

### Vorbemerkung

Wenn man als Jurist, statt das Recht exekutieren zu helfen, zu eben diesem Recht auf Distanz geht, hat man sich auf ein fragwürdiges Feld begeben. Doch jedes rechtsphilosophisch verortete Nachdenken über das Recht hat genau dieses zur Voraussetzung und als Folge ermöglicht sie auch grundsätzliche Kritik am geltenden Recht. Freilich ist Kritik die mildeste Form von Widerstand, und bloße Kritiker bleiben wissend oder unwissend, gewollt oder ungewollt als Gegenläufer des Systems zugleich dessen Mitläufer. Auch der Autor, der seiner vor einigen Jahren im Rudolf Haufe Verlag publizierten Auswahl von Beiträgen einer „Historisierenden Rechtsphilosophie“ (Freiburg 2009, 702 Seiten) nun eine Auswahl seiner im gleichen Zeitraum entstandenen Beiträge einer „Aktualisierenden Rechtsphilosophie“ folgen lässt, kann sich der integrativen Wirkung von Recht und Justiz nicht entziehen. Gleichwohl: bedenkt man seine am Schluss aufgenommene Bibliographie, dann könnte man in Abwandlung einer Passage aus einem preiswürdigen Professoren-Roman vermuten, dass er nicht aufhören kann zu schreiben, denn das Schreiben ist ja er selbst, und ist gleichzeitig sein Drang, dem er unterworfen ist, und: auch wenn er ganz allein ist mit seinem Kopf, kann er, natürlich, nicht aufhören zu schreiben, und wenn auch wirklich kein Hahn danach kräht – schreibt er.<sup>1</sup>

Allerdings wird der Rechtsphilosophie zuweilen statt Erkenntniswert nur Gemütswert zugebilligt, und gelegentlich Studenten von ihren Professoren sogar angeraten, keine Studienzeit mit ihr (wie auch mit Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie) als höchstens Bildungsfächern zu verplempern; mangels einer als „gebildet“ abgehobenen Führungsschicht habe doch Bildung heute kaum noch Einfluss auf die Karriere. Von einem bis in die Jetztzeit höchst anerkannten wie anregenden Rechtstheoretiker war längst gefordert worden, die Jurisprudenz nicht nur von allem Historischen, Politischen und Soziologischen, sondern eben auch von allem Philosophischen zu reinigen.<sup>2</sup> Andererseits verwies ein nicht weniger anerkannter wie anregender Rechtsdenker darauf, dass alle politischen (und damit wohl auch juristischen) Wandlungen von Rechtsphilosophien vorbereitet oder begleitet waren: „Am Anfang stand die Rechtsphilosophie, am Ende die Revolution“.<sup>3</sup>

Die hier zusammengestellten Beiträge beharren auf der für die Aufgabenstellung von Juristen unverzichtbaren Gemeinsamkeit rechtsdogmatischer, rechtssoziologischer, rechtshistorischer und eben auch rechtsphilosophischer Fragestellungen. Um einen andernorts vorgetragenen Gedankengang aufzugreifen: „Legal dogmatics, philosophy of law, sociology of law [...], they all need each other. Each is incomplete in itself and offers only an incomplete picture of law. It is, therefore, indispensable for any discipline of jurisprudence to preserve law as a real object of analysis in a genetic, structural and functional relationship. Any reductionism, i.e. the reduction of the problematics with one of the three mentioned aspects, leads to a distortion of reality“.<sup>4</sup> Rechtsphilosophie aus der Gemeinschaft der juristischen Fächer zu exkommunizieren führt notwendigerweise zu einer Verarmung des juristischen Denkens ebenso wie zu einer misanthropischen Verengung des Handelns von Juristen.<sup>5</sup>

Die weithin herrschende, selbst von dem mit einer Materialfülle ohnegleichen operierenden Max Weber geteilte Auffassung, dass zwischen einer soziologischen und einer juristischen Betrachtungsweise streng zu unterscheiden und letztere mit der rechtsdogmatischen Betrachtungsweise gleichzusetzen sei,<sup>6</sup> dass also Rechtssoziologie Sache

<sup>1</sup> Jenny Erpenbeck, *Gehen, Ging, Gegangen*, München 2015, S. 10.

<sup>2</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, S. 78, 215.

<sup>3</sup> Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* [1932], Heidelberg 2003, S. 15.

<sup>4</sup> H. Klenner, „Juridical Thinking, Juridical Decision-Making“, in: *Rechtstheorie*, Bd. 28, 1997, S. 164.

<sup>5</sup> Vgl. Gerhard Sprenger, „Über die Unverzichtbarkeit der Rechtsphilosophie“, in: *Sitzungsberichte der Leibniz-Sozietät*, Bd. 85, Berlin 2006, S. 13.

<sup>6</sup> Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Frankfurt 2005, S. 233; vgl. aber: Arthur Kaufmann / Winfried Hassemer (ed.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 1994, S. 149.

der Soziologen, Rechtsgeschichte Sache der Historiker, Rechtsphilosophie Sache der Philosophen und lediglich Rechtsdogmatik Sache der Juristen sei, ist unhaltbar. Weder als Rechtswissenschaftler noch als Rechtspraktiker kann der sich auf die Rechtsdogmatik als seiner alleinigen Domäne beschränkende Jurist seiner Aufgabe gerecht werden.

Es geht also bei der hier erörterten Kohärenz der rechtsdogmatischen, der rechtssoziologischen, der rechtshistorischen und der rechtsphilosophischen Betrachtungsweise nicht um eine interdisziplinär zu betreibende Gemeinsamkeit von vier wesentlich nebeneinander operierenden Fächern. Der theoretisierende wie der praktizierende Jurist – sei er Richter, Rechts- oder Staatsanwalt, Syndikus, Berater gesetzgebender oder auf die Gesetzgebung und die Rechtsprechung Einfluß nehmender Verbände oder Parteien, aber auch ein über das Recht und dessen Entwicklungserfordernisse Dozierender – sieht sich in jeweils unterschiedlichem Umfang zuweilen vor die Notwendigkeit gestellt, innerhalb seiner Tätigkeiten dogmatische, historische, soziologische und philosophische Fragen zumindest aufzuwerfen und eigentlich auch für sich zu beantworten.

Jedenfalls können Juristen ihre Beurteilungen des Regulationssystems der eigenen Rechtsordnung nicht an andere Fakultäten delegieren. Womit könnten sie angesichts des grundgesetzlichen Sozialstaatsgebots ihre Blindheit gegenüber den Fundamentalkonflikten innerhalb der eigenen Gesellschaft, gegenüber dem sich verschärfenden Reichtum/Armut-Gegensatz etwa, rechtfertigen? Könnten sie den Zusammenhang zwischen einem triumphierenden Kapitalismus, den Vasallendiensten des eigenen Staates bei Aggressionskriegen von sich als „Nations under God“ ausgehenden anderen Staaten, den Rüstungsexporten, den Terrorismen und den Menschenrechtsverletzungen legitimieren, ohne die Legalitätsfrage wenigstens zu stellen? Könnten ihnen die Wechselwirkungen zwischen den gegenwärtigen Völkerwanderungen und dem geltenden Völkerrecht gleichgültig sein, und könnten sie an den etwa erforderlich werdenden Veränderungen der Rechtsordnung des eigenen Staates verantwortungsbewusst mitarbeiten, ohne wie die Folgen so auch die Ursachen der Flüchtlingsströme von 60 Millionen Mitmenschen zu bedenken? Könnten sie im Interesse von Rechtsstaatlichkeit und Gesetzlichkeit zulassen, dass die *Grundrechte* durch *Grundwerte* substituiert werden, für die dann in der Theorie Theologen und/oder Philosophen das Sagen beanspruchen und in der Praxis die Politiker das Sagen haben? Ein Jurist ist mitverantwortlich dafür, dass die im Verlauf des europäischen Übergangs von der feudalen zur bürgerlichen Gesellschaft dank der Aufklärungsdenker vieler Länder (wenn auch inkonsequent) erfolgte Emanzipation des Rechts von Religion und Moral sowie der Rechtswissenschaft von Theologie und Ethik nicht rückgängig gemacht wird. Um entscheiden zu können – und juristische Tätigkeit zielt letztlich stets auf eine *res judicata* – haben sie vielmehr die Grenzen zwischen systemimmanenter und systemtranszendenter Betrachtungsweise offenzuhalten und selbst darüber zu befinden, welches Wissen sie brauchen, um das Reflexionspotential von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis den gesellschaftlichen Entwicklungserfordernissen gemäß zu erweitern.

Legislative und Judikative haben nun einmal die unvermeidbare Diskrepanz zwischen der Statik von Rechtsnormen einerseits und andererseits der Dynamik sich weiterentwickelnder gesellschaftlicher, zuweilen auch technischer Rahmenbedingungen zu berücksichtigen. Wie zu den Verstehens-, Verwirklichungs- und Entwicklungsbedingungen des Rechts einer Gesellschaft viel Wissen über sein Gewordensein gehört, so gehört auch das Gespür über erforderlich werdende Veränderungen dazu. Das allerdings setzt ein Denken voraus, welches das gegebene Recht einer Gesellschaft übersteigt, dessen Wirklichkeitssinn sich durch einen Möglichkeitssinn ergänzt. Folglich ist nur derjenige Jurist ein guter Jurist, dessen *De-lege-lata*-Denken sich mit einem *De-lege-ferenda*-Denken paart. In den vom Wissenschaftsrat der Bundesregierung am 9. November 2012 verabschiedeten umfangreichen Analysen zur Situation und den Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland (Volltext der Drucksache 2558-12 in: <http://www.wissenschaftsrat.de>) wird (sub B.I) völlig zu Recht eine Verstärkung der Grundlagenfächer im Allgemeinen und im Besonderen der dabei herauszuarbeitenden Bedeutung der von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie zu erörternden Begründungsfiguren für die Legitimität von Legalität gefordert.

Die Annahme, dass ein Gericht, da es nach Maßgabe des Gesetzes zu urteilen habe, sich von einer Folgenberücksichtigung seiner Entscheidungen entlasten könne, ist nicht weniger verkehrt als die Weigerung eines Gesetzgebers, eine Gesetzesfolgenabschätzung oder eine (auch vorausschauende!) Wirkungskontrolle seiner Gesetzgebungstätigkeit zu veranlassen. Ursachen- wie Wirkungsanalysen von Gesetzgebung und Rechtsprechung gehören zum Verantwortungsbereich von Juristen, den sie wahrzunehmen haben und auf andere abzuschieben nicht berechtigt sind.<sup>7</sup> Jede Ursachenerforschung des geltenden, sich doch stets weiterentwickelnden Rechts aber ist wie dessen Wirkungsforschung zwar zunächst vor allem rechtssoziologischer Natur, darf aber die gewesene wie die gegenwärtige Gedankenentwicklung nicht unberücksichtigt lassen. Denn wie die Realgeschichte der Menschheit ihren Erfahrungsreichtum bildet, so formiert sich in deren Ideengeschichte ihr Erkenntnisreichtum. Eine Missachtung des einen wie des anderen garantiert geradezu eine Wiederholung bereits gemachter Fehler und Fehlentwicklungen. Selbst wenn es fraglich ist, ob Völker aus ihrer Geschichte zu lernen vermögen, so bleibt doch die Wahrheit ein Prozess, in dessen Verlauf sich Menschen emporzurichten vermögen.

Genauso wenig, wie sich das Recht in seinen normativen und institutionellen Erscheinungsformen aus dem philosophischen und dem soziologischen Diskurs der Moderne ohne verheerende Substanzverzerrungen entfernen lässt, lassen sich Gesetzgebung und Rechtsprechung ihrer philosophischen, historischen und soziologischen Dimension entkleiden, ohne an Wirklichkeitsgehalt und Deutungstiefe gravierend einzubüßen. Mögen auch die rechtsdogmatischen Fragestellungen zum täglichen (und die rechtsphilosophischen eher zum sonntäglichen) Brot des Juristen gehören, ohne aber auch Überlegungen solcher Art zu berücksichtigen, wird, um im Bilde zu bleiben, der Juristen Brot ungenießbar. Auf Leibniz, einen der ganz großen Juristen und Philosophen der Weltliteratur, geht die Warnung zurück: eine Rechtswissenschaft ohne Rechtsphilosophie gleiche einem Labyrinth ohne Ausweg.

Zweifel bleiben. Jeder auch rechtsphilosophisch Denkende läuft Gefahr (der sich der Autor dieser Beiträge bewusst ist und der er dennoch zuweilen erlag), die Gegensätze zwischen den Wahrheitssuchern und den sich auch noch als Wahrheitsinhaber ausgebenden Machthabern zu übersehen; als Folge pflegt der Kontrast zwischen dem Imaginierten und dem Realisierten schöngeredet zu werden. Aber hat nicht ein Hegel, der bekanntlich nichts von einem Jammern darüber hielt, dass die schönen Ideen von einst der hässlichen Realität von heute nicht standgehalten haben, wie auch von den Klagen darüber nichts, dass die herrlichen Träume von der kalten Wirklichkeit zerstört wurden, gewarnt: „Die Abtrennung der Wirklichkeit von der Idee ist besonders bei dem Verstande beliebt, der die Träume seiner Abstraktionen für etwas Wahrhaftes hält“.<sup>8</sup> Und ein Friedrich Engels meinte unverblümt: die Rechtsphilosophie habe immer wieder darin bestanden, „dass an die Stelle des in den Ereignissen nachzuweisenden wirklichen Zusammenhangs ein im Kopf gemachter gesetzt wurde“.<sup>9</sup>

Das gehört zum Berufsrisiko jedes auch rechtsphilosophisch denkenden Juristen. Der Autor nachfolgender Auswahl von Beiträgen – verfasst nach der weltgeschichtlichen Niederlage realexistierender Sozialismen – verfügt über keine freischwebende Intelligenz. Er weiß sich in die Interessengegensätze der heutigen Welt eingebunden. Man mag es als pure Provokation empfinden, aber seine Hoffnung auf einen erfolgreichen Antikapitalismus ist wie sein Nachdenken über einen künftigen Sozialismus und dessen Recht ungebrochen.

<sup>7</sup> Vgl. Hagen Hof / Martin Schulte (ed.), *Wirkungsforschung zum Recht III* (Folgen von Gerichtsentscheidungen), Baden-Baden 2001, bes. S. 123-127; Ulrich Kaupen / Hagen Hof (ed.), *Wirkungsforschung zum Recht IV* (Möglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirksamkeitskontrolle von Gesetzen), Baden-Baden 2003, insbes. S. 302-371: Mitteilung der Europäischen Kommission über Folgenabschätzung; Bericht des Europäischen Parlaments: Regulatory Impact Analysis: Developments and current practices in the EU Member States, on the EU level and in selected third countries.

<sup>8</sup> Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1981, S. 400.

<sup>9</sup> Marx/Engels, *Werke*, Bd. 21, Berlin 1962, S. 296.