

Schriftenreihe zur
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung

Band 29

Psychoanalytische Rechtswissenschaft

Von

Albert A. Ehrenzweig



Duncker & Humblot · Berlin

ALBERT A. EHRENZWEIG

Psychoanalytische Rechtswissenschaft

**Schriftenreihe zur
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung**

Herausgegeben von Ernst E. Hirsch und Manfred Rehbinder

Band 29

Psychoanalytische Rechtswissenschaft

Von

Albert A. Ehrenzweig

**O. ö. Univ.-Prof., University of California, Berkeley
Honorarprofessor, Universität Wien**



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Bei der vorliegenden Ausgabe handelt es sich um die revidierte Übersetzung der englischen Originalausgabe „Psychoanalytic Jurisprudence“, die 1971 im Verlag A. W. Sijthoff, Leiden erschienen ist. Alle Rechte an der deutschen Ausgabe bei Duncker & Humblot, Berlin.

**Gedruckt 1973 bei
Buchdruckerei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany**

ISBN 3 428 02896 1

Vorwort des Herausgebers

Die englische Sprache hat in vielen wissenschaftlichen Disziplinen heutzutage die Funktion übernommen, die in früheren Jahrhunderten dem Lateinischen als dem international üblichen Verständigungsmittel der gelehrten Welt zukam. Charakteristisch ist, daß ein vor kurzem gegründeter „arbeitskreis für rechtssoziologie an der universität zu köln“ (die Schreibweise entspricht dem Original) seine Verlautbarungen unter dem Titel „european communications on the sociology of law“ in englischer Sprache herausgibt. Die deutsche Übersetzung eines in englischer Sprache erschienenen wissenschaftlichen Werkes könnte somit für überflüssig gehalten werden. Dem ist aber nicht so.

Die unbezweifelbaren Vorteile des Englischen als internationaler Verständigungssprache werden mit einer Gefahr erkaufte, die in allen mit *rechtlichen* Problemen zusammenhängenden wissenschaftlichen Äußerungen besonders schwerwiegende Folgen haben kann und hat: mit der Gefahr einer — meist unbeabsichtigten — Fehlübersetzung des Übersetzers, des Lesers oder beider. Jede als solche nicht entdeckte Fehlübersetzung führt um so sicherer zu fehlerhaften und irrtümlichen Auslegungen und Deutungen, als gerade die Rechtssprache — nicht weniger als das Recht selbst — infolge der historischen Entwicklung national, ja oft sogar regional verankert ist. Nur als Beispiel sei das Wort „jurisprudence“ angeführt, das für einen Juristen englischer, französischer oder deutscher Sprache jeweils einen ganz anderen Sinngehalt besitzt.

Bei dieser zu Mißverständnissen, Scheinproblemen und überflüssigen Streitereien führenden Sachlage sind die Gefahren der Fehlübersetzung eines rechtswissenschaftlichen Werkes dann gebannt, sobald der Autor nicht nur beide Sprachen beherrscht, sondern auch ein Jurist ist, der in der nationalen Heimat des Originals ebenso zu Hause ist wie in derjenigen der Übersetzung. Dieser nicht allzu häufige Glücksfall liegt hier vor:

Albert A. Ehrenzweig, 1906 in Wien geboren, entstammt einer berühmten österreichischen Juristenfamilie. In Österreich leistete er in den Jahren 1928—1933 den richterlichen Vorbereitungsdienst und war von 1933 bis 1938 österreichischer Richter. 1937 habilitierte er sich für Zivilrecht an der Universität Wien.

Als Opfer des Nationalsozialismus emigrierte er mit einem kurzen Zwischenaufenthalt in England in die Vereinigten Staaten, wo er zunächst an den Universitäten von Chicago und Columbia die akademischen Grade eines J. D. und eines LL. M. sowie schließlich eines J. S. D. erwarb. Von 1942 bis 1948 war er als juristischer Praktiker in New York tätig. Seit 1948 hat er einen juristischen Lehrstuhl in Berkeley an der University of California inne. Durch seine wissenschaftlichen Publikationen über internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung, Schadensersatz- und Versicherungsrecht, Rechtsphilosophie und Psychologie ist er weltweit bekannt und anerkannt.

Sein 1971 unter dem Titel „Psychoanalytic Jurisprudence“ erschiene- nes Werk wird hiermit in einer mit größter Gewissenhaftigkeit von den Herren Dr. Heino Garrn, Dr. Uwe Krüger, Dr. Franz Mänhardt und Dr. Bernd Rebe besorgten deutschen Übersetzung vorgelegt, die dank der ständigen Mitarbeit des Autors zutreffender als deutsche Ausgabe des Werkes bezeichnet werden kann. Die Aufnahme in diese Schriftenreihe findet ihre Rechtfertigung darin, daß der Autor es an der Zeit findet, „die grundlegenden Entdeckungen (der Psychoanalyse) gestützt und bereichert durch die großen Werke von *Max Weber* und *Konrad Lorenz* der Rechtstatsachenforschung dienstbar zu machen“. Das Buch ist mit anderen Worten ein Vorstoß der Psychoanalyse in die Rechtswissenschaft.

Der erste Teil des Werkes ist dem Versuche gewidmet zu zeigen, daß die Diskussion von zweieinhalbtausend Jahren über Rechtsphilosophie, insbesondere der Kampf um Naturrecht und Positivismus, nunmehr als analytisch inhaltlos und nur als semantisch und emotionell erklärbar zu erkennen sei. Die semantische Bedeutung sei weitgehend akzeptiert. Emotionen hätten ihren zeitgenössischen Ausdruck in der sog. „Wiederkehr des Naturrechts“ nach dem Krieg, in der Phänomenologie und im Existentialismus gefunden. Es sei nunmehr Sache der Psychologie, diese Emotionen aufzulösen und fruchtbar zu machen. Daß eine solche große Aufgabe aus einem Stillstand von 2500 Jahren seit dem einzigen Jahrhundert philosophischer Höchstblüte (550—450 v. Chr.) hätte erwachsen können, sei etwa der Konzentration der technologischen Entwicklung der Menschheit vergleichbar. Diese neue Fragestellung wird im Ersten Teil in solche konkreten Fragen verfolgt wie die des Zivilungehorsams, der Lückenlehre und der Vergleichung der beiden großen Rechtskreise des kontinentalen Zivilrechts und des anglo-amerikanisechn common law.

Im Zweiten Teil versucht der Autor, den Kampf um die Begriffe absoluter und relativer Gerechtigkeit darauf zurückzuführen, daß die herrschende Terminologie nicht zwischen dem *allen* Menschen ange-

borenen und „absoluten“ Gerechtigkeitssinn und einzelnen „Gerechtigkeiten“ unterscheidet, die den Menschen von frühester Kindheit, notwendig miteinander in Widerspruch stehend, begleiten (wie „Gleichheit“, „gerechter“ Lohn, Freiheit etc.). Diese Analyse will der Autor durch Vergleiche mit den Entwicklungen des Schönheitssinnes und einzelner „Schönheiten“ erhärten, deren Vermengung in der Ästhetik unnötige Verwirrung gestiftet habe. Dabei lehnt sich der Autor an jüngste Entdeckungen der (Tier-)Verhaltenslehre und verschiedene soziologische Schulen an. Er ist sich dabei bewußt, daß die Grundfrage, wie weit Erkenntnisse individueller Psychoanalyse als Sozialpsychologie anwendbar sind, noch ungelöst geblieben ist, und daß daher alle Schlüsse auf diesem Gebiet als auf Hypothesen gegründet angesehen werden müssen.

Auf dieser Grundlage untersucht der Verfasser mögliche Anwendungen seiner Analyse auf das Straf-, Schadensersatz- und Verfahrensrecht. In bezug auf das erstere nimmt er Stellung sowohl gegen die „Abolitionisten“, die alle Strafe durch „Behandlung“ ersetzen wollen, als auch gegen die Vertreter des Status quo. Er will Strafe beibehalten oder abschaffen je nach dem Vorherrschen bestimmter Strafzwecke. Einen gesellschaftlichen Vergeltungstrieb sieht er überwiegen bezüglich jener Verbrechensgruppen, die er als „ödipal“ der Überwindung erster und darum stärkster Verdrängungen zuschreibt. Für diese im Gegensatz zu den der Abschreckung zugänglichen „post-ödipalen“ Verbrechen mag die Gesellschaft zu verschiedenen Zeiten und unter verschiedenen Umständen bereit sein, mangels eines rationellen Strafmotivs auf die Strafe zu verzichten.

Es folgt eine Behandlung laufender schadensersatzrechtlicher Probleme, die den Autor schon seit seiner 35 Jahre zurückliegenden Wiener Dozentenzeit beschäftigen. Auch hier fordert er die Anerkennung irrationaler, retaliatorischer Triebe, da jeder der jetzt gängigen durchaus rationalen Reformvorschläge zum Scheitern verurteilt sei, wenn diesen Trieben nicht Genüge getan werde.

Schließlich gibt das Buch einen Ausblick auf mögliche Reformen des Zivilverfahrens, dessen „adversäre“ Gestaltung in den Ländern des common law zwar aus der psychologisch höchst interessanten „übermenschlichen“ Erfassung des Richterberufs erklärbar sei, aber insbesondere für den „kleinen Mann“ völlig zu versagen im Begriffe stehe. Der deutsche Leser könnte dieser Analyse gern die Überlegenheit seines eigenen „inquisitorischen“ Rechtssystems entnehmen. Aber er sollte auch beachten, daß der Autor für beide Rechtssysteme psychologisch die allgemeine Fiktion in Frage stellt, der Richter könne und müsse die „Wahrheit“ suchen, ohne je ein non-liquet sprechen zu dürfen. Der

richterliche Schiedsspruch oder Teilzuspruch im Sinne eines Kompromisses müsse, meint er, zunehmend an Bedeutung gewinnen, wobei der Europäer von östlicher Weisheit und afrikanischer „Primitivität“ manches lernen könne.

Durch eine umfassende Bibliographie und ein sehr ins einzelne gehendes Register wird der volle Reichtum dieses im Verhältnis zu den bisherigen Bänden der Schriftenreihe nach Form und Inhalt außergewöhnlichen Buches dem Leser erschlossen und bewußt gemacht.

Man wird auf die Reaktionen gespannt sein dürfen, welche der erste Teil dieses vielschichtigen Werkes bei den Vertretern der herausgeforderten Disziplinen im deutschsprachigen Raum finden wird. Jedenfalls darf man die Hoffnung hegen, daß die im zweiten Teil des Buches anschaulich gemachte Anwendung der psychoanalytischen Methode auf die Lehren von der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit und von den Sanktionen und Verfahrensarten im Straf- und Schadensersatzrecht auch für manche vielleicht allzu „progressiven“ Vertreter der deutschen Rechtstheorie, Rechtspolitik und Rechtssoziologie von Interesse sein wird.

Wie dem auch immer sein mag: Dem Autor, den Übersetzern und dem Verlag A. W. Sijthoff, Leiden, sei öffentlich Dank gesagt dafür, daß dieses bedeutende Werk in deutscher Sprache im Rahmen dieser Schriftenreihe erscheinen kann.

Ernst E. Hirsch

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-------------------------------------|----|
| <i>Vorwort des Verfassers</i> | 17 |
| <i>Synopsis</i> | 23 |

ERSTER TEIL

Der Streit von gestern: Philosophie

Erstes Kapitel: Recht und Gerechtigkeit

| | |
|--|----|
| <i>Einleitung</i> | 31 |
| (§ 1) Rechtsphilosophie | 31 |
| (§ 2) Eine neue Wissenschaft vom Recht? | 32 |
| (§ 3) „Psychosophie“? | 33 |
| <i>A. Die Kampfgruppen: Monismus und Pluralismus</i> | 34 |
| (§ 4) 1. Das Zeitalter der Unschuld (Theo-Monismus): Dike, die Göttin | 34 |
| (§ 5) 2. Der Sündenfall (Dualismus): Dike und Nomos | 37 |
| 3. Der Mensch allein (Anthropo-Monismus): Nomos | 39 |
| (§ 6) Idealismus und Legalismus | 39 |
| (§ 7) Vom Sozialismus zum Kommunismus | 40 |
| (§ 8) Phänomenologie | 43 |
| (§ 9) 4. Der Turmbau zu Babel (Pluralismus) | 44 |
| 5. Eine gemeinsame Sprache? (Neo-Monismus) | 46 |
| a) Sein und Sollen | 46 |
| (§ 10) Die Unterscheidung | 46 |
| (§ 11) Nützlichkeit der Unterscheidung | 47 |
| (§ 12) Die gewählte Struktur | 48 |
| b) Vertikale Struktur | 49 |
| (§ 13) Die Rechtsnorm (Sollen) | 49 |
| (§ 14) Die „Meta-Norm“ (Quasi-sein) | 50 |
| (§ 15) Die Konkretisierung (Sein) | 51 |
| c) Horizontale Struktur (ein Exkurs) | 51 |
| (§ 16) Amerikanischer Konzeptualismus | 51 |
| (§ 17) „Verpflichtung“ | 52 |
| (§ 18) „Privileg“, „Nicht-Recht“ und „Recht“ | 53 |
| (§ 19) „Macht“, Recht und „Immunität“ | 53 |
| (§ 20) d) Von der Form zum Inhalt | 54 |

| | | |
|--------|--|-----------|
| | B. Der Kampftruf: Naturrecht und Positivismus | 55 |
| (§ 21) | 1. Der Rechtspositivismus als positives Naturrecht | 55 |
| | a) Kelsens „Reine Rechtslehre“ | 56 |
| (§ 22) | Form und Inhalt | 56 |
| (§ 23) | Die „Grundnorm“ (Quasi-Sollen) | 56 |
| (§ 24) | Wirksamkeit und Geltung | 58 |
| (§ 25) | Zur Kritik der Kritik | 59 |
| (§ 26) | b) Harts „Concept of Law“ | 61 |
| (§ 27) | c) Alf Ross | 62 |
| (§ 28) | d) Trügerischer Waffenstillstand | 63 |
| (§ 29) | 2. „Naturrecht“ als natürliches positives Recht | 65 |
| | a) Geschichtliches | 65 |
| | (1) Wachstum und Rückzug | 65 |
| (§ 30) | Gott und Natur | 65 |
| (§ 31) | Gesellschaftsvertrag | 65 |
| (§ 32) | Kants kategorischer Imperativ | 66 |
| (§ 33) | Benthams Lust und Unlust | 67 |
| (§ 34) | Mills allgemeine Nützlichkeit | 67 |
| (§ 35) | Savignys „Volksgeist“ (historische Rechtsschule) | 68 |
| (§ 36) | Jherings „Zweck“ | 69 |
| (§ 37) | Das Common Law | 69 |
| (§ 38) | „Due process“, Menschenrechte und Widerstandsrecht | 70 |
| | (2) Wiedergeburt | 72 |
| (§ 39) | Das Erbe | 72 |
| (§ 40) | Nachkriegs-Trauma | 74 |
| (§ 41) | Das „Phänomen“ vorgegebener Werte | 74 |
| | (3) Niedergang | 77 |
| (§ 42) | Frühe Anfänge | 77 |
| (§ 43) | Unsere Zeit | 77 |
| (§ 44) | b) Eine typische Kontroverse: Fuller und Hart | 78 |
| (§ 45) | „Moral“ und „Primärregeln“ | 79 |
| (§ 46) | „Innere Sittlichkeit“ und „Minimalnaturrecht“ | 79 |
| (§ 47) | 3. „Nichtschulen“ der Rechtstheorie | 80 |
| | a) Soziologie | 82 |
| (§ 48) | (1) Génys donnés | 82 |
| (§ 49) | (2) Ehrlichs „Freies Recht“ | 82 |
| (§ 50) | (3) Hecks Interessenjurisprudenz | 83 |
| (§ 51) | (4) Die „Natur der Sache“ | 83 |
| (§ 52) | (5) Pounds „social engineering“ | 84 |
| | b) Realismus | 85 |
| (§ 53) | (1) Die Vereinigten Staaten | 85 |
| (§ 54) | Grays Richtertum und Holmes' Aphorismen | 85 |
| (§ 55) | Llewellyns Norm-Skeptizismus | 86 |
| (§ 56) | Franks Tatsachenskeptizismus | 87 |
| (§ 57) | (2) Skandinavien | 88 |
| (§ 58) | c) „Topik“: Die „Neue Rhetorik“ | 90 |
| (§ 58) | Geschichte | 90 |
| | Relevanz | 92 |
| | Psychologie | 93 |
| (§ 59) | 4. Don Quixote und die Windmühlen | 93 |
| | C. Die Kampfstätten: Lücken und Ungehorsam | 94 |
| | 1. Vom Finden und Füllen von Rechtslücken | 94 |

| | | |
|--------|--|-----|
| | a) Die Lücke | 94 |
| (§ 60) | b) Vom Finden der Lücke | 95 |
| (§ 61) | c) Vom Füllen der Lücke | 97 |
| (§ 62) | 2. Ziviler Ungehorsam | 99 |
| (§ 63) | a) Die Pflicht zu gehorchen | 99 |
| | b) „Die Vorschrift ist ungültig“ | 101 |
| | (1) Unrichtige Konkretisierung | 101 |
| (§ 64) | Recht, Sittlichkeit und Gerechtigkeit | 101 |
| (§ 65) | Thomas von Aquin | 102 |
| (§ 66) | John Locke | 103 |
| (§ 67) | Martin Luther King | 103 |
| | (2) Ungültige Apex-Norm | 104 |
| | c) „Die Vorschrift ist zwar gültig, muß aber als ungerecht geändert werden“ | 104 |
| (§ 69) | Änderung unter Beibehaltung der Apex-Norm | 104 |
| (§ 70) | Änderung der Apex-Norm selbst | 105 |
| | d) „Recht zum Ungehorsam“? | 106 |
| (§ 71) | Das Recht, das Gesetz in Frage zu stellen | 106 |
| (§ 72) | Der „Ungehorsam“ des Gesetzes selbst | 106 |
| (§ 73) | „Das Recht zur Revolution“ | 107 |
| (§ 74) | 3. Strafbarer Gehorsam | 108 |

**Zweites Kapitel: Recht und Rechtsein
(Vergleichende Rechtsphilosophie)**

| | | |
|--------|--|-----|
| (§ 75) | A. Warum Rechtsvergleichung? | 111 |
| (§ 76) | 1. Prüfstein der Rechtsstruktur: Was ist Recht? | 111 |
| (§ 77) | 2. Ein Prüfstein der Rechtsphilosophie: Was ist Rechtsein? | 113 |
| (§ 78) | 3. Klassifizierungen | 114 |
| | B. Geographischer Überblick | 115 |
| (§ 79) | 1. Die Kernländer des Common Law | 115 |
| (§ 80) | 2. Die Kernländer des Civil Law | 115 |
| | 3. Die Randgebiete | 117 |
| (§ 81) | Skandinavien | 117 |
| (§ 82) | „Rezipiertes“ Common Law | 117 |
| (§ 83) | „Rezipiertes“ Civil Law | 119 |
| (§ 84) | Der „Sozialismus“ | 120 |
| (§ 85) | Der Islam | 123 |
| (§ 86) | Das römisch-holländische und schottische Recht | 126 |
| (§ 87) | C. Common Law und Civil Law | 127 |
| | 1. Common Law und römisches Recht | 127 |
| | Was heißt hier römisches Recht? | 127 |
| (§ 88) | Römisches Recht als Quelle englischen Rechts | 129 |
| (§ 89) | Römisches und englisches Recht im Gegensatz zum Civil Law | 131 |
| (§ 90) | Nicht-römische Quellen des Civil Law | 131 |
| (§ 91) | Das Körnchen Wahrheit: Bedeutung der Rechtslehre | 132 |

| | | |
|---------|--|-----|
| (§ 92) | 2. Common Law als nicht-kodifiziertes Recht | 135 |
| | a) Die „Nicht-Kodifikationen“ | 135 |
| (§ 93) | Die „alten“ Codices | 135 |
| (§ 94) | Das Corpus Juris Civilis | 136 |
| (§ 95) | Die „mittleren“ Codices | 136 |
| | b) Die großen Kodifikationen | 137 |
| (§ 96) | Österreich | 137 |
| (§ 97) | Code Napoleon | 138 |
| (§ 98) | Das deutsche BGB | 139 |
| (§ 99) | Das zwanzigste Jahrhundert | 139 |
| (§ 100) | c) Die „Kodifikationen“ des Common Law | 140 |
| (§ 101) | d) Das Körnchen Wahrheit: Bedeutung einer „Kodifikation“ | 142 |
| (§ 102) | 3. Gesetzgeber und Richter | 144 |
| (§ 103) | a) Der Richterkönig als Gesetzgeber | 144 |
| (§ 104) | b) Die Gewaltentrennung | 145 |
| | Geschichte und Analyse | 145 |
| (§ 105) | c) Gesetzgebung und Gesetzgeber | 147 |
| (§ 106) | d) Der Richterstand | 148 |
| (§ 107) | e) Das Körnchen Wahrheit: Gesetzes-Auslegung und Technik | 150 |
| | 4. Richterrecht? | 152 |
| (§ 108) | Das „precedent“ des Common Law | 152 |
| (§ 109) | Das Fallrecht des Civil Law | 156 |
| (§ 110) | 5. Rechtsdenken: Deduktion und Induktion | 157 |
| | Deduktion im Common Law | 157 |
| (§ 111) | Induktion im Civil Law | 158 |
| (§ 112) | 6. Mehr als ein Körnchen Wahrheit: Was bleibt | 158 |
| | a) Was ist „Recht“: Die Quellen des Rechts | 159 |
| (§ 113) | Systematisierung und Rechtslehre | 159 |
| (§ 114) | Der Gesetzgebungsprozeß | 161 |
| (§ 115) | Richterliche Rechtssetzung | 161 |
| | Das Volk und das Recht | 162 |
| | b) Was ist „Rechtens“: Die Entscheidungsnorm | 163 |
| (§ 116) | (1) Ein „gemeinsamer Kern“? | 163 |
| | (2) Innerstaatliche Rechtsnormen | 163 |
| (§ 117) | Common und Civil Law | 163 |
| (§ 118) | Ein gemeinsamer Nenner | 165 |
| | (3) Ausländische Rechtsnormen | 166 |
| (§ 119) | Common und Civil Law | 166 |
| (§ 120) | Ein gemeinsamer Nenner? | 167 |

ZWEITER TEIL

Das Ende des Streites (Psychologie)

Drittes Kapitel: Gerechtigkeit und Gerechtheiten

| | | |
|---------|---|-----|
| (§ 121) | <i>Einführung: Von der Philosophie zur „Psychosophie“</i> | 169 |
| | <i>A. Warum die Bitternis?</i> | 171 |

| | | |
|---------|---|------------|
| (§ 122) | 1. Sehnsucht nach dem Absoluten | 171 |
| | a) Trugbild der „Gerechtigkeit“ | 172 |
| (§ 123) | (1) Gerechtigkeit als Recht | 172 |
| | Die „Generalklausel“ | 172 |
| | Rechtsgehorsam | 173 |
| (§ 124) | (2) Recht als Gerechtigkeit | 174 |
| (§ 125) | Gerechtigkeits-Hinordnung | 174 |
| (§ 126) | „Absolute Gerechtigkeit?“ | 175 |
| (§ 127) | „Relative Gerechtigkeit“ (Gleichheit) | 177 |
| (§ 128) | b) Illusion der Vernunft | 178 |
| (§ 129) | c) Werkzeug der Politik | 179 |
| (§ 129) | 2. Abscheu vor dem „Instinkt“ | 180 |
| (§ 130) | 3. Vergebliche Kompromisse | 184 |
| (§ 131) | 4. Widerstand | 186 |
| | B. Die neue Ära | 189 |
| (§ 132) | 1. Recht | 189 |
| | Strafrecht und Deliktsrecht | 189 |
| | Vertragsrecht | 189 |
| | Völkerrecht | 190 |
| | Kollisionsrecht | 191 |
| (§ 133) | 2. Religion, Naturwissenschaft und Metaphysik | 194 |
| | 3. Sozialwissenschaften | 196 |
| (§ 134) | Allgemeines | 196 |
| (§ 135) | Wirtschaftslehre | 199 |
| | 4. Ästhetik | 200 |
| | a) Kunst | 200 |
| (§ 136) | Kunst und Recht | 200 |
| (§ 137) | Kunst und Künstler | 200 |
| (§ 138) | Künstler und „Recht“ | 201 |
| | b) „Das Schöne“ (beauty) | 204 |
| (§ 139) | Schönheitssinn und Schönheiten (beautnesses) | 204 |
| (§ 140) | Was ist „das Schöne“ (beauty)? | 206 |
| | c) Der Schönheitssinn | 208 |
| (§ 141) | (1) Beschreibungen | 208 |
| | (2) Ursprung | 209 |
| (§ 142) | Angeboren oder anerzogen | 209 |
| (§ 143) | Angeboren und anerzogen | 210 |
| | d) Die Schönheiten (beautnesses) | 211 |
| (§ 144) | (1) Philosophie | 211 |
| (§ 145) | Monismus | 212 |
| (§ 146) | Pluralismus | 214 |
| | (2) Psychologie | 215 |
| (§ 147) | Frühe Anfänge | 215 |
| (§ 148) | Psychoanalyse | 215 |
| | C. Der Sinn für Gerechtigkeit (Gewissen) | 218 |
| | 1. Untersuchungsplan | 218 |
| (§ 149) | Gerechtigkeit, Moral und Ungerechtigkeit | 218 |
| (§ 150) | Gerechtigkeit und Instinkt | 218 |
| (§ 151) | Beschreibungen | 220 |

| | | |
|---------|---|------------|
| | 2. Psychologie vor und neben Freud | 221 |
| (§ 152) | Gewohnheit | 221 |
| (§ 153) | Intuition | 222 |
| | 3. Psychoanalyse | 223 |
| | a) Untersuchungsplan | 223 |
| (§ 154) | Zögern | 223 |
| (§ 155) | Détente | 224 |
| (§ 156) | Uneinigkeit und Übereinkunft | 225 |
| (§ 157) | b) Lustprinzip und Es — Leben und Tod | 226 |
| (§ 158) | c) Ich und Realität: Jenseits des Lustprinzips | 228 |
| | d) Überich und Gerechtigkeit | 229 |
| (§ 159) | Sigmund Freud | 229 |
| (§ 160) | Carl Jung | 229 |
| (§ 161) | Andere | 230 |
| (§ 162) | e) Folgerungen | 231 |
| | D. Die Gerechtheiten | 232 |
| | 1. Philosophie | 232 |
| (§ 163) | Monismus | 232 |
| (§ 164) | Pluralismus | 234 |
| (§ 165) | Poesie und Religion | 236 |
| | 2. Psychologie | 237 |
| | a) Ursprung des Konflikts der Gerechtheiten | 237 |
| (§ 166) | Überich | 237 |
| (§ 167) | Andere Quellen des Konflikts | 237 |
| (§ 168) | Einzelne Gerechtheiten | 238 |
| (§ 169) | Ausblick | 239 |
| | b) Zur Struktur der Gerechtheiten | 240 |
| (§ 170) | Von der Theokratie zur sozialen Kooperation | 240 |
| (§ 171) | Vom „Kommunismus“ zum Nationalismus | 240 |
| | E. Das ethische und ästhetische Urteil | 242 |
| (§ 172) | 1. Die Wahl zwischen Gerechtheiten und Schönheiten | 242 |
| (§ 173) | 2. Die Rolle der (bewußten) Vernunft | 243 |
| (§ 174) | 3. Die Rolle der (unbewußten) Nichtvernunft | 245 |
| (§ 175) | 4. Rationalisierung? | 246 |
| | Viertes Kapitel: Recht und Gerechtheiten | |
| (§ 176) | A. Gerechtheiten des Strafrechts: Strafe und „Behandlung“ | 248 |
| | 1. Warum wir strafen | 248 |
| | a) Soziale Rechtfertigung und Motivation | 248 |
| (§ 177) | (1) „Vernunft“ | 248 |
| | (2) Nichtvernunft | 250 |
| (§ 178) | Prägenitale Aggression | 250 |
| (§ 179) | Moralisierte Gegenaggression (Vergeltung) | 252 |
| | (3) Ödipale und postödipale Vergehen | 253 |
| (§ 180) | Notwendige Unterscheidung | 253 |
| (§ 181) | Ausschluß von Gruppendelikten | 255 |

| | | |
|---------|---|------------|
| | b) Rationale Abschreckung, Sicherung und Besserung (postödpale Vergehen) | 256 |
| (§ 181) | Technische und andere Nichtvermögensvergehen | 256 |
| (§ 182) | Vermögensvergehen | 258 |
| | c) Irrationale Vergeltung (ödpale Vergehen) | 259 |
| (§ 183) | (1) Beweis: der Alltag | 259 |
| (§ 184) | Probe aufs Exempel: Wahnsinn in der Todeszelle .. | 259 |
| | Und sonst? | 260 |
| (§ 185) | (2) Wurzeln: bewußt und unbewußt | 262 |
| (§ 186) | Bewußte Theorie | 262 |
| (§ 187) | Unbewußte Wirklichkeit | 263 |
| (§ 188) | (3) Der Preis: Der Gesellschaft Schuld und Dankbarkeit | 264 |
| | (4) Das Bedürfnis: Sicherheitsventil | 266 |
| | 2. Wen wir strafen | 267 |
| (§ 189) | a) Willensfreiheit: Bewußte Anomalie | 267 |
| | Determinismus | 268 |
| | Indeterminismus — Freiheit | 269 |
| | Resignation | 272 |
| | „Als ob“ | 273 |
| | Ambivalenz | 273 |
| | b) Vermutung von mens rea: Unbewußte Wirklichkeit .. | 274 |
| (§ 190) | Vermutete Absicht | 274 |
| (§ 191) | Der böse Geist | 276 |
| (§ 192) | „Fahrlässigkeit“ | 276 |
| (§ 193) | Erfolgshaftung? | 278 |
| | c) Zurechnungsunfähigkeit als Schuldausschließungsgrund: | |
| | Bewußte Anomalie | 280 |
| (§ 194) | Ambivalenz des Rechts | 280 |
| (§ 195) | Von M'Naghten zum Model Code: Hohle Worte | 280 |
| (§ 196) | „Verminderte Verantwortlichkeit“: Hilflloser Kompromiß | 283 |
| (§ 197) | Kampf der Experten: Brot und Spiele | 284 |
| | 3. Wen wir strafen sollen | 285 |
| | a) Stand der Diskussion | 285 |
| (§ 198) | Gestern und heute: Freispruch des Zurechnungsunfäh- | |
| | higen | 285 |
| (§ 199) | Morgen: Abschaffung der Strafe? | 287 |
| (§ 200) | Abschaffung oder Absonderung der Berufung auf Zu- | |
| | rechnungsunfähigkeit | 288 |
| (§ 201) | b) Die notwendige Unterscheidung | 289 |
| (§ 202) | Postödpale Vergehen | 290 |
| (§ 203) | Ödpale Vergehen | 291 |
| (§ 204) | Grenzland | 293 |
| | B. Gerechtheiten des Schadenersatzrechtes: Unternehmenshaf- | |
| | tung und Schadensausgleich | 295 |
| | 1. Haftung für Verschulden: Nichtvernunft von heute | 295 |
| (§ 204) | a) Die Krise | 295 |
| | b) Wie es dazu kam | 297 |
| | (1) Die Erbsünde: Verschuldensprinzip | 297 |
| (§ 205) | Schadenersatzrecht als Strafrecht | 297 |
| (§ 206) | Schuldvermutung | 298 |
| (§ 207) | Sühne und Ersatz | 299 |

| | | |
|---------|---|------------|
| | (2) Belastung der Erbsünde: Unternehmenshaftung | 301 |
| (§ 208) | Frühe Rationalisierung | 301 |
| (§ 209) | Das Paradox: „Schuldfreie Fahrlässigkeit“ | 303 |
| | Verwirrung | 304 |
| | (3) Flickwerk | 305 |
| (§ 210) | Vermögen als Ersatzmaß | 305 |
| (§ 211) | Haftpflichtversicherung | 306 |
| (§ 212) | Haftpflichtzwangsversicherung | 308 |
| (§ 213) | Erfolgshaftung | 309 |
| | 2. Schadensverteilung ohne Haftung: Vernunft von morgen 310 | |
| (§ 214) | a) Widerstände gegen Reform | 310 |
| (§ 215) | b) Allgemeine Schadenserstversicherung? | 313 |
| (§ 216) | c) Teillösungen | 314 |
| (§ 217) | d) Reformvorschläge | 315 |
| (§ 218) | e) Notwendiger Kompromiß | 318 |
| | C. Gerechtigkeiten des Prozeßrechts: Fairness und Wahrheit | 320 |
| (§ 219) | 1. Partei- und Gerichtsbetrieb („adversary“ und „inquisitorial“) | 320 |
| (§ 220) | a) Schlagworte | 321 |
| (§ 221) | b) Problemstellung | 324 |
| | Plan | 324 |
| | Gericht und Parteien | 325 |
| | Beweisrecht | 326 |
| | Richter und Zweikampf | 327 |
| (§ 222) | c) Österreichisches Modell | 329 |
| | d) Warum der Unterschied | 333 |
| (§ 223) | Falsche Rationalisierung | 333 |
| (§ 224) | Wahre Gründe | 335 |
| (§ 225) | e) Annäherung? | 336 |
| | 2. Neue Lösungen | 337 |
| | a) Der „kleine Mann“ | 337 |
| (§ 226) | Ein „Recht für die Armen“? | 337 |
| (§ 227) | Anwaltskosten | 338 |
| (§ 228) | Flickwerk | 339 |
| (§ 229) | b) Die Jury | 340 |
| (§ 230) | c) Freiwillige Gerichtsbarkeit | 341 |
| | 3. Und die Wahrheit? | 342 |
| (§ 231) | a) Non liquet | 342 |
| (§ 232) | Non liquet ius | 343 |
| (§ 233) | Non liquet factum | 344 |
| | b) Die Zukunft? | 345 |
| (§ 234) | Spiel und Glückspiel | 345 |
| (§ 235) | Kompromiß | 346 |
| | Bibliographie | 349 |
| | Register | 439 |

An Eros und Thanatos
An das Leben und den Frieden

Vorwort des Verfassers

Die Entwicklung der deutschen Rechtsphilosophie seit dem zweiten Weltkrieg ist zwar weitgehend ausländischen Strömungen verwandt, hat aber, sei es aus sprachlichen oder weltanschaulichen Gründen, erst spät begonnen, das Ausland zu befruchten. Fachgenossen auf beiden Seiten des Ozeans muß es daher am Herzen liegen, auf einem Wissens- und Forschungsgebiet, das im vollsten Sinne weltweit ist, jene Einheit wiederherzustellen, die im Mittelalter eine Selbstverständlichkeit war und auch in der Neuzeit nicht gänzlich verschwand.

Die klassische Frage nach der „Geltung“ von Naturrecht und positivem Recht ist trotz fortdauernder, fast uferloser Debatte* von vielen längst als eine Scheinfrage erkannt worden. Es ist der Hauptzweck des Ersten Teiles dieses Buches zu zeigen, daß diese Debatte, wenn es uns gelingt, sie auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen, im Wesen psychologischer Natur ist. Der „Positivismus“ ist nur um eine Struktur bemüht, die jeden „natürlichen“ theologischen, soziologischen, psychologischen, phänomenologischen, egologischen, existentialistischen oder politischen Inhalt tragen kann und will. Dem naturrechtlichen Positivismus und dem positivistischen Naturrecht Sinn zu geben, ist Aufgabe einer neuen Rechtssoziologie, die eine Wahl zwischen diesen „Philosophien“ als das Ergebnis psychologisch erfassbarer Emotionen erkennt. Aber diese Aufgabe erfordert neues Rüstzeug. Dieses aufzufinden und an Einzelproblemen auf seine Anwendbarkeit zu prüfen soll im zweiten Teil dieses Buches versucht werden.

Die neue deutsche Rechtssoziologie ist zwar die Enkelin bodenständiger Ahnen, aber das Kind französisch-englischer Eltern. Sie kann ihre Eigenart wiedergewinnen und dadurch die Welt bereichern, wenn sie sich mit jener anderen auf deutschem Sprachboden entstandenen Wissenschaft verbündet, die, wie ich glaube, den Schlüssel zu wahrhaft neuen Erkenntnissen hütet. Ich spreche von der Psychoanalyse, die seit

* Maihofer (Hrsg.), Naturrecht; Hans-Peter Schneider, Books.

den tragischen Ereignissen der Vorkriegs-, Kriegs- und Nachkriegszeit im deutschen Sprachkreis lange nur unter dem Mimikry einer „Tiefenpsychologie“ fortgewirkt hat und erst in den letzten Jahren zu neuem Leben erwacht ist. Es scheint mir an der Zeit, die grundlegenden Entdeckungen dieser Wissenschaft, gestützt und bereichert durch das große Werk von Max Weber und Konrad Lorenz, der Rechtstatsachenforschung dienstbar zu machen. Im zweiten Teil dieses Buches will ich versuchen, eine solche Methode, die ich, scheute ich nicht den Neologismus, gerne *Philopsychie* oder *Psychosophie* genannt hätte, zunächst auf die im ersten Teil behandelten ethischen und ästhetischen Themen und dann auf einige Zentralprobleme des Rechtes selbst anzuwenden. Zu diesen Problemen gehören vor allem die Lehren von den Verantwortlichkeiten, Sanktionen und Verfahrensarten im Straf- und Schadensersatzrecht. Ohne irgendwie auf eigene Entdeckungen Anspruch zu erheben, hoffe ich, mit diesem Versuch einer künftigen Forschergeneration einige Anregungen geben zu können. Aber ich darf dem Leser nicht die Erklärung dafür vorenthalten, warum ich einen solchen Vorversuch in einem so kleinen Band wagen und mich dabei noch einer scheinbar willkürlichen Stoffwahl und heterodoxen Methode bedienen zu dürfen glaubte.

Ich habe es nicht einmal unternommen, die zweieinhalb tausend Jahre alte Debatte der Rechtsphilosophie zumindest in einer kurzen Zusammenfassung vorzulegen, da es ja zahlreiche ausgezeichnete Autoren gibt, die dies und mehr getan haben. Unter den Neueren gehören hierher im deutschen Rechtskreis Coing, Larenz und Verdross, in der romanischen Welt Bobbio, Brimo, Cossío, Engisch, Fassò, Frosini, Haesert, Recaséns-Siches und Truyol, in Skandinavien Hägerström und Alf Ross, und in den angelsächsischen Ländern Bodenheimer, Wolfgang Friedmann und Julius Stone. Sie alle werden überall zur notwendigen Ergänzung zitiert. Weitere Lektüre wird häufig durch die Verweisung auf Bibliographien anderer angeregt, wie etwa auf die unerschöpflichen Quellenangaben in Stones Trilogie, und durch Zitate aus Fachzeitschriften wie etwa aus dem Archiv für Rechts- und Staatsphilosophie (ARSP), dem American Journal of Comparative Law (AJCL) oder dem International und Comparative Law Quarterly (ICLQ). Leider habe ich nicht den Versuch machen können, in dieser Übertragung dem gewaltigen deutschen Schrifttum volle Gerechtigkeit widerfahren zu lassen. Aber vielleicht darf ich doch hoffen, daß der deutsche Leser manche der Hinweise darauf und darüber hinaus auf viele der seit der englischen Urausgabe erschienenen Werke nützlich finden wird.

Außer den erwähnten und manchen nicht erwähnten allgemeinen Lehrbüchern der Philosophie und Rechtsphilosophie und Taschenenzyklopädien wie jenen von Bréhier und Smith werden für engere Gebiete

zahlreiche Spezialwerke herangezogen: für allgemeine Philosophie besonders Bertrand Russell; für die Geschichte der Rechtsphilosophie Beck, Cairns, Cornford und Erik Wolf; für analytische „Jurisprudenz“ H. L. A. Hart, Kelsen und Shuman; für Ästhetik Beardsley, Anton Ehrenzweig, Nicolai Hartmann und Erik Jayme, für Rechtsvergleichung René David, John Hazard, Koschaker und Wieacker; für Strafrecht J. Goldstein, Jerome Hall, Packer, Reiwald und Silving; für das Recht der Unternehmenshaftung John Fleming, v. Hippel, Prosser und Weyers; für Zivilprozeßrecht Cappelletti, Fleming James, Louisell und Rosenberg; für die Verhaltensforschung Eibl-Eibesfeldt und Konrad Lorenz; für die Phänomenologie Alois Troller und schließlich für Psychoanalyse Bienenfeld, J. A. C. Brown, Erikson, Hacker, Jung, Maetze, Mitscherlich und natürlich vor allem Sigmund Freud. Dazu kommt eine vielleicht allzu weitreichende Bezugnahme auf scheinbar willkürlich gewählte und möglicherweise ephemere Monographien und Aufsätze. Dies mag von manchem Leser störend empfunden werden. Aber solche Bezugnahme schien nötig, um den Zugang zum letzten Stande der Wissenschaft zu sichern, wobei es der Zukunft überlassen bleiben mußte, Vergängliches von Dauerndem zu sondern. In diesem Sinn war Überfluß der Dürftigkeit vorzuziehen, ebenso wie die Beachtung junger, werdender Forscher ihrer allzu üblichen Verdrängung zugunsten „führender“ Autoren. Andererseits habe ich mich wohl so mancher bedenklicher Auslassung schuldig gemacht. Si licet parvos componere magnis, sei es mir gestattet, hierzu die *captatio benevolentiae* ins Treffen zu führen, die Huizinga als 67jähriger seinem berühmten *Homo Ludens* vorausschickte: „Der Leser dieser Seiten sollte nicht ausführliche Dokumentation eines jeden Wortes erwarten. Wer sich mit allgemeinen Kulturproblemen befaßt, ist ständig genötigt, Raubzüge in Provinzen zu unternehmen, die er nicht selbst erforscht hat. Es wäre mir unmöglich gewesen, alle Lücken meiner Kenntnisse ausfüllen zu wollen. Ich mußte jetzt schreiben oder nie mehr. Und ich wollte schreiben.“

Viele wollten die Persönlichkeit und Begrenzung ihrer Botschaft dadurch ausdrücken, daß sie sie als „Briefe“ an Söhne oder Studenten, als formfreie „Vorlesungen“ oder „Einführungen“ der Öffentlichkeit übergaben. Nicht einmal das durfte ich in meinem Ersten Teil versuchen, der überall der Ergänzung durch eines der genannten umfassenden Lehrbücher bedarf. Mein Zweiter Teil mit seiner psychologischen Analyse ist freilich unbescheidener, denn er will Neues bringen. Daraus ergab sich eine Verschiedenheit in Stil und Inhalt, die unerfreulich sein mag. Aber sowohl völlige Vereinheitlichung wie völlige Trennung hätte die Arbeit eines zweiten Lebens erfordert. Ich hoffe, daß die dem Inhaltsverzeichnis folgende Synopsis zumindest einen ersten Überblick des Gesamtplans ermöglicht.