fügen. Erst wenn sie das Parzellieren aufgibt, kann die Philosophie zum kritischen Maßstab einer Epoche werden. Erst dann vermag sie die Gegenwart zu begreifen und aus der langen, weitverzweigten Tradition des Denkens wirklich zu lernen.

Um keinen Preis will die Philosophie eine bloße Mode anführen, noch will sie um jeden Preis gegen den Strom schwimmen. Sondern ihr Weg führt in den menschlichen Geist zu den verborgenen Voraussetzungen des Sprechens und Handelns. Sie versucht, wie seit je, zu ergründen, wo auf festen Stein und wo auf losen Sand gebaut wird. Immer und überall hält sie Täuschungen für möglich. Darin ist jede einzelne Philosophie allen anderen Philosophien familienähnlich. Das gilt sogar für ein Philosophieren über das Ende von Philosophie überhaupt, müßte doch ihr wirkliches Ende unbemerkt bleiben.

Philosophie ist also »ihre Zeit in Gedanken erfaßt«¹. Als zeitgebundenes Denken von heute enthält sie notwendig eine Theorie der Moderne. Charakteristisch für das moderne Zeitalter ist ihr einerseits – in der *Abkehr* – der Verlust eines metaphysischen Generalnenners von Erkenntnis, Wille und Sein: Der Mensch findet keine Gewißheit über Geburt und Tod hinaus. So stellte Jacob Burckhardt fest, daß der ganze moderne Geist auf eine Deu-

* Aus dem sog. ältesten Systemprogramm des deutschen Idealismus (zit. nach: Das älteste Systemprogramm, Studien zur Frühgeschichte des deutschen Idealismus, hrsg. v. R. Bubner, Hegel-Studien, Beiheft 9, 1973, S. 263). Die geistige Urheberschaft des in Hegels Handschrift überlieferten Manuskripts ist strittig; Hegel selbst, Schelling oder Hölderlin werden als Urheber genannt (vgl. neuerdings die Dokumentation Chr. Jamme/H. Schneider [Hrsg.], Mythologie der Vernunft, 1984).

¹ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Vorrede (Ausgabe Hoffmeister, S. 16).

tion der Lebensrätsel unabhängig von der Religion dränge². Und Max Weber urteilte für den Bereich des Rechts, daß in einer entzauberten Welt »Regeln für das Handeln, welche den Charakter von ›Recht‹ besitzen, also durch ›Rechtswang‹ garantiert sind«, absichtlich geschaffen und nicht wie prinzipiell unabänderliche Heiligtümer tradiert werden³. Wie auch ließe sich angesichts des realen Erscheinungsbildes heutiger Rechtsordnungen eine numinose Bindung des Rechts vermuten? Gewiß nicht aufgrund von leerlaufenden Verfassungspräambeln, mögen sie sogar der invocatio dei Raum geben. Mit falschem Pathos kann vielleicht eine alte Fassade abgestützt, aber gewiß kein neues Gebäude errichtet werden.

Andererseits – in der *Zukehr* – bewahrt die philosophische Moderne den Menschen als ein im Sprechen und Handeln freies Wesen. D. h. seine Äußerungen bleiben weiterhin einem deutenden Verstehen zugänglich; sie sind tief auch ohne Verdoppelung der Welt in eine apriorische und in eine aposteriorische Wirklichkeit. »Um in die Tiefe zu steigen, braucht man nicht weit zu reisen; ja, du brauchst dazu nicht deine nächste und gewöhnliche Umgebung verlassen«⁴. In dieser Weise begibt sich der Philosoph auch heute noch auf die Reise.

Einig dürfte man sich weithin darin sein, was die Moderne nicht ist, also in bezug auf ihre Abkehr von jeder hochfahrenden Metaphysik, die zwischen Tiefe und Untiefe nicht zu unterscheiden weiß. Ganz anders hingegen steht es in bezug auf ihre *Zukehr*. Hier beweist das kontroverse philosophische Gespräch, daß man verschiedene gangbare Wege gefunden zu haben glaubt. Ob nun der in der vorliegenden Abhandlung eingeschlagene Weg der richtige ist, kann sich, wenn überhaupt, frühestens am Ende dieser Abhandlung erweisen. Sicher ist jedenfalls die Konstruktivität des zugrunde gelegten Programms: Es wird weder in der Sackgasse eines empiristischen Reduktionismus enden – denn es reduziert den Menschen nicht auf einen psychisch und physisch determinierten Organismus (mag sich menschliches Verhalten durchaus mit natürlichen Ursachen erklären lassen) – noch verkennt es die Gefahren, die dem Menschen in Sonderheit dadurch drohen, daß sich die Möglichkeiten geistiger Selbstauflösung beständig erweitern. Vielmehr wird es unter dem Eindruck gerade dieser Gefahren zeigen, daß die Philosophie vor all ihrem Fragen nach einem unverrückbaren Wesen der Dinge, nach absoluter Gerechtigkeit, göttlicher Freiheit oder gar nach Unsterblichkeit eine gleichermaßen dringliche wie ursprüngliche Aufgabe

² Über das Studium der Geschichte, der Text der »Weltgeschichtlichen Betrachtungen« nach den Handschriften hrsg. v. P. Ganz, 1982, S. 201.

³ *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 445 f.

⁴ *Wittgenstein*, Bemerkungen über die Philosophie der Psychologie, I/361 (Schriften 8, S. 77).

zu erfüllen hat. Sie hat erkennbar zu machen, in welcher Hinsicht menschliche Äußerungen einen elementaren Bedeutungsverlust erleiden könnten – einen Bedeutungsverlust, bei dem all das andere ohnehin zu nichts zerfiele, bei dem Wahrheit und Moralität, Vernunft und Aufklärung von vornherein verloren wären.

Philosophie und Rechtsphilosophie brauchen also auch heute nicht ihr traditionell weites Feld preiszugeben. Detailanalysen bringen nicht die ganze Ernte ein. Nicht nur metaphysischer Glaube, auch positivistischer Unglaube können hinderlich sein und den Blick auf die Aufgabe verstellen. Aber allein derjenige vermag die Gefahr eines *Bedeutungsverlustes* zu sehen, der nicht schon selber einem irreversiblen *Problemverlust* erlegen ist. Daher soll im folgenden versucht werden, Wittgensteins Warnung vor Problemverlust wenigstens für die Rechtsphilosophie ernst zu nehmen: »Manche Philosophen (oder wie man sie nennen soll) leiden an dem, was man [...] ›Problemverlust‹ nennen kann. Es scheint ihnen dann alles ganz einfach, und es scheinen keine tiefen Probleme mehr zu existieren, die Welt wird weit und flach und verliert jede Tiefe; und was sie schreiben, wird unendlich seicht und trivial [...].«⁵

Die philosophische Bemühung der Moderne, wie sie hier verstanden wird, widmet sich bewußt, ja geradezu programmatisch dem Bedeutungsgehalt »elenden Menschenwerks«, wie das eingangs zitierte, frühidealistische sog. Systemprogramm abwertend formulierte. Jene überspannte Abwertung von Menschenwerk als *Menschenwerk* kollidiert zwangsläufig mit der Skepsis eines ernüchterten Zeitalters. Die Eule der Minerva hat ihren letzten Flug schon längst hinter sich. Der Appell an höhere Wahrheiten fruchtet nicht mehr⁶. Doch umso unnachgiebiger muß unter diesen erschwerten Bedingungen von der Philosophie gefordert werden, sie möge die Selbstbescheidung nicht zu weit treiben, sie möge sich neuen Risiken des Irrens und Mißlingens aussetzen. Es wäre jedenfalls ein trauriges Versagen, wollte man wegen der Risiken überhaupt darauf verzichten, die geforderte Leistung zu erbringen. Somit tritt die Philosophie aus dem Schatten des Empirismus und meidet sie das Licht der Metaphysik und der Religion – denn der eine verdunkelt das Auge, das andere blendet es.

⁵ Zettel 456 (Schriften 5, S. 380).

⁶ E. Tugendhat, in: –, Probleme der Ethik, S. 126ff.

2. Die theoretische und die praktische Bedeutung der Rechtsphilosophie

Die skizzierte Ausgangslage bedeutet für die heutige Rechtsphilosophie zweierlei: Zum einen hat sie für die Frage nach Begriff und Wesen des Rechts einen Zugang zu finden, der weder durch eine empiristische Wissenschaftslehre versperrt ist, noch in ein metaphysisches Niemandsland führt. Das heißt vor allem, daß die Grundlegung des Rechts als Recht weder den hermeneutischen Sinngehalt ihres Gegenstandes verfehlen, noch auf den – wie sich ergeben wird – *anderen* Gegenstand von Gerechtigkeit oder Moral ausweichen darf. Dies ist die akademisch-theoretische Seite der Gegenwartsaufgabe. Inwiefern bei ihr »Hermeneutik« zum Tragen kommt, kann erst der weitere Verlauf der Untersuchung klären. Denn auf diejenige hermeneutische Theorie, auf die soeben angespielt wurde, kann nicht schon rekuriert, es muß erst noch zu ihr hingeführt werden. Immerhin läßt die erwähnte Trennung von Recht und Gerechtigkeit bereits erkennen, daß nur eine solche Rechtshermeneutik gemeint sein kann, die – entgegen landläufigen hermeneutischen Vorstellungen – von ethischen Begründungsantworten unabhängig ist. Und es wird sich zeigen, daß selbst auf dieser differenzierten Grundlage der Begriff des Rechts hinreichend komplex bleibt. So verschlingen sich in ihm eine Theorie des Begriffsverstehens, i. e. die theoretische Hermeneutik, und eine Theorie des Handlungsverstehens, i. e. die praktische Hermeneutik. »Recht und Handlung«, also der Titel der vorliegenden Untersuchung steht nicht für eine Konfrontation von Gegensätzen, sondern für das Programm, den Rechtsbegriff auf dem Handlungsbegriff und die Rechtslehre auf der Handlungslehre aufzubauen. Von daher dürfte es auch nicht unplausibel erscheinen, daß die Moderne hier ausgerechnet mit Hermeneutik zusammengebracht wird. Diese Allianz verliert ihren zunächst befremdlichen Charakter, wenn man nur berücksichtigt, daß ihr eine andere Spielart der Hermeneutik zugrunde liegt als die, von der Gadamer eingestand, daß sie »dem letzten Nachleuchten der untergegangenen Sonne am Abendhimmel« nachblicke⁷.

Zum anderen fällt der Rechtsphilosophie eine wichtige gesellschaftlich-praktische Funktion zu. Ihr geht es nicht bloß um die theoretische Reflexion eines geistigen Wandels, d. h. nicht nur darum, ein altes Problem im Spiegel eines neuen Bewußtseins zu betrachten und eine alte Frage neu zu formulieren. Vielmehr partizipiert die Rechtsphilosophie an der praktischen Bedeutung ihres Gegenstandes, indem sie ihrerseits – wenn nicht unmittelbar, so doch wenigstens mittelbar – auf die gesellschaftliche Praxis zurückwirkt.

⁷ Vgl. Wahrheit und Methode, S. XXV.

Das kann ihr allerdings nur dann gelingen, wenn sie sich aus der Umklammerung von Moral und Ethik, aus Mythos und Metaphysik zu lösen weiß. Denn erst dann ist sie in der Lage, das Recht in der Realität heutigen Zusammenlebens angemessen zu erfassen. Erst dann ist sie in der Lage, die geistige Gesamtstruktur der Moderne aufzunehmen und der Gesellschaft bei der Suche nach Identität und Stabilität zu helfen. Auf diese Weise vermag sie – letztlich im Interesse eines friedlichen Miteinander – dazu beizutragen, daß der genuine Wert des Rechts nach Grund und Grenzen richtig eingeschätzt wird und dementsprechend genau die Beachtung findet, die er verdient.

Idealtypisch gesehen ist der moderne Mensch Herr im eigenen Haus. Die Rechtsordnung ist sein Werk. Er allein trägt die Verantwortung. »Vor Dike furchtlos«⁸ kann er die Gesellschaft so gestalten, wie er es nach seinem Dafürhalten glaubt tun zu sollen. Jedoch wäre es ein Mißverständnis, etwa anzunehmen, daß mit dem Verlust eines metaphysischen, numinosen Hintergrundes auch die charakteristische Furcht »vor dem Gesetz« entbehrlich geworden sei. Vielmehr besteht weiterhin ein enger Zusammenhang zwischen Recht und Furcht. Er manifestiert sich nach wie vor besonders dort, wo es um Phänomene im Umkreis von Verbrechen und Strafe geht, also um die (rechtfertigungsbedürftige!) rechtliche Institutionalisierung von Übel und Leid. Erinnert sei nur an das Stichwort der »Abschreckung«, das sich in jedem Lehrbuch und Kommentar zu unserem Strafgesetzbuch und in unzähligen Gerichtsentscheidungen findet. Offensichtlich kann eine Gesellschaft nicht darauf verzichten, handfesten Druck auszuüben, solange der einzelne immer wieder bereit ist, wider bessere Einsicht etwas Schlechtes zu tun. Und wo keine göttliche Strafe schreckt, wird die vom Menschen auferlegte, kalkulable Strafe umso wichtiger. Wer trotzdem fordert, daß jede Form von Repression abgeschafft werde, der ergeht sich in Utopie und Illusion. Er verkennt die praktische Bedeutung des Rechts, die sich in einer realistischen, gegenüber jeder Freiheitsideologie skeptischen Rechtsphilosophie ungehindert niederschlägt.

Zwar bedarf das Recht keiner Heiligtümer. (Und wenn es denn sein muß, dann gehört die Justitia nicht mehr vor das Gerichtsgebäude, sondern in Kleinformat auf den Schreibtisch eines jeden Richters. Dort würde sie die an den Richter adressierte Forderung symbolisieren, daß er sich um eine richtige und gerechte Rechtsanwendung zu bemühen habe.) Aber mit dem *Glauben an* das Recht darf die moderne Gesellschaft keinesfalls auch noch die *Furcht vor* dem Recht verlieren. Jenes kluge Wort kann auf unseren Zusammenhang übertragen werden: Wer sichert Sie, daß ich noch achten

⁸ *Sophokles, König Ödipus, zweiter Auftritt a. E. (übertragen von W. Schadewaldt).*

werde, was mich zu schrecken aufgehört?⁹ Das Recht gibt Furcht, um Furcht zu nehmen, die Furcht vor der Anarchie.

3. Grundlegung des Rechts als philosophische Aufgabe

Man sollte meinen, daß die Rechtsphilosophie im Zeitalter einer Massenproduktion von Recht aktueller sei als je zuvor. Aber das ist nicht der Fall. Nicht nur wartet Kants vielzitierte Herausforderung, daß die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht noch suchen¹⁰, immer noch darauf, angenommen zu werden. Darüber hinaus steht jetzt sogar die Rechtsphilosophie als solche zur Disposition. Vor allem Rechtstheorie und Rechtssoziologie beanspruchen, das sozusagen »altphilosophische« Denken durch neue Denkansätze verdrängen und die Rechtsphilosophie als Grundlagenwissenschaft des Rechts ablösen zu können. Ihrerseits können diese beiden Disziplinen, jedenfalls soweit sie nicht auf die Spitze getrieben werden, kaum miteinander kollidieren, weil zum einen die Rechtstheorie den Bereich der Empirie von ihrem Wahrheitsmonopol ausnimmt (vielleicht gar die Wissenschaftstheorie der Erfahrungswissenschaften selber mitbetreibt), während zum anderen die Rechtssoziologie die Probleme von Logik, Methodenlehre oder Argumentationstheorie, die zur Domäne der Rechtstheorie gehören, nicht eigentlich bagatellisieren will.

Luhmanns Rechtssoziologie ist exemplarisch für eine Auffassung, welche die Verdrängung der Rechtsphilosophie wenn nicht bezweckt, so doch als folgerichtiges Ergebnis der eigenen Prämissen zumindest hinnimmt¹¹. Zwar mag dieses Exempel insofern schlecht gewählt sein, als die Stärke der systemtheoretischen Konzeption Luhmanns gerade nicht die empirische Überprüfbarkeit ist¹². Aber wie jede Soziologie will auch sie letztlich darauf hinaus, »gegebenes« Recht zu beschreiben und zu erklären, nur eben nicht mittels Empirie oder empirischer Sozialforschung, sondern mittels funktionalistischer Begriffskonstruktion, die das »Rechtssystem« als eine »Einheit« zu erfassen sucht.

Ohne daß die Konzeption Luhmanns im einzelnen referiert oder kritisiert werden soll, erscheint doch bezeichnend und hier bemerkenswert, daß sie nach eigenem Bekunden eine bloße »Außenbeschreibung« des »Rechtssy-

⁹ Nach Schiller, Don Carlos, dritter Akt, zehnter Auftritt.

¹⁰ Kritik der reinen Vernunft, S. 759 der 2. Aufl. von 1787.

¹¹ Siehe H. Ryffel (Rechtssoziologie, S. 78, 108ff.), der die Rechtsphilosophie, sowie R. Dreier (Einleitung zu: -, Recht-Moral-Ideologie, S. 15), der die Rechtstheorie gegen Luhmann verteidigt.

¹² Aus diesem Grunde ablehnend K.-D. Opp, Soziologie im Recht, 1973, S. 71. – An Luhmann anknüpfend: W. Krawietz, in: -, Recht als Regelsystem, z. B. S. XVIff., 149ff.

stems« liefern und im übrigen »kühle Distanz zur Sonderwelt des Rechts bewahren« wolle; insoweit vermag sie – freundlicherweise! – »allenfalls Bewunderung für das technische Raffinement und die milieuspezifische Sensibilität einer ›Profession« aufzubringen¹³. »Recht« ist ihr, »was Recht ist«¹⁴.

Rechtsphilosophie gibt sich mit einer solchen Tautologie nicht zufrieden. Sie entwickelt eine Theorie des Rechts, die in erster Linie den Horizont der in der »Sonderwelt des Rechts« Denkenden und Handelnden berücksichtigt. Wie sonst kann ein Rechtsbegriff Realitätsbezug gewinnen? Und wie kann eine Soziologie funktionale und kausale Erklärungen von etwas geben wollen, von dem sie keinen Begriff hat? Auch die Soziologie kann nicht völlig an den hermeneutischen Sinngehalten vorbeigehen, die den von ihr betrachteten »Systemen« innewohnen. Gewiß trifft es zu, wenn Luhmann meint, daß das Recht sich verselbständigt und »ausdifferenziert« hat, – daß es gleichsam eine eigene Welt geworden ist. Aber genau dieser Sachverhalt wird sich in einer philosophischen Grundlegung des Rechts auch niederschlagen haben, z. B. dann, wenn die Frage des Adressaten der Rechtsnorm neu gestellt werden wird. Auf ein »technisches Raffinement« juristischen Handelns kommt es bei allem nicht an. Deshalb kann hier lediglich am Rande davor gewarnt werden, die Kunstfertigkeit und den Formalismus der Juristen bloß lächerlich zu finden¹⁵. Sie verkörpern ein Stück Homogenität, Gleichheit und Gerechtigkeit, also ein Stück Rechtsstaatlichkeit und haben daher einen, oftmals etwas verborgenen, normativen Hintergrund, den zu bewahren jedoch lohnt. –

»Ihr mögt die Philosophie mit der Mistgabel austreiben, sie kehrt doch zurück« – mit diesem abgewandelten Zitat aus Horaz schließt die Schrift »Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?« von Dreier¹⁶. Schon daran wird deutlich, daß die Infragestellung der Rechtsphilosophie von seiten der *Rechtstheorie* – zumindest bei Dreier – vergleichsweise zurückhaltend ist. Dreier macht das Schicksal der Rechtsphilosophie im wesentlichen von der wissenschaftlichen Zugänglichkeit der normativ-praktischen Probleme ab-

¹³ Vgl. N. Luhmann, Rechtssoziologie, S. 360f.

¹⁴ N. Luhmann, Rechtssoziologie, S. 363. Vgl. neuestens N. Luhmann, Die soziologische Beobachtung des Rechts, 1986, S. 11, 15 (aber ebendort S. 19: die Soziologie müsse jeden Anspruch auf Besserwissen aufgeben, und S. 44: von ihr sei ein Nutzen für die Rechtspraxis kaum zu erwarten).

¹⁵ R. Voigt erfragt nur scheinbar den »Abschied vom Recht?« (in einem von ihm unter diesem Titel herausgegebenen Sammelband, 1983). Denn bereits auf S. 11 stellt er klar, daß das Recht »weiterhin als ›Organisationsmittel des Wohlfahrtsstaates« (Luhmann) benötigt« werde und daß eine »rechtliche Rahmenordnung [. . .] erhalten bleiben« müsse.

¹⁶ Diese Abhandlung, die auf einen Vortrag zurückgeht, ist wieder abgedruckt in dem unter Fn. 11 angeführten Sammelband Dreiers.

hängig¹⁷. Gegen eine derart abgezirkelte Problemstellung spricht jedoch, daß es unmöglich ist, »die« praktische Philosophie zu »rehabilitieren«¹⁸, ohne zugleich Philosophie insgesamt kritisch zu reflektieren. Dann aber muß die Alternative »Rechtstheorie oder Rechtsphilosophie« mehr als terminologische denn als sachliche Alternative gelten¹⁹.

Die vorrangige Frage einer grundlegenden Befassung mit dem Recht ist die, was »Recht« seinem »Wesen« nach »ist« oder was das Wort »Recht« bedeutet. D. h. die Rechtsphilosophie findet ihren Gegenstand nicht vor, sondern sie versucht, ihn eigens zu konstituieren. Das Recht ist für sie weder ein factum brutum noch ein objektives Sollen, sondern ein Bedeutungsgehalt, der im Rahmen einer ethischen Rechtskritik schon vorausgesetzt wird und der als solcher einer erkenntnistheoretischen Grundlegung bedarf. Die wissenschaftlich gestellte Frage nach der moralischen Legitimität des Rechts verlangt also eine sorgfältige Vorbereitung; erst diese Vorbereitung gibt jener Frage das Befragte und jeder kritischen Betrachtung des Rechts den Gegenstand. Im übrigen darf man sich von einer philosophischen Rechtsbegründung, wie sie im folgenden durchgeführt werden wird, Auswirkungen auch für die rechtswissenschaftliche Dogmatik versprechen, kann doch das dortige begriffliche Denken ohne erkenntnistheoretische Anleitung langfristig nicht auskommen.

Die erste Aufgabe der Rechtsphilosophie kann nicht erfüllen, wer Begriff und Wesen des Rechts wie ein Mosaik aus fast beliebigen Bausteinen zusammensetzen sucht. Das eigentliche rechtsphilosophische Grundproblem geht verloren, zerkleinert man es von vornherein in die Vielzahl partieller rechtstheoretischer Ansätze, wie etwa in Kommunikations-, Argumentations- und Sprachtheorie, Informatik, (deontische) Logik und Normentheorie etc.²⁰. Zudem droht dann die Gefahr, daß sich die einzelnen Disziplinen selbständig machen, daß die rechtliche Relevanz der aufgeworfenen Fragen fast völlig verschwindet und damit die Rechtsphilosophie durch untaugliche Surrogate ersetzt wird. Eine Entfernung von der Sache der Jurisprudenz vermag nur denjenigen nicht zu stören, dessen Erkenntnisziel ohnehin nicht auf das Recht gerichtet ist. Die Rechtstheorie kann ebensowenig wie die Rechtssoziologie eine genuin philosophische Begründung des Rechts entbehrlich machen.

Einmal angenommen, die Rechtsphilosophie wird seitens Rechtstheorie

¹⁷ Vgl. R. Dreier, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?, S. 23 ff.

¹⁸ Vgl. R. Dreier, wie Fn. 17, S. 24 – anknüpfend an M. Riedel (Hrsg.), Rehabilitierung der praktischen Philosophie, 2 Bände, 1972 u. 1974.

¹⁹ Vgl. Dreier selbst: wie Fn. 17, S. 27 f.

²⁰ Über das Problem einer sog. Theorie-Integration s. W. Krawietz, in: –, Recht als Regelsystem, S. 192 ff., m.w.N.

und Rechtssoziologie erfolgreich in Frage gestellt: was könnte dem anderes zugrunde liegen als wiederum nur ein bestimmter erkenntnistheoretischer – rationalistischer oder empiristischer – Standpunkt? Daher ist die Verdrängung der Rechtsphilosophie, wie sie derzeit praktiziert wird, eine einzige große *petitio principii* auf dem Felde des Streits um die Grundlagen des Rechtsdenkens. Wissenschaft kann niemals alternativ zur Philosophie begründet werden. Und die Rechtssoziologie sowie die einzelnen rechtstheoretischen Disziplinen bedürfen ja selber einer philosophischen Begründung, jedenfalls wenn sie nicht, u. U. oberhalb politischer Partikularinteressen, den Status kritikenthobener Dogmen beanspruchen wollen.

Freilich ist nicht zu verkennen, daß das Bemühen um rechtsphilosophische Grundlegung unter einem gewissen apologetischen Zugzwang steht. Es erscheint ja ohne weiteres denkbar, daß das Recht wider dieses Bemühen aus dem Bereich der Erkenntnis wirklich herausfällt, – daß es eine Rechtsphilosophie als Wissenschaft überhaupt nicht gibt, – daß alle wissenschaftlich zugänglichen Aspekte des Rechts entweder solche logischer oder solche kausaler Analyse sind, – und daß die Rechtsdogmatik über rechtliche »Gegebenheiten« (also Entscheidungen des Gesetzgebers, herrschende Meinungen und die Rechtspraxis der Gerichte und Behörden) zwar verständlich informieren, bestenfalls noch auf interne logische Widersprüche hinweisen, daß sie aber keine definitive wissenschaftliche Sach- und Begriffskritik üben kann. Allerdings liefert sich die vorliegende Abhandlung jenem Zugzwang nicht aus. Vielmehr hat sie das erreichbare Begründungsziel von Anfang an vor Augen. Sie glaubt, einen Weg zu kennen, der das Rechtsdenken nicht nur vom naturrechtlichen Moralismus, sondern auch vom rechtssoziologischen Kausalismus und rechtstheoretischen Logizismus fernhält. Es ist bereits angedeutet worden (Abschnitt 2), daß hier letztlich eine hermeneutische Konzeption befürwortet wird. Daß diese gegenüber Fragen der Rechtsempirie und der Rechtslogik ebenso offen ist wie gegenüber Fragen der Rechtsethik, sei noch einmal mit Nachdruck betont, damit Mißverständnisse vermieden werden.

4. Problemgeschichtliche Analyse in systematischer Absicht: zur Struktur der Abhandlung

Die vorliegende Abhandlung verbindet Zeitdiagnose mit Problemgeschichte in der Absicht, einen systematischen Vorschlag für die Gegenwart zu begründen. Sie will Entwicklungslinien der Rechtsphilosophie sichtbar machen, die zur Gegenwartsauffassung, wie sie hier begründet wird, hinführen. Die sich daraus ergebende innere Struktur der Darstellung wird im folgenden in den wesentlichen Punkten vorweg erläutert:

a) Der unten dargetane Rechtsbegriff darf dem Leser und Zeitgenossen nicht völlig fremd vorkommen. Man müßte zumindest den vagen Eindruck gewinnen können, daß ein Begriff expliziert wird, der einem bereits zugänglich ist, wenn auch vielleicht nur durch gegenläufige Vorurteile hindurch.

Ich bin mir dessen bewußt, daß ich mit dieser Inanspruchnahme des Lesers ein Wagnis eingehe. Vielleicht erscheint sie sogar anmaßend. Aber so ist sie nicht gemeint. Sie hängt einfach unlösbar mit Programm und Anlage der Untersuchung zusammen, die nicht nach Belieben geändert werden können.

b) Mit dem problemgeschichtlichen Durchgang durch die Tradition versuche ich, mir und – so darf nun ergänzt werden – dem Leser die rechtsphilosophische Entwicklung zu erklären und sie dadurch für das gegenwärtige Bewußtsein wiederzugewinnen. »Problemgeschichte« wird dabei aufgefaßt als die Geschichte des Problems selbst, nicht aber als Geschichte verschiedener Problemlösungen zu einer vermeintlich identischen Problemstellung.

Probleme und Theorien bleiben nicht durch alle Zeiten hindurch dieselben. Unabhängig davon, was Einzelpersonen von ihnen denken, unterliegen sie einem ständigen Wandel. Nicht erst die Widerlegung einer Theorie, schon ein gescheiterter Widerlegungsversuch und u. U. sonstige Veränderungen im geistigen Gesamthorizont modifizieren den Sinngehalt einer Theorie. Insofern kann dieser Sinngehalt nur in immer neuer Deutung und Aufbereitung vergegenwärtigt werden. Andernfalls käme man immer zu spät.

Gewiß fließen in ein solches Vergegenwärtigen auch spezifisch kritische Akzente ein. Denn die systematische Absicht formt aus einem historischen Rückblick zwangsläufig eine kritische Rekonstruktion. Aber ihre eigentliche Relativierung erfahren die unten dargestellten Theorien dadurch, daß sie dort als bloße Zwischenstationen einer »endlosen« Wahrheitssuche erscheinen. Das fällt natürlich auch auf die Theorie zurück, die hier als derzeitiger Endpunkt der Entwicklung vorgestellt wird – ist doch das »Ende« dem »Anfang« gegenüber nur deshalb im Vorteil, weil der nächste Schritt noch unbekannt ist, während alle anderen Schritte ihre Vorgänger schon hinter sich gelassen haben.

Was die Frage eines Erkenntnisfortschritts betrifft, so steht die vorliegende Untersuchung auf einem eher agnostizistischen Standpunkt²¹. Das heißt jedoch nicht, daß ihr die Historie zu einer kontingenten Aufeinanderfolge beliebiger Theorien zerfallen müßte. Von dem Vorhaben, eine wirkliche Entwicklung aufzuzeigen, braucht daher nichts abgezogen zu werden.

²¹ Ein weitergehendes Ziel verfolgen die philosophiegeschichtlichen Analysen *K. H. Haags: Der Fortschritt in der Philosophie*, 1985.

Namenregister

- Adickes, E. 24
Adomeit, K. 149
Albert, H. 34, 75, 90, 91, 95
Alexy, R. 38, 109
Alwart, H. 130
Anscombe, G. E. M. 128
Antiphon 61
Apel, K.-O. 104
Aristoteles 11, 13, 14ff., 17, 18, 22, 57, 58, 93, 100
Augustinus 112, 163
Austin, J. L. 87, 166
Austin, John 76ff., 145
Ayer, A. J. 72, 76
- Bambrough, R. 104
Bartuschat, W. 25
Benn, G. 77
Bentham, J. 76f., 81
Bergbohm, K. 77
Berkeley, G. 20, 65f., 70, 104, 115
Binder, J. 28
Binding, K. 140
Birnbacher, D. 77
Brentano, F. 32
Burckhardt, J. 1, 57
- Camus, A. 41, 128
Carnap, R. 74, 75
Casper, G. 80
Coing, H. 38, 79, 81
Condillac, E. B. de 67
- Demokrit 63
Descartes, R. 19ff., 23, 32
Dilthey, W. 92
Diogenes Laertius 62
Dohna, A. Graf zu 46
Dostojewski, F. M. 117
Dreier, R. 6ff., 22, 48, 85, 106, 108, 109
Dworkin, R. 38
- Ebbinghaus, J. 47
Eckmann, H. 77, 78, 80
Ehrlich, E. 82, 84
Engisch, K. 43, 78, 98, 150
d'Entrèves, A. P. 56
Epikur 62f.
Erdmann, J. E. 26
Esser, J. 106, 160
- Fahrenbach, H. 34, 41, 44
Fechner, E. 41, 43, 44
Fikentscher, W. 80, 84
Findlay, J. N. 32
Flückiger, F. 17, 18, 59, 60
Frank, J. 80
Frankena, W. K. 34
Freud, S. 131
Freytag-Löringhoff, B. v. 137
- Gadamer, H.-G. 4, 16, 87, 90, 92ff., 96ff., 104, 106
Geddert, H. 79
Geiger, Th. 44, 82f.
George, St. 94
Gide, A. 128
Gigon, O. 63
Goethe, J. W. 30f.
Grabmann, M. 17
Gröschner, R. 87
Grotius, H. 21
Guthrie, W. K. C. 59
- Haag, K. H. 10
Habermas, J. 94
Hägerström, A. 84
Hare, R. M. 78
Harsanyi, J. C. 36, 37
Hart, H. L. A. 12, 39, 60, 79, 84, 85, 112, 139f., 140ff., 149, 151, 157, 168
Hartmann, N. 30, 31
Hattenhauer, H. 159

- Hegel, G. W. F. 1, 11, 28, 90, 94, 96, 128
 Heidegger, M. 40, 41, 42, 44, 90, 92
 Henkel, H. 149
 Henrich, D. 25
 Hippias 61
 Hobbes, Th. 21, 22, 60, 68
 Höffe, O. 15, 77
 Hölderlin, F. 1, 59, 92, 136
 Hoerster, N. 36, 37, 66, 77, 109, 112, 140, 142
 Holmes, O. W. 79
 Horaz 7
 Hruschka, J. 61, 97ff., 107, 146
 Hume, D. 19, 60, 64, 65, 66ff., 71ff., 130
 Husserl, E. 32, 40
 Husserl, G. 40, 161

 Ihering, R. v. 81

 Jakobs, G. 119
 Jaspers, K. 41, 42f.
 Jørgensen, St. 85

 Kallikles 61
 Kant, I. 6, 11, 22ff., 29, 30, 33, 34, 40, 44, 45, 46, 47, 50, 55, 68, 69, 85, 118, 128, 154
 Kantorowicz, H. 60, 79, 146
 Kaufmann, Armin 140
 Kaufmann, Arthur 17, 22, 43, 97f., 102f., 107, 169
 Kaufmann, E. 47, 56
 Kaulbach, F. 26
 Kelsen, H. 11, 45, 46, 47, 49ff., 74, 78, 82, 83, 100f., 107, 108, 143f., 148f., 160, 169
 Kierkegaard, S. 40
 Köhler, M. 99
 Kraft, V. 44
 Kranz, W. 14, 63
 Krawietz, W. 6, 8, 81, 83, 97
 Kriele, M. 106, 161
 Krüger, L. 67
 Kulenkampff, A. 66, 70

 Larenz, K. 28, 40, 48, 83, 96, 106, 120, 128, 149, 160, 161, 169
 Lask, E. 47, 48, 49
 Leibniz, G. W. 21
 Lipps, H. 87
 Llewellyn, K. 80
 Locke, J. 17, 65, 66, 70, 163
 Löffelholz, Th. 80, 81

 Loos, F. 50, 83
 Luhmann, N. 6f., 81
 Lukrez 63

 Mackie, J. L. 21, 60, 77, 138, 163
 Maihofer, W. 42, 43, 44
 Marcuse, H. 37, 90
 Mayer, M. E. 150
 Mettenheim, Chr. v. 91
 Mill, J. St. 59, 77
 Moore, G. E. 11f., 31ff., 38, 52f., 77, 154
 Moore, Underhill 81, 82
 Moritz, K. Ph. 86
 Müller, M. 40, 41

 Naucke, W. 12
 Nawiasky, H. 140
 Nelson, L. 37
 Nietzsche, F. 40

 Olivecrona, K. 84
 Opp, K.-D. 6
 Ott, W. 12, 79, 83, 138
 Otto, H. 119

 Parsons, T. 81
 Paton, H. J. 25
 Patzig, G. 13, 37, 99
 Peirce, Ch. S. 80
 Platon 11, 13ff., 30, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 91, 94, 99, 103
 Popper, K. R. 15, 61, 63, 64, 91, 136
 Protagoras 60, 62
 Pufendorf, S. 21

 Radbruch, G. 38, 44, 48f., 96, 107, 169
 Rasch, W. 117
 Rehbinder, M. 79, 82
 Reich, N. 80, 81, 82
 Reinach, A. 40, 149
 Rickert, H. 48
 Ritter, J. 15, 16
 Röd, W. 20, 21, 22, 23, 24
 Ross, A. 84, 146
 Russell, B. 74
 Ryffel, H. 6, 44, 60, 61, 79, 84, 160

 Salomon, M. 60
 Sartre, J.-P. 41, 42, 43, 85, 92, 128, 135f.
 Savigny, E. v. 34
 Scheler, M. 29ff., 32, 34, 35, 38, 39
 Schelling, F. W. 1

- Schiller, F. 6
 Schleiermacher, F. 92
 Schlick, M. 74
 Schmidhäuser, E. 119, 124, 126, 127, 137,
 150f., 156
 Schnädelbach, H. 92f.
 Schneider, H.-P. 56
 Schopenhauer, A. 14, 58
 Schütz, A. 130
 Searle, J. R. 141, 166
 Sellars, W. F. 73
 Semmelweis, I. 119
 Sidgwick, H. 76
 Simmel, G. 50
 Smart, J. J. C. 36
 Sokrates 13, 14, 57, 58, 62, 91
 Sophokles 5, 16
 Spinoza 21
 Stammler, R. 44, 46ff., 49, 56, 83, 107, 169
 Starck, Chr. 39
 Stegmüller, W. 15, 17, 32, 40, 66, 70, 75,
 88f., 94
 Stratenwerth, G. 40, 119
 Streminger, G. 71
 Strömholm, St. 84
 Summers, R. S. 80, 81

 Thomas von Aquin 11, 16ff., 19
 Thrasymachos 60

 Topitsch, E. 66
 Tugendhat, E. 3, 86, 163

 Verdross-Drossberg, A. 60
 Viehweg, Th. 58
 Vogel, H.-H. 84
 Voigt, R. 7

 Waismann, F. 136
 Weber, Max 2, 47, 50, 79, 83, 132, 146, 163,
 166
 Weinberger, O. 97
 Weisheipl, J. A. 17
 Welzel, H. 13, 15, 18, 21, 22, 40, 43, 48, 60,
 120, 124f.
 Whitehead, A. N. 59
 Winch, P. 146
 Windelband, W. 48
 Wittgenstein, L. 2, 3, 21, 34, 69, 70, 74f.,
 86, 89, 90f., 104, 112, 113, 146, 166, 168
 Wolf, Erik 60, 61
 Wolff, Chr. 21
 Wright, G. H. v. 86, 88ff., 93, 106, 120,
 121, 131, 132f., 141, 146, 155, 166

 Xenophon 99

 Zimmermann, J. 86
 Zippelius, R. 140, 149