

Stephan Kirste

Rechts- philosophie

Einführung

2. Auflage



Nomos



ACADEMIA

Stephan Kirste

Rechtsphilosophie

Einführung

2. Auflage



ACADEMIA



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

ISBN 978-3-89665-876-0 (Print)

ISBN 978-3-89665-877-7 (ePDF)

2. Auflage 2020

© Academia – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Besuchen Sie uns im Internet
www.academia-verlag.de

Inhalt

| | |
|--|-----|
| Vorwort | 7 |
| Abkürzungsverzeichnis | 9 |
| Einleitung | 11 |
| 1. Kapitel: Der Begriff der Rechtsphilosophie | 15 |
| I. Was ist Rechtsphilosophie? | 15 |
| II. Rechtsphilosophie als Philosophie | 19 |
| III. Bereiche der Rechtsphilosophie | 21 |
| IV. Vom Nutzen der Rechtsphilosophie | 25 |
| 2. Kapitel: Die Theorie der Rechtswissenschaft | 29 |
| I. Einleitung | 29 |
| II. Ist die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft? | 29 |
| III. Die rechtswissenschaftlichen Teildisziplinen | 44 |
| IV. Zusammenfassung | 54 |
| V. Die juristischen Methoden | 55 |
| 3. Kapitel: Die Rechtstheorie | 79 |
| I. Einleitung | 79 |
| II. Was ist Recht? – Der Begriff des Rechts | 79 |
| III. Das Recht als Norm | 115 |
| IV. Die Abgrenzung von Rechtsnormen und anderen Normen | 130 |
| V. Zusammenfassung zur Rechtstheorie | 143 |
| 4. Kapitel: Die Rechtsethik | 145 |
| I. Einleitung | 145 |
| II. Was ist Rechtsethik? | 146 |
| III. Gerechtigkeit | 147 |
| IV. Menschenwürde | 171 |
| V. Rechtliche Freiheit | 180 |
| VI. Rechtliche Gleichheit | 184 |
| VII. Das Gemeinwohl des Rechts | 190 |
| Schluss | 199 |
| Rechtsphilosophische Steckbriefe | 201 |
| Literaturverzeichnis | 221 |
| Personenverzeichnis | 239 |
| Sachverzeichnis | 241 |

Vorwort

Diese Einführung in die Rechtsphilosophie soll die Leser zum philosophischen Denken über Recht führen und nicht nur darüber berichten, was andere Philosophen gedacht haben. Sie richtet sich an Studierende der Rechtswissenschaften wie auch der Philosophie, die sich mit dem Recht beschäftigen. Um auch den erstgenannten Leserkreis besser erreichen zu können, freue ich mich, dass die Einführung nun bei NOMOS und Academia erscheinen kann.

Das Buch ist als Begleitung einer Vorlesung zur Rechtsphilosophie gedacht. Viele Themen, die hier zum Nachdenken angesprochen werden, können im sokratischen Dialog der Vorlesung anschaulich entwickelt werden. Beides soll sich ergänzen. Für den Verfasser dieser Einleitung ergänzt es sich auch insofern, als viele Erfahrungen aus der Vorlesung in diese zweite Auflage eingeflossen sind. Dabei waren besonders kritische Rückfragen von Studierenden hilfreich, die immer wieder zu Klarstellungen und Ergänzungen führen konnten. Auch jene Studierende, die nicht an meinen Veranstaltungen teilnehmen, sind herzlich eingeladen, mir ihr Feedback zu senden (stephan.kirste@sbg.ac.at).

Es war vor sechs Jahren eine große Freude, dass diese Einführung ins Brasilianische übersetzt wurde. Auch dort ist bereits eine zweite Auflage erschienen. Während sie aber bis auf eine neue Einleitung und Geleitworte den Text der ersten erneut enthält, habe ich diese deutsche Auflage gründlich überarbeitet. Diese beiden Auflagen sind also nicht wortgleich, auch wenn sie in allen wesentlichen Aussagen übereinstimmen.

Für die zweite deutsche Auflage habe ich zahlreiche Änderungen und Ergänzungen vorgenommen und hoffentlich an vielen Stellen vereinfacht und anschaulicher gestaltet. Insbesondere habe ich bei Beispielen neben der deutschen auch die österreichische Rechtslage einfließen lassen. Ich vermute, dass Studierenden häufig die Zeit fehlen wird, einschlägige englischsprachige Literatur zu lesen; vor allem in dieser Sprache wird heute jedoch in der Rechtsphilosophie diskutiert. Ein Kompromiss war es insofern, wenigstens an einigen Stellen, auf Artikel der online erscheinenden „Encyclopedia for the Philosophy of Law and Social Philosophy“ (<https://link.springer.com/referencework/10.1007/978-94-007-6730-0>) zu verweisen, die ich seit einigen Jahren gemeinsam mit Mortimer Sellers herausgebe. In diesen Artikeln findet sich genügend Literatur zur Vertiefung.

Besonders dankbar bin ich meinem Salzburger wissenschaftlichen Team, Univ.-Ass. Dr. Kristin Albrecht, Ass.-Prof. MMag. Dr. Hanna Maria Kreuzbauer, Sen. Scientist Dr. Norbert Paulo und Ass.-Prof. Dr. MMag. Dr. Silvia Traunwieser für zahlreiche Hinweise: Weil sie alle ganz unterschiedliche Vorstellungen von einer guten Einführung in die Rechtsphilosophie haben, waren ihre Anregungen außerordentlich hilfreich. Letzte Korrekturen hat dankenswerter Weise meine Studienassistentin Leonie Edelbauer vorgenommen. Alle verbliebenen Fehler gehen natürlich dennoch auf mich.

Salzburg, den 6.2.2020

Einleitung

Mit dieser „Einführung in die Rechtsphilosophie“ möchte ich Anfänger zu den Problemen der Rechtsphilosophie hinführen, durch einige ihrer Grundfragen hindurchführen und Fortgeschrittenen Anregungen zum Überdenken ihrer Ansätze geben. Dazu setze ich auf die Bereitschaft der Lesenden, sich führen zu lassen. Das bedeutet in der Philosophie, die angebotenen Gedanken kritisch zu prüfen.¹ Deshalb möchte ich die Leser nicht nur mit Informationen versorgen – das soll beiläufig auch geschehen –, sondern sie anregen, die angesprochenen Themen weiterzudenken.

Die „Einführung in die Rechtsphilosophie“ ist daher kein Lehrbuch, das über „Fachdiskussionen“ berichtet, die anderswo geführt werden. Sie berichtet nicht *über* die Rechtsphilosophie, sondern versucht in ihre Fragen einzutauchen. Sie nimmt die Leser mit in die Forschung hinein – auch wenn ein Lehrbuch dies naturgemäß nicht so diskursiv tun kann wie eine Vorlesung.²

Zu diesem Zweck ist die Darstellung systematisch und nicht historisch angelegt. Die Leser können die Argumentation dabei mitvollziehen und auch kritisieren, insbesondere dann, wenn die Argumente nicht konsequent erscheinen. Dies hat noch einen weiteren Vorteil: Mehr als in den rechtsdogmatischen Fächern sind die rechtsphilosophischen Erkenntnisse im Fluss und müssen laufend fortentwickelt werden. Die Bedeutung eines Phänomens besteht hier nicht darin, dass man es äußerlich beschreibt, sondern dass man es innerlich, anhand von Begriffen durchdenkt. Es gibt nur wenige „objektive Tatsachen“, die man nach dem Motto „Wir wissen heute...“, „die Rechtsphilosophie sagt uns...“, „Recht ist...“ einfach hinstellen und dann darstellen könnte. Viel wichtiger ist es, die verschiedenen wissenschaftlichen Zugänge zum Recht zu untersuchen, sie begrifflich zu rekonstruieren und dann zu reflektieren, welche Möglichkeiten sich beim gedanklichen Durchschreiten dieser Zugänge ergeben.

Das Thema einer wissenschaftlichen Untersuchung kreist sich nicht selbst ein, sondern wird durch die Perspektive bestimmt, unter der es betrachtet wird. In dieser „Einführung“ werden zwei Begriffe eine wichtige Rolle spielen, die sehr allgemein sind und in der Geschichte sehr unterschiedlich verstanden wurden: Form und Materie.³ Den philosophisch bewanderten Leserinnen und Lesern wird das zumindest einen Seufzer entlocken: Ein philosophiegeschichtlich so altes, inhaltlich changierendes Begriffspaar als Perspektive einer Einführung in einen Bereich der Philosophie zu wählen, scheint notwendig Unklarheiten hervorbringen zu müssen. Es wird also gut sein, ein paar Worte dazu zu sagen, was mit diesem Begriffspaar gemeint ist und warum es hier gewählt wird.

1 Georg Wilhelm Friedrich Hegel hatte bei seiner Antrittsvorlesung in Berlin zu seinen Studenten gesagt: „zunächst aber darf ich nichts in Anspruch nehmen als dies, dass Sie Vertrauen zu der Wissenschaft, Glauben an die Vernunft, Vertrauen und Glauben zu sich selbst mitbringen“, Hegel Enzyklopädie III, S. 706. So möchte ich auch diese Einführung verstanden wissen.

2 Vgl. aber die geschichtliche Einführung von Gröschner/Wiehard/Dierksmeier/Henkel 2000.

3 Zur Begriffsgeschichte Bormann/Franzen/Krapiec/Oeing-Hanhoff 1972, Sp. 977 ff.

Einleitung

Recht hat es immer wieder mit der Frage der Form zu tun: Man muss einen förmlichen Antrag stellen, um eine Leistung von der Behörde zu erhalten – ein freundliches Lächeln und ein Blumenstrauß sind Formen, die dafür weniger geeignet sind. Wer im Gerichtsverfahren ein Argument vortragen möchte, darf dies nicht zu spät tun, weil er sonst mit diesem Argument nicht mehr gehört wird: Er muss die zeitliche Form wahren. Muss eine gesellschaftlich umstrittene Frage allgemeinverbindlich geregelt werden, die in die Rechte des Bürgers aus Gründen des Gemeinwohls eingreift, kann sich der unmittelbar demokratisch gewählte Gesetzgeber nicht mit einigen Allgemeinplätzen in Gesetzesform begnügen und den Rest an die Verwaltung delegieren; er muss vielmehr auch insofern die Form wahren und alle wesentlichen Fragen selbst durch ein Gesetz regeln. Die Beispiele ließen sich beliebig ausweiten. Wenn aber im Recht die Frage, in welcher Form eine bestimmte Materie geregelt, entschieden, durchgesetzt wird, schon auf den ersten Blick eine große Bedeutung hat, dann liegt es nahe, das Recht in der Perspektive von Form und Materie (Stoff) zu untersuchen.

Unter *Form* soll hier derjenige Aspekt eines Gegenstandes verstanden werden, der seine Einheit und Ordnung herstellt. Form im philosophischen Sinn ist also mehr als die umgangssprachliche (rein äußerliche) Form einer Vase oder sonstiger Gegenstände. Die Form wird gedanklich von einem untersuchten Gegenstand abstrahiert. Gekennzeichnet ist diese Form durch ihre Funktion, der analysierten Sache eine Einheit zu geben, durch die sie von anderen unterschieden werden kann, und die ggf. bestehende Vielfalt seiner Elemente auch in einen Zusammenhang, eine Ordnung zu bringen. *Materie* ist demgegenüber ein negativer Begriff: Er bezeichnet jeweils dasjenige, was übrigbleibt, wenn wir gedanklich die Form von einem Erkenntnisgegenstand abgesondert haben. Ein Beispiel: Die Form meines Schreibtisches beinhaltet nicht nur eine Platte, die nach unten mit vier Beinen versehen ist – sondern z. B. auch die Funktion, Gegenstände (wie ein Abendessen) darauf abstellen zu können. Die Materie des Tisches ist das verwendete Holz. Form und Materie werden nur durch unser Denken unterschieden. Es gibt diesen Unterschied nur durch unser abstrahierendes Denken. Sie sind so nicht „wirklich“ getrennt. Das Holz des Tisches kann nicht ohne eine Form sein. Kein Gegenstand ist nur Form, keiner nur Materie. Sie können durch diese Abstraktion für sich untersucht und anschließend gedanklich wieder zusammengesetzt werden. So entsteht unser Gegenstand – das Recht – durch die analytische und synthetische Rekonstruktion als unser Gedankenprodukt erneut.

Außerhalb unseres Denkens sind Form und Materie also nicht getrennt. Hinzu kommt noch, dass Form und Materie keine statischen Kategorien sind: Wir sagen nicht, dies oder das „ist“ die Form und ist immer und nur Form oder dieses oder jenes „ist“ die Materie und ist immer und nur Materie. Wir nehmen das Begriffspaar vielmehr genau so, wie man sich beim Optiker Brillen mit verschiedenen Dioptrien geben lässt, um diejenige zu finden, mit der man am besten sieht. Für den oben angeführten Schreibtisch bedeutet das, dass wir bei ihm manchmal die Form hervorheben – aber wenn es etwa um den Brandschutz geht, eher auf die Materie schauen. Genauso werden die Lesenden eingeladen, die Welt des Rechts einmal in der Perspektive von Form und Materie zu betrachten und zu notieren, was sie se-

hen und was sie nicht sehen, und so vielleicht sogar schärfer zu sehen und gerade darin bestärkt zu werden, dass die eigene, abweichende Perspektive die bessere ist. Gerade indem wir keinen Untersuchungsgegenstand mit Form oder Materie identifizieren, können wir ihn mal unter dem Aspekt der Form, mal unter dem des Stoffes untersuchen. Das ist gerade in einer Rechtsordnung hilfreich: Ein parlamentarisch verabschiedetes Gesetz stellt eine Form für Verwaltungsentscheidungen dar. So kann ein Bebauungsplan nur in den im Baugesetzbuch vorgesehenen Formen aufgestellt werden. Wenn wir uns aber fragen, ob dieses Gesetz verfassungsgemäß ist, dann ist die Verfassung die Form, und das Gesetz wird in der Perspektive der Übereinstimmung mit dieser Form betrachtet.

Die „Einführung in die Rechtsphilosophie“ kann keine *Gliederung* voraussetzen. Die Gliederung ergibt sich vielmehr durch das Thema selbst. Vielleicht möchten die Lesenden aber zunächst einmal wissen, was Rechtsphilosophie überhaupt ist. Und diese Frage muss sich auch die Rechtsphilosophie selbst stellen, damit sie wissenschaftlich bewusst vorgeht. Das ist das Thema des ersten Kapitels. Am Ende wird ein Begriff der Rechtsphilosophie vorgeschlagen. Kurz gesagt: Sie ist das Nachdenken über das juristische Denken. Dieses Denken geschieht methodisch wissenschaftlich (Theorie der Rechtswissenschaft) und rechtspraktisch, richtet sich auf das Recht (Rechtstheorie) und die Richtigkeit dieses Rechts (Rechtsethik). Daraus folgt dann die weitere Gliederung des Buches: Wir werden also im zweiten Kapitel untersuchen, ob und inwiefern die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft (Theorie der Rechtswissenschaft) ist. Dabei wird sich zeigen, dass ihr methodisches Vorgehen eine besondere Bedeutung bekommt, da sich die systematische Ordnung, die das Ziel der Wissenschaft ist, häufig nicht aus dem positiven Recht ergibt, das oft anlassbezogen und wenig systematisch erlassen worden ist. Auch verlässt es diese Ordnung manchmal aufgrund vielfältiger praktischer Anforderungen. Die Methode prägt damit in der Rechtswissenschaft ihren Gegenstand, das Recht.

Erst wenn die methodischen Besonderheiten des Rechts klar geworden sind, können wir uns also diesem Gegenstand mit der Frage widmen: Was ist eigentlich Recht? Das ist das Thema der *Rechtstheorie*, die das dritte Kapitel ausmacht. Das Ergebnis dieses Hauptkapitels der Einführung wird ein Begriff des Rechts sein. Ohne die Einzelheiten der Begründung hier vorwegzunehmen, legt schon der skizzierte Formalismus im Recht nahe, dass auch der Begriff des Rechts formal ist: Kennzeichnend ist nämlich erstens, dass das Recht aus Normen besteht – also z. B. Verpflichtungen oder Befugnissen –, dass zweitens diese Normen in geordneten Verfahren erlassen werden, und dass schließlich drittens die Durchsetzung dieser Normen, wenn sich ein Verpflichteter nicht an sie halten will, ebenfalls in einem geordneten Verfahren abläuft.

Ja, und die Gerechtigkeit? Bei aller Notwendigkeit, bestimmte Formen einzuhalten, soll nicht das Recht richtig und gerecht sein? So berechtigt die Frage ist, muss doch geklärt werden, ob es sich um eine moralische Frage oder um eine rechtliche handelt. Mit anderen Worten: Ist ungerechtes Recht kein Recht? Oder nur schlechtes Recht, das ggf. auch befolgt und bei Nichtbefolgung durchgesetzt werden kann? Auch diese Frage kann von der *Rechtsethik* nur auf der Grundlage des

Einleitung

Rechtsbegriffs beantwortet werden. Eines kann hier aber schon vorweggenommen werden: Das moderne Recht erfüllt tatsächlich viele Forderungen der Gerechtigkeit. Die Grundprinzipien dieser Gerechtigkeit, wie sie im positiven Recht enthalten ist, herauszuarbeiten, ist die Aufgabe der Rechtsethik, die im letzten Kapitel behandelt wird. Erst wenn auch der Inhalt des Rechts – wie der idealistische Philosoph *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* (1770–1831) es nennt – „auf den Begriff gebracht“ wurde,⁴ haben wir die Aufgabe der Rechtsphilosophie, das juristische Denken zu verstehen, erfüllt.

⁴ Hegel Grundlinien, § 279 A.

1. Kapitel: Der Begriff der Rechtsphilosophie

I. Was ist Rechtsphilosophie?

In guten Zeitungen, in den Medien, bei wissenschaftlichen oder auch praktischen juristischen und anderen Tagungen hört und liest man immer wieder kluge Gedanken über die Grundlagen des Rechts. Sind diese Äußerungen Rechtsphilosophie? Oder muss hier noch etwas dazu kommen oder eine andere Perspektive eingenommen werden, damit wir von der Rechtsphilosophie als Wissenschaft sprechen können? Zunächst müssen wir uns einmal fragen, was denn die Rechtsphilosophie überhaupt ist. Vielleicht ist die Rechtsphilosophie sogar noch mehr als andere Wissenschaften aufgefordert, zunächst über ihr eigenes Denken nachzudenken, bevor sie sich mit anderen Wissenschaften beschäftigt. In diesem Sinn hat etwa auch *Immanuel Kant* (1724–1804) zunächst eine Kritik der theoretischen und praktischen Vernunft verfasst, bevor er dann diese Vernunft auf die verschiedenen Erkenntnisgegenstände angewendet hat.

Fragen wir uns also: „Was ist Rechtsphilosophie?“. Damit wir sie beantworten können, müssen wir uns darüber klar werden, was mit der Frage gemeint ist. Einerseits kann die Frage nämlich bedeuten: Womit beschäftigt sich die Rechtsphilosophie? Was Rechtsphilosophie ist, würde dann durch ihren Gegenstand bestimmt. Zum anderen aber kann die Frage bedeuten: Wozu gehört die Rechtsphilosophie? Ist sie Philosophie oder ist sie Rechtswissenschaft? Was Rechtsphilosophie ist, würde dann über ihre wissenschaftliche Form bestimmt. Beide Wege werden in der Wissenschaft beschritten, um zu einer Antwort auf die Frage zu gelangen. Kann die Frage nach dem Begriff der Rechtsphilosophie durch ihren Gegenstand beantwortet werden?

1. Die Beantwortung der Frage „Was ist Rechtsphilosophie?“ anhand ihres Gegenstandes

Oft wird versucht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie anhand ihrer Gegenstände oder Objektbereiche zu bestimmen.⁵ Einige Autoren stellen z. B. Themenkataloge zu den Problemen auf, die zur Rechtsphilosophie gehören. So werden etwa folgende Themen innerhalb der Rechtsphilosophie als zentral angesehen:

- Ist die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft?
- Was ist Recht?
- Was ist der Unterschied zwischen Recht und Moral oder Ethik?
- Warum ist Recht verbindlich?
- Was ist Gerechtigkeit, wie hängt sie mit Freiheit, Gleichheit und Menschenwürde zusammen?
- Gibt es unveräußerliche Menschenrechte?

Jede dieser Fragen ist sicherlich eine rechtsphilosophische Frage, aber welche gehören außerdem dazu? Was macht sie zu rechtsphilosophischen Fragen? Da sich

⁵ Adomeit 1979, S. 21 f.

1. Kapitel: Der Begriff der Rechtsphilosophie

auch andere Wissenschaften mit diesen Problemen befassen, muss geklärt werden, warum sie eine Besonderheit der Rechtsphilosophie sein sollen.

Wenn die Beschäftigung mit Fragen der Gerechtigkeit das entscheidende Kriterium für Rechtsphilosophie ist, dann wäre auch der Verwaltungsbeamte oder die RichterIn, die Art. 2 EUV anwenden, Rechtsphilosophen, weil dort das Prinzip der Gerechtigkeit erwähnt wird.⁶ Beide Berufsgruppen haben sicherlich eine ganz wichtige Aufgabe für die Konkretisierung und Verwirklichung dieses Prinzips; die Ausarbeitung des Begriffs der Gerechtigkeit, die Abgrenzung des Rechtsbegriffs der Gerechtigkeit zu ihren anderen Verständnissen kann ein Gericht, das mit Entscheidungen relativ konkreter Rechtsfälle beschäftigt ist, aber schwerlich leisten. Als Rechtsphilosophie würden wir ihre Erkenntnisse dennoch nicht ansehen.

Etwas besser kann man Rechtsphilosophie von anderen Beschäftigungen mit Recht unterscheiden, wenn man auf die Abstraktheit des Gegenstandes abstellt. So war etwa der Neukantianer *Rudolf Stammler* (1856–1938) der Auffassung, die Rechtsphilosophie habe es mit denjenigen Dingen zu tun, die im Bereich des Rechts als allgemeingültig festgestellt werden könnten.⁷ Es ginge der Rechtsphilosophie danach um Gerechtigkeit schlechthin und nicht nur insoweit, als sie in Art. 2 EUV in Rechtsform gebracht wurde.⁸ Warum soll sich jedoch die Rechtsphilosophie nicht mit ganz konkreten Fragen des Verbraucherschutzes befassen und diese auf ihre Gerechtigkeit hin überprüfen. Die Tätigkeit des juristischen Praktikers, der das positive Recht interpretiert und anwendet, ist jedoch auf die Entscheidung des konkreten Falls gerichtet. Dabei kann er sich durchaus auch für Gerechtigkeit, Freiheit, Gleichheit, Menschenwürde interessieren. Das professionelle Interesse reicht jedoch nur so weit, wie es zur Entscheidung des Falles oder zur Erkenntnis eines Regelungszusammenhangs erforderlich ist. Rechtsphilosophen fragen hingegen, welchen Beitrag diese Gerichtsentscheidungen etwa zur sozialen oder zur europäischen Gerechtigkeit leisten und ob sie auf der Grundlage einer Theorie der Gerechtigkeit zu rechtfertigen sind.⁹

Die Rechtsphilosophie unterscheidet sich also nicht durch die Allgemeinheit ihrer Begriffe von der Rechtswissenschaft und -praxis, sondern durch ihre Perspektive auf das Recht. Der rechtsphilosophische Blickwinkel ist nicht durch ein bestimmtes Gesetz oder eine Rechtsordnung beschränkt. Weil sie insofern nicht beschränkt ist, mag man sie für abstrakt halten. In dieser Perspektive kann sie sich aber durchaus ganz konkreten Rechtsbegriffen widmen wie etwa dem Begriff der Gerechtigkeit im Europarecht oder auch im Sozialrecht.

Wäre die Rechtsphilosophie eine Wissenschaft, die ausschließlich die positivrechtlichen Grundlagen des Rechts untersuchte, würde sie sich erstens auf das positive Recht beschränken. Die Rechtsdogmatik oder die Rechtspraxis dürften zweitens bei ungerechten Gesetzen ohne weiteres nach ihren Gerechtigkeitsüberzeugungen

6 Art. 2 des Vertrages über die Gründung der Europäischen Union (6655/1/08 REV 1): „Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde ... Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch ... Gerechtigkeit ... auszeichnet“.

7 Stammler 1928, S. 4 f.

8 Sieckmann 2006, Sp. 1904.

9 Kirste 2015, S. 1011 ff.

entscheiden. Bei der ersten Annahme würde sich die Rechtsphilosophie von der Rechtsdogmatik allenfalls durch den Grad der Allgemeinheit ihrer Aussagen, nicht aber durch die Kriterien, die sie für ihre Antworten heranzieht, unterscheiden: *Immanuel Kant* vergleicht sie mit einem hölzernen „Kopf in Phaedrus’ Fabel: ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! dass er kein Gehirn hat“.¹⁰ Sie könnte in dem zuvor genannten Sinne die Fragen nach Grund und Grenzen des Rechts nicht beantworten. Würde die zweite – umgekehrte – Annahme zutreffen, bestünde ebenfalls kein Unterschied zwischen Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie: Nun würden sich Richterinnen, Staatsanwälte, Rechtsanwältinnen usw. auch auf Gründe stützen, die außerhalb des positiven Rechts lägen. Sie würden es nach ihrem Gutdünken verlassen und die Arbeit der Setzung von Recht überflüssig machen. *Ronald Dworkin* (1931–2013) hat zu diesem Missverständnis Anlass gegeben, wenn er schreibt „any judge’s opinion is itself a piece of legal philosophy, even when the philosophy is hidden and the visible argument is dominated by citation and lists of facts“.¹¹ Es kann gut sein, dass jeder Richter eigene philosophische Überzeugungen besitzt; aber sind diese Überzeugungen schon Philosophie? So will auch Dworkin sie nur als Ausgangspunkt nehmen und durch Auslegung ihre berechtigten philosophischen Prinzipien entwickeln.

Während sich also bei der ersten Annahme Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik nicht unterscheiden würden, weil der Gegenstandsbereich der Rechtsphilosophie so *eng* ist, dass er mit dem der Rechtsdogmatik zusammenfällt, wäre bei der zweiten Annahme der Gegenstandsbereich der Rechtsdogmatik so *weit*, dass für die Rechtsphilosophie nichts mehr übrigbleibt. Die Rechtsdogmatik kann aber die Frage nicht beantworten, ob der Maßstab der richtigen rechtlichen Entscheidung nur das positive, gesetzte Recht ist oder auch darüberhinausgehende moralische Kriterien. Denn die Antwort auf diese Frage setzt eine Abgrenzung von Recht und anderen Normen voraus. Diese Frage kann eine Disziplin nicht beantworten, die nur auf das Recht – wie weit man auch immer seinen Gegenstandsbereich bestimmen mag – schaut.

Halten wir also fest: Was Rechtsphilosophie ist, kann nicht anhand ihres Gegenstandes, dem Recht, bestimmt werden. So gewinnen wir keine Grenze der Fragen der Rechtsphilosophie. Mit der Gerechtigkeit beschäftigen sich auch Rechtspraktiker und Rechtswissenschaftler, die es nur mit dem positiven Recht zu tun haben. Schließlich wird eine Abgrenzung von Rechtsphilosophie und sonstiger Rechtswissenschaft und -praxis unmöglich, wenn man von einem zu engen oder zu weiten Inhalt der Rechtsphilosophie oder der Rechtswissenschaft ausgeht.

2. Bestimmung des Begriffs der Rechtsphilosophie anhand ihrer Form

Wenn der Gegenstand der Rechtsphilosophie keine genaue Aufklärung darüber geben kann, was sie ist, dann doch vielleicht ihre Form. Ihre Eigenart ergebe sich dann nicht durch das Recht, sondern aus der Wissenschaftsdisziplin, deren Teil sie ist. Wissenschaftsdisziplinen sind z. B. die Theologie, die Medizin oder die Philo-

¹⁰ Kant: MS, S. 336.

¹¹ Dworkin 1986, S. 90.

1. Kapitel: Der Begriff der Rechtsphilosophie

sophie. Aber auch hier gibt es mehrere Antworten: Rechtsphilosophie könnte Rechtswissenschaft oder Philosophie sein. Die Frage ist kein folgenloses Glasperlenspiel. *Ulfrid Neumann* (*1947) schreibt zutreffend: „Versteht Rechtsphilosophie sich selbst als rechtswissenschaftliche Disziplin, kann sie Recht als verbindlich Vorgegebenes nicht in Frage stellen“.¹²

Für die Annahme, dass die Rechtsphilosophie ein Teil der Rechtswissenschaft ist, könnte gleichwohl sprechen, dass sich auch die Rechtsphilosophie wissenschaftlich mit dem Recht auseinandersetzt. Das reicht jedoch als Argument noch nicht aus. Als Rechtswissenschaft würde die Rechtsphilosophie juristische Methoden der Interpretation anwenden; diese sind jedoch auf die Erkenntnis des positiven Rechts gerichtet und hierfür spezialisiert. Der besondere Zugang der Rechtsphilosophie ist aber das Philosophieren. Dass sie häufig an juristischen Fakultäten betrieben wird, steht dem nicht entgegen, denn auch die Rechtsgeschichte geht nicht nach juristischen, sondern nach historischen Methoden vor und wird doch auch an juristischen Fakultäten durchgeführt.

Rechtsphilosophie zu betreiben, ist daher ein Teil der Philosophie.¹³ Der neuhegelianische Rechtsphilosoph *Julius Binder* (1870–1939) hat diese Zusammenhänge treffend bezeichnet: „Der Jurist, der über das Recht philosophieren will, muss sich ... bewußt sein, dass er insofern Philosoph und nicht Jurist sein muss ..., und wenn er bei dieser Tätigkeit gegenüber dem Philosophen gewiß dadurch im Vorteil ist, dass er eine genaue Kenntnis dieses Materials auch in den subtilen Einzelheiten besitzt, die sich der Philosoph nicht so leicht wird erwerben können, so wird er ... niemals vergessen dürfen, dass der Gegenstand einer Wissenschaft durch ihre Methode bedingt ist und dass er daher der Methode des Philosophen bedarf, damit sein Unternehmen nicht von vornherein vergebens sei.“¹⁴ Rechtsphilosophen tragen gerade durch ihre nicht-juristische Methode neue Aspekte zur Rechteerkenntnis bei.

Wodurch unterscheidet sich die Rechtsphilosophie von den anderen philosophischen Disziplinen? Der Bindestrich des Kompositums „Rechts-Philosophie“ zeigt es: Hier kommt der Gegenstand der Rechtsphilosophie ins Spiel: Das Recht. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* (1770–1831) fasst diesen Aspekt prägnant zusammen, indem er von „philosophischer Rechtswissenschaft“ spricht. Ihr stellt er das, was in der gegenwärtigen Rechtswissenschaft als „Rechtsdogmatik“ bezeichnet wird, unter dem Ausdruck „positive Rechtswissenschaft“ gegenüber.¹⁵ Man wendet in der Rechtsphilosophie also philosophische Methoden auf das Recht an. Hier schließt sich die Frage an, ob die Rechtsphilosophie dann Teil der Rechtswissenschaft und nicht vielmehr der Philosophie ist.

¹² Neumann 1981, S. 189.

¹³ Kaufmann 2004, S. 1. Von der Pfordten 2013, S. 11 f.

¹⁴ Binder 1925, S. 1 f.

¹⁵ Hegel: Grundlinien, § 2 S. 31 f.

II. Rechtsphilosophie als Philosophie

Die Rechtsphilosophie muss den Begriff der Philosophie voraussetzen.¹⁶ Denn ihr Gegenstand ist das Recht, nicht die Philosophie, auch wenn sie das Recht in philosophischer Art untersucht. Damit steht sie jedoch vor dem Problem, dass Philosophen sehr unterschiedliche Vorstellung von Philosophie haben. Der Rechtsphilosophie bleibt also nichts übrig, als einen sinnvollen, brauchbaren Begriff der Philosophie vorauszusetzen.

Hier können wir etwa an *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* anknüpfen. In seiner Vorlesung zur Rechtsphilosophie aus dem Jahr 1821 sieht er es als Kennzeichen „des Geistes der neueren Zeit“ an, „dass der Geist der Menschen ... nichts anerkennen will, als was vor der eigenen Einsicht durchaus gerechtfertigt ist ... Wenn die Menschen sich auch den Verordnungen fügen, so behalten sie sich doch das Recht vor, ihre eigenen Gedanken darüber zu haben.“¹⁷ Der Rechtsphilosoph hält sich selbstverständlich in seinem Verhalten an das Recht – man denke nur an *Sokrates*. Die Kriterien aber, nach denen er als Philosoph beurteilt, ob es sich überhaupt um Recht und insbesondere um gerechtes Recht handelt, sind nicht auf die durch das geltende Recht festgelegten Gesichtspunkte beschränkt.

Dahinter steht auch bei Hegel der Gedanke der Aufklärung, nach der sich der Mensch mutig seines Verstandes und seiner Vernunft bedient, um sich und seine Welt zu verstehen. Dem kritischen Projekt *Immanuel Kants* folgend, klärt sich die Vernunft zunächst über sich selbst auf, um dann ihr Licht über die Welt und die Handlungen des Menschen in derselben scheinen zu lassen. Sie kann verstehen, dass es Bereiche geben kann, in denen es sinnvoll ist, Beschränkungen zu akzeptieren, weil z. B. der Polizist, der in einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit rasch entscheiden soll, keine Grundsatzreflexionen über die Begründung Legitimation von Gewaltanwendung anstellen kann.¹⁸

Entscheidend ist auch hier die Form: In der Philosophie klärt sich das Denken über sich auf. Nur was in Gedanken bewiesen werden kann, darf Anspruch auf philosophische Geltung erheben. Die Erfahrung – als sinnliche oder sonstige – gibt zwar den Anstoß, ist als solche jedoch das Problem, das Fremde, das es zu erfassen und zu bestimmen gilt.¹⁹ Eine solche Bestimmung ist aber nur durch ein sich seiner selbst bewusstes Denken möglich.²⁰ Was so abstrakt klingt, setzt bei uns selbst an, bei unserem eigenen Denken oder unserer eigenen Philosophie. *Karl Raimund Popper* (1902-1994) schreibt dazu treffend:

„Aber es gibt ein Argument zur Verteidigung der Philosophie. Es ist das folgende: alle Menschen haben eine Philosophie, ob sie es wissen oder nicht. Zugegeben, dass diese unsere Philosophien allesamt nicht viel wert sind. Aber ihr Einfluß auf unser Denken und Handeln ist oft geradezu ver-

16 Eingehend hierzu und zu einigen philosophischen Methoden Cappelen/Gendler/Hawthorne 2016.

17 Hegel 1821/22, S. 33.

18 Vgl. auch Kant: Aufklärung, S. 55.

19 Kant: „Wenn aber gleich alle unsere Erkenntnis mit der Erfahrung anhebt, so entspringt sie darum doch nicht eben alle aus der Erfahrung“, Kant: Vernunft, B1, S. 45.

20 Zu Dohna 1940, S. 8 f.

1. Kapitel: Der Begriff der Rechtsphilosophie

heerend. Damit wird es notwendig, unsere Philosophien *kritisch* zu untersuchen. *Das ist die Aufgabe der Philosophie...*²¹

Die Philosophie geht zwar von der ihr vorliegenden Erfahrung und von den Assoziationen, die im Denken von selbst auftreten, aus. Sie belässt es jedoch nicht dabei, sondern reflektiert über beide. Auch das gilt für die Rechtsphilosophie: Wir gehen durchaus von unseren „Intuitionen“, unserem Gerechtigkeitsgefühl oder auch den gesetzgeberischen Vorstellungen über richtiges Recht aus. Die Aufgabe der Rechtsphilosophie ist es aber, über diese kritisch nachzudenken.²²

Hier kommen wir auf einen wichtigen Punkt: Wir können Essen nicht essen, sondern nur Lebensmittel; das ist beim Denken anders. Es kann und muss selbst zum Gegenstand der Wissenschaft gemacht werden. Hierzu steht wiederum kein anderes Mittel zur Verfügung als eben dieses Denken selbst. Konkret: Das Denken analysiert seine eigenen Möglichkeiten. Kern und Angelpunkt aller Philosophie ist daher das Denken des Denkens. Der Philosoph ist in der Tat nur, wenn er denkt.²³ Dies gibt ihm eine Gewissheit wie keine andere Wissenschaft in der Welt: Denn denken kann ich nur selbst – sieht man von Assoziationen, Einfällen etc. ab. Wenn sich das Denken aber nur selbst hervorbringen kann, dann weiß es auch, dass im Denken nichts Fremdes auftritt, bzw. dass das Fremde zugelassen werden muss. Ich bin also im Denken mehr bei mir selbst als bei irgendeiner anderen Tätigkeit.²⁴ – Das ist der Ausgangspunkt der Philosophie und ihr Schluss: die noesis noesios.²⁵ Das Denken setzt sich nun wiederum zusammen aus Denktätigkeit und Denkinhalt – das, woran man denkt, das Wissen in Gestalt von Vorstellungen oder Begriffen. Ohne die Denktätigkeit käme der Denkinhalt nicht zum Bewusstsein. Die Philosophie flüchtet also nicht vor der Empirie, sondern ist sich dessen bewusst, dass die Tatsachen nur nach Maßgabe der zur Verfügung stehenden Kategorien und Methoden ihrer Ermittlung ins Bewusstsein treten. Hegel hat dafür das Bild eines Schwimmers im Ozean verwendet: Nachdem alle altvertrauten Orientierungspunkte hier nicht mehr sichtbar sind, kann er sich nur auf sich selbst, und das heißt im übertragenen Sinne: auf sein Denken verlassen.²⁶

Das ist so ungewöhnlich nicht, wie es vielleicht klingen mag. Als sich der deutsche Verfassungsrechtler *Günther Dürig* (1920-1996) an die Kommentierung der Menschenwürde im Grundgesetz machte – eine damals noch ganz neue Rechtsnorm, fand er sich in dieser Situation, wie er später bekannte:

„Ich habe damals ziemlich ohne Netz arbeiten müssen in einer konkreten Situation weitgehend fehlender Hilfsmittel, ohne doppelten Boden ... Es kam darauf an, tatsächlich erst mal Faden zu schlagen, ein paar Schneisen anzulegen, ein paar Rollbahnen zu ziehen: Dort geht's lang, Freunde, dort geht's lang! ... Man muss freilich an einen Blindflug denken, ein Peilstrich

21 Popper 1989, S. XXV.

22 Im Einzelnen sind die Rolle der Intuition und ihre Verarbeitung sehr umstritten. Weiterführend hier Paulo/ Bublitz 2020 (im Erscheinen).

23 Descartes: Abhandlungen, S. 45.

24 Zum Zusammenhang von Selbstbewusstsein und Philosophie Frank 2001, S. 217 ff.

25 Aristoteles Metaphysik, 1072b 18–30, S. 256/257 u. Hegel: Enzyklopädie I u. III, §§ 2 u. 577.

26 Hegel: Enzyklopädie III, S. 399 ff.

war kaum vorhanden, Funkfeuer sehr, sehr weit. Bis zu Kant mußte man zum Teil schauen können, und der Kompaß, den man bei sich hatte, den hat man sich selber gebastelt“.²⁷

Wie bei Hegels Schwimmer empfindet sich hier Dürig in seinem Bemühen, das Prinzip der Menschenwürde als Rechtsprinzip im Verfassungsrecht zu denken. Bei Hegel ist dies freilich noch gesteigert: Während Dürig hier mit seinem Denken alleine in den Ozean der Interpretationsmöglichkeiten des Begriffs der Würde des Menschen hinaussegelte, richtet sich das philosophische Denken auch noch dem Gegenstand nach auf sich selbst und ist nur bei sich.

Dieses Bekenntnis zur Philosophie als Fähigkeit „sich im Denken zu orientieren“²⁸ und dabei sowohl über die unmittelbar gegebene Erfahrung als auch über die eigenen Assoziationen nachzudenken, ist natürlich heftiger Kritik ausgesetzt.²⁹ Schon der Historismus des 19. Jahrhunderts³⁰ und zumal postmodernes (Rechts-)Denken widerspricht dieser Möglichkeit eines Selbstbewusstseins.³¹ Diese Kritik ist philosophisch ernst zu nehmen – d. h. sie ist zu bedenken. Dabei fällt auf, dass die Kritik durch Urteile erfolgt, die Ausdruck des Denkens sind: Das Denken stößt sich selbst vom Thron.

Wir können jedenfalls ein Ergebnis hier festhalten: Wenn die These richtig ist, dass sich in der Philosophie das Denken über sich selbst aufklärt und es hierzu für jeden philosophisch Denkenden auf seine eigene Denktätigkeit ankommt, dann ist auch dieser Satz nur relevant, wenn der Leser ihm aufgrund seines eigenen Denkens zustimmt. Daraus folgt ferner für die Rechtsphilosophie, dass sie jeden, der sich auf sie einlässt, auf sein eigenes Denken verweist. In diese Form kann nun jeder mögliche Erkenntnisgegenstand gebracht werden, damit er so durchsichtig wird, wie das eigene Denken selbst, auch das Recht.³² Sie ist in diesem Sinn deskriptiv.³³

III. Bereiche der Rechtsphilosophie

So wie die Philosophie über das Denken im Allgemeinen nachdenkt, so denkt die Rechtsphilosophie über sich selbst und über das juristische Denken nach. Sie denkt über sich selbst nach, indem sie den eigenen Ansatz ins synchrone und diachrone Verhältnis zu anderen Rechtsphilosophien setzt. Sie berücksichtigt also ihr Verhältnis zu anderen zeitgenössischen Rechtsphilosophien und fragt nach deren und ihrer eigenen Berechtigung. Das ist das Thema dieses ganzen ersten Kapitels über den „Begriff der Rechtsphilosophie“ (Erster Bereich). In dieser Perspektive denkt sie auch über die Geschichte der Rechtsphilosophie nach (zweiter Be-

27 Dürig 1987, S. 95.

28 Kant: Was heißt, S. 282 f.

29 Vgl. auch hierzu die Einleitung aus Paulo/Bublitz 2020.

30 Dilthey, Aufbau, S. 348.

31 Frank 1986, S. 18 u. 126 f.

32 Das bedeutet nicht, dass nun alles subjektiv ist, wie ein Solipsismus behaupten würde. Aber in diese subjektive Form werden die Erkenntnisgegenstände transformiert, um uns bewusst zu werden.

33 Zu einer deskriptiven Rechtsphilosophie im Sinne H. L. A. Harts Julie Dickson 2019, S. 578 ff. u.

1. Kapitel: Der Begriff der Rechtsphilosophie

reich).³⁴ Juristisches Denken vollzieht sich in der Rechtswissenschaft und der Praxis. Wir konzentrieren uns hier auf die Wissenschaft und nehmen von ihr aus eine Abgrenzung zum Denken der Rechtspraxis vor.

1. Zweiter Bereich: Theorie der Rechtswissenschaft

Rechtsphilosophie denkt also über das juristische Denken. In diesem Sinne ist sie auch Reflexionstheorie der Rechtswissenschaft. Nachdem sie sich Klarheit über sich selbst verschafft hat, ist die zweite Frage, die sich die Rechtsphilosophie stellen muss, was die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft ausmacht. Insofern ist sie Wissenschaftstheorie. Das ist die theoretische Reflexion der Grundlagen, Methoden und Ziele der Wissenschaften.³⁵

Nun könnte man der Auffassung sein, dass Rechtsphilosophie nur Wissenschaftstheorie des Rechts ist, weil sie sich ja auf das Denken des Rechts richtet und darüber eine Theorie zu bilden versucht. Diese Konsequenz haben nur wenige Rechtstheoretiker gezogen. So schreibt etwa der Dänische Rechtspositivist *Alf Ross* (1899–1979): „Das Objekt der Rechtsphilosophie ist nicht das Recht, sondern die Rechtswissenschaft“.³⁶ Das rechtswissenschaftliche Denken beschäftigt sich jedoch sowohl mit der Frage, was Recht eigentlich ist, als auch damit, ob es richtig ist. Beides sind Probleme, die nicht von der Wissenschaftstheorie behandelt werden. Deshalb ist zwar die Theorie der Rechtswissenschaft eine Teildisziplin der Rechtsphilosophie, nicht jedoch identisch mit ihr.

2. Dritter Bereich: Rechtstheorie

Juristen denken über das Recht nach. Aber was ist das eigentlich und wie unterscheidet es sich etwa von Gewalt? Das soll die Rechtstheorie untersuchen. Manche Autoren verstehen unter dem Begriff „Rechtstheorie“ jedoch eine bestimmte wissenschaftliche Perspektive auf das Recht. Sie meinen damit eine metaphysikfreie, grundsätzliche Analyse des Rechts. Unter Metaphysik wird dabei häufig eine philosophische Disziplin verstanden, die sich mit den letzten Fragen wie Tod, Realität, Geist und Seele ohne empirische Fundierung beschäftigt.

Die marxistische Rechtstheorie wollte die gesellschaftlichen Bedingungen des Rechts als eines Überbauphänomens gegenüber der wirtschaftlichen Produktion untersuchen.³⁷ Die analytische Rechtstheorie konzentriert sich auf die sprachliche Form des Rechts und untersucht es unter den Vorzeichen einer besonders durch *Ludwig Wittgenstein* (1889–1951) angeregten Sprachphilosophie. Prominentester Vertreter ist *Herbert Lionel Adolphus Hart* (1907–1992).³⁸ Auch der kritische Rationalismus *Karl Raimund Popper* (1902–1994), der in Deutschland durch *Hans Albert* (*1921) weiterentwickelt wurde, lehnt eine metaphysisch begründete

34 Die Geschichte der Rechtsphilosophie ist also nicht einfach Geschichte, sondern Philosophie der Geschichte. Das kann hier nicht geleistet werden und soll in einer gesonderten Untersuchung erfolgen.

35 Pulte 2004, Sp. 973 f.

36 Ross 1958, S. 25 f.

37 Autorenkollektiv 1974, S. 9 ff.

38 Hart 1957, S. 967 f.; zu H. L. A. Hart vgl. Bix 2018, S. 1 ff.

Rechtsphilosophie ab und will nur Rechtstheorie betreiben.³⁹ Sie bestreitet den Sinn dogmatisierter philosophischer Lehrsätze, die das „Ganze von Mensch und Welt“ als „Allgemeinem, Unveränderlichen und Notwendigen“ erklären sollen⁴⁰ und widerspricht damit dem Naturrechtsdenken (s. u.). Umgekehrt überlegt etwa *Robert Alexy* (*1945), ob nicht jede rationale Begründung des Rechts einer „schwachen Metaphysik“ bedarf, soll sie nicht nur eine Beschreibung des tatsächlich geltenden Rechts sein. Seine These lautet: „Menschenrechte sind ohne eine rationale und universelle Metaphysik nicht möglich“.⁴¹

Gegen metaphysische Annahmen wendet sich *Niklas Luhmann* (1927–1998) im Sinne einer soziologischen Rechtstheorie. Das Rechtssystem bestimme selbst, was als Recht gelten soll. Folglich sei die Rechtstheorie Systemtheorie.⁴² Das kann als Perspektive einer Theorie, der es um das Recht in der Form gesellschaftlicher Kommunikation geht, ohne weiteres zugegeben werden. Dadurch wird jedoch eine denkende Betrachtung, die diese Kommunikation auf den Begriff bringt, nicht ausgeschlossen. Sie ist nicht auf die Kommunikation beschränkt, sondern analysiert die Kriterien für die Zuordnung einer bestimmten Kommunikation zum Rechtssystem oder zu einem anderen System. Dieses Kriterium enthält der Rechtsbegriff.

Als Rechtstheorie richtet sich die Rechtsphilosophie also auf den Begriff des Rechts. Was ist Recht, und wodurch unterscheidet es sich von anderen Normen? Als Recht kann man etwa eine Art von Normen verstehen, neben der es noch andere Arten, wie die der Moral, der Sitte etc. gibt. Damit bezieht sich die Rechtstheorie auf die *Form* des Rechts. Es geht der Rechtsphilosophie als Rechtstheorie also nicht um die Frage nach dem richtigen oder unrichtigen, dem gerechten oder ungerechten, dem zweckmäßigen oder unzweckmäßigen Recht. Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit etc. spielen nur dann eine Rolle, wenn sie wesentliche Bestandteile des Rechtsbegriffs sind. Eine rechtstheoretische Frage ist aber: Ist ungerechtes Recht Recht oder etwas anderes? Worin Gerechtigkeit besteht, was sein Nutzen für das Gemeinwohl ist, sind dann Fragen der Rechtsethik, nicht der Rechtstheorie.

3. Vierter Bereich: Rechtsethik

Recht grenzt sich jedoch von anderen Normen nicht nur ab, sondern bezieht sich auch positiv auf sie. Aus der Perspektive der Moral stellen wir die Frage: Ist das Recht gerecht? Da Ethik die philosophische Disziplin des richtigen und guten Handelns ist, ist es Aufgabe der Rechtsethik, die Gerechtigkeit des positiven Rechts zu untersuchen. Sie ist damit auf den *Inhalt* des Rechts gerichtet, themati-

39 Albert 1983.

40 Habermas 1988, 21.

41 Alexy 2004, S. 24. – Einen positiven Begriff der Metaphysik verwendet auch die „Conceptual Analysis of Law“ (eine analytische Rechtstheorie). So schreibt etwa Kenneth Himma: „The project of analyzing the content of legal concepts is the project of exploring the metaphysics of law, explicating its nature in terms of claims that are necessarily true – the hallmark of metaphysical inquiry. The metaphysical character of conceptual analysis, traditionally conceived, is logically connected to the view that the epistemology of conceptual analysis is a priori in character“, Himma 2015, S. 83.

42 Luhmann 1993, S. 14 f.; vgl. auch Vesting 2007, Rn. 24 f.

1. Kapitel: Der Begriff der Rechtsphilosophie

siert Grundprinzipien des positiven Rechts und untersucht diese auf ihre Richtigkeit hin.

Dass die Rechtsethik ein Teil der Rechtsphilosophie ist, wird von zwei Seiten bestritten. Zum einen wird behauptet, die Rechtsphilosophie habe es *nur* mit der Frage der Gerechtigkeit zu tun. Danach wäre die Rechtsethik nicht ein Teil, sondern die ganze Rechtsphilosophie. So schreibt etwa schon der konservativ-christliche Rechtsphilosoph *Friedrich Julius Stahl* (1802–1861) schlicht: „Rechtsphilosophie ist die Wissenschaft des Gerechten“.⁴³ Zu einer derartigen Auffassung muss gelangen, wer im Sinne einer engen Verbindung von Recht und Moral annimmt, dass ungerechtes Recht gar kein Recht ist. Wenn dies richtig ist, dann ist in der Tat die Frage danach, was Recht ist, mit der Frage gleichbedeutend, ob es gerecht ist. Platz für eine selbständige Rechtstheorie gibt es so nicht.

Nun stellt aber etwa Rechtssicherheit einen Teilaspekt der Gerechtigkeit dar. Der Bürger soll wissen können, was seine Rechte und Pflichten sind (Orientierungssicherheit) und sich darauf verlassen können, dass sie auch beachtet werden (Durchsetzungssicherheit). Insofern kann das positive Gesetzesrecht der Gerechtigkeit dienen, auch wenn es weitergehende Anforderungen der Gerechtigkeit nicht erfüllt.⁴⁴ Gibt man dies zu und nimmt an, dass nur eine schwache Verbindung zwischen Recht und Moral besteht, dann kann das positive Recht offenbar nicht mehr vollständig aus der Gerechtigkeit erklärt werden. Das positive Recht selbst besitzt dann eine Qualität, die einer selbständigen Erklärung bedarf. Dies leistet die Rechtstheorie. Auf eine derartige Leistung der Rechtstheorie ist derjenige umso eher angewiesen, der Recht und Moral vollständig trennt, der also die These vertritt: Positives Recht bleibt auch dann Recht, wenn es ungerecht ist. Das erklärt, warum sich mit dem Erstarken des Positivismus, der die Trennungsthese vertritt, auch die Rechtstheorie als selbständige Disziplin ausbilden konnte.⁴⁵

Das führt nun zu der zweiten Behauptung, Rechtsethik sei unwissenschaftlich und könne daher nicht zur Rechtsphilosophie gehören (vgl. bereits o. S. 23). Wissenschaft müsse sich auf Erfahrung beziehen. Erfahrbar sei aber nur das positive Recht. Der skandinavische Rechtsrealist *Axel Hägerström* (1868–1939) etwa führte einen Kampf gegen derartige sog. „metaphysische Elemente“ in der Philosophie: „*praeterea censeo metaphysicam esse delendam*“.⁴⁶ Rational sei nur eine Rechtstheorie, die sich auf die tatsächliche Erfahrung der Wirksamkeit des Rechts im Rechtsgefühl konzentrierte. Es ist jedoch sehr fraglich, ob diese Perspektive dem Gegenstand, den sie erkennen will, angemessen ist. Gerechtigkeit ist kein Thema außerhalb des positiven Rechts, dem man sich widmen könnte oder nicht; Vorstellungen von ihr gehen in seine Regelungen ein und prägen seine Form. Schon zur Selbstvergewisserung über das Rechtsdenken ist daher eine Rechtsphilosophie, die rechtsethische Fragen mit einschließt, erforderlich.

43 Stahl 1870, S. 1. Zu ihm Argyriadis-Kervegan 2019, S. 1 ff.

44 Radbruch 2003, § 9, S. 73 f.

45 Brockmüller 1997.

46 Hägerström 1929, S. 111: „Außerdem bin ich der Meinung, dass die Metaphysik zerstört werden muss“, den Ausspruch Catos des Älteren aufgreifend „*Ceterum censeo Carthaginem esse delendam*“.

Die Rechtsethik ist somit ein Teil der Rechtsphilosophie. Die Ermittlung des in Rechtsordnungen realisierten Gerechtigkeitsgehalts und seine Kritik ist die Aufgabe der Rechtsethik. Die Rechtsethik ist aber nicht die ganze Rechtsphilosophie, weil sich das Recht gegenüber Richtigkeitsforderungen der Moral verselbständigt hat, weil es also nicht restlos aus der Gerechtigkeit verstanden werden kann.

IV. Vom Nutzen der Rechtsphilosophie

Warum soll man sich, wird sich mancher nach der Lektüre dieser ersten Seiten fragen, einer so abstrakten und schwierigen Disziplin wie der Rechtsphilosophie widmen? Nur einige Gesichtspunkte sollen hier herausgegriffen werden.

1. Kontinuität in Zeiten des Umbruchs

In Zeiten, die auf eine ungebrochene rechtliche Tradition zurückblicken können und in denen die andauernde Bewährung und Bearbeitung der überkommenen Rechtsregeln das historische Recht als verlässlichen Grund juristischen Entscheidens erscheinen lassen, gewinnt die *Rechtsgeschichte* eine fast dogmatische Funktion. Sie gräbt für zu entscheidende Rechtsprobleme frühere Lösungsangebote aus. Das gilt insbesondere dann, wenn keine schriftliche Kodifikation des geltenden Rechts vorliegt. Aber auch bei älteren Gesetzen bekommt die Rechtsgeschichte zusätzliche Bedeutung, die sich aus der Weiterentwicklung der Buchstaben des Gesetzes durch die Konstruktionen der Rechtsanwendung und der Rechtswissenschaft ergeben. Die Dogmatik als die Disziplin zur Entwicklung der Rationalität des geschriebenen Rechts wird selbst geschichtlich.

In Zeiten tiefgreifender gesellschaftlicher Umbrüche durch politische oder technische und wirtschaftliche Revolutionen wird hingegen das überkommene historische Rechtswissen fraglich. Dann verliert die Rechtsgeschichte eher an Bedeutung. Die *Rechtssoziologie*, die neben der faktischen Wirksamkeit des Rechts die gesellschaftlichen Einflüsse auf es untersucht, gewinnt gerade mit diesem zweiten Erkenntnisinteresse an Bedeutung. Sie wird dann gerade das Nicht-Funktionieren des Rechts feststellen. Vor allem aber sind Umbrüche die Zeiten der Rechtsphilosophie.

Das war bei der Französischen Revolution so, als es um die Verwirklichung der Ideale von Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit ging; das war 1945 der Fall, sowie nach dem Zusammenbruch der DDR und überhaupt der Ostblockstaaten. Hier stellte sich auf vielfältige Weise das Problem des Übergangs von altem zu neuem Recht. Und auch in Zeiten der neuen Herausforderungen von Globalisierung, Digitalisierung, neuen Kommunikationsformen und medizinisch-technischen Fortschritt ist sie gefordert. Wie sollte mit den ehemaligen Machthabern, die nach altem, aber von ihnen selbst verfertigten, Recht legal gehandelt, jedoch gegen grundlegende Menschenrechte verstoßen hatten, verfahren werden (– das Problem der Mauerschützenprozesse)⁴⁷? Wie kann das Arbeitsrecht in Zeiten von Industrie 4.0 für alle gerecht gestaltet werden? Welche Herausforderungen ergeben sich aus

⁴⁷ Vgl. etwa Kaufmann 1995, S. 81 ff.; Schlink 1994, S. 433 ff.

1. Kapitel: Der Begriff der Rechtsphilosophie

der Verbreitung von Social Media und Algorithmen gesteuerten Wahlkämpfen für die rechtsstaatliche Demokratie? Soll es Grenzen der medizinischen Forschung am Menschen aus seiner Würde geben? Wie mit diesen und anderen Herausforderungen umzugehen ist, ergibt sich nicht aus der Vergangenheit, sondern aus neuen Ideen. Die Entfaltung solcher Ideen, ihr Einbau in ein vernünftiges System von gerechten Handlungsanweisungen ist eine Aufgabe einer Wissenschaft, die weder auf das geltende Recht, oder dessen Herkunft, noch auf die soziale Wirklichkeit beschränkt ist. Dies ist die Rechtsphilosophie.

2. Kritische Funktion

Indem die Rechtsphilosophie über eine Tätigkeit nachdenkt, die zwar in aller Rechtswissenschaft ausgeübt, als solche jedoch nicht thematisiert wird, das juristische Denken, erfüllt sie eine kritische, eine aufklärerische Funktion. Kritik ist dabei nicht nur im Sinne des ablehnenden Beurteilens oder Richtens zu verstehen. Vielmehr meint es vor allem die Analyse und Unterscheidung des rechtlichen Denkens („κρίνειν“), die durchaus zu einer krisenhaften Zuspitzung („κρίσις“) und einer Reinigung („κάθαρσις“) führen mag. Hieraus mögen dann wiederum Handlungsvorschläge erwachsen.

Die Analyse bezieht sich beispielsweise auf Grundbegriffe des Verfassungsrechts wie Menschenwürde, Freiheit, Gleichheit. Diese Begriffe haben eine lange philosophische Tradition. Um hier vorschnelle Festlegungen des juristischen Sprachgebrauchs zu vermeiden, ist die Auseinandersetzung mit diesen philosophischen Bedeutungsvarianten erforderlich. Das Ergebnis ermöglicht dann die Erkenntnis darüber, welche Bedeutungsvariante im systematischen Kontext der Verfassung am besten entschlussfähig ist. Man mag also vielleicht von einem christlichen Verständnis der Menschenwürde als Gottebenbildlichkeit zutiefst überzeugt sein; nach der Beschäftigung mit anderen Auffassungen des Begriffs wird man es nur dann dem Verfassungsverständnis zugrunde legen können, wenn sie durch ihre christliche Prägung – wie etwa die Irische Verfassung – dies ausdrücklich zulässt. Das ist unter Berücksichtigung der religiösen und weltanschaulichen Neutralität manchen neueren Verfassungen nicht der Fall. Die Aufklärung kann sich aber auch auf die Struktur des Rechts, die Verwendung von Argumenten, den Einfluss von Vorurteilen bei der Argumentation usw. beziehen.

3. Brückenfunktion

Die Rechtsphilosophie bezieht die auf das positivrechtlichen Fragen der Rechtsdogmatik auf verschiedene Unterdisziplinen der Philosophie und versucht aus ihren Diskussionen Antworten grundsätzlicherer Art für das Recht zu entwickeln („Brückenfunktion“).⁴⁸ Umgekehrt prüft sie, ob sich die allgemeinen Aussagen insbesondere der praktischen Philosophie an einem konkreten Beispiel, dem positiven Recht, bewähren und bringt ihr die Anschauung konkreter Rechtsprobleme.

48 Von der Pfordten 2004, S. 157 ff.

Wegen dieser Brückenfunktion ist die Rechtsphilosophie auf Interdisziplinarität hin angelegt.⁴⁹ Sie ist auf den ständigen Import von Erkenntnissen der Philosophie angewiesen und bringt diese zusammen mit anderen Perspektiven, die etwa Soziologie oder auch Theologie in Bezug auf das Recht einnehmen. Die juristischen Rechtsphilosophen sind gewissermaßen die Brückenpfeiler in der rechtswissenschaftlichen Fakultät, die philosophischen in ihrer Fakultät. Sie stützen die Aufnahme der Erkenntnisse der jeweils anderen Disziplin ab, ohne dabei den Boden der eigenen zu verlieren. Der in der Abstraktheit ihrer Begriffe liegende Nachteil der Rechtsphilosophie wird dabei zum Vorteil. Die Rechtsphilosophie konzentriert sich auf die grundsätzliche Perspektive und hält die Begriffe offen, für eine Konkretisierung entsprechend den jeweiligen Bedürfnissen der Philosophie und der Rechtswissenschaft.

4. Weitere Leistungen der Rechtsphilosophie

Nimmt man die letzten beiden Aspekte zusammen, ergeben sich Funktionen der Rechtsphilosophie für die Innovation des Rechts. Abstrakte Werte und Prinzipien werden so auf konkretere soziale Probleme bezogen, dass sich Lösungsansätze ergeben. Da diese Aussagen jedoch zumeist kontrovers sein werden, sind sie auf praktische Diskurse angewiesen, die sie in geltendes Recht umformen. Derartige Diskurse befruchtet die Rechtsphilosophie.

Der Kontinuitätsfunktion korrespondiert in räumlicher Hinsicht eine kulturübergreifende Funktion. Die Rechtsphilosophie ermittelt allgemeine Rechtsgrundsätze, gemeinsame Rechtsprinzipien oder entwickelt universalisierbare Gerechtigkeitsprinzipien. Sie etabliert so vernünftige Standards, die als Messlatte der Rationalität von Recht auch solcher Staaten gelten können, die sich den Menschenrechtserklärungen noch nicht unterworfen haben. Darüber hinaus dienen diese Prinzipien als Grundlage der Rechtsvergleichung. Über diese wirken sie dann auf die verbindliche Vereinbarung von Standards wie etwa des Unidroit.⁵⁰ Zugleich fragt sie aber auch nach den Grenzen der Universalisierung und der Berechtigung einer autonomen Selbstbestimmungspraxis der Bürger.

Nicht zuletzt besteht aber ein wesentlicher Vorteil der Rechtsphilosophie in der Aufklärung der Juristinnen und Juristen über ihre Tätigkeit. Sie werden sich ihrer Methoden bewusst und können sie ggf. aus Einsicht – nicht, weil sie hierzu verpflichtet wären – korrigieren. Sie erkennen, wann sie rechtlich argumentieren und wann ihre moralischen oder sittlichen Überzeugungen keine rechtliche Verbindlichkeit beanspruchen können. Sie können die Leistung und Grenzen des Rechts in Bezug auf gerechte Lösungen gesellschaftlicher Probleme erkennen. So ermöglicht die Rechtsphilosophie, Vorurteile zu vermeiden. Der Gegenstand der Rechtsphilosophie, das Recht, ist eine Entscheidung der freien Selbstbestimmung; aber auch die Erkenntnis dieses Umstandes ist frei. Insofern hat die Rechtsphilosophie befreiende Wirkung.

49 Kirste 2012, S. 47 ff.; zu den komplexen Bedingungen von Interdisziplinarität: Kirste 2016, S. 35 ff.

50 Zimmermann 2005, S. 264 ff.

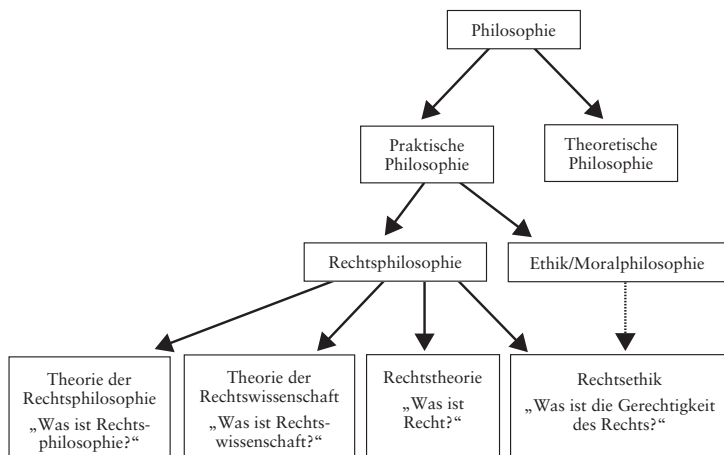
1. Kapitel: Der Begriff der Rechtsphilosophie

5. Zusammenfassung

Rechtsphilosophie ist die Wissenschaft vom Denken des Rechts. Sie hat zumeist nicht einzelne rechtliche Regeln zum Gegenstand, sondern deren Begriff, den Begriff des Rechts. Sie fragt nicht nur nach dem gesetzten und vereinbarten Recht, sondern auch danach, ob dieses Recht gerecht ist, ob es gerechtfertigt ist. Insofern überschreitet sie die Grenzen, die die Rechtsform der dogmatischen Beschäftigung mit dem Recht setzt. Sie denkt über das gesetzte Recht hinaus. Schließlich – und insofern ist sie die Grundlage der Rechtswissenschaft als Wissenschaft – bedenkt sie, wie in der Rechtswissenschaft gedacht wird. Diese Reflexion mag dann auch zu einem gewissen Glück beitragen, wie Aristoteles in der Nikomachischen Ethik vermerkt:

„... wenn es bei allem ... eine Wahrnehmung davon gibt, daß wir tätig sind, so daß wir also wahrnehmen, daß wir wahrnehmen, und denken, daß wir denken: und daß wir wahrnehmen und denken, ist uns ein Zeichen, dass wir sind... und wenn das Wahrnehmen, daß man lebt, zum an sich Angenehmen gehört..., so ist also das Leben vorzugsweise für die Tugendhaften wünschbar, da das Sein für sie gut und angenehm ist...; und so wie sich der Tugendhafte zu sich selbst verhält, verhält er sich auch zum Freunde“.⁵¹

Schema: Systematische Stellung der Rechtsphilosophie



51 Aristoteles NE IX, 9, 1170a 30-b7.