Wolfgang Kersting

Neukantianische Rechtsbegründung*

„Also muß auf Kant zurückgegangen werden“ – mit dieser Wendung ließ Otto Liebmann jedes Kapitel seiner Streitschrift *Kant und die Epigonen* von 1865 endigen¹: Keines der nachkantianischen Systeme konnte vor den Augen des jungen Tübinger Privatdozenten bestehen; jedes führte durch seine Mängel direkt zur Originalphilosophie des Meisters zurück. Diese Wendung erlangte sprichwörtlichen Ruhm; und viele beherzigten sie, nahmen dabei aber verschiedene Wege. Die genaueren philosophiegeschichtlichen Handbücher zählen nicht weniger als sieben neukantianische Richtungen. Die bekanntesten Mitglieder dieser freilich wenig homogenen Kantischen Erbgemeinschaft sind die Marburger Schule und die Südwestdeutsche oder Badische Schule; schlagen die ersten einen logizistischen Weg der Kant-Aneignung ein, so sind die letzteren mehr an einem wert- und geltungstheoretischen Kritizismus interessiert. Konzentrieren sich die Marburger um Cohen und Natorp auf die logischen Grundlagen wissenschaftlicher Erkenntnis, so suchen die Südwestdeutschen um Windelband und Rickert bei Kant nach angemessenen Methoden, um die Geltungsbestimmtheit und Bedeutungsstrukturen kultureller Phänomene zu behandeln. Diese beiden Schulen bilden den Neukantianismus im engeren Sinne; und wenn dieser auch wohl nie die „echte, wenn auch umstrittene Weltgeltung“² erlangte, die ihm der Natorp-Schüler Hans-Georg Gadamer bescheinigt hat, so war er doch unbestreitbar die bedeutendste philosophische Strömung um die Jahrhundertwende.

Auch die philosophische Jurisprudenz hat sich von der philosophischen Aufbruchstimmung und dem begründungstheoretischen Enthusiasmus des Neukantianismus anstecken lassen und sich mit Eifer bemüht, in dem allgemeinen Wissenschaftsklassifikationswirbel die eigenen Grundlagen und Grenzen zu sichern. Neukantianischer Einfluß südwestdeutscher Provenienz ist deutlich spürbar in Radbruchs *Rechtsphilosophie* von 1914, die bis heute acht Auflagen erlebt hat und als erfolgreichste rechtsphilosophische Darstellung in Deutschland angesehen

* Mehrfach zitierte Literatur wird nur mit Verfassernamen und Erscheinungsort gemäß Abkürzungsschlüssel des Literaturverzeichnisses S. 312 wiedergegeben.

¹ Otto Liebmann, *Kant und die Epigonen*. Eine kritische Abhandlung (Stuttgart 1865).

² Hans-Georg Gadamer, Hans-Georg Gadamer, in: Ludwig J. Pongratz (Hrsg.), *Philosophie in Selbstdarstellungen*, Bd. 3 (Hamburg 1977) 60–101, 60f.

werden kann³. Radbruch, der in dieser Arbeit Recht als kulturwissenschaftliche Wertbeziehung versteht und folglich Rechtsphilosophie als Rechtswertbetrachtung und Kulturphilosophie des Rechts konzipiert, gibt Emil Lask als seinen philosophischen Gewährsmann an, der 1905 in der Festschrift für Kuno Fischer ein längeres Stück mit dem Titel „Die Philosophie des Rechts“ veröffentlicht hat⁴. Dieser Beitrag, der nicht eben tief schürft und lediglich Übersichtscharakter hat, ist übrigens die einzige rechtsphilosophische Arbeit im gesamten Neukantianismus, die aus einer philosophischen Feder stammt. Die neukantianische Rechtsphilosophie ist durch und durch eine juristische Leistung. Neukantianische Rechtsphilosophen erfüllen allesamt die Voraussetzung, die für gute Rechtsphilosophie nach Stammers Meinung unerlässlich ist, sie haben alle reichlich Aktenstaub geschluckt⁵, zugleich aber auch Luthers Wort beherzigt: „ein Jurist, der nicht mehr denn ein Jurist ist, ist ein arm Ding“⁶.

Die rechtsphilosophische Diskussion innerhalb des Neukantianismus wurde jedoch nicht von der südwestdeutschen Fraktion der Rechtswertbetrachtung und des methodologischen, zwischen Sein und Sollen die beides vermischende, wertverwirklichende Kultur als Drittes einschiebenden Trialismus dominiert, sondern von den Marburger Aprioristen und Formalisten, die davon überzeugt waren, das begründungstheoretische Pensum der Rechtsphilosophie mit dem Kant-einschlägigen Repertoire handlicher Dualismen erledigen zu können⁷. Unangefochtener

³ Radbruch 1913/1973.

⁴ Emil Lask, Rechtsphilosophie, in: *ders.*, Gesammelte Schriften, hrsg. v. Eugen Herrigel, (Tübingen 1923) 277–331.

⁵ Stammler 1920 (21926) 27.

⁶ Zit. n. Stammler 1902 (21926) 43.

⁷ Es gibt, so sagen Juristen, eine in der Jurisprudenz weit verbreitete Liebe zur Philosophie, die jedoch von der Philosophie nicht so recht erwidert würde und das merkwürdige Phänomen einer ‚Juristenphilosophie‘ hervorgebracht habe. „Sobald Juristen anfangen zu philosophieren, ihre Themen und Sondersprachen jenseits der Dogmatik ansiedeln, beweisen sie gegenüber oft selbst schon wiedererweckten Philosophien eine Rezeptionsfreude, die als durchgängiges Phänomen erklärungsbedürftig ist. Ob sich nun Radbruch zum Neukantianismus bekennt, Gerhard Husserl nebst Reinach zur Phänomenologie, Fechner zum Existentialismus, Coing und Welzel nochmals die Leiter zum materialen Wertehimmel erklimmen, Maihofer sich erst dem Existentialismus, dann Ernst Bloch verschreibt: sie alle tragen zur philosophischen Diskussion selbst kaum etwas bei, sondern übersetzen meist Resultate, deren Begründungszusammenhang nicht rekonstruiert, vielmehr durch ein Bekenntnis ersetzt wird. Wir erklären das Reprisenhafte und die besondere Übersetzungsleistung der Juristenphilosophie damit, daß sie der Befriedigung eines Legitimationsbedarfs der Jurisprudenz dient, der durch Dogmatik, methodologische Erörterungen, allgemeine Rechts- und Prinzipienlehren nicht mehr gedeckt werden kann“ (Herbert A. Rottleuthner, Die Substantialisierung des Formalrechts. Zur Rolle des Neuhegelianismus in der deutschen Jurisprudenz, in: Oskar Negt (Hrsg.), Aktualität und Folgen der Philosophie Hegels [Frankfurt a.M. 1970] 211–264, 211). Diese Darstellung ist weitgehend richtig; oft genug ist Juristenphilosophie wenig anderes als Anpassung an den gerade gängigen philosophischen Jargon; ein besonders peinliches Kapitel bildet hier das Bemühen um eine Rechtsontologie in der Nachkriegszeit (Maihofer, Marcic u.a.), das in ein geradezu automatenhaftes – und von Heidegger zutiefst verabscheutes – Heideggerianisieren mündete und der Sache des Rechts nicht die mindeste

Wortführer war hier Rudolf Stammler, der mit seiner Lehre vom Rechtsbegriff und der Rechtsidee seit 1896, dem Erscheinen von *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, die Thematik und den Verlauf der rechtsphilosophischen Selbstverständigung der Jurisprudenz bis zum Kriegsausbruch maßgeblich bestimmte. In Auseinandersetzung mit ihm entstanden unter anderem die Konzeptionen von Max Salomon, Carl August Emge und vor allem auch Julius Binder, der sich dann später, nach seinem dialektischen Damaskus, von einem neukantianischen Saulus zu einem neuhegelianischen Paulus wandeln sollte⁸.

philosophische Klarheit brachte. Die neukantianische Rechtsphilosophie und Rechtstheorie möchte ich jedoch von diesem Vorwurf ausnehmen. Gewiß: Wissenschaftliche und philosophische Grundlegung nach irgendwie Kantischer Manier war das unentrinnbare Motto der Zeit, aber der rechtsphilosophische Kantianismus hat sich durchaus auf eigene Faust an die Arbeit gemacht. Stammler ist philosophisch nicht unorigineller als Cohen. Daß beider Philosophieren heute lediglich noch von historischem Interesse ist, beide in ihren rechtsphilosophischen resp. ethischen Entwürfen einen Irrweg eingeschlagen haben, auch beide nicht als leuchtendes Beispiel logischer Klarheit und argumentativer Stringenz gelten dürfen, steht dabei auf einem anderen Blatt.

⁸ Während die theoretische Philosophie des Neukantianismus gelegentlich aus systematischem Interesse rezipiert wird, ist der praktische Neukantianismus einschließlich der neukantianischen Rechtsphilosophie sowohl in historischer wie in philosophischer Hinsicht eine terra incognita. In den philosophiegeschichtlichen Darstellungen des Südwestdeutschen und des Marburger Neukantianismus kommen die juristischen Vertreter nicht vor, Radbruch nicht, aber auch nicht Stammler, dessen Werk das vieler genannter philosophischer Mitglieder aus dem Hintergrund der beiden philosophischen Schulgemeinschaften sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht überragt. Im „Neukantianismus“-Artikel des „Historischen Wörterbuchs der Philosophie“ wird Stammler noch nicht einmal erwähnt, der ungewöhnlich große Einfluß der neukantianischen Theoriekonzeption auf juristische Grundlagenreflexion unterschlagen. Auch fehlt bis heute eine Gesamtdarstellung der neukantianischen Rechtsphilosophie. – Es gibt verdienstvolle Einzeluntersuchungen zum praktischen und rechtsphilosophischen Neukantianismus; allen voran die wirklich ausgezeichnete Cohen-Dissertation von Winter (1980). Aber auch diese Arbeit hat einen gravierenden Mangel: Sie verspricht zwar eine systematische Untersuchung, doch sie liefert keine; sie setzt sich nicht sachlich mit der Ethik-Konzeption Cohens auseinander, argumentiert nicht, sondern stellt nur dar; der philosophische Wert der merkwürdigen Vorstellungen Cohens über das Verhältnis von philosophischer Ethik und wissenschaftlichem Recht wird nicht herausgestellt; es findet keine systematische Überprüfung statt, was nur vor dem Hintergrund eines entsprechend informierten philosophischen Problembewußtseins möglich gewesen wäre. Dieser Vorwurf systematischer Unerheblichkeit ist erst recht den Dissertationen von Escher (1993), Müller (1996) und Jakob (1996) zu machen. So sehr es zu begrüßen ist, daß sie sich mit den rechtsphilosophischen Vorstellungen von Graf zu Dohna, Stammler und Binder beschäftigen, so sehr ist es zu bedauern, daß sie sich nicht auf ihre Denker philosophisch einlassen, daß sie sie nicht als Philosophen ernstnehmen, sie philosophisch überprüfen, ihre Argumente rekonstruieren, in ihren systematischen Zusammenhang stellen und sie philosophisch abwägen und werten. Sie paraphrasieren nur, sind daher als Inhaltsangaben fremden Denkens recht brauchbar. Sie vermehren jedoch nicht unser Wissen über die philosophische Bedeutung der neukantianischen Rechtsphilosophie, zeigen nicht, ob und ggf. was die Rechtsphilosophie systematisch von den Neukantianern lernen kann und wie deren philosophische Leistung aus dem Blickwinkel gegenwärtiger rechtsphilosophischer Anstrengungen zu beurteilen ist, beantworten auch nicht die naheliegende, jeden juristischen und philosophischen

Der „Geschichtsschreiber der Philosophie“, so belehrte der junge Privatgelehrte Hermann Cohen 1870 den Nestor der Philosophiegeschichtsschreibung Kuno Fischer, müsse immer als Philosoph auftreten und starken systematischen Anteil an den Problemen der von ihm dargestellten Philosophie nehmen, dann werde er immer gediegene Arbeit leisten, die sowohl durch „urkundliche Treue“ als auch durch „systematische Klarheit“ zu überzeugen wisse⁹. Urkundliche Treue freilich wird wohl niemand Hermann Cohens Kant-Interpretation bescheinigen wollen, den in den frühen Kant-Büchern dargelegten Interpretationen der drei Kritiken nicht und noch weniger der Auffassung von Kantischer Philosophie, die Cohens eigenes, ebenfalls dreiteiliges System der Philosophie wie ein Schatten begleitet.

Im Gegenteil: Das Programm einer „Wiederherstellung der Kantischen Philosophie“, auf das sich nach Cohen jede selbstbehauptungsfähige Philosophie, jede Philosophie also, die als Wissenschaft unter Wissenschaften bestehen können will, stützen muß, beruht seinerseits auf zwei tiefreichenden Fehlinterpretationen des Kantischen Philosophiekonzepts. Die erste verbirgt sich hinter einem Lob, die zweite hinter einem Tadel; zuerst von Cohen geäußert, sind beide geradezu zu Gemeinplätzen des Marburger Neukantianismus geworden. Die Neukantianer haben Kant gelobt, weil er ein zukunftsfähiges Philosophiekonzept entwickelt habe, indem er Philosophie als reine Logik wissenschaftlicher Erkenntnis neu begründet habe. So mit einer genuinen und wissenschaftlich hochreputierlichen Aufgabe versehen, müßte die Philosophie nicht länger um ihre Existenzberechtigung bangen. Kant habe die Philosophie für das wissenschaftliche Zeitalter tauglich gemacht, sie zu einem Medium wissenschaftlicher Selbstaufklärung gemacht: Sie lege die grundbegriffliche Verfassung frei, in deren Rahmen die gegenstandsversunkenen, nicht zum Beruf der Reflexion taugenden Wissenschaften erfolgreich tätig seien. Kerngehalt des Lobes ist also eine wissenschaftslogische Reduktion transzendentalphilosophischer Erfahrungsbegründung. Wenn damit die gesamte transzendente Apparatur, die Unerkennbarkeitspole des Ding an sich auf der Objektseite und der transzendentalen Subjektivität auf der Subjektseite ebenso wie das zwischen sie eingespannte, auf metaphysische Deduktion und transzendente Deduktion sich stützende gegenständlichkeitssichernde Konstitutionsverfahren obsolet werden, entfallen auch die Argumente, die Kant gegen eine Übertragbarkeit des in der *Kritik der reinen Vernunft* entwickelten Argumentationsmusters auf die anderen Regionen philosophisch-systematischer Re-

Rechtsphilosophen vor allem interessierende Frage: Warum ist die gegenwärtige Rechtsphilosophie nicht mehr neukantianischen Zuschnitts? Warum wird heute nicht mehr so ein weit ausgespanntes, um Rechtsbegriff und Rechtsidee kreisendes Theorieprogramm in der Rechtsphilosophie verfolgt? Dafür muß es doch Gründe geben; und über diese Gründe muß man sich doch philosophisch klar werden!

⁹ Hermann Cohen, Zur Kontroverse zwischen Trendelenburg und Kuno Fischer, in: Zeitschrift für Völkerpsychologie und Sprachwissenschaft 7(1870) 249–296, wieder abgedruckt in: Hermann Cohens Schriften zur Philosophie und Zeitgeschichte, 2 Bde., hrsg. v. A. Görland und E. Cassirer (Berlin 1928) Bd. 1, 229–276 (das Zitat hier S. 272).

flexion vorgebracht hat. Dann steht einer allseitigen Anwendbarkeit der wissenschaftslogischen Begründungsmethode nichts mehr im Wege; insbesondere ist dann gar nicht mehr einzusehen, warum nicht auch die praktische Philosophie nach kritischer Methode traktiert und wissenschaftslogisch ausgelegt werden soll. Daher werfen die Marburger, die Philosophen wie die Rechtsphilosophen, in ihrem Schrifttum Kant immer wieder vor, daß er vor einer konsequenten Übertragung seines säkularen Begründungskonzepts auf die Provinzen des Wollens und Handelns zurückgeschreckt sei; bezeichnenderweise erblickten sie in einer einseitigen Liebe zu den mathematischen Naturwissenschaften und einer mangelnden Kenntnis der Sozial- und Geisteswissenschaften und insbesondere der Jurisprudenz die entscheidende Ursache für dieses systematische und methodische Versagen Kants.

Die Aufgabe der neukantischen Rechtsphilosophie ist damit umrissen: Es geht darum, unter Rückgriff auf begrifflich-methodische Bestimmungsstücke der vom Neukantianismus in die *Kritik der reinen Vernunft* hineingelesenen Kantischen Begründung der mathematisch-naturwissenschaftlichen Erkenntnis eine wissenschaftliche Grundlegung des Rechts und der Rechtswissenschaften zu versuchen. Dabei sind selbstverständlich unterschiedliche Lösungen entwickelt worden, die sich teils erheblich voneinander unterscheiden. Der rechtsphilosophische Neukantianismus ist keinesfalls eine einheitliche Theoriekonzeption. Neukantianische Rechtsbegründung meint darum auch Verschiedenes: Nicht nur macht sich der Unterschied der beiden Neukantianismus-Schulen bei der Rechtsbegründung bemerkbar, Unterschiede bestehen auch zwischen der philosophischen Scholastik der Marburger und den sich in unterschiedlicher Weise darauf beziehenden und sich selbst als neukantianisch verstehenden Konzeptionen Stammlers einerseits und Kelsens andererseits. Diese Unterschiede wurden keinesfalls als erkenntnismehrende Ausdifferenzierung eines gemeinsamen Fundus methodologischer Intuitionen und systematischer Überzeugungen begrüßt, sondern immer übel vermerkt. Scharf wies Cohen Stammler zurecht, als dieser sich an einer ethikfreien Konzeption richtigen Rechts versuchte, und dieser revanchierte sich, indem er, darin mit Kantorowicz und anderen Rechtskundigen einig, dem Philosophen einen „haarsträubenden Dilettantismus in iuridicis“¹⁰ bescheinigte. Und heftig tobte die Auseinandersetzung zwischen Kelsen und Sander in der niederösterreichischen Neukantianismus-Filiale. Als gelassener Hermeneutiker, für den der Hegelsche Affekt gegen das Reine zur Naturausrüstung und Berufsethik gehört, wird man nicht ohne Häme auf diese Zwietracht unter den Reinen schauen: Anderes war nicht zu erwarten – wenn Reine unter sich sind, muß es ungemütlich werden. Es gibt aber sicherlich auch einen objektiven, in der philosophischen Sache liegenden Grund: Die Zwietracht wird be-

¹⁰ Brief Stammlers an Natorp v. 31. Dezember 1907, in: H. Holzhey (Hrsg.), Cohen und Natorp, Bd. 2: Der Marburger Neukantianismus in Quellen. Zeugnisse kritischer Lektüre – Briefe der Marburger – Dokumente der Philosophiepolitik der Schule (Basel, Stuttgart 1986) 263.

günstigt durch das systematische Zwielflicht, das über diesem Unternehmen des rechtsphilosophischen Neukantianismus liegt und die Grenzen zwischen Theorie des Rechts und Theorie der wissenschaftlichen Rechtserkenntnis, zwischen wissenschaftstheoretischem Erkenntnisprogramm und normativer Rechtsbegründung verschwimmen läßt und den Positivismus als Wahrheit des Apriorismus enthüllt.

Ich werde im folgenden die beiden Gestalten neukantianischer Rechtsphilosophie etwas eingehender untersuchen, die am weitesten voneinander entfernt sind. Das ist einmal die Rechtsphilosophie Stammlers; das ist zum anderen die Rechtslehre Kelsens. Ich werde kein Textreferat geben, sondern meine Darstellung allgemeineren rechtsphilosophischen Problemlinien anpassen. Im Mittelpunkt stehen die unterschiedlichen Ausgestaltungen der neukantianischen Begründungsintuitionen. Bevor ich aber nun mit einem Steckbrief der Stammlerschen Rechtsphilosophie beginne, möchte ich eine kurze Skizze von Hermann Cohens *Ethik des reinen Willens*, des zweiten Teils seines ‚Systems der Philosophie‘, geben, einmal um ihrer Merkwürdigkeit willen und um die absonderliche Rolle der Rechtswissenschaft in dieser wissenschaftlichen Ethik zu beleuchten, zum anderen aber auch, weil interessante, wenn auch nicht grundlegende Beziehungen zwischen Cohens Ethikkonzeption und der Rechtsphilosophie Stammlers und der Rechtslehre Kelsens bestehen. Denn einmal hat Cohen in seiner *Ethik des reinen Willens* Stammlers Konzeption des richtigen Rechts wegen dessen Ethikneutralität heftig kritisiert und den Freund Natorps damit gleichsam exkommuniziert: Das Marburger Schulhaupt achtete eifersüchtig auf die Verbreitung seiner Lehre und duldete nicht, daß man von den von ihm aufgezeigten Wegen abwich. Auf der anderen Seite hat sich nun ironischerweise Kelsen in der zweiten Auflage seiner *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* dazu bekannt, „den entscheidenden erkenntnistheoretischen Gesichtspunkt, von dem allein aus die richtige Einstellung der Begriffe Staat und Recht möglich war, (...) durch Cohens Kant-Interpretation, insbesondere durch seine „Ethik des reinen Willens“ gewonnen“¹¹ zu haben: Ein Rechtspositivist sah damit die Grundbegriffe seiner Wissenschaft durch einen Philosophen ins rechte Licht gerückt, der aus eben diesen Grundbegriffen die Grundüberzeugungen eines ethischen Humanismus als ihren logischen Inhalt gekeltert hat. Freilich hatte Kelsen nicht die Lektüre des Cohenschen Buches selbst auf diese methodische Verwandtschaft aufmerksam gemacht, sondern eine Besprechung in den *Kant-Studien* anläßlich der ersten Auflage seiner *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, die dieses Buch als einen „mit logischer Energie und Strenge durchgeführten Versuch, den Transzendentalismus in die Rechtsphilosophie einzuführen“¹², feiert.

¹¹ Kelsen 1911 (21923) S. XVII.

¹² Oscar Ewald, Besprechung von Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, in: *Kant-Studien* 17 (1912) 396–398.

I.

Wie alle philosophischen Disziplinen ist auch die Ethik reich an merkwürdigen, ja bizarren Konzeptionen. Zumeist stammen diese von Außenseitern und tief ergriffenen Liebhabern. Eine der merkwürdigsten ist jedoch im wirklichkeitsentrückten Zentrum deutscher Universitätsphilosophie ausgedacht worden. Nicht daß sie absonderliche Vorstellungen über die normativen Grundlagen der individuellen Lebensführung und der politischen Gemeinschaft enthalten würde: Sie ist eher konventionellen Inhalts, zwar klingen die großen Worte gegen Ende des 19. Jahrhunderts alle etwas hohler als ein Jahrhundert zuvor, aber es ist ohne jeden Abstrich der euphorische kosmopolitische Humanismus der Aufklärung, dem sie sich verpflichtet weiß. Jedoch die philosophische Begründung, die der Ethik hier zuteil wird, ist ungewöhnlich. Sie wird von der für den Marburger Neukantianismus kennzeichnenden These vom Wissenschaftsfaktum getragen, die des näheren besagt, daß die philosophische Reflexion sich nicht direkt wirklichkeitserschließend betätigen kann, sondern von einer vorausgesetzten Wissenschaft abhängig ist, also immer den Weg einer transzendentallogischen Erhellung der Grundlagen spezifischer wissenschaftlicher Erkenntnis einschlagen muß. Welt und Wirklichkeit finden für den Marburger Neukantianismus also nur statt, insofern sie Gegenstand wissenschaftlicher Aufmerksamkeit geworden sind. Selbst in dieser transzendentallogischen Subtilität ist die Kapitulation der Philosophie vor dem triumphierenden Szientismus freilich noch erkennbar. Wie sein Zwillingsbruder, der Logische Empirismus, glaubt der Marburger Neukantianismus das philosophische Überleben nur durch Unterwerfung unter das Regiment wissenschaftlicher Erkenntnis und Anerkennung wissenschaftlicher Sprachregelungen sichern zu können.

„Der Logik liegt das Faktum der mathematischen Naturwissenschaft vor. Auf welche Wissenschaft kann sich die Ethik berufen? Man könnte die Jurisprudenz nennen.“¹³ Freilich hat Cohen diesen Gedanken hier, in der Einleitung zu *Langes Geschichte des Materialismus* noch verworfen, da er der Jurisprudenz noch keine selbständige konstruktive Begriffsarbeit zugestehen, sie noch nicht als „ein methodisches System von ihr eigenen Begriffen“ betrachten konnte. Der rechtswissenschaftliche Gegenstand verdanke sich nicht einer autarken, wissenschaftlich kontrollierten Herstellung durch erzeugende Begriffe, er sei lediglich ein „Objekt zweiter Hand“¹⁴, an dessen Hervorbringung vor aller wissenschaftlichen Vermessung Geschichte und Gesellschaft auf undeutliche und unorganisierte Weise immer beteiligt sind.

Daß auf die Jurisprudenz wenig wissenschaftlicher Verlaß ist, haben einige ihrer Vertreter ja auch unumwunden zugegeben. „Indem die Rechtswissenschaft das

¹³ Hermann Cohen, Biographisches Vorwort und Einleitung mit kritischem Nachtrag zu Friedrich Albert Langes *Geschichte des Materialismus und Kritik seiner Bedeutung in der Gegenwart* (Leipzig 1896) LI.

¹⁴ Cohen 1904/1907, 599.

Zufällige zu ihrem Gegenstande macht, wird sie selbst zur Zufälligkeit; drei be-
richtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makula-
tur.“¹⁵ So lautet in nuce das Argument des Richters Julius Hermann von Kirch-
mann aus seinem berühmten Vortrag über die „Wertlosigkeit der Jurisprudenz als
Wissenschaft“. Sicherlich, der Jurisconsultus und Jurisperitus müssen immer wie-
der in die Gesetzesblätter schauen, aber Rechtswissenschaft ist mehr als Gesetzes-
kunde. Schon Thomas Hobbes hat in der *praefatio* von *De Cive* die kontingente
Gestalt der Gesetze von ihrer Natur unterschieden und dabei als Nominalist nicht
an eine Wesensnatur und als Rechtspositivist nicht an normative Prinzipien ge-
dacht: „ne quae sint, sed quid sint leges“, wolle er zeigen¹⁶. Der erste, der diese
Unterscheidung aufgegriffen und die Aufgabe einer juristischen Grundlehre we-
nigstens in Ansätzen in Angriff genommen hat, war wohl John Austin: In seinen
nachgelassenen *Lectures of Jurisprudence* findet sich ein Aufsatz, der geradezu
Programmbeschreibung einer zwischen Naturrecht und geschichtlicher Gesetzes-
kunde gelegenen allgemeinen Rechtslehre enthält: „Of the principles, notions, and
distinctions which are subjects of general jurisprudence, some may esteemed ne-
cessary. For we cannot imagine coherently a system of law (or a system of law as
evolved in a refined community), without conceiving them as constituent parts of
it.“¹⁷ Damit ist das verbindliche Theorieprogramm für das ganze Jahrhundert des
juristischen Positivismus umrissen: Die traditionelle, normative Rechtsphiloso-
phie wird ersetzt durch eine Allgemeine Rechtslehre oder juristische Prinzipien-
lehre¹⁸ oder juristische Grundlehre¹⁹, die als „höchstes Stockwerk der positiven
Rechtswissenschaft“²⁰ anzusehen ist und sich die Aufgabe stellt, die allgemeinsten
Rechtsbegriffe zu bestimmen und in ihrem Bedeutungszusammenhang zu klären.
Betrachtet man diese rein empirische Allgemeine Rechtslehre aus dem Blick-
winkel der naturrechtlichen Tradition, dann mag man hier abschätzig von einer
„Euthanasie der Rechtsphilosophie“²¹ reden. Das zwischen den Sternen aufge-
hängte Naturrecht kann auf dem Wege der grundbegrifflichen Klärung der Wis-
senschaft positiven Rechts nicht erreicht werden; aber der mit Historismus und
Relativismus alliierte Positivismus hat ohnehin allen Glauben an geschichtsjensei-
tige und kulturinvariante normative Bestimmungen verloren. Gleichwohl weist
sein Theorieprogramm das philosophische Begründungsinteresse keinesfalls a
limine ab, im Gegenteil, „der unausrottbare philosophische Trieb kommt hier fast

¹⁵ J. H. v. Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1848, Neuau-
sgabe von G. Neesse 1938) 37.

¹⁶ Hobbes, *De cive*, Praefatio ad Lectores, in: *ders.*, Vom Menschen – Vom Bürger (Hamburg
1959) 73.

¹⁷ John Austin, On the uses of the study of Jurisprudence, in: *Lectures on Jurisprudence* II,
1072.

¹⁸ Vgl. Ernst Rudolf Bierling, Juristische Prinzipienlehre, 5 Bde. (Freiburg, Leipzig, Tübin-
gen 1894 ff.).

¹⁹ Vgl. Somló 1917.

²⁰ G. Radbruch 1913/1973, 109.

²¹ 110.

wider Willen zum Durchbruch“. Die Philosophie kann der Versuchung einfach nicht widerstehen, auf dieser Bühne der Allgemeinen Rechtsphilosophie ihre Erfolgsinszenierungen aus früheren Spielplänen zu wiederholen. Es bedarf dazu nur einer Voraussetzung: Einige der Grundbegriffe müssen kategoriales Format besitzen, auf ein einheitliches Prinzip legitimierend zurückgeführt werden können und für jede Rechtsordnung überhaupt nachweislich von konstitutiver Bedeutung sein, dann vermag sich die Allgemeine Rechtslehre in Philosophie zu verwandeln, in eine Philosophie des positiven Rechts, die zugleich Philosophie der Wissenschaft des positiven Rechts ist. Diese philosophische Aufwertung der empirischen Allgemeinen Rechtslehre hat sich der rechtsphilosophische Neukantianismus zur Aufgabe gemacht; und nicht nur der Marburger, sondern auch der Südwestdeutsche. „Es wird sich uns später erweisen“, verspricht etwa Radbruch in seiner *Rechtsphilosophie*, „daß etwa Begriffe wie Rechtssubjekt und Rechtsobjekt, Rechtsverhältnis und Rechtswidrigkeit, ja der Begriff des Rechtes selber, nicht zufälliger Besitz einzelner oder auch aller Rechtsordnungen, sondern notwendige Voraussetzung sind, eine Rechtsordnung als Rechtsordnung überhaupt zu begreifen. Solche Begriffe gehören nicht mehr einer empirischen Allgemeinen Rechtslehre an, sondern bereits einer Philosophie des positiven Rechts – freilich eben nur: des positiven Rechts.“²² Der rechtsphilosophische Neukantianismus bemüht sich um eine philosophische Begründung der Allgemeinen Rechtslehre. Er steht am Ende einer langen Tradition der Begriffsjurisprudenz und der Konstruktionsjurisprudenz, die insbesondere mit den Schriften Savignys, des frühen, vorteileologischen Ihering, Gerbers, Windscheids, Labands, von Gierkes und Jellineks verbunden ist.

In den Schriften dieser großen Juristen des 19. Jahrhunderts hat Cohen dann das hinreichend begrifflich durchgearbeitete, selbst methodisch Begriffe erzeugende Wissenschaftsfaktum gefunden, das er seiner philosophischen Ethik zugrundelegen konnte. Sein Zutrauen in die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft und damit in ihren philosophischen Orientierungswert mag dabei sicherlich auch durch Stammers monumentale Arbeit über *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* von 1896 bestärkt worden sein, in der die Gesellschaft als rechtsförmig geordnete wirtschaftliche Bedürfnisbefriedigung dechiffriert und die Rechtswissenschaft als Wissenschaft der gesellschaftlichen Formierung und die Nationalökonomie als Wissenschaft des gesellschaftlichen Stoffes behandelt werden. Stammler will mit dieser sozialphilosophischen Grundlegungsarbeit nichts Geringeres als die Rationalitätspotentiale in Wissenschaft und Politik entfesseln, durch Verwissenschaftlichung einer moralisch-sozialistischen Politik den Weg bereiten. Denn „noch hat die Sozialwissenschaft die rechte Methode nicht gefunden, mit der sie, so wie es namentlich in der mathematischen Naturwissenschaft möglich ist, im einzelnen sicher fortschreiten könnte“²³. Man ist versucht, das zu verallgemeinern: Der Neukantianismus ist die letzte²⁴ und zu-

²² Ebd.

²³ *Stammler* 1896, 3 f.

²⁴ Eines der bemerkenswertesten Dokumente der hohen Erwartungen von den gesellschafts-

gleich höchste Aufgipfelung des optimistischen Szientismus der Moderne kurz vor seinem Niedergang²⁵.

„Die Ethik lässt sich als die Logik der Geisteswissenschaften betrachten. Sie hat die Begriffe des Individuums, der Allheit, sowie des Willens und der Handlung zu ihrem Problem. Alle Philosophie ist auf das Faktum von Wissenschaften angewiesen. Diese Anweisung auf das Faktum der Wissenschaften gilt uns als das Ewige in Kants System. Das Analogon zur Mathematik bildet die Rechtswissenschaft. Sie darf als die Mathematik der Geisteswissenschaften, und vornehmlich für die Ethik als ihre Mathematik bezeichnet werden.“²⁶ Wenn die Philosophie keinerlei Außenhalt an einem geeigneten Wissenschaftsfaktum hat, ihre Reflexion nicht an der soliden Erkenntnis methodischer Wissenschaft orientieren kann, dann droht die

politischen Optimierungsfolgen wissenschaftlich angeleiteter Philosophie aus den frühen Stunden der Neuzeit ist – neben dem notorischen – und durch die folgende Entwicklung ja auch auf eine alle Erwartungen übersteigende Weise eingelöst – Naturbeherrschungsoptimismus Bacons – Hobbes' Konzept einer methodisch angeleiteten und wissenschaftlich gestützten Befriedigung der gesellschaftlichen Verhältnisse aus dem Leviathan; vgl. *Wolfgang Kersting*, Die Begründung der politischen Philosophie der Neuzeit im Leviathan, Einleitung, in: *W. Kersting* (Hrsg.), *Leviathan* (Berlin 1996) 9–28; *W. Kersting*, Thomas Hobbes (Hamburg 1992) 37 ff.

²⁵ Die Philosophie und mit ihr alle sonstige Theoriebildung hat sich schwer getan, sich mit ihrer praktischen Unerheblichkeit abzufinden. Und es hat vieler Desillusionierungserlebnisse bedurft, bis sie von diesem törichtem Grundlegungsmessianismus abgelassen hat, mit dem sie ihre Bedeutung an Erfolgskriterien gekettet hat, denen sie nie genügen konnte. Welch' merkwürdig steile Erwartungen haben noch die methodomanen Neukantianer mit der kritischen Grundlegung der Wissenschaften verbunden. Wie fremd ist uns doch glücklicherweise diese Methoden- und Grundlegungsgläubigkeit geworden, die ja selbst noch das Husserlsche Denken geprägt hat: Man denke nur an die ungeheuerliche These, die die geistig-politische Krise Europas mit der Krise der Philosophie verbandelt und für die erstere Remedy aus der transzendentalphänomenologischen Bereinigung der letzteren erwartete. Alle Welt war damals davon überzeugt, daß der Streit der Theoretiker nicht nur Symptom tieferer, materialistisch verschuldeter Verwerfungen war, sondern daß seine Beilegung – und das heißt ja immer: der Sieg der je eigenen Position – einen unmittelbaren Besserungseffekt für die materialen Verhältnisse haben würde. So auch Stammler: „Das ist aber kein Streit mehr, der die Akademie allein zu interessieren vermöchte. Die Frage nach der obersten Gesetzmäßigkeit, unter der das soziale Leben in Abhängigkeit zu erkennen ist, mündet praktisch in die grundsätzliche Auffassung über das Verhältnis des einzelnen zur Gemeinschaft sofort aus; und von jener ersten prinzipiellen Einsicht hängt die Ergreifung und Lösung der Aufgabe von der Weiterbildung, der Umwandlung und der Vervollkommnung unserer sozialen Ordnungen ab. Jede politische Partei, die nicht sich selbst zur Eintagsfliege verurteilen und durch Beschränkung bloß auf konkrete Ziele den Todeskeim sich einpflanzen will, muß von einem festen Prinzip über Grund, Bestimmtheit und Aufgabe aller Gesellschaftsordnungen ausgehen. In diesem Sinne werden die politischen Programme aufgestellt; oder sollten es doch sein, sofern sie logisch klar und begründet, sowie ehrlich und reell gemeint sind. Wenn es kein objektives Richtmaß des sozialen Lebens überhaupt gäbe, so könnte man über die einzelnen historisch auftretenden Gesellschaftsordnungen ein kritisch begründetes Urteil, welches dieselben billigen oder verwerfen wollte, gar nicht abgeben“ (1896, 6). Welch' eine Überschätzung des Prinzipiellen! Welch' ein wirklichkeitsfremdes Verständnis von den Faktoren gesellschaftlich-geschichtlicher Wirksamkeit!

²⁶ *Cohen* 1904/1907, 66.

philosophische Erkenntnisbemühung entweder im psychologischen Treibsand des Subjektiv-Beliebigen zu versinken oder in den dogmatischen Verliesen der Religion zu verenden. Der Rechtswissenschaft – und das ist immer die Allgemeine Rechtslehre und die Allgemeine Staatsrechtslehre – kommt aufgrund der „Prägnanz und Präzision“ ihrer Begriffe innerhalb der Geisteswissenschaften, der moralischen Wissenschaften nach Cohen, die Rolle zu, die innerhalb der Naturwissenschaften die Mathematik einnimmt. Diese Sichtweise ist der Zunft nicht unvertraut. Die mathematische Natur rechtswissenschaftlicher Begriffsarithmetik ist bereits vor Cohen herausgestellt worden und als Selbstverständigungstopos der Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz weit verbreitet gewesen. Bereits von Savigny hatte die römischen Juristen als Begriffsrechner bezeichnet – als Begriffsrechnen, als *ratio cinatio*, hatte übrigens auch Hobbes das methodische Verfahren beweisender Wissenschaft charakterisiert. Hierher gehört auch das, was Rudolf von Ihering vor seiner Konversion vom „Cultus des Logischen“²⁷ zum Cultus des Teleologischen über die juristische Technik und ihre begriffliche Voraussetzung geäußert hat: In seiner schönen Metapher vom juristischen Begriffsalphabet schimmert deutlich die rationalistische Utopie einer rechtsbegrifflichen *mathesis universalis* durch. Wir hören hier den rechtswissenschaftlichen Nachhall der Lieblingsvorstellung des methodomanischen 17. und 18. Jahrhunderts von der analytisch-synthetischen Theorie, die mit wohldefinierten irreduziblen Grundbegriffen und einer Handvoll klarer Ableitungsregeln in eine Wirklichkeit mit stets wechselndem Inhalt ausschwärmt und allseits gesicherte Erkenntnis zurückbringt. Und selbst die unmittelbare Gleichsetzung der Rechtswissenschaft mit der Mathematik findet sich bereits bei Jellinek²⁸.

Zur Zeit Cohens freilich glaubten große Teile der rechtswissenschaftlichen Zunft nicht mehr so recht an den mathematikanalogen Charakter der Rechtswissenschaften; der logisch-semantische Optimismus der Pandektisten, der Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz war verflogen. Bergbohm redete von der „tiefen Not unserer Wissenschaft um die juristischen Grundbegriffe“ und tat alle bisherige Allgemeine Rechtslehre geringschätzig als Sammelstelle vagabundierender Termini ab²⁹. Und in dieser Situation des Selbstzweifels der Rechtswissenschaft greift Cohen auf die Allgemeine Rechtslehre zurück, um sie als Fels für transzendente Bohrungen nach tieferliegenden ethischen Bedeutungsschichten zu benutzen. Denn das philosophische Projekt der Ethik des reinen Willens hat selbst nichts mit dem Erkenntnisprogramm der Allgemeinen Rechtslehre zu tun. Ist die Allgemeine Rechtslehre von ihren induktiv-empirischen Fassungen bis zur anspruchsvollsten Form einer Philosophie des positiven Rechts durchgängig de-

²⁷ Rudolf von Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Teil, 1. Abt. (Leipzig 1888) 321.

²⁸ Die Rechtswissenschaft habe „ihr Gegenstück unter den theoretischen Wissenschaften an der Mathematik“ (Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte [Freiburg 1892] 16, Anm. 2).

²⁹ Bergbohm 1892, 54, 96, 102.

skriptiver Natur, so dient sie Cohen gerade bei der Gewinnung normativer Prinzipien von Recht und Staat, bei der Grundlegung einer Ethik des reinen Willens als philosophische Orientierung. „Das Recht hat in der Ethik seine Wurzeln, so muß daher auch aus der Rechtswissenschaft die Ethik ermittelt und in ihr begründet werden können.“³⁰

Diese transzendente Deduktion der Grundbegriffe der Ethik am Leitfaden der Rechtswissenschaft stützt sich offenkundig auf die folgenden Thesen: 1. Das Recht gründet in der Ethik. 2. Zur Ethik gelangen wir nur durchs Recht. 3. Zur Ethik gelangen wir jedoch nicht durch eine Analyse des geltenden Rechts, sondern durch eine Betrachtung der Rechtswissenschaft, genauer: ihrer reinen und wissenschaftlich klarsten Partien und ihrer kategorial dominanten Begriffe. Gerade in der Allgemeinen Rechtslehre, die die von allem empirischen Gehalt gereinigten Grundbegriffe der Rechtswissenschaft und des Rechts in ihrem semantischen Zusammenhang untersucht, wird die transzendente Untersuchung fündig. Wird die juristische Grundlehre mit der „Methode der Reinheit“³¹ traktiert, wird sie, wie in einem Palimpsest, ihren sittlichen Subtext freigeben. 4. Die dabei ans Licht tretenden ethischen Prinzipien sind zugleich die Grundprinzipien von Recht und Staat; sie konstituieren das, was früher als Naturrecht bezeichnet wurde und bei Cohen jetzt „Recht des Rechtes ... oder Ethik des Rechts“ heißt³². 5. Da nun im philosophischen Zentrum der Ethik die Lehre vom sittlichen, Besonderheit und Allheit zusammenbindenden, eben sich als besonderes Allgemeinwesen begreifenden Menschen steht, dessen ihm zugehöriger Lebensraum durch die Grundprinzipien von Recht und Staat gebildet werden, kennt die Cohensche Ethik keine Individualmoral, die neben Rechts- und Staatsethik treten könnte. In seiner Sprache: „Die Ethik muß selbst als Rechtsphilosophie sich durchführen...kein Individuum im ethischen Sinne ohne Rechtsgemeinschaft.“³³ Gesinnung und individuelle Lebensführung sind bei Cohen nicht mehr von ethischem Belang³⁴, denn der Mensch „erlangt seine Seele erst in der Allheit“, im die Kosmopolis vertretenden, sich mit seinesgleichen völkerrechtlich vernetzenden Staat; nur im vollständig entbesonderen, entindividualisierten Jedermanns-

³⁰ Cohen 1904/1907, 227.

³¹ Cohen 1904/1907, VII.

³² Cohen 1907/1907, 70.

³³ Cohen 1904/1907, 225.

³⁴ Hier zeigt sich ein großer Unterschied zu Stammler; vgl. Stammler 1922/1928, 188, Anm. 6. Stammler unterscheidet zwischen sittlichem und sozialem Wollen, das jedes für sich unter einem Regime des Richtigen steht; richtiges sittliches Wollen hat seinen Ort im „Innenleben“, ist der „Wahrhaftigkeit“ und „Lauterkeit“ verpflichtet und zeigt sich als „Harmonie des Innenlebens“, richtiges soziales Wollen hat seinen Ort in der Gesellschaft, folgt den „Grundsätzen des Achtens und Teilnehmens“ und zeigt sich als „Harmonie des Zusammenlebens“. Es ist schon merkwürdig: Cohen wirft Stammler die Entethisierung des Rechts vor; und Stammler kann sich mit dem Vorwurf einer Entethisierung des Innenlebens revanchieren. Zum Dualismus von Sittlichkeit und Sozialität, individualmoralischem Innenleben und rechtlich-staatlichem Zusammenleben vgl. Stammler 1922/1928, 187–229; Stammler 1902/1926, 68–81.

menschen erfüllt sich der sittliche Menschenbegriff, kommt dem Menschen eine Seele zu³⁵.

Cohen geht bei seinem Vorhaben von der Voraussetzung aus, daß die erzeugenden Begriffe und die sich auf sie stützenden begrifflichen Konstruktionen der Jurisprudenz einen immanenten sittlichen Sinn haben und daß sich dieser philosophisch ermitteln und abgesondert als Rechtsphilosophie, als Prinzipienlehre von Recht und Staat darstellen läßt. Bemerkenswert ist, daß diese Voraussetzung nicht durch entsprechende geschichts- oder kulturtheoretische Thesen abgestützt wird, nicht durch ein Konzept des objektiven Geistes und seiner sowohl differenten wie gleichgesinnten Objektivationen getragen wird, sondern allein in seiner methodologischen These von der einschlägigen Wissenschaftsangewiesenheit philosophischer Erkenntnisbemühung getragen wird. Somit ist es ein Vorbegriff von Ethik, der sich seine Bezugswissenschaft sucht und in ihren kategorial dominanten Begriffen sein Spiegelbild erblickt. Derartige Entsprechungen können aber nur dann einleuchten, wenn ein *tertium comparationis* vorhanden ist und gleichsam als Spiegelachse fungiert. Was ist das Eigentümliche des Rechts, das es als wissenschaftliche Gestalt subkutaner, noch nicht philosophisch zu sich selbst gebrachter Ethizität erscheinen läßt? Es ist die spezifisch dem modernen Rechtsbegriff eignende, sich als Negativität, Formalität, Generalität und Prozessualität anzeigende Abstraktheit: In der Rechtsperson sieht Cohen den Steckbrief des Kantischen *homo noumenon*, in dem Vertrag die von allen Partikularitäten absehende, kühl-nüchterne Anerkennungsgegenseitigkeit sittlicher Gemeinschaft, in dem Staat und seinen völkerrechtlich normierten Verhältnissen zu anderen Staaten die den Menschen erziehende, ihn seine Natur und kulturelle Partikularität austreibende, somit sittlich zu sich selbst bringende Allheit. Wenn man das Cohensche Projekt einmal aus seinen Systembindungen löst und von aller internen scholastischen Zurichtung befreit, zeigt sich eine unvermutete Plausibilität. Kant hat zwar seine praktische Philosophie nicht als geistes- oder sozialwissenschaftliche Grundbegriffslogik durchgeführt; überdies darf auch bezweifelt werden, ob sich die *Kritik der reinen Vernunft* als erkenntnislogische Grundlegung mathematischer Naturwissenschaft lesen läßt. Richtig ist aber, daß die Kantische Innovation der Moralphilosophie sich einer Grundoperation verdankt, die man je nach Geschmack als Szientifizierung oder als Juridifizierung bezeichnen kann. Schaut man sich die einzelnen Absetzungsbewegungen an, mit denen sich Kant von der traditionellen politischen Ethik des Aristotelismus, von ihrer empirisch-naturrechtlichen Kümmergestalt, der grotianisch-pufendorffschen *socialitas*-Lehre, von jeder Form eines in der Natur oder nur in der menschlichen Natur verankerten Teleologismus entfernt, schaut man sich an, wohin er in seiner Epistemologie des kategorischen Imperativs gelangt, dann stoßen wir auf Modelle, die wir aus dem Nomologismus neuzeitlicher Naturwissenschaft und aus den abstrakten Ordnungsvorstellungen des modernen Rechts kennen.

³⁵ Cohen 1904/1907, 7.

Die Rechtsperson ist die wissenschaftlich-gesellschaftliche Erzeugung einer eigenschaftslosen allgemeinen, nur durch Kompetenzen und Verpflichtungen, nur in der Perspektive rechtlich definierten Wollens und Handelns wahrnehmbaren Subjektkonstruktion; das Recht überzieht damit die faktischen Handlungen der Individuen mit einem abstrakten normbegrifflichen Netz, dessen Fäden in einigen erzeugenden Grundbegriffen wie in Knotenpunkten zusammenlaufen. Der *homo noumenon* und die Rechtsperson sind für Cohen siamesische Zwillinge; die der letzteren begriffslogisch aufgezwungene Eigenschaftslosigkeit hat sich der erstere durch egoismusüberwindende, Subjektivität transzendierende Anstrengungen zu erarbeiten. Die Betrachtungsperspektiven und Beziehungsgeflechte der Rechtspersonen sind darum den sittlichen Gestaltungen Vorbild; die konstruktiven Vereinigungen des Rechts enthalten in ihrem natur- und geschichtsabweisenden Zugschnitt die Verfassung der künstlichen Paradiese der Sittlichkeit. „Das Volk ist von dem logischen Blute der Familie; es stellt die Menschen in ihrer sinnlichen Natürlichkeit dar. Der Staat dagegen ist ein juristischer Begriff; der Begriff einer juristischen Person; das Musterbeispiel dieses Begriffes für den Begriff des sittlichen Menschen“³⁶; daher kann der Staat auch als „ethischer Faktor im Blutbegriffe des Volkes“ angesehen werden³⁷; seine Rechtsform macht ihn allheilsfähig, macht ihn zu einem Ort für sittliches Leben. Und die sich in den Rechtsbegriffen niederschlagende konsequente und rückhaltlose Abstraktionsleistung will Cohen gar als sittlichkeitsdidaktisches Vorbild scheinen: „Die rechtswissenschaftliche Darstellung und Begründung der idealen Person im Rechtssubjekte ist lehrreicher, überzeugender, weil präziser und prägnanter als alle die sonstigen Erweiterungen des Selbstgefühls, mit denen man das Individuum von den Schranken des Eigensinns und der Selbstsucht zu befreien und zu erlösen liebt.“³⁸

Daher sähe sich Cohen auch um den Ertrag all seiner Deduktionsbemühungen gebracht, würde er zugeben, daß es sich bei den rechtlichen Grundbegriffen um Fiktionen handelte. Damit würde dem Realismus weitaus mehr gegeben als ihm zukommt. Bei der Fiktionalisierung des Begriffs der Rechtsperson und der Rechtspersonalität von Gemeinschaften „besteht der grössere Schaden darin, dass dadurch die Annahme wieder bekräftigt wird, als ob nur die Person, die physische Person Rechtssubjekt sein könnte; so dass die Genossenschaft nur als Fiktion einer Person gedacht werden dürfe. Dahingegen schafft der Begriff der juristischen Person in der Genossenschaft eine neue Art von Willen, eine neue Art von Selbstbewusstsein und demgemäss eine neue Art von Rechtssubjekt. Daher ist dieser Begriff nicht als Fiktion zu bezeichnen, sondern es ist ihm der Grundwert der Hypothese zuzusprechen. Es ist die Hypothese des ethischen Selbstbewusstseins, des ethischen Subjektes, welche sich vollzieht in der juristischen Person der Genossenschaft.“³⁹ Und an anderer Stelle heisst es: „Die juristische Person entfernt sich von dem sinnlichen

³⁶ Cohen 1904/1907, 80.

³⁷ Cohen 1904/1907, 34.

³⁸ Cohen 1904/1907, 235.

³⁹ Cohen 1904/1907, 232.

Vorurteil der Einzelheit und ihrem Charakter der Mehrheit; sie konstituiert sich aufgrund der Allheit als Einheit des Rechtssubjektes. Dieses Beispiel, welches die Rechtswissenschaft der Ethik darreicht, ist mehr als ein Beispiel. Es ist ein Vorbild, wie solches anderwärts in keiner Form des Altruismus gefunden werden kann.“⁴⁰ „Das subjektive Selbstbewusstsein der juristischen Person wird zum Musterbegriffe des ethischen Selbstbewusstseins.“⁴¹ Cohens Ethikdeduktion bewahrt die juristischen Grundbegriffe vor einem Fiktionalisierungs- und Technisierungsschicksal. Sie sind keine Operatoren in einem selbstgenügsamen dogmatischen Bedeutungsspiel der technischen Jurisprudenz, sondern sie besitzen eine in tieferliegenden Bedeutungsschichten ausbreitende basale Ethizität, die zwar durch den routinierten Begriffsgebrauch des dogmatischen Diskurses nicht berührt wird, aber den Begriffen gleichwohl durchgehend einen heimlichen sittlichen Sinn verleiht, den ans Licht zu bringen eben der Beruf der Philosophie ist.

Dieses Verfahren erweckt den Verdacht eines unaufhörlich zwischen ethischem Rechtsgrund und rechtlichem Ethikmuster rotierenden Begründungszirkels. Cohen beansprucht zwar, seine Vorstellungen im Zuge eines methodisch kontrollierten, wissenschaftlichen und jedermann einsichtigen Verfahrens entfaltet und aus einzelnen Deduktionsschritten zusammengesetzt zu haben. Solches ist ihm jedoch noch nicht einmal im Ansatz gelungen. Nicht erst im Vergleich mit der Argumentationskultur Kants erweist sich die *Ethik des reinen Willens* als ein fahriges und über weite Passagen unverständliches Buch, das die inhaltliche und strukturelle Äquivokation der Begriffe und Ordnungsmodelle des modernen Rechts und der universalistischen Moral ausbeutet und Rechtsbegriffe ethisiert und die Ethikbegriffe juridifiziert. Man hat den Eindruck, als ob die Ethik es hier dem Recht heimzahlen und die erlittene Juridifizierung durch ausschweifende Ethisierung vergelten wolle. Ein besonders eklatantes Ethisierungsbeispiel zum Schluß: Cohen vergleicht religiöse und rechtliche Vereinigungsformen auf ihre Versittlichungseignung und kommt zu dem Ergebnis: „Der kirchlichen Gemeinschaft steckt der Sonderbund im Blute. Das gerade ist das böse Beispiel, vor dem die Ethik sich zu hüten hat. Die juristischen Assoziationen hingegen führen uns auf den richtigen Weg. Schon geschichtlich haben sie ihre sittliche Mission bewährt, und noch keineswegs vollendet. Die *societas* ist zunächst zwar ein Kompagnie-Geschäft; aber ihr Titel weist auf die *societas* und *socialitas* des Menschengeschlechts hin. Es hängt Brüderlichkeit ... an ihr ...; ... die Gesellschaft hat im Sturm der Revolution, und mehr noch im langsamen Lauf der geschichtlichen Horen die sittliche Erziehung des Menschengeschlechts auf sich genommen.“⁴² Von einem religiös verankerten Weltethos hätte Cohen also wenig gehalten; von der Globalisierung der Rechtsform hingegen alles erwartet.

Hätte Cohen recht, dann hätte er ein besonders starkes, nämlich skeptizismus-immunes Präsuppositionsargument gegen den Rechtspositivismus gefunden. An-

⁴⁰ Cohen 1904/1907, 78 ff.

⁴¹ Cohen 1904/1907, 237.

⁴² Cohen 1904/1907, 76.

hänger des positivistischen Rechtsbegriffs behaupten ja, daß es keinerlei semantischen oder begrifflich-notwendigen Zusammenhang zwischen Recht und Moral gäbe, somit ein moralneutraler Rechtsbegriff keine *contradictio in adjecto* sei. Anhänger des nicht-positivistischen Rechtsbegriffs leugnen diese These; sie stützen sich auf allerlei Argumente, etwa das Richtigkeitsargument oder das Inkorporationsargument, das behauptet, daß jeder Rechtsordnung moralische Prinzipien eingeschrieben sind; sie operieren vernünftigerweise auch mit unterschiedlichen Aspekten der Rechtsbetrachtung, unterscheiden die moralneutrale und externe *de lege lata*-Perspektive von der notwendigerweise normative Gesichtspunkte einbeziehenden internen *de lege ferenda*-Perspektive⁴³. Hätte Cohen mit seiner These von der basalen Ethizität rechtlicher Grundbegriffe recht, dann wäre ein positivistischer Rechtsbegriff unmöglich; dann lebten die Kategorien des Rechts und die Figuren rechtlicher Ordnung von den privaten Rechtsgeschäften bis zu den gesellschaftsrechtlichen Sozietäten, von den politischen Vereinigungen bis zum Staat und den transnationalen Organisationen allesamt aus einem ethischen Wurzelwerk normativ gehaltvoller Bedeutung, dann wiese die Semantik dieser rechtlichen Begriffe und die Struktur der durch sie verfaßten gesellschaftlich-politischen Ordnung eine unauflösliche normativ-ethische Bedeutungsschicht auf⁴⁴. In der Rechtsphilosophie Stammers bekommt die neukantianische Scholastik ein anderes Gesicht. Sie gibt auf das Naturrecht-Rechtspositivismus-Problem auch eine ganz andere Antwort.

II.

In seiner Schrift *Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie* von 1888⁴⁵ unterscheidet Stammler den philosophischen Juristen von dem Rechts-Philosophen; während der erste aus juristischer Kompetenz und intimer Kenntnis des juristischen Gegenstandes und seiner Grenzen zum Philosophieren getrieben wird, wird der zweite vom Standpunkt eines philosophischen Systems aus und somit extern das Problem des Rechts aufwerfen und solchermaßen das Recht notwendigerweise in den unseligen Streit der Philosophie über ihren Grund, ihren Ausgang und ihre Prinzipien hineinziehen. Stammler hat sich immer ausdrücklich als philosophischer Jurist⁴⁶ verstanden und somit den Vorwurf neukantianischer Schola-

⁴³ Vgl. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg, München 1992) 27–136; zum Perspektivendualismus vgl. P. Koller, *Theorie des Rechts. Eine Einführung* (Wien, Köln, Weimar 1992) 17–36, 117–129.

⁴⁴ Mit dieser Bemerkung soll nur die Richtung angedeutet werden, die eine umfassende philosophische Würdigung der Cohenschen Rechtsethik einschlagen muß.

⁴⁵ Stammler 1925, *Rechtsphilosophische Abhandlungen*. Erster Band, 1–40.

⁴⁶ Gelegentlich hat Stammler auch die aus der juristischen Kompetenz durch philosophie-motivierende Irritation entstehende Rechtsphilosophie als „theoretische Rechtslehre“ bezeichnet und sie, damit einer damaligen Bezeichnungsgewohnheit folgend, von der dogmati-

stik an sich vorbeigelenkt; freilich ist Sachlichkeit schon immer die bevorzugte Tarnung des Scholastikers gewesen. Philosophie im Recht entsteht somit bereits, wenn ohne jede philosophische Vorentscheidung über Begrifflichkeit und Methode allgemeine Aussagen über das Recht überhaupt gemacht werden. Und da sich solche allgemeinen Überlegungen weniger der Ausbreitung eines allgemeinen spekulativen Interesses denn dem Auftauchen von Irritationen und Verstörungen verdanken, sind es vor allem Zweifelsfragen, zu deren Beschwichtigung rechtsphilosophische Überlegungen angestellt werden. „Es wird darauf ankommen, zuzusehen: ob es nicht Zweifelsfragen allgemeiner Art gibt, zu deren Aufwerfung der Jurist im Nachdenken über eine bestimmte Rechtsordnung von selbst getrieben wird, ohne daß er sie doch aus der Erkenntnis seines besonderen Rechtes oder irgendeines anderen beantworten könnte. Es müssen scharf gefaßte, jedem Verständigen klar erkennbare Probleme sein, die gerade in ihrer Aufwerfung auch noch gar keine Hinweise auf irgendeine erwartete Antwort enthalten. Solcher Probleme gibt es nun zwei. Denn es fragt sich – zum ersten – Ob dasjenige, was Recht ist, auch Recht sein sollte? – und zweitens – Wie es möglich ist, daß aus Rechtsbruch wieder Recht entstehen kann?“⁴⁷

Stammler will nun in seiner Schrift zeigen, daß die geschichtliche Rechtstheorie, und das ist seine Bezeichnung für alle empirische Rechtstheorie, nicht nur für die Historische Rechtsschule, nicht in der Lage ist, diese „Angstfragen der Rechtsphilosophie“⁴⁸ zu beantworten. Wie denn auch? Zumindest die erste Frage verlangt zu ihrer Beantwortung ein über bestehendes Recht hinausreichendes normatives Kriterium, mit dessen Hilfe moralisch zulässiges Recht von moralisch unzulässigem Recht geschieden werden kann. Eine empirische Rechtsquellentheorie kann jedoch nur Entstehungsursachen, nicht jedoch Richtigkeitsgründe benennen. Stammler entwickelt nun in dieser Frühschrift keine systematische Argumentation, sondern stellt ein Florilegium einschlägiger naturrechtspolemischer und naturrechtsfreundlicher Aussagen aus den Auseinandersetzungen des 19. Jahrhunderts zusammen, dessen Ertrag der Nachweis der Nichtnachweisbarkeit der rechtspositivistischen Behauptung von dem illusionären Charakter des Naturrechts ist. „Hiernach bestreite ich, daß durch die geschichtliche Rechtstheorie die naturrechtliche Frage als wissenschaftlich unberechtigt und unhaltbar erwiesen ist.“⁴⁹ Natürlich ist es nicht sonderlich überraschend, wenn Stammler die Vereinbarkeit des empirischen Interesses an vorliegenden Rechtsordnungen mit dem Naturrechtsinteresse am richtigen Recht herausstellt; in der Tat schließen sich die Motive einer Rechtsbetrachtung *de lege lata* und einer Rechtsbetrachtung *de lege ferenda* nicht aus. „Es sind gar nicht unverträgliche und sich gänzlich ausschließende Vorstellungen: daß die Rechtsordnungen tatsächlich durch konkrete empi-

schen Jurisprudenz als einer nur „technischen Rechtslehre“ unterschieden; vgl. *Stammler* 1902/1926.

⁴⁷ Ebd. 9.

⁴⁸ *Bergbohm* 1892, 142.

⁴⁹ *Stammler* 1925: Rechtsphilosophische Abhandlungen. Erster Band, 25.

rische Momente bestimmt und die Recht setzenden Faktoren durch geschichtliche, zufällige Antriebe beeinflusst werden – und daß die Idee eines Zustandes besteht, nach welchem das tatsächlich Gewirkte bestimmt werden sollte.“ Die naturrechtliche Fragestellung ist also keinesfalls erledigt. Die geschichtliche Rechtstheorie irrt sich gewaltig, wenn sie ihr deskriptives Forschungsinteresse als antinaturrechtliches Argument benutzt.

Das zweite Problem betrifft die Rechtsentstehung durch Rechtsbruch: Wie kann „rohe Macht und Gewalt Recht bewirken“; dabei geht es nicht nur um die „Rechtsentstehung gegen die bestehende Rechtsordnung, sondern auch um die, welche überhaupt ohne alle Rücksicht auf dieselbe möglich ist“⁵⁰. Wir haben seit Adolf Merkel und Hans Kelsen gelernt, daß Rechtsordnungen, zumal solche entwickelter Gesellschaften, nicht nur eine geltungslogische Statik haben, sondern auch von dynamischer Natur sind und ihre eigene situationsangepaßte und problemangemessene Kontinuierung aus sich heraus zu betreiben wissen. Das Recht erzeugt Recht, ist also in der Tat autopoietisch; und dieser Prozeß ist dann nicht mehr geheimnisvoll, wenn man daran denkt, daß eine Rechtsordnung nicht nur ein Privatrechtssystem enthält, das den Rechtssubjekten die Möglichkeit zur autonomen Herstellung rechtlicher Beziehungen einräumt, sondern auch Ermächtigungsnormen enthält, die wohl definierten Personenkreisen die Befugnis, die Rechtsmacht zur Rechtsetzung, zur Veränderung bestehenden Rechts, zur Konkretisierung bestehenden Rechts durch Ausführungsverordnungen und sonstige Verwaltungsvorschriften verleiht. Daß Recht Recht erzeugt, ist also etwas, was wesentlich zum Verständnis positiven Rechts hinzugehört. Aber wie kann Recht überhaupt erzeugt werden? Wie kann vor allem Macht, rohe Gewalt, Verbrechen, Mord und Krieg Recht setzen? Wie kann durch eklatantes Nicht-Recht, durch Anti-Recht und Un-Recht Recht entstehen? Eroberung, Staatsstreich, Revolution, all diese Möglichkeiten der Rechtsentstehung durch Rechtsbruch kann die geschichtliche Rechtstheorie nicht erklären. Wie denn auch? Sie hat es mit einem Fall rätselhafter Emergenz zu tun, einer Transsubstantiation, wie kann der gewalt-habende Wille Recht werden, wie kann sich Übermächtigkeit in Verbindlichkeit verwandeln? Aufgrund der Homogenität von Ursache und Wirkung muß entweder immer schon die rechtsetzende Gewalt Recht sein oder die Gewalt auch in ihren rechtsförmigen, sich normlogische Stetigkeit gebenden Satzungen nicht aufhören, Gewalt zu bleiben. Genetische Untersuchungen führen hier nicht weiter. Und solche Krücken, wie sie Gewohnheit und Internalisierungstheorie oder auch das berühmte Jellineksche Diktum von der Normativität des Faktischen bereitstellen, kann ein philosophischer Jurist nach Meinung Stammlers nicht akzeptieren. – Wir werden noch sehen, daß sich auch die Reine Rechtslehre Kelsens über diese empirisch-psychologischen Erklärungsmodelle hinwegsetzt und durch einer Verallgemeinerung dieses Gewalt-Recht-Problems zur rechtstheoretischen Kardinalfrage geführt wird. Bemerkenswert ist dies darum, weil die Reine Rechtslehre

⁵⁰ Ebd. 30.

anders als die Stammlersche Rechtsphilosophie keine Theorie richtigen Rechts beabsichtigt, somit die Gewalt-Recht-Demarkation ohne Zuhilfenahme normativer Kriterien vornehmen muß. Es wird sich aber zeigen, daß auch Stammler die Fragen der Recht-Gewalt-Abgrenzung und der Unterscheidung richtigen Rechts von falschem Recht verschiedenen Untersuchungen überträgt. Damit läßt sich als eine Grundüberzeugung der juristischen Rechtsphilosophie des Neukantianismus die folgende These formulieren: Es muß möglich sein, allein mit begrifflich-apriorischen Mitteln und unabhängig von jeder normativen Bestimmung richtigen Rechts den Unterschied zwischen Recht und Gewalt zu bestimmen. Oder anders formuliert: Die doppelte Negation des Rechts, die Eigentümlichkeit des Rechts, sowohl dem Nicht-Recht des Gewaltzustandes als auch dem Unrecht des Ungerechtigkeitszustandes entgegengesetzt zu sein, verlangt nach einer doppelten Abgrenzungsargumentation, deren erste rein deskriptiver Natur, deren zweite hingegen rein normativer Natur ist. Da diese beiden Argumentationen von allen Neukantianern als voneinander logisch unabhängig betrachtet werden, ist es möglich, eine nicht-empirische, begriffliche Rechtsbestimmung auch dann vorzunehmen, wenn man – wie etwa Kelsen – von der Möglichkeit einer allgemeingültigen Bestimmung rechtlicher Richtigkeitskriterien nicht überzeugt ist.

Zur Bestimmung des Unterschiedes zwischen Recht und Gewalt oder Recht und Willkür greift Stammler auf die bekannte Kantische Trennung von *ratio essendi* und *ratio cognoscendi* zurück. Zum Ziele kann hier allein führen, bei den „Erkenntnisbedingungen des Rechts“ zu suchen und nicht bei den tatsächlich wirkenden Faktoren⁵¹. Wird A allein über die Erfüllung der Erkenntnisbedingungen für A zu A, dann kann die Entstehungsgeschichte vernachlässigt werden und insbesondere an der Zuschreibung von A auch dann kein Zweifel laut werden, wenn das als A Erkannte sich geschichtlich auf Antezedenzbedingungen vom Charakter von minus-A zurückführen läßt. Wenn es nicht möglich ist, „in notwendiger und allgemeingültiger Weise anzugeben, unter welchen konstanten Bedingungen alles Recht stehen muß, so würde Recht nur ein konventioneller Begriff einer bestimmten Art von Gewalt sein“⁵². „Es muß also allgemeingültige Bedingungen für alles Recht geben, oder – es ist kein Recht.“⁵³

Stammler stellt sich also eine Antwort auf die zweite Zweifelsfrage folgendermaßen vor: Um das gewaltentstandene Ordnungselement, um die Willensäußerung des Gewalthabers als Recht zu identifizieren, bedarf es eines allgemeinverbindlichen Rechtsbegriffs⁵⁴. Entstehungsursachen, welcher Art auch immer, sind

⁵¹ Ebd. 31.

⁵² Ebd. 32.

⁵³ Ebd. 33.

⁵⁴ Es ergibt sich „die Lösung, daß in originärer Weise, vielleicht durch unmittelbaren Rechtsbruch, deshalb neues Recht entstehen kann, weil und soweit die neu gesetzte Regelung jenes formale Kriterium in sich trägt. Jene außerhalb des seitherigen Rechtes entstandenen Normen stellen dann neues Recht dar, sobald sie im Sinne eigener Unverletzbarkeit das seitherige Recht beseitigen, sei es auch derart, daß sie die bis dahin geltende Rechtsquelle im Wege

für die rechtliche Beurteilung gänzlich irrelevant; daher kann auch die Gewalt-samkeit und Rechtswidrigkeit der Rechtsentstehung nicht als Argument gegen Geltung und Verbindlichkeit dieses neuen Rechts eingesetzt werden⁵⁵.

Ursprünglich wurden die Fragen, die Stammler zum rechtsphilosophischen Problem des angemessenen Rechtsbegriffs führen, als Geltungsprobleme diskutiert. Den Naturrechtlern war nicht problematisch, ob das neugesetzte Recht des Usurpators rechtsbegrifflich vollgültig Recht war, sondern ob dieser sich rechtsförmig artikulierende, Gesetze erlassende Wille auch einen legitimen Gehorsamsanspruch erheben konnte. Die Erkenntnis empirischen Rechts war für sie nicht im mindesten ein epistemologisches Rätsel. Anders bei Stammler. Er epistemologisiert das Geltungsproblem des gewaltentsprungenen Rechts vollständig und verlagert die traditionellen normativen, legitimatorischen Erwägungen in einen rechtsphilosophischen Sonderbereich. Recht wird damit von richtigem Recht getrennt; und nicht Legitimitätskriterien entscheiden über das Vorliegen von Recht, sondern allein Erkenntnisbedingungen. Freilich ebnet Stammler damit keinesfalls die normative Differenz zwischen schlechtem und gutem, zwischen falschem und richtigem Recht ein. Nur hat diese Differenz nichts mit der rechtsbegrifflichen Bestimmung zu tun. Der deskriptiv-kategoriale Rechtsbegriff und der normativ-ideale Rechtsbegriff verlangen getrennte philosophische Aufweisung. Somit zerfällt das Pensum der Rechtsphilosophie in eine epistemologische und eine normative Hälfte. Einmal geht es um die Bereitstellung eines allgemeinverbindlichen Rechtsbegriffs, und sodann geht es um die normativen Bestimmungen richtigen Rechts. Freilich darf die Normativität des idealen Rechtsbegriffs nicht mit den Vorschriften des traditionellen Naturrechts verwechselt werden.

Insgesamt verbergen sich hinter dem Stammlerschen Dualismus von Rechtsbegriff und Rechtsidee die folgenden Thesen. 1. Der rechtsphilosophisch entwickelte Rechtsbegriff ist von einem empirischen Rechtsbegriff zu unterscheiden; seine nur in transzendentaler Untersuchung zu ermittelnden Bestimmungen sind apriorischer Natur; während der empirische Rechtsbegriff induktiv gewonnene Prädikate umfaßt, die nur darum als Unterscheidungsmerkmale aufgeführt werden können, weil immer schon ein bestimmter Vorbegriff von Recht wirksam gewesen ist, besteht der apriorische Rechtsbegriff aus kategorialen Bestimmungen, die als notwendige und allgemeingültige Konstituentien des Rechts anzusehen sind. 2. Die Rechtsidee ist vom Rechtsbegriff zu unterscheiden. Das besagt 3. der Rechtsbegriff ist, obwohl nicht empirisch, sondern apriorisch und transzendental-philosophisch nobilitiert, nichtsdestoweniger ein positivistischer Rechtsbegriff, da ein positivistischer Rechtsbegriff sich durch Moralneutralität auszeichnet, eine vollständige Bestimmung seines Gegenstandes ermöglicht, ohne dabei auf normative Bedeutungselemente zurückgreifen zu müssen. Stammler sieht in eine episte-

brutaler Gewalt gegen diese wegschaffen“ (Stammler, *Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft*, in: *ders.*, *Rechtsphilosophische Abhandlungen*, Erster Band, 1925, 408).

⁵⁵ Vgl. Wolfgang Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie* (Frankfurt a.M. 21993) 413–513.

mologische und normative Hälfte auseinanderlegende Rechtsbegründung ist in ihrem ersten – rechtskategorialen – Durchgang ein Musterbeispiel der von Radbruch erwähnten Philosophie des positiven Rechts. Ihre Eigentümlichkeit liegt darin, daß sie bei der Gewinnung der semantischen Konturen des Rechtsbegriffs auf eigenwillige Weise von Denkmotiven und Begründungsmustern der Kantischen Erkenntniskritik Gebrauch macht. 4. Stammers Dualismus von Rechtsbegriff und Rechtsidee ist nicht dem Dualismus von positivem Recht und Naturrecht gleichzusetzen. Ausdrücklich weist Stammler jede Ähnlichkeit des richtigen Rechts mit dem Naturrecht zurück. Das Naturrechtsdenken – einschließlich des Kantischen Vernunftrechts – ist für ihn wissenschaftlich unhaltbar, da es – so sein unermüdlich wiederholtes Argument – keine absolut geltenden inhaltlichen Rechtssätze geben kann. Die Theorie des richtigen Rechts hat mit dem Naturrecht nur gemeinsam, daß sie das geltende Recht unter eine normative Differenz stellt; aber anders als dieses entwirft sie kein „ideales Rechtsbuch mit einem unwandelbaren, unbedingt gültigem Rechtsinhalte“⁵⁶, sondern versucht nur, „eine allgemeingültige formale Methode zu finden, in der man den notwendigen wechselnden Stoff geschichtlich bedingter Rechtssatzungen dahin bearbeiten, richten und bestimmen mag, daß er die Eigenschaft des objektiv Richtigen erhält“⁵⁷.

Der rechtspositivistische Charakter der kategorialen Rechtstheorie tritt noch stärker hervor, wenn man sich die folgende Programmskizze aus der *Lehre vom richtigen Rechte* von 1902 betrachtet. Stammler orientiert hier das rechtsphilosophische Reflexionspensum an den folgenden drei Fragen: „1. Was ist Recht? Welcher allgemeine Begriff liegt also jeder Rechtsbetrachtung unbedingt zugrunde, damit sie überhaupt eine rechtliche mit Fug heißen kann? 2. Begründung der verbindenden Kraft des Rechtes: Wie ist es zu begreifen, daß jedes Rechtsgebot, gleichviel wie sein Inhalt laute, nur weil es eine rechtliche Norm ist, Gehorsam richtigerweise fordern darf? 3. Wann ist der Inhalt einer Rechtsnorm sachlich begründet? Was für ein oberstes Gesetz hat der rechtliche Gesetzgeber zu beobachten, wenn seine Sätze richtig sein sollen?“⁵⁸ Den bereits bekannten beiden rechtsphilosophischen Begründungsproblemen fügt Stammler hier das Geltungsproblem und das der Zwangsrechtfertigung hinzu. Und zwar soll die verbindende Kraft des Rechtes und damit auch die Berechtigung seiner zwangsbewehrten Durchsetzung ebenfalls ohne jeden Bezug auf normative Bestimmungen, somit unabhängig von allem Inhalt und allein vor dem Hintergrund der in der Entwicklung des Rechtsbegriffs bereitgestellten Theorie begründbar sein.

Zurecht hat Stammler darauf hingewiesen, daß die traditionelle Rechtsphilosophie stets nach einem Argument gesucht hat, mit dem alle drei aufgeworfenen Fragen mit einem Schlag beantwortet wurden. Erinnern wir uns nur der Eingangsparagraphen der *Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre*. Bekanntlich unterscheidet Kant in § B eine empirische Rechtslehre von einer normativen

⁵⁶ Stammler 1902/1926, 94.

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ Stammler 1902/1926, 91.

Rechtslehre; während die letztere ein allgemeines Kriterium aufstellt, „woran man überhaupt Recht sowohl als Unrecht erkennen kann“ und es somit gestattet, positive Gesetze auf ihre Gerechtigkeit hin zu überprüfen, wird die erstere mit dem hölzernen Kopf in Phädrus' Fabel verglichen, der zwar schön sein mag, jedoch leider kein Gehirn hat. Was überhaupt Recht ist? Diese Frage ist von der anderen, was zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort geltendes Recht ist, zu unterscheiden. Natürlich ist die empirische Rechtslehre nicht begriffslos; der Kopf hat durchaus ein Gesicht und möglicherweise angenehme Formen; nur ist die Bereitstellung dieses Begriffs keine großartige Sache, schon gar nicht betrifft sie die Philosophie und verlangt nach ihrer Kompetenz. Der Begriff des Rechts, auf dem die empirische Rechtslehre fußt und der einer jeden Rechtsbetrachtung zuverlässig ihr Objekt sichert, ist ein empirischer Allgemeinbegriff, mit einem harten Kern und offenen Rändern. Nicht daß sich bei der Formulierung eines solchen empirischen Rechtsbegriffs keinerlei Streit ergeben könnte: Es sind da die üblichen und vertrauten Probleme, die immer wieder auftauchen, wenn wir es mit einer geschichtlich veränderlichen und sich beschleunigt verändernden gesellschaftlichen Wirklichkeit zu tun haben. Gesellschaft, Staat, Gemeinschaft, Ethik, Moral sind ähnliche Begriffe, bei deren deskriptiver Vermessung wir auf gleichartige, aber keinesfalls die Grundfesten der jeweils einschlägigen Wissenschaften erschütternde Probleme stoßen.

Die begriffliche Bestimmung des Rechts als rechtsphilosophische Aufgabe fällt also bei Kant zusammen mit der Bestimmung des normativen Kriteriums, mit dessen Hilfe all das, was unter das empirische Rechtsprädikat fällt, normativ überprüft wird⁵⁹. Und mit der Gewinnung des normativ-kriterialen Rechtsbegriffs ist

⁵⁹ Ganz anders, nämlich dogmatisch neukantianisch, sieht das Julius Binder. Aber während man im Neukantianismus sonst der Meinung war, daß Kant gerade nicht das getan hat, was er hätte tun müssen, nämlich praktische Philosophie als Wissenschaftslehre oder doch zumindest als transzendente Grundsatzwissenschaft des teleologisch strukturierten Wollens zu betreiben, besteht Binder darauf, daß der praktischen Philosophie Kants durchaus ein neukantianisches Problemverständnis zugrundegelegen hat: „Eine eigentliche Wissenschaftslehre des Rechts hat Kant uns nicht gegeben. Aber wie seine Kritik der reinen Vernunft im Grunde nur die Frage beantworten soll, wie Wissenschaft überhaupt möglich sei, d.h. wie wir aus der Bedingtheit und Endlichkeit der Erfahrung heraus doch zu absoluten Wahrheiten gelangen können, so hat seine Metaphysik der Rechtslehre das Problem zum Vorwurf, wie Rechtswissenschaft möglich sei. Diese Rechtsphilosophie oder, besser gesagt, Erkenntnistheorie des Rechts bildet, wenn sie auch nicht in der „Kritik der praktischen Vernunft selbst enthalten ist, doch einen Teil seiner Ethik und mit ihr ein Gegenstück zu der Kritik der reinen Vernunft ... Wie der kategorische Imperativ die formale Kategorie ist, die den spezifischen Faktor aller Moralbegriffe bildet, so muß es einen formalen Faktor der Rechtsbegriffe geben, ein konstitutives Element aller materiellen Rechtsbegriffe, das von allem geschichtlich Gegebenen unabhängig und gerade deshalb für die wissenschaftliche Betrachtung solchen Rechtsstoffes unentbehrlich ist ... (Kant) hat das Wesen dieses (Rechtsbegriffes W. K.) erkannt und damit der Wissenschaft den Weg gewiesen, auf dem sie zu ihm und damit zu einer Wissenschaftslehre des Rechts gelangen kann ... Dem „Begriff des Rechts“ wird also von Kant eine doppelte Funktion zugewiesen, nämlich die, das konstitutive Moment der empirischen Rechtsbegriffe und zugleich, das Bewertungsmaß für alles positive Recht zu

natürlich auch die Verbindlichkeitsfrage erledigt: zum einen, weil ein normativer Rechtsbegriff notwendigerweise auch ein verbindlicher ist, sich, wie Kant formuliert, „auf eine ihm korrespondierende Verbindlichkeit bezieht“; zum anderen, weil die Verbindlichkeit positiven Rechts entweder unmittelbar in seiner vernunftrechtlich ausweisbaren Richtigkeit begründet ist oder weil es ein Argument für eine Entkoppelung gibt, die einen normativen Grund dafür bereitstellt, daß das positive Recht auch im Fall nicht-gerechten Inhalts Gehorsam seitens der Rechtsunterworfenen beanspruchen darf. Im ersten Fall gibt die Formulierung des normativen Rechtsgrundsatzes eine Antwort auf alle drei Fragen; im zweiten Fall muß der normative Rechtsgrundsatz konsistent um eine gesonderte normative Begründung einer unbedingten, unqualifizierten Pflicht zum Rechtsgehorsam erweitert werden. Bei Kant finden wir übrigens diese zweite Konstellation.

Alles, was wir erkennen, verdankt sich der Zusammenarbeit von Material und Form, von Besonderheit und Allgemeinheit, von Kontingenz und Notwendigkeit. Das gilt auch für Rechtsinhalte. Um sie zu analysieren, müssen wir das, was nur Material, Besonderheit, kontingenter, sich wandelnder Inhalt ist, von den notwendigen begrifflichen oder gedanklichen Formen trennen; das, was in der Welt der Erfahrung und des Handelns nie ungeschieden anzutreffen ist, ist in der philosophischen Untersuchung sorgfältig zu trennen. Diese Freilegung der gedanklichen Formen, die den kontingenten Rechtsinhalt zu einem rechtlichen Inhalt machen, verlangt zum einen eine kategoriale Vermessung, die die nötigen Abgrenzungen nach außen vornimmt, und zum anderen eine Modellierung des Ideals, die die interne Vollkommenheit der begrifflichen Ordnung rechtlichen Materials thematisiert. Der Weg, den Cohen einschlug, ist Stammler verschlossen. Er will nicht die krypto-ethischen Grundlagen des Rechts ans Licht holen und Ethik und Recht in einem Gedankengang philosophisch begründen. Er will einen apriorischen Rechtsbegriff entwickeln, an einem obersten Prinzip hängende kategoriale Bestimmungen des Rechts finden, die durch synthetisierendes Ordnen des bereichsspezifischen chaotisch-mannigfaltigen Materials eine allgemeingültige Ordnung schaffen und der wissenschaftlichen Reflexion dieser Ordnung eine allgemeingültige begriffliche Verfassung geben. Dieses Modell ist aus der *Kritik der reinen Vernunft* bekannt. Die Stammlersche Rechtsphilosophie basiert in ihrem

sein“ (1915/1967, 4–6.). Wie andere Äußerungen Binders zeigen, gründet sich ironischerweise seine Gewißheit von der rechtsepistemologischen Funktion des Kantischen Rechtsbegriffs ausgerechnet auf Kants Rede von dem „allgemeinen Kriterium, woran man überhaupt Recht sowohl als Unrecht erkennen kann“, auf eine Äußerung also, deren ausschließlich normativer Sinn sowohl durch den Kontext, als auch durch die Verwendung des Ausdrucks „Kriterium“ und den explizierenden lateinischen Klammerausdruck (*iustum et iniustum*) eindeutig zu erkennen ist. – Da Binder nun den normativen Rechtsbegriff des Vernunftrechts gleichzeitig als wissenschaftslogisch-kategorialen Grundbegriff der Rechtswissenschaft interpretiert und offensichtlich von der Möglichkeit einer derartigen normativen-wissenschaftslogischen Janusköpfigkeit des Rechtsbegriffs überzeugt ist, wundert es nicht, daß er Stammler vorwirft, die rechtsphilosophische Betrachtung in eine deskriptiv-kategoriale und normativ-ideale auseinandergerissen und damit verwirrt zu haben.

ersten – kategorialen –, aber auch in ihrem zweiten – idealen – Teil auf einer transzendentalphilosophischen und konstitutionstheoretischen Parallelaktion: Dabei greift sie für das reine begriffliche Bestimmen auf Motive der Kantischen Lehre von den Verstandesbegriffen und ihrer Bedeutung für die Konstitution von Gegenständlichkeit und das Erkennen von Gegenständen zurück; für das reine ideale Richten hingegen versichert sie sich des Beistandes der Kantischen Vernunftideen und ihres Totalitätssinns.

Der folgende Zitatensreigen läßt die konstitutionstheoretische Begründungsin-tuition Stammlers deutlich werden: „In jedem gegebenen Rechtsinhalte ist notwendigerweise ein Doppeltes enthalten, ein vergängliches und ein gleichmäßig bleibendes Element. Jenes sind die Besonderheiten in dem begrenzten Begehren, das nun durch das zweite in einheitlicher Weise logisch erfaßt und bestimmt wird. In diesem Sinne wird eine reine Rechtslehre mit unbedingter Allgemeingültigkeit begreiflich... Zu ihrer Ausführung ist nötig, daß man jeden Gedanken an allgemeingültige Rechtssätze beiseite läßt. Es handelt sich nicht um das Aufstellen unbedingt geltender Rechtsnormen und Rechtseinrichtungen mit stofflich bedingtem Inhalte, noch auch um quantitative Vollständigkeit in dem Kennen begrenzter Rechtsordnungen. Das Merkmal der Allgemeingültigkeit kann ausschließlich dem ordnenden Verfahren der Rechtsgedanken in seiner formalen Bedeutung zukommen ... In der Darstellung der festen Gedankengänge, in deren Verfolgung es allein begreiflich ist, einen gegebenen Bewußtseinsinhalt als einen rechtlichen zu haben, liegt die Möglichkeit der reinen Rechtslehre. Sie hat die Einheit der bleibenden Denkformen zu bieten, nach denen sich der wechselnde Stoff gewisser geschichtlicher Begebenheiten in unbedingt gleichmäßiger Weise bestimmen und richten läßt.“⁶⁰ Das oberste Prinzip ist der Begriff des Rechts selbst, gleichsam die transzendente Apperzeptionseinheit des Rechts und der Rechtswissenschaft; es ist der systematische Einheitsspunkt eines Systems reiner rechtlicher Grundbegriffe, die für die Rechtserkenntnis eine ähnliche Rolle spielen sollen wie die Kategorien und Anschauungsformen für die naturwissenschaftliche Erkenntnis⁶¹.

Stammlers Grundprinzip der Reinen Rechtslehre lautet folgendermaßen: „Recht ist das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen.“⁶² Wie ist es gewonnen worden? Warum konzipiert Stammler das Recht als Wollensordnung und nicht als Handlungsordnung? Zwei Gründe sind dafür ausschlaggebend, beide wurzeln in Stammlers Auffassung von den unvergeßlichen und unaufgebbaren Leistungen der Kantischen Philosophie. Der eine Grund findet sich in dem Bestreben, die Rechtsphilosophie als konstitutionstheoretische Parallelaktion aufzubauen: Wurden im Bereich des Naturerkennens die Mannigfaltigkeit der An-

⁶⁰ *Stammler* 1911/1923, 3f.

⁶¹ Vgl. ebd., 111.

⁶² *Stammler*, *Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft* (1913), in: *Rechtsphilosophische Abhandlungen*. Erster Band (1925) 387–443, 409. Diese Abhandlung bietet eine gute Zusammenfassung der Stammlerschen Rechtsphilosophie.

schauungen, das kognitive Rohmaterial, durch reine Anschauungsformen und Verstandesbegriffe synthetisiert, geordnet und in Gegenständlichkeit verwandelt, so sollen jetzt in genauer Entsprechung die Begehrungen und Volitionen, das appetitive Rohmaterial, nach reinen Begriffen, Gesetzmäßigkeiten, Methoden und Verfahren synthetisiert, geordnet und in Rechtlichkeit verwandelt werden. Im Reich des natürlichen Seins herrscht über allem das Kausalitätsprinzip; im Reich des Wollens hingegen das Finalitätsprinzip; hier ist das grundlegende Strukturmoment nicht die Ursache-Wirkung-Relation, sondern die Zweck-Mittel-Beziehung⁶³. Da Stammler nun von einer konstitutionstheoretischen Exklusivität des Kausalitätsprinzips und des Finalitätsprinzips ausgeht, muß er ein Finalitätsreservat, einen der Kausalität entzogenen Bereich finden. Und hier ist der zweite Grund, die Begehrung und das Wollen grundbegrifflich auszuzeichnen und an die Stelle der Handlung zu setzen. Während der Kausalitätsbereich durch Äußerlichkeit und Körperlichkeit charakterisiert ist, ist die Domäne der Teleologie durch Innerlichkeit, Nicht-Körperlichkeit, Nicht-Gegenwärtigkeit bestimmt. Die Teleologie, die ja das Kunststück fertigbringt, durch den gedanklichen Vorentwurf der Wirkung zur Verursachung derselben zu motivieren, ist nach Stammler für das Noch-Nicht und die Wahl zuständig, die Kausalität hingegen für die abgeschlossene und vollständig determinierte Faktizität des Jetzt und Hier, sie kann „auf die Vorstellung von künftigen nur möglichen Handlungen und auf den Gedanken einer Wahl zwischen ihnen überhaupt noch keine Anwendung finden“. Die Wahl, die Auszeichnung von Zwecken und Mitteln untersteht einer „zweiten und anderen Art von Gesetzmäßigkeit, der Gesetzmäßigkeit des Telos, des Wollens“⁶⁴.

⁶³ Ebbinghaus macht es sich zu einfach, wenn er in gewohnt eifernder Verteidigung der reinen Königsberger Lehre, Stammler vorwirft, unter dem Einfluß Iherings eine Kant-fremde Teleologie in das Recht hineingebracht zu haben (vgl. *Ebbinghaus* 1960). Richtig ist, daß eine Explikation rechtlicher Verhältnisse vor teleologischem Hintergrund Kant-widrig ist – Kant-widrig ist aber bereits auch schon die Ableitung des Rechts als Wollensordnung. Unberechtigt ist aber der Vorwurf, dies von Ihering übernommen zu haben, denn Stammler bemüht sich ausdrücklich um eine Alternative zu Iherings Rechtsbegriff. Die oben entwickelte These von der systembildenden Idee einer begründungstheoretischen Parallelaktion scheint mir weitaus plausibler als Ebbingshaus Vermutung, hat auch den Vorteil, mit der offenkundigen Überzeugung Stämmers von der methodologischen Vorbildlichkeit der theoretischen Philosophie Kants in Übereinstimmung zu stehen. Stämmers Abweichung von dem dezidierten Anti-Teleologismus des Kantischen Rechtsbegriffs verdankt sich also seiner methodologischen Treue zum Begründungsmodell der Kritik der reinen Vernunft.

⁶⁴ Vgl. *Stammler* 1896, Viertes Buch: Soziale Teleologie, ins. 364 ff. Eine Konsequenz dieser These von der Exklusivität der kausalen Seinsgesetzmäßigkeit und der teleologischen Wollensgesetzmäßigkeit ist das Verschwinden des Handlungsbegriffs als eines Grundbegriffs einer verstehenden Soziologie; vgl. *M. Weber*, R. Stämmers „Überwindung“ der materialistischen Geschichtsauffassung und Nachtrag zu dem Aufsatz über R. Stämmers „Überwindung“ der materialistischen Geschichtsauffassung, in: *ders.*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (Tübingen 1988) 291–359, 360–383. Webers Auseinandersetzung mit Stämmers „Wirtschaft und Recht“ ist schonungslos und hochfahrend; sie liest sich über weite Strecken wie ein intellektueller Katastrophen-Bericht.

Das große Land des Wollens weist mehrere Provinzen aus. Eine ist die des Rechts. Sie findet sich in der Hemisphäre des sozialen Wollens, die von der Halbkugel des sittlichen Wollens abgetrennt ist. Neben sich findet das rechtliche Wollen im Bereich des sozialen Wollens noch das konventionelle und das willkürliche Wollen. Das rechtliche Element ist wie das konventionelle und die Willkür ein Ordnungselement des Wollens, eine formende Ordnung des Wollens. Gemeinsam ist ihnen, da sie im sozialen Bereich tätig werden, der verbindende, eben Individuen verbindende Charakter. Rechtliches Wollen stiftet ein Verbundsystem von unterschiedlichem individuellen Wollen; es artikuliert sich als koexistenzverbürgendes und Zwecksetzungen koordinierendes Regelsystem. Eine weitere Besonderheit des rechtlichen Wollens ergibt sich, wenn man es mit sittlichen Konventionen vergleicht; das Recht gebietet, verpflichtet, droht auch mit organisiertem Zwang. Also ist das rechtliche Wollen in seiner Verbindung von „mehreren Willensinhalten“⁶⁵ ein – wie Stammler sagt – selbstherrlich verbindendes Wollen, das sich selbst als unverletzbar ansieht und Verletzungen nicht duldet. Im Begriff des rechtlichen Wollens taucht also das Wollen zweifach auf: Das Wollen ist einmal das Objekt der rechtlichen Ordnung, das Wollen ist aber auch die Natur der rechtlichen Ordnung; es geht hier um Wollenskoordination durch rechtliches Wollen. Zusammengefaßt hat Stammler also folgende Vorstellung von der allgemeinen Natur des Rechts: Das Recht wird als ordnungstechnisches Mittel verstanden; es ist der Inbegriff geltender Zwangsnormen, deren grundlegende Funktion darin besteht, die Willensinhalte der Menschen äußerlich zu koordinieren, das Mittel-Zweck-Geflecht der menschlichen Interaktionen effektiv zu ordnen.

Befreit man Stammlers Rechtsvorstellung von ihrer idiosynkratischen Terminologie, dann verschwindet der Eindruck des Ungewöhnlichen; sie versammelt im großen und ganzen die Definitionselemente, die in einem Rechtsbegriff enthalten sein müssen. Zwar orientiert sie sich am Typus der Zwangsnorm, aber diese strafrechtliche Gravitation findet man bei allen positivistischen Rechtstheorien von Austin bis Kelsen; erst Hart hat auf die Vielfalt der rechtlichen Normtypen hingewiesen. Auch heute verfährt man kaum anders als Stammler, wenn man die wesentlichen rechtsbegrifflichen Merkmale zusammenstellen will: Man unternimmt eine allgemeine normentheoretische Differentialanalyse, die eine Abgrenzung des rechtlich normierten Bereichs von anderen Bereichen erlaubt und vor die Eigentümlichkeit der Natur rechtlicher Normierung bringt; weiterhin gibt man eine allgemeine Beschreibung der Funktion von Rechtssystemen. Und auch wenn man sich die rechtlichen Kategorien anschaut, die im Rechtsbegriff ihre wissenschafts- und gegenstandskonstitutive Einheit erhalten, stößt man auf kein ungewöhnliches philosophisches Verfahren; denn die reinen Grundbegriffe des Rechts sind nichts anderes als logisch-semantische Explikationen der die rechtliche Wollensart von anderen, nicht-rechtlichen Wollensweisen unterscheidenden Merkmale. Im einzelnen führt Stammler auf: hinsichtlich des Wollenselements – das

⁶⁵ *Stammler, Wesen des Rechts*, a.a.O. 406.

Rechtssubjekt und das Rechtsobjekt; hinsichtlich des Elements des Verbindens – den Rechtsgrund und das Rechtsverhältnis; hinsichtlich der Selbstherrlichkeitseigenschaft die Relate eines rechtlichen Herrschaftsverhältnisses – die Rechts-hoheit und die Rechtsunterstellttheit; und hinsichtlich der Unverletzbarkeit – die Rechtmäßigkeit und die Rechtswidrigkeit⁶⁶. Nimmt man nun noch die ganze Tafel der zusammengesetzten Rechtskategorien hinzu, dann gelangt man zu einem grundbegrifflichen Rechtswörterbuch, das sich nicht sonderlich von den Begriffslisten unterscheidet, die die empirische Allgemeine Rechtslehre zusammenstellt und behandelt.

Die Kantische Methodologie, deren wissenschaftsermöglichende Segnungen Stammler unaufhörlich preist, wird nur beschworen, jedoch nirgendwo philosophisch durchgeführt. Hinter großem begründungsrhetorischen Faltenwurf verbirgt Stammler ordinäres Analysieren und Verallgemeinern; doch weit und breit keine metaphysische Deduktion, keine transzendente Deduktion; weit und breit auch keine Argumentation; Stammler arbeitet als semantischer Katasterbeamter, der Begriffsfelder vermischt. Von der angestrebten Allgemeingültigkeit sichernden Reinheit keine Spur. Von Kant bleibt nur eine Handvoll struktureller Motive übrig, mit denen Stammler seine Darstellung äußerlich organisiert. Wie selbst wohlmeinende Zeitgenossen feststellen mußten⁶⁷, verwechselt Stammler das schwierige Kantische Programm aus Kategoriendeduktion und Gegenstandskonstitution mit dem Geist der *arbor porphyriana*; er vermengt Transzendentallogik mit Formallogik, konstitutionstheoretische Bedingungsrelation von Form und Inhalt mit der Abstraktionshierarchie von Genus und Species. Seine Grundbegriffe einschließlich des Oberbegriffs des Rechts selbst verdanken sich allesamt der so geschmähten induktiven Verallgemeinerung, die in rückläufiger Richtung zur Abfolge sich verästelnder spezifischer Differenzen wird.

Nehmen wir die methodologische Intuition Stammlers einmal ernst, verstehen wir sein Wort von der Rechtsphilosophie als einem einheitlichen System reiner rechtlicher, den Gegenstand Recht überhaupt konstituierender Denkformen in strenger Analogie zur Kantischen Erkenntnistheorie, dann müßte uns in der Formel von dem unverletzbar selbstherrlich verbindenden Wollen eine Entsprechung von Gegenständlichkeit begegnen. So wie jeder Gegenstand eine kontingente Instantiierung von Gegenständlichkeit ist, so müßte jeder rechtliche Inhalt irgendwie eine Instantiierung dieses Rechtsbegriffs sein, den Stammler besser eine Rechtlichkeitsformel genannt hätte. Aber die Gegenständlichkeitsverfassung ist eben nicht abstraktiv aus Einzelgegenstandsbeschreibungen zu gewinnen, sie besitzt einen grammatischen, jedoch keinen prädikativen Charakter. Stammlers Rechtlichkeitsverfassung ist jedoch abstraktiv gewonnen, sie besitzt nicht den versprochenen grammatischen Charakter, sondern ist nur ein klassifizierendes Prädikat.

⁶⁶ Vgl. Stammler 1911/1923, 116 ff.; Stammler, *Wesen des Rechts*, a.a.O. 416.

⁶⁷ Vgl. Binder 1915/1967, 15 ff.; Binders Kritik ist nachgerade zu einem Standardvorwurf an Stammler geworden; vgl. Kaufmann 1921/1960, 187 ff.

Noch ein Nachtrag zum rechtsphilosophischen Grundproblem der Rechtsgeltung. Da das Sein des Rechts sein Gelten ist, Dinge im Seinsmodus existieren, Rechtsnormen hingegen im Geltungsmodus existieren, sollte man meinen, daß Stammler die Geltung als Bedeutungsbestandteil des formalen Rechtsbegriffs selbst behandelt. Umso eher sollte man dies meinen als Stammler den Geltungsbegriff von aller inhaltlichen Besonderheit unabhängig macht, also auch von allen rechtsidealen Richtigkeitsauflagen, und damit sich nicht der von den Rechtspositivisten perhorreszierten geltungslogischen Konfusion schuldig macht, die diese beargwöhnen, wenn das Naturrecht Rechtsbestandteil ist und naturrechtswidriges positives Recht derogiert. Nach Stammler kommt aber nicht dem rechtlichen Wollen als solchem die Bestimmung des Geltens zu, sondern nur immer einem inhaltlich bestimmten und diesem immer dann, wenn und insofern „die Möglichkeit seiner Durchsetzung“⁶⁸, eine Gehorsamserzwingungschance also, besteht. Stammler soziologisiert den Geltungsbegriff und gelangt somit zu dem systemfremden Konzept sozialer Geltung. Dieser Argumentationszug wäre noch nicht einmal dann plausibel, wenn es sich bei den Begriffen der rechtlichen und sozialen Geltung positiven Rechts um koextensive Prädikate handelte.

Ich wende mich jetzt abschließend der Stammlerschen Rechtsidee zu. – Kritiker des Rechtspositivismus behaupten, daß ein notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und Moral besteht, so daß eine moralneutrale Rechtsbestimmung das Recht definitorisch verfehlt. Sie stützen sich dabei auf ein Argument, daß als „Richtigkeitsthese“ bezeichnet wird, und das in seiner schwächsten Form geltend macht, daß das Recht einen Verbindlichkeitsanspruch stellt und von teilnehmenden Bürgern unter eine moralisch ausgelegte Anerkennungsdifferenz gestellt wird, das in seiner stärksten Form das Recht gar mit einem immanenten Optimierungsgebot ausstattet, das Legislative und Jurisdiktion auf eine approximative Realisierung der dem Recht innewohnenden normativen Prinzipien und Ideale verpflichtet⁶⁹. Von Stammler ist eine Formel bekannt, die in ähnlicher Weise Rechtsbegriff und Rechtsideal verklammert und in die Möglichkeit eines normativ indifferenten Rechtsbegriffs Zweifel setzt. „Das Recht ist“, so hat Stammler gesagt, „ein Zwangsversuch zum Richtigen.“⁷⁰ Und er hat dazu das Folgende ausgeführt: „Es will selber in der Sache recht haben, es möchte inhaltlich begründete Anordnungen treffen..., der logische Sinn jeder rechtlichen Bestrebung zielt überhaupt in seinem wesentlichen Inhalte auf Bewirken richtigen Verhaltens der Rechtsgenossen ab; das steckt in jedem Recht notwendig darin.“ Und an anderer Stelle heißt es: „Wenn das Recht keine andere Daseinsberechtigung besitzt, als die Bedingung für eine gesetzmäßig geartete Gesellschaft zu sein, so würde es sich selbst in einem nicht aufhebbaren Widerspruche ertönen, wenn es grundsätzlich

⁶⁸ *Stammler* 1911/1923, 72.

⁶⁹ Vgl. *R. Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg, München 1992) 130.

⁷⁰ *R. Stammler*, *Die Bedeutung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Fortschritt der Kultur*, in: *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, Bd. 1, 154; *Stammler* 1902/1926, 55 ff.

von der ihm ehern vorgeschriebenen Richtung für seinen Willensinhalt abweichen möchte. So kann es nicht anders sein, als daß jede rechtliche Anordnung, sofern sie, eben als rechtliche, den maßgeblichen Grundgedanken in sich birgt, in die Gesetzmäßigkeit des Wollens, in den Zug nach dem Richtigen sich einfügen.“⁷¹ Sehen wir einmal davon ab, daß Stammler – wie übrigens die ganze zeitgenössische Jurisprudenz – offenkundig nur dunkle Vorstellungen von der Natur richterlicher Tätigkeit hat, warum auch die Jurisdiktion, die bei der Naturrechtsrenaissance im Zeichen der „Radbruch“-Formel in den Mittelpunkt der rechtspositivismuskritischen Aufmerksamkeit gerückt war, in den damaligen Überlegungen zum richtigen Recht immer vernachlässigt wird, – schauen wir also nur auf die Gedankenkette von der Bewirkung richtigen Verhaltens durch richtiges Recht, dann liegt der Schluß nahe, daß sich Stammlers Vorstellungen vom Recht als einem Zwangsversuch zum Richtigen nicht allzusehr von der Richtigkeitsthese unterscheiden. Freilich hätte er dann aber auch seinen moralindifferenten Rechtsbegriff verabschieden müssen. Wenn das Recht ein Zwangsversuch zum Richtigen ist, oder besser: Inbegriff von legitim zwangsweise durchsetzbaren Normen, die intern dem Anspruch unterstellt sind, den Standards einer richtigen Regelung und idealen rechtlichen Ordnung zu genügen, dann gehört eben die interne Ausrichtung der inhaltlichen Gestaltung des Rechts an den Idealen einer richtigen Ordnung zu dem Begriff des Rechts selbst⁷².

⁷¹ *Stammler* 1902/1926, 56.

⁷² Die Naturrechtsproblematik eröffnet sich nach Stammler nur unter dem *de-lege-ferenda*-Gesichtspunkt. Nur um solche Erwägung kann es gehen, „nach der das ideal ersonnene Recht den Maßstab und Zielpunkt für das geltende positive Recht abgeben soll; ohne daß es in diesem Zusammenhange auf die Frage ankäme, ob natürliche Rechtsgrundsätze als Ergänzung des positiven Rechtes bei dessen praktischer Anwendung, zur Ausfüllung von Lücken, insbesondere im Falle von Antinomien, tauglich seien – wie das österreichische bürgerliche Gesetzbuch im Artikel 7 positiv vorschreibt“ (*Stammler* 1896, 172). Warum soll, so wendet Stammler in dieser frühen Schrift gegen Bergbohns Naturrechtskritik ein, die Anerkennung des Naturrechts die Geltung des positiven Rechts durcheinander bringen und damit schwerste ordnungspolitische Mängel nach sich ziehen. Warum soll überhaupt zwischen positivem Recht und Naturrecht ein wechselseitiges Exklusionsverhältnis bestehen? Solange man sinnvoll von einem „anzustrebenden Rechte“ sprechen kann, muß es Vergleichsmaßstäbe geben, die Bewertungen ermöglichen. Und so wie wir positive Rechtsordnungen koexistierender Staaten vergleichen und bewerten können und dabei den Wunsch äußern können, doch diesen Teil des englischen oder jenen Teil des französischen Rechts anstelle der jeweils einschlägigen schlechteren deutschen Paragraphen zu haben, so können wir auch positive Rechtsordnung von existierenden Staaten mit nicht mehr existierenden Staaten vergleichen, und so können wir trivialerweise auch positive Rechtsordnung von existierenden Staaten mit ausgedachten Rechtsordnungen, mit Lehnstuhl- und Schreibtischverfassungen vergleichen. „Ein Rechtssystem, das als Maßstab und ideales Vorbild für eine andere, rechtliche Ordnung dienen soll, braucht überhaupt nicht zu gleicher Zeit und an demselben Orte in positiver Geltung zu stehen, wie das nach ihm kritisierte und zu richtende Recht. Das Naturrecht, das die Aufgabe des Richtmaßes und eines vorbildlichen Zieles übernimmt, kann allerdings neben dem geltenden Recht bestehen; es schmälert dessen formale Geltung gar nicht. Seine Geltung ist eine Geltung anderer Art, als diejenige des positiven Rechtes, mit der sie keineswegs unverträglich ist. Sein Auftreten, als das einer idealen Größe, widerspricht dem elementaren

Diese Vermutung vom positivistischen Rechtsbegriff aus Inkonsequenz gewinnt an Kraft, bedenkt man, daß Stammler seine Formel vom „Zwangsversuch zum Richtigen“ ausdrücklich dem Iheringschen Diktum vom Recht als der „Politik der Gewalt“ entgegenstellt hat, Recht also ausdrücklich nicht als Herrschaftsmittel, nicht als Instrument der Mächtigen zur Verwirklichung ihrer Interessen verstehen möchte. Andererseits ist Radbruch nur zuzustimmen, wenn er schreibt, daß Stammler „mit zäher Beharrlichkeit und ohne Scheu vor Wiederholung immer der gleichen Ausführungen zwei Gedanken dem rechtsphilosophischen Bewußtsein seiner Zeit förmlich eingehämmert hat: daß neben der Erforschung des positiven Rechts in voller Selbständigkeit die ‚Lehre vom richtigen Recht‘ entwickelt werden müsse, daß aber diese Lehre vom richtigen Rechte nur eine Methode, kein System der Rechtsphilosophie darstelle“⁷³. Eine prinzipiengestützte wohlgeordnete Rechtsgemeinschaft ist sicherlich etwas anderes als eine rein formale Methode. Und es ist gar nicht sicher, ob etwas von dem anti-positivistischen Widerlegungseffekt des Verbundes von Richtigkeitsthese und Inkorporationsthese übrig bleibt, wenn die durchaus inhaltlich bestimmten Prinzipien der Gerechtigkeit, der Rechts- und Sozialstaatlichkeit, der Demokratie und kosmopolitischen Freundlichkeit durch

Sätze gar nicht, daß im gleichen Raume und zu derselben Zeit nicht zwei einander widersprechende Rechte in gleicher Berechtigung nebeneinander positiv gelten können. Es gilt nicht, wiederholen wir, für die Rechtsunterworfenen als äußere Zwangsnorm, noch für die Vollzugsorgane des Staates, sondern wendet sich an den Gesetzgeber. Es ist ein Rechtssystem, das nicht mit dem betreffenden geschichtlichen Rechte gleichzeitig und in dessen Land positiv gilt, aber dem Gesetzgeber jenes vorleuchten will. Aus welchem Grunde soll dieses sachlich klare Verhältnis, wie Bergbohm behauptet, logisch unmöglich sein?“ (175). Zur Unterstützung der Bergbohmischen Bedenken kann vorgebracht werden, daß Stammler hier eine verharmlosende Darstellung der Rolle des naturrechtlichen Einflusses auf das Rechtsleben gibt. Für ihn ist allein die Legislative der Ort des Naturrechts; Naturrecht als Politikberatung, als Orientierungswissen des Gesetzgebers. Die Naturrechtsrenaissance nach 1945 hingegen hat eine Geltung des Naturrechts reklamiert, die sich keinesfalls auf legislatorische Gerechtigkeitsunterweisung beschränkte, ja an den Gesetzgeber am allerwenigsten dachte: Als bestenfalls standespolitische Vergangenheitsbewältigung, schlimmstenfalls standespolitische Weißwaschung unternommen, ging es bei der Rechtspositivismus-Naturrechts-Kontroverse nach 1945 vor allem um die Rolle der Justiz; es ging um die naturrechtliche Delegitimierung positiven Rechts und damit um die naturrechtliche Legitimation des Widerstandes gegen geltendes positives Recht; es ging um die moralische Aufrüstung richterlicher Resistance, um eine naturrechtsimprägnierte höchstrichterliche Rechtsprechung an den obersten Gerichtshöfen und am Verfassungsgericht, man denke nur an das bekannte Wort Weinkauffs von den ‚Bruchstücken einer naturrechtlichen Konfession‘ anläßlich des Zentenariums des Bundesgerichtshofes 1960. Der Naturrechtsgebrauch nach der sogenannten Radbruch-Formel denkt keinesfalls an eine Gerechtigkeitsunterweisung des Gesetzgebers, sondern an eine Delegitimierung gesetzten Rechts seitens der Rechtsanwendung; er ist also nicht gesetzgebungsadressiert, sondern jurisdiktionsadressiert; er ist Rechtsrettung angesichts eines schlechten Gesetzgebers, nicht Rechtsverbesserung durch einen willigen Gesetzgeber. Und er setzt immer das als möglich voraus, was Stammler als unmöglich abweisen möchte: eine rechtliche Geltungskonkurrenz zwischen Naturrecht und positivem Recht innerhalb eines bestimmten Rechtssystems, die aufgrund der absolut derogierenden Wirkung des Naturrechts immer zugunsten des Naturrechts entschieden werden muß.

⁷³ Radbruch 1913/1973, 112 f.

eine rein formale Methode der Suche nach dem Richtigen ersetzt werden. Freilich scheint im Gegenzug auch nicht klar, was die Rede von dem auf Richtigkeit schon rein begrifflich ausgerichteten Recht, von einem „Zug nach einem richtigen Inhalte seiner Normen“ besagen soll, wenn diese Richtigkeit nicht mittels eines gehaltvollen Kriteriums, sondern nur durch eine formale Methode ermittelt werden soll⁷⁴.

Daß dieser „Zug nach dem Richtigen“ letztlich semantisch folgenlos ist und keinerlei Auswirkungen auf den Verbindlichkeitsanspruch des positiven Rechts hat, zeigen die folgenden Ausführungen Stammers: „Es widerstrebt dem Begriffe des Rechtes noch nicht, wenn eine soziale Norm die Vielweiberei, die Witwenverbrennung, die Sklaverei, die Aussetzung schwächlicher Kinder bestimmt. Ein falscher Freund ist freilich ein Widersinn; nicht anders wie ein dreieckiger Kreis; – aber einen ungerechten Richter kann es sehr wohl geben, so gut wie ein kranker oder ein verbrecherischer Mensch immer noch dem Begriffe Mensch unterzuordnen ist.“⁷⁵ Das ist, in aller Deutlichkeit vorgetragen, ein positivistischer Rechtsbegriff: Recht ist ein Prädikat, das bestimmten sozialen Normen unabhängig von ihrem Inhalt zukommt; Recht ist also ein moralneutrales, ein gerechtigkeitsneutrales, ein richtigkeitsneutrales Prädikat.

Gleichzeitig gilt aber auch, daß das Recht unter der Richtigkeitsdifferenz steht. Es gibt richtiges und es gibt falsches Recht. Das Rechtsideal fordert, daß richtiges Recht sein soll, aber wenn das Recht falsch ist, dann beeinträchtigt das nicht seine Geltung. „Gegenüber dem unrichtigen Ergebnisse eines bestehenden positiven Rechtes muß man auf andere Mittel der Abhilfe sinnen, als auf keckes Brechen jener rechtlichen Ordnung durch subjektivistisches Meinen und Tun im Sinne willkürlicher Gewalt.“⁷⁶ Die Rechtsidee kommt logisch immer zu spät. Immer kommt ihr der Rechtsbegriff zuvor. Es kann keinen rechtlichen Grund geben, „ein unrichtiges Recht in willkürlicher Durchbrechung beiseite zu stoßen. Das Gebot lautet: Richtiges gut wollen! Da nun das Recht die notwendige Bedingung für das Richtige ist, so muß es als solches auch getragen werden. Wenn dann eine seiner Folgen in ihrem besonderen Inhalte, sachlich unhaltbar sein sollte, so ist doch die rechtliche Regelung, als gesetzmäßige Voraussetzung des Besseren, zu achten und zu dulden.“⁷⁷ Diese Argumentation klingt vertraut.

Die neuzeitliche Rechtsphilosophie ist anders als die klassische Politik entschieden widerstandsfeindlich. In keinem Fall hat sie den Begründungsvertrag benutzt, um dem Bürger ein Kündigungsrecht angesichts staatlichen Vertragsbruchs einzuräumen. Hobbes nicht, auch Kant nicht, selbst Rousseau hat einer höheren Berechtigung zum Rechtsbruch nicht das Wort geredet; von den deutschen Kontraktualisten mit ihren expliziten Unterwerfungsverträgen ganz zu schweigen⁷⁸. Das

⁷⁴ Stammler 1902/1926, 56.

⁷⁵ Stammler 1902/1926, 93.

⁷⁶ Ebd. 90.

⁷⁷ Ebd. 91.

⁷⁸ Vgl. Wolfgang Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags* (Darmstadt 1994).

Grundmotiv der Anarchieabwehr ist bei diesen frühen modernen politischen Philosophen so stark, daß erst dann die autonome Entscheidung an das Individuum zurückgeht, wenn der Staat praktisch aufgehört hat zu existieren. Solange er jedoch existiert, solange er ein stabilitätspolitisches Minimalpensum erfüllt, grundlegende Rechtlichkeit garantiert und alle subjektive Willkür noch dauerhaft und verlässlich an Regeln bindet, ist das Recht zu respektieren, gleichgültig welchen Inhalt es besitzt⁷⁹. Nur Locke hat hier eine Ausnahme gemacht, da er der ursprünglichen Vertragsgemeinschaft nie das Recht genommen hat, dem vor ihr nur angestellten, die Souveränität nur treuhänderisch verwaltenden Regenten im Falle fundamentaler Verletzungen der individuellen Grundrechte zu kündigen. Und 1945 hat auch Radbruch diesen Konsens verlassen, als er vor dem Hintergrund bislang unvorstellbarer politischer Greueltaten den Begriff des ungerechten Gesetzes nicht nur vor der rechtspositivischen Tautologie rettete, sondern ihn zugleich zu einem Kriterium für die Delegitimierung bestehenden Rechts ausbaute. Die „Radbruch“-Formel ist ein verkapptes *ius resistendi*: Wenn die Gesetze in eklatanter Weise die grundlegenden Prinzipien des Menschenrechts, der Gerechtigkeit und Humanität verletzen, dann müssen sie von allen direkt mit ihrer Durchsetzung befaßten Bürgern, also vordringlich vom Justizstab, aber auch von allen anderen durch konkludentes Verhalten als ungültig angesehen werden. Während die widerstandsfeindliche Argumentation den Rechtlichkeitscharakter, die Gesetzesförmigkeit selbst für so wichtig achtet, daß sie durch keinen Inhalt, gleichgültig wie ungerecht dieser auch immer sein mag, entwertet werden können, hat Radbruch genau das getan: Die Pointe der „Radbruch“-Formel liegt darin, daß die Eigenwertigkeit von Gesetzesförmigkeit und Rechtlichkeit relativiert wird und der Gerechtigkeitsgehalt des Inhalts darüber befindet, ob ein Gesetz geachtet werden muß. Stammlers oben betrachtete Argumente stellen ihn an die Seite der klassischen politischen Philosophie der Moderne. Dem Recht wohnt ein Eigenwert inne, der durch unrichtigen Rechtsinhalt verbindlichkeitstheoretisch nicht relativiert werden darf.

Wie sieht aber nun die formale Methode des Richtigen aus? Wie läßt sich die Rechtsidee methodisch operationalisieren? Wie läßt sich ein „richtiges Verbinden von Willensinhalten herbeiführen“⁸⁰? Der Schlüsselbegriff der Stammlerschen Rechtsidee ist die Vorstellung vom Reich der Zwecke. Kant hat diesen Begriff in der *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* zur Explikation insbesondere der letzten Formel des kategorischen Imperativs, der Zweck-an-sich-Formel verwendet. „Ich verstehe aber unter einem Reiche die systematische Verbindung verschiedener vernünftiger Wesen durch gemeinschaftliche Gesetze. Weil nun Gesetze die Zwecke ihrer allgemeinen Gültigkeit nach bestimmen, so wird, wenn man von dem persönlichen Unterschiede vernünftiger Wesen, imgleichen allem Inhalte ihrer Privatzwecke abstrahiert, ein Ganzes aller Zwecke (sowohl der ver-

⁷⁹ Vgl. hierzu die Gegenüberstellung ‚rechtlicher Zustand‘ – ‚rechtmäßiger Zustand‘ bei Kant: *Wolfgang Kersting*, *Wohlgeordnete Freiheit* 485 ff.

⁸⁰ Ebd. 58.

nünftigen Wesen als Zwecke an sich als auch der eigenen Zwecke, die ein jedes sich selbst setzen mag) in systematischer Verknüpfung, d. h. ein Recht der Zwecke gedacht werden können.“⁸¹ Stammler wird zu diesem Begriff des Reichs der Zwecke durch den Rechtsbegriff selbst geführt: Ist dieser, als Ordnungsbegriff von Willens- und Begehrungsinhalten, intern teleologisch strukturiert, dann bietet sich als oberster Beurteilungsgesichtspunkt der Richtigkeit eines Rechtsinhalts die teleologische Geeignetheit der entsprechenden Rechtsnorm an. Diese hinwiederum läßt sich nur feststellen im Vergleich mit der Vorstellung eines harmonischen Ganzen aller Zwecke.

Das Reich der Zwecke ist ein Sozialideal, das anders als die traditionellen Ordnungen des *summum bonum*, nicht vertikal organisiert ist, sondern horizontal. Die Ordnung in der Pluralität der Zwecke wird nicht dadurch erreicht, daß alle einem obersten Zweck unterworfen werden, sondern daß sie sich miteinander vertragen und verbinden. Das Reich der Zwecke ist keine Hierarchie, sondern eine Nebeneinanderordnung, eine „Gemeinschaft frei wollender Menschen“⁸² und damit auch eine intern tragfähige Gemeinschaft frei gewollter Zwecke. Ist aber die Idee absoluter Harmonie der einzelnen Zwecke ein taugliches Kriterium, um die Richtigkeit einzelner Rechtsinhalte festzustellen? Es muß eine Art Passungstest sein, der integrative Eignung feststellt. Wie soll dieser aber möglich sein? Wie soll hinsichtlich nur eines Inhalts festgestellt werden, ob er in die Vorstellung einer absoluten Harmonie aller Einzelheiten hineinpaßt? – schon die Geschichtlichkeit des Rechts setzt diesem Erkenntnisverfahren doch Grenzen. Wer kennt schon die Zwecke von morgen. Grundsätzlich kann eine erfahrungsüberspringende Totalität nicht als verfügbarer Maßstab benutzt werden. Kant hat sich mit einem Universalisierungsverfahren geholfen und so den Passungstest logifiziert. Was zu einem Zeitpunkt allgemeingültig ist, ist zu jedem Zeitpunkt allgemeingültig; so vermag man mit dem logischen Verfahren der Überprüfung der allgemein gesetzgebenden Eignung die diskursiv-lineare Erstreckung der Zeit zu überlisten und eine zeitüberspringende Synthesis zu erstellen, das Ganze zu jedem Zeitpunkt als Kriterium einzusetzen. Und wenden wir diesen Test nicht nur bei unseren Maximen an, sondern auch bei den Gesetzen, also den generellen Maximen,

⁸¹ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akad.-Ausgabe Bd. VI, 433.

⁸² „Folglich kann die Gesetzmäßigkeit des sozialen Lebens nur in dem ideellen Richtmaße einer Gesellschaft liegen, deren Regelung im Sinne einer allgemeingültigen Berücksichtigung eines jeden Rechtsunterworfenen geschieht, so daß ein jeglicher so behandelt und bestimmt wird, wie er, als frei gedacht, wollen muß. Die Gemeinschaft frei wollender Menschen, – das ist das unbedingte Endziel des sozialen Lebens. Es ist die Idee einer Menschengemeinschaft, in der ein jeder die objektiv berechtigten Zwecke des anderen zu den seinigen macht; einer Regelung des vereinten Daseins und Zusammenwirkens, der jeder Rechtsunterworfenen zustimmen muß, sobald er frei von bloß subjektivem Begehren sich entschiede“... „So ist die Idee der Gemeinschaft freier Menschen das einzige regulative Prinzip, das ein gefestetes Urteil über die objektive Berechtigung einer sozialen Regelung oder Bestrebung möglich macht; und das zugleich dem Gesetzgeber die gesetzmäßige Richtung seines Vorgehens im wilden Getriebe des Einzelbegehrens aufhellend zu zeigen im stande ist“ (Stammler 1896, 576).

dann erhalten wir ein sowohl diachron als auch synchron konsistentes System von Normen, ein umfassendes Reich der Zwecke.

Derartiges mag auch Stammler im Sinn gehabt haben. Auch bei ihm ist von der „Vermeidung eines inneren Widerspruches“ die Rede. „Es darf richtiger Weise kein Verhalten gebilligt werden, dessen Verallgemeinerung den Grundgedanken der rechtlichen Gemeinschaft aufheben würde. Vielmehr muß ein besonderes rechtliches Wollen in seiner gegebenen Lage im Sinne der einheitlichen Aufgabe aller Rechtsbetrachtung überhaupt beurteilt und geführt werden.“ Und dann zitiert er die sozialetische Grundformel abendländischen Denkens, diesmal in einer Formulierung von Thomasius: „Fac ea quae finem cuiusque societatis necessario promovent, et omitte ea, quae iustum necessario turbant.“⁸³ Aber dieses Thomasius-Zitat stellt eine Ungeschicklichkeit dar, da Stammler mit ihm seine ganze Konzeption von der Rechtsidee und der formalen Methode des richtigen Rechts zunichte macht. Nur darum kann Stammler sich über das traditionelle Naturrecht erheben und beanspruchen, eine wissenschaftlich-allgemeingültige, weil formale Begründung einer Konzeption richtigen Rechts geliefert zu haben, weil er auf einen verpflichtenden inhaltlichen Endzweck individuellen und kollektiven Strebens verzichtet und die normative Bestimmung der Rechtsidee stattdessen allein der formalen Vorstellung einer harmonischen Einheit aller denkbaren Zwecke überläßt. Hätte Stammler der Operationalisierung dieser Vorstellung mehr Aufmerksamkeit geschenkt und sich mit dem Verallgemeinerungsverfahren auseinandergesetzt, dann hätte er festgestellt, daß – wie es auch schon in seiner oben zitierten Äußerung anklingt – der Allgemeingültigkeitstest zwar die notwendigen Erhaltungsbedingungen identifiziert, nicht jedoch einen Weg weisen kann, um eine Gesellschaft voranzubringen, somit auch nicht angemessen durch den material-ethischen Optimismus der Thomasianischen Formel illustriert werden kann.

Um den Abstand zwischen dem traditionellen Naturrecht und seiner Lehre vom richtigen Recht zum Ausdruck zu bringen, hat Stammler die paradoxe Formel vom „Naturrecht mit wechselndem Inhalt“ geprägt⁸⁴. Ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt ist ein Naturrecht, bei dem das Naturrechtliche sich ganz in das Formal-Methodische verlagert hat, das Inhaltliche hingegen ganz der kontingenten geschichtlichen Bestimmung überlassen bleibt. Die Methode ist der letzte Zufluchtsort des Naturrechtsgedankens, weil es nach Stammlers Überzeugung keine allgemeingültigen Inhalte gibt⁸⁵. Gleichwohl hat auch das Stammlersche

⁸³ *Stammler* 1902/1926, 45.

⁸⁴ Vgl. *Stammler* 1986, 184.

⁸⁵ Damit erweist sich das szientistische, dem Ideal naturgesetzlicher Geltung nacheifernde Konzept allgemeiner, zeitloser Gültigkeit als verantwortlich für die Entleerung des traditionellen Naturrechts, damit aber auch als verantwortlich für die Kontingentisierung seiner traditionellen Inhalte. Jedoch ist die Letztbegründungsgewißheit keineswegs die Voraussetzung für rationale normative Philosophie; zwischen den in vielerlei Hinsicht inakzeptabel gewordenen Konzeptionen des traditionellen Naturrechts einerseits und dem den Ort der Rationalität in die Methode verlagernden Stammlerschen ‚Naturrecht mit wechselndem Inhalt‘ gibt es viel Raum für rationale normative Philosophie: Denn man muß nicht von der Ewigkeits-

Naturrecht einen festen Inhalt; und wenn es überhaupt als normatives Kriterium brauchbar sein kann, dann eben wegen seines Inhalts. Das Sozialideal der Gesellschaft frei wollender Menschen, das durch die Vorstellung des Reiches der Zwecke genauso expliziert wird wie der Begriff des Reiches der Zwecke durch das Sozialideal der Gesellschaft frei wollender Menschen, ist keine leere und sozial-ethisch neutrale Konzeption. Ebenso wenig sind die Grundsätze des richtigen Rechts sozial-ethisch neutral. Die sich im Ideal wie dann in den daraus abgeleiteten Grundsätzen des Achtens und Teilnehmens⁸⁶ zum Ausdruck bringenden Gesetz-

geltung der Menschenrechte, der Prinzipien der Humanität und der Grundregeln der sozialen Gerechtigkeit überzeugt sein, um sie als Grundlagen einer rationalen Begründungspraxis zu verwenden; zu dieser Problematik vgl. W. Kersting, *Moralphilosophie und Dezinismus*, in: *Ethik und Sozialwissenschaften*. Sonderband „Ethik und Dezinismus“, hrsg. v. Matthias Kaufmann, 3/1 (1992) 17–30.

⁸⁶ Vgl. Stammler 1902/1926, 144–154. – Im einzelnen lauten die beiden „Grundsätze des Achtens“ folgendermaßen: „1. Es darf nicht der Inhalt des Wollens dem subjektiven Belieben eines anderen anheimfallen. 2. Jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinne bestehen, daß der Verpflichtete sich noch der Nächste sein kann.“ Da jeder jedes anderen anderer ist, kann dem ersten Grundsatz nur dann ein nachvollziehbarer Sinn zukommen, wenn man ihn egalitaristisch, in dem Kantischen Sinne von Gleichheit und Wechselseitigkeit, versteht: Rechtliche Verpflichtungsverhältnisse müssen grundsätzlich reziprok sein; niemand kann einen anderen zu etwas verpflichten, wozu dieser ihn nicht verpflichten kann. Der Sinn dieser egalitaristischen Wechselseitigkeitsformel ist die Ausschaltung natürlicher Herrschaftsverhältnisse als rechtswidrig zum einen und eine Gleichheitsverpflichtung des positiven Gesetzes zum anderen. Wenn dieser Grundsatz nicht so verstanden wird, dann wird er beliebig, da er nicht die geringste Vorstellung von einer Begrenzung der wechselseitigen Beeinflussung enthält. Ein entsprechendes Problem ist mit dem zweiten Grundsatz verbunden: Auch dieser ist nur dann sinnvoll, wenn wir in ihm eine Wechselseitigkeitsstruktur hineinlesen. Andernfalls ist er entweder tautologisch – sollen die dem Wollen des anderen entzogenen Willensinhalte des anderen berechnigte Interessen sein, dann würde der Grundsatz lauten: berechnigte Interessen sind rechtlich zu achten – oder inakzeptabel, da selbst die räuberische Erpressung „Geld oder Leben“ dem Adressaten noch die Option eröffnet, sich der Nächste sein zu können. Befreien wir also im Rahmen einer sehr entgegenkommenden Interpretation Stämmers Grundsätze des Achtens also von ihrer ungenauen und manieristischen Formulierung, dann zeigt sich in ihnen genau die metajuristische Reziprozitätsstruktur, die wir als Bedingung sittlich zweifelsfreier Verträge kennen, die wir aber auch in Kants Explikation natürlicher Gleichheit oder in gegenwärtigen, vorwiegend kommunikationstheoretisch inspirierten moralphilosophischen Konzeptionen von der Wechselseitigkeit der Achtung oder der wechselseitigen Anerkennung finden. – Die „Grundsätze des Teilnehmens“ sind die folgenden: „1. Es darf nicht ein rechtlich Verbundener nach subjektivem Belieben von der Gemeinschaft ausgeschlossen werden. 2. Jede rechtlich verliehene Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschließend sein, daß der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein kann.“ Der Sinn dieser Grundsätze ist schwerer zu ermitteln; Stammler sagt, daß „der Wunsch nach Vermeidung jenes logischen Widerstreites, der sonst zwischen den Grundgedanken eines richtigen Rechtes und der Einzelbetätigung entstehen würde“, zu diesen Grundsätzen führt. Ist die Rechtsgemeinschaft eine rechtlich geordneten, ihre Zwecke unter wechselseitiger Beeinflussung und wechselseitigem Gebrauch, also kooperativ verwirklichende Gemeinschaft, dann sollen diese Grundsätze wohl besagen, daß kein Rechtsinstitut akzeptabel ist, daß einem oder eine Gruppe die gleichberechnigte Teilhabe an den rechtlich geschützten Gütern und rechtlich ermöglichten Kompetenzen und Befugnissen vorenthält. Auch hier also wieder vage Gleichheits- und Wechselseitigkeitsformeln. Letztlich haben wir es wohl bei allen vier Formeln mit

mäßigkeitsformen rechtlichen Wollens sind kaum anderes als die grundlegenden Strukturprinzipien moderner individualistischer Gesellschaften. Man sollte sich von ihrer heillos vagen Formulierung und ihrer offenkundigen kriteriellen Unbrauchbarkeit nicht täuschen lassen, obwohl Stammlers Rechtsphilosophie keine natürlichen Menschenrechte vorsieht, lassen sich diese Grundsätze als Grundprinzipien einer liberalen Gemeinschaft von in ihrer Zweckverfolgung wechselseitig sich anerkennenden freien und gleichen Bürgern lesen. Jedoch, daran soll abschließend erinnert werden, werden diese Grundsätze nicht dem Rechtsbegriff als unablässige, gleichwohl nicht positivrechtlich fixierte Prinzipienbestandteile beigegeben. Stammlers Lehre vom richtigen Recht besitzt keine rechtspositivismuskritische Pointe. Stammler ist kein Vertreter der Inkorporationsthese, die dem Rechtspositivismus entgegenhält, daß die Grundsätze des Achtens und Teilnehmens, die Prinzipien der Freiheit, Gleichheit und Wechselseitigkeit als Optimierungsgebote jeder positiven Rechtsordnung immanent sind.

III.

Die Leitfrage des Naturrechtlers lautet: Was unterscheidet Recht von Unrecht? Um sie zu beantworten, gibt er Endzwecke gesellschaftlicher Ordnung an, formuliert er Grundsätze der Gerechtigkeit, stellt er Tafeln vorstaatlicher Rechte zusammen, schlägt er allgemeingültige Verfahren zur Konfliktbereinigung vor. Die Leitfrage des Juristen, des – in der Sprache Stammlers – technischen Juristen lautet: Was ist Rechtens? Um sie zu beantworten, muß er die Gesetze seines Landes befragen und die Entscheidungen der Gerichte dieses Landes untersuchen. Die Leitfrage des Rechtstheoretikers hingegen lautet: Was ist das Recht? Und sofern er bescheiden bleibt und die Sache nicht ontologisch angeht, entwickelt er einen empirischen Rechtsbegriff, der die definitorischen Merkmale des Rechts aufzählt. Wenn er dabei die These vertritt, daß dieser empirische Rechtsbegriff eine moralneutrale Fassung besitzen kann und auch besitzen sollte, also ohne Bezug auf normative Elemente alles über das Recht gesagt werden kann, was wissenschaftlich über das Recht gesagt werden muß, um etwas als Recht zu identifizieren, dann haben wir einen Rechtspositivisten vor uns. Wenn der Rechtstheoretiker hingegen darauf besteht, daß eine angemessene Beschreibung von etwas als Recht nicht moralneutral sein darf, da zum Recht begrifflich-notwendig moralische Bedeutungselemente gehören, dann haben wir einen Naturrechtsnachfahren vor uns. Cohen ist ein solcher Naturrechtsnachfahre und hat sich ausdrücklich auch so verstan-

vorgiebig dem Rechtskontext, den Besonderheiten rechtlichen Wollens angepaßten Reformulierungen der Zweck-an-sich-Formel des Kantischen Imperativs zu tun, die jedermann gebietet, bei seinen eigenen Zweckverwirklichungen den anderen nicht ausschließlich als Mittel zu gebrauchen, sondern seine Zweckverwirklichung mit dem berechtigten Interesse des anderen, auch *seine* Zwecke zu verwirklichen und seine Zwecke auch zu *verwirklichen*, abzustimmen.

den. Stammler hat sich nicht als Naturrechtsnachfahre verstanden. Er hat eine zugleich rechtskategoriale und rechtsideale, also gleichsam janusköpfige Rechtstheorie entwickelt, die zum einen einen positivistischen Rechtsbegriff entwirft, zum anderen aber auch eine von ihm getrennte und seine Geltung nicht im mindesten beeinträchtigende verbindliche rechtsideale Betrachtungsperspektive entwickelt.

Die Reine Rechtslehre Kelsens hat das rechtsphilosophische Pensums Stammers halbiert. In ihr begegnet eine Neukantianismusgestalt, die die aus der theoretischen Philosophie Kants gekelerten Begründungsintuitionen und Begriffsmotive ausschließlich zur Gewinnung eines positivistischen Rechtsbegriffs benutzt. Das aber besagt, daß auch Kelsen seine Theorie des positiven Rechts als Erkenntnistheorie anlegt, zumindest ihr Programm, ihr Problemverständnis erkenntnistheoretisch auslegt. Allerdings macht Kelsen von den Lehrstücken und Konzeptionen der theoretischen Philosophie Kants einen äußerst zurückhaltenden Gebrauch. Letztlich wird man nur von einer Analogie sprechen können. Diese Analogie ist freilich ein ausgezeichnete Schlüssel für das Problemverständnis der Reinen Rechtslehre und ihres eleganten Hauptarguments. Dieses Hauptargument ist das Grundnormargument, dessen neukantianischen Grundzug ich im folgenden aufzeigen möchte. Dabei orientiere ich mich an der Fassung, die Kelsen diesem Argument in der *Reinen Rechtslehre* von 1934 gegeben hat⁸⁷.

Das Grundnormargument steht im Kontext der Theorie der Rechtsdynamik. Das Recht ist anders als die Moral ein dynamisches Normensystem. Darunter versteht man ein Normensystem, das Personen zur Erzeugung von Normen berechtigt und somit Normen zur Erzeugung von Normen enthält. Durch dieses dynamische Element vermag das Rechtssystem nicht nur als ein sich selbst kontinuierendes System dargestellt werden, diese dynamische Dimension imprägniert auch den Geltungsbegriff, so daß man von einem erzeugungs- oder ermächtigungslogischen Geltungsbegriff sprechen könnte: Eine Norm ist dann valid, wenn sie aufgrund höherer Normen erzeugt worden ist. Ein Rechtssystem ist also selbst ein Normenbegründungssystem, das untergeordnete Normen in übergeordneten Normen begründet und eine oberste geltungslogische Ebene besitzt, von der alle untergeordneten Systemebenen und Einzelgesetze geltungslogisch abhängig sind. Dieses Modell stellt eine reine geltungslogische Hierarchie dar, eine Pyramide,

⁸⁷ Damit will ich keinesfalls sagen, daß sich in den früheren Arbeiten Kelsens keine neukantianischen Spuren finden lassen oder daß diese keiner näheren Untersuchung wert wären. Kelsen hat sich in früheren Schriften ausdrücklich als Neukantianer bekannt, der sich – so seine Worte – wie auch Cohen und Stammler bemüht habe, Kants Transzendentalphilosophie für die Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen; vgl. *H. Kelsen, Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der „Rechtsdogmatik“*, in: *Sander, Kelsen* 1988, 279–411, 280. Diese Schrift ist für die Neukantianismuskussion in der Rechtswissenschaft darum besonders aufschlußreich, weil sie eine ausführliche Auseinandersetzung mit einer Arbeit Sanders darstellt, die Kelsen vorwirft, über die scholastische Logik der Rechtsdogmatik nicht hinauszugelangen, und ihm die Kantische Theorie der Naturwissenschaft als überlegenes methodisches Beispiel vorhält; vgl. *Holzhey* 1986 und 1988.

deren Spitze durch die Normen der Verfassung gebildet werden. Oder anders gefaßt: Die Verfassung ist die geltungslogische Zentralsonne; alles, was sie ins Licht stellt, ist Teil der Gesamtordnung. Kelsen hat das so formuliert: „Alle Normen, deren Geltung auf eine und dieselbe Grundnorm zurückgeführt werden kann, bilden ein System von Normen, eine normative Ordnung. Die Grundnorm ist die gemeinsame Quelle für die Geltung aller zu einer und derselben Ordnung gehörigen Normen, ihr gemeinsamer Geltungsgrund. Daß eine bestimmte Norm zu einer bestimmten Grundnorm gehört, beruht darauf, daß ihr letzter Geltungsgrund die Grundnorm dieser Ordnung ist. Diese Grundnorm ist es, die die Einheit einer Vielheit von Normen konstituiert, indem sie den Grund für die Geltung aller zu dieser Ordnung gehörigen Normen darstellt.“⁸⁸

Für sich betrachtet vermag dieser Gedanke allenfalls begründungstrilemmatische Befürchtungen zu wecken, jedoch keinerlei Kant-Assoziationen auszulösen. Um die Grundnorm als neukantianisches Konzept zu lesen, bedarf es einer Voraussetzung. Auf sie stoßen wir, wenn wir uns das folgende Zitat anschauen: „Gehen wir von dem ... Falle eines Urteils aus, mit dem wir die Tötung eines Menschen durch einen anderen als die Vollstreckung eines Todesurteils und nicht als Mord deuten. Dieses Urteil beruht darauf, daß wir den Akt der Tötung als Vollziehung einer Gerichtsentscheidung erkennen, die die Tötung als Strafe anordnet; das heißt: Wir legen dem Akt des Gerichtes den objektiven Sinn einer individuellen Norm bei und deuten so die den Akt setzenden Menschen als Gericht. Dies tun wir, weil wir den Akt des Gerichtes als Vollziehung eines Gesetzes, das heißt genereller, Zwangsakte statuierender Normen erkennen, die wir nicht nur als den subjektiven, sondern auch als den objektiven Sinn eines Aktes ansehen, der von bestimmten Menschen gesetzt wurde, die wir eben darum als Gesetzgebungsorgan deuten. Dies tun wir darum, weil wir den Gesetzgebungsakt als die Vollziehung der Verfassung, das heißt genereller Normen ansehen, die ihrem subjektiven Sinn nach eben jene Menschen ermächtigen, generelle, Zwangsakte statuierende Normen zu setzen. So deuten wir diese Menschen als Gesetzgebungsorgan. Damit, daß wir die das Gesetzgebungsorgan ermächtigenden Normen nicht nur als den subjektiven, sondern auch als den objektiven Sinn eines von bestimmten Menschen gesetzten Aktes betrachten, deuten wir diese Normen als Verfassung. Handelt es sich um eine historisch erste Verfassung, ist dies nur möglich, wenn wir voraussetzen, daß man sich dem subjektiven Sinn dieses Aktes entsprechend verhalten, daß man Zwangsakte unter den Bedingungen und in der Weise setzen soll, wie es die als Verfassung gedeuteten Normen bestimmen; das heißt: wenn wir eine Norm voraussetzen, derzufolge der als Verfassung-Gebung zu deutende Akt als ein objektiv gültige Normen setzender Akt und die diesen Akt setzenden Menschen als verfassungsgebende Autorität anzusehen sind. Diese Norm ist... die Grundnorm einer staatlichen Rechtsordnung. Sie ist nicht durch einen positiven Rechtsakt gesetzt, sondern – wie die Analyse unserer juristischen Urteile zeigt –

⁸⁸ Kelsen 1934/1960, 197.

vorausgesetzt, wenn der in Frage stehende Akt als verfassungsgebender Akt und die auf Grund dieser Verfassung gesetzten Akte als Rechtsakte gedeutet werden.“⁸⁹ Der Gegenstand des Rechts ist ein hochgradig unnatürlicher Gegenstand und keiner sinnlichen Erkenntnis zugänglich. Er wird begrifflich konstituiert, kommt nur auf dem Wege der Deutung zustande. *Recht ist etwas, was als Recht gedeutet wird.* Diese Deutungsoperation verwandelt einen subjektiven Aktsinn in einen objektiven Aktsinn, ein subjektives Wollen in ein objektives Sollen.

Die Grundnorm gibt die Antwort auf die Frage, warum die historisch erste Verfassung Geltung besitzt. Eine solche Grundnormantwort ist in Kelsens Augen erforderlich, weil nur unter der Grundnormvoraussetzung der historisch erste verfassungsstiftende Akt auf eine objektive Norm hin transzendiert werden und damit aus seiner geschichtlichen Kontingenz befreit werden kann. Wenn diese Grundnormantwort nicht gegeben wird, werden wir nie die Dimension der objektiven Gültigkeit und Normativität erreichen können und immer in der Welt der kontingenten Willensakte, der kontingenten subjektiven Willens- und Sollensäußerungen verbleiben. Damit hat die Grundnorm eine konstitutionstheoretische Bedeutung; sie ist transzendental-logischer Natur⁹⁰. Nur unter ihrer Voraussetzung gibt es überhaupt Rechtsverhältnisse, weil es objektiv gültige Normen gibt; und objektiv gültige Normen gibt es eben nur, wenn mittels der Grundnorm die subjektiven ersten verfassungsgebenden Willensakte objektiviert, in einer Ansammlung von Verfassungsnormen verwandelt werden. Denn wie sollten subjektive Willensakte je objektive Gültigkeit und Verbindlichkeit erlangen, wenn sie nicht als normerzeugende Akte verstanden und in korrekt erzeugten Normen der Normerzeugung verankert sind.

Normen sind Interpretationsprodukte, Deutungskonstrukte; alle Deutungen unterliegen einer Grammatik, einem Inbegriff von Regeln, die die Weise bestimmen, in der etwas als etwas begriffen und verstanden wird; und die Deutung der Willensakte als Erzeugung objektiver Normen ist transzendental-logisch in der Grundnorm als der Bedingung der Möglichkeit von objektiver Normativität überhaupt begründet. Kelsen macht selbst auf diese Analogie zur Kantischen Erkenntniskritik aufmerksam: Und wie Kants Transzendentalphilosophie die Bedingungen der Möglichkeit einer gegebenen und sich wie selbstverständlich als objektiv verstehenden Erfahrung reflexiv-rekursiv zu klären versucht, so versucht die Reine Rechtslehre per analogiam reflexiv-rekursiv die geltungslogischen Ermöglichungsbedingungen einer gegebenen und wirksamen rechtlichen Ordnung zu ermitteln; und diese konzentrieren sich eben in der Grundnorm, die in ergreifender Schlichtheit nichts anderes zum Inhalt hat als eben diese Verbindlichkeit der vorgegebenen, jeder vorgegebenen Ordnung⁹¹. Mit einem Wort: So wie Kant mit Hilfe der Formierungsfunktion der Kategorien subjektive Anschauungen in objektive, in den intersubjektiv geteilten Wahrnehmungsraum hineingestellte Ge-

⁸⁹ Ebd. 47.

⁹⁰ Ebd. 204.

⁹¹ Vgl. ebd. 204f.

genstände verwandelt, so will Kelsen subjektive Willensakte in objektive, in den intersubjektiv geteilten Praxisraum hineingestellte Normen verwandeln. Und weiterhin in Übereinstimmung mit Kant und von der Sache her völlig zu recht macht Kelsen auch geltend, daß er hier keine neue extravagante Rechtserkenntnis vorschläge, sondern nur das aufkläre und expliziere, was tagtäglich von Juristen und Nicht-Juristen getan wird, wenn sie Rechtsnormen als objektiv verbindliche Normen erkennen. Die Grundnorm hat also eine erkenntnistheoretische Bedeutung: Sie macht die Welt des Rechts als Welt des Rechts überhaupt erst erkennbar. Ohne diese Grundnorm würde die Sollenswelt des Rechts in geltungslogische Scherben zerfallen; alle Normen würden verschwinden; nur Seiendes bliebe übrig: subjektive Willensakte und Gewaltäußerungen. Die Grundnorm ist also die transzendental-logische Geburtsstätte des Rechts⁹². Wie ein Naturrechtler wird der Rechtstheoretiker durch die Verbindlichkeitsfrage über den Stufenbau des positiven Rechts hinausgetrieben und sieht sich veranlaßt, eine nicht-positive, gleichwohl nicht moralische Geltungsebene anzusetzen. Intern also vermag das System seine geltungslogischen Bedürfnisse nicht zu befriedigen. Es ist geltungslogisch nicht autark und muß seine Geltung an einem systemexternen Punkt aufhängen. Dieser Punkt, an dem aller verbindlichkeitslogischere Gebrauch des ganzen positiven Rechtssystems hängt, ist die Grundnorm.

„Remota iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?“⁹³ Kann das „rechtslogische Naturrecht“⁹⁴ das auch, was das material-sittliche Naturrecht kann, nämlich zwischen Staaten und großen Räuberbanden unterscheiden? „Wenn die die Gemeinschaft einer Räuberbande konstituierende, die interne und externe Ordnung umfassende Zwangsordnung nicht als Rechtsordnung, wenn ihr subjektiver Sinn, daß man ihr entsprechend sich verhalten soll, nicht als ihr objektiver Sinn gedeutet wird, so darum, weil keine Grundnorm vorausgesetzt wird, derzufolge man sich dieser Ordnung gemäß verhalten soll, das heißt: daß Zwang unter den Bedingungen und in der Weise geübt werden soll, wie es diese Ordnung bestimmt. Aber – und das ist die entscheidende Frage – warum wird eine solche Grundnorm nicht vorausgesetzt? Sie wird nicht vorausgesetzt, weil – oder richtiger – wenn diese Ordnung nicht jene dauernde Wirksamkeit hat, ohne die keine sich auf sie beziehende, ihre objektive Geltung begründende Grundnorm vorausgesetzt wird.“

⁹² Die Grundnorm hat dieselbe Funktion wie die kontraktualistische Autorisierungsformel der Hobbesschen Staatsphilosophie. So wie diese aus den subjektiven Willensakten des Leviathan verbindliches Recht macht, so macht auch die Grundnorm aus dem Willensakt des historisch ersten Nomotheten eine objektiv verbindliche Norm. Der Willensakt des historisch ersten Nomotheten ist fraglos Ausdruck bestimmter Machtverhältnisse; damit käme der Grundnorm die Funktion der Transformation von Machtverhältnissen in Rechtsverhältnisse, von Befehlen in Normen zu. Anders: Die Grundnorm ist eine gedachte, erschlossene Ermächtigungs- und Autorisierungsnorm für den historisch ersten Gesetzgeber. Sie ist ein geltungslogisches Gegenstück zum legitimierenden Vertrag Hobbes’.

⁹³ *Augustinus*, *De civitate Dei* IV, 4.

⁹⁴ Mit diesem „nicht sehr glücklichen“ Ausdruck hat Kelsen gelegentlich die Reine Rechtslehre auch bezeichnet; vgl. *Kelsen* 1934/1960, 226, Anm.

Sie hat diese Wirksamkeit offenbar nicht, wenn die Sanktionen statuierenden Normen der Rechtsordnung, innerhalb deren territorialen Geltungsbereich die Tätigkeit der Bande fällt, tatsächlich auf diese Tätigkeit als auf rechtswidriges Verhalten angewendet werden..., d.h. wenn die als Rechtsordnung angesehene Zwangsordnung wirksamer ist als die die Räuberbande konstituierende Zwangsordnung.“⁹⁵ Und wenn beide gleich wirksam sind? hat jemand an dieser Stelle an den Rand meines Bibliotheksexemplars der Reinen Rechtslehre geschrieben. Es wäre schön, wenn er fremdes Eigentum zumindest mit einer gescheiten Bemerkung verunziert hätte. Denn ein Machtgleichgewicht ist völlig uninteressant; interessant und überaus bezeichnend für die Kelsensche Theorie ist natürlich der Fall der Übermächtigkeit der Räuberbande, wenn also der Staat in die Hände der Räuberbande fällt. Was passiert dann? Nun es passiert das Folgende: Die Grundnorm, die aus den subjektiven Willens- und Befehlsakten objektive Normen, also Recht macht, folgt der Macht. Denn nicht das Recht bestimmt aufgrund inhaltlicher, Recht von Unrecht unterscheidender Kriterien, ob ihm durch die Grundnorm rechtskonstitutive Geltung zugesprochen wird, sondern die faktische und dauerhafte Wirksamkeit bestimmt, ob eine Ordnung – und sei es die ursprüngliche einer Räuberbande – die Chance erhält, sich mit den Prädikaten des Rechts und des Staats zu schmücken. Der Staat fällt also nicht unter die Räuber, sondern die Räuber werden zum Staat, und ihre Regeln werden zu Recht. Die Grundnorm hält ihre Verrechtlichungsfahne dorthin, woher der Wind der Macht weht. Unwiderstehlichkeit, Übermächtigkeit auf einem umgrenzten Territorium fungieren als notwendige Verrechtlichungsbedingung. Wenn die Macht überzeugt, wenn sie Übermacht ist, dann wird ihr eine Verrechtlichungschance eingeräumt; und durch die Grundnorm wird das dann geltungslogisch besiegelt. Sie stellt ein Deutungsschema dar, das die übermächtige Räuberbande in ein Rechtssystem verwandelt.

Ein Standardeinwand will Kelsens Bemühungen, Sein und Sollen peinlich-genau auseinanderzuhalten, als gescheitert ansehen. Wenn nämlich die Fähigkeit einer Räuberbande, in einem umgrenzten territorialen Raum ihre Ordnungsvorstellungen dauerhaft durchzusetzen, einen Grund darstellt, diese Räuberbande durch Etablierung der Grundnorm staatsrechtlich zu nobilitieren, dann ist letztlich ein Sollen – nämlich die durch die Grundnorm einem subjektiven Willensakt zugesprochene Normativität – aus einem Sein, nämlich der faktischen Unwiderstehlichkeit der Räuberbande, abgeleitet worden, damit Verbindlichkeit und Rechtspflicht in der schieren Übermächtigkeit eines befehlenden Willens begründet worden. Die Reine Rechtslehre, die ursprünglich Normative Rechtslehre heißen sollte, wäre also wenig anders als ein normlogisches Spiegelgefecht, das von der traurigen Wahrheit ablenken soll, daß Macht Recht setzt. Dabei hat Kelsen entschieden alle Lehre abgelehnt, die in irgendeiner Form aus der Faktizität des Rechts ihre Geltung destillieren wollte, etwa aus ihrer Wirksamkeit oder der berühmten Normativität des Faktischen, die Jellinek in die Geltungsdebatte ein-

⁹⁵ Ebd. 49.

geführt hat. Diesen synkretistischen, also Sein und Sollen vermengenden Methoden hat Kelsen ausdrücklich seine Reine, rein normative Rechtslehre gegenübergestellt.

Ist er aber dabei nun gescheitert? Verbirgt sich hinter seiner Normativität nur, wie Schmitt dem „Zeloten der reinen Normativität“ mit Spott ins Stammbuch schreiben möchte, „die Tautologie einer rohen Tatsächlichkeit“⁹⁶? Ja und nein. Ja, weil keinerlei inhaltliche Unterschiede zwischen dem Wollen der Macht und dem Sollen des Rechts bestehen; nein, weil weder aus dem Wollen der Macht noch aus der Übermächtigkeit der Macht deren rechtliche Verbindlichkeit folgt. Das Argument geht nicht folgendermaßen: 1. In einem territorial umgrenzten Bereich gibt es eine unwiderstehliche Ordnungsmacht. 2. Daher wird die normativitäts- und verbindlichkeitsspendende Grundnorm vorausgesetzt. 3. Daher sind alle Willensäußerungen der Macht Äußerungen verbindlichen Rechts. Während der Schluß von 2 auf 3 korrekt ist, da 3 nur die Implikationen von 2 expliziert, ist der Schluß von 1 auf 2 hingegen ungültig. Es kommt alles darauf an, die zweite Prämisse richtig zu formulieren. Erst einmal ist sie keine Konsequenz, sondern eine absolute Setzung. Zweitens ist diese Setzung selbst geltungslogisch hypothetisch. Nichts und niemand zwingt dazu, die Grundnorm vorauszusetzen. Die Motive für die Grundnorm ergeben sich allein auf dem Weg einer reflexiv-rekursiven Argumentation: Kelsen sagt nicht, weil es die Grundnorm gibt, sollen die Menschen den effektiven Zwangsordnungen gehorchen und die Rechtswissenschaftler, aber nicht nur diese, denn es geht nicht nur um die Sicherung der Wissenschaft vom Recht, es geht auch um die Sicherung des Gegenstandes dieser Wissenschaft, sondern auch alle anderen Bürger diese Zwangsordnung als Rechtsordnung interpretieren; vielmehr gilt für ihn die Umkehrung: Wenn man den subjektiven Sinn von mit Anspruch auf allgemeine Verbindlichkeit auftretenden Willensakten auch als objektiv gültigen Sinn und diese Willensakte somit als Rechtsnormen deuten will, so setzt man gewissermaßen immer schon etwas voraus, nämlich die Grundnorm, die den historisch ersten Verfassungsgeber ermächtigt, Normen zu setzen.

„Mit anderen Worten: die Reine Rechtslehre behauptet nicht, das Recht ist eine objektiv geltende Ordnung, weil man die Grundnorm voraussetzt, daß man sich der historisch ersten Verfassung gemäß verhalten soll; sondern: das Recht kann als objektiv geltende Ordnung nur betrachtet werden, wenn man annimmt, daß man sich der historisch ersten Verfassung gemäß verhalten soll, d. h. unter der Voraussetzung der Grundnorm.“⁹⁷ Niemand ist freilich genötigt, derartiges zu tun; niemand kann gezwungen werden, unter Hinweis auf die Grundnorm das Recht als Recht und nicht als historische Gestalt von Gewaltverhältnissen zu betrachten. Nur für den hat die Grundnorm Überzeugungskraft, der das Recht immer schon als Recht und nicht als Gewalt betrachtet hat. Hier ist offenkundig ein großer Unterschied zur transzendentalen Analyse der Erfahrungsbedingungen: Sie führt vor

⁹⁶ C. Schmitt, *Verfassungslehre* (Berlin 51970) 9.

⁹⁷ H. Kelsen, *Recht, Rechtswissenschaft und Logik*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 52 (1966) 545–525, 547 f.

alternativenlose Formelemente; niemand kann sich aus dem Geltungszugriff der Kategorien und Anschauungsformen befreien, die Erfahrungswelt entformieren und sie als etwas anderes betrachten resp. sie anders betrachten. Die transzendente Deutung, die die Erfahrungswelt konstituiert, ist keine Deutung von etwas, das wir auf eine Art erfassen könnten, als etwas, das wir dann auf andere Art erfassen würden; hier ist kein Betrachtungswechsel zwischen zwei uns gleichermaßen verfügbaren Perspektiven möglich. Wenn wir dem Recht die Normativität nehmen, bleiben Kampf, Übermacht und Gewaltgeschichte übrig; wenn wir der Erfahrungswelt ihre transzendente Konstituiertheit nehmen, bleibt nur die unerkennbare, weil durch eine eigenständige Betrachtungsperspektive nicht in ihrem Bestand und in ihrer Beschaffenheit vermeßbare Mannigfaltigkeit der Anschauung übrig.

Befinde ich mich nun in einem Staat oder in einer Räuberbande? Die Antwort, die Kelsen gibt, ist von der des Augustinus sehr verschieden. Augustinus würde antworten: Das hängt von dem Ausmaß der verwirklichten Gerechtigkeit ab. Kelsen antwortet: Das hängt ganz allein von dem Betrachter ab; wenn er meint, daß er in einem Staat lebt, daß eine Rechtsordnung besteht, daß die Willensäußerungen der Behörden und politischen Autoritäten individuelle und generelle Rechtsnormen darstellen, dann kann er das nur dann konsistent meinen, wenn er mit der Annahme der Grundnorm operiert. Anderenfalls lebt er in einer Räuberbande. Die Grundnorm selbst hält keinerlei argumentative Unterstützung für den bereit, der einen anderen von der Verbindlichkeit des Rechts und seiner ursprünglichen Normativität überzeugen möchte. Sie bietet nur dem eine Antwort, der das Recht als Recht anerkennen möchte und um die normlogische Konsistenz seiner Überzeugung bekümmert ist. Da kommt dann die Grundnorm daher, ein wahrhafter normlogischer *deus ex machina*, eine Grenzgöttin zwischen dem Sein und dem Sollen, die reinsten Dezisionismus praktiziert. Keinerlei Grund gibt es, Machtbeziehungen als Rechtsverhältnisse zu deuten; kein inhaltliches Element könnte das Recht anführen, um sich von Machtverhältnissen zu unterscheiden. Die Grundnorm stiftet daher auch weder echte Normativität noch genuine Verbindlichkeit; echte Normativität und genuine Verbindlichkeit sind nicht ohne inhaltliche Kriterien zu gewinnen. Der Unterschied zwischen Recht und Gewalt ist fundamental und ein zentrales Element unserer politischen und kulturellen Selbstverständigung. Gerade wenn wir Recht als Legitimationsbedingung von Zwangsanwendung betrachten, benötigen wir inhaltliche Kriterien, um legitimen Zwang von illegitimen Zwang unterscheiden zu können. All diese Differenzierungen lassen sich im Schatten der Grundnormtheorie nicht aufrechterhalten. Die von ihr geleistete Normativitätsstiftung geht allein auf die normlogische Zuschreibungsbedingung ein, die Normativitätswissenschaft von Kausalitätswissenschaft unterscheidet, nicht hingegen auf die Gültigkeitsgründe, die Recht von Gewalt unterscheiden. Daher begründet die Grundnorm keinerlei Verbindlichkeit des Rechts.

Literatur

- Bergbohm, Karl* 1892, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen. Erster Band (Leipzig)
- Bierling, Ernst Rudolf* 1894 ff., Juristische Prinzipienlehre, 5 Bde. (Freiburg, Leipzig, Tübingen)
- Binder, Julius* 1912, Rechtsnorm und Rechtspflicht (Leipzig)
- Binder, Julius* 1915, Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stammers (Leipzig; Neudruck Aalen 1967)
- Binder, Julius* 1925, Philosophie des Rechts (Berlin)
- Cohen, Hermann* 1904, System der Philosophie. Zweiter Teil. Ethik des reinen Willens (Berlin; 2. rev. Aufl. Berlin 1907; 3. Aufl. Berlin 1921)
- Dohna, Alexander Graf zu* 1959, Kernprobleme der Rechtsphilosophie (Darmstadt 1940)
- Dreier, Horst* 1990, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (2. Aufl., Baden-Baden)
- Ebbinghaus, Julius* 1960, Kants Rechtslehre und die Rechtsphilosophie des Neukantianismus, in: *J. Derbolav, Fr. Nicolai* (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung. Festschrift für Theodor Litt (Düsseldorf) 317–334
- Emge, Carl August* 1931, Geschichte der Rechtsphilosophie, Berlin; Sonderausgabe (Darmstadt 1967)
- Engisch, Karl* 1971, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie (München)
- Escher, Alfred* 1993, Neukantianische Rechtsphilosophie, teleologische Verbrechensdogmatik und modernes Präventionsstrafrecht. Eine biographische und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung über Alexander Graf zu Dohna 1876–1944 (Berlin)
- Ferraz, Tercio Sampaio* 1970, Die Zweidimensionalität des Rechts als Voraussetzung für den Methodendualismus von Emil Lask (Meisenheim am Glan)
- Hammer, Stefan* 1986, Kelsens Grundnormkonzeption als neukantianische Erkenntnistheorie des Rechts?, in: *Stanley L. Paulson, Robert Walter* (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86 (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 11, Wien) 210–231
- Holzhey, Helmut* 1986, Kelsens Rechts- und Staatslehre in ihrem Verhältnis zum Neukantianismus, in: *Stanley L. Paulson, Robert Walter* (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86 (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 11, Wien) 167–192
- Holzhey, Helmut* 1988, Rechtserfahrung oder Rechtswissenschaft – eine fragwürdige Alternative. Zu Sanders Streit mit Kelsen, in: *O. Weinberg, W. Krawietz* (Hrsg.), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker (Wien, New York) 47–76
- Hommes, Ulrich* 1962/63, Das Problem des Rechts und die Philosophie der Subjektivität, in: *Philosophisches Jahrbuch* 70, 311–343
- Jakob, Eckart* 1996, Grundzüge der Rechtsphilosophie Julius Binders. Mit einem Anhang: Fünf unveröffentlichte Schriften Binders (Baden-Baden)
- Kantorowicz, Hermann* 1910, Besprechung von Hermann Cohen: Ethik des reinen Willens, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 31, 602–606
- Kaufmann, Erich* 1960, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie – eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft (1921), in: *ders.*, Rechtsidee und Recht. Rechtsphilosophische und ideengeschichtliche Bemühungen aus fünf Jahrzehnten, Gesammelte Schriften Band III (Göttingen)
- Kelsen, Hans* 1911/1923, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz (Tübingen, 2. um eine Vorrede vermehrte Auflage, Tübingen 1923; Nachdruck der 2. Auflage Aalen: Scientia 1960)
- Kelsen, Hans* 1928, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (2. Aufl. Tübingen, Nachdruck Aalen 1960)

- Kelsen, Hans* 1922, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (Tübingen, 2. Aufl. 1928)
- Kelsen, Hans* 1925, Allgemeine Staatslehre (Berlin)
- Kelsen, Hans* 1934, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, (Leipzig, Wien)
- Kelsen, Hans* 1960, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit (2. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, Nachdruck 1976)
- Larenz, Karl* 1931, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart (Berlin)
- Larenz, Karl* 1935, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart (2. Aufl. Berlin)
- Larenz, Karl* 1960, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Berlin, Göttingen, Heidelberg)
- Lask, Emil* 1923, Rechtsphilosophie, in: *ders.*, Gesammelte Schriften (1. Band, Tübingen) 277–331
- Maihofer, Werner* (Hrsg.) 1973, Begriff und Wesen des Rechts (Darmstadt)
- Marck, Siegfried* 1925, Substanzbegriff und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie (Tübingen)
- Müller, Claudius* 1994, Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus. Naturrecht und Rechtspositivismus in der Auseinandersetzung zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammler und Paul Natorp (Tübingen)
- Natorp, Paul* 1913, Recht und Sittlichkeit (Kant-Studien 18) 1–79
- Radbruch, Gustav* 1913/1973, Rechtsphilosophie. 8. Auflage, hrsg. v. *Erik Wolf* und *Hans-Peter Schneider* (Stuttgart)
- Salomon, Max* 1907, Das Problem der Rechtsbegriffe (Heidelberg)
- Salomon, Max* 1919, Grundlegung zur Rechtsphilosophie (2. Aufl. 1925, Berlin, Leipzig)
- Sander, Fritz, Kelsen, Hans* 1988, Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen, hrsg. v. *Stanley L. Paulson* (Aalen)
- Sieg, Ulrich* 1994, Aufstieg und Niedergang des Marburger Neukantianismus. Die Geschichte einer philosophischen Schulgemeinschaft (Würzburg)
- Siegers, Josef* 1964, Das Recht bei Emil Lask. Untersuchungen zur Rechtstheorie des Neukantianismus (Bonn)
- Somló, Felix* 1917, Juristische Grundlehre, Leipzig
- Stammler, Rudolf* 1896, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Eine sozialphilosophische Untersuchung (Leipzig; 2. verb. Auflage Leipzig 1906; 5. Aufl. Berlin, Leipzig 1924)
- Stammler, Rudolf* 1902, Lehre vom richtigen Rechte (Berlin; neu bearb. Aufl. Halle 1926)
- Stammler, Rudolf* 1911, Theorie der Rechtswissenschaft (Halle; 2. Aufl. 1923)
- Stammler, Rudolf* 1922, Lehrbuch der Rechtsphilosophie (Berlin, Leipzig, 2. Aufl. Berlin, Leipzig 1923, 3. vermehrte Aufl., Berlin, Leipzig 1928)
- Stammler, Rudolf* 1925, Rechtsphilosophische Abhandlungen. Erster Band 1888–1913 (Charlottenburg)
- Stammler, Rudolf* 1925, Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge. Zweiter Band 1914–1915 (Charlottenburg)
- Stammler, Rudolf* 1928, Lehrbuch der Rechtsphilosophie (3. Aufl. Berlin, Leipzig)
- Sturmfels, Wilhelm* 1912, Recht und Ethik in ihrem gegenseitigen Verhältnis (Diss. Gießen)
- Sturmfels, Wilhelm* 1973, Probleme der Rechts- und Staatsphilosophie (Meisenheim am Glan)
- Tenbruck, Friedrich* 1988, Geschichte und Geschichtsschreibung der Philosophie am Beispiel des Neukantianismus, in: Philosophische Rundschau 35, 1 ff.
- Wielikowski, G. A.* 1914, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie (München)
- Winter, Eggert* 1980, Ethik und Rechtswissenschaft. Eine historisch-systematische Untersuchung zur Ethik-Konzeption des Marburger Neukantianismus im Werke Hermann Cohens (Berlin)