

Juristische Kurz-Lehrbücher

Reinhold Zippelius

Rechtsphilosophie

6. Auflage

Verlag C. H. Beck

Rechtsphilosophie

EIN STUDIENBUCH

von

Dr. Dr. h. c. Reinhold Zippelius

em. o. Professor an der Universität
Erlangen-Nürnberg

6., neubearbeitete Auflage



Verlag C. H. Beck München 2011

Übersetzungen
ins Ukrainische (2000)
ins Koreanische (2001)
ins Portugiesische (2010)

Verlag C. H. Beck im Internet:
beck.de

ISBN 978 3 406 61191 9

© 2011 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck und Bindung: Nomos Verlagsgesellschaft
In den Lissen 12, 76547 Sinzheim

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Vorwort

Von ihren Anfängen an versucht die Rechtsphilosophie, die Fragen nach dem Begriff des Rechts und nach der Gerechtigkeit mit rationalen Mitteln zu erschließen, und erfährt dabei immer wieder, daß dieses Bemühen an Grenzen stößt und am Ende ein Rest bleibt, der so unberechenbar ist, wie das Leben selbst.

Die folgenden Erörterungen dieser Fragen sind in ihrer methodischen Grundkonzeption der Wissenschaftstheorie Karl Poppers verbunden und erweitern deren Anwendungsfeld auf das Gebiet des Rechts. Sie gehen davon aus, daß die Suche nach dem Begriff des Rechts, nach seinen Bezügen zur Wirklichkeit und nach der Gerechtigkeit experimentierend voranschreitet, indem wir Problemlösungen entwerfen, überprüfen und verbessern (§ 11 III).

In ihren Legitimitätsvorstellungen folgt diese „Rechtsphilosophie“ dem Gedanken Kants, daß letzte, unhintergehbare Instanz unserer moralischen Einsichten und damit auch unserer Gerechtigkeitvorstellungen das vernunftgeleitete Gewissen der Einzelnen ist (§ 18).

Die Neuauflage wurde in wichtigen Punkten überarbeitet. Das gilt insbesondere für die Begriffe der Normgeltung (§ 5 I), die Frage nach der Verteilung der Entfaltungschancen in der Gemeinschaft (§ 26 II), das Übermaß an Verrechtlichung (§§ 23 III, 30 III), den Begriff der organisierten Rechtsgemeinschaft – am Modell staatlicher und überstaatlicher Gemeinschaften – (§ 28 I und II) und die Anfälligkeiten der demokratischen Repräsentation (§ 32 II).

Unverändert wichtig bleibt die Frage nach Wegen aus der bürokratisierten Welt und ihren paternalistischen Bevormundungen. Insbesondere geht es darum, überschaubare Lebensbereiche wieder stärker einer selbstverantwortlichen Gestaltung durch die Bürger zu überlassen und die Privatautonomie zu beleben. Mit anderen Worten: Es geht darum, die weitgehenden zentralen Steuerungen, insbesondere die Versuche, das Gemeinwohl umfassend zu verwalten, durch eine auf das Notwendige beschränkte „Steuerung der Selbststeuerung“ zu ersetzen (§ 31 II 4).

Zur Methode des juristischen Denkens beschränkt sich die folgende Darstellung auf das Grundsätzliche. Ausführlicher werden Fragen der Hermeneutik und der Rechtslogik in meiner „Juristischen Methodenlehre“ behandelt; auch einige Überlegungen zur Rechtsinformatik finden sich dort.

Auf die Ideengeschichte wird im folgenden nur insoweit zurückgegriffen, als sie in der jeweiligen Gedankenführung eine Rolle spielt. Eine zusammenhängende kurze Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie liegt als gesonderte Schrift vor (R. Zippelius, „Geschichte der Staatsideen“).

Frau Brigitte Schulze habe ich wieder für ihre Hilfe beim Korrekturlesen sehr zu danken.

Erlangen, im November 2010

Reinhold Zippelius

Abkürzungsverzeichnis und Literaturlauswahl

Aristoteles NE...	Aristoteles, Nikomachische Ethik
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Binder RPh	J. Binder, Philosophie des Rechts, 1925, ² 1937; zit.: 1. Aufl. 1925
Bodenheimer.....	E. Bodenheimer, Jurisprudence, 1962, ² 1974
Braun	J. Braun, Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, 2001
–	ders., Einführung in die Rechtsphilosophie, 2006
Bydlinski ML.....	F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, ² 1991
– RG	ders., Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988
Coing RPh	H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1950, ⁵ 1993
Dig.	Corpus Juris Civilis, Digesten
Dreier.....	R. Dreier, Recht-Moral-Ideologie, 1981
Engisch Ger	K. Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971
F.	Festgabe, Festschrift
Fechner RPh	E. Fechner, Rechtsphilosophie 1956, ² 1962
Fikentscher MR.	W. Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. I 1975, Bd. II 1975, Bd. III 1976, Bd. IV 1977, Bd. V 1977
Friedrich.....	C. J. Friedrich, Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive, 1955
Geiger RS	Th. Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1947, ⁴ 1987
GGB.....	Geschichtliche Grundbegriffe, Histor. Lexikon zur polit.-sozialen Sprache, 1972 ff.
Gröschner	R. Gröschner u. a., Rechts- und Staatsphilosophie, 2000
Hart	H. L. A. Hart, Der Begriff des Rechts, (engl. 1961) dt. 1973
Hegel RPh.....	G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821
Henke RuSt	W. Henke, Recht und Staat, 1988
Henkel RPh	H. Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, ² 1977
Hilgendorf.....	E. Hilgendorf, Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985, 2005
Hoerster	N. Hoerster, Was ist Recht?, 2006
Hösle	V. Hösle, Moral und Politik, 1997
Hofmann	H. Hofmann, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 2000, ² 2003
Horn.....	N. Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 1996, ⁴ 2007

Abkürzungsverzeichnis und Literaturauswahl

- Kant MS I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, I. Teil Rechtslehre, 1797,
21798
- Kaufmann RPh.. A. Kaufmann, Rechtsphilosophie, 1994, 21997
Kaufmann/ A. Kaufmann, W. Hassemer, U. Neumann (Hg), Einführung in
Hassemer/ Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 1977,
Neumann..... 72004
- Kelsen RR H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, 21960
- Koller P. Koller, Theorie des Rechts, 1992, 21997
- Kriele M. Kriele, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, 2003
- Kubeš RPh V. Kubeš, Grundfragen der Philosophie des Rechts, 1977
– RO ders., Ontologie des Rechts, 1986
- Larenz ML K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, 61991;
soweit bemerkenswerte Konzeptionen nur in Voraufagen ihren
prägnanten Ausdruck gefunden haben, wird auf diese verwiesen
– RR..... ders., Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik, 1979
- Legaz y L. Legaz y Lacambra, Rechtsphilosophie, (span. 1961) dt. 1965
- Lacambra..... J. Lege (Hg), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswis-
senschaft, 2009
- Lege J. Lege (Hg), Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswis-
senschaft, 2009
- Mayer..... M. E. Mayer, Rechtsphilosophie, 1922
- Mayer-Maly Th. Mayer-Maly, Rechtsphilosophie, 2001
- MEW K. Marx, F. Engels, Werke, 1957 ff.
- Montesquieu EL Montesquieu, De l'esprit des lois, 1748, dt. v. E. Forsthoﬀ, 1951
- Naucke/Harzer.. W. Naucke, R. Harzer, Rechtsphilosophische Grundbegriffe,
1982, 52005
- Nawiasky H. Nawiasky, Allg. Rechtslehre, 1941, 21948
- Pawlowski..... H. M. Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 1981, 21991
- Perelman..... Ch. Perelman, Droit, Morale et Philosophie, 1968, 21976
- v. d. Pfordten D. von der Pfordten, Rechtsethik, 2001
- Pound R. Pound, An Introduction to the Philosophy of Law, 1922,
31961
- Radbruch RPh... G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 1913, 31932, Studienausgabe
1999
- VS ders., Vorschule der Rechtsphilosophie, 1947, 21959
- Raisch P. Raisch, Juristische Methoden, 1995
- Rawls TG J. Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, (engl. 1971) dt. 1975
- Reale M. Reale, Filosofia do Direito, 1953, 121987
- Recaséns Siches.. L. Recaséns Siches, Tratado General de Filosofia del Derecho,
1959, 21961
- Rehbinder Einf .. M. Rehbinder, Einführung in die Rechtswissenschaft, 81995,
begrd. v. B. Rehfeldt, 1962
- RS ders., Rechtssoziologie, 1977, 72009
- Riezler RG E. Riezler, Das Rechtsgefühl, 1921, 31969
- Rüthers B. Rüthers, Rechtstheorie, 1999, 42008

Abkürzungsverzeichnis und Literatúrauswahl

- Schapp J. Schapp, Freiheit, Moral und Recht, 2005
Schwintowski..... H. P. Schwintowski, Recht und Gerechtigkeit, 1996
Seelmann RPh.... K. Seelmann, Rechtsphilosophie, 1994, ⁴2007
Smid St. Smid, Einführung in die Philosophie des Rechts, 1991
Stahl F. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts, 1830/37, ⁵1878
Stammler..... R. Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1921, ³1928
Stone J. Stone, Lehrbuch der Rechtssoziologie, Bd. I-III, (engl. 1966)
dt. 1976
- del Vecchio..... G. del Vecchio, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, (it. 1930) dt.
²1951
- Verdross A. Verdross, Abendländische Rechtsphilosophie, 1958, ²1963
- M. Weber WuG. Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1922, ⁵1976
Weber-Grellet.... H. Weber-Grellet, Rechtsphilosophie, 1997, ³2006
Weinberger..... O. Weinberger, Moral und Vernunft, 1992
Welzel..... H. Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1951, ⁴1962
- Zippelius AStL .. R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 1969, ¹⁶2010
– Gesch..... ders., Geschichte der Staatsideen, 1971, ¹⁰2003
– ML ders., Juristische Methodenlehre, 1971, ¹⁰2006
– RS ders., Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie, 1980,
²1991
– RuG ders., Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft,
1994, ²1996
– VSt ders., Verhaltenssteuerung durch Recht und kulturelle Leitideen,
2004
– WdR ders., Das Wesen des Rechts, 1965, ⁵1997

Auch die zu einem einzelnen Paragraphen zusammengestellte Literatur wird im Text dieses Paragraphen nur abgekürzt zitiert.

Verweisungen auf die Literatur eines Paragraphen oder Abschnitts erstrecken sich auch auf die Literatur der Unterabschnitte.

Die Literatur ist in zeitlicher Reihenfolge geordnet, und zwar nach dem Jahr der Erstauflage; Aufsätze aus Sammelwerken werden regelmäßig nach dem Erscheinungsjahr des Aufsatzes eingeordnet.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis und Literaturlauswahl	XIII
Einleitung	1

Kapitel I. Der Begriff des Rechts

§ 1. Grundsätzliches zur Begriffsbildung	3
I. Methode und Ziel der Begriffsbildung	3
II. Zweckmäßigkeit der Begriffe	4
§ 2. Recht als Gefüge faktischer Regelhaftigkeiten?	5
I. Der Rechtsbegriff des philosophischen Positivismus	5
II. Kritik	7
§ 3. Recht als Gefüge von Geboten?	9
I. Sein und Sollen	9
II. Neukantianische Rechtstheorien	10
III. Die Reine Rechtslehre	12
§ 4. Recht als verwirklichte Normenordnung	13
I. „Dialektische“ Rechtstheorien	14
II. Institutionelles Rechtsdenken	15
III. Rechtsverwirklichung durch Handeln	16

Kapitel II. Insbesondere das Problem der Geltung („Recht und Sittlichkeit“)

§ 5. Begriffe der „Normgeltung“	19
I. Wirksamkeit und normative Begründetheit	19
II. Die moralische Geltung	20
III. Die sozialetische Geltung	21
IV. Die Geltung als Zwangsregel („garantiertes Recht“)	24
§ 6. Konkurrenzen des Rechts mit außerrechtlichen Pflichten	28
I. Grundsätzliches	28
II. Zusammentreffen von rechtlichem Sollen und Gewissenspflichten? ...	29
III. Zusammentreffen von Recht und herrschender Moral?	30
IV. Konfliktlösungen innerhalb des Rechts	31
V. Ungelöste Konflikte	31
VI. Durchsetzung außerrechtlicher Normen gegen das Recht	33
VII. Durchsetzung des Rechts gegen außerrechtliche Normen	34

Kapitel III. Das Recht und die Realitäten

§ 7. Die Sachbezogenheit des Rechts	37
I. Vorgegebenheiten	37
II. Die grundsätzliche Bindung des Rechts an die Realitäten	39

Inhaltsverzeichnis

III. Sachgebundenheit der Wirkungsmöglichkeit des Rechts	40
IV. Sachgebundenheit der Richtigkeit des Rechts	41
§ 8. Anthropologische Vorgegebenheiten	42
I. Der biologische Ansatz	43
II. Die Kulturbedingtheit der menschlichen Lebensweise	47
III. Animal rationale vel irrationale?	50
§ 9. Die Bedingtheit des Rechts durch Bedürfnisse	52
I. Grundgedanken	52
II. Die Umsetzung von Interessen in Recht	54
III. Die Unzulänglichkeit der genetischen Betrachtung	55
§ 10. Wechselbeziehungen zwischen Recht und gesellschaftlichen Tatsachen ...	56
I. Einfluß der gesellschaftlichen Tatsachen auf das Recht	56
II. Einfluß des Rechts auf die gesellschaftliche Wirklichkeit	57
III. Ein „sozialkybernetisches“ Modell	59

Kapitel IV. Die Gerechtigkeit

§ 11. Das Legitimationsproblem	60
I. Die Unvermeidbarkeit der Gerechtigkeitsfrage	60
II. Legitimation in der „offenen Gesellschaft“	61
III. Experimentierende Rechtsgewinnung	66

A. Überkommene Lösungsansätze

§ 12. Das Naturrecht	72
I. Grundsätzliches	72
II. Die vernünftige Weltordnung	73
III. Die göttliche Weltordnung	73
IV. Die Natur des Menschen	75
V. Die Natur der Sache	76
VI. Naturrechtskritik	77
§ 13. Die historische Vernünftigkeit	79
I. Die Lehre Hegels	79
II. Kritik	80
§ 14. Das größte Glück der größten Zahl	81
I. Grundgedanken	81
II. Kritik	82
§ 15. Die Allgemeinheit der Verhaltensrichtlinien	84
I. Grundgedanken	84
II. Kritik	85
§ 16. Die Gleichheit	86
I. Das Prinzip der Gegenseitigkeit (Talion, Goldene Regel)	87
II. Ausgleichende und verteilende Gerechtigkeit	88
III. Gerechtigkeit als Fairness	91
§ 17. Kulturbedingte Leitideen	93
I. Der ideologische Ansatz	93
II. Das Menschenbild im Recht	96

Inhaltsverzeichnis

III. Grundlegende Zielvorstellungen der Rechtsgemeinschaft	98
IV. Sinnorientierung in der „offenen Gesellschaft“	99

B. Das Rechtsgefühl

§ 18. Grundlagen	100
I. Übersicht	100
II. Das Beispiel des Fallrechts	103
§ 19. Werterfahrung	106
I. Der empirische Ansatz	106
II. Erfahrungsinhalte	108
III. Unabhängigkeit der Werterfahrung von der Wertverwirklichung	108
IV. „Hinterfragbarkeit“ des Wertempfindens	109
§ 20. Grundlagen eines Konsenses	112
I. Konsensfähigkeit von Gerechtigkeitseinsichten	113
II. Zielkonflikte als relativierende Faktoren	114
III. Konsensleitende Grundsätze vernünftigen Entscheidens	115
IV. Institutionelle Absicherungen vernünftigen Entscheidens	119
§ 21. Die herrschenden Gerechtigkeitseinstellungen	121
I. Maßgeblichkeit der herrschenden Gerechtigkeitseinstellungen	121
II. Anhaltspunkte für die herrschenden Gerechtigkeitseinstellungen	124
III. Die Relativität herrschender Gerechtigkeitseinstellungen	126
IV. Irrwege der Sozialmoral	128
§ 22. „Gewagte“ Entscheidungen	129
I. Die „Beschränktheit“ des Rechtsgefühls	129
II. Gerechtigkeit und „gewagte“ Entscheidungen	129

Kapitel V. Die Rechtssicherheit

§ 23. Grundsätzliche Bedeutung und Erscheinungsformen	131
I. Das Bedürfnis nach Orientierungssicherheit im allgemeinen	131
II. Funktion und Komponenten der Rechtssicherheit im besonderen	132
III. Insbesondere die Klarheit und Transparenz des Rechts	133
IV. Insbesondere die Kontinuität der Rechtsordnung	134
V. Orientierungssicherheit durch Einzelentscheidungen	136
VI. Orientierungssicherheit über rechtserhebliche Sachverhalte	137
§ 24. Generelle Norm und Billigkeit	138

Kapitel VI. Die Freiheit

§ 25. Das Problem der Willensfreiheit	141
I. Die Frage des naturgesetzlichen Determinismus	141
II. Die Frage des Motivationsdeterminismus	145
III. Die positive Existenz der Freiheit	145
§ 26. Die rechtliche Freiheit	147
I. Die Wechselbezüglichkeit der rechtlichen Freiheit	147
II. Varianten der Freiheit	149
III. Das Recht als System vernünftiger Ordnung der Freiheit	152

Kapitel VII. Die Gemeinschaft

§ 27. Die Grundstruktur von Gemeinschaften	155
I. Gemeinschaften als Gefüge sinnorientierten Verhaltens	155
II. Verhaltensleitende Normen	156
§ 28. Die organisierte Rechtsgemeinschaft	158
I. Begriff und Funktion der staatlichen Gemeinschaft	158
II. Die „Einheit“ der gewährleisteten Rechtsordnung	159
III. Gewährleistungen der Rechtswirksamkeit	162

Kapitel VIII. Rechtsphilosophische Aspekte spezifischer Problembereiche

§ 29. Übersicht	164
I. „Verfassungsgerechtigkeit“	164
II. „Ausgleichende Gerechtigkeit“ und „Verkehrsgerechtigkeit“	165
III. „Verteilende Gerechtigkeit“	165
IV. „Verfahrensgerechtigkeit“	166
V. „Strafgerechtigkeit“	166
§ 30. Verfassungsgerechtigkeit: Rechtsstaatlichkeit	167
I. Formelle und materielle Rechtsstaatlichkeit	167
II. Insbesondere die Grundrechte	168
III. Fragen des Maßes	172
§ 31. Verfassungsgerechtigkeit: Die Verteilung der Macht	172
I. Machtverteilung als umfassendes Problem	172
II. Die Verteilung der rechtlichen Regelungsfunktionen im Staat	173
§ 32. Verfassungsgerechtigkeit: Führung und Mitbestimmung	178
I. Angewiesenheit der Regierenden auf Zustimmung	178
II. Das Beispiel der repräsentativen Demokratie	179
III. Führung und Mitbestimmung in Unternehmen und Betrieben	180
§ 33. Verkehrsgerechtigkeit: Der Vertrag	181
I. Die Funktion vertraglicher Gestaltung von Rechtsbeziehungen	181
II. Autonomie und Vertrauensschutz	182
III. Vorgegebene Vertragsinhalte und Schranken der Vertragsfreiheit	184
IV. Vertragsähnliche Rechtsbeziehungen ohne Vertrag	185
§ 34. Der Ausgleich von Schäden und Vorteilen	186
I. Die Schadensverursachung	186
II. Widerrechtlichkeit und „Vertretenmüssen“	187
III. Nachteilsausgleich im öffentlichen Recht	189
IV. Ausgleich ungerechtfertigter Vorteile	189
§ 35. Das Eigentum	190
I. Begriff und Funktion des Eigentums	191
II. Sozialbindung des Eigentums und Verantwortlichkeit für das Eigentum	193
§ 36. Grundsätze der Verfahrensgerechtigkeit	195
I. Legitimation durch Verfahren?	195
II. Grundsätze eines fairen Verfahrens	196

Inhaltsverzeichnis

§ 37. Probleme der Strafgerechtigkeit	198
I. Die Rechtfertigung der Strafe	198
II. Die gesetzliche Bestimmtheit der Strafbarkeit	202

Kapitel IX. Juristisches Denken

§ 38. Begrifflich-systematisches Denken	203
I. Das Programm einer Begriffsjurisprudenz	203
II. Die Undurchführbarkeit dieses Programms	205
III. Verbleibende Funktionen systematischen Denkens	209
§ 39. Argumentierendes Erwägen	210
I. Methodische Ausgangspunkte	211
II. Topik: Die Kunst des „Erörterns“	214
III. Problemgerechtheit der Rechtsbegriffe und Normen	216
§ 40. Vergleichendes Denken	217
I. Grundsätzliches zur Methode	217
II. Anwendungsfelder	220
Stichwortverzeichnis	223

Einleitung

„Alles sollte so einfach wie möglich gemacht werden, aber nicht einfacher.“

Albert Einstein

I.

Das Recht ist ein vielschichtiges Gebilde. Und doch unterliegt man immer wieder der Neigung nach vereinfachenden Vorstellungen: Recht sei nur eine faktische Regelhaftigkeit menschlichen Zusammenlebens, sagten die einen. Andere meinten, es sei ein reines System normativer Bestimmungen. Auch hinsichtlich der Faktoren, die den Inhalt der Rechtsnormen bestimmen, trifft man auf unangemessene Vereinfachungsversuche. So wollte man mitunter das Recht in seiner inhaltlichen Fülle aus der menschlichen Natur herleiten. Andere hielten das Recht für ein Produkt der ökonomischen Verhältnisse. Wieder andere sahen im Recht ein Ergebnis des „Volksgestes“ oder der je vorherrschenden Mentalitäten.

Immer wieder scheitern aber solche Versuche, auf die Frage nach dem Recht eine allzu einfache Antwort zu geben. Theorien, die das Recht insgesamt auf ein – oft richtig beobachtetes – Moment zurückführen wollen, übersehen regelmäßig wichtige Aspekte:

Eine Rechtstheorie etwa, die das Recht als bloße Regelhaftigkeit äußeren Verhaltens begreifen wollte, übersah, daß die Koordination solchen Verhaltens durch mitteilbare („objektive“) Verhaltensnormen, also durch „sinnhafte“ Orientierung geschieht. Ein extremer Normativismus andererseits ließ außer acht, daß lebendiges Recht nicht nur ein Gefüge normativer Sinngehalte, sondern zugleich eine „Tatsache“ ist: Eine Rechtsgemeinschaft bildet sich dadurch, daß Menschen ihr wirkliches Verhalten nach bestimmten Normen einrichten; wirksames Recht ist „law in action“.

Weitgehende Einigkeit besteht darüber, daß das Recht durch Interessen und Machtverhältnisse mitbestimmt wird. Andererseits ist es aber nicht deren bloßes Produkt: Nicht jede beliebige rechtliche Lösung eines Interessenkonflikts findet Zustimmung. Einseitig interessenbestimmte Gesetze kritisieren wir als ungerecht und führen mit den Kriterien der Gerechtigkeit moralische Kategorien ein. Und auch solche Einforderung von Gerechtigkeit hat Chancen, Einfluß auf den Inhalt des Rechts zu gewinnen.

Am Anfang steht also die Skepsis gegen jeden Versuch, das Recht einseitig von einem Aspekt aus zu begreifen: So ist das Recht als Normenordnung auch Sinngehalt und nicht bloße Tatsache. Aber es steht in Zusammenhang mit anthropologischen und sozialen Tatsachen: Es ist in seinem Inhalt und in seiner Effizienz von diesen Tatsachen mitbedingt und wirkt sich andererseits auf die menschlichen Verhaltensmuster und so auf das soziale Geschehen aus. Das Recht ist aber nicht nur interessenbedingt und erschöpft sich nicht darin, die Interessenbefriedigung effektiv zu ordnen. Es soll auch Instrument einer gerechten Interessenregelung sein. So ist auch offenzulegen, in welchen Beziehungen Recht und Gerechtigkeit zuein-

Einleitung

ander stehen. – Kurz es geht darum, einen komplexen Sachverhalt in der Vielfalt seiner begrifflichen Momente zu erfassen, ohne ihn auf eines dieser Momente zu reduzieren (vgl. § 4 I).

II.

Zur Lösung der Fragen, die das Leben dem Juristen stellt – zur Gewinnung der Begriffe, die hierfür tauglich sind, und zur Ermittlung von Kriterien der Gerechtigkeit – soll eine Methode experimentierenden Denkens dienen. Solches tentative Vorgehen ist die bisher erfolgreichste Methode vernünftiger Weltorientierung. Sie ist nicht nur auf Gegenstände der Naturwissenschaften, sondern auch in Fragen der Ethik und des Rechts anwendbar (§ 11 III).

So hat man auch bei der Lösung einzelner Rechts- und Gerechtigkeitsprobleme immer schon behutsam „experimentiert“, hat man Problemlösungen aufgestellt, an der Erfahrung geprüft und, wenn nötig, korrigiert oder insgesamt durch bessere Lösungen ersetzt. Als experimentierendes Denken im Bereich des Rechts erweist sich insbesondere das „reasoning from case to case“ des angelsächsischen Fallrechts (§ 18 II) und grundsätzlich die Methode des typisierenden Fallvergleichs (§ 40). Freilich geht die Rechtswissenschaft hierbei nicht den exakten Gang der Naturwissenschaften. Die Kriterien, nach denen wir entscheiden, ob eine rechtliche Problemlösung „die Probe hält“, sind weniger streng, als in den Naturwissenschaften (§ 11 III 3).

Das Anwendungsfeld tentativen Denkens ist aber nicht auf die Lösung einzelner Rechtsfragen beschränkt. Auch die Auseinandersetzung zwischen den umfassenden Rechts- und Gerechtigkeitstheorien, die sich in der historischen Theorienfolge vollzog, kann man rückblickend als eine Reihe von Denkversuchen auffassen: In ihnen hat man immer wieder Begriffe von Recht und Kriterien der Gerechtigkeit gebildet, hat sie durch Einwendungen auf die Probe gestellt und, falls sie die Probe nicht hielten, durch andere Lösungen ersetzt (§§ 1; 11 III; 12 ff.). So darf auch das, was sich heute als konsensfähiger Bestand darstellt, nur als einstweiliges Ergebnis des Erkenntnisbemühens gelten. „Der Philosoph wie der Hausbesitzer hat immer Reparaturen“, meinte Wilhelm Busch.

Kapitel I. Der Begriff des Rechts

§ 1. Grundsätzliches zur Begriffsbildung

Literatur: *Platon*, Menon, 72, Phaidon, 74 f.; *Aristoteles*, Metaphysik, 1017 b, 1028 ff., 1038 b; *I. Kant*, Logik, 1800; *M. Schlick*, Allgemeine Erkenntnislehre, 1918, ²1925; *R. Carnap*, Der logische Aufbau der Welt, 1928, ²1961; *E. Husserl*, Erfahrung und Urteil, 1939 (Neudr. 1948), §§ 80 ff.; *G. Gabriel*, Definitionen und Interesse, 1972.

I. Methode und Ziel der Begriffsbildung

Noch immer streiten die Juristen um den Begriff vom Recht. So treffen wir auf sehr verschiedene Begriffe von „Recht“, die immer wieder kritisiert, verbessert oder auch ganz verworfen worden sind (§§ 2 ff.). Aber das ist nichts Ungewöhnliches. Auch in der Physik, der Astronomie, der Biologie und auf anderen Gebieten hat man gelernt, daß wir bei den Versuchen, unsere Welt in Begriffe zu fassen, nie ganz an ein Ende gelangen, sondern fortlaufend unsere Begriffe überprüfen und korrigieren müssen, kurz, daß alle unsere Begriffe und Theorien nur einstweilige Ergebnisse unseres Erkenntnisbemühens sind, die fortwährend einer Kritik und Korrektur ausgesetzt bleiben (§ 11 III).

Bei den Versuchen, das Recht zu begreifen, finden wir Einigkeit darüber, daß das Recht eine Ordnung menschlichen Handelns ist, die das Zusammenleben regelt. Aber sogleich stellen sich jene eingangs erwähnten Fragen: Handelt es sich dabei nur um äußerlich beobachtbare, faktische Regelmäßigkeiten des Verhaltens, wie sie der Zoologe an einem Termitenstaat feststellt? Oder geht es beim „Recht“ um mitteilbare Verhaltenserwartungen, also um Gebote und Verbote, die das Handeln steuern? Und wenn das zweite der Fall ist: Soll man als „Recht“ „abstrakte“ Normen oder aber konkret verwirklichte Gebote begreifen, d. h. Gebote, nach denen sich das Leben in einer Gemeinschaft auch tatsächlich in einer bestimmten Regelmäßigkeit und Verlässlichkeit richtet?

Eine weitere Frage geht davon aus, daß offenbar nicht alle Verhaltensregeln einer Gemeinschaft „Recht“ sind. Es gibt Sitten des Essens, der Kleidung, der Werbung um das andere Geschlecht, Regeln der Begrüßung und überhaupt des geselligen Verkehrs, der nachbarschaftlichen Hilfe, des Festefeierns, religiöse Riten, Regeln über die Eingehung und Abwicklung von Kaufgeschäften und Arbeitsverhältnissen und andere mehr. Nicht alle diese Verhaltensregeln sind Rechtsnormen. Diese bilden nur einen Teil jener Verhaltensnormen, die das Gemeinschaftsleben regulieren und von deren Beachtung das gute Funktionieren des Zusammenlebens abhängt. Wodurch unterscheiden sich die Regeln des „Rechts“ von anderen Normen der Gemeinschaft? Liegen die Unterscheidungsmerkmale in einem spezifischen Normenzweck, etwa in dem Zweck, eine „gerechte“ Verhaltensordnung herzustellen? Oder liegen sie in den Sanktionen, die mit den Normen verbunden sind? Dann könnte man im Begriff „Recht“ etwa die Normen zusammenfassen, deren Befolgung in einem geregelten

Erzwingungsverfahren durchsetzbar ist – im Unterschied zu anderen Sozialnormen, wegen deren Verletzung man nur getadelt, „geschnitten“, gesellschaftlich oder auch geschäftlich gemieden wird. Nach diesen oder anderen Merkmalen kann man also spezifische Arten von Verhaltensnormen unterscheiden und Normen, denen die spezifischen Merkmale gemeinsam sind, zusammenfassen.

Bei diesem ersten, tastenden Versuch, den Begriff des Rechts zu bestimmen, zeigt sich die Methode und das Ziel der Begriffsbildung: Wir suchen nach gemeinsamen Merkmalen von Gegenständen, denen wir unser Erkenntnisinteresse zuwenden wollen. Sie bilden den gesuchten Begriff. In diesem Sinne bezeichnete Kant den Begriff als „eine allgemeine Vorstellung oder eine Vorstellung dessen, was mehreren Objekten gemein ist“ (Kant 1800, §§ 1, 6). Die Suche nach solchen Gemeinsamkeiten ist ein wichtiger Ansatz, sich in einer komplexen Welt erkennend zurechtzufinden, sie transparent zu machen. In diesem Sinne meinte Moritz Schlick (1925, 6 ff., 46 f., 76 f.): Im Wiederfinden von etwas Gleichem liege der Angelpunkt allen Erkennens. Erkennen sei ein Wiederfinden, ein Erkennen als dies oder jenes. Wenn wir in dieser Weise nach einem allgemeinen Begriff suchen, so suchen wir also nach bestimmten Gemeinsamkeiten in der Mannigfaltigkeit der Gegenstände, Gemeinsamkeiten, nach denen diese sich übersichtlich zusammenfassen und ordnen lassen und die den Ansatz ergiebiger Fragestellungen bilden. Für die Rechtsphilosophie geht es zunächst also darum, jene Merkmale herauszustellen, in denen sich alle Rechtsnormen gleichen und durch die sie sich von anderen Verhaltensnormen unterscheiden.

II. Zweckmäßigkeit der Begriffe

Begriffe sind also Kombinationen von Merkmalen, die mehreren Gegenständen gemeinsam sind. Aber welche der vorkommenden Gemeinsamkeiten wir in unseren Begriffen herausheben und erfassen, hängt davon ab, wofür wir uns interessieren: Die Begriffsbildung wird vom Erkenntnisinteresse bestimmt. Sie richtet sich danach, in welcher Abgrenzung die Begriffe am besten den Untersuchungszwecken dienen, für die sie gebildet werden. Kurz, welche der vorkommenden Merkmalskombinationen wir auswählen und in unseren Begriffen erfassen, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit.

Man kann z. B. als „garantiertes Recht“ alle Verhaltensnormen bezeichnen, welche die Chance haben, in einem staatlich organisierten Erzwingungsverfahren durchgesetzt zu werden (§ 5 IV). Man kann aber, wenn man will, den Terminus „Recht“ auch einem Teil dieser durchsetzbaren Normen vorbehalten, z. B. jenen, die bestimmten Mindestanforderungen der Gerechtigkeit genügen. Insoweit besteht „Definierfreiheit“. Diese zwei Begriffe erfassen jedoch unterschiedliche Normenbestände: der erste Begriff bezeichnet alle (gerechten und ungerechten) Normen, die in einem staatlich organisierten Erzwingungsverfahren durchsetzbar sind, der zweite Begriff erfaßt nur solche erzwingbaren Normen, die nicht (eindeutig) ungerecht sind. Entscheidet man sich für den zweiten Begriff, der für „Rechtsnormen“ bestimmte Gerechtigkeitskriterien vorgibt, dann muß man staatlich gewährleistete Normen, denen diese Gerechtigkeitskriterien fehlen, anders – z. B. als bloße „Zwangsregeln“ – bezeichnen. Wählt man für das „Recht“ die erstgenannte Definition, so kann man begrifflich zwischen gerechtem und ungerechtem „Recht“ unterscheiden. Ob man für den Begriff des „Rechts“ die erste oder die zweite Definition wählt, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit.

Durch präzise Festlegung des Gemeinten lösen sich manche Scheinprobleme der Rechtswissenschaft von selbst. Weil die genannten Definitionen unterschiedliche Normenbestände erfassen, darf man die Feststellung, daß ein Gesetz ungerecht und damit kein „Recht“ im Sinne der zweiten Definition ist, nicht dahingehend umdeuten, daß es auch kein „Recht“ im Sinne der ersten Definition sei. Die Nichtbeachtung dieser Trivialität ließ etliche unfruchtbare Diskussionen über die Frage entstehen, ob ungerechte Gesetze ungültig seien (§ 6 V).

Welches der zweckmäßigste Begriff vom „Recht“ sei, darüber läßt sich streiten. Unterschiedliche Rechtstheorien haben diesen Begriff und damit den Forschungsgegenstand der Rechtswissenschaft in unterschiedlicher Weise bestimmt. Der Streit dieser Rechtstheorien läßt sich verstehen als ein Prozeß langwieriger und mühseliger Suche nach einem Begriff von „Recht“, der den Erkenntnisinteressen einer Rechtswissenschaft am besten dient (§§ 2 ff.).

Hierbei ist es sehr wohl denkbar, daß man für die unterschiedlichen Forschungsinteressen unterschiedliche Begriffe von „Recht“ bildet. Nur muß man dann stets im Auge behalten, daß mit diesen verschiedenen Begriffen verschiedene Normenbestände erfaßt sind. Wenn man z. B. Völkerrecht als „Recht“ bezeichnet, erfaßt man damit Normen, die sich vor allem in der Durchsetzbarkeit, aber auch noch in anderen Hinsichten von staatlich garantiertem Recht unterscheiden.

§ 2. Recht als Gefüge faktischer Regelhaftigkeiten?

Literatur: *H. H. Vogel*, Der skandinavische Rechtsrealismus, 1972; *Fikentscher* MR II, Kap. 14; *W. Ott*, Der Rechtspositivismus, 1976, 21992, §§ 6 ff.; *J. Bjarup*, Skandinavischer Realismus, 1978; *M. Dietz*, Schwedische Rechtsphilosophie, in: Juristische Schulung, 1980, S. 168 ff.; *E. Kamenka* u. a. (Hg), Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts, 1986, S. 243 ff.; *Kubes* RO, § 36.

I. Der Rechtsbegriff des philosophischen Positivismus

Literatur: Zu 1: *A. Comte*, Cours de philosophie positive, 1830 ff., insbes. Lekt. 1 und 28; *ders.*, Discours sur l'esprit positif, 1844; *O. W. Holmes*, The Path of the Law, in: Harvard Law Review X, 1896/97; *A. V. Lundstedt*, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, Bd. I, 1932; *K. Olivecrona*, Gesetz und Staat, 1940; *H. Popitz*, Die normative Konstruktion von Gesellschaft, 1980.

Zu 2: *Ch. Gusy*, Staatsrechtlicher Positivismus, Juristenzeitung 1989, S. 505 ff.

1. Grundgedanken eines „Rechtsrealismus“

Der philosophische Positivismus wollte nach dem Scheitern vorangegangener metaphysischer Anstrengungen nurmehr die beobachtbaren Gegebenheiten und ihre begriffliche Ordnung als Gegenstand sinnvollen Erkenntnisbemühens gelten lassen. In dieser Weise hat Auguste Comte (1798–1857) der Philosophie die Aufgabe gestellt, die beobachtbaren Tatsachen nach ihren Ähnlichkeiten und ihren Kausalzusammenhängen einander zuzuordnen (Comte 1844, Nr. 18).

Nach diesem Wissenschaftsprogramm hätte man auch das Recht als soziale Erscheinung zum Gegenstand einer „Beschreibung von Tatsachen“ zu machen. So