

Reimer

Rechtstheorie

Einführung



Nomos

NOMOSEINFÜHRUNG

Prof. Dr. Philipp Reimer
Universität Konstanz

Rechtstheorie

Einführung



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-7886-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-2287-2 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Es gibt verschiedene Wege, Rechtstheorie zu betreiben und darzustellen, und sie spiegeln nicht zuletzt eine persönliche Erkenntnisgeschichte wider. In meinem Fall begann sie vor etwa zwanzig Jahren mit kritischen Fragen und einer glücklichen Zufallsbegegnung in der Bibliothek mit Hans Kelsens Reiner Rechtslehre. Dabei ging es mir von Anfang an vor allem um das Gebrauchen und Weiterdenken der vorhandenen Ansätze und nicht um Forschungen „zum Begriff des X im Werk von Y“, wie man sie häufig antrifft. Wenn ich in dieser Einführung nun die Fragen und Konzepte der Rechtstheorie präsentiere, wie sie sich mir heute darstellen, dann ist es besonders das, was ich weitergeben möchte: eine nachdrückliche Einladung, auch Grundlegendes und vermeintlich Selbstverständliches zu hinterfragen und weiterzudenken.

Hervorgegangen ist dieses Büchlein aus meiner Vorlesung „Rechtstheorie“, die ich seit einigen Jahren halte und der ich in den vergangenen Online-Semestern ein Skriptum beigegeben habe. Dessen überarbeitete und erweiterte Fassung wird hiermit der Öffentlichkeit vorgelegt.

Das Buch wäre nicht möglich gewesen ohne die wissenschaftlichen Lehrjahre in Freiburg bei meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Matthias Jestaedt, von dessen Anleitung und Einsichten ich nachhaltig zehre und dem an dieser Stelle dafür noch einmal herzlich gedankt sei. Den Entstehungsprozess des vorliegenden Texts von Anfang an wohlwollend begleitet hat mein Freund und Kollege Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M., mit dem mich seit langem ein beständiger fruchtbarer Austausch zu den Grundlagen und Untiefen des Rechts verbindet. Der Konstanzer Lehrstuhl-Mannschaft danke ich für vielfältige Unterstützung: meiner Sekretärin Tina Sperling, meiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin Ass. iur. Celina Windbiel sowie den studentischen Hilfskräften Valentina Geiger und Maximilian Gruno. Gewidmet ist das Buch den Studierenden der Rechtswissenschaft(en), denen es guten Nutzen bringen möge.

Konstanz, im Dezember 2021

Philipp Reimer

Inhalt

Vorwort	5
Gebrauchsanleitung für dieses Buch	13
§ 1 Rechtstheorie als Fach	17
Zur Kartierung der Grundlagenfächer	17
Grundlagenfächer versus Dogmatik	17
Erkenntnisziele der Grundlagenfächer	17
Grundlagenfächer mit Außen- und Innenperspektiven	18
Grundlagenfächer mit und ohne Mutterdisziplin	20
Grundlagenfächer quer zu den dogmatischen „Fachsäulen“	20
Historische Ausdifferenzierung der Grundlagenfächer	21
Rechtstheorie versus Juristische Methodenlehre	21
Für und Wider der Rechtstheorie	22
Formale und materiale Rechtstheorie	23
Weiterführende Hinweise	23
Die Grundlagenfächer	23
Die Grundlagen der Rechtstheorie	24
Zu weiteren Ansätzen	25
§ 2 Recht zwischen Sinn und Wirklichkeit: systematisch	26
Was ist ein Gesetz? Medium – Text – Sinn	26
Was ist Recht?	28
Normativistisches versus empiristisches Rechtsverständnis	29
Normativistisch: Recht als vorgestellter Sinn	29
Empiristisch: Recht als wahrnehmbare Tatsache(n)	29
Sein und Sollen	30
Weiterführende Hinweise	32
§ 3 Recht zwischen Sinn und Wirklichkeit: historisch	33
Noch einmal zum Begriff „Rechtstheorie“ ...	33
Empiristische Rechtskonzepte	34
Anerkennungstheorien – z.B. Ehrlich und Bierling	35
Durchsetzungstheorien – z.B. Holmes	36
Kommunikationstheorien – z.B. Luhmann	37
Normativistische Rechtskonzepte	38
Inkonsequenter Normativismus – Hart und die rule of recognition	39
Konsequenter Normativismus – Kelsen und die Grundnorm	39
Geltung und Wirksamkeit	40
Weiterführende Hinweise	41
§ 4 Recht(ssinn) zwischen Gerechtigkeit und Wirklichkeit	42
Ein alter Streit	42
Positivismusfrage als zweite begriffliche Grundentscheidung	42
Nichtpositivistische Traditionen	44

Positivistische Traditionen	45
Englische Anfänge – Bentham und Austin	46
Deutsche Anfänge – Laband	46
Österreichischer Meilenstein – Kelsen	47
Die Strukturprobleme des Positivismus	47
Das Extremfallproblem des Positivismus	48
„Jeder beliebige Inhalt“?	48
„Radbruchsche Formel“	49
Für und Wider eines moralfreien Rechtsbegriffs	50
Weiterführende Hinweise	51
§ 5 Rechtssinn und Rechtsakt	53
Zum Kontext: Recht und Sprache	53
Fragestellung und Perspektive	53
Zur Phänomenologie des Rechtsakts	54
Rechtsakt als Zuschreibungsergebnis	54
Rechtsakt als Handlung, Ergebnis, Text und Sinn	54
Rechtsakt als Interpretations- oder Intertextualitätsphänomen	55
Rechtsakt als Sprechakt	56
Zur Gewinnung des Rechtssinns aus dem Rechtstext	56
Hermeneutik: Verstehen als Prozess	57
Wer bestimmt über den Rechtssinn?	58
Rechtstheoretische Kritik an der Methodenlehre	59
Die Vorfrage nach dem Auslegungsziel	60
Subjektives Auslegungsziel	60
Objektives Auslegungsziel	60
Das Problem der Konforminterpretationen	61
Die Frage nach der Auslegungsmethode	61
Zwischenfazit	62
Noch einmal: Sprache und Recht	62
Weiterführende Hinweise	64
§ 6 Rechtssinn und Rechtsinhalt I: Rekonstruktion mittels Modi und Rechtspositionen	66
Rechts- und anderer Sinn	66
Rechtssinn als Sollen (im weiteren Sinne)	67
Rechtliches Sollen (im engeren Sinne) – Nichtsollen – Dürfen	67
Subjektives Recht – Anspruch	69
Rechtliches Haben	70
Rechtliches Sein	71
Rechtliches Können	71
Können und Rechtsakte	72
Können als Voraussetzung komplexer Rechtsordnungen	72
Können und Arten der Rechtspositionen (und entsprechenden Rechtsakte)	73
Können und Trägheitsprinzip	74
Zusammenspiel der Modi	74

Rechtssinn als Deutungsschema	74
Weiterführende Hinweise	75
§ 7 Rechtssinn und Rechtsinhalt II: Rekonstruktion mittels Rechtsnormen	77
Rechtsnorm als Ausschnitt des Rechtssinns	77
Recht = Rechtsnormen	77
Arten von Rechtsnormen	77
Rechtsnorm = Rechtsfolge und Tatbestand	79
Zwischenfazit: Rechtsakt – Können – Rechtsnorm – Ermächtigungsnorm – Normerzeugungszusammenhang	80
Rechtsnorm als Sinn eines Rechtsakts?	80
Äußeres Problem: Stamm- und Änderungsrechtsakte	81
Inneres Problem: Rechtsaktteile – Abgrenzung der Rechtsnormen	82
Zwischenfazit	83
Rechtsnorm als abgrenzbarer Teil des Rechtssinns?	83
Engere Rechtsnormbegriffe	84
Deutscher Rechtsnormbegriff	84
Kelsens Rechtsnormbegriff	85
Weiterführende Hinweise	86
§ 8 Rechtssinn und Rechtsinhalt III: Rekonstruktion mittels Rechtslogik	87
Natürliche und formalisierte Sprache – Logik und Rechtslogik	87
Aussagenlogik	88
Modallogik	88
Aussagen im Modus des Sollens	88
Aussagen im Modus des Verbotenseins oder Erlaubtseins	89
Aussagen im Modus des Verlangenkönnens	89
Verneinung (Negation)	90
Logische Verknüpfungen	90
Arten von Verknüpfungen	90
Tatbestandsdarstellung mit Verknüpfungen	90
Schlussfolgerungen bei Verknüpfungen	91
Abtrennungsregel	91
Modus ponens – Justizsyllogismus	91
Erweiterungsregel – Ross-Paradox	92
Arbeiten mit Verknüpfungen: Umformungen und Einsetzungen	93
Beispiel „Verbrechensaufbau“	93
Beispiel „Verwaltungsakt und Nebenbestimmungen“	94
Quantorenlogik	94
Prädikatenlogik	95
Zwischenfazit	95
Anwendungsbeispiel	95
Blinder Fleck der Rechtslogik: die Rechtsdynamik	96
Weiterführende Hinweise	97

§ 9 Geltung des Rechts(sinns): historisch	99
Mehrheit von Rechtsordnungen – die Geltungsfrage	99
Geltungsbegründung über Rechtsquellen	99
Beispiele: Rechtsquellenlehren aus drei Kontexten	100
Deutsches Privatrecht – z.B. Dernburg und Larenz	100
Amerikanisches Recht – z.B. Gray	101
Völkerrecht	101
Würdigung	102
Geltungsbegründung über Ermächtigungsnormen	104
Weiterführende Hinweise	105
§ 10 Geltung des Rechts(sinns): systematisch	106
Geltung versus Wirksamkeit	106
Geltung mit Geltung begründen	106
Relative Geltung – „Geltung im System“	107
Geltungsbegründung relativ zu Ermächtigungsnormen	107
Geltungsbegründung relativ zur „historisch ersten Verfassung“	108
„Stammbaum“ und „Ahnentafel“	109
Absolute Geltung – „Geltung des Systems“	110
Pragmatischer versus philosophischer Blick	110
Begründungsabbruch mit Dogma oder Grundnormpostulat	111
Welche Grundnorm voraussetzen?	113
Weiterführende Hinweise	114
§ 11 Geltung des Rechts(sinns): praktisch	115
Vielfalt der Rechtsordnungen	115
Theorie-Herausforderungen I: Zwei(- und Mehr)ebenensysteme	116
Bundesstaat	116
Europäische Union	117
Völkerrecht	118
Theorie-Herausforderungen II: Recht ohne Staat?	121
Mittelalterliches Recht	121
Recht jenseits des Staates	121
Weiterführende Hinweise	122
§ 12 Rechtssinn und Rechtsanwendung	124
Rechtsanwendung: Gegensatz oder Komplement der Rechtsetzung?	124
Rechtsanwendung als Rechtsbefolgung, -setzung oder -prüfung	126
Gerichtliche Rechtsanwendung genauer betrachtet: dreierlei	
Normverhältnisse	126
Abstrakter gefasst: dreierlei „Rechtsanwendungen“	127
Zwischenfazit	128

Rechtsprüfung als problematische Art der „Rechtsanwendung“	129
Justizsylogismus – Rechtsarbeit	129
„Open texture“ versus „one right answer“	130
Rechtserzeugungsanteil	130
Rechtserzeugungsanteil und wissenschaftliche Rechtsprüfung	131
Rechtserzeugungsanteil und weitere Spielräume	131
Weiterführende Hinweise	132
§ 13 Rechtssinn und Rechtswissenschaften	134
Rechtswissenschaftstheorie	134
Wissenschaftstheorie der Rechtsdogmatik	134
Ein Seitenblick vorab: Wissenschaftspraxis der Rechtsdogmatik	134
Richtungen der Kritik	135
Kein fester Gegenstand?	135
Keine reine Erkenntnis – zu viel Anwendungsbezug?	137
Kein sozialer Bezug?	137
Klassifikationen	139
Real- oder Formalwissenschaft	139
Geistes- oder Sozialwissenschaft	140
Weiterführende Hinweise	141
Stichwortverzeichnis	143
Personenverzeichnis	153

Gebrauchsanleitung für dieses Buch

Wenn Sie dies lesen, haben Sie sich dafür entschieden, dem Grundlagenfach der Rechtstheorie eine Chance zu geben. Darüber freue ich mich sehr!

Im Fach „Rechtstheorie“ geht es nicht darum, neue Gesetze, neue Fälle oder sonstigen Stoff zu pauken. Das Ziel ist es vielmehr, in erster Linie auf den bereits bekannten Rechtsstoff neue und andere Perspektiven einzunehmen, den Stoff gewissermaßen zu verfremden und Überliefertes vielerorts in Frage zu stellen. Konkrete Kenntnisse des positiven Rechts sind dabei keine zwingende Voraussetzung dafür, sich mit der Theorie des Rechts zu beschäftigen, deshalb ist der Stoff grundsätzlich auch für Studienanfänger zugänglich. Für etwas weiter fortgeschrittene Semester besteht der Vorteil, dass Sie bereits ein umfangreicheres juristisches Anschauungsmaterial den neuen theoretischen Perspektiven unterziehen können, was die Theorie plastischer hervortreten lassen kann.

Das vorliegende Büchlein, das aus einer Vorlesung hervorgegangen ist und den Ton eines Vortrags grundsätzlich beibehalten hat, bietet in dreizehn aufeinander aufbauenden Kapiteln einen Pfad hin zu diesen neuen Perspektiven. Wenn Sie es durchgearbeitet haben, kennen Sie bereits eine ganze Reihe von rechtstheoretischen Fragen, Problemen und Weichenstellungen. Wenn Sie mögen, lesen Sie dann weiter – dazu sind am Schluss der Kapitel weiterführende Hinweise aufgenommen, insbesondere zu der ursprünglichen Herkunft der präsentierten Ideen.

Viel zu lesen – wichtig zu denken!

Natürlich kann der kurze Text nicht die ganze Breite und Tiefe der Rechtstheorie erschöpfend behandeln. Das gilt umso mehr, als die Theorie anders als die Dogmatik nicht auf den nationalen Rahmen begrenzt ist und dementsprechend weltweit und in vielen Sprachen erforscht wird – wohl niemandem ist *alles* davon bekannt, zugänglich und verständlich. Vielmehr ist es ein bekanntes Phänomen, dass die Wahrnehmung und Verarbeitung (die „Rezeption“) wissenschaftlicher Veröffentlichungen längst nicht nur von deren Inhalt abhängt (den man dafür ja überhaupt erst kennen müsste), sondern auch von anderen, praktischen Faktoren – wie beispielsweise eben der Sprachkenntnis. So hat sich jedenfalls ein kleiner Kreis (ein „Kanon“) allgemein bekannter Rechtstheoretiker herausgebildet, die auch hier erscheinen werden; darum rankt sich ein großer Kreis von Erweiterern, Vertiefern, Widerlegern und Verbesserern, deren Zahl schon kaum mehr überschaubar ist; und überhaupt nur noch punktuell wahrgenommen werden Ansätze, die ganz außerhalb des Kanons liegen. Dabei kann nicht einmal sicher gesagt werden, dass es immer die kanonischen Theorien wären, die die größte Erklärungskraft und begriffliche Schärfe aufweisen.

Diese Betrachtungen zum Wissenschaftsbetrieb sollen hier nur den größeren Rahmen aufzeigen, in den auch dieses Büchlein eingebettet ist. Es trifft eine Auswahl dessen, was es Ihnen präsentiert. Es benennt jeweils das Für und Wider, aber wird auch eine eigene Linie erkennen lassen (nämlich, wie Sie bald sehen werden, eine normativistische und positivistische Rechtstheorie). Auf diese Weise soll sich im Laufe der Kapitel ein Vorschlag abzeichnen, wie man eine Rechtsordnung auf eine zweckmäßige und stimmige Weise theoretisch analysieren kann.

Selbstverständlich brauchen Sie sich diesen Vorschlag nicht zu eigen zu machen. An vielen Stellen können Sie insofern anders abbiegen und würden auch dafür meist Vorbilder in der rechtstheoretischen Literatur finden. Andere Lehrbücher machen andere Vorschläge (deutlich anders akzentuieren etwa *Alexander Somek*, *Rechtstheorie zur Einführung*, Hamburg 2017, oder *Thomas Vesting*, *Rechtstheorie*, 2. Aufl., München 2015; noch mehr abweichende Ideen versammeln *Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano* (Hg.), *Neue Theorien des Rechts*, 3. Aufl., Tübingen 2020). Worum es mir vor allem geht, ist insofern die Anregung zum Mit-, Nach- und Selbstdenken über Recht – und das Überbordwerfen des Satzes „Das ist doch selbstverständlich“, denn das ist, wie Sie sehen werden, hier gar nichts.

Lektürehinweise und Materialien

Im Verlauf dieser Einführung erhalten Sie zahlreiche Anregungen, wie man bei Interesse einzelne Themen am besten vertiefen kann. Am Ende jedes Kapitels stehen „Weiterführende Hinweise“ auf **Bücher und Aufsätze**, die für das Behandelte von Bedeutung sind. Dabei erfolgen grundsätzlich keine Hinweise auf andere Lehrtexte, sondern es geht zum einen *ad fontes* (lateinisch „zu den Quellen“) und zum anderen auf – hauptsächlich aktuellere – Forschungsliteratur. Mit den Quellen können Sie sich erschließen, wo die vorgestellten Ideen ursprünglich herkommen; mit den jüngeren Texten erhalten Sie einen Einblick in den heutigen Stand der Wissenschaft (darin enthalten sind dann regelmäßig wiederum zahlreiche Literaturnachweise, denen jemand weiter nachgehen könnte, der ein Feld wirklich durchdringen wollte). Da gerade auch der Blick über den Tellerrand hinaus geweitet werden soll, führen manche der Lektürehinweise auch über das engere Feld der Rechtstheorie hinaus, wenn es einmal um gemeinsame Probleme verschiedener Wissenschaften geht.

Die Fußnoten im Haupttext werden im Hinblick auf die „Weiterführenden Hinweisen“ am Kapitelende knapp gehalten. Sie belegen vor allem wörtliche Zitate und bringen einzelne an Ort und Stelle relevante Erläuterungen.

Abgekürzt zitiert werden in den Hinweisen und den Fußnoten folgende Klassikerwerke:

- *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., Leipzig 1934 (RR¹).
- *Hans Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960 (RR²).

Kelsen wird uns im Laufe der folgenden Kapitel noch des Öfteren begegnen, ebenso wie Zitate aus diesem Buch. Beide Auflagen sind von bleibender Relevanz, wobei die jüngere vor allem den Umfang vervielfacht hat; beide sind auch als günstige Studienausgabe verfügbar. Die kurze 1. Aufl. sei Ihnen besonders ans Herz gelegt. Die Studienausgabe davon gibt es unter <https://www.mohrsiebeck.com/buch/reine-rechtslehre-9783161564659> sogar frei verfügbar (*open access*), so dass Sie das Buch nicht einmal kaufen müssten. Sie enthält auch eine ausführliche hilfreiche Einführung von *Matthias Jestaedt*, die ihrerseits umfangreich auf weitere Primär- und Sekundärliteratur verweist (ebd., S. LV–LXII).

Es versteht sich, dass zum Grundlagenfach keine speziellen **Gesetzestexte** gehören. Die Rechtstheorie kann und muss aber immer wieder auf das geltende Recht zurückgreifen, um ihre Konzepte zu erproben und zu veranschaulichen. Es empfiehlt sich daher, insbesondere BGB und öffentlich-rechtliche Basistexte zur Hand zu haben.

An deutschsprachigen rechtstheoretischen **Zeitschriften** sollten Sie sich für Ihre weitere Lektüre schon einmal die Namen merken von:

- Rechtstheorie

Digital unter <https://elibrary.duncker-humblot.com/zeitschriften/id/30/> verfügbar.

- Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)

Digital unter <https://elibrary.steiner-verlag.de/journal/arsp> verfügbar.

Rechtstheoretische Gedanken werden häufig aber auch in allgemein-juristischen Zeitschriften veröffentlicht, insbesondere der

- JuristenZeitung (JZ).

Digital unter <https://www.mohrsiebeck.com/zeitschrift/juristenzeitung-jz> verfügbar.