

JOHANN BRAUN

Einführung in die Rechtsphilosophie

3. Auflage



MOHR SIEBECK

MOHR SIEBECK LEHRBUCH

Johann Braun

Einführung in die Rechtsphilosophie



Johann Braun

Einführung in die Rechtsphilosophie

Der Gedanke des Rechts

3., überarbeitete Auflage

Mohr Siebeck

Johann Braun, geboren 1946 in Ludwigshafen a. Rh.; 1979 Promotion; 1982 Habilitation; 1983 Universitätsprofessor in Trier; seit 1988 Universitätsprofessor in Passau für Zivilprozeßrecht, Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie; seit 2011 im Ruhestand.

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

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

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

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

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

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Printed in Germany.

Vorwort zur 3. Auflage

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

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

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

So wie das vorliegende Werk konzipiert ist, steht und fällt es mit dem Gedanken, daß das Recht – gleich welcher Epochen oder Staaten – nicht nur nach äußeren Gesichtspunkten klassifiziert und geordnet werden kann, sondern daß auch sein *innerer Gehalt* unterschiedliche Sinnmuster umfaßt, welche die äußeren Formen auf je eigene Art mit Leben erfüllen. Dieser Gedanke bestimmt den Aufbau des zweiten Teils dieses Buches, der den mit Abstand größten Raum einnimmt. Desungeachtet kann dieses Werk aber auch als Begleitlektüre zu einer rechtsphilosophiegeschichtlichen Vorlesung „herkömmlichen Stils“ benutzt werden. Anhand der vorangestellten Gliederung dürfte es nicht schwer fallen, die behandelten Rechtsdenker und Richtungen in eine rein chronologische Ordnung zu bringen. Ich gebe mich jedoch der Hoffnung hin, daß der von mir entfaltete Gedankengang so viel Überzeugungskraft besitzt, daß der Leser dieses Buch nicht ohne konkreten Anlaß „gegen den Strich“ liest.

Um es im Sinne des Verfassers „mit dem Strich“ lesen zu können, mag es nützlich sein, schon im voraus über eine kurze Wegbeschreibung zu verfügen. Mit Erlaubnis des Lesers möchte ich mich dabei eines Bildes bedienen: Denkt man sich die Lektüre als eine Art Bergwanderung in den Höhenregionen des Rechtsdenkens, so erfolgt im *ersten Teil* dieses Buches ein steiler Anstieg bis zu der Höhe, die man erreicht haben muß, um das Folgende verstehen zu können. Gewissermaßen zur Erholung wird der Leser im *Zweiten Teil* zunächst über das Hochplateau des (im weitesten Sinn) *sozialistischen Rechtsdenkens* geführt. Dann aber geht es mit dem *rationalistischen Rechtsdenken* weiter bergan, wobei die Luft abermals dünner wird. Im letzten Abschnitt des zweiten Teils, dem *institutionellen Rechtsdenken*, wird die maximale Höhenregion erreicht, von wo aus der Blick ungehindert über die Welt unten im Tale schweift und auf Einsichten und Aussichten stößt, von denen die unten nichts wissen noch ahnen. Im *Schlußteil* erfolgt der rasche Abstieg zurück in die juristische Alltagswelt, die jetzt mancher vielleicht mit anderen Augen wahrnehmen wird. Soviel zu dem, was der Verfasser für den Leser vorgesehen hat. Was dieser daraus macht, ist seine Sache.

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

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

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

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

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

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

Abgekürzt zitierte Fundstellennachweise

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

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Abgekürzt zitierte Fundstellennachweise	IX
1. Teil: Die Frage nach der Gerechtigkeit	1
§ 1 Was heißt und wozu studiert man Rechtsphilosophie?	1
1. Abschnitt: Gewißheitsverluste der neueren Rechtsphilosophie	13
§ 2 Der Siegeszug des Historismus	14
§ 3 Formalisierung der Rechtsetzung	24
§ 4 Logischer Empirismus	34
§ 5 Wandel der klassischen Rechtsdogmatik	44
2. Abschnitt: Phänomenologie des Rechtsdenkens	59
§ 6 Innere Struktur des Rechts	60
§ 7 Das Projekt der Moderne	74
2. Teil: Strukturen des Rechtsdenkens im Wandel	87
1. Abschnitt: Sozialistisches Rechtsdenken	87
§ 8 Thomas Morus (1478–1535)	88
§ 9 Tommaso Campanella (1568–1639)	100
§ 10 Gerrard Winstanley (1609–1676)	113
§ 11 Johann Gottlieb Fichte (1762–1814)	125
§ 12 Der Marxismus	138
§ 13 Der Nationalsozialismus	151
§ 14 Wandlungen des sozialistischen Denkens	165
2. Abschnitt: Rationalistisches Rechtsdenken	180
§ 15 Niccolò Machiavelli (1469–1527)	181
§ 16 Thomas Hobbes (1588–1679)	193
§ 17 John Locke (1632–1704)	207
§ 18 Jean Jacques Rousseau (1712–1778)	221
§ 19 Immanuel Kant (1724–1804)	234

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

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abgekürzt zitierte Fundstellennachweise	IX
1. Teil: Die Frage nach der Gerechtigkeit	1
§ 1 Was heißt und wozu studiert man Rechtsphilosophie?	1
I. Gegenstand der Rechtsphilosophie	1
1. Vor- und Nachdenken	1
2. Suche nach einem Maßstab des Maßstabs	3
II. Geschichte der universitären Rechtsphilosophie	5
1. Das Ende der klassischen Rechtsphilosophie	5
2. Die Bildungsreformen des 19. Jahrhunderts	7
3. Ausdifferenzierung des Rechts und der Rechtswissenschaft	10
III. Legitimation der Juristenphilosophie	12
1. Abschnitt: Gewißheitsverluste der neueren Rechtsphilosophie	13
§ 2 Der Siegeszug des Historismus	14
I. Verlust der Rechtsidee	14
1. Positivierung des Naturrechts	15
2. Änderung des Naturbegriffs	17
3. Ideologiekritik	18
II. Die Historisierung des Rechts	19
1. Historismus in den Geisteswissenschaften	19
2. Die historische Rechtsschule	21
III. Rechtsphilosophie als Geschichte der Rechtsphilosophie	23
§ 3 Formalisierung der Rechtsetzung	24
I. Der Gesetzespositivismus	25
1. Der Positivismus vor dem Positivismus	25
2. Beginnende Gesetzesflut	27
3. Neues Verhältnis von Recht und Gesetz	28
II. Gerechtigkeit als Verfahrensgerechtigkeit	29
1. Monarchische Gesetzgebung	29
2. Parlamentarische Gesetzgebung	30

XIV Inhaltsverzeichnis

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

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

XVI Inhaltsverzeichnis

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

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

XVIII Inhaltsverzeichnis

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

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

XX Inhaltsverzeichnis

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

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

XXII Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

1. Teil: Die Frage nach der Gerechtigkeit

§ 1 Was heißt und wozu studiert man Rechtsphilosophie?

I. Gegenstand der Rechtsphilosophie

1. Vor- und Nachdenken

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

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

Beschäftigung mit dem Recht bisher nur selten begegnet sind. Dem einen bietet der herkömmliche Rechtsbetrieb zuviel, weshalb er auf eine „philosophische Vereinfachung“ hofft; dem anderen bietet er zuwenig, weil er die Begrenztheit des Handwerks durchschaut und wissen möchte, wie eigentlich das *Vor-Denken* zu dem aussieht, was er im Wege der Rechtsanwendung nur *nach-denken* soll.

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

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

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

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

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

in der bloßen Vernunft sucht (wiewohl ihm dazu jene Gesetze vortrefflich zum Leitfadē dienen können), um zu einer möglichen positiven Gesetzgebung die Grundlage zu errichten. Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hōlzerne Kopf in PHÄDRUS' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! daß er kein Gehirn hat.“²

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

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

2. Suche nach einem Maßstab des Maßstabs

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

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

Die *Rechtsgeschichte* untersucht das Recht in seinem historischen Werden. Zu diesem Zweck setzt sie es im Prinzip als gegeben voraus und beschreibt nur die verschiedenen Phasen seiner Entwicklung bis hin zur Gegenwart. Ob das frühere Recht *richtig* war, ob also die Gesetze angemessen, die Urteile zutreffend und die darüber kursierenden Theorien methodisch abgesichert waren, interessiert den Rechtshistoriker grundsätzlich nicht. Denn er will es nicht im nachhinein besser wissen; er will nur zeigen, wie es tatsächlich war und wie es zur heutigen Lage gekommen ist. Eine ähnlich reduzierte Fragestellung zeichnet auch die *Rechtssoziologie* aus. Deren Gegenstand ist die Wirklichkeit des Rechts als solche, nämlich seine Entstehung aus gesellschaftlichen Prozessen einerseits und seine Rückwirkung auf das soziale Leben andererseits. Die Rechtssoziologie zeigt solche Zusammenhänge nur auf; sie zu bewerten – etwa in der Absicht, das geltende Recht zu kritisieren oder zu legitimieren –, gehört nicht zu ihrem Programm. Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie beurteilen das Recht daher gleichsam *von außen her*. Sie untersuchen es von einem Standpunkt aus, der selbst kein rechtlicher ist. So viele Fragen dabei auch aufgeworfen werden mögen – die Frage inhaltlicher Richtigkeit bleibt ausgeklammert. Das gilt selbst für die Rechtslogik; denn diese hat es nicht mit den inhaltlichen, sondern den formalen Qualitäten des Rechts zu tun.

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

Wenn ein Verfahren auf sich selbst angewendet wird, können schwierige Probleme entstehen. Im Falle der Rechtsphilosophie ist dies seit langem bekannt; denn die Frage nach dem Maßstab des Rechts ist nichts anderes als die Frage nach der *Gerechtigkeit*, mit der man diejenigen, die am Recht leiden, stets aufs neue mit Hoffnung erfül-

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

len, diejenigen aber, die dieses Leiden professionell verwalten, im Kern ihres Selbstverständnisses treffen kann.

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

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

II. Geschichte der universitären Rechtsphilosophie

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

1. Das Ende der klassischen Rechtsphilosophie

Die Epoche vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, in der die Grundlagen des modernen Rechts gelegt wurden, war zugleich eine Blütezeit der Rechtsphilosophie⁶. Das mo-

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

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

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

derne Recht verdankt sich nicht allein veränderten Macht- und Produktionsverhältnissen; es ist auch das Ergebnis geistiger Auseinandersetzungen um die richtige, weil gerechte Gestaltung der Gesellschaft. Im gleichen Maße, wie diese Auseinandersetzung die Wirklichkeit erreichte und im demokratischen Verfassungsstaat Gestalt gewann, ging die Bedeutung der Rechtsphilosophie indessen zurück. Die näheren Gründe dieser Entwicklung werden uns in der Folge beschäftigen⁷; hier interessiert nur das Faktum als solches.

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

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

Erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde versucht, die Rechtsphilosophie zu neuem Leben zu erwecken. Bezeichnenderweise geschah dies in enger Anlehnung an

⁷ Vgl. unten §§ 2 und 3.

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

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

¹⁰ Dazu näher unten § 26.

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

mittlerweile zu Klassikern gewordene Vorbilder: bei STAMMLER in Anlehnung an KANT, bei NELSON an FRIES, bei KOHLER und BINDER an HEGEL. Aber in diesem *Neokantianismus*, *Neofriesianismus* oder *Neohegelianismus* brannte kein eigenes Feuer; er war daher nur eine vorübergehende Erscheinung.

Wirklich neue Impulse haben erst spätere Jahrzehnte gebracht. Das gilt weniger für die in Deutschland unternommene „Rehabilitierung der praktischen Philosophie“¹², die sich noch stärker darauf beschränkte, alte Ware von neuem auf den Markt zu bringen, und die daher den Ansehensverlust, den die praktische Philosophie im 19. Jahrhundert erlitten hat, nicht wettmachen konnte. Wohl aber sind in der amerikanischen Philosophie neue und unverbrauchte Kräfte hervorgetreten, die sich auf Gedanken und nicht auf Vorgänger oder Fußnoten stützen¹³. Neben all dem ist freilich auch der Geist der Zeit ein anderer geworden. Die Aufklärung, die in vielerlei Hinsicht noch immer unser Leben bestimmt, ihren vulgarisierten Höhepunkt vielleicht sogar erst heute erreicht, hat ihren geistigen Impetus verloren. Dies und der sich abzeichnende Bedeutungsverlust des demokratischen Verfassungsstaates hat ein Vakuum entstehen lassen, in dem Grundfragen der Gesellschaft erneut zur Debatte gestellt werden müssen. Das Grab, in dem man die Rechtsphilosophie zu Beginn des Positivismus für immer glaubte entsorgen zu können, ist dabei, sich wieder zu öffnen. Die Frage nach der Gerechtigkeit bekommt einen neuen und, wie es scheint, bisher noch nicht gehörten Klang. All dies muß im Auge haben, wer sich heute der Rechtsphilosophie zuwendet.

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

2. Die Bildungsreformen des 19. Jahrhunderts

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

Vom hohen Mittelalter bis ins 18. Jahrhundert hinein studierte man regelmäßig zunächst an der „Artistenfakultät“ – der späteren philosophischen Fakultät –, bevor

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

¹³ Vgl. vor allem RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, 10. Aufl. 1997; JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971 (deutsch 1975) und zu beiden JOHANN BRAUN, *Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert*, 2001, S. 181–222, 121–180.

man sich einem bestimmten Fachstudium widmete. Dieses „philosophische“ Studium hatte vor allem die Funktion, auf die sogenannten „höheren“ Studien vorzubereiten, wenn nicht gar die Studierfähigkeit überhaupt erst herzustellen. Der Idee nach umfaßte das philosophische Studium die *septem artes liberales*, die „sieben freien Künste“, bestehend aus dem Trivium, wo der Scholar in die „trivialen“ oder geisteswissenschaftlichen Disziplinen Grammatik, Dialektik und Rhetorik eingeführt wurde, und dem folgenden Quadrivium, in dem die mehr mathematischen Disziplinen Arithmetik, Geometrie, Astronomie und Musik unterrichtet wurden¹⁴. Auch wenn dieses Programm, das stufenweise erst zum Erwerb des Baccalaureats und dann des Magisters führte, häufig nicht vollständig angeboten werden konnte, diente es insgesamt doch dem Zweck, auf die höheren Fachstudien, das heißt auf Theologie, Jurisprudenz und Medizin, formal vorzubereiten. Die wesentliche Aufgabe der philosophischen Fakultät war also die, ein Propädeutikum für die damals bekannten Fachstudiengänge anzubieten. In der Eingangsszene von GOETHE'S FAUST, wo FAUST die Vergeblichkeit all seiner Anstrengungen und seines Wissensdurstes beklagt, hat dieser Zusammenhang einen literarischen Niederschlag gefunden:

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

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

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

¹⁵ J. W. GOETHE, Faust I, 354 ff.

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

Indessen zeigte sich bald, daß das Gymnasium die propädeutische Funktion der alten philosophischen Fakultät nicht zu ersetzen vermochte, unter anderem deshalb nicht, weil das Abitur lange Zeit zwar eine hinreichende, aber keine notwendige Studienvoraussetzung war. Es kamen daher nach wie vor junge Leute an die Universität, denen die Studierfähigkeit für das gewählte Fach fehlte. Die anderen, „nichtphilosophischen“ Fakultäten sahen sich deshalb gezwungen, für ihren Bedarf eigene Propädeutika einzurichten bzw. die noch von früher her bestehenden fortzuführen. An der theologischen Fakultät geschah dies in Form der Religionsphilosophie, die an die Stelle der älteren natürlichen Theologie trat, an der medizinischen Fakultät in Gestalt des Physikums und an der juristischen in Gestalt der Rechtsphilosophie. Diese wurde zum Teil unter dem älteren Titel des „Naturrechts“¹⁷, zum Teil aber auch als „Enzyklopädie des Rechts“¹⁸ angeboten, die häufig einen stark philosophischen Einschlag aufwies. Die Rechtsphilosophie war hiernach dazu bestimmt, juristische Studienanfänger in die Grundlagen des Rechts einzuführen. Auf diese Weise wurde sie selbst zu einem festen Bestandteil des juristischen Lehrangebots.

Am Beispiel HEGELS lassen sich diese Veränderungen anschaulich nachvollziehen: Im Jahr 1790 wurde HEGEL als Zwanzigjähriger zum Magister der Philosophie promoviert, war damit „studierreif“ und begann anschließend das Studium der Theologie. Als er 1808 in Nürnberg Rektor des dortigen Gymnasiums und „Professor der philosophischen Vorbereitungswissenschaften“ wurde, trug er an der gymnasialen Oberstufe seine eigene „Propädeutik“ vor, die unter anderem die Anfangsgründe der Rechtsphilosophie umfaßte. 1816 wurde er an die Universität Heidelberg berufen und las dort ein Kolleg über „Naturrecht und Staatswissenschaft“. In der Sache handelte es sich dabei um nichts anderes als um eine weiterentwickelte Fassung dessen, was bereits in seiner gymnasialen Propädeutik enthalten war und was er daher den Nürnberger Gymnasiasten vorgetragen hatte. Seit Winter 1818 hielt HEGEL dieselbe Vorlesung in Berlin und veröffentlichte sie in der Folge unter dem Titel „Grundlinien der Philosophie des Rechts“. Wie man aus den vielen Juristen, die diese Vorlesung besuchten, ersehen kann¹⁹, hatte sie nicht zuletzt die Funktion einer philosophischen Einführung in die Rechtswissenschaft, also einer propädeutischen Lehrveranstaltung für Juristen²⁰. Das war der maßgebliche Grund dafür, weshalb diese Vorlesung

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

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

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

²⁰ Wie HEGEL, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 3 Anmerkung, selbst betont, steht

noch zu Lebzeiten HEGELS von nahestehenden Kollegen übernommen wurde, die von Haus aus Fachjuristen waren. Im Winter 1826/27 las anstelle HEGELS erstmals CARL MICHELET, ein in die Philosophie abgewandelter Jurist. Ab 1827/28 übernahm EDUARD GANS, der streitbare Gegner SAVIGNYS, das Kolleg und führte es bis zu seinem eigenen Tod (1839) fort²¹. Innerhalb weniger Jahre war auf diese Weise die Vorlesung nach HEGELS „Grundlinien der Philosophie des Rechts“, die aus dessen propädeutischem Gymnasialkurs hervorgegangen war, zu einem hauseigenen Propädeutikum der Berliner juristischen Fakultät geworden.

3. Ausdifferenzierung des Rechts und der Rechtswissenschaft

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

Wie es nicht anders sein kann, trägt diese Juristenphilosophie den Stempel ihrer Herkunft. Sie ist geprägt von der Sprache, dem Denkstil und den Erfahrungen derer,

die Rechtsphilosophie zum positiven Recht geradezu „im Verhältnis von Institutionen zu Pandekten“.

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

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

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

Personenregister

- Abälard, Pierre 6
Abel 116
Adam 85, 124
Adorno, Theodor W. 241
Ahrens, Heinrich 6
Albert, Hans 36
Alexander VI. (Papst) 190
Alexy, Robert 58, 393
Aristoteles 74, 104, 280, 318
Arndt, Adolf 55
Arnim, Hans Herbert von 385
Augustinus 280
- Babeuf, François Noël 114, 129
Bartholomeyczik, Horst 57
Bauer, Bruno 140
Bebel, August 147
Behrends, Okko 407
Bergbohm, Karl 12
Beyer, Wilhelm R. 55
Beyerle, Franz 281
Binder, Julius 7
Bloch, Ernst 4, 74, 152, 157, 171, 172
Bodin, Jean 83, 322
Boeck, August 13
Böckenförde, Ernst-Wolfgang 57, 82
Borgia, Cesare 190
Braun, Johann 7, 11, 29, 42, 44, 48, 127, 130, 139, 159, 175, 253, 258, 260, 284, 345, 367, 368, 408, 409, 410, 411
Bruhns, Leo 84
Buddha 324
Bülow, Oskar 9, 48, 383, 390, 410
Burke, Edmund 16
Burmeister, Karl Heinz 8
Bydlinski, Franz 58
- Callenbach, Ernesto 176, 177, 178
Campanella, Tommaso 100–112, 129
Capito, Wolfgang Fabricius 80
Caraman, Philip 112
Carnap, Rudolf 41
Carové, Friedrich 9
Castracani, Castruccio 185
Cathrein, Victor 53
Cicero 63, 280
Cieszkowski, August Dołęga 139
Coing, Helmut 53, 55, 56, 397
Conrad, Hermann 30
Conrad-Martius, Hedwig 155, 162
Conring, Hermann 25
Courtois, Stephane 170
Cromwell, Oliver 115, 208
- Dahm, Georg 52
Daim, Wilfried 158
Darjes, Joachim Georg 10, 311
Darwin, Charles 160
Descartes, René 75, 178
Di Fabio, Udo 404
Dilthey, Wilhelm 20, 38, 336, 337
Diodor 280
Dreier, Ralf 56, 57
Dühning, Eugen Karl 160
Dürer, Albrecht 78, 84
Dworkin, Ronald 7, 380, 401, 404
- Ebel, Wilhelm 24
Eckhardt, Karl August 52
Eichengrün, Fritz 328
Eichler, Anja-Franziska 84
Eisser, Georg 63
Engels, Friedrich 138–151
Engisch, Karl 57, 398
Epikur 74

- Erasmus von Rotterdam 80
 Erdmann, Johann Eduard 23
 Esser, Josef 57, 381, 392, 393, 398, 400, 411
 Euchner, Walter 209, 211
 Euklid 300
 Euripides 280
 Eva 85
- Felgentraeger, Wilhelm 161
 Fest, Joachim C. 172
 Feuerbach, Paul Johann Anselm 327
 Fichte, Johann Gottlieb 10, 73, 125–138, 139, 142, 147, 169, 184, 240, 326, 340, 378
 Fikentscher, Wolfgang 58
 Finkenauer, Thomas 16
 Foljanty, Ulrike 54
 Forster, Edward Morgan 166
 Forsthoff, Ernst 57, 404
 Frank, Hans 164
 Freisler, Roland 161
 Friedrich II. (dt. Kaiser) 102
 Friedrich II. (der Große) 155, 192, 240, 298
 Fries, Jakob Friedrich 7, 326
 Fuchs, Ernst 49, 50
- Gaius 407
 Gans, Eduard 9, 10, 29, 139, 327, 351
 Gebhardt, Jürgen 115
 Gelbrich, Katharina 44
 Gerlach, Hellmut von 31
 Gnaeus Flavius 48, 49
 Goethe, Johann Wolfgang von 8, 21
 Grotius, Hugo 10, 73, 273–286, 288, 289, 306, 311, 312, 313, 338, 345
 Grünwald, Matthias 78
 Gruter, Margaret 156
- Haag, Karl 44
 Haferkamp, Hans-Peter 328
 Hale, John R. 182
 Hart, Herbert Lionel Adolphus 42, 43, 207, 368
 Hartmann, Nicolai 39, 54
 Hartmann, Peter Claus 112
 Hattenhauer, Hans 298, 408
 Hayes, Thomas Wilson 113, 117
 Haym, Rudolf 6
 Heafford, Michael 8
- Hedemann, Justus Wilhelm 50
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 6, 7, 9, 10, 26, 27, 35, 63, 65, 66, 73, 137, 139, 140, 141, 210, 241, 301, 303, 317, 328, 335, 337, 338–351, 352, 372
 Heine, Heinrich 9
 Heinisch, Klaus J. 88
 Heinrich I. (König der Ostfranken) 154
 Heinrich IV. von Frankreich 194
 Heinrich VII. (dt. König) 82
 Heinrich VIII. von England 88, 89, 192
 Heise, Georg Arnold 407
 Hennis, Wilhelm 233
 Herz, Dietmar 95
 Hess, Moses 140
 Hess, Rudolf 155
 Hintze, Otto 373
 Hippel, Ernst von 193, 223
 Hitler, Adolf 55, 151–165, 191, 257
 Hobbes, Thomas 25, 71, 75, 110, 193–207, 208, 209, 212, 214, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 234, 243, 248, 249, 260, 267, 288, 296, 297, 315, 321
 Höhn, Reinhard 52
 Hoffmann-Loerzer, Günter 280
 Holmes, Oliver Wendell 415
 Homeyer, Carl Gustav 9
 Horkheimer, Max 241
 Huber, Ulrich 397
 Hugo, Gustav 21, 328–333, 335, 337, 369, 407
 Huizinga, Johan 77
 Hume, David 235
 Hutten, Ulrich von 80
 Huxley, Aldous 167, 170
- Jakob 116
 Jakobs, Horst Heinrich 390, 391
 Jarcke, Carl Ernst 23, 24, 337
 Jeismann, Karl-Ernst 8
 Jhering, Rudolf von 6, 47, 238, 241, 272, 376, 405
 Jonas, Hans 178, 179
 Justinian 46, 280, 284, 407
- Kant, Immanuel 2, 3, 5, 7, 10, 17, 53, 65, 67, 71, 73, 112, 127, 128, 221, 234–247, 250, 251, 260, 261, 271, 289, 291, 298, 299, 303,

- 308, 315, 326, 327, 337, 338, 339, 340, 344, 345, 414
Kantorowicz, Hermann 48, 49
Karl I. von England 114, 194
Karst, Thomas 30
Kautsky, Karl 89, 93, 112
Kelsen, Hans 12, 42, 43, 232, 247–259, 369, 383
Kersting, Wolfgang 74, 212, 216
Kiesswetter, Ekkehard 403
Klenner, Hermann 113
Klippel, Diethelm 6
Klug, Ulrich 43, 44
Knapp, Ludwig 2
Knütel, Rolf 407
Kohler, Josef 6, 7, 61
Kopernikus, Nikolaus 79
Koschaker, Paul 281, 294, 338, 405, 412
Kraus, Hans–Christof 312
Krause, Karl Christian Friedrich 6
Kreittmayr, Wiguläus Xaver Aloys von 376, 377
Kriele, Martin 58, 202, 394
Krockow, Christian von 208
Kroeschell, Karl 82
Kroll, Frank–Lothar 151, 157
Kupisch, Berthold 407
- Lafargue, Paul 100, 102, 105, 108, 112, 151
Lametrie, Julien 221
Lampert, Heinz 163
Lamprecht, Rolf 371
Larenz, Karl 58
Lautmann, Rüdiger 364
Leff, Gordon 8
Lenin, Wladimir Iljitsch 147, 148, 172
Link, Christoph 274
Livius 280
Lloyd, Dennis 60
Locke, John 67, 207–221, 222, 223, 232, 234, 243, 260, 261, 306, 320, 321
Lorenz von Stein 129, 341
Löwith, Karl 153
Ludwig XIV. von Frankreich 189, 190, 298
Luhmann, Niklas 352–366, 371, 372
Luther, Martin 85
Lulay, Birgit 386
- Machiavelli, Niccolò 181–193, 194, 195, 286
Macintyre, Alasdair 65
Macpherson, Crawford B. 114
Mader, Johann 139
Maihofer, Werner 54
Maldeghem, Carl Philip von 156
Malthus, Thomas Robert 166, 174
Mannheim, Karl 128, 362, 379, 381
Mao Zedong (=Tse–Tung) 149, 191
Marcic, René 5
Marcuse, Herbert 172
Maréchal, Sylvain 114
Martini, Karl Anton von 10, 15, 311
Marx, Karl 18, 63, 73, 87, 115, 138–151, 328, 337
Mason, Timothy W. 164
Matthäus 67
Maturana, Humberto 353, 354
Mayer, Max Ernst 32
Meadows, Dennis 173, 174
Meister, Johann Christian Friedrich 407
Merkl, Adolf 254
Mesarović, Mihailo 174, 175
Messner, Johannes 53
Meyr, Georg Karl 27
Michelangelo 79
Michelet, Carl 10
Mittermaier, Karl 181
Möser, Justus 325
Mohnhaupt, Heinz 9
Montaigne, Michel de 84, 85
Montesquieu 66, 243, 312–325, 329, 338, 411
Morus, Thomas 88–100, 101, 115, 129, 181, 183, 330
Mühlmann, Wilhelm E. 155
Müller, Friedrich 58
Münchhausen 373
Münzel, Karl 280
Münzer, Thomas 89
Mylius, Christian Otto 27
- Napoleon Bonaparte 21
Naucke, Wolfgang 33
Nelson, Leonard 7
Nettelblatt, Daniel 10
Nicolai, Helmut 157
Nietzsche, Friedrich 18, 166

- Nolte, Ernst 152, 155
 North, John 8
- Ortega y Gasset, José 63
 Orwell, George 167, 168, 169, 170
- Pascal, Blaise 313
 Paulus 93
 Pavčnik, Marijan 249
 Pawlowski, Hans-Martin 58, 383
 Pepperle, Ingrid 139
 Pestel, Eduard 174, 175
 Petegorsky, David W. 113
 Philostratos 280
 Picker, Eduard 284, 306
 Picker, Henry 159
 Pico della Mirandola, Giovanni 76
 Pielemeier, Ines 5, 9
 Platon 66, 74, 91, 101, 104, 110, 280, 330
 Plutarch 280
 Pole, Kardinal 192
 Polybios 185
 Popper, Karl Raimund 36
 Puchta, Georg Friedrich 62, 327, 328, 334, 373, 374
 Pütter, Johann Stephan 21, 325
 Pufendorf, Samuel von 10, 49, 237, 286–298, 303, 306, 307, 308, 313, 314, 404
- Quintilian 280
 Quiroga, Vasco de 112
- Radbruch, Gustav 32, 33, 34, 53, 54, 60, 63, 385, 392, 410
 Raphael Hythlodeus 89, 90, 91, 92, 95
 Rawls, John 7, 30, 67, 259–271, 384
 Recker, Marie-Luise 163
 Reitemeier, Johann Friedrich 21, 325
 Repgow, Eike von 76, 77
 Riedel, Manfred 7
 Ritterbusch, Paul 52
 Röder, Karl David August 6
 Röhl, Klaus F. und Hans C. 64, 402
 Röhm, Ernst 257
 Rommen, Heinrich A. 53
 Rosenberg, Alfred 33, 34, 162
 Rothacker, Erich 19, 23, 273, 335
- Rousseau, Jean Jacques 67, 73, 221–234, 244, 260, 261, 271
 Rückert, Joachim 328
 Rütters, Bernd 51, 370
 Ruge, Arnold 140
 Ryffel, Hans 34
- Saage, Richard 87, 175
 Samjatin, Jewgenij 167, 169
 Savigny, Friedrich Carl von 10, 14, 22, 25, 26, 62, 300, 326, 327, 328, 333, 334, 335, 336, 337, 373, 374, 375, 397, 405
 Savonarola, Girolamo 187
 Schafarewitsch, Igor R. 74, 166
 Scheler, Max 39, 54
 Schelling, Friedrich Wilhelm Joseph von 16, 328
 Schiller, Friedrich von 18, 126
 Schmidt, Richard 55
 Schmidt-Hieber, Werner 403
 Schmitt, Carl 51, 54, 257
 Schneider, Hans 388
 Schopenhauer, Arthur 18
 Schröder, Jan 5, 9, 18, 312, 322, 336, 396
 Schulze, Johannes 9
 Schwartz, Michael 155, 156, 386
 Schwarz, Andreas B. 85, 407
 Seiler, Hans Hermann 407
 Seneca 280
 Senk, Norman 139
 Siebert, Wolfgang 52
 Sieyes, Emmanuel Joseph 222
 Smelser, Ronald 163
 Sohm, Rudolph 47
 Sol 110, 111
 Solon 280
 Spektorowski, Alberto 386
 Spinoza, Baruch 6
 Stalin, Josef 191
 Stammeler, Rudolf 7, 10, 248, 314
 St. Leger, James 278
 Stoll, Heinrich 51, 161
 Stone, Julius 23, 336
 Storm, Theodor 186
 Strauss, Leo 33, 35, 209, 221, 234
 Stuke, Horst 139
 Sturma, Dieter 224

Svarez, Carl Gottlieb 10, 30, 306, 311
Syring, Enrico 152

Tacitus 280
Teubner, Gunther 361
Thibaut, Anton Friedrich Justus 21, 26, 329,
396
Thomann, Marcel 311
Thomas von Aquin 6
Thomasius, Christian 10, 237, 286, 303
Timmermann, Daniel 44
Tocqueville, Alexis de 31
Tugendhat, Ernst 229

Utopos 100

Valerius Maximus 280
Varela, Francisco 353, 354
Vasquez, Gabriel 278
Verbeck, Bernhard 156
Vettori, Francesco 191
Viehweg, Theodor 57
Voegelin, Eric 211
Voltaire 193, 221
Voppel, Reinhard 276

Wagner, Heinz 44
Walk, Joseph 52

Wank, Rolf 58, 370
Wannenmann, P. 9
Weber, Alfred 83, 84
Weber, Immanuel 286
Wellschmied, Karl 284
Welzel, Hans 18, 195, 289
Weston, William 176
Wieacker, Franz 287
Wilhelm I. (der Eroberer) 114
Willms, Bernard 198
Windscheid, Bernhard 295
Winstanley, Gerrard 113–125
Wittgenstein, Ludwig 41
Wolf, Erik 89, 274, 276, 287
Wolf, Friedrich O. 195
Wolf, Immanuel 77, 78
Wolff, Christian 10, 49, 73, 237, 274, 276,
298–312, 314, 325, 328, 345
Wollmann, Hellmut 146
Wuketis, Franz M. 156

Zasius, Ulrich 79
Zehnpfennig, Barbara 152
Zeiller, Franz von 10, 15, 311
Zimmermann, Gunter 209
Zippelius, Reinhold 58
Zitelmann, Ernst 19, 20, 392, 395, 414
Zitelmann, Rainer 152, 154