Hasso Hofmann

Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie

5. Auflage

WBG
Wissen *verbindet*

HASSO HOFMANN

EINFÜHRUNG IN DIE RECHTS- UND STAATSPHILOSOPHIE

DIE PHILOSOPHIE

Einführungen in Gegenstand, Methoden und Ergebnisse
ihrer Disziplinen

HASSO HOFMANN

EINFÜHRUNG IN DIE RECHTS- UND STAATSPHILOSOPHIE

5. Auflage

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

Das Werk ist in allen seinen Teilen urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig.
Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen,
Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung in
und Verarbeitung durch elektronische Systeme.

5., durchgesehene und erweiterte Auflage
© 2011 by WBG (Wissenschaftliche Buchgesellschaft), Darmstadt
1. Auflage 2000
Die Herausgabe des Werkes wurde durch die Vereinsmitglieder der WBG ermöglicht.
Satz: Janß GmbH, Pfungstadt
Umschlaggestaltung: schreiberVIS, Seeheim
Gedruckt auf säurefreiem und alterungsbeständigem Papier
Printed in Germany

Besuchen Sie uns im Internet: www.wbg-wissenverbindet.de

ISBN 978-3-534-24305-1

Elektronisch sind folgende Ausgaben erhältlich:
eBook (PDF): 978-3-534-71890-0
eBook (epub): 978-3-534-71891-7

Inhalt

Vorwort IX

ERSTER TEIL
DAS RECHT UND DAS RECHTE

Erstes Kapitel: Was ist Recht? 3
§ 1 Die Verdoppelung der Frage 3
I. Kant und der Positivismus der Juristen 3
II. Die philosophische Trennung von positivem Recht, Vernunftrecht und Moral 6
§ 2 Recht als Sollen 10
I. Der logische Gegensatz von Sein und Sollen . . . 10
II. Vernunftrechtlich-„natürliches“ und positivrechtliches Sollen 12
III. „Reine Rechtslehre“ 14
§ 3 Recht als Tatsache 17
I. Rechtsrealismus 17
II. Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft 18
§ 4 Recht, Brauch, Sitte, Konvention 20
§ 5 Recht und Unrecht 23
I. Entscheidungs- und Beobachtungsperspektive . . 23
II. Die juristische Trennung von Recht und Moral und die Kritik dieser „Trennungsthese“ 25
III. Die herkulische Arbeit des Richters 28
§ 6 Rechtsfindung und Rechtssetzung 30
Zweites Kapitel: Materielle Grundbegriffe der Rechtsphilosophie: Objektive rechtsethische Prinzipien 34
§ 7 Richtigkeit des Rechts: Grundsätze der Rechtsethik . 34
I. Gerechtigkeit, Gleichheit, Freiheit und personale Würde 34
II. Frieden, Sicherheit, Verlässlichkeit der Verhältnisse 36
III. Menschenrechtserklärungen 38
§ 8 Die verfassungsgesetzliche Positivierung rechtsethischer Grundsätze 40

§ 9 Objektive Begründung des Rechts und seiner rechtsethischen Prinzipien 43
Drittes Kapitel: Formelle Grundbegriffe der Rechtsphilosophie: Theorien subjektiver Normbegründung 46
§ 10 Sein des Rechts: Geltung, Wirksamkeit und Anerkennung 46
§ 11 Objektive Rechtsgeltung kraft subjektiver Anerkennung 49
I. „Anerkennungstheorien“ 49
II. Die akzeptierte Verfassung als Grundnorm . . . 53
§ 12 Begründung von Geltungsansprüchen durch kommunikative Vernunft: Die „Diskurstheorie“ 56
§ 13 Modellierte Einigung auf Prinzipien des Richtigen: Der Neo-Kontraktualismus 60
I. Altes und neues Vertragsdenken 60
II. Rawls’ Modell der Gewinnung konsensfähiger Grundsätze des Richtigen 62

ZWEITER TEIL
UNGERECHTES RECHT DES STAATES UND DAS VON NATUR RECHTE

§ 14 Perspektivenwechsel 69
Erstes Kapitel: Der heilige Zorn der Antigone 72
§ 15 Der Sinn für Ungerechtigkeit 72
§ 16 Die tragische Exposition der nomologischen Differenz . 76
I. Der Tod der Antigone 76
II. Aspekte des von Natur Rechten 80
§ 17 Platons Idee der Gerechtigkeit 82
I. Relativität des Rechts 82
II. Die Ideenlehre 83
III. Herrschaft der Philosophenkönige 85
§ 18 Maß des ungerechten Rechts und Relativierung der Relativität des Rechts: Das ontologische Naturrecht . 87
I. Die Lehren der Stoa 87
II. Christliches Naturrecht 92
Zweites Kapitel: Die irdische Empörung der Arbeiter im Weinberg 97
§ 19 Ungerechtigkeit durch Ungleichbehandlung und die Gerechtigkeit der Gleichheit nach Aristoteles 97
I. Gerechtigkeit der politischen Ordnung 97

II. Recht und Billigkeit 101
III. Austeilende und ausgleichende Gerechtigkeit . . 103
§ 20 Ungerechtigkeit durch Gleichbehandlung: Das biblische Gleichnis 104
Drittes Kapitel: Der stumme Schrei der Opfer totalitärer Herrschaft 109
§ 21 Ahndung rechtsförmigen Staatsunrechts nach dem Wechsel des Regimes 109
I. Das Recht als Mittel totalitärer Herrschaft. . . . 109
II. Exemplarische Fälle 110
III. Die Radbruch'sche Formel 114
IV. Harts Kritik 118

DRITTER TEIL
NOTWENDIGES RECHT DER FREIHEIT AUS DER SELBSTREFLEXION DES INDIVIDUUMS

Erstes Kapitel: Krieg aller gegen alle: Das neue Denkmuster eines Naturzustandes 123
§ 22 Umwälzung eines alten Gedankens 123
§ 23 Physik der Vergesellschaftung. 128
I. Kopernikanische Wendung und die Naturgesetze der Mechanik 128
II. Soziale Mechanik: Markt und Konkurrenz 132
§ 24 Frieden durch autoritäre Gesetzgebung: Sicherheit statt Gerechtigkeit 135
I. Hobbes' Reduktion allen Rechts auf „bürgerliche Gesetze": Der gesetzespositivistische Versuch einer Negation der nomologischen Differenz. . . 135
II. Gewaltmonopol der homogenen Staatsmacht . . 139
Zweites Kapitel: Die Fackel des Prometheus: Frieden durch Fortschritt und individuelle Freiheit statt Gerechtigkeit . . . 143
§ 25 Recht aus Selbstreflexion in neuer Zeitperspektive . . 143
I. Frieden aus Freiheit durch Fortschritt 143
II. Ende und Erbe des alten Naturrechts: Das Vernunftrecht 145
III. Wechsel des Gesichtspunkts. 149
§ 26 Gemeinsam organisierte Freiheit der Selbstbestimmung statt Gerechtigkeit herrschaftlicher Fremdbestimmung 154
I. Zwei rechtliche Begriffe der Selbstbestimmung. . 154

II. Rechtliche Sicherung individueller Lebensräume: John Locke 156
III. Herrschaft des allgemeinen Gesetzes als kollektive Selbstbestimmung: Rousseau 160
IV. Kants Autonomie des Menschen in der staatlichen Zwangsordnung 165
§ 27 Von der tugendhaften Regierung zum verfassungsmäßigen Gesetzgeber 170
I. Schwerpunktverlagerungen 170
II. Freiheitssicherung durch Gewaltenteilung 174
Drittes Kapitel: Kritik der abstrakt-individuellen Freiheitsphilosophie des Rechts 179
§ 28 Hegel: Der Staat als Wirklichkeit konkreter Freiheit . 179
I. Noch einmal: die Frage der Gewaltenteilung . . . 179
II. Recht – Moralität – Sittlichkeit 183
III. Kritik der Kritik: Verstaatlichung der Subjektivität? 186
§ 29 Anthropologische Kritik des ethischen Atomismus: Die soziale Konstitution des Individuums 187

VIERTER TEIL
DIE NOT DER MASSEN: WIEDERKEHR DER GERECHTIGKEITSFRAGE

Erstes Kapitel: Eine neue Parole: Soziale Gerechtigkeit . . . 193
§ 30 Solidarität und soziale Gerechtigkeit 193
§ 31 Der soziale Rechtsstaat 197
§ 32 Soziale Marktwirtschaft 201
Zweites Kapitel: Die Rückkehr der Frage einer gerechten Ordnung in die akademische Philosophie 205
§ 33 Neue Theorien gerechter Verteilung der sozialen Güter 205
I. Distributionssphären und Distributionsprinzipien . 205
II. Rawls' Gerechtigkeitsgrundsätze 207
§ 34 Soziale Gerechtigkeit – nur eine neue Illusion? . . . 212

Literaturauswahl 217

Namen- und Sachregister 225

Vorwort

Nachdenken über das Recht ist Teil des Nachdenkens über die gute, den Menschen zuträgliche Ordnung des Gemeinwesens. Deshalb behandelt der folgende Text die Anfangsgründe der Rechtsphilosophie im Kontext staatsphilosophischer Fragen. Als Einführung gedacht, sucht er den Zugang statt in einer bloßen Abfolge einzelner Gesichtspunkte durch einen Gedankengang zu vermitteln, der das Problemfeld abschreitet und dabei Aus- und Rückblicke eröffnet. Diese Verkettung von Überlegungen vermag mithin weder einem strikt historischen noch einem bestimmten systematischen Schema zu folgen. Vielmehr soll sich zeigen, dass die systematischen Entwürfe auf Fragen antworten, die – einmalig oder in historischen Variationen – aus konkreten geschichtlichen Erfahrungen resultieren. So entspringen, um nur ein Beispiel anzusprechen, die immer dringlichere Forderung unserer Tage nach sozialer Gerechtigkeit und die dazu entwickelten Theorien gewiss nicht einfach einer Selbstbewegung des Denkens.

Dank schuldet der Verfasser seiner Sekretärin: Frau Edith Rotscholl hat über Jahre die vielen (immer noch ein bisschen kürzeren) Fassungen dieses Büchleins mit bewährter Geduld und Zuverlässigkeit in eine lesbare Form gebracht. Herr Rechtsreferendar Thomas Osterkamp wurde nicht müde, kritische Rückfragen zu stellen, denen der Text viele Verbesserungen verdankt.

Berlin, im August 1999 H. H.

ERSTER TEIL
DAS RECHT UND DAS RECHTE

Erstes Kapitel
Was ist Recht?

§ 1 Die Verdoppelung der Frage

I. Kant und der Positivismus der Juristen

Alle über die Bedürfnisse der Rechtspraxis hinausgehenden Beschäftigungen mit dem Recht umkreisen zwei Fragen. Entweder will man genauer wissen, was das Recht eigentlich, seinem Wesen nach ist, was Rechtssätze von anderen Sätzen unterscheidet. Oder es werden jene Maßstäbe verhandelt, nach denen das von irgendwelchen Autoritäten gesetzte Recht seinen impliziten Anspruch erfüllt, *recht,* d. h. richtig und gerecht zu sein.

Was das „Wesen" des Rechts betrifft, so liegt es nahe, von der alltäglichen Erfahrung autoritativer Anordnungen der verschiedensten Art auszugehen, von Maßnahmen der Polizei im Straßenverkehr über strafgerichtliche Urteile bis zu gesetzlichen Steuererhöhungen. Demgemäß kann man das Recht als ein System von Verhaltensbefehlen, von Imperativen oder Sollenssätzen, von vorschreibenden statt beschreibenden Sätzen begreifen und aus der Wissenschaft vom Wesen des Rechts am Ende eine Wissenschaft bloß von Struktur und systematischem Zusammenhang der Rechtsnormen als Sollenssätzen machen (§ 2). Dabei wird die Unterscheidung von rechtlichen und moralischen Imperativen vorausgesetzt (dazu § 1 II). Andererseits lässt sich das Rechtswesen, wie es in Gestalt bestimmter Einrichtungen, Handlungszusammenhänge und Verfahren begegnet, auch schlicht als Tatsache des sozialen Lebens auffassen. Deren Eigenart gegenüber anderen sozialen Phänomenen können wir sozialwissenschaftlich, historisch oder kulturwissenschaftlich betrachten und beschreiben (§ 3). Und so wie die normative Betrachtung die Rechtsnormen von den Moralnormen trennt, ist auch das Recht als Tatsache unter anderen Kulturtatsachen in seiner faktischen Besonderheit zu sehen (§ 4). Indessen treffen alle diese möglichen Unterscheidungen nicht den Gegensatz, in dem das Recht sich gewissermaßen selbst sieht, und das ist die Antithese von Recht und Unrecht (§ 5). Von dieser Unterscheidung heißt es, dass sie teils „gefunden", teils „gesetzt" wird (§ 6).

Der andere große Fragenkomplex hat sein Zentrum in der rechtsphilosophischen Urfrage nach der Richtigkeit, Gerechtigkeit oder Rechtlichkeit des Rechts. Eine klassische Formulierung des Problems findet sich bei Immanuel Kant (1724–1804). In der Einleitung seiner *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre* (§ B) heißt es:

„Diese Frage möchte wohl den *Rechtsgelehrten*, wenn er nicht in Tautologie verfallen, oder statt einer allgemeinen Auflösung auf das, was in irgend einem Lande die Gesetze zu irgend einer Zeit wollen, verweisen will, eben so in Verlegenheit setzen, als die berufene Aufforderung: Was ist *Wahrheit*? den Logiker. Was Rechtens sei *(quid sit iuris),* d. i. was die Gesetze an einem gewissen Ort und zu einer gewissen Zeit sagen oder gesagt haben, kann er noch wohl angeben: aber ob das, was sie wollten, auch recht sei, und das allgemeine Kriterium, woran man überhaupt Recht sowohl als Unrecht *(iustum et iniustum)* erkennen könne, bleibt ihm wohl verborgen …“

Eine „bloß empirische Rechtslehre“ bezeichnet Kant deshalb rundheraus als hirnlos. Dieser harsche Vorwurf zielt auf die ausschließliche Identifikation des Rechts mit dem, was die jeweils gegebenen (und in diesem Sinne „positiven“) *Gesetze* der jeweiligen Machthaber sagen. Eine solche Auffassung nennt man daher *Gesetzespositivismus.* Ihn vertritt heute freilich niemand mehr. Denn was an einem bestimmten Ort zu bestimmter Zeit nicht nur abstrakt und allgemein, sondern in diesem oder jenem konkreten Fall „Rechtens sei“, das lässt sich wegen des allemal unvermeidlichen Problems der Vermittelung zwischen abstrakt-genereller Norm und historisch einmaligem Sachverhalt nicht einfach aus den Gesetzbüchern und den Sammlungen sonstiger Rechtsvorschriften wie der vielen Ausführungsverordnungen oder kommunalen Satzungen ablesen. Man muss auch nachsehen, was die Rechtsprechung, genauer: die Obergerichte, in ihren immer neuen Einzelfallentscheidungen aus diesem Rechtsstoff gemacht haben. Mag über den Umfang dieser Richtermacht auch gestritten werden: Grundsätzlich ist diese – bei jeder richterlichen Rechtsanwendung faktisch ganz unvermeidliche – Entwicklung und Fortbildung des positiven Gesetzesrechts durch Richterspruch kraft verfassungsrechtlicher Einsetzung der Justiz und prozessgesetzlichen Auftrags an die Obergerichte ohne Zweifel „Rechtens“. So schließt nicht nur das angelsächsische Fall-Recht *(Case Law)* eine Menge höchstrichterlicher Einzelfallentscheidungen als Vorentscheidungen („Präjudizien“) für künftige Fälle ähnlicher Art ein, sondern auch jedes auf die systematische Sammlung („Kodifikation“) des Rechts in Gesetzbüchern bauende Ordnungssystem. Zu denken ist hier weiter an die in einer Rechtsgemeinschaft