

ERFAHRUNG UND DENKEN

Schriften zur Förderung der Beziehungen zwischen
Philosophie und Einzelwissenschaften

Band 6

**Philosophie
der Rechtswissenschaft**

Von

Carl August Emge



Duncker & Humblot · Berlin

Carl August Emge / Philosophie der Rechtswissenschaft

ERFAHRUNG UND DENKEN

Schriften zur Förderung der Beziehungen zwischen Philosophie und Einzelwissenschaften

Band 6

Philosophie der Rechtswissenschaft

Von

Carl August Emge



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1961 Duncker & Humblot, Berlin
Gedruckt 1961 bei Hans Winter Buchdruckerei, Berlin SW 61
Printed in Germany

uxori carissimae

Vorwort

Plante man heute wieder einen *catalogum librorum promissorum et imperfectorum*, so gehörte dieses Buch gewiß hinein. Es ist nicht immer ein Ausdruck der Reife, wenn man, wie wir, so stark dieses *Imperfectum* fühlt. Damit es nun nicht auch in den *catalogum de libris autoribus suis fatalibus* gerät, mögen folgende einführende Worte erlaubt sein.

Bei dem Versuch, den Wunsch nach einer „Philosophie der Rechtswissenschaft“ zu erfüllen, fühlte sich der Verfasser vor eine ganz neue Aufgabe gestellt. Sollte es keine „Theorie der Rechtswissenschaft“ werden, wie sie Rudolf Stammler in seinem großen Werk vorschwebte, keine Darstellung des „juristischen Denkens“, wie wir sie Carl Engisch, keine „juristische Logik“, wie wir sie Ulrich Klug verdanken, so schien nur übrig zu bleiben, eine Geistesgeschichte der Rechtswissenschaft zu liefern. Das aber wäre weder eine philosophische Aufgabe gewesen, noch hätte sich dafür der Verfasser für zuständig gehalten. Die bedeutenden älteren Werke: die „Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft“ von Stintzing-Landsberg, die jüngsten glänzenden Darstellungen von Erik Wolf über „große Rechtsdenker“ liegen ja vor. Jene älteren verdienten heute freilich, da sie ja historischer Absicht dienen, eine „Aufhebung“ in die kompliziertere Auffassung der gegenwärtigen Geistesgeschichte, die auch die ausländische Entwicklung berücksichtigte. Es konnte aber auch nicht die Aufgabe sein, aus den Kapiteln Rechtswissenschaft in den so erschöpfenden Darstellungen des geltenden Zustands etwa bei Hellmut Coing, Karl Petraschek, Gustav Radbruch, Rudolf Stammler, Del Vecchio, ganz abgesehen von den Leistungen der Hegelschule, ein siebentes Kapitel zu machen.

Der Auftrag erging an jemand, der eine ganz bestimmte, selbst erarbeitete Auffassung über die begriffliche Bewältigung der ganzen nicht nur normativen sondern direktiven Sphäre, d. h. der sog. praktischen Philosophie nicht nur hat, sondern sie auch seit bald einem halben Jahrhundert wissenschaftlich vertritt. Wenn ein Bild erlaubt ist: Es handelt sich um den Versuch, den tiefen Sinn, den Dostojewski seinem Gleichnis vom „Großinquisitor“ gegeben hat, in die Sphäre zu über-

setzen, worin die Begriffe der Rechtswissenschaft beheimatet sind. Wir haben uns bemüht, eigentümliche Begriffe und Termini für diese Aufgabe zur Verfügung zu stellen. Nach dem Satz „hic Rhodos hic salta“, hieß es nun, diese weiter zu erproben. Das Folgende steht also unter den auf Grund der persönlichen Kategorien des Verfassers erarbeiteten, aber hoffentlich doch der Intentio nach als objektiv aufgewiesenen, Kategorien. Alle Bedeutungen mußten in ihrem spezifischen Sinne zur Geltung kommen. Daraus ergab sich zweierlei: Einerseits mußte der Versuch gemacht werden, zunächst gewisse Grundbegriffe in dieser Schrift zu wiederholen und wegen der Kompliziertheit im Text immer wieder darauf hinzuweisen. Daß man z. B. nicht einfach von „normativ“ sprechen könne, sondern von einer besonderen Art dieses Normativen, wenn es nun mal dafür fünf verschiedene Bedeutungen gibt. Ähnlich steht es mit „teleologisch“, mit „Zweck“ und anderem mehr! Andererseits hätte es auch keinen Sinn gehabt, Belege dafür zu bringen, daß ein anderer Autor etwa auch von „Normativem“ oder „Teleologischem“ spricht. Es wäre doch anzunehmen, daß jene bei ihm weniger Bestimmtes oder gar etwas anderes bedeuteten. Gerade über die Zitierweise finden sich, als zeitbedingte, wissenssoziologische Tatsache, Anmerkungen im Text. Insofern bleibt ein gutes „schlechtes Gewissen“. So wäre das Höchste was zu wünschen bliebe, daß das wohl in allen Dimensionen Unzureichende, Anregung zur Kritik und Weitergestaltung fände, freilich möglichst im ganz prinzipiellen Sinne. Sind ja doch außer den in der bisherigen Geschichte hervorgetretenen rechtswissenschaftlichen Bemühungen und Ergebnissen etwa in der Form des Pandektensystems oder der angelsächsischen Methodik des case law noch viele andere möglich (Viehwegs „Zwei Rechtsdogmatiken“!). Man hat auch vor Jahrhunderten noch nicht an die Möglichkeiten verschiedener Geometrien gedacht, die heute zum selbstverständlichen Besitz der mathematischen Wissenschaft gehören. So hoffen wir, daß dieses Boot im Sinne von Schillers „Erwartung und Erfüllung“ in den Hafen treibe.

Carl August Emge

Inhalt

I. Erörterung von Grundbegriffen und Gesichtspunkten in Hinsicht auf das Thema	13
§ 1 Einleitung	13
§ 2 Dogmatische Auffassungen, Positivismus	18
§ 3 Psychologismus, Nominalismus, Existentialismus	23
§ 4 Urteilsakt, logischer und sprachlicher Satz, Gegenstand, Arten von Vorurteilen	30
§ 5 Das Apriorische und das Empirische	38
§ 6 Grundsätzliche direktive Entscheidungen: Logonomes, Autonomes, Heteronomes, Autologes, Heterologes. Nachdenken, Philosophieren, Wissenschaft	48
II. Recht und Rechtswissenschaft	65
§ 7 Unterschied des Gegenstandes der Rechtsphilosophie und der Rechtswissenschaft	65
§ 8 Falsche Accente: Logische, ontische, psychologische, generalisierende, spezifizierende, Stetigkeit, Diskretion, die direktiven Momente, „Werte“, Relativismus usw.	78
§ 9 Struktur des Rechtsbegriffs, der Mensch	103
§ 10 Die angeblichen Werte: Sicherheit und Gerechtigkeit, Grundrechtsproblem, störende wissenschaftliche Tendenzen	116
§ 11 Aspekte, die besonders bedeutsam wurden. Philosophische Parteienlehre. Begriff des Politischen	127
§ 12 Weitere Aspekte dieser Art	159
§ 13 Arten des Teleologischen und des Zwecks. Andere Aspekte ..	192

§ 14	Überleitung zum Wissenschaftsproblem. Dialog zur Aufrollung der Gesichtspunkte	223
§ 15	Ontologische Kategorien. Die Strafe unter der Sicht verschiedener Kategorien	238
§ 16	Komplexheit des Problems von der Wissenschaftlichkeit. Möglichkeit des Fortschritts	268
§ 17	Die allgemeine soziologische Problematik der dogmatischen Rechtswissenschaft. Die angelsächsische Jurisprudenz	298
§ 18	Engere wissenssoziologische Betrachtung: Die juristische Dogmatik als Höchstform der Ideologie	327

Zur Terminologie

- logonom* = Norm ohne Auctor (Prinzip des Richtigen, wirklich Maßgeblichen, Belangvollen).
- autonom* = Auctor ist wesentlich. Adressat nicht, z. B. beim Wunsch. („Anmaßung“ des Richtigen) kann reflexiv sein: dann ist der Auctor (als *wirkliches* Subjekt verstanden) zugleich auch der Adressat, z. B. beim ernsthaften Vorsatz, Willensentschluß.
oder alio relativ: dann ist der Auctor ein anderer als der Adressat.
- heteronom* = Auctor ist ein anderer. („Anmaßung“ des Richtigen) Das Heteronome drückt das *Konverse* der alio relativen autonomen Norm: „die Auflage“, vom Adressaten aus gesehen, aus.
- autolog* = als Ergebnis der Anwendung des Logonomen auf das Autonome: die „Richtigkeit“ der Normsetzung.
- heterolog* = als Ergebnis der Anwendung des Logonomen auf das Heteronome: die „Richtigkeit“ der Befolgung der „Aufgabe“.

Bei obiger Unterscheidung geht es um die *Rechtfertigung* von „Urteilssitzen“. Die eigentliche Problematik beginnt *dann* mit der „*historischen Situation*“, worin alles Wirkliche „ein Moment“ ausmacht. Ein Begriff, dessen *wesentliche* Rolle im Aufbau unserer direktiven Systeme (sog. „praktische Philosophie“) bisher übersehen wurde.

Πρόσεχε τῷ ὑποκειμένῳ ἢ τῇ ἐνεργείᾳ ἢ τῷ
δόγματι ἢ τῷ σημαϊνομένῳ *

(Marc Aurel, TA EΙΣ EAYTON, 8. Buch 22)

„Die dogmatische Rechtswissenschaft ist ein Unternehmen, bei dem wissenschaftliche Hingabe und ein ihr entsprechender Scharfsinn auf die Bewältigung eines im ganzen unwissenschaftlichen Gegenstands gerichtet ist: tamquam e vinculis sermocinari.“

I. Erörterung von Grundbegriffen und Gesichtspunkten in Hinsicht auf das Thema

§ 1 Einleitung

„Philosophie der Rechtswissenschaft!“ Eine Begriffsverbindung, deren Aufhellung eine Zusammenarbeit akademischer Kommissionen verlangte! Es kann daher hier nur die Aufgabe sein, die mannigfachen Probleme anzudeuten, deren Lösung das Thema stellt. Drei umfassende Probleme stecken offenbar darin:

Das Problem der Philosophie,
das der Wissenschaft, und
das des Rechts.

Das erste, das Problem der Philosophie geht uns insofern an, als wir uns philosophierend, daher mit philosophischer „Intentio“ mit der Rechtswissenschaft beschäftigen wollen. Nicht mit einzelwissenschaftlicher „Intentio“ also. Es wird dabei gefordert werden, daß man einer philosophischen Methode folgt, und das Ergebnis wird sein, daß das Aufweisen von Problemzusammenhängen, neuen Fragen wichtiger sein wird als die Behauptung von Thesen als unerschütterlichen Resultaten.

Das zweite, das Problem der Wissenschaft, führt wieder zu zweierlei Bereichen, die freilich mit einander wesentlich verbunden sind. Der

* Gib acht auf das, was der Handlung oder dem Leitsatz oder der Bedeutung zugrunde liegt.

eine, der sog. objektive Bereich der Wissenschaft umfaßt das eigentümliche Gedankenmaterial, die durch einen Systemgedanken gesteuerte, insofern in Bewegung befindliche Masse regionspezifischer Gedanken, Theorien, Begriffe, so wie wir sie in der wissenschaftlichen Literatur, in unserem Falle der juristischen vorfinden. Der andere, der sog. subjektive Bereich, umfaßt den „Betrieb“ der Forschung, das Gewinnen jenes Gedankenmaterials. Es ist das Wissenssoziologische, das menschliche Bemühen charakterisiert, insofern es durch die einheitliche Region des Gegenstands, der Intentio, der Beziehung mehrerer zu einander bei ihrer Arbeit, in einer Klasse oder Gruppe also bestimmt ist, deren geistiges konstituierendes Moment so etwas wie einen globus intellectualis meint.

Das dritte, das Problem des Rechts, bezeichnet nun als Gegenstand der Rechtsphilosophie die Grundkategorie, unter der alles Rechtliche steht, und deren theoretische Bedeutung explicit oder implicit jede juristische Theorie, Vorstellung oder jeden Begriff bestimmt. Mag es den Juristen bewußt sein oder nicht.

Da man seit langem die „Bedingungen der Tatsächlichkeit“ von etwas von den „Bedingungen der Richtigkeit“ von etwas zu unterscheiden pflegt, anders ausgedrückt die „konstitutiven Bedingungen“ von den „regulativen Bedingungen“ oder auch den „Begriff“ von der „Idee“ von etwas, taucht dazu noch dieser Dualismus von Fragen auf.

Es ist in der Tat so: es gibt eine Tendenz des Denkens, die man philosophisch nennen muß, die aber dabei durchaus nicht richtig philosophisch zu sein braucht. Diese Weise des Vorgehens hat ihr eigenes strenges Gesetz. Auch ließen sich Gegenstände denken, die selbst einem richtigen philosophischen Denken entzogen wären. Ebenso gibt es beim nichtphilosophischen wissenschaftlichen Denken, also hier dem juristischen, die Möglichkeit des richtigen und falschen. Infolgedessen auch im objektiven Stoff der Theorien und Begriffe das gleiche an Richtigem und Falschem. Bei dem Recht allerdings erlaubt es unsere rechtsphilosophische Auffassung nicht tatsächliches von richtigem zu unterscheiden, soweit es sich um das Recht als den Gegenstand der dogmatischen Rechtswissenschaft handelt. In dessen Begriff ist nämlich bereits das Regulativ des Richtigen „konsumiert“, so daß beim positiven Recht die Formel „richtiges Recht“ einen Pleonasmus darstellt, nur dadurch möglich, daß man — um es kurz auszudrücken — Gesetz als einen Erkenntnisgrund des Rechts mit dem, was erkannt werden soll und also den Gegenstand der jur. Dogmatik bildet, identifiziert, daß man

also bei verbindlich Gesolltem seinem Begriffe nach noch einmal nach seinem verbindlich Gesolltsein fragt. Als ob es da noch so eine „Idee“ geben könne! Bei den Gesetzen, den Gewohnheiten usw. als Fakten, ist natürlich diese Scheidung der Frage nach Begriff und Idee sinnvoll. Die Frage der Beziehung der drei Momente: Philosophie, Wissenschaft, Recht, weckt verschiedene Gedanken auf. Zum Beispiel war es im Kreis der Neukantianer üblich zu sagen, was in der Wissenschaft wissenschaftlich sei, sei Philosophie. Wenn man durch diese Meinung nicht jeden Unterschied zwischen dem philosophischen und einzelwissenschaftlichen Vorgehen und entsprechend in den Ergebnissen beseitigen will, also persönliche und soziale Phänomene simplifizieren, so kann durch diese unglückliche Wendung die Möglichkeit angedeutet werden, noch einen Unterschied im Wissenschaftlichen selbst zu erkennen: den des üblichen wissenschaftlichen Betriebs von einem in Akademien der Wissenschaft gepflegten oder dem theoretischen Stoffe nach zwischen Erfahrungsmaterial und rationalem Material. Uns liegt es ebenso fern, Philosophie zur Wissenschaft im Sinne einer Einzelwissenschaft machen zu wollen etwa „exact“, als auch der Rechtswissenschaft ihr Wesen als das einer Einzelwissenschaft (ihrer Intentio nach) zu bestreiten. Wenn auch das Problem ihrer Wissenschaftlichkeit ein Hauptthema unserer Arbeit ausmacht. Wir wollen nicht Rechtswissenschaft zu einer philosophischen Disziplin machen, wie es in Zeiten des alten Naturrechts nahe lag. — Dann die Beziehung der Rechtswissenschaft zum Recht: Denken wir an so etwas wie eine persönliche oder sogar an eine einem „Recht“ der Persönlichkeit entspringende Vorbildlichkeit, Maßgeblichkeit der wissenschaftlichen Auffassung, an das Wort von der „bewährten Lehre“, an die bedeutende wenn nicht präjudizielle Geltung der Begründungen von Entscheidungen höchster Instanzen für nachher kommende, an die Auswirkung wissenschaftlicher Theorien durch Lehrbücher, Kommentare usw. auf Inhalt und Form dessen, was man Recht nennt: „Juristenrecht“! Wie eng ist hier wissenschaftliche Arbeitsweise mit ihrem Gegenstand verflochten, zwar nicht so, daß die Intentio des Forschers mit ihrem Gegenstand zusammenfiel, aber doch so, daß der Einzelne sich einem Gegenstand gegenüber sieht, an dem das Forschen von Seinesgleichen einen wichtigen, auch von ihm zu beachtenden, Anteil gehabt hat. Wenn man bei dem Gegenstand der Rechtswissenschaft ebenso wie bei dem der Rechtsphilosophie einfach von „Recht“ spricht, so ist die Frage, wie sich denn beide unterscheiden? Wenn Rechtsphilosophie zur Rechtswissenschaft in gleicher Beziehung steht, eben solcher einer