

# Suhrkamp Verlag

## Leseprobe



Brugger, Winfried / Neumann, Ulfried / Kirste, Stephan  
**Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert**

Herausgegeben von Winfried Brugger, Ulfried Neumann und Stephan Kirste

© Suhrkamp Verlag  
suhrkamp taschenbuch wissenschaft 1894  
978-3-518-29494-9

suhrkamp taschenbuch  
wissenschaft 1894

Angesichts der Globalisierung und der von ihr aufgeworfenen Probleme für das nationale und das internationale Recht gewinnt die Rechtsphilosophie immer stärker an Bedeutung. Zugleich verbinden sich rechtstheoretische Fragen wieder zunehmend mit philosophischen Überlegungen. Der vorliegende Band versammelt 20 Beiträge namhafter Rechtstheoretiker und Philosophen, die die eigenständige Begriffsbildung und die Entwicklung neuer Theorieansätze auf dem Gebiet der Rechtsphilosophie zum Ziel haben. Das Spektrum reicht dabei von grundbegrifflichen Klärungen bis hin zu konkreten Problemstellungen des globalisierten Rechts und bietet einen umfassenden Überblick über die aktuelle deutsche und internationale Debatte. Mit Beiträgen u. a. von Robert Alexy, Klaus Günther, Gunther Teubner, Otfried Höffe und Jürgen Habermas.

Winfried Brugger ist Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Universität Heidelberg. Ulfrid Neumann ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der Universität Frankfurt am Main. Stephan Kirste ist außerordentlicher Professor für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie, Verfassungsgeschichte der Neuzeit und Rechtssoziologie an der Universität Heidelberg.

# Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert

Herausgegeben  
von Winfried Brugger,  
Ulfrid Neumann und  
Stephan Kirste

Suhrkamp

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

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 1894

Erste Auflage 2008

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 2008

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,  
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung  
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form  
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)  
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert  
oder unter Verwendung elektronischer Systeme  
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Umschlag nach Entwürfen

von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Printed in Germany

ISBN 978-3-518-29494-9

I 2 3 4 5 6 – 13 12 11 10 09 08

# Inhalt

Vorwort .....	7
I. Fundamente, Schulen, Konkurrenzen	
<i>Robert Alexy</i>	
Die Natur der Rechtsphilosophie .....	II
<i>Michael Anderheiden</i>	
Rechtsphilosophie jenseits des <i>Ordinary-language</i> -Ansatzes	26
<i>Winfried Brugger</i>	
Würde, Rechte und Rechtsphilosophie im anthropologischen Kreuz der Entscheidung.....	50
<i>Jochen Bung</i>	
Das Bett des Karneades. Zur Metakritik der Paradoxologie	72
<i>Rolf Gröschner</i>	
Dialogik der Rechtsverhältnisse .....	90
<i>Eric Hilgendorf</i>	
Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland heute .....	III
<i>Stephan Kirste</i>	
Recht als Transformation .....	134
<i>Peter Koller</i>	
Der Begriff des Rechts und seine Konzeptionen .....	157
<i>Werner Krawietz</i>	
Juridische Kommunikation im modernen Rechtssystem in rechtstheoretischer Perspektive .....	181
<i>Joachim Lege</i>	
Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism .....	207
<i>Ulfrid Neumann</i>	
Theorie der juristischen Argumentation .....	233
<i>Dietmar von der Pfordten</i>	
Was ist Recht? Eine philosophische Perspektive .....	261
<i>Lorenz Schulz</i>	
Recht und Pragmatismus .....	286

## II. Problemkontexte in der globalisierten Welt

<i>Ralf Dreier</i>	
Rechtsphilosophische Standpunktprobleme.....	317
<i>Klaus Günther</i>	
Liberaler und diskurstheoretische Deutungen der Menschenrechte.....	338
<i>Jürgen Habermas</i>	
Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft ..	360
<i>Otfried Höffe</i>	
Vision Weltrepublik. Eine philosophische Antwort auf die Globalisierung.....	380
<i>Jan C. Joerden</i>	
Zwischen Autonomie und Heteronomie in paradoxen medizinrechtlichen Situationen .....	397
<i>Kurt Seelmann</i>	
Respekt als Rechtspflicht? .....	418
<i>Gunther Teubner</i>	
Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch »private« transnationale Akteure .....	440
Hinweise zu den Autoren .....	473
Sachregister.....	476
Namenregister .....	479

## Vorwort

Jahrhundertwenden sind nicht notwendige, aber doch nachvollziehbare Zäsuren zur Reflexion auf Lehren aus dem vergangenen Centennium, zur Suche nach Lösungen von Gegenwartsproblemen und zum Entwurf von Zukunftsvisionen. Das gilt für die Öffentlichkeit wie die Politik und die einzelnen Wissenschaftsdisziplinen, die Rechtsphilosophie inklusive. Wenn dieser Band mit scheinbar achtjähriger Verspätung nach dem Jahr 2000 erscheint, so liegt das nicht daran, dass die deutsche Rechtsphilosophie in Analogie zu der »Eule der Minerva« in Hegels Vorrede zu den *Grundlinien der Philosophie des Rechts* »erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug [beginnt]« und die Wende erst reflektiert, wenn sie schon vorbei ist. Anlass für die Publikation zu diesem Zeitpunkt ist vielmehr der Umstand, dass 2009 die Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), die älteste, größte und bedeutendste Vereinigung in diesem Bereich mit über 40 nationalen Mitgliedsverbänden und mehr als 2000 Mitgliedern, 100 Jahre alt wird. Ihr Publikationsorgan, das *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, wurde 1907 gegründet, hat sein 100-jähriges Jubiläum also schon hinter sich. Dieser Band, dessen Autoren zum großen Teil der Deutschen Sektion der IVR angehören, gibt einen Überblick über den Diskussions- und Problemstand der deutschen Rechtsphilosophie. Der Schwerpunkt liegt nicht in der Kommentierung alter und neuer Klassiker; vielmehr stellen die Autoren eigenständige Analysen, Begriffsbildungen und Theorieansätze vor. Mit den Einschränkungen, die für jedes einzelne Buch gelten, kann man sagen: Die universellen Fragen der Rechts- und Sozialphilosophie nach der guten und gerechten Ordnung des Gemeinwesens sollen hier eine gegenwarts- und zukunftsbezogene Antwort finden aus der besonderen Tradition deutschsprachiger Rechtsreflexion. Das schließt natürlich Bezüge auf andere Denkschulen nicht aus, sondern ein. In diesem Sinne bieten die 20 Beiträge eine Diskussionsplattform für unterschiedliche Denkansätze in der Rechts- und Sozialphilosophie (Teil I) wie auch wichtige Einzelprobleme und deren potentielle Lösung (Teil II). Der Band behandelt natürlich nicht alle drängenden Probleme und nicht jeden kreativen Sozial-

und Rechtsphilosophen. Aber in seiner Gesamtheit bietet er doch ein repräsentatives Spektrum des Gegenwartsdenkens im deutschsprachigen Raum. Vielleicht kommt der Band damit dem nahe, was Hegel die »Einheit der Form und des Inhalts« nannte; sicherlich bildet er das ab, was sich uns heutzutage, im 21. Jahrhundert, als eine »Vielfalt der Schulen und der Probleme« darstellt.

Für wertvolle Hilfe bei der Vorbereitung dieses Bandes für die Publikation danken die Herausgeber Herrn Dr. Magnus Schlette (Speyer/Erfurt), Frau Dr. Simone Schmon (Heidelberg) sowie Frau Ingrid Baumbusch (Heidelberg).

*Winfried Brugger, Ulfrid Neumann, Stephan Kirste,  
im April 2008*

# I. Fundamente, Schulen, Konkurrenzen



# Robert Alexy

## Die Natur der Rechtsphilosophie

In der Frage nach der Natur der Rechtsphilosophie verbinden sich zwei Probleme. Das erste betrifft die allgemeine Natur der Philosophie, das zweite den speziellen Charakter des Teils der Philosophie, den wir »Rechtsphilosophie« nennen.

### I. Die Natur der Philosophie

Es gibt so viele Schulen, Methoden, Stile, Gegenstände und Ideale der Philosophie, dass es schwierig ist, ihre Natur zu erklären. Eine allgemeine Bestimmung der Natur der Philosophie würde voraussetzen, dass alle oder zumindest die meisten der sehr verschiedenen Konzeptionen der Philosophie, die in der Geschichte dieses Gebietes aufgetreten sind, irgendetwas gemeinsam haben, das als zentrale Bedeutung des Ausdrucks »Philosophie« oder als deren Begriff angesehen werden kann.

Das allgemeinste Merkmal des Begriffs der Philosophie scheint die Reflexivität zu sein. Philosophie ist reflexiv, weil sie Denken über das Denken ist. Philosophie ist Denken über das Denken, weil ihr Gegenstand, die menschliche Praxis der Erkenntnis der Welt, des Ichs und der Anderen auf der einen und des Handelns auf der anderen Seite, wesentlich durch Gründe bestimmt wird.

Eine Vorstellung von der Welt, von sich selbst und von anderen zu haben heißt, eine Vorstellung von dem zu haben, was es gibt. Das Handeln setzt darüber hinaus eine Vorstellung davon voraus, was getan werden soll oder gut ist. Über die allgemeine Frage, was es gibt, nachzudenken bedeutet, Metaphysik als Ontologie zu betreiben; das Nachdenken über die Frage, was getan werden soll oder gut ist, definiert die Ethik. Nun gründet sich die menschliche Praxis nicht nur – meist implizit – auf Antworten auf diese beiden Fragen, sie schließt auch – wieder meist implizit – Antworten auf eine dritte Frage ein: die Frage, wie unsere Annahmen über das, was es gibt, und das, was getan werden soll oder gut ist, begründet werden können. Diese Frage definiert die Epistemologie. Die Philosophie will

die ontologischen, ethischen und epistemologischen Annahmen explizit machen, die der menschlichen Praxis implizit sind.

Explizite Reflexivität ist zur Bestimmung der Natur der Philosophie notwendig, aber nicht hinreichend. Ein Lehrender, der studentisches Kaugummikauen während seiner Vorlesung verabscheut, kann dadurch reflexiv werden, dass er sich fragt, was die Gründe für seine Einstellung sind, doch das reicht nicht aus, ihn zu einem Philosophen zu machen. Wenn Reflexivität etwas genuin Philosophisches sein soll, dann muss sie mit zwei weiteren Eigenschaften verbunden werden. Die Reflexion muss eine Reflexion über allgemeine oder fundamentale Fragen sein, und diese Reflexion muss einen systematischen Charakter haben. Die kürzeste und abstrakteste, aber dennoch wirklich umfassende Definition der Philosophie könnte deshalb wie folgt lauten: Philosophie ist allgemeine und systematische Reflexion darüber, was es gibt, was getan werden soll oder gut ist und wie Erkenntnis von beidem möglich ist.

Diese Bestimmung erhebt keinesfalls den Anspruch, ihren Gegenstand zu erschöpfen. Das schließt schon ihre Kürze aus, und es kann sein, dass selbst eine viel weiter ausgearbeitete Erklärung niemals in der Lage sein wird, die Natur der Philosophie zu erschöpfen, weil hinter oder zwischen all den Begriffen, die man verwenden kann, um ihre Natur zu bestimmen, etwas liegen könnte, was, unbeschadet der Tatsache, dass Philosophie eine begriffliche Aktivität ist, begrifflich nicht erfasst werden kann. Unsere Definition kann deshalb nicht mehr sein als der Versuch, einen Ausgangspunkt für die Antwort auf die Frage nach der Natur der Rechtsphilosophie zu erhalten. Man darf annehmen, dass dieser Frage – wie der Rechtsphilosophie selbst – eine gewisse Autonomie zukommt, weshalb wir das Verständnis der allgemeinen Natur der Philosophie nur als eine erste Stufe benötigen und nicht als endgültige und vollständige Grundlage, auf der unser Verständnis der Natur der Rechtsphilosophie ruht wie ein Haus auf seinen Fundamenten.

Meine Definition der Philosophie als allgemeine und systematische Reflexion über das, was es gibt, was getan werden soll oder gut ist, und darüber, wie Erkenntnis von beidem möglich ist, führt trotz ihres extrem abstrakten und höchst tastenden Charakters zu drei Folgerungen, die für unsere Zwecke wichtig sind. Die erste ist, dass Reflexion notwendig eine kritische Dimension hat. Über das, was es gibt, was getan werden soll und gut ist, und darüber,

wie wir dies erkennen können, zu reflektieren heißt, danach zu fragen und Gründe dafür anzuführen, was objektiv existiert, was wahr oder richtig und was gerechtfertigt ist. Wenn man Normativität als die Fähigkeit definiert, das, was richtig ist, von dem, was falsch ist, zu unterscheiden, dann sind diese Fragen normative Fragen. Philosophie als ein notwendig reflexives Unternehmen hat deshalb notwendig eine normative Dimension. Der allgemeine und systematische Charakter der philosophischen Reflexion führt zweitens zu einer analytischen und drittens zu einer synthetischen oder holistischen Dimension der Philosophie. Die analytische Dimension ist durch den Versuch definiert, die fundamentalen Strukturen der natürlichen und der sozialen Welt, in der wir leben, und die fundamentalen Begriffe und Prinzipien, durch die wir beide Welten erfassen können, zu identifizieren und explizit zu machen. Ohne diesen analytischen Biss könnte die Philosophie in einem substantiellen Sinne weder allgemein noch systematisch sein.

In der Rechtsphilosophie geht es in der analytischen Dimension um Begriffe wie die der Norm, des Sollens, der Person, der Handlung, der Sanktion und der Institution. Die synthetische Dimension ist durch den Versuch definiert, all dies zu einem kohärenten Ganzen zu vereinen. Ein tiefgegründetes und zusammenstimmendes Bild von dem, was es gibt, was getan werden soll und gut ist und was wir wissen können, ist die regulative Idee der Philosophie oder, einfacher gesagt, ihr letztes Ziel. Das bedeutet, dass die Philosophie notwendig holistisch ist. Unserer Definition der Philosophie sollte deshalb der folgende, durch sie implizierte Satz zur Seite gestellt werden: Philosophie ist normativ (oder kritisch), analytisch und holistisch (oder synthetisch). Die drei Begriffe der Definition – reflexiv, allgemein und systematisch – und die drei Begriffe des Korollars – normativ, analytisch und holistisch – beschreiben dasselbe aus verschiedenen Perspektiven.

## II. Vorverständnis und Argumente

Rechtsphilosophie als Philosophie ist Reflexion allgemeiner und systematischer Art, und sie hat, genau wie Philosophie ganz allgemein, eine normative, eine analytische und eine holistische Dimension. Ihre *differentia specifica* besteht in ihrem Gegenstand, dem

Recht. Rechtsphilosophie ist nicht allgemein auf die Fragen gerichtet, was es gibt, was getan werden soll und gut ist und was gewusst werden kann, sondern auf diese Fragen in Bezug auf das Recht. Diese Fragen in Bezug auf das Recht zu stellen heißt, nach der Natur des Rechts zu fragen. Das führt wie von selbst zur Definition der Rechtsphilosophie als Argumentation über die Natur des Rechts.

Das freilich scheint ein Problem zu erzeugen. Es ist ein Zirkularitätsproblem, das dadurch entsteht, dass die Rechtsphilosophie einerseits nicht definiert werden kann, ohne dass der Begriff des Rechts verwendet wird, während sie andererseits als Argumentation über die Natur des Rechts die Aufgabe hat, zu bestimmen, was Recht ist. Wie kann die Rechtsphilosophie zu zeigen beginnen, was Recht ist, wenn es unmöglich ist, zu sagen, was Rechtsphilosophie ist, ohne zu wissen, was Recht ist? Diese Zirkularität hat freilich keinen destruktiven, sondern einen konstruktiven Charakter. Sie ist nichts anderes als eine Version des hermeneutischen Zirkels und ist, wie alle Varianten dieser Version, dadurch zu lösen, dass mit dem Vorverständnis, das der bestehenden Praxis zugrunde liegt, begonnen und dieses einer kritischen und systematischen Reflexion unterzogen wird.

Das Vorverständnis des Rechts ist nicht nur das Vorverständnis von einem Gegenstand, der in sich höchst komplex ist. Zu dieser ersten Komplexität tritt – als zweite Komplexität – hinzu, dass das Vorverständnis als solches extremer Variationen fähig ist. Die Skala reicht von Holmes' »bad man«,<sup>1</sup> der einen recht distanzierten äußeren Standpunkt definiert, bis hin zu Dworkins Richter Herkules, der einen ziemlich idealistischen inneren Standpunkt repräsentiert.<sup>2</sup> Als ein zugleich systematisches und kritisches Unternehmen kann die Rechtsphilosophie nicht mit bloß einem Vorverständnis beginnen. Sie hat alle zu betrachten, und sie hat, was noch viel mehr ist, die Relation zwischen ihnen allen und allen Eigenschaften des Rechts zu analysieren.

Das Erfordernis, einerseits alle Vorverständnisse, die sich im Recht und in der Rechtsphilosophie finden, in den Blick zu nehmen, und andererseits alle Eigenschaften des Rechts zu betrachten,

1 *Oliver Wendell Holmes*, *The Path of the Law*, in: *Harvard Law Review* 10 (1897), S. 459.

2 *Ronald Dworkin*, *Bürgerrechte ernstgenommen*, übers. von Ursula Wolf, Frankfurt am Main 1990, S. 182.

legt die Idee von so etwas wie einem Katalog aller Ansätze und aller Eigenschaften nahe. Wie aber soll man eine solche Liste erstellen? Einfach alle Ansätze und alle Eigenschaften, die in Geschichte und Gegenwart vor unseren Augen auftauchen, aufzulesen und aneinanderzureihen führte zu etwas, von dem Kant zu Recht sagt, dass es »kein *Vernunftsystem*, sondern bloß aufgerafftes Aggregat sein würde«. <sup>3</sup> Man braucht nicht auszuholen, um zu sagen, dass dies mit dem systematischen und kritischen Charakter der Philosophie unvereinbar wäre. Philosophische Reflexion verlangt ein System. Es ist freilich viel einfacher zu sagen, dass ein bloßes Aggregat oder, wie Kant es auch fasst, eine »Rhapsodie« <sup>4</sup> nicht genug ist, als zu sagen, wie ein adäquates begriffliches System oder Rahmenwerk konstruiert werden kann. Der beste Weg, diese Frage zu beantworten, scheint nicht der einer abstrakten Theorie der Rechtsphilosophie, sondern der einer systematischen Analyse der Argumente zu sein, die in der Diskussion über die Natur des Rechts vorgebracht werden. Kein anderes Verfahren scheint besser zu dem Charakter der Rechtsphilosophie als Argumentation über die Natur des Rechts zu passen.

### III. Drei Probleme

Die Argumentation zur Natur des Rechts kreist um drei Probleme. Das erste lässt sich in folgende Frage fassen: Aus welcher Art von Gegenständen besteht das Recht, und wie sind diese Gegenstände so miteinander verknüpft, dass sie den überwölbenden Gegenstand bilden, den wir »Recht« nennen? Dies Problem betrifft den Begriff der Norm und des normativen Systems. Bei dem zweiten und dem dritten Problem geht es um die Geltung des Rechts. Das zweite betrifft deren reale oder faktische Dimension. Das ist das Feld des Rechtspositivismus. Zwei Zentren sind hier zu unterscheiden. Das erste wird durch den Begriff der ordnungsgemäßen oder autorita-

3 *Immanuel Kant*, Die Metaphysik der Sitten, in: Kant's gesammelte Schriften, Bd. VI, hg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1907, S. 357.

4 *Immanuel Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., in: Kant's gesammelte Schriften, Bd. III, hg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1911, S. 538 (B 860).

tiven Gesetztheit, das zweite durch den der sozialen Wirksamkeit bestimmt. Das dritte Problem der Natur des Rechts betrifft dessen Richtigkeit oder Legitimität. Die Hauptfrage ist hier die nach dem Verhältnis von Recht und Moral. Diese Frage zu stellen heißt, die ideale oder kritische Dimension des Rechts in den Blick zu nehmen. Diese drei Probleme definieren, als Trias, den Kern des Problems der Natur des Rechts.

Die Dreiteilung erhebt den Anspruch, vollständig, neutral und systematisch zu sein. Sie ist vollständig, wenn sie alle Argumente, die für oder gegen eine These über die Natur des Rechts vorgebracht werden können, aufzunehmen vermag. Der einzig mögliche Beweis hierfür besteht in der Bestätigung unseres triadischen Modells in so vielen kritischen Fällen wie möglich. Das Modell ist neutral, wenn es das Gewicht der Argumente, die es sich einverleibt, nicht durch eigene Präferenzen verändert. Der Beweis läuft wie im Fall der Vollständigkeit. Es ist schließlich systematisch, wenn es zu einem kohärenten Bild der Natur des Rechts führt. In diesem Fall kann der Beweis in nichts anderem als in der Herstellung einer kohärenten Darstellung bestehen.

Der letzte Punkt kann verallgemeinert werden. Nur durch die Herstellung einer Theorie, die die besten Antworten auf alle drei Fragen nach der Natur des Rechts am besten verknüpft, kann die Natur der Rechtsphilosophie so klar wie möglich werden. Es ist jedoch nicht nur nicht möglich, eine solche perfekte Theorie hier zu entwickeln, sondern auch durchaus zweifelhaft, ob solch ein ideales Maß an Perfektion jemals erreicht werden kann. Zum Glück ist es nicht nötig, alles zu wissen, um genug zu wissen. Um so viel zu erhalten, wie für unsere Zwecke notwendig ist, genügt es, das triadische Modell als Rahmen für die Diskussion paradigmatischer Probleme zu verwenden.

#### IV. Vier Thesen

Die Betrachtung paradigmatischer Probleme mit Blick auf unser triadisches Modell soll vier Thesen bestätigen. Diese Bestätigung impliziert wiederum eine Bekräftigung des Modells. Die erste These macht geltend, dass die Rechtsphilosophie nicht auf spezielle, mit dem Recht verbundene Probleme beschränkt ist. Alle Probleme

der allgemeinen Philosophie können in der Rechtsphilosophie auftauchen. Insofern schließt die Rechtsphilosophie alle Probleme der Philosophie im Allgemeinen inhaltlich ein. Man kann dies als »These der allgemeinen Natur« bezeichnen. Die zweite These sagt, dass es spezifische Probleme der Rechtsphilosophie gibt. Sie ergeben sich aus dem spezifischen Charakter des Rechts, der daraus entsteht, dass das Recht notwendig sowohl autoritativ oder institutionell als auch kritisch oder ideal ist. Das ist die »These des spezifischen Charakters«. Die dritte These hat zum Inhalt, dass es eine spezielle Relation zwischen der Rechtsphilosophie und anderen Gebieten der praktischen Philosophie, und zwar denen der Moral- und der politischen Philosophie, gibt. Man kann dies als »These der speziellen Relation« bezeichnen. Die vierte These überwölbt die ersten drei. Sie gesellt sich zu ihnen nicht schlicht als eine weitere These, sondern drückt eine hinter ihnen stehende Idee aus. Es ist die Idee, dass Rechtsphilosophie nur dann erfolgreich sein kann, wenn sie nicht nur einer oder zwei dieser Thesen gerecht wird, sondern allen dreien. Das ist das »umfassende Ideal« der Rechtsphilosophie.

Anders als das triadische Modell der Probleme der Rechtsphilosophie erheben die vier Thesen nicht den Anspruch, neutral zu sein. Sie schließen Entscheidungen hinsichtlich der Lösung dieser Probleme ein. Das wird deutlich, wenn man dem umfassenden Ideal so etwas wie eine »restriktive Maxime« gegenüberstellt. Eine radikale Version solch einer restriktiven Maxime macht geltend, dass die Rechtsphilosophie sich erstens niemals auf ein genuin philosophisches Problem einlassen dürfe, sich zweitens auf den institutionellen oder autoritativen Charakter des Rechts zu konzentrieren habe und drittens kritische normative Fragen an die Moral- und die politische Philosophie delegieren solle, die ihrerseits außer Reichweite zu halten seien. Die restriktive Maxime zeigt ein Bild der Rechtsphilosophie, das sich fundamental von dem Bild des umfassenden Ideals unterscheidet. Rechtsphilosophie verwandelt sich in eine juristische Theorie des Rechts, die sowohl von der allgemeinen Philosophie als auch von der Moral- und der politischen Philosophie abgetrennt ist.

Die Wahl zwischen dem umfassenden Ideal und der restriktiven Maxime ist eine fundamentale Wahl. Der Charakter der Rechtsphilosophie wird durch sie weitaus grundsätzlicher bestimmt als durch die Wahl zwischen Rechtspositivismus und Rechtsnichtpositivis-

mus. Die Wahl zwischen Positivismus und Nichtpositivismus ist eine Wahl innerhalb des Reichs der Rechtsphilosophie. Die Wahl zwischen dem umfassenden Ideal und der restriktiven Maxime läuft auf eine Wahl zwischen Philosophie und Nichtphilosophie hinaus. Das ist der Hintergrund, vor dem unsere paradigmatischen Probleme zu betrachten sind.

## V. Gegenstände und Begriffe

Unser erstes Beispiel sind die Antworten, die von Kelsen und Olivecrona in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts auf die klassische Frage gegeben wurden, aus was für Gegenständen oder Entitäten das Recht besteht. Kelsen definiert das »Recht als Norm«,<sup>5</sup> die Norm als »Sinngehalt«,<sup>6</sup> dessen »eigentümlichen Sinn[s]« als »Sollen«<sup>7</sup> und das Sollen als »Kategorie«.<sup>8</sup> Das ist die Sprache, in der abstrakte Gegenstände beschrieben werden. Kelsen insistiert darauf, dass Normen – und mit ihnen das Recht – weder auf physische Ereignisse noch auf psychische Prozesse reduziert werden können. Sie gehören nicht zur »natürliche[n] Realität«, sondern zur idealen oder »geistige[n]« Realität.<sup>9</sup> Eine solche ideale Realität, die neben der physischen und der psychischen Welt existiert, würde ein »drittes Reich« im Sinne Freges sein.<sup>10</sup> Die entgegengesetzte Position findet sich bei Karl Olivecrona, der mit Blick auf Kelsen behauptet, dass »[t]he rules of law are a natural cause – among others – of the actions of the judges in cases of litigation as well as of the behaviour in general of people in relation to each other«.<sup>11</sup> Die Frage, auf die Kelsen und Olivecrona antworten, ist – als eine ontologische Frage – nicht nur eine Frage von allgemeinem philosophischen Interesse, sie ist auch eine Frage, die beantwortet werden muss, um die Na-

5 *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., Leipzig und Wien 1934 (Neudr., besorgt von Stanley L. Paulson, Aalen 1985), S. 9.

6 *Kelsen* (Fn. 5), S. 6, 11.

7 *Kelsen* (Fn. 5), S. 22.

8 *Kelsen* (Fn. 5), S. 23.

9 *Kelsen* (Fn. 5), S. 12.

10 *Gottlob Frege*, *Der Gedanke. Eine logische Untersuchung*, in: *Gottlob Frege, Logische Untersuchungen*, hg. von Günther Patzig, Göttingen 1966, S. 43.

11 *Karl Olivecrona*, *Law as Fact*, Kopenhagen und London 1939, S. 16.

tur des Rechts zu bestimmen, und deshalb eine genuine Frage der Rechtsphilosophie.

Ein Anhänger der restriktiven Maxime könnte einwenden, dass die Frage des ontologischen Status von Normen für Juristen so unwichtig ist wie die Frage nach der wirklichen oder nur vorgestellten Existenz eines Berges in Afrika, der von zwei Geographen identifiziert und vermessen wurde, für diese zwei Geographen.<sup>12</sup> Die Entgegnung auf diesen Einwand lautet, dass das Realismusproblem für Geographen eine andere Bedeutung hat als das Sinnproblem für Juristen. Die Antwort auf die Frage, ob Normen Sinn- bzw. Bedeutungsgehalte oder natürliche Ursachen sind, bestimmt die Antwort auf die weitere Frage, ob Normen als Elemente eines Begründungssystems angesehen werden können, und zwar als Ausgangspunkte von Argumenten, oder ob sie nur Elemente in einem kausalen Netzwerk sind. Im ersten Fall ist eine an Richtigkeit orientierte juristische Argumentation möglich, im zweiten wäre sie eine Illusion. Das zeigt, wie das Selbstverständnis der juristischen Argumentation und mit ihm das Selbstverständnis des Rechts von ontologischen Voraussetzungen abhängt. Natürlich gibt es verschiedene Wege, diese Voraussetzungen zu rekonstruieren. Aber die bloße Tatsache, dass es notwendig ist, sie zu rekonstruieren, reicht aus, um die These zu bestätigen, dass die Rechtsphilosophie ohne Argumente genuin philosophischer Art nicht auskommt.

Der Begriff der Norm oder des Sollens ist ein Kandidat für den Titel des abstraktesten Begriffs der Rechtsphilosophie. Wenn man eine Stufe von dieser Abstraktionsebene hinabsteigt, wird die Bedeutung der fundamentalen Begriffe des Rechts für das Begründen sehr viel deutlicher. Die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien ist eine hoch abstrakte Frage der allgemeinen Theorie der Normen. Sie hat zugleich weitreichende Konsequenzen für die Theorie der juristischen Argumentation. Wenn das Recht beides, Regeln und Prinzipien, enthält, dann verknüpft das juristische Argumentieren unausweichlich die Subsumtion mit der Abwägung.<sup>13</sup> Die juristische Argumentation wird auf diese Weise wesentlich durch Strukturen geprägt, die Strukturen allgemeinen praktischen Argumentierens

12 *Rudolf Carnap*, *Scheinprobleme in der Philosophie*, Berlin-Schlachtensee 1928, S. 35-36.

13 *Robert Alexy*, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in: *Ratio Juris* 16 (2003), S. 433 ff.

sind. Das ist ein wichtiger Grund dafür, die juristische Argumentation nicht als eine ganz eigene Provinz, die von anderen Provinzen der Vernunft als verschieden getrennt ist, zu betrachten.

All dies zeigt, dass fundamentale philosophische Fragen beantwortet werden müssen, um die Natur des Rechts zu erfassen. Reflexion über die Natur des Rechts kann nicht erfolgreich sein, wenn sie von der allgemeinen Philosophie getrennt wird.

## VI. Notwendige Eigenschaften

Nach der Natur von etwas zu fragen ist mehr, als nach interessanten und wichtigen Eigenschaften zu fragen. Fragen nach der Natur des Rechts sind Fragen nach seinen notwendigen Eigenschaften. Der Begriff der Notwendigkeit führt ins Herz der Philosophie. Dasselbe trifft für seine Verwandten, die Begriffe der Analytizität und des Apriori, zu. Ohne diese Begriffe ist es unmöglich, die Bedeutung von Fragen der Form »Was ist die Natur von  $\varphi$ ?« zu verstehen. Ohne die Struktur von Fragen dieser Art zu begreifen, kann man die Hauptfrage der Rechtsphilosophie »Was ist die Natur des Rechts?« nicht verstehen; und diese Frage nicht zu begreifen heißt, nicht verstehen zu können, was Rechtsphilosophie ist.

Die Möglichkeit, den Begriff der Natur in seiner Verwendung in Sätzen der Form »Was ist die Natur von  $\varphi$ ?« mit Hilfe des Begriffs der Notwendigkeit zu definieren, erlaubt es, die Frage »Was ist die Natur des Rechts?« durch die Frage »Was sind die notwendigen Eigenschaften des Rechts?« zu ersetzen. Diese Frage führt über den Begriff der Notwendigkeit – und die Begriffe der Analytizität und des Apriori, seine Verwandten – zum spezifischen Charakter des Rechts. Die Frage, was notwendig ist, verwandelt sich, wenn sie mit der Frage verbunden wird, was spezifisch ist, in die Frage, was essentiell ist. Das ist das Gebiet der These des spezifischen Charakters.

Zwei Eigenschaften sind für das Recht essentiell: Zwang auf der einen und Richtigkeit auf der anderen Seite. Die erste Eigenschaft ist ein zentrales Element der sozialen Wirksamkeit des Rechts, die zweite drückt seine ideale oder kritische Dimension aus. Es gehört zum Hauptproblem der Rechtsphilosophie zu fragen, wie die Begriffe des Zwangs und der Richtigkeit sich zum Begriff des Rechts,