

Was ist und wozu Rechtsphilosophie?*

I. Einleitung

Was ist und wozu Rechtsphilosophie? „Was ist?“ fragt nach mehr oder minder notwendigen, objektiven Strukturen und Gegebenheiten, „Wozu?“ nach mehr oder minder beliebigen, subjektiven Absichten, Zielen und Ideen.¹ Zur Bestimmung der Rechtsphilosophie erweisen sich beide Aspekte als unentbehrlich. Worin liegt dafür der Grund? Unser Bild der Welt hat nicht die Gestalt einer bloßen Summierung einzelner Annahmen, sondern formt vielmehr eine Pyramide der Abstraktion und Konkretion von Begriffen und Gedanken.² Folglich läßt sich auch der Begriff der Rechtsphilosophie auf unterschiedlichen Abstraktions- und Konkretionsebenen charakterisieren. Dabei kommt auf einer ersten, abstraktesten Ebene die „Was ist?“-Frage zum Zuge, auf einer zweiten, konkreteren Ebene die „Wozu?“-Frage,³ schließlich auf einer dritten, konkreten Ebene beide Fragen.

* Überarbeitete Fassung der am 9. 7. 2002 an der Georg-August-Universität Göttingen im Rahmen der Übernahme des Lehrstuhls für Rechts- und Sozialphilosophie gehaltenen Antrittsvorlesung.

¹ Die Frage „Wozu?“ wird hier also intentional und nicht im Sinne einer religiösen, metaphysischen oder natürlichen Teleologie interpretiert. Vgl. zu einem derartigen Verständnis: Robert Spaemann/ Reinhard Löw, Die Frage Wozu? Geschichte und Wiederentdeckung des teleologischen Denkens, München/Zürich 1981.

² Michael G. Wessels, Kognitive Psychologie, 3. Aufl. Basel 1994. S. 222, 253. Vgl. Dietmar von der Pfordten, Politik und Recht als Repräsentation, in: Recht und Politik, Vorträge der Tagung der deutschen Sektion der IVR in Frankfurt an der Oder, hg. von Jan Joerden und Roland Wittmann, Stuttgart, ARSP-Beiheft im Erscheinen.

³ Die Was ist?-Frage ist abstrakter als die Wozu?-Frage, weil sie sich auf die grundlegenden Bestimmungen und Unterscheidungen der Welt bezieht.

1. Erste, abstrakteste Ebene: „Was ist?“, Rechtsphilosophie als menschliches Handeln

Auf einer ersten, abstraktesten Ebene führt die „Was ist?“-Frage zu einer relativ notwendigen, objektiven, wenn auch noch keineswegs hinreichenden oder auch nur signifikanten Bestimmung der Rechtsphilosophie: Wir verstehen die Rechtsphilosophie wie jede Philosophie und jede Wissenschaft zuerst und vor allem als eine Form menschlichen Handelns bzw. Tätigseins, als Tätigsein, das auf ein Ziel gerichtet ist, als menschliche Suche nach Einsicht, also als „Rechtsphilosophieren“.

Die Charakterisierung der Wissenschaft als Handeln sieht sich in jüngster Zeit funktionalistisch-reduktiven Zweifeln ausgesetzt, insbesondere durch die Systemtheorie. Die Systemtheorie hält statt des Handelns die kollektive Kommunikation der Gesellschaft für primär.⁴ Sie beansprucht dabei zwar, soziale Abläufe zu beschreiben. Aber sie nimmt auf diese Weise die tatsächlich feststellbare handlungskonstituierende Selbstinterpretation der sozial Agierenden nicht ernst,⁵ sondern meint, sie durch eine fundamentalere Systemrealität der kollektiven Kommunikation substituieren zu können. Kommunikation ist jedoch trotz ihres Interaktionscharakters auf einer fundamentalen Ebene immer nur und zuerst als Äußerungshandlung des Sprechenden und Verstehenshandlung des Hörenden charakterisierbar. Der Handlungsbegriff ist grundlegender als der Kommunikationsbegriff, denn ohne Handlung kann es keine Kommunikation geben. Handlung ohne Kommunikation ist aber ohne weiteres möglich. Der Versuch der Systemtheorie, die Selbstinterpretation der Handelnden als Handelnde zum Irrtum zu erklären, muß mangels eines festeren, handlungstranszendierenden Grundes des Sozialen, von dem sich – um mit Wittgenstein zu sprechen – der

⁴ Niklas Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1992, S. 11ff.

⁵ Niklas Luhmann konstatiert in Die Wissenschaft der Gesellschaft (FN 4), S. 13, ausdrücklich, daß im Alltagsleben Erkenntnis als subjektiv angesehen wird,

Spaten der Tatsachenbeschreibung zurückbiegen könnte, scheitern und in einen spekulativen Systemidealismus umschlagen.⁶

2. Zweite, etwas konkretere Ebene: „Wozu?“. Die Absichten, Ziele und Ideen der Handelnden

Wenn man die Rechtsphilosophie als Handeln bestimmt, ist auf einer zweiten, konkreteren Ebene die Frage nach dem Spezifikum menschlichen Handelns unausweichlich. Menschliches Handeln unterscheidet sich durch die Absichten, Ziele und Ideen des Handelnden von anderen Tatsachen, also durch den Sinn, das „Wozu?“.⁷ Deshalb erweist sich auf einer sekundären Ebene die „Wozu?“-Frage als wesentlich. Wir können die Rechtsphilosophie wie jede Wissenschaft auf dieser zweiten, konkreteren Ebene nur verstehen, wenn wir die Absichten, Ziele und Ideen⁸, das „Wozu“ der Handelnden in abstracto berücksichtigen. Kant hat entsprechend formuliert: „Niemand versucht es, eine Wissenschaft zu Stande zu bringen, ohne daß ihm eine Idee zum Grunde liege.“⁹

3. Dritte, konkrete Ebene: „Was ist?“ und „Wozu?“: Einzelne Absichten, Ziele und Ideen

Auf einer dritten, konkreten Ebene lassen sich dann die Absichten, Ziele und Ideen inhaltlich unterscheiden und vergleichen. Unter diesen Absichten, Zielen und Ideen sind einzelne, beliebige Ziele individualisierter, singulärer Forscher

⁶ Auf diese Weise läßt sich die nicht selten starke Bezugnahme auf Hegel durch Vertreter der Systemtheorie erklären. Vgl. z. B. Gerd Roellecke, Philosophie oder Sozialtheorie?, in: ders.: Aufgeklärter Positivismus, Heidelberg 1995, S. 19ff.

⁷ Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. Tübingen 1985, S. 1; Donald Davidson, Actions, Reasons and Causes, in: ders., Essays on Actions and Events, 2. Aufl. Oxford 2001, S. 4.

⁸ Vgl. zur Idee als Spezifikum von Wissenschaft: Kant, Kritik der reinen Vernunft, A 832/B 860.

⁹ Kant, Kritik der reinen Vernunft, A 834/B 862.

und Studierender und allgemeine, weniger beliebige Ziele der Gesamtheit der Wissenschaftler und damit des Fachs als Ganzes.

Die Gesamtheit der Wissenschaftler und damit das Fach als Ganzes hat ein oberstes Ziel: die Wissenschaft – also neue Einsichten in die Welt zu gewinnen und diese neuen Einsichten anzuwenden. Die Zuordnung der Rechtsphilosophie zur Wissenschaft geschieht nun aber keinesfalls willkürlich. Die Rechtsphilosophie muß sich wie die Rechtswissenschaft und die Philosophie in die Gesamtheit der Wissenschaften integrieren. Wir sind zwar frei, bestimmte Ziele und Absichten zu verfolgen, und deshalb frei zu entscheiden, ob wir Wissenschaft als Ganzes unternehmen wollen. Wir sind also frei, die „Wozu?“-Frage auf der sekundären Ebene so oder anders zu beantworten. Aber haben wir uns einmal für die Wissenschaft entschieden, sind wir auf der tertiären Ebene in mehrerer Hinsicht eingeschränkt, denn die Gesamtentscheidung für die Wissenschaft legt ihren Teilen Restriktionen auf. So impliziert Wissenschaft die Anerkennung bestimmter Normen wie Allgemeinheit, Umfassendheit, Konsistenz und Kohärenz von Theorien. Das bedeutet aber, daß z. B. auch die Teile der Wissenschaft in Relation zu ihrer Gesamtheit weder einzelne Aspekte unberücksichtigt lassen, noch intern oder extern widersprüchlich verfahren dürfen – vorausgesetzt, sie wollen dem Anspruch, Wissenschaft zu sein, gerecht werden.

Derartige Einschränkungen individueller Ziele durch die abstrakte Entscheidung für die Wissenschaft lassen sich mit Struktur- und Gegebenheitsbestimmungen durch „Was ist?“-Fragen auf der ersten, abstrakten Ebene vergleichen. Insofern ist die Differenz zwischen „Was ist?“ und „Wozu?“ auf der dritten Ebene der Bestimmung der Rechtsphilosophie wiederum essentiell. Sie führt zu zwei Fragen: Was ist die Rechtsphilosophie als Wissenschaft innerhalb der Gesamtheit der Wissenschaften? Und wozu kann sie darüber hinaus dem einzelnen Wissenschaftler, Juristen, Studierenden und der Allgemeinheit sonst noch dienen? Beide Alternativen werden die ersten beiden Teile der folgenden Überlegungen strukturieren. Den Schluß bildet eine beispielhafte Anwendung.

II. Die Rechtsphilosophie im Zusammenhang der Wissenschaften

Will man die Einbeziehung der Rechtsphilosophie in die Gesamtheit der Wissenschaften klären, muß man vor allem ihr Verhältnis zu denjenigen Wissenschaften untersuchen, denen die Rechtsphilosophie ihren Namen verdankt und denen sie untergeordnet ist: zur Rechtswissenschaft und zur Philosophie.

1. Das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur Rechtswissenschaft

Die Rechtswissenschaft unterscheidet sich wie beinahe alle Einzelwissenschaften von anderen Wissenschaften durch ihren Bezug auf einen bestimmten, abgrenzbaren Gegenstandsbereich der Welt:¹⁰ das Recht, präziser: das tatsächlich bestehende, „positive“ Recht, also in jedem Fall jetzt, früher oder zukünftig geltende Verfassungsnormen, Gesetze, Verordnungen, Satzungen, für viele auch das Gewohnheitsrecht und für manche bzw. manche Rechtsgebiete sogar Richterrecht und Verträge etc.¹¹ Allerdings kann das positive Recht auf verschiedene

¹⁰ Als einzige Ausnahme könnte man die Mathematik nennen, wenn man nicht wie etwa Frege ein starkes platonisches Verständnis mathematischer Entitäten hat (vgl. *Die Grundlagen der Arithmetik* (1884), hg. von Christian Thiel, Hamburg 1988). Wenn man die Mathematik als Konstruktionswissenschaft versteht, dann ist sie gerade dadurch gekennzeichnet, daß sie keinen Gegenstand in der äußeren Welt hat.

¹¹ Die Frage nach den Teilen des positiven Rechts wird in der deutschen Tradition insbesondere als Frage nach den verschiedenen „Rechtsquellen“ formuliert: Vgl. Klaus F. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl. Köln 2001, S. 513ff.; Bernd Rüthers, *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, München 1999, S. 123ff.

Art und Weise Gegenstand einer umfassend verstandenen Rechtswissenschaft sein.¹²

Die *Rechtsdogmatik* interpretiert das geltende Recht einer bestimmten Rechtsordnung aus einer *internen* dogmatischen Anwenderperspektive, also aus der Perspektive von Rechtsanwendern, etwa Richtern und Verwaltungsbeamten. Dabei integriert sie empirische Beschreibung und Analyse der tatsächlichen Rechtsverwendung. Zumindest insofern hat der sog. Rechtsrealismus¹³ eine gewisse Berechtigung, wenn man auch jenseits der Beschreibung des Richterhaltens die Gesetzgebung einbeziehen muß. Aber der Versuch, die Rechtsdogmatik empiristisch-positivistisch auf eine bloße Beschreibung der äußeren Rechtssetzung zu reduzieren,¹⁴ muß als gescheitert angesehen werden. Die rechtsdogmatische Forschung hat sich – zum Glück, wird man sagen müssen – nicht unter das Joch der Sozialwissenschaften zwingen lassen. Herausragende dogmatische Arbeiten zeichnen sich gerade dadurch aus, daß sie nicht nur wie fleißige Bienen den Honig der Entscheidungen und Meinungen sammeln und ihre Waben mit Fußnotenbarock auspolstern, sondern innovative juristische Lösungen und Konstruktionen vorschlagen. Jenseits bloß empirisch-positivistischer Beschreibung ist jede Dogmatik auch Hermeneutik, d. h. Textinterpretation,

¹² Ralf Dreier hat in seinem Aufsatz *Zum Verständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft*, in: ders.: *Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt a. M. 1981, S. 51, die Rechtswissenschaft dagegen mit der Rechtsdogmatik bzw. Jurisprudenz gleichgesetzt. Dies ist problematisch, weil die Gefahr besteht, daß die Grundlagenfächer der Rechtswissenschaft, wie die Rechtsgeschichte, die Rechtssoziologie und die Rechtsphilosophie, implizit als „nichtwissenschaftlich“ unberücksichtigt bleiben. Umgekehrt hat Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4. Aufl. Berlin 1989, S. 33, versucht, den Ausdruck „Rechtswissenschaft“ in einem eigentlichen Sinne auf die „theoretische Gesellschaftswissenschaft“ zu beschränken und die Rechtsdogmatik auszuschließen. Die Rechtsdogmatik wäre dann keine Wissenschaft, sondern nur „praktische Jurisprudenz“. Auch Otmar Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel 1970, S. 9, trennt Rechtswissenschaft und Jurisprudenz. Die Jurisprudenz soll Gegenstand der Rechtswissenschaft sein (S. 7ff). Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, S. 14, will zwar die Rechtsdogmatik nicht aus der Rechtswissenschaft ausscheiden, aber im Sinne einer topischen Jurisprudenz verstehen. Beide Extrempositionen der Beschränkung der Rechtswissenschaft auf die Rechtsdogmatik oder des Ausschlusses der Rechtsdogmatik aus der Rechtswissenschaft werden hier vermieden.

¹³ Oliver Wendel Holmes, *The Path of the Law*, in: *The Mind and Faith of Justice Holmes*, hg. von Max Lerner, Boston 1943, S. 71-90.

¹⁴ Vgl. dazu Ralf Dreier, *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Fn 12), S. 51ff.

schon allein zur Unterscheidung des Relevanten vom Irrelevanten.¹⁵ Aber weil sie sich darin nicht von der Sprach-, Literatur- oder generell den Kulturwissenschaften sowie der theologischen Dogmatik unterscheidet, ist ihr eigentlicher, spezifischer Charakter ein anderer: der einer „Normwissenschaft“, ihr eigentlicher Zweck ein intern-normativer: die praktische Ausgestaltung und Anwendung des geltenden Rechts.¹⁶

Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte – also die sog. Grundlagenfächer der Rechtswissenschaft – beziehen sich anders als die Rechtsdogmatik *nicht* aus einer primär *internen* rechtsdogmatisch-normativen Anwenderperspektive, sondern aus einer *externen* Perspektive auf das geltende Recht. Die Rechtssoziologie beschreibt das Verhältnis von Recht und Gesellschaft. Die Rechtsgeschichte beschreibt das historische Recht und seine Ausgestaltungsformen.

Die Rechtsphilosophie beschränkt sich dagegen nicht auf die Beschreibung des Rechts aus einer externen Perspektive wie die Rechtssoziologie und die Rechtsgeschichte, sondern strebt eine *philosophische Perspektive* auf das Recht an. Aber was läßt sich darunter verstehen? Zu einer Antwort muß man die allgemeine Philosophie befragen.

2. Das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur allgemeinen Philosophie

¹⁵ Vgl. zur Rechtswissenschaft als verstehender Kulturwissenschaft: Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, hg. von Ralf Dreier und Stanley Paulson, Heidelberg 1999, S. 115ff.

¹⁶ Vgl. dazu Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Berlin 1991, S. 195ff; Ralf Dreier, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?, in: ders.: Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt a. M. 1981, S. 22; ders., Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft (Fn 12), S. 56. In jüngerer Zeit haben sich gegen den Charakter der Rechtsdogmatik als Normwissenschaft gewandt: Horst Eidenmüller, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, in: JZ 54 (1999), S. 53-61; Eric Hilgendorf, Das Problem der Wertfreiheit in der Jurisprudenz, in: Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz, hg. von Eric Hilgendorf und Lothar Kuhlen, Heidelberg 2000.

Das Selbstverständnis der Philosophie ist extrem disparat. Es reicht von der sehr starken klassisch-antiken Bestimmung als Suche nach einem letzten universalen Fundament der Welt und allen Denkens, nach der ἀρχή, dem principium, dem Urgrund, dem Sein als solchem, etwa bei den ionischen Naturphilosophen, Platon und – bereits reduziert und differenziert – Aristoteles,¹⁷ bis zu Wittgensteins sehr schwacher Auffassung von der Philosophie als bloßer Sprachkritik und Sprachtherapie.¹⁸ Nach Wittgensteins frühem Hauptwerk „Tractatus logico-philosophicus“ soll die Philosophie weder die Grenze zur Transzendenz überschreiten,¹⁹ noch in der Immanenz die allgemeine logische Form, die Logik als „Gerüst der Welt“, aussprechen können.²⁰ Nur wahrheitsfähige Sätze der Naturwissenschaft sowie Logik und Mathematik seien erlaubt. Der Philosophie bliebe außer der Sprachkritik nichts übrig, als zu schweigen.

Beide Extrempositionen sind problematisch. Die sehr starke klassische Bestimmung der Philosophie stützt sich auf zu weitgehende und damit zweifelhafte metaphysische Annahmen. Ihr Fundamentalismus ist kaum begründbar. Die Wittgensteinsche Skepsis gegenüber einem Verständnis der Philosophie als Wissenschaft ist zwar für den Bereich der Transzendenz gerechtfertigt. Im Bereich der Immanenz verengt sie aber wissenschaftliche Erkenntnis zu simplifizierend auf deskriptiv-empirische sowie logisch-mathematische Satz- bzw. Äußerungstypen. Ihr mangelt eine sorgfältige Analyse, warum unser Wissen in Einzelwissenschaften geteilt wird. Sie ist des weiteren als futurische, ewigkeitsübergreifende Allbehauptung über menschliches Denken und Handeln nicht verifizierbar. Be-

¹⁷ Platon, Politeia 480a; Aristoteles, Metaphysik 1003a12, 1059a18, 1060b31f. Bei Aristoteles finden sich bereits Abschwächungen und Modifikationen zu pluraleren Vorstellungen, etwa in der Lehre von den verschiedenen Ursachen (αίτια), den Kategorien, der Aufspaltung in relativ autonome Einzelwissenschaften, wie die Physik, die Ethik und die Politik.

¹⁸ Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus 4.0031, 6.53; Philosophische Untersuchungen § 124, 133. Beim späten Wittgenstein finden sich aber posthum veröffentlichte Texte mit Ansätzen jenseits bloßer Sprachkritik, etwa im Text „Über Gewißheit“. Doch auch dort heißt es etwa in § 31: „Die Sätze, zu denen man, wie gebannt, wieder und wieder zurückgelangt, möchte ich aus der philosophischen Sprache ausmerzen.“

¹⁹ Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus 6.41, 6.421, 6.52.

²⁰ Wittgenstein, Tractatus logico-philosophicus 4.12, 4.121, 6.124.

reits morgen mag jemand eine sinnvolle Aufgabe der Philosophie entdecken, die über die bloße Sprachkritik und Sprachtherapie hinausgeht. Die Reduktion der Philosophie auf Sprachkritik kann überdies auch das anhaltende Interesse an einer sachlichen, einsichtsfördernden Philosophie nicht erklären. Der späte Wittgenstein hat schließlich selbst Texte verfaßt – wenn auch nicht veröffentlicht –, wie den Text „Über Gewißheit“, die über die bloße Sprachkritik hinausgehen.²¹ Überzeugender erscheint vielmehr eine mittlere, gemäßigte Auffassung der Philosophie und damit auch der philosophischen Methode der Rechtsphilosophie. Die Philosophie hat die Aufgabe, unter Berücksichtigung der abstraktesten Erkenntnisse der Einzelwissenschaften einen allgemeinen und möglichst umfassenden, immanenten Rahmen unserer Einsicht in die Welt und ihre einzelnen Phänomene wie das Recht zu formen. Daraus folgt: Die philosophische Frage ist immer die nach dem allgemeinen und abstrakten Rahmen unserer Einsicht in die Welt und insbesondere der Einzelwissenschaften, aber nicht als Fundament der Einzelerkenntnisse oder losgelöst von den Einzelerkenntnissen, sondern mit diesen verbunden und sie verbindend, ergänzend und aus ihnen erwachsend, sie aber auch übersteigend und weiterführend. Das Verhältnis des philosophischen Rahmens zu den abstrakten Erkenntnissen der Einzelwissenschaften ist weder rein induktiv noch rein deduktiv. Induktive und deduktive Elemente verbinden sich vielmehr.

Die Philosophie ist auch keine bloße Reflexion, kein bloßes Denken des Denkens, wie seit Aristoteles' und Hegel verschiedentlich angenommen wurde.²² Denn eine Beschränkung der Philosophie auf das Denken des Denkens vernachlässigt – wenn man es wie Hegel idealistisch interpretiert – die Verbindung der

²¹ Vgl. Anmerkung 18.

²² Aristoteles, Metaphysik 1074b34: νόησις νοήσεως, bei Aristoteles handelt es sich allerdings um eine Bestimmung des ersten Bewegers, der ersten Vernunft; Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften, hg. von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, Werke Bd. 8, Frankfurt a. M. 1986, § 2, S. 42f., § 11, S. 55, § 17, S. 63; Jay Rosenberg, Philosophieren. Ein Handbuch für Anfänger, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1989, S. 21; Robert Alexy, The Nature of Legal Philosophy, in: Associations 7 (1), 2003, S. 63.

Philosophie mit der Welterfahrung. Sie kappt den Bezug zu empirischen Wahrnehmungen. Sie nimmt der Philosophie den universellen Charakter und verengt sie auf eine Denktheorie. Versteht man das Denken als Gegenstand des Denkens dagegen nicht idealistisch, sondern als empirisch wahrnehmbaren und steuerbaren Erkenntnisprozeß, dann wird die Philosophie auf ein bestimmtes Phänomen der Welt eingeschränkt. Sie mutiert zur Erkenntnistheorie oder gar zur kognitiven Psychologie als Einzelwissenschaft. Die Konzeption der Philosophie als Rahmen bezieht die Philosophie dagegen auf jede Form und das Gesamt der Welterfahrung, wobei die Abstraktheit des philosophischen Rahmens allerdings die Verbindung zur sinnlichen Wahrnehmung nur als mittelbare, lockere und symmetrische zuläßt, nicht als direkte, induktive.²³

Versteht man die Philosophie als Rahmen all unserer Einsicht, so hat die Rechtsphilosophie als mittelbar auf das Recht beschränkter Teil der Philosophie die Analyse der Beziehungen des Rechts zu diesem philosophischen Rahmen und damit zur abstrakten Erkenntnis anderer Phänomene der Welt zu ihrer Aufgabe. Die Rechtsphilosophie ist sowohl Teil der Rechtswissenschaft als auch Teil der Philosophie.²⁴ Sie ist Teil der Rechtswissenschaft, weil sie sich wie diese auf den Wirklichkeitsbereich des Rechts bezieht, wenn dies auch nur sekundär und vermittelt geschieht, weil die Philosophie keinen eigenen, einzelnen Gegenstand kennt. Sie ist Teil der Philosophie, weil sie das Wissen über das Recht mit dem allgemeinen philosophischen Rahmen und anderen abstrakten Erkenntnissen der Welt verbindet. Jeder Versuch, diese Zwitterstellung der Rechtsphilosophie zu verändern und sie entweder gänzlich zur Rechtswissenschaft oder gänzlich zur Philosophie zu ziehen, wie letzteres etwa Gustav Radbruch und Arthur Kauf-

²³ Vgl. zu einer solchen Auffassung der Philosophie: Wilhelm Wundt, Einleitung in die Philosophie, 9. Aufl. Leipzig 1922, S. 18.

²⁴ Zu einem vergleichbaren Verständnis der Rechtsphilosophie: Kurt Seelmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. München 2001, S. 1. Allerdings beschränkt er den Teil, der nicht die Gerechtigkeit untersucht, auf die Frage, „worum es sich beim ‚Recht‘ eigentlich handelt“. Damit wird die Rechtstheorie aber zu sehr ontologisiert. Erkenntnistheoretische, sprachphilosophische und logische Aspekte drohen unterbewertet zu werden.

mann vorgeschlagen haben,²⁵ würde ihren Charakter zerstören. Sie wäre dann entweder nur noch Rechtsdogmatik bzw. eine andere Subdisziplin der Rechtswissenschaft oder nur noch allgemeine Philosophie, aber keine Rechtsphilosophie mehr.

Die Zwitterstellung der Rechtsphilosophie ist im übrigen nicht singulär. Viele Teilgebiete der Philosophie bilden eine Brücke zu Einzelwissenschaften. So etwa die Sprachphilosophie zur Linguistik, die Naturphilosophie zur Physik, Biologie und Chemie, die Philosophie der Mathematik zur Mathematik, die Geschichtsphilosophie zur Geschichte, die Kulturphilosophie zu den Kulturwissenschaften usw. Der spezifische Charakter der Philosophie als Rahmen aller Erkenntnis findet nicht zuletzt seine Ausprägung in derartigen philosophischen Brückenfächern zu den Einzelwissenschaften.

3. Die Teile der Rechtsphilosophie: Rechtstheorie und Rechtsethik

Der philosophische Rahmen läßt sich gemäß Platons und Aristoteles' Unterscheidung betrachtungs- (γνωστικός, θεωρητικός) und handlungsbezogener (πρακτικός) Erkenntnisse in Theoretische und Praktische Philosophie zweiteilen.²⁶ Diese Scheidung kann man auf die Aristotelischen Kategorien des Handelns: „Tun“ und „Leiden, Aufnehmen“ stützen.²⁷ Die theoretische, aufnehmende Philosophie fragt als Teil des philosophischen Rahmens nach den abstraktesten ontischen, begrifflichen und sprachlichen Gegebenheiten und Zusammen-

²⁵ Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn 15), S. 8; Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1997, S. 7. Die Rechtsphilosophie soll sich aber anders als die allgemeine Philosophie auf juristische Grundsatzfragen, juristische Grundprobleme beziehen.

²⁶ Platon, Der Staatsmann, 258e4f.; Aristoteles, Metaphysik 993b20f. An dieser Stelle ist das Ziel (τέλος) für die Einteilung wesentlich, für die Theorie die Wahrheit, für die Praxis das Werk. In Metaphysik 1025b18-26 werden aber die Ursachen unseres Denkens als zentral angesehen und eine andere Systematisierung in drei Teile vorgeschlagen: theoretisch, praktisch und poetisch.

²⁷ Aristoteles, Kategorien 1b27, 11b.

hängen, die wir beobachten und feststellen, die praktische, tätige Philosophie nach den Werten und Normen, die unser Tun rechtfertigen.²⁸ Man kann sich fragen, warum erst die relativ nachgeordneten und damit konkreten Kategorien von Tun und Leiden und nicht die fundamentalen Kategorien der Substanz, Quantität, Qualität oder Relation zur ersten, grundlegenden Differenzierung der Philosophie führen. Die Antwort wird man vielleicht mit Verweis auf den Handlungscharakter aller Wissenschaft und damit auch der Philosophie geben können: Da jede Wissenschaft Handeln ist, bilden die handlungsbestimmenden Kategorien Tun und Leiden bzw. Aufnehmen die fundamentalen Ansatzpunkte einer ersten Differenzierung.

Die Theoretische Philosophie untersucht also die abstraktesten logischen, ontologischen, erkenntnistheoretischen und sprachlichen Gegebenheiten und Zusammenhängen der Realität. Die Praktische Philosophie fragt nach einer Bewertung, Normierung und Rechtfertigung unseres Handelns, unserer Werte und unserer normativen Verpflichtungen. Sie erstreckt den philosophischen Rahmen auf die Einzelwissenschaften der Moral- und Sozialpsychologie sowie der Rechtsdogmatik. Die Rechtsphilosophie ist dann analog der allgemeinen Philosophie in Rechtstheorie und Rechtsethik zu unterteilen. Die Tatsache, daß sich die Rechtsphilosophie innerhalb der allgemeinen Philosophie zur Spezifikation mittelbar auf das Recht als menschliches Handeln und sein Ergebnis, also einen praktischen Gegenstand bezieht, kann nicht ausschließen, daß die Rechtsphilosophie an der allgemeinen Differenzierung der Philosophie in Theoretische und Praktische Philosophie teilhat. Der Grund dafür ist, daß auch die Rechtsphilosophie ihren spezifischen Charakter als Wissenschaft nur durch die Rahmenfunktion der Philosophie als solcher erfährt.

Die *Rechtstheorie* analysiert und beschreibt die fundamentalen Strukturen des Rechts im Zusammenhang mit anderen Phänomenen der Welt, seine Begriffs-

²⁸ Dies schließt die Bildung weiterer kleiner Disziplinen nicht aus, die sich keinem der beiden großen Teile ohne weiteres zuordnen lassen, wie etwa die Ästhetik, oder die übergreifend sind, wie die Logik.

prägung einschließlich der Frage des Rechtsbegriffs,²⁹ seine Erkenntnisgewinnung einschließlich der Rechtsquellenlehre,³⁰ seine Sprachverwendung, seine Normlogik, seine implizite Handlungstheorie und seine System- und Institutionenbildung.³¹ Dabei spielen idealiter philosophische Nachbardisziplinen und ihre einzelwissenschaftlichen Pendanten eine Rolle, also etwa Politische Philosophie und Politikwissenschaft, Sprachphilosophie und Linguistik, Logik und Mathematik, Handlungstheorie und Entscheidungspsychologie. Die Rechtstheorie klärt über die Instrumente der Rechtssetzung und Rechtsanwendung auf, z. B. über die logische und sprachliche Funktion von Rechtsnormen. Sie findet ihre Verbindung zum geltenden Recht zum einen in der Rechtspolitik (für Gesetze, Satzungen und Verordnungen) und zum anderen in der juristischen Methodenlehre, also in der Methodenreflexion zur Anwendung des Rechts in Gerichtsurteilen und Verwaltungsentscheidungen.

Die *Rechtsethik* unterzieht das Recht dagegen einer rechtsexternen *normativen* Rechtfertigung bzw. Kritik.³² Oder anders formuliert: Sie fragt nach der *Gerechtigkeit* des Rechts, nach dem richtigen Recht. Dabei geht es ihr nicht nur um systeminterne Kohärenz und Zweckmäßigkeit der Rechtsnormen wie der Rechtsdogmatik, sondern um einen nicht auf die positiv-rechtliche Regelung beschränkten Gerechtigkeitsmaßstab.³³ Eine mögliche Alternative dieses Gerech-

²⁹ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961; Werner Maihofer (Hg.), *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt 1973.

³⁰ Vgl. dazu systematisch: Klaus F. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre* (Fn 11), S. 513ff.; Bernd Rütters, *Rechtstheorie* (Fn 11), S. 123ff.; historisch: Annette Brockmüller, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, Baden-Baden 1997, S. 89ff, S. 114ff. und passim.

³¹ Vgl. zu neueren deutschsprachigen Gesamtdarstellungen: Peter Koller, *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, 2. Auflage, Wien 1997. Klaus F. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre* (Fn 11); Bernd Rütters, *Rechtstheorie* (Fn 11). Alle drei Bücher enthalten aber auch größere Abschnitte zur Rechtsethik. Die Unterscheidung zwischen Rechtstheorie und Rechtsethik wird also bedauerlicherweise noch nicht strikt eingehalten.

³² Vgl. Dietmar von der Pfordten, *Rechtsethik*, München 2001.

³³ Dabei bedeutet „rechtsextern“ hier nur das Absehen von der Perspektive der dogmatischen Anwendung. Durch die fachliche Einteilung darf aber selbstredend keine Vorentscheidung der formalrechtsethischen Frage nach dem Verhältnis von Ethik und Recht getroffen werden. Insbesondere ist damit also die essentialistische Annahme der notwendigen Verbindung von Ethik und Recht nicht ausgeschlossen. Ebenda, S. 99ff.

tigkeitsmaßstabs ist das Naturrecht, eine andere – meiner Auffassung nach plausiblere, weil gemäßigte und leichter zu rechtfertigende – die Konstruktion einer besten Konfliktlösung widerstreitender Wünsche, Belange und Interessen.³⁴ Auch die Rechtsethik steht in Verbindung zur Rechtspolitik und juristischen Methodenlehre. Rechtsethische Überlegungen können auf diese Weise unmittelbar praxisrelevant werden.

Gustav Radbruch und sein Schüler Arthur Kaufmann sahen die Rechtsphilosophie anders als hier vorgeschlagen ausschließlich als bewertende Betrachtung des Rechts an, als Lehre vom richtigen Recht, als „Rechtsethik“ in der neueren Terminologie.³⁵ Der Grund für diese Beschränkung der Rechtsphilosophie auf die praktische Philosophie war Radbruchs spezifischer, aus dem Heidelberger Neukantianismus von Windelband, Rickert und Lask entlehnter Philosophiebegriff. Der Heidelberger Neukantianismus unterschied zwischen zwei grundsätzlich verschiedenen Sphären der Realität: Natur bzw. Sein und Wert bzw. Sollen. Die Natur liegt vor der Bewertung durch den Menschen. Der Wert wird durch den menschlichen Geist konstituiert. Dies geschieht in jedem Werk und Handeln des Menschen. Während das Reich des Seins den Naturwissenschaften vorbehalten bleibt, beziehen sich die historischen Wissenschaften bzw. Kulturwissenschaften auf das Reich der Werte. Dazu soll auch die Philosophie gehören. Folglich sollen auch in der Sphäre der theoretischen Philosophie Werte entscheidend sein.³⁶

³⁴ Ebenda, S. 28ff., 436ff.

³⁵ Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn 15), S. 13; Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie (Fn 25), S. 9.

³⁶ Wilhelm Windelband, Lehrbuch der Geschichte der Philosophie, 4. Aufl., Tübingen 1907, § 46, S. 564: Die Philosophie kann nur weiterleben als Lehre von den allgemeingültigen Werten; ders., Über die gegenwärtige Lage und Aufgabe der Philosophie, in: ders., Präludien. Aufsätze und Reden zur Einführung in die Philosophie, Bd. 2, 4. Aufl. Tübingen 1911, S. 21; Heinrich Rickert, Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften, 2. Aufl. Tübingen 1913, S. 529: Philosophie als Wertlehre; ders., System der Philosophie, 1. Teil: Allgemeine Grundlegungen der Philosophie, Tübingen 1921, S. 142ff.; Emil Lask, Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre, in: Gesammelte Schriften II. Band, hg. von Eugen Herrigel, Tübingen 1923, S. 5, 23, 26; ders., Rechtsphilosophie, in: Gesammelte Schriften, hg. von Eugen Herrigel, I. Bd., Tübingen 1923, S. 286ff.

Zwischen Sein und Wert existiert nach Radbruch eine verbindende Haltung: die wertbezogene Kultur. Das Recht ist Teil dieser wertbezogenen Haltung der Kultur. Die Kulturtatsachen dieser verbindenden Haltung lassen sich nicht einfach wie das bloße Sein wertfrei beschreiben, sondern sind nur im Hinblick auf ihren Wert, ihre Idee zu begreifen. Die Rechtswissenschaft muß deshalb nach Radbruch zumindest wertbeziehend sein, während die Rechtsphilosophie wie alle Philosophie sogar eine bewertende Perspektive einzunehmen hat.³⁷

Diese Festlegung der Philosophie auf eine bewertende Perspektive unterscheidet zwar einleuchtend zwischen empirischen Wissenschaften und Philosophie. Sie schlägt aber die Philosophie fälschlicherweise dem Gebiet der historischen Kulturwissenschaften zu. Wenn unsere Erkenntnis in zwei Wissenschaftsgruppen geteilt ist, dann muß es auch einen verbindenden Rahmen all unserer Erkenntnis geben, der beide Formen von Wissenschaften überwölbt. Entsprechend muß auf der Grundlage unserer fundamentalen und kategorialen Unterscheidung von Tun bzw. Bewerten und Leiden bzw. Aufnehmen beim beobachtenden Wissenschaftler zwischen Theoretischer und Praktischer Philosophie unterschieden werden. Die zutreffende Beobachtung, daß die Erkenntnis des Rechts als Kulturercheinung immer schon ein Sinnverstehen voraussetzt, kann die klare und wesentliche Unterscheidung in der Haltung des Wissenschaftlers zwischen Aufnehmen, Erkenntnis und Beschreibung auf der einen Seite und Rechtfertigung bzw. Kritik auf der anderen Seite nicht nivellieren. Um eine Bewertung verstehen zu können, bedarf es zwar eines sinnhaften Verstehensaktes. Aber dieser Verstehensakt kann seinerseits klar von einer eigenen Bewertung durch den Wissenschaftler als gut oder schlecht oder einer Verpflichtung als geboten oder verboten unterschieden werden. Die geisteswissenschaftliche Richtung des Heidelberger Neukantianismus hat sich von den empirischen Wissenschaften zu leicht auf eine umfassend verstandene Praktische Philosophie beschränken lassen. Das hatte zur Folge, daß eine genuine Theoretische Philosophie und im Gefolge eine abstrakte

³⁷ Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn 15), S. 12f.

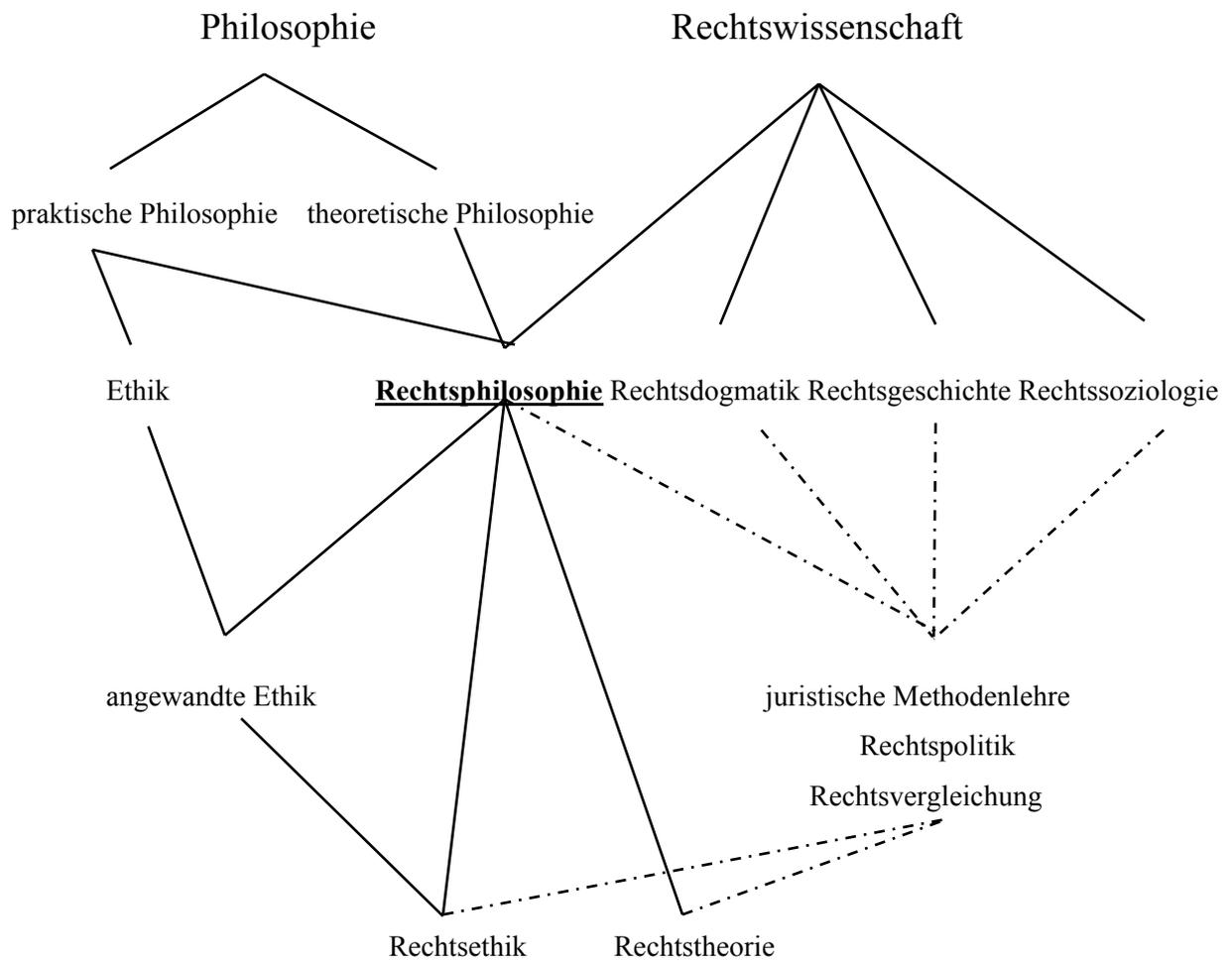
und ausgebaute Rechtstheorie bei einem Denker wie Radbruch weitgehend außen vor blieben.

Den umgekehrten Versuch der Verwissenschaftlichung der Rechtsphilosophie und ihre Reduktion auf Rechtstheorie haben bekanntlich die Allgemeine Rechtslehre im 19. Jahrhundert, also Merkel, Bierling und Bergbohm, dann Kelsen sowie der skandinavische Rechtsrealismus im 20. Jahrhundert versucht.³⁸ Aber für diesen Versuch, die Rechtsethik zu verdrängen, gilt mutatis mutandis Ähnliches wie für Radbruch und den Heidelberger Neukantianismus. Ihm mangelt ein selbständiges und begründetes Verständnis der Philosophie mit ihren großen gleichberechtigten Teilen Theoretische und Praktische Philosophie.

Sieht man die Philosophie nach der obigen Bestimmung als Rahmen all unserer Einsicht und aller Einzelwissenschaften an und unterscheidet man Theoretische und Praktische Philosophie, so folgt daraus, daß Rechtstheorie und Rechtsethik als gleichwertige Teile der Rechtsphilosophie anerkannt werden müssen.³⁹ Die Rechtsphilosophen haben dies in den von ihnen behandelten einzelnen Fragen und Themen auch faktisch immer getan. Allerdings hinkt bei manchen das Bewußtsein dem Sein hinterher.

³⁸ Adolf Merkel, *Juristische Encyclopädie*, 3. Aufl. Berlin 1904; Ernst Rudolf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, 5 Bände, Tübingen 1894-1917; Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtswissenschaft. Kritische Abhandlungen*. Erster Band: Einleitung. – Erste Abhandlung: *Das Naturrecht der Gegenwart*, Leipzig 1892; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. Wien 1960; Hans Heinrich Vogel, *Der skandinavische Rechtsrealismus*, Frankfurt a. M. 1972; Enrico Pattaro, *Il Realismo Giuridico Scandinavo*, Bologna 1975; Jes Bjarup, *Skandinavischer Realismus*, Freiburg/München 1978.

³⁹ Ralf Dreier hat dies im übrigen auch im Rahmen einer weit verstandenen Rechtstheorie gefordert, vgl. *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?* (Fn 16), S. 28, *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Fn 12), S. 60ff.



— = „Teil von ...“
 - - - - = „Beziehung zu ...“

Wer die 1974 an gleicher Stelle gehaltene Antrittsvorlesung Ralf Dreiers kennt,⁴⁰ wird vielleicht fragen, worin Gemeinsamkeiten und Differenzen bestehen. Dreiers Charakterisierung der Rechtstheorie enthält – soweit ersichtlich – unter anderem zwei zentrale Thesen: Die erste These lautet, daß sich die Rechtstheorie stark auf das geltende Recht und die Rechtsdogmatik beziehen muß. Die zweite These lautet, daß die Rechtstheorie zwar nicht ausschließlich, aber doch in besonderem Maße als Rechtssoziologie, als Gesellschaftstheorie zu verstehen ist.⁴¹ Die erste These verdient ohne Einschränkungen Zustimmung (vgl. sogleich Abschnitt 4). Die zweite These erscheint dagegen eher als ideengeschichtliche These, weniger als normative These überzeugend (vgl. Abschnitt 5).

4. Die Beziehung der Rechtsphilosophie zum geltenden Recht und zur Rechtsdogmatik

Die erste These der engen Verbindung der Rechtstheorie – bzw. weiter gefaßt der Rechtsphilosophie – zum geltenden Recht und zur Rechtsdogmatik erfährt ihre Untermauerung schon durch die Brückenstellung der Rechtsphilosophie. Die Rechtsphilosophie kann ihre Funktion als Verbindung zu anderen Phänomenen unserer Erkenntnis nur erfüllen, wenn sie sich eng auf die Rechtsdogmatik und das geltende Recht bezieht. Jede Untersuchung der Rechtsethik und der Rechtstheorie tut also gut daran, Anschluß an das geltende Recht und seine Interpretation durch die Rechtsdogmatik zu suchen. Dabei läßt sich das interessanteste Phänomen beobachten, daß die beiden übergeordneten Hauptdisziplinen, die Rechtswissenschaft und die Philosophie, immer wieder versucht haben, die Rechtsphilosophie näher an sich zu binden. Die Rechtsphilosophie ähnelt einer

⁴⁰ Ralf Dreier, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie? (Fn 16), S. 17ff.

⁴¹ Ebenda, S. 26, 30, 31. Diese These wurde u. a. auch vom Skandinavischen Rechtsrealismus vertreten.

gemeinsamen, aber zu kleinen Bettdecke, die beide Ehegatten beständig an sich zu ziehen versuchen. In diesem Ringen ist das Bestreben und der Trumpf der Rechtswissenschaft selbstredend die größere Praxisnähe und damit Verwertbarkeit, das Bestreben und der Trumpf der Philosophie die größere Allgemeinheit, Kohärenz und Rechtfertigungskraft.

Der Siegeszug des säkularen neuzeitlichen Naturrechts bei Grotius und Pufendorf im 17. Jahrhundert gegenüber der alten bisher dominierenden Aristotelischen Politik resultiert wesentlich aus deren größerer Praxisnähe und Problemlösungsrelevanz. Der neue Terminus „*philosophia juris*“ und „Rechtsphilosophie“ taucht dann – für uns heute terminologisch überraschend – im 17. und 18. Jahrhundert auf, um eine stärker anwendungsorientierte Theorie des geltenden Rechts zu bezeichnen.⁴² Gottlieb Hufeland hat 1785 den Vorschlag gemacht, die „Philosophie des Rechts“ als neue Wissenschaft zwischen Naturrecht und positives Recht einzufügen, durch die „das Naturrecht dem Staate so nahe gebracht und für denselben so verarbeitet wird, als es aus rein vernünftigen Gründen ohne Rücksicht auf experimentierende Erfahrung gebracht werden kann“.⁴³ Und der Göttinger Zivilist, Rechtshistoriker und Rechtsphilosoph Gustav Hugo hat 1798 mit dem selben Programm ein „Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts“ veröffentlicht. Schließlich versuchten sich Allgemeine Rechtslehre und Rechtstheorie im 19. und 20. Jahrhundert näher an das geltende Recht anzuschließen.

Diese Versuche einer stärkeren Praxisorientierung der Rechtsphilosophie gaben zwar einem legitimen Bedürfnis Ausdruck und waren auch partiell erfolgreich. Der damit einhergehende Verlust an Allgemeinheit, Kohärenz und Rechtfertigungskraft wurde aber regelmäßig verspürt und führte schnell zu Gegenbewe-

⁴² Vgl. Dietmar von der Pfordten, *Rechtsethik* (Fn 32), S. 39ff., ders.; Die Entwicklung des Begriffs „Rechtsphilosophie“ vom 17. bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts, in: *Archiv für Begriffsgeschichte* 41 (1999), S. 151-161.

⁴³ Gottlieb Hufeland, *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts nebst einem Anhang*, Leipzig 1785, S. 290.

gungen. Auf Grotius folgten die philosophischeren Theorien von Hobbes und Locke, auf die praktische Umsetzung des Naturrechts in den Kodifikationen des ausgehenden 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts Kant und Hegel, auf die Allgemeine Rechtslehre und die positivistische Rechtstheorie des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts bei Merkel, Bierling und Bergbohm⁴⁴ schließlich Stammler, Radbruch, und ein neuer Kantianismus und Hegelianismus, etwa bei Binder, Emge und Larenz.⁴⁵ Man kann also auch hier davon ausgehen, daß wie in Newtons drittem physikalischem Axiom auf die actio notwendig die gleich große reactio folgt. Jeder Versuch, die Rechtsphilosophie in toto stärker an die Rechtsdogmatik und damit die Erfassung des geltenden Rechts zu binden, schwächt ihre Brückenfunktion zur Philosophie und damit zu den anderen Wissenschaften.

Die bessere Strategie wird daher in einem ersten Schritt die Brückenfunktion der Rechtsphilosophie anerkennen, die rechtsphilosophische Brücke in einem zweiten Schritt dann aber so weit wie möglich sowohl ins Konkrete der Rechtsdogmatik und des positiven Rechts als auch ins Abstrakte der allgemeinen Philosophie zu verlängern suchen. Beides schließt sich nicht aus: der konkrete Bezug zu dogmatischen Fragen des geltenden Rechts und der abstrakte Bezug zu allgemeinen Fragen der Philosophie. Im Gegenteil: Eine gute Rechtsphilosophie zeichnet sich wie jede gute Wissenschaft dadurch aus, daß sie zwischen Abstraktem und Konkretem gleichzeitig möglichst extensive und möglichst intensive Verbindungen knüpft – mag dies vielleicht auch nicht mehr von einem einzelnen Wissenschaftler, sondern nur im gemeinschaftlichen Forschen zu leisten sein.

⁴⁴ Vgl. Fn 38 und Annette Brockmüller, Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland (Fn 30), S. 238ff.

⁴⁵ Vgl. dazu Oliver Lepsius, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus, München 1994, S. 271ff, 304ff.

Braucht man dann neben der solcherart verstandenen Rechtstheorie, der Juristischen Methodenlehre und der Rechtspolitik noch eine „Allgemeine Rechtslehre“? Diese müßte sich – wie Adolf Merkel es gefordert hat⁴⁶ – auf die wesentlichen Ähnlichkeiten unter den positiven Rechtsbestimmungen verschiedener Rechtsordnungen beschränken und diese anders als die Rechtsphilosophie nicht im Hinblick auf andere rechtsexterne Phänomene überschreiten. Themen einer derartigen „Allgemeinen Rechtslehre“ wären etwa die juristische Person, Vertrag und Delikt, Handeln und Kausalität, Strafe, Rechtswidrigkeit und Schuld, Ehe, Familie und Erbschaft. Aber diese Themen sind alle zum einen auch rechtstheoretisch-rechtsphilosophisch relevant, sie werden zum zweiten in den großen dogmatischen Gebieten des Zivilrechts, Öffentlichen Rechts und Strafrechts ebenfalls abstrakt behandelt, und sie sind zum dritten rechtsordnungsübergreifend Gegenstand der Rechtsvergleichung. Es mag deshalb signifikant sein, daß seit Nawiaskeys „Allgemeiner Rechtslehre“ von 1948² diese Tradition im deutschen Sprachraum weitgehend abgerissen ist.⁴⁷ Mangels echtem Bedürfnis besteht kein Grund für eine Wiederbelebung.

5. Wider eine rechtssoziologische Dominierung der Rechtstheorie

Die zweite These Dreiers, daß die Rechtstheorie in besonderem Maße rechtssoziologisch zu interpretieren ist,⁴⁸ enthält einen ideengeschichtlichen und einen normativen Teil. Der ideengeschichtliche Teil der These ist insbesondere im Hinblick auf den amerikanischen und skandinavischen Rechtsrealismus nicht zu bezweifeln, wiewohl die enge Verschränkung der Rechtstheorie mit der Rechts-

⁴⁶ Adolf Merkel, Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur „positiven“ Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben, in: Zeitschrift für Privat- und Öffentliches Recht der Gegenwart, Band 1, 1874, S. 402.

⁴⁷ Das neuere Buch von Röhl mit dem Titel „Allgemeine Rechtslehre“ (Fn 11) ist eine weit verstandene Rechtstheorie mit einem rechtsethischem Kapitel (5.) und enthält nur in einem einzigen Kapitel (8.) eine derartige enger verstandene Allgemeine Rechtslehre.

⁴⁸ Ralf Dreier, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie? (Fn 16), S. 26, 30, 31.

soziologie historisch wohl nicht zuletzt darauf zurückzuführen ist, daß die Soziologie sich erst allmählich als eigenständiges Fach etabliert hat.

Der normative Teil der These einer engen Verbindung der Rechtstheorie zur Rechtssoziologie erscheint dagegen zeitgeprägt und wenig überzeugend. Die Soziologie erlebte in den 50er, 60er und 70er Jahren einen großen Aufschwung und versucht seitdem, wie die Physik in den zwanziger Jahren und gegenwärtig die Molekularbiologie, sich jenseits ihrer eigentlichen Aufgabe der Beschreibung der Gesellschaft zur Leit- und Fundamentalwissenschaft anderer Wissenschaften zu erheben. Man denke nur daran, wie Luhmann die Wissenschaft zum nur noch selbstreferentiellen Subsystem der Gesellschaft erklärt.⁴⁹ Diesen Hegemonialansprüchen der Soziologie muß man ideologiekritisch begegnen.

Das Recht ist ohne Zweifel ein soziales Phänomen, so daß seine Beziehung zur Gesellschaft einen wesentlichen Aspekt seines Verständnisses darstellt. Insofern ist eine fundierte und sorgfältige Rechtssoziologie unverzichtbar. Diese darf dann allerdings nicht nur theoretisieren, sondern muß solide empirische Forschung betreiben. Die Rechtssoziologie ist überdies ein wichtiges Grundlagenfach der Rechtswissenschaft und sollte an allen juristischen Fakultäten vertreten sein.

Die Beziehung des Rechts zur Gesellschaft stellt aber nur eine von mehreren Verbindungen zwischen zwei einzelnen Gegenstandsbereichen der Realität dar. Die Beziehung des Rechts zum philosophischen Rahmen und dadurch vermittelt zu allen anderen Wissenschaften kann durch diese einzelne Beziehung des Rechts zu einem einzelnen anderen Gegenstandsbereich weder ersetzt noch auch nur bestimmt werden. Die Gesellschaft ist zwar ein wichtiger Bereich unserer Realität, aber eben nur ein einzelner Bereich neben der Natur, der Geschichte, dem Menschen, der Politik, der Logik als den Gesetzen unseres Denkens usw.

⁴⁹ Niklas Luhmann, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a. M. 5. Aufl. 1994, S. 653. Schon der Untertitel verdeutlicht den hegemonialen Anspruch. Aber auch der letzte Absatz: Versehen mit den Einsichten der soziologischen Systemtheorie soll die von Hegel in der Vorrede zu seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ erwähnte Eule der Minerva nun ihren Nachtflug beginnen.

Warum die Beziehung des Rechts zum Gegenstandsbereich Gesellschaft alle anderen Beziehungen zu anderen Gegenstandsbereichen umfassen oder auch nur dominieren sollte, ist nicht erkennbar, zumal „die Gesellschaft“ als scheinbar tatsächlich bestehendes Kollektiv ohnehin ein Konstrukt mancher soziologischer Theorien zu sein scheint. Einzelne soziale Beziehungen bestehen und man kann sie generalisieren. Aber mangels Handlungszentrum und Selbstverständnis der Menschen besteht „die Gesellschaft“ als Ganzes gar nicht als menschlichem Handeln oder Staaten mit ihren Regierungen vergleichbare Realität, sondern es bestehen allenfalls einzelne politische Gemeinschaften. Max Weber, der Nestor der Soziologie, hätte dies vermutlich ähnlich gesehen. Eine der größten Verfälschungen der Wissenschaftsgeschichte bestand darin, Max Webers Buch „Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte“ ohne Autorisierung des Verfassers mit dem übergeordneten Abteilungstitel „Wirtschaft und Gesellschaft“ zu versehen, obwohl „die Gesellschaft“ in diesem Buch als Grundbegriff gar nicht vorkommt. Die Definition der zentralen Grundbegriffe im ersten Kapitel endet vielmehr mit der Bestimmung des „politischen Verbandes“.⁵⁰

Die soziologische Vereinnahmung der Rechtstheorie durch deren Reduktion auf die eine externe Beziehung zur Gesellschaft verdrängt zum einen die Analyse rechtsinterner Strukturen, wie sie etwa Hans Kelsen in seiner „Reinen Rechtslehre“ unternommen hat. Sie verdunkelt zum anderen die wesentlichere Beziehung des Rechts zu Politik und Staat. Modernes Recht muß in weiten Teilen als Ergebnis politischer Entscheidungen und Institutionen verstanden werden, wobei Politik und Staat sich gerade durch ihren kollektiven Handlungscharakter von allen anderen sozialen Beziehungen der Gesellschaft als in ihrer Gesamtheit

⁵⁰ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Fn 5). Weber bestimmt auf S. 21 nur die „Vergesellschaftung“ als eine Form sozialer Beziehungen, wenn und soweit die Einstellung des sozialen Handelns auf rational motiviertem Interessenausgleich oder ebenso motivierter Interessenverbindung beruht. Auf S. 212 wird dann nur en passant gesagt, daß der Terminus „Gesellschaft“ „in diesem Fall“, also im Verhältnis zur Wirtschaft, allgemeine Strukturformen menschlicher Gemeinschaft bezeichnen soll.

zufälligen Resultaten unterscheiden.⁵¹ Aber auch das Verhältnis des Rechts zur Politik ist nicht alleiniger oder dominanter Gegenstand der Rechtstheorie. Die Rechtstheorie muß als theoretische Philosophie des Rechts genauso offen und vielgestaltig betrieben werden wie die Theoretische Philosophie insgesamt.

III. Wozu dient die Rechtsphilosophie den einzelnen Wissenschaftlern, Studierenden und der Allgemeinheit?

Wozu kann nun die Rechtsphilosophie jenseits ihrer Einbindung in die Wissenschaft auf einer tertiären Ebene den einzelnen Wissenschaftlern und Studierenden, aber auch der Allgemeinheit dienen?

1. Die Anwendungsfunktion für die Rechtsdogmatik

Manche Rechtsnormen sind kaum verstehbar und damit anwendbar ohne rechtsphilosophische Überlegungen. Das gilt umso stärker, je abstrakter die Rechtsnormen sind. Es trifft also insbesondere für das Verfassungsrecht zu, aber auch für abstraktere Normen des einfachen Rechts. Man denke an die Menschenwürde in Art. 1 GG mit ihrer über mehr als 2000 Jahre reichenden Ideengeschichte⁵² sowie an die zu ihrer Interpretation entwickelte „Objektformel“⁵³ mit ihrer deutlichen Parallele zur zweiten Formel von Kants Kategorischem Imperativ in des-

⁵¹ Vgl. Dietmar von der Pfordten, Politisches Handeln, in: Carlos Ulises Moulines/Karl-Georg Niebergall (Hg.), *Argument und Analyse*, Paderborn 2002, S. 313-335.

⁵² Vgl. Christian Starck, Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat, in *JZ* 1981, S. 457, 459ff; Peter Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl. Heidelberg 1995, § 20, Rn 31ff.

⁵³ BVerfGE 9, 89, 95; 27, 1, 6, einschränkend 30, 1, 25; Günter Dürig, Der Grundsatz von der Menschenwürde, in *AöR* 81 (1956), S. 117, 127.

sen „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“⁵⁴. Man denke an das Verhältnismäßigkeitsprinzip⁵⁵ als einer Art juristischer Handlungs- und Zweck-Mitteltheorie. Man denke schließlich an die gleich noch näher zu erläuternde Lehre von der Souveränität des Volkes.

2. Die Aufklärungs- und Kritikfunktion

Das Recht ist wie kaum ein anderer Gegenstand ein komplexes Phänomen mit multiplen Aspekten: sozialen, historischen, politischen, ethischen, religiösen, ökonomischen, anthropologischen und normativen. Zur Aufklärung dieser vielen Aspekte des Rechts sind verschiedene Teildisziplinen der Rechtswissenschaft notwendig: die Rechtsdogmatik, die Rechtsgeschichte, die Rechtssoziologie sowie die weiteren Grundlagenfächer. Gerade diese besondere Komplexität des Phänomens Recht macht aber auch eine Verknüpfung und Systematisierung, eine Gesamtbetrachtung dieser Aspekte notwendig. Wegen seiner Komplexität ist das Recht zur Selbstaufklärung in besonderem Maße auf die Disziplin angewiesen, die nach dem hier vorgeschlagenen Verständnis als Rahmen unseres Wissens für eine derartige Gesamtbetrachtung zuständig ist: die Philosophie. Überdies macht sein Handlungscharakter das Recht zu einem Phänomen, das verantwortet, gerechtfertigt und kritisiert werden muß. Nur die Rechtsethik kann einen externen Maßstab für eine derartige Kritik jenseits bloßer Zweckmäßigkeitserwägungen liefern.

⁵⁴ Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten BA 66f.

⁵⁵ BVerfGE 26, 215, 222; 31, 275, 290; 87, 287, 330 mwN; Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln 1961.

Schließlich ist das Recht nicht nur Instrument und Resultat der Politik, sondern dient umgekehrt auch zu deren Kritik und Begrenzung, etwa in den Grundrechten. Diese Kritik und Begrenzung der Politik kann das Recht nur leisten, wenn es sich seinerseits in seinen Grundlagen reflektiert und einer rechtsexternen Rechtfertigung und Kritik öffnet.

3. Die Bildungsfunktion

Wissenschaftliches Studieren soll immer auch Allgemeinbildung vermitteln. Warum? Weil wir es vorziehen, in einer Umgebung gebildeter Menschen zu leben. Juristen waren immer Teil dieses durch Studium gebildeten Teils der Gesellschaft. Die Allgemeinheit und damit wir alle wären ärmer, wenn Juristen nicht mehr wie bisher als Richter, Verwaltungsbeamte und Rechtsanwälte umfassend gebildete Bürger wären, sondern bloße Rechtstechniker. Zwar vermittelt auch die Rechtsdogmatik Allgemeinbildung, aber Grundlagenfächer wie die Rechtsgeschichte und die Rechtsphilosophie sind zur Erweiterung des Horizonts unverzichtbar.

Für die Studierenden der allgemeinen Philosophie kann die Beschäftigung mit der Rechtsphilosophie dagegen einen wichtigen Bezug zu einem zentralen Teil der sozialen Welt eröffnen. Sie können Weltwissen erwerben, nicht bloß Theoriewissen.

IV. Eine Konkretisierung: Art. 20 II S. 1 Grundgesetz: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.“

Eine wesentliche praktisch-juridische Konkretisierung findet die Rechtsphilosophie in der Lehre von der Volkssouveränität.⁵⁶ Art. 20 II S. 1 Grundgesetz nimmt – zusammen mit der Präambel des Grundgesetzes und Art. 146 – Stellung in einem Diskussionsprozeß, der sachlich bis in die Antike zurückreicht, terminologisch aber seit über 400 Jahren, insbesondere seit Bodin, als Frage nach der „Souveränität“ gefaßt wird. Die Präambel, Art. 20 II S. 1 und 146 GG votieren in diesem Diskussionsprozeß für die Volkssouveränität als Alternative zur Staatssouveränität oder Fürstensouveränität.⁵⁷ Die Normen realisieren also, was Denker der Aufklärung wie Locke, Rousseau und Kant gefordert hatten.⁵⁸ Sie sind ohne Einbeziehung dieser philosophiehistorischen Dimension kaum verständlich. Insbesondere zwei Grundfragen, die sich an die Lehre von der Volkssouveränität knüpfen, bedürfen der philosophischen Reflexion.

Zum einen stellt sich die zeitliche Frage: Genügt es, wenn die Volkssouveränität einmalig ihren Ursprung im Volk hat, wie Hobbes meinte,⁵⁹ oder muß sie permanent bzw. repetitiv sein, also immer wieder ausgeübt werden, wie etwa Locke, Rousseau und andere dachten. Die Präambel des Grundgesetzes und Art. 146 beschreiben eine einmalige Ausübung,⁶⁰ während Satz 2 des Art. 20 II GG repetitive Wahlen und Abstimmungen fordert. Bedeutet das dann aber, daß es nach dem Grundgesetz zwei „Aggregatzustände“ des Volkes gibt, wie verschiedentlich angenommen wird: das Volk als Verfassungsgeber, als *pouvoir constituant*, und das Volk als Verfassungsorgan, als ein Element der *pouvoir consti-*

⁵⁶ Die folgenden Überlegungen können im vorliegenden Zusammenhang nur illustrativen und damit kursorischen Charakter haben. Deshalb mußte auch auf eine weiterreichende Auseinandersetzung mit der Literatur verzichtet werden.

⁵⁷ BVerfGE 83, 60, 71; Dreier, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, Tübingen 1998, Art. 20, Rn 76; Sachs, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. München 2003, Art. 20, Rn 27; Peter Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, Tübingen 2002, S. 226ff., 380ff.

⁵⁸ Locke, Two Treatises of Government II, § 89, 141; Kant, Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, § 46, A 129; Rousseau, Du contract social ou principes du droit politique I, 6, 7.

⁵⁹ Hobbes, Leviathan, Kap. 17 und 18.

⁶⁰ Vgl. dazu Dietrich Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1978.

tué?⁶¹ Und was geschieht mit dem Volk als Verfassungsgeber, als pouvoir constituant, wenn es seine Funktion ausgeübt hat? Ist es dann an diese Ausübung gebunden und einer weiteren Wirksamkeit gehindert?⁶²

Diese Fragen lassen sich nur im Zusammenhang mit einer zweiten, noch grundlegenden Frage beantworten: Was bedeutet eigentlich „Volk“ in der Lehre von der Volkssouveränität bzw. in Art. 20 II S. 2 GG, der Präambel und Art. 146 GG? Meint „Volk“ eine kollektive Entität oder sind damit die einzelnen Bürger in ihrer Verbundenheit zum Volk bezeichnet? Meint „Volk“ also eine Art selbstständig existierende Substanz oder nur eine begriffliche oder prädikative Zusammenfassung einzelner Individuen? Diese Frage ist für die gesamte politische Philosophie und die Rechtsphilosophie fundamental, denn im ersten Fall vertritt man einen normativen Kollektivismus mit der Volksgemeinschaft als letzter Legitimitätsquelle politischer Herrschaft, wie ihn auch der Faschismus und der Kommunismus (mit der Arbeiterklasse als Avantgarde) propagierten, im zweiten Fall dagegen einen normativen Humanismus bzw. Individualismus mit den einzelnen Menschen bzw. Individuen als letzter Legitimitätsquelle politischer Herrschaft.⁶³ Zwei Grundalternativen der politischen Philosophie bzw. Rechtsethik sind damit eröffnet. Im ersten Fall sind demokratische Prozeduren wie Wahlen und Abstimmungen nur funktionales Mittel, um den Volkswillen zu konkretisieren, im zweiten Fall dagegen notwendige Legitimitätselemente, um die politischen Institutionen und Entscheidungen an die Individuen als eigentliche Quelle der Normativität rückzubinden.

Die Entscheidung dieser Frage hat auch wesentliche Auswirkungen auf das Verständnis der Europäischen Integration. Sieht man das Volk in Form einer kollek-

⁶¹ BVerfGE 83, 60, 71; Dreier, in: Horst Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar (Fn 57), Art. 20, Rn 76; Sommermann, in: v. Mangoldt/Kein/Starck, Bonner Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, 4. Aufl. München 2000, Art. 20, Rn 143.

⁶² Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, in: ders.: Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1991, S. 100.

⁶³ Das impliziert nicht, daß mit „Volk“ nicht das Staatsvolk, sondern die Bevölkerung gemeint ist, die auf einem Territorium lebt.

tiven Entität als Quelle politischer Herrschaft an, so ist es kaum oder wenigstens schwerer verständlich, ein übergeordnetes europäisches Volk und untergeordnete Völker der bisherigen Staaten anzuerkennen, denn diese müssen ja aus Teilen der kollektiven Entität gebildet sein. Dann liegt ein intergouvernementales Verständnis des Einigungsprozesses nahe.

Werden dagegen die einzelnen Menschen und Bürger in ihrer Verbundenheit zu Gemeinschaften als letzte Legitimitätsquelle politischer Herrschaft interpretiert, so bereitet es keine Schwierigkeit, sie als legitimierende Mitglieder verschiedener Völker auf verschiedenen Ebenen zu verstehen,⁶⁴ etwa als Mitglieder eines europäischen Volkes, eines deutschen Volkes, eines niedersächsischen Volkes und der Stadt und des Landkreises Göttingen.⁶⁵ Dann kann man auch ohne weiteres von einem europäischen Staat, einem deutschen Staat und einem niedersächsischen Staat sprechen. Art. 28 I S. 2 GG erwähnt die Vertretung des „Volkes“ in Ländern, Kreisen und Gemeinden. Damit kann nicht das Deutsche Volk als Ganzes gemeint sein. Art. 20 II S. 1 GG wäre also so zu lesen, daß alle bundesstaatliche Staatsgewalt vom Deutschen Volk als Verbundenheit aller Staatsbürger ausgeht, alle Staatsgewalt der Länder und Kommunen von den jeweiligen Landes- und Kommunalvölkern als Teilmenge der Staatsangehörigen des Deutschen Volkes.

Das Grundgesetz ist wie alle modernen westlichen Verfassungen in ethisch-legitimatorischer Hinsicht ohne Zweifel normativ-humanistisch bzw. normativ-individualistisch zu interpretieren. Es besteht ein Vorrang des Menschen und seiner Würde vor der Macht des Staates.⁶⁶ Die Berufung auf den Menschen in der Präambel, die Spitzenstellung der Menschenwürde in Art. 1 GG, die Voran-

⁶⁴ Vgl. Thomas Schmitz, *Integration in der Supranationalen Union*, Baden-Baden 2001, S. 444ff.; Ders.: *Das europäische Volk und seine Rolle bei einer Verfassunggebung der Europäischen Union*, in: *Europarecht* 2003, S. 217. Anders: Marcel Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, Baden-Baden 1997: Nach Art. 20 II 1 GG müsse sich sämtliche Staatsgewalt der Bundesrepublik Deutschland auf das Deutsche Staatsvolk zurückführen lassen.

⁶⁵ So ausdrücklich BVerfGE 83, 37, 55 für ein „Volk“ der Länder und Gemeinden.

⁶⁶ BVerfGE 7, 198, 205 mit Verweis auf die Voranstellung des Grundrechtsteils im Grundgesetz.

stellung der Grundrechte vor die Organisationsnormen im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung, das Demokratieprinzip in Art. 20 I GG, die Eröffnung des Rechtswegs nach Art. 19 IV GG und die 1969 ins Grundgesetz aufgenommene Individualverfassungsbeschwerde lassen kein anderes Verständnis zu.⁶⁷ Art. 1 I des Herrenchiemseentwurfs des Grundgesetzes hatte bekanntlich formuliert: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“⁶⁸

Unter der Homogenitätsannahme, daß die anderen Verfassungen der Mitglieder der Europäischen Union ebenfalls normativ-individualistisch zu verstehen sind, ist auch das normative Postulat eines europäischen Staatsvolkes nicht problematisch. Der Prozeß der europäischen Einigung ist nicht nur intergouvernemental zu interpretieren, sondern auch als politische Verbindung zwischen den europäischen Bürgern. Allerdings dürfen normatives Postulat und empirische Realität natürlich nicht vollständig divergieren, so daß man zumindest ein gewisses Maß an tatsächlicher Konvergenz der realen Zusammengehörigkeit erwarten darf.

Akzeptiert man einen normativ-humanistischen bzw. normativ-individualistischen Ausgangspunkt, so ergibt sich auch eine Antwort auf die erste Frage nach der temporalen Interpretation des Volkes als verfassungsgebende Gewalt. Wenn das Volk als verfassungsgebende Gewalt seine Legitimität nur aus den Men-

⁶⁷ Vgl. aber BVerfGE 4, 7, 15f., wonach das Menschenbild des Grundgesetzes nicht das eines isolierten souveränen Individuums sei. Das Grundgesetz habe vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Nach Hans Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Festschrift für Rudolf Laun, hg. von D. S. Constantopoulos und Hans Wehberg, Hamburg 1953, S. 671 und Dürig, in Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, 42. Ergl., München 2003, Art. 1 Abs. 1, Rn 46ff., halte das Grundgesetz in der Stufenfolge Individualismus-Personalismus-Kollektivismus die mittlere Linie des Personalismus inne. Diese Lehre unterscheidet mit der Verwendung des vagen Begriffs „Menschenbild“ aber nicht klar zwischen der deskriptiv-empirischen, der normativ-rechtlichen und der normativ-ethischen Frage nach den Verhältnis Individuum-Gemeinschaft. Deskriptiv-empirisch ist der Mensch selbstredend kein isoliertes Individuum, sondern in vielfältiger Weise in Gemeinschaften (Familie, Ehe, Unternehmen, Gemeinden, Staat) eingebunden. Normativ-rechtlich statuiert das Grundgesetz zweifellos Wert und Schutz von Gemeinschaften, etwa in Art. 6 GG der Ehe, in Art. 9 GG der Vereine und Gesellschaften und in Art. 18 GG und einigen anderen Normen seiner selbst. Das schließt aber nicht aus, den einzelnen Menschen in ethisch-legitimatorischer Hinsicht als letzte Quelle der Rechtfertigung staatlicher Herrschaft anzusehen. Keine Gemeinschaft, auch nicht der Staat, ist so wie der individuelle Mensch Selbstzweck.

⁶⁸ JöR 1 (1951), S. 48.

schen bezieht, die es konstituieren, so ändert sich dieses Volk und damit die legitimierende Gewalt mit jeder Geburt und jedem Todesfall. Das bedeutet: Das Volk, das zu einem bestimmten Zeitpunkt als *pouvoir constituant* eine Verfassung legitimiert hat, besteht zu späteren Zeitpunkten nurmehr in veränderter Zusammensetzung. Der ursprüngliche Akt der Verfassungsgebung durch das ursprünglich von bestimmten Menschen gebildete Staatsvolk kann das Volk in seiner veränderten Zusammensetzung nicht binden.⁶⁹ Die Legitimität der Verfassung speist sich also nicht aus ihrem ursprünglichen Konstitutionsakt, sondern aus ihrer permanenten Akzeptanz durch die gegenwärtig lebenden Menschen.⁷⁰ Folglich bereitet die Annahme keine Schwierigkeiten, daß das ursprüngliche Staatsvolk die einmal statuierte Verfassung nicht ändern kann, denn die Herrschaft des ursprünglichen Staatsvolkes über die Verfassung ist mit der Veränderung dieses Volkes sowieso obsolet. Es handelt sich nurmehr um eine historische Tatsache. Die *pouvoir constituant* ist keine über einen längeren Zeitraum legitime Macht. Der Begriff erfaßt nur ein historisches Faktum ohne längerreichende normativ-legitimierende Kraft. Das bedeutet aber, daß die *pouvoir constitué* des gegenwärtig bestehenden Volkes in längerfristiger Perspektive gar nicht „konstituiert“ ist. Sie ist vielmehr autochthone Quelle der Legitimität gegenwärtig ausgeübter politischer Herrschaft. Die Unterscheidung zwischen *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* ist irreführend, weil sie eine historische Beschreibung und eine reale legitimatorische Quelle staatlicher Herrschaft mit dem selben Wort „*pouvoir*“ bezeichnet und letztere in irreführender Weise von ersterer abhängig macht.

Die Präambel des Grundgesetzes enthält eine der *pouvoir constituant* entsprechende historische Beschreibung. Das gegenwärtig bestehende und damit legi-

⁶⁹ Thomas Jefferson, Brief an James Madison vom 6. 9. 1789, in: Writings. Hg. von Merrill D. Peterson, New York 1984, S. 959, 963ff.

⁷⁰ Das hindert das positive Verfassungsrecht nicht, wie in Art. 79 III GG „Ewigkeitsgarantien“ aufzustellen. Dabei handelt es sich aber nur um einen juridisch-verfassungsinternen Ausschluß der legalen Veränderung der Verfassung. Die rechtsethisch-legitimatorische Rechtfertigung der Verfassung ist davon klar zu unterscheiden.

timierende deutsche Volk ist aber in Art. 20 II GG kein „Verfassungsorgan“ sondern immerwährender Souverän mit verschiedenen Ausprägungen und Optionen: Art. 20 II S. 1 GG statuiert die dauernde normative Legitimierung staatlicher Herrschaft, Art. 20 II S. 2 GG die zentrale tatsächliche Form der Ausübung dieser Legitimierung, Art. 146 GG verweist auf die permanente Option des Souveräns zur Verfassungsersetzung.

Wie die soeben entfaltete kursorische Diskussion gezeigt hat, erfordert ein Verständnis zentraler Normen des Grundgesetzes rechtsphilosophische Überlegungen. Das gilt auch für viele andere Normen des Rechts. Deshalb – wie sich im Verlauf des Textes ergab aber beileibe nicht nur deshalb – lautet das Fazit: Die Rechtsphilosophie ist sowohl für die Rechtswissenschaft und die Philosophie als auch für die einzelnen Wissenschaftler, die sich mit Rechtswissenschaft oder Philosophie beschäftigen, sowie die Allgemeinheit unverzichtbar.