

Ralf Dreier
Recht - Moral
Ideologie

Studien zur Rechtslehre
suhrkamp taschenbuch
wissenschaft

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 344

Ralf Dreier ist Professor für Allgemeine Rechtstheorie an der Universität Göttingen.

Buchveröffentlichungen: *Zum Begriff der »Natur der Sache«* (1965); *Das kirchliche Amt. Eine kirchenrechtstheoretische Studie* (1972); Herausgeber (gemeinsam mit F. Schwegmann): *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse* (1976).

Dreiers Abhandlungen liegt ein Konzept der Rechtstheorie zugrunde, das analytische, empirische und normative Untersuchungsaspekte vereinigt.

Ralf Dreier
Recht – Moral – Ideologie

Studien zur Rechtslehre

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.

2. Auflage 2015

Erste Auflage 1981

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 344

© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main 1981

Die erste Ausgabe erschien 1979 im Verlag Klett-Cotta

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.

Druck: Books on Demand, Norderstedt

Printed in Germany

Umschlag nach Entwürfen von
Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

ISBN 978-3-518-27944-1

Inhalt

Vorwort	7
Einleitung	8
1. Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?	17
2. Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft	48
3. Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz	70
4. Zur Problematik und Situation der Verfassungs- interpretation	106
5. Verfassung und Ideologie Bemerkungen zum Radikalenproblem	146
6. Recht und Moral	180
7. Sein und Sollen Bemerkungen zur Reinen Rechtslehre Kelsens	217
8. Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie Aspekte eines Theorievergleichs	241
9. Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems	270
10. Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants Kants Rechtsphilosophie im Kontext seiner Moralphilosophie	286
11. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Hegels	316
Abkürzungen	351
Personenregister	353
Sachregister	362
Drucknachweise	366

Vorwort

Dieser Band enthält, ergänzt durch zwei Originalbeiträge, eine Auswahl von Aufsätzen, die im vergangenen Jahrzehnt an verschiedenen Stellen veröffentlicht worden sind. Daß die einzelnen Beiträge als Kapitel bezeichnet werden, hat nicht nur den technischen Zweck, Querverweise zu erleichtern; es soll auch zum Ausdruck bringen, daß dem Band eine einheitliche und den Gesamtbereich der Rechtslehre umfassende Konzeption zugrunde liegt. Über diese Konzeption und den Aufbau des Bandes gibt die Einleitung Auskunft.

Die bereits früher erschienenen Beiträge sind unverändert abgedruckt. Nur an einer Stelle wurde eine auf den Publikationsort bezogene (Kap. 8 I) und an einer anderen Stelle eine mißverständliche Formulierung verbessert (Kap. 8 IV). Im übrigen werden anlaßgebundene Formulierungen durch neu eingefügte und mit * gekennzeichnete Anmerkungen erläutert. In den ursprünglichen Anmerkungen wurden Hinweise auf Werke, die sich seinerzeit im Druck befanden und inzwischen erschienen sind, stillschweigend umgestellt. Querverweise in ihnen sind in eckige Klammern gesetzt.

Herrn Dr. Robert Alexy, der die Herausgabe dieses Bandes angeregt und die Entstehung der neueren Beiträge mit kritischen und fruchtbaren Gesprächen begleitet hat, gilt mein besonderer Dank. Zu danken habe ich weiter den Verlagen, die die erforderlichen Abdruckgenehmigungen erteilt haben, sowie Frau Hannelore Mennecke und den Herren Herwig van Nieuwland, Joachim Luttermann, Thomas Laker und Michael Harms für die Mithilfe beim Lesen der Korrekturen und die Anfertigungen des Personenregisters.

Göttingen, im Oktober 1980

R. D.

Einleitung

I.

Die Rechtstheorie befindet sich in einer Phase lebhaften internationalen Austauschs und rascher innerer Fortentwicklung. Dabei zeichnen sich zwei gegenläufige, aber einander ergänzende Tendenzen ab: der fortschreitende Prozeß fachinterner Spezialisierung einerseits und die dadurch ausgelösten Bestrebungen reintegrierender und interdisziplinär angelegter Theoriebildung andererseits.

Was den Spezialisierungsprozeß betrifft, so erübrigen sich dazu weitere Ausführungen. Er ist ein Kennzeichen der allgemeinen Wissenschaftsentwicklung, und seine Unaufhaltsamkeit wie seine Gefahren sind oft genug beschrieben worden. Um so größere Aufmerksamkeit verdienen die Reintegrationstendenzen. Sie manifestieren sich in der Rechtstheorie vor allem als Vorgang der Reintegration von Rechtstheorie und Rechtsphilosophie. Damit wird eine theoretische und z. T. auch disziplinäre Trennung rückgängig gemacht, die sich zwar, zumal im internationalen Maßstab, nie völlig hat durchsetzen können, die aber, besonders im deutschsprachigen Bereich (mit der für ihn charakteristischen Neigung zur theoretischen Radikalität), die fachliche Diskussion der letzten anderthalb Jahrhunderte entscheidend geprägt hat.

Um sich die Tragweite dieses Vorgangs bewußt zu machen, hat man sich zunächst die Gründe zu vergegenwärtigen, die zu jener Trennung geführt haben. Es waren dies erstens Erwägungen und Erfordernisse fachwissenschaftlicher Arbeitsteilung und Spezialisierung, zweitens die im Zuge des Historismus und Relativismus und des aufkommenden Ideologieverdachts entstandenen Zweifel an der rationalen Entscheidbarkeit rechtsethischer Fragen, d. h. derjenigen Fragen, die im Mittelpunkt der klassischen Rechts- und Staatsphilosophie als Natur- und Vernunftrechtstheorie gestanden hatten, sowie drittens und in engem Zusammenhang damit Zweifel am Wissenschaftscharakter der Philosophie überhaupt, insbesondere das Bedürfnis, intersubjektiv prüfbar wissenschaftliche Arbeit von weltanschaulichen Bekenntnissen und Spekulationen abzugrenzen. Keiner dieser Gründe ist gegenstandslos geworden. Aber ihre Gewichte haben sich relativiert

und verschoben, weil sowohl innerhalb der Philosophie als auch innerhalb der Einzelwissenschaften Entwicklungen stattgefunden haben, die einerseits neue Probleme stellen und andererseits neue Kooperationschancen eröffnen.

Innerhalb der Philosophie hat sich unter dem Einfluß der Sprach- und Wissenschaftstheorie ein Prozeß der Verwissenschaftlichung vollzogen, der nach anfänglichen Verengungen und Einseitigkeiten zu einer wechselseitigen Befruchtung und Präzisierung vormals konkurrierender Methodologien und zugleich zu dem Bedürfnis geführt hat, philosophische Forschung in engem Kontakt mit einzelwissenschaftlichen Forschungen zu betreiben. Ein Teil dieses Prozesses ist die vieldiskutierte »Rehabilitierung der praktischen Philosophie«. Als ihr Kernpunkt kann der Übergang von materialen zu prozeduralen Moraltheorien bezeichnet werden, d. h. zu Theorien, die nicht in erster Linie sachhaltige Moralprinzipien, sondern rational einsehbare Regeln oder Bedingungen formulieren, deren Erfüllung Voraussetzung der Rationalität der Diskussion oder Entscheidung praktischer Fragen ist¹. Da diese Regeln oder Bedingungen stets nur annäherungsweise erfüllbar sind, behält die Relativismusthese ihre relative Berechtigung. Aber sie rechtfertigt es nicht mehr, praktische und damit auch rechtsethische Fragen aus dem Kontext wissenschaftlicher Forschung auszuschließen.

Innerhalb der Einzelwissenschaften ist im Gegenzuge zu den Spezialisierungserfordernissen das erwähnte Bedürfnis nach reintegrierender und interdisziplinärer Theoriebildung entstanden. Dem liegt nicht nur das verbreitete und eher diffuse Bedürfnis nach Sinnorientierung zugrunde. Vielmehr läßt sich gerade am Beispiel der Rechtstheorie zeigen, daß es theorieimmanente Entwicklungen waren und sind, die zu einer zunehmenden Erweiterung vormals begrenzter Forschungsprogramme geführt haben. So hatte sich die analytische Rechtstheorie durch das Programm der logischen und sprachlichen Analyse der Grundbegriffe des positiven Rechts und der Rechtswissenschaft definiert und dabei sowohl normative, d. h. rechtsethische und rechtspolitische, als auch empirische, insbesondere rechtssoziologische und rechtspsychologische Fragestellungen ausgeklammert. Inzwischen ist deutlich geworden, daß eine konsequente und problemadäquate Analyse z. B. der Begriffe des Rechts, der Rechtsgeltung, der Rechtsanwendung, der Rechtsfortbildung usw. die fortschreitende Ein-

beziehung der zuvor ausgeklammerten Fragestellungen verlangt. Entsprechendes gilt, mit veränderten Vorzeichen, für die realistische Rechtstheorie und ihre methodische Konzentration auf soziologische und psychologische Aspekte des Rechts und der Rechtswissenschaft.

Die naheliegende Konsequenz, nicht nur eine Reintegration von Rechtstheorie und Rechtsphilosophie, sondern auch eine solche von Rechtstheorie und Rechtssoziologie zu konstatieren, kann gleichwohl nur mit erheblichen Einschränkungen gezogen werden. Das hat hauptsächlich wissenschaftsorganisatorische Gründe. Denn während Rechtsphilosophie, übrigens im bemerkenswerten Kontrast zu ihrer Tradition, an den philosophischen Fakultäten nur noch punktuell und sporadisch gepflegt wird, hat sich die Rechtssoziologie an den soziologischen Fakultäten institutionell zu einer eigenständigen Disziplin oder doch (als theoretische Rechtssoziologie) zu einem festen Bestandteil der allgemeinen theoretischen Soziologie verselbständigt, deren Forschungsinteressen nicht mehr mit denen der Rechtstheorie als einer juristischen Disziplin zusammenfallen. Insofern ist das Verhältnis der Rechtstheorie zur Rechtssoziologie nicht ein solches der Reintegration, sondern des interdisziplinären Austauschs. Soweit allerdings Rechtssoziologie nicht von und für Soziologen, sondern von und für Juristen, d. h. im institutionellen Verbands der Rechtswissenschaft gelehrt und betrieben wird, besteht durchaus Veranlassung, sie als eine Teildisziplin der Rechtstheorie, diese verstanden als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, aufzufassen.

Daraus wird zugleich deutlich, daß die in Rede stehenden Reintegrationstendenzen die Notwendigkeiten fachwissenschaftlicher Spezialisierung unberührt lassen. Sie machen im Gegenteil neue Spezialisierungen erforderlich, in deren Gefolge die Aufgliederung der Rechtstheorie in ein System von Unterdisziplinen unabweisbar ist. Daß dies vorerst an personellen, institutionellen und vor allem finanziellen Engpässen scheitert, steht auf einem anderen Blatt. Doch zeichnen sich die Konturen jenes Systems und in seinem Rahmen die Anforderungen an eine integrierende oder »integrative«² Basistheorie des Rechts und der Rechtswissenschaft mit hinreichender Deutlichkeit ab.

Als eines der zentralen Kriterien der Gegenstands- und Problemadäquatheit einer solchen Theoriebildung erweist sich ihre Reich-

haltigkeit. Doch wird diese von der Rechtstheorie nicht um ihrer selbst willen angestrebt. Vielmehr ist das maßgebende Relevanzkriterium rechtstheoretischer Forschung und Theoriebildung ihr Dogmatik- und über diesen ihr mittelbarer Praxisbezug. Und es ist vor allem dieser Bezug, aus dem sich ergibt, daß es ein »partikularistischer Fehlschluß« wäre³, die Rechtstheorie um ihrer methodischen »Reinheit« willen auf einen der genannten Forschungsaspekte, den analytischen, den empirischen oder den normativen, zu beschränken. Denn die Rechtsdogmatik ist eine mehrdimensionale Disziplin, die »immer schon«, wenngleich mit historisch wechselnder Intensität, alle drei Aspekte umfaßt; und sie kann beanspruchen, daß ihr die Rechtstheorie in allen drei Hinsichten zuarbeitet. Daß die Rechtstheorie darüber hinaus und in dem Maße, in dem sie rechtsethische und rechtspolitische Fragestellungen für sich zurückgewinnt, als Teiltheorie eine Theorie der Gesetzgebung enthält, die ihre Aussagen an den Gesetzgeber adressiert, sei hier nur am Rande bemerkt.

Im übrigen sind die vielfältigen Fragen, die der Status und die Methoden einer integrativen Basistheorie des Rechts und der Rechtswissenschaft aufwerfen, noch keineswegs ausgetragen. Immerhin liegen, vor allem im Bereich der Theorie des Staates, der Gerechtigkeit, des Rechtssystems und der juristischen Argumentation, genügend Ansätze reintegrierender Theoriebildung vor, an die die weitere Diskussion anzuknüpfen hat. Daß sich damit neue und alte Gefahren verbinden, braucht nicht zu verwundern. Als wichtigste neuere Gefahr sei die der Überforderung durch das exponentielle Wachstum einschlägiger Forschungsergebnisse genannt. Ihr kann nur das Postulat langfristig geplanter und multidisziplinärer Forschungskoooperation entgegengesetzt werden. Hinzu kommt die alte Gefahr subjektiv zufälliger Optionen für wissenschaftlich ungedeckte Weltanschauungen. Ihr ist durch die Forderung zu begegnen, die Arbeit an reintegrierenden Theoriebildungen einem Höchstmaß rationaler Disziplinierung und Kontrolle zu unterwerfen.

Es liegt auf der Hand, daß die Gefahr weltanschaulicher Optionen innerhalb der normativen Dimension jener Theoriebildung besonders groß ist. Blickt man auf die Ergebnisse, die die neuere Forschung in diesem Bereich erbracht hat, so fällt auf, in wie hohem Maße die einschlägige Diskussion durch den Rückbezug auf die Tradition der politischen Aufklärung des 17. und 18.

Jahrhunderts gekennzeichnet ist⁴. Dennoch ist die Gesprächssituation gegenüber der Phase rechts- und moralphilosophischer »Neo-Ismen«, wie sie für die erste Hälfte dieses Jahrhunderts charakteristisch waren, deutlich verändert. Denn trotz der herausragenden Rolle, die vor allem die praktische Philosophie Kants in der gegenwärtigen moralphilosophischen wie auch der rechts- und staatstheoretischen Debatte spielt, wäre es verfehlt, von einer neuen Gestalt des Neokantianismus oder ähnlichen Schulbildungen zu sprechen. Was sich statt dessen beobachten läßt, sind behutsame oder auch engagierte Versuche, mit einem wissenschaftstheoretisch und ideologiekritisch geschärften Bewußtsein die moralischen Grundlagen und Wurzeln der modernen Industriegesellschaft und des demokratischen Verfassungsstaates freizulegen und dadurch eine für ein breites Spektrum politischer Auffassungen tragfähige Verständigungsbasis zu gewinnen, die es erlaubt, sowohl irrationalistisch-totalitaristische Verblendungen als auch technokratisch-positivistische Verengungen des rechtlich-politischen Denkens und Handelns abzuwehren. Daß dies im Streitfall dezidierte politische Stellungnahmen einschließt, versteht sich von selbst.

II.

Die Beiträge dieses Bandes wollen als Bausteine zu einer integrativen Theorie des Rechts und der Rechtswissenschaft im vorstehend charakterisierten Sinne verstanden sein. Kapitel 1-5 behandeln Probleme der Theorie der Rechtswissenschaft in einem weiten Sinne (einschließlich der Theorie der Rechtstheorie und der juristischen Methodenlehre), Kapitel 6-11 im Schwerpunkt Probleme der Theorie des Rechts. Daß sich dabei, weil und soweit die einzelnen Kapitel zu verschiedenen Zeiten und aus verschiedenen Anlässen geschrieben wurden, sachliche Überschneidungen und unterschiedliche Grade der Ausarbeitung der Grundkonzeption ergeben, ist ebenso selbstverständlich wie die Tatsache, daß der Band Spuren der politischen Kontroversen trägt, die die rechtstheoretische Debatte des vergangenen Jahrzehnts mitbestimmt haben.

In Kapitel 1 (1975) wird die im vorigen Abschnitt skizzierte Theorie der Rechtstheorie in historischer und systematischer

Sicht näher erläutert. Ihm schließen sich in den Kapiteln 2 und 3 Überlegungen zur Theorie der Rechtsdogmatik, d. h. der Rechtswissenschaft im engeren und eigentlichen Sinne an. Diese Überlegungen nehmen in Kapitel 2 (1971) Problemstellungen auf, die dem seinerzeitigen »Positivismusstreit« in der deutschen Soziologie entstammen – einem Streit, von dem, trotz seiner »weltanschaulichen« Implikationen, wichtige Impulse der seitherigen Integration seinerzeit einander befehdender Methodologien und Problemhinsichten ausgegangen sind. Seine damaligen Ausstrahlungen in die Rechtswissenschaft äußerten sich vor allem in den Postulaten der Politisierung und der Soziologisierung. Dazu wird die These vertreten, daß diese Postulate, richtig verstanden, nichts Fremdes an die Rechtswissenschaft herantragen, sondern auf die bewußtere und kontrolliertere Wahrnehmung von Dimensionen zielen, die der Rechtsdogmatik als normativer und empirischer Forschungsaspekt ohnehin immanent sind. Kapitel 3 (1978) ist in erster Linie dem Phänomen rechtsdogmatischer Theoriebildung gewidmet. Darin wird versucht, dogmatische Theorien zu klassifizieren und zu analysieren, den ihnen zugrunde liegenden Theoriebegriff zu klären sowie die enge Verklammerung rechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Theoriebildungen aufzuzeigen.

Kapitel 4 und 5 befassen sich mit der juristischen Methodenlehre, genauer: der Theorie der richterlichen Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung. Kapitel 4 (1976) entfaltet die damit verbundenen Probleme am Beispiel der Verfassungsinterpretation. Es gibt zunächst einen Überblick über den Stand der allgemeinen Theorie der Gesetzesinterpretation und deren argumentations- und entscheidungstheoretische Fortentwicklungen und erörtert sodann die Verwiesenheit der Verfassungsinterpretation auf Fragen der Verfassungs- und Staatstheorie sowie der Gesellschaftstheorie. Dieser Verweisungszusammenhang wird in Kapitel 5 (1977) an einem der politisch umstrittensten Themen des letzten Jahrzehnts, dem Zugang »Radikaler« oder »Extremisten« zum öffentlichen Dienst, weiter verdeutlicht. Dieser Beitrag wurde trotz seines aktuellen Anlasses und seines verfassungsdogmatischen Ausgangspunktes in den vorliegenden Band aufgenommen, weil in seinem Mittelpunkt systematische Überlegungen zur Theorie der streitbaren Demokratie, zum Begriff der Ideologie und zum Problem der ideologisierenden Verfassungsinterpretation stehen.

Kapitel 6 (1980) wurde eigens für diesen Band geschrieben. Es

behandelt das Verhältnis von Recht und Moral, d. h. ein Thema, welches, in seiner untrennbaren Verknüpfung mit dem Ideologieproblem, das Rahmenthema des Gesamtbandes abgibt und zugleich und mit guten Gründen als Zentralthema der Rechtstheorie überhaupt bezeichnet werden kann. Es ist die Absicht dieses Beitrages, am Leitfaden der Frage nach der Gehorsamspflicht gegenüber dem positiven Recht die sachliche Zusammengehörigkeit von Rechts- und Moraltheorie einerseits sowie von Rechts- und Staatstheorie andererseits aufzuzeigen. Dabei wird die positivistische These der Trennung von Recht und Moral zurückgewiesen und statt dessen die These entwickelt, daß sich ein in einem schwachen Sinne rechtsethisch modifizierter Rechtsbegriff als gegenstands- und problemadäquat erweist. Im letzten Abschnitt wird versucht, das politische rechts/links-Schema, von dessen Rolle in der rechts- und staatstheoretischen Diskussion in mehreren Kapiteln dieses Bandes die Rede ist, in seiner emotionalisierenden und polarisierenden Wirkung zumindest ansatzweise zu analysieren.

Die im gegenwärtigen Jahrhundert einflußreichste und imponierendste Gestalt der analytischen Rechtstheorie ist die Reine Rechtslehre Hans Kelsens. Ihr sind die Kapitel 7 und 8 gewidmet. Kapitel 7 (1972) enthält den Versuch einer zusammenfassenden Würdigung, die die Kritik an den methodischen Verengungen und Einseitigkeiten der Kelsenschen Konzeption einschließt. Kapitel 8 (geschrieben 1975, Erstveröffentlichung 1978) konfrontiert die Reine Rechtslehre mit der marxistischen Rechtstheorie in derjenigen Gestalt, die diese als »marxistisch-leninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts« im heutigen sowjetischen Einflußbereich erhalten hat. Das Schwergewicht dieses Kapitels liegt darauf, probeweise und am Beispiel zweier besonders heterogener Theorien das Instrumentarium eines rechtstheoretischen Theorienvergleichs auszuarbeiten. Besonderes Interesse verdient dabei das Phänomen der Kompatibilität von Teiltheorien bei Inkompatibilität der Gesamtheorien.

In der soziologischen Diskussion ist die nach Reichweite und Universalitätsanspruch vermutlich wichtigste Komplementärtheorie zum Historischen Materialismus die Systemtheorie der Gesellschaft und der sozialen Evolution, wie sie im deutschsprachigen Bereich im Laufe der letzten 15 Jahre vor allem von Niklas Luhmann ausgearbeitet und vorgelegt worden ist. Zu ihr gehört

eine Systemtheorie des Rechts, auf die in den Beiträgen dieses Bandes vielfach Bezug genommen wird. Eine Teiltheorie dieser Konzeption, Luhmanns Theorie der Gerechtigkeit, ist Gegenstand von Kapitel 9 (1974)⁵. Darin wird, entgegen dem Vorschlag Luhmanns, für die Beibehaltung des »alteuropäischen« Gerechtigkeitskonzepts plädiert. Ergänzend sei angemerkt, daß die diesem Bande zugrunde liegende Konzeption einer integrativen Rechtstheorie mit einer soziologischen Systemtheorie des Rechts im übrigen keineswegs unvereinbar ist. Sie kann aber nicht durch diese ersetzt werden; dies nicht nur deshalb, weil der Systemtheorie ihrem Selbstverständnis nach die normative Dimension im hier gemeinten Sinne fehlt, sondern auch, weil sie sich definitionsgemäß als Grundlagentheorie der Sozialwissenschaften darstellt, die als solche nicht auf die spezifischen Erkenntnis- und Forschungsinteressen der Rechtswissenschaft ausgerichtet ist.

Daß die Ausarbeitungen der normativen Dimension einer integrativen Rechtstheorie im besonderen Maße durch den Rückbezug auf die Tradition der politischen Aufklärung und vor allem auf Kant charakterisiert sind, wurde bereits erwähnt. Einige der dadurch aufgeworfenen Probleme werden in den Kapiteln 10 und 11 erörtert. Kapitel 10 (1979) untersucht die Rechtsphilosophie Kants im Kontext seiner Moralphilosophie. Das besondere Interesse dieser Untersuchung gilt der systematischen Einheit der praktischen Philosophie Kants und im Zusammenhang damit ihrer nicht selten übersehenen Reichhaltigkeit sowie der in ihr vollzogenen Verklammerung von Rechtsphilosophie und Geschichtsphilosophie. Kapitel 11 (1980), der zweite Originalbeitrag dieses Bandes, befaßt sich mit der Rechtsphilosophie Hegels. Diese wird oft des »Verrats« an der Tradition der politischen Aufklärung bezichtigt, ebensooft aber auch als Summe und Vollendung derselben interpretiert und gefeiert. Zu dieser Streitfrage wird hier die These vertreten, daß es, trotz der genuinen und wirkungsgeschichtlichen Ambivalenz der Hegelschen Theorie, möglich und sinnvoll ist, sie in Begriffen der praktischen Philosophie Kants zu rekonstruieren bzw. durch diese zu interpretieren. Das schließt die These ein, daß die Philosophie Hegels unabhängig von den mit ihr verbundenen metaphysischen Axiomen verstanden und beurteilt werden kann und daß sie in dieser modifizierten Gestalt ein noch immer interessantes und relevantes Modell integrativer Theoriebildung darstellt.

Anmerkungen

- 1 Vgl. R. Alexy, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in: A. Aarnio/J. Uusitalo (Hg.), *Argumentation in Legal Science*, Berlin 1980 (Rechtstheorie, Beiheft 2); s. a. ders., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/M. 1978.
- 2 Dazu J. Hall, *Integrative Jurisprudence*, in: P. Sayre (Ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies, Essays in Honor of Roscoe Pound*, New York 1947, S. 313-331, wieder abgedruckt in: J. Hall, *Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*, New York 1958, S. 25-47.
- 3 J. Hall aaO.
- 4 Im Blick auf diese Diskussion hat H. L. A. Hart in einer Rede zur Zweihundertjahrfeier der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung die Vermutung ausgesprochen, daß sich ein rechtstheoretisch-rechtsphilosophischer Epochenwechsel vollziehe, der dadurch gekennzeichnet sei, daß eine zweihundertjährige, durch Jeremy Bentham eröffnete Epoche des rechtstheoretischen Positivismus und des rechtsphilosophischen Utilitarismus zugunsten antipositivistischer Theorien des konstitutiven Zusammenhangs von Recht und Moral und antiutilitaristischer Theorien fundamentaler Menschenrechte zu Ende gehe. Er bezieht sich dazu auf die Theorien von John Rawls, Robert Nozick und Ronald Dworkin. Vgl. Hart, *Law in Perspective of Philosophy: 1776-1976*, in: *New York Law Review* 51 (1976) S. 538-551.
- 5 Vgl. dazu N. Luhmann, *Die Systemreferenz von Gerechtigkeit*. In *Erwiderung auf die Ausführungen von Ralf Dreier, Rechtstheorie* 5 (1974) S. 201-202, sowie R. Dreier, *Das Fortschrittsproblem in rechtstheoretischer Sicht*, in: U. Immenga (Hg.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Göttinger Ringvorlesung, Göttingen* 1980.

1. Kapitel

Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*

(1975)

Die Rechtsphilosophie ist tot, es lebe die Rechtstheorie! Dieser Eindruck drängt sich auf, wenn man die Situation der rechtswissenschaftlichen Grundlagendisziplinen an den juristischen Fakultäten in der Bundesrepublik betrachtet. Zwar halten sich der Selbstbezeichnung nach »rechtsphilosophische« und »rechtstheoretische« Lehrveranstaltungen noch immer in etwa die Waage¹; aber bei der Errichtung neuer Lehrstühle und der Vergabe neuer Lehrbefugnisse ist die Bevorzugung des Ausdrucks »Rechtstheorie« unverkennbar². Zwar haben die letzten 25 Jahre im deutschen Sprachbereich eine stattliche Reihe von Lehrbüchern der Rechtsphilosophie³ und kaum eine vergleichbare Gesamtdarstellung der Rechtstheorie hervorgebracht⁴; aber die Titel neuerer Periodika und Sammelbände lassen am Vordringen der Bezeichnung »Rechtstheorie« kaum einen Zweifel⁵.

Was allerdings Rechtstheorie sei, darüber besteht alles andere als Einigkeit. »Keineswegs sollte sie«, meint Ewald Zacher, »wie es das Wort vorgibt, eine Theorie des Rechts sein«⁶. Denn in dieser Form sei sie eine Variante der Rechtsphilosophie; Rechtstheorie dagegen habe sich als Methodologie der Rechtswissenschaft zu verstehen. Vor einer »Rechtstheorie ohne Recht« warnt angesichts solcher und ähnlicher Verengungen Hans-Peter Schneider⁷. Die 1970 gegründete Zeitschrift »Rechtstheorie« begreift sich laut Untertitel als »Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts«. Ein 1971 erscheinender Sammelband »Rechtstheorie« enthält unter der Rubrik »Zur Begründung der Rechtstheorie« die programmatischen Aufsatzüberschriften »Rechtstheorie als analytische Wissenschaftstheorie«, »Rechtstheorie als kritische Reflexion«, »Rechtstheorie als Protojuridik« und »Rechtstheorie als Systemtheorie«⁸. Der 1972 herausgekommene Band 2 des Jahrbuchs für Rechtssoziologie und Rechtstheo-

* Leicht überarbeitete und mit Anmerkungen versehene Fassung meiner am 12. Juni 1974 vor der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen gehaltenen Antrittsvorlesung.

rie, betitelt »Rechtstheorie« als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft«, weist unter anderem die Gliederungsabschnitte auf: Erkenntnistheorie des Rechts, Logik des Rechts, Begriffs- und Systemtheorie des Rechts, Entscheidungs- und Informationstheorie des Rechts, Sprach- und Argumentationstheorie des Rechts⁹.

Es empfiehlt sich angesichts dieses Spektrums von Konzeptionen und Stichworten, zunächst einen kurzen Blick auf die Geschichte des Fachs zu werfen (I). Im Anschluß werden einige systematische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtssoziologie (II) sowie zum Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtsphilosophie (III) angestellt. Den Abschluß bilden Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtspraxis (IV).

I. Zur Geschichte der Rechtstheorie

Den vielfältigen wortgebrauchs-, bedeutungs-, problem- und theoriegeschichtlichen Zusammenhängen, die zur fachlichen Verselbständigung der Rechtstheorie gegenüber der Rechtsphilosophie geführt haben, kann hier nicht im einzelnen nachgegangen werden¹⁰. Zur ersten Verständigung genügt es, in aller Kürze auf vier Punkte hinzuweisen.

1. Im Unterschied zur klassischen Rechtsphilosophie als Natur- und Vernunftrechtsstheorie hat sich die neuere Rechtstheorie als Theorie des positiven Rechts herausgebildet. Das geschah seit Beginn des vorigen Jahrhunderts in den verschiedenen Sprachbereichen in unterschiedlichen Ausformungen. International wichtig geworden und bis heute wichtig geblieben ist vor allem ihre Ausformung als analytische Rechtstheorie, wie sie in England, unter der Bezeichnung »analytical jurisprudence«, von Jeremy Bentham und John Austin begründet wurde¹¹. Für die von ihnen entwickelte Konzeption sind die Thesen charakteristisch, daß erstens Rechtsnormen Befehle einer kompetenten äußeren Autorität seien, zweitens kein notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und Moral bestehe und drittens Aufgabe der Rechtstheorie die logische Analyse der Grundbegriffe des Rechts sei¹². Die These 1 ist heute weitgehend preisgegeben. Dagegen sind die Thesen 2 und 3 noch heute Hauptkennzeichen der Rechtstheorie

als analytischer Theorie. Als deren Hauptvertreter im gegenwärtigen Jahrhundert seien Hans Kelsen und H. L. A. Hart genannt¹³.

2. In Kontinentaleuropa hat sich der Rechtspositivismus im 19. Jahrhundert vor allem in Gestalt der Begriffsjurisprudenz durchgesetzt¹⁴. Voraussetzung dafür war das hochentwickelte Begriffssystem der Pandektistik. Nur auf seiner Grundlage sind die begriffsjuristischen Kernthesen, das Lückenlosigkeitsdogma und das Subsumtionsideal, zu verstehen. Das Lückenlosigkeitsdogma besagt, daß das Recht ein in sich geschlossenes Normen- und Begriffssystem sei; das Subsumtionsideal meint, daß juristische Entscheidungen allein vermittels der Logik aus jenem System zu deduzieren seien. Vor allem gegen diese beiden Thesen wandten sich seit Beginn des gegenwärtigen Jahrhunderts die soziologische und die Freirechtsjurisprudenz. Mit ihnen waren soziologische und psychologische Rechtstheorien verbunden, die unter der Bezeichnung »realistische Theorien« zusammengefaßt werden können¹⁵. Als Repräsentanten seien Eugen Ehrlich und Roscoe Pound erwähnt¹⁶.

Die realistischen Theorien bilden bis heute die zweite Hauptspielart der Rechtstheorie. Sie stehen damit in Konkurrenz zu den analytischen Theorien, obwohl deren Hauptvertreter niemals die Kernthesen der Begriffsjurisprudenz vertreten haben. Die Theorie der Begriffsjurisprudenz war eine spezifische Variante analytischer Rechtstheorie. Sieht man von ihr ab, so unterscheiden sich analytische und realistische Theorien nicht im Blick auf das Lückenlosigkeitsdogma und das Subsumtionsideal (die beide überwunden sind), sondern im Verständnis der Positivität des Rechts und hinsichtlich der Auffassung von den Aufgaben der Rechtstheorie. Die analytischen Theorien erblicken die Positivität des Rechts in der Tatsache seiner Setzung durch eine kompetente äußere Autorität, die realistischen Theorien sehen sie in den Tatsachen seiner Anwendung und Befolgung bzw. seiner Anerkennung durch Richter und Rechtsgenossen¹⁷. Die analytischen Theorien erblicken die Hauptaufgabe der Rechtstheorie in logischen und sprachlichen Analysen, die realistischen Theorien sehen sie in soziologischen und psychologischen Untersuchungen des Rechts und der Rechtswissenschaft.

Was im übrigen den angesprochenen juristischen Methodenstreit betrifft, so war die historische Synthese auf Begriffsjurisprudenz und Freirechtsjurisprudenz die Interessenjurisprudenz¹⁸. In