

# Schweizer Juristen-Philosophen

Eine eigenständige schweizerische Tradition der Wissenschaftsphilosophie der Jurisprudenz und der Staatslehre in Auseinandersetzung mit ausgewählten Strömungen der Rechts- und der Staatsphilosophie sowie der Wissenschaftstheorie in der ersten Hälfte des Zwanzigsten Jahrhunderts

Eine programmatische Skizze für ein interdisziplinäres Forschungsvorhaben

von

Dr. Michael Hebeisen

Muri bei Bern

## Inhalt

|  |    |
|--|----|
| 1. Der Forschungsgegenstand – Eine Tradition philosophierender Juristen, nicht jedoch der Rechtsphilosophie .....                    | 69 |
| 2. Die Ausgangslage – Wissenschaftshistorische und systematische Defizite in der Aufarbeitung der betreffenden Ansätze .....         | 71 |
| 3. Streiflichter auf das Umfeld – Die bestimmenden philosophischen Strömungen im Ausland ...   | 75 |
| 4. Zu ausgewählten Beispielen – Eine erste Annäherung an die zu untersuchenden Auffassungen .  | 76 |
| 4.1 Eugen Huber und Rudolf Stammeler – Ein schweizerischer Neukantianismus mit lebensphilosophischem Einschlag? .....                | 76 |
| 4.2 Walther Burckhardt: Die „Organisation der Rechtsgemeinschaft“ – Das positive Verfassungsrecht „im Zusammenhang des Ganzen“ ..... | 80 |
| 4.3 Dietrich Schindler (senior) und Hermann Heller – „Ambiance des Rechts“ und zirkuläre Grundstrukturen .....                       | 83 |
| 4.4 Alois Trollers „Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft“ – Zwischen Phänomenologie und Existentialismus .....          | 86 |
| 4.5 Die „Konkretisierung der Selbstbestimmung“ bei Hans Ryffel – Naturrecht und Rechtssoziologie: „vorläufig richtiges Recht“ .....  | 91 |
| 5. Das Erkenntnisinteresse – Die Vision einer Philosophie der Jurisprudenz und die Perspektive einer integrativen Jurisprudenz ..... | 94 |

## 1. Der Forschungsgegenstand – Eine Tradition philosophierender Juristen, nicht jedoch der Rechtsphilosophie

Es gibt eine eigenständige schweizerische Tradition philosophierender Juristen und Staatsrechtslehrer im Zwanzigsten Jahrhundert. Das Einheit stiftende Moment ist, dass

es sich bei allen im einzelnen recht unterschiedlichen Beschäftigungen mit den philosophischen Grundlagen der Jurisprudenz und der Staatslehre gerade nicht um im eigentlichen Sinn rechts-, staat- oder sozialphilosophische Bemühungen handelt; vielmehr gehen sie alle von der Überlegung aus, dass die relative Eigenständigkeit der Einzeldisziplinen respektiert werden muss, und dass die philosophische Reflexion deshalb strenggenommen nicht dem Gegenstand des Rechts gilt, sondern den theoretischen Grundlagen der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts.<sup>1</sup> Die Absicht geht also auf eine Wissenschaftstheorie oder – besser noch – auf eine Wissenschaftsphilosophie der Jurisprudenz, der Staatsrechtslehre und der Soziologie, bzw. Gesellschaftstheorie und folgt damit letztlich der pointierten Überzeugung Wilhelm Diltheys, „dass es eine besondere Philosophie des Rechts nicht gibt, dass vielmehr ihre Aufgabe dem philosophisch begründeten Zusammenhang der positiven Wissenschaften des Geistes wird anheimfallen müssen“.<sup>2</sup> Über die Gründe dieser interessanten Traditionsbildung kann hier nur spekuliert werden: es könnte an der hochschulpolitisch eigentümlichen Beschreibung der Lehrstühle, an der vordringlichen Orientierung an den praktischen Bedürfnissen (d.h. an dem typisch helvetischen Pragmatismus) oder auch einfach an der wiederholt feststellbaren alpenländischen Originalität gelegen haben.<sup>3</sup>

Für die Untersuchung dieser bezeichneten Fragestellung einschlägig nehmen sich die folgenden Werke aus:<sup>4</sup> der in Auseinandersetzung mit Rudolf Stammler transformierte Neukantianismus Eugen Hubers; der Neo-Historismus romanischer, bzw. relativistischer Prägung William Emmanuel Rappards und Karl Hiltys und die philosophisch aufgeklärten Historismen eigener Prägung bei Pierre de Tourtoulon und Alfred Dufour, sowie die geschichtsphilosophische Unterlage wichtiger Fragestellungen der Demokratietheorie und der Rechtsstaatslehre bei Richard Bäuml; der Neo-Positivismus Walther Burckhardts auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts; der Neo-Hegelianismus Dietrich Schindlers zusammen mit einer geisteswissenschaftlichen Gesellschaftslehre; das dogmatische Unternehmen Fritz Fleiners auf den Gebieten des Verfassungs- und des Verwaltungsrechts und die idealistisch unterlegten Beiträge zum Verfassungsrecht von Oskar Werner Kägi mit ihrer typisch schweizerischen Schwerpunktsetzung auf Fragen der Demokratie; der radikal-demokratische Positivismus Zaccaria Giacomettis in der Frage des Ausgleichs zwischen direkter Demokratie und Rechtsstaatlichkeit und der Weg von Immanuel Kant („Recht und Moral“) zu Thomas Hobbes entlang von Wertproblemen der Rechts- und Verfassungsordnung mit der Engführung „Demokratie und Richtigkeit des Rechts“ bei Hans Nef; die kulturhistorische Rechtsarchäologie Hans Fehrs; die ideengeschichtlichen Ansätze bei Au-

<sup>1</sup> Dass es für Rechtstheoretiker falsch sei, sich von der Moralphilosophie anleiten zu lassen und zu glauben, die grossen philosophischen Denker würden die Schlüssel zur Lösung rechtswissenschaftlichen, rechtspolitischen und verfassungsrechtlichen Problemen anbieten, wurde zuletzt eindrücklich thematisiert von Richard A. Posner: *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

<sup>2</sup> *Wilhelm Dilthey: Einleitung in die Geisteswissenschaften – Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte* (Gesammelte Schriften, Bd. 1), Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 9., unveränderte A. 1990, S. 79.

<sup>3</sup> Für die der schweizerischen vergleichbare österreichische Situation können – nebst den Staatsrechtslehrern der Weimarer Republik österreichischen Ursprungs, Hans Kelsen und Hermann Heller – repräsentativ die *Ceuvres* von René Marcic und Peter Koller stehen; siehe die *Auswahlbibliographie*.

<sup>4</sup> Zu ausgewählten Beispielen siehe untenstehend Ziffer 4.

gust Simonijs und Eduard His; die existenzphilosophische Naturrechtslehren Hans Ryffels und Emil Brunners; der kosmopolitische, bzw. universalistische Humanismus Hans Hubers und Claude Du Pasquiers; der soziologisch-naturrechtlich schillernde Ansatz der Staatslehre von Jakob Wackernagel, der ethnologisch/anthropologisch begründete Naturalismus bei Hans Fehr oder die christlich orientierte Naturrechtslehre von Wilhelm Oswald, sowie auch noch das Naturrechtsverständnis von Jean Darbellay; der psychologisierende Ansatz einer Staatsformenlehre bei Max Imboden; der phänomenologisch-existentialistische Ansatz bei Alois Troller; die pragmatisch-hermeneutische Methode bei Oskar Adolf Germann. Diese Aufzählung eines Panoptikums unterschiedlicher wissenschaftlicher Grundhaltungen muss notwendig ein Ausschnitt bleiben; sowieso ist nicht so sehr eine Kategorisierung intendiert, vielmehr kommt es uns im Gegenteil auf eine Differenzierung der vorschnell verwendeten Vorurteile an, dies im Bestreben, die Mannigfaltigkeit der Theoriestrukturen dingfest und damit erfahrbar zu machen. Schliesslich ist auch zur Vorsicht zu mahnen bei der Beurteilung zeitgenössischer Autoren, z.B. was die systemtheoretischen und diskursethischen Ansätze angeht.

Gegenstände im einzelnen und Ansatzpunkte einer solch weitgefassten Forschungsstrategie werden sein müssen: eine an die vervollständigten Biographien und ergänzten Bibliographien von philosophierenden Juristen anknüpfende Darstellung und Einordnung von Hauptwerken der schweizerischen Literatur auf den Gebieten der Jurisprudenz, der Rechtsphilosophie und der Allgemeinen Staatslehre im Zwanzigsten Jahrhundert; eine Identifizierung von originellen methodologischen Ansätzen in Beziehung zu den wissenschaftstheoretisch dominanten Hauptströmungen (Neukantianismus, Phänomenologie, Existentialismus, usw.); und differenzierte Beiträge zur Rezeptions- und Wirkungsgeschichte der *Œuvres* bedeutender Schweizer Forscherpersönlichkeiten auf den betreffenden Gebieten. Dies kommt einer Arbeit der Erinnerung gerade an die zeitlosen (wissenschaftstheoretischen) Bestandteile der *Œuvres* von bestimmenden Figuren der infragestehenden Wissenschaften gleich, während die einst die Wirkung bestimmenden (juristisch-technischen) Werke heute zunehmend als zeitgebunden erachtet werden müssen und immer weniger Beachtung mehr finden.

## 2. Die Ausgangslage – Wissenschaftshistorische und systematische Defizite in der Aufarbeitung der betreffenden Ansätze

Um den Missstand in der Bearbeitung der schweizerischen Theoriebildung in der Jurisprudenz und Staatslehre in Ansätzen zu beheben, müssen zunächst ein bio-/bibliographisches und dann ein systematisches Defizit überwunden werden; in beiden Fällen betreffen die Defizite sowohl die Aufarbeitung des Quellenmaterials als auch dessen wissenschaftsgeschichtliche und -theoretische Einordnung und Bewertung.

So fehlt es beispielsweise an einer Beleuchtung der Wirkung der von Burckhardt und Hilty von 1887 bis 1917 herausgegebenen 30 Bände des „Politischen Jahrbuchs“<sup>5</sup> oder der „rechtsphilosophisch“ einschlägigen Beiträge in den entsprechenden frühen

<sup>5</sup> Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern: K.J. Wyss).

Jahrgängen der „Zeitschrift für Schweizerisches Recht“. Die geistreichen, besonders im vierten Band von Eugen Hubers „Geschichte und System“ verstreuten Bemerkungen zur Zivilrechtswissenschaft<sup>6</sup> wurden zwar 1969 in der „Geschichtlichen Grundlegung“ des Basler Kommentars zum „Schweizerischen Privatrecht“ von Ferdinand Elsener vervollständigt und 1975 ergänzt in der Buchpublikation über die „Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert“;<sup>7</sup> und wichtige bio-bibliographische, zwar bescheidene, aber umso verdienstvollere Beiträge sind im Sammelband „Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre“, d.h. von 1845 bis 1945, sowie in einer Verlagsfestschrift über „Juristengenerationen und ihren Zeitgeist“ enthalten.<sup>8</sup> Eine Fortsetzung für das ganze Zwanzigste Jahrhundert ist jedoch nur punktuell angegangen worden, etwa zu Eugen Huber und zu Rappard<sup>9</sup> sowie in älteren Beiträgen zu Burckhardt.<sup>10</sup> Dabei macht sich eine ungerechtfertigte Geringschätzung des bio- und bio-bibliographisch bezogenen akademischen Arbeitens bemerkbar. Das war nicht allezeit so! Max Rümelin, jahrzehntelanger Kanzler der Universität Tübingen, äusserte sich in einer im Druck 80 Seiten ausmachenden Dankesrede zum Problem und zu den Verdiensten Eugen Hubers im Licht von dessen Neu-Kantischem Kritizismus folgendermassen: „Huber bleibt bei den Ideen und ihrem Urquell, dem vernünftigen Bewusstsein, stehen. Seine weiteren Gedanken darüber, wie das vernünftige Bewusstsein funktioniert, wie der göttliche Geist in den Ideen der Zeiten und Völker sich auswirkt, ob er an eine Entwicklung zu einem bestimmten Ziel hin glaubt und wie er dieses Ziel bestimmt, hat er uns nicht mitgeteilt, wie ich annehmen möchte, weil es sich hier nach seiner Ansicht nicht mehr um wissenschaftlich Beweisbares handelt. [...] Aber ich kann mir nicht vorstellen, dass dies Hubers letztes Wort gewesen sein soll. [...] In dem sein ganzes Leben beherrschenden Ethos, das aus jeder Seite auch seines letzten Buches zu uns spricht, war seine Grösse begründet“.<sup>11</sup>

Gravierender noch steht es mit den Versäumnissen auf systematischem Gebiet: Hier ist eine durchgängige Verengung auf Aspekte der Methodologie der Jurisprudenz fest-

<sup>6</sup> *Eugen Huber*: System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 4 Bände, Basel: C. Detloff/R. Reich, 1886-1893.

<sup>7</sup> *Ferdinand Elsener*: Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts – Die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizer Zivilgesetzbuch, Zürich 1975.

<sup>8</sup> *Hans Schulthess* (Hrsg.): Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, Zürich: Schulthess & Co., 1945; und *Hans Merz/Dietrich Schindler/Hans Ulrich Walder* (Hrsg.): Juristengenerationen und ihr Zeitgeist – Abhandlungen grosser Juristen aus zwei Jahrhunderten mit einführenden Worten, zum 200jährigen Bestehen des Verlags Schulthess, Zürich: Schulthess, 1991; für das Verfassungsdenken ebendieser Zeit siehe *Felix Renner*: Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert – Ein Beitrag zur Dogmengeschichte (Dissertation Universität Zürich), Zürich: Schulthess & Co., 1968.

<sup>9</sup> Vgl. *Dominique Manai*: Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique (Collection genevoise), Basel 1990; und *Victor Monnier*: William E. Rappard – Défenseur des libertés, serviteur de son pays et de la communauté internationale, Basel/Genève: Helbing & Lichtenhahn/Édition Slatkine, 1995.

<sup>10</sup> Vgl. *P. Burkhard Mathis*: Rechtspositivismus und Naturrecht – Eine Kritik der neukantischen Rechtslehre (unter besonderer Berücksichtigung des Werks „Die Organisation der Rechtsgemeinschaft“ von Professor Dr. Walther Burckhardt), Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1933; und *Arthur Homberger*: Prof. Walther Burckhardt und die Rechtswissenschaft, in: Walther Burckhardt (1871–1939), Zürich: Polygraphischer Verlag, 1939.

<sup>11</sup> *Max Rümelin*: Eugen Huber, Rede, gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1923, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1923, S. 79f.

zustellen. Obwohl aber – oder: gerade weil – die Schweizer Juristen kein herkömmliches Verständnis der Rechtsphilosophie im Sinn ihrer Hauptströmungen hatten, haben sie alle hervorragende Beiträge von bleibendem Wert geliefert, die mannigfaltige Aspekte der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts betreffen; diese fallen nun nicht nur in das Gebiet der Methodologie des Rechts – was man für den „Jausgebrauch“ der Jurisprudenz als ausreichende Grundlage von deren Wissenschaftlichkeit gelten lassen könnte –, sondern erstrecken sich auch auf die Gebiete der Rechtslogik, der Ontologie des Rechts, der Epistemologie des Rechts, der Phänomenologie des Rechts, einer Heuristik des Rechts, um nur ein paar andere ihrer Arbeitsfelder zu nennen.<sup>12</sup> Eine Zusammenschau dieser Beiträge ist jedoch bisher unterblieben.

Persistent ist der rechtstheoretischen Diskussion die bedenklich stimmende Tendenz der Vermischung von moralischen und rechtlichen Argumentationen (und dies nicht nur im Völkerrecht); dabei handelt es sich um einen alten Streit. Als neuestes prominentes Zeugnis kann etwa die Auseinandersetzung mit der „Problematik von Rechts- und Moraltheorie“ bei Richard A. Posner herausgestellt werden:<sup>13</sup> Er konstatiert eine moralische Aufladung und Behandlung von Rechtsfragen auf der einen und eine juristisch-dogmatische Verbrämung von moralphilosophischen Fragestellungen auf der anderen Seite; diese wechselseitige Verquickung sowie das Scheitern des Rechtspositivismus eingestanden, sucht er Zuflucht bei der Wissenschaftstheorie im engeren Sinn statt bei der Philosophie im weiteren Sinn. So ähnlich fällt auch die Antwort auf die Problemstellung nach der Bestimmung von Wahrheit im Recht bei Dennis Patterson aus.<sup>14</sup> Zum Ausgangspunkt kann die praktische Beobachtung dienen, dass Recht und Moral vor allem die Verschiedenheit in der Begründung wie in den Wirkungen der Verbindlichkeit unterscheidet (daher typischerweise die Unterscheidungen Rechtspositivismus/Naturrechtslehre oder Rechtstheorie/Rechtsphilosophie – wie wenn es dabei um die Unterscheidung exoterischen, wissenschaftlichen von esoterischen, unwissenschaftlichen Ansätzen ginge). Ausgehend von dieser ge-

<sup>12</sup> Eine der jüngsten Entwicklungen in diesem Zusammenhang ist das Interesse der frankophonen Rechtslehre an Fragen der sprachlichen Grundstruktur normativer Sätze, die in das Gebiet der Semiotik fällt; vgl. *Charles-Albert Morand*: Le développement de la méthodologie juridique en Suisse, in: *Droit prospectif* (Aix-en-Provence), Bd. 15 (1990), Nr. 43, II. 4, S. 729ff.; *dens.*: Vers une méthodologie de la pensée des valeurs constitutionnelles, in: *De la Constitution – Études en l'honneur de Jean-François Aubert*, hrsg. von Piermarco Zen-Ruffinen und Andreas Auer, Basel/Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1996, S. 57ff.; *dens.*: La légalité de la légalité, in: *Figures de la légalité*, hrsg. von *dens.*, Paris: Publisud, 1992; und *François Paychère*: Contribution à une analyse narrative de la théorie institutionnelle, in: *Revue internationale de sémiotique juridique* (Liverpool), Bd. 4 (1991), Nr. 12, S. 268ff.; *dens.*: La découverte du sens au droit (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 48), Stuttgart: Franz Steiner, 1992; sowie *François Paychère/Antoine Garapon*: Sociologie juridique et sémiotique juridique, in: *Legal semiotics and the sociology of law*, Onati 1994, S. 133ff.

<sup>13</sup> *Richard A. Posner*: *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999; dieses Buch wirft die cruciale Frage auf, Vorwort, S. VIII, „whether, when the methods of legal positivism fail to yield a satisfactory resolution of a legal issue, the law should take its bearings from philosophy or from science. And it answers, ‚from science‘“. – Vgl. grundsätzlich dazu *Pierluigi Chiassoni*: Origini e diffusione dell'analisi economica del diritto negli Stati Uniti – Le indagini „positive“ di Richard A. Posner, in: *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica* (Torino: Giappichelli), hrsg. von Paolo Comanducci, Jg. 1991, S. 9ff.

<sup>14</sup> Vgl. *Dennis Patterson*: *Law and Truth (Recht und Wahrheit)*, Oxford: Oxford University Press, 1996 ([Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Bd. 23] Baden-Baden: Nomos, 1999).

nuinen Differenz ist es die Strategie der Kantischen Rechts- und Staatslehre, diese von jedem Moralisieren frei zu halten,<sup>15</sup> und so stellt sich die Trennung, aber auch die Koordination zwischen induktiver Kategorien- und Maximenbildung (praktische Philosophie), deren Schlusstein der kategorische Imperativ bildet, auf der einen und der dem kosmologischen Prinzip folgenden theoretischen Philosophie (begriffliche Deduktion) als springender Punkt heraus.<sup>16</sup> Offenkundig verlässt Immanuel Kant in seinem praktisch-philosophischen Denken die neuzeitliche Metaphysik und deren Begründungsdenken und setzt an deren Stelle eine praktische (moralische, politische und historische) Urteilskraft ein.<sup>17</sup> Anders als gemeinhin angenommen, orientiert sich die Kantische praktische Philosophie nicht primär an apriorisch-begrifflichen Strukturen, sondern an einer Beurteilung der konkreten Lebensumstände mittels Kategorien- und Maximenbildung und überwindet damit eine vom Rationalismus als bestimmend und herrschend gedachte Vernünftigkeit. Die neueste Theoriebildung orientiert sich denn auch wieder vermehrt an dieser philosophiesystematischen Feststellung: Urs Thurnherr etwa stellt die für die praktische Philosophie zentrale Stellung der Maximen heraus,<sup>18</sup> Andreas Gunkel nimmt die Kantische Philosophie der Freiheit ernst und bespricht die Konzepte von Spontaneität und moralischer Autonomie<sup>19</sup> und Dirk Effertz charakterisiert das Weltbild in der theoretischen Vernunft und stellt es demjenigen in der „Kritik der Urteilskraft“ gegenüber.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Vgl. dazu *Offried Höffe*: Recht und Moral – Ein kantischer Problemaufriss, in: *Neue Hefte für Philosophie*, hrsg. von Rüdiger Bubner u.a., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1979, H. 17, S. 1ff.

<sup>16</sup> Die Wichtigkeit der Maximenbildung hat jüngst thematisiert und in den Zusammenhang mit der Kantischen Ästhetik gestellt *Urs Thurnherr*: Die Ästhetik der Existenz – Über den Begriff der Maxime und die Bildung von Maximen bei Kant (Dissertation Universität Basel 1993), Tübingen/Basel: A. Francke, 1994. – In Auseinandersetzung mit den konkreten Forderungen des kategorischen Imperativs kann in der Tat bezweifelt werden, dass aus der Kantischen Begründung der Pflichtethik für bestimmte Situationen eine ganz bestimmte Handlungsanweisung folgt; so *Karl Menger*: Erkenntnistheoretisch-logische Aufzeichnungen über Gut und Böse (1934), in: *Wissenschaftlicher Humanismus – Texte zur Moral- und Rechtsphilosophie des frühen logischen Empirismus* (Schriftenreihe zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Bd. 12), hrsg. von Eric Hilgendorf, Freiburg im Breisgau/Berlin/München, 1998, S. 109ff., 119 und 123: „Ohne uns hier mit der erkenntnistheoretischen Natur, den Gründen des Geltungsanspruchs dieses Prinzips oder den sonstigen Kant selbst und den meisten Philosophen wichtigen Problemen zu befassen, welche sich auf diesen Imperativ beziehen, wollen wir für unsere Zwecke lediglich die folgende Frage uns vorlegen: Was fließt in konkreten Situationen aus dem kategorischen Imperativ an konkreten Vorschriften? [...] Zusammenfassend sehen wir, dass ohne Festlegung eines speziellen Systems von Normen auch der kategorische Imperativ und der durch ihn festgelegte Begriff der Pflicht nicht zu konkreten Vorschriften führen, dass aber, wenn durch allgemeine Ideale oder den Eigenwillen der Individuen oder Individuengruppen solche Normensysteme zum Imperativ der Pflicht hinzugenommen werden, für die Praxis nur diese Normensysteme, nicht aber der Umstand, dass man durch sie das Wort ‚Pflicht‘ erklärt, das Massgebende sind“.

<sup>17</sup> *Manfred Riedel*: Urteilskraft und Vernunft · Kants ursprüngliche Fragestellung (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Bd. 774), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, S. 61ff. und 125ff.

<sup>18</sup> *Urs Thurnherr*: Die Ästhetik der Existenz – Über den Begriff der Maxime und die Bildung von Maximen bei Kant (Basler Studien zur Philosophie, Bd. 5), Basel/Tübingen: A. Francke, 1994.

<sup>19</sup> *Andreas Gunkel*: Spontaneität und moralische Autonomie – Kants Philosophie der Freiheit (Berner Reihe philosophischer Studien, hrsg. von Henri Lauener und Andreas Graeser, Bd. 9), Bern/Stuttgart: Paul Haupt, 1989.

<sup>20</sup> *Dirk Effertz*: Kants Metaphysik – Welt und Freiheit · Zur Transformation des Systems der Ideen in der Kritik der Urteilskraft (Symposion, Bd. 99), Freiburg im Breisgau/München: Karl Alber, 1994.

### 3. Streiflichter auf das Umfeld – Die bestimmenden philosophischen Strömungen im Ausland

Die wissenschaftsphilosophischen Bemühungen der Schweizer Juristen-Philosophen – wie man sie wohl nennen muss, um sie zutreffend von den Rechtsphilosophen zu unterscheiden – standen selbstverständlich in Auseinandersetzung mit den dominanten Strömungen der Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie im Zwanzigsten Jahrhundert, wie sie in den verschiedenen europäischen Sprachräumen gepflegt wurden. Sie trugen wesentlich zur Differenzierung der verschiedenen Richtungen bei, überstiegen jedoch regelmässig deren Ansätze und Grundlagen, um den Einzelwissenschaften aufregende neue Horizonte zu eröffnen.

Um den Stand der Forschung steht es hier besser, nicht nur was die Vorarbeiten, sondern auch was die systematische Bearbeitung und aktuelle Bewertung betrifft: stellvertretend für die grosse Zahl der herausragenden Arbeiten seien hier nur einige weniger beachtete zur „Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus“,<sup>21</sup> zur Rechtsphilosophie des frühen (Wiener) logischen Empirismus,<sup>22</sup> des klassischen Pragmatismus<sup>23</sup> und des Neo-Institutionalismus angeführt.<sup>24</sup> Gemeinhin werden Platonismus, Aristotelismus, Kantianismus und Hegelianismus als Kontrastprogramme auch zur Identifikation und Einordnung der rechtsphilosophischen Strömungen des Zwanzigsten Jahrhunderts herangezogen; eine differenzierende Untersuchung der Näheverhältnisse zu den neueren erkenntnistheoretischen, epistemologischen und methodologischen Ansätzen jedoch ist bisanhin – wohl unter dem Eindruck der Komplexität derselben – unterblieben, dies obwohl offensichtlich ein Amalgam davon Hintergrund aller neueren Konzeptionen bildet. Grundlegend jedoch ist die Aufarbeitung der Traditionslinien der Pflege des öffentlichen Rechts, für den deutschen Sprachraum erfolgt in den Werken von Michael Stolleis und Manfred Friedrich.<sup>25</sup> Somit ist wenigstens der Bezugsrahmen für die Situierung der besonderen schweizerischen Traditionslinie einigermaßen verlässlich abgesteckt.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> *Claudius Müller*: Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus – Naturrecht und Rechtspositivismus in der Auseinandersetzung zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammeler und Paul Natortp (Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 75), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1994.

<sup>22</sup> *Eric Hilgendorf* (Hrsg.): Wissenschaftlicher Humanismus – Texte zur Moral- und Rechtsphilosophie des frühen logischen Empirismus (Haufe-Schriftenreihe zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Bd. 12), Freiburg im Breisgau: Haufe, 1998.

<sup>23</sup> *Joachim Lege*: Pragmatismus und Jurisprudenz – Über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1998.

<sup>24</sup> *D. Neill MacCormick/Ota Weinberger*: Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus (Schriften zur Rechtstheorie, Bd. 113; An Institutional Theory of Law – New Approaches to Legal Positivism [Law and Philosophy Library]), Berlin: Duncker & Humblot, 1985 (Dordrecht: D. Reidel, 1986).

<sup>25</sup> *Michael Stolleis*: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, München: C. H. Beck, 1999, Bd. 3: „Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur – 1914–1945“; und *Manfred Friedrich*: Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft (Schriften zur Verfassungsgeschichte, Bd. 50), Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

<sup>26</sup> In besonderem Mass darf dies gelten für die Ansätze der Rechts- und Staatsphilosophie der Weimarer Republik mit ihrer überaus reichen Theoriebildung; vgl. *David Dyzenhaus*: Legality and Legitimacy – Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, Oxford: Clarendon Press, 1997; *Agostino Carriño*: Die Normenordnung – Staat und Recht in der Lehre Hans Kelsens (Forschungen aus Staat und Recht, Bd. 121), Wien: Springer, 1998; *Matthias Kaufmann*: Recht ohne Regel? Die philosophischen

#### 4. Zu ausgewählten Beispielen – Eine erste Annäherung an die zu untersuchenden Auffassungen

Nachfolgend soll anhand von ausgewählten Beispielen skizziert werden, in welcher Richtung sich die von uns zum Thema erhobene Fragestellung entwickeln könnte. Es treten damit zugleich auch die Positionen von Eugen Huber, Walther Burckhardt, Dietrich Schindler, William Emmanuel Rappard, Alois Troller und Hans Ryffel prägnant, wenn auch noch ohne den erforderlichen Differenzierungsgrad in Erscheinung; kontrastreich in Szene gesetzt werden die ausgewählten Beiträge vor dem Hintergrund der obenstehend portraitierten Strömungen, mit denen sich der betreffende Autor vornehmlich misst, d. h. in unserem Fall mit den Stellungnahmen von Rudolf Stammler, Hermann Heller, Gerhard Leibholz, Karl Larenz, Albert A. Ehrenzweig u. a. Um einer vorschnellen und im einzelnen noch nicht nachvollziehbaren Beurteilung der verschiedenen Ansätze auszuweichen, lassen wir dabei die Auswahl von Schweizer Juristen-Philosophen ausführlich zu Wort kommen:

##### 4.1 Eugen Huber und Rudolf Stammler – Ein schweizerischer Neukantianismus mit lebensphilosophischem Einschlag?

Über die Entstehungszeit hinaus ist eine überaus rege Beschäftigung mit der Rechtsphilosophie Rudolf Stämmers festzustellen (man vergleiche gerade auch die durchgehende Beschäftigung bei Gregor Edlin<sup>27</sup>).<sup>28</sup> Ursache dafür dürfte vor allem sein, dass es Stammler gelungen ist, verschiedene persistente Fragestellungen der Rechtsphilosophie und der Rechtswissenschaft mit bleibender Gültigkeit zu analysieren und zu formulieren, wenn auch zum Teil die von ihm aufgefundenen Antworten sich nicht alle mit der gleichen Beständigkeit haben behaupten können. Mit einem gehörigen Schuss Kritik hat Felix Somló diese Ambivalenz der Bedeutung Stämmers so be-

---

Prinzipien in Carl Schmitts Staats- und Rechtslehre (Praktische Philosophie, Bd. 26), Freiburg im Breisgau/München: Karl Alber, 1988; und *Michael Walter Hebeisen: Souveränität in Frage gestellt – Die Souveränitätslehre von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich* (Dissertation Universität Bern 1994), Baden-Baden: Nomos, 1995 (hier finden sich auch ausführliche Quellen- und Literaturverzeichnisse).

<sup>27</sup> *Gregor Edlin: Rechtsphilosophische Scheinprobleme und der Dualismus im Recht*, Berlin-Grünwald: Walther Rothschild, 1932, besonders S. 94ff. zur monistischen Lösung (?) der Methodenfrage und S. 129ff. zum Begriff des Rechts und zur wissenschaftlichen Bestimmung eines „richtigen Rechts“.

<sup>28</sup> Siehe die Behandlung der Rechts- und Sozialphilosophie *Rudolf Stämmers* bei *Herbert Claessen: Rudolf Stämmers Bedeutung für die Theorie des Naturrechts und den Gedanken der *aequitas** (Dissertation Universität Köln 1986); *Gerhard Goepel: Über Stämmers Rechtsphilosophie und das Problem der Aufopferung* (Dissertation Universität Jena 1915); *Werner Gornickel: Der Rechtsbegriff bei Rudolf Stammler im Lichte der Kritik* (Dissertation Universität Berlin 1943); *Leo Haas: Rechtsbegriff und Rechtsidee – Die formalistische Rechtsphilosophie Rudolf Stämmers und das formale Naturrecht* (Dissertation Universität Freiburg 1950), Schwarzenbach: Franz Renggeli, 1950; *Benjamin Kotowitz: Die Sozialphilosophie Rudolf Stämmers – Einflüsse und Auswirkungen* (Dissertation Universität München 1973); *Lothar Lotze: Rudolf Stämmers Marx-Kritik*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Stuttgart: Franz Steiner), Beiheft Neue Folge Nr. 43 (1991), S. 91ff.; und bei *Ludwig Spiegel: Stämmers Kritik der Staats- und Rechtstheorien der Neuzeit*, in: *Schollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, Bd. 43 (1919), S. 1ff.



schrieben: „Vielleicht ist es ihm gerade durch die seltsame Verknüpfung von Eigenschaften, der befruchtenden Fragestellung mit der unbefriedigenden Lösung derselben, in so hohem Mass vergönnt, anregend zu wirken und zum bedeutsamsten Kristallisationspunkt der neueren Rechtsphilosophie zu werden. Er vermag es, wie kein anderer, rechtsphilosophische Untersuchungen hervorzulocken und an den seinigen sich emporranken zu lassen. Sein abgerundetes, scharfsinniges und tieferstes, aber schliesslich doch nicht befriedigendes Gedankensystem ladet förmlich zu einer Untersuchung darüber ein, an welchem Punkt man ihm die Gefolgschaft zu versagen hat. Dadurch wurde er so Vielen zum willkommenen Vehikel ihrer Gedanken; dadurch wurde er auch zum Meistbesprochenen und Meistumstrittenen der neueren deutschen Rechtsphilosophie, wie ja der Schüler häufig gerade dem widerspricht, von dem er am meisten gelernt, im Kampf mit dem er sich zu einer eigenen Ansicht durchgerungen hat“.<sup>29</sup> Ein anderes Moment der beständig sich lohnenden Auseinandersetzung mit Stammplers Rechtsphilosophie liegt unzweifelhaft darin, dass dieser die kritische Philosophie Immanuel Kants – wenn auch nicht eigentlich die Kantische Rechtsphilosophie im engeren Sinn, wie sie im ersten Teil der „Metaphysik der Sitten“ und in den sogenannten nachkritischen Schriften ihren Niederschlag gefunden hat – umfassend auf die Rechtstheorie übertragen habe, „zu getreu“, wie Wilhelm Ebenstein räsontiert.<sup>30</sup> Stammplers neukantischer Ansatz in der Rechts- und Sozialphilosophie hat in der Schweiz gerade auch Nachfolge bei Eugen Huber (1849–1923) gefunden, niedergeschlagen in der Widmung der Monographie zu „Problemen der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie“, betitelt „Recht und Rechtsverwirklichung“, an Stammler, „meinem Freunde“; es sei jedoch nicht leicht, meint Adolf Menzel, „Hubers Grundgedanken herauszuarbeiten, da er zwischen einer soziologisch-psychologischen Auffassung und einer idealistischen, von Stammler beeinflussten Rechtstheorie zu vermitteln“ suche.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> *Felix Somló*: Juristische Grundlehre, Leipzig: Felix Meiner, 2., unveränderte A. 1927 (1. A. 1917), Anmerkung 2 zu S. 45 *in fine*, S. 46. – Vgl. das ähnliche Urteil von *Wilhelm Sauer*: System der Rechts- und Sozialphilosophie – Vorlesungen zugleich über Allgemeine Philosophie und Soziologie, Basel: Recht und Gesellschaft, 1949 (2., völlig neu bearbeitete A. des Lehrbuchs der Rechts- und Sozialphilosophie), S. 463f.: „Stammplers Begriff des richtigen Rechts verleitet zu der irrigen, von ihm in der Tat vertretenen Meinung, dass es auch unrichtiges Recht geben kann, während es nur unrichtige Gesetze, Staatsakte, Urteile gibt [?]. Stammplers Stärke bestand in dem Aufdecken der Probleme und der scharften Fragestellung; die Art der Behandlung und Lösung hat viele Juristen von der Rechtsphilosophie abgeschreckt und den ganzen Neukantianismus, an dem so viele bedeutende Männer und Schulen gearbeitet haben, in falsches Licht gesetzt. [...] Wer nur Probleme aufdeckt und nicht einmal die Lösung andeutet, kann den Leser nur verwirren und höchst unbefriedigt entlassen. Und wer nur nach den Voraussetzungen der Erkenntnis fragt, kann notgedrungen nur eine Finleitung zum System, nicht das System selbst geben. Es ist, als wenn der Reiselustige den Plan an der Hand des Kursbuchs ausarbeitet, ohne die Reise zu beginnen“.

<sup>30</sup> *Wilhelm Ebenstein*: Die rechtsphilosophische Schule der Reinen Rechtslehre, Prag: Taussig und Taussig, 1938 (Nachdruck Frankfurt am Main: Sauer & Auvermann, 1969), S. 16f.

<sup>31</sup> *Adolf Menzel*: Zum Problem Recht und Macht, in: Beiträge zur Geschichte der Staatslehre (Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in Wien, Philosophisch-historische Klasse, Bd. 210, Abhandlung 1), Wien/Leipzig: Hölder-Pichler-Tempsky, 1929 (erstmalig in: Zeitschrift für öffentliches Recht [Wien: Julius Springer], Bd. 5 [1926], S. 1ff.; Nachdruck Glashütten im Taunus: Detlev Auvermann, 1976), S. 70ff., 95. – Vgl. zu dieser Auseinandersetzung auch *Adolf Merkel*: Recht und Macht, in: Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, Bd. 5 (1881), S. 439ff. – *Leo Haas*: Rechtsbegriff und Rechtsidee – Die formalistische Rechtsphilosophie Rudolf Stammplers und das formale Naturrecht (Dissertation Universität Freiburg 1950), Schwarzenbach: Franz

So erfährt das vom Voluntarismus geprägte System Stammers bei Huber bezeichnende Ergänzungen, die zugleich wichtige Differenzen markieren: zunächst ist das Recht die Sittlichkeit zu schützen bestimmt, und dann erfolgt eine differenzierte Beurteilung des Verhältnisses von Recht und Sittlichkeit (Zusammengehörigkeit von objektiver und subjektiver Richtigkeit betont),<sup>32</sup> wenn absolutes und in konkreten Relation stehendes Recht als im Leben und in der Rechtsanwendung vermittelt aufgefasst werden. In mancher Hinsicht nimmt sich denn die Rechtsphilosophie Hubers

Renggli, 1950, Vorwort, S. 4, meint: „Das juristische Denken in der Schweiz, soweit es sich in theoretischen Erwägungen ergeht, ruht zu einem grossen Teil bewusst oder unbewusst auf den geistigen Voraussetzungen, die Stammler der Rechtsphilosophie gegeben [hat]“; dies unter Bezugnahme auf *Eugen Huber* (Nachweise siehe untenstehend in der nächstfolgenden Anmerkung) und *Walther Burckhardt* (*Die Organisation der Rechtsgemeinschaft – Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1927; *Methode und System des Rechts mit Beispielen*, Zürich: Polygraphischer Verlag, 1936; und: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Zürich: Polygraphischer Verlag, 1939). Eine solche pauschalierende Einordnung stimmt aber so nicht: nämlich für Huber nur zum Teil, für Burckhardt eher nicht und betreffend den nicht aufgeführten, aber zu ergänzenden *Dietrich Schindler* (senior) (*Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich: Schulthess & Co., 1932 [5., unveränderte A. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1970]) sowie beispielsweise auch für *Arnold Gysin* oder *August Simonius* garnicht: sie übersieht die ausgewiesenen wie auch die originalitätsbedingten Differenzen und bringt auch nicht die generell grosse Wirkung der Rechtsphilosophie Stammers nicht in Anschlag. – Zum Neukantianismus Burckhardts – allerdings aus der Sicht der thomistischen Naturrechtslehre – siehe *P. Burkhard Mathis* (O.M. Cap.): *Rechtspositivismus und Naturrecht – Eine Kritik der neukantischen Rechtslehre* (unter besonderer Berücksichtigung des Werks „Die Organisation der Rechtsgemeinschaft“ von Professor Dr. Walther Burckhardt), Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1933; vgl. die Einleitung, S. 8: „Ohne Bedenken stellen wir Burckhardt als den Typus der jetzigen Rechtslehre im Sinne Kants hin, an dem wir sowohl eine echt spekulative Ader Kants und Stammers als auch ein ehrliches Streben nach folgerichtiger Durchführung des Systems bis in die letzten Ausläufer bewundern“; sowie den Schluss, S. 120: „Burckhardts Werk verpflichtet in mancher Hinsicht auch den Gegner [als den sich Mathis erwiesen hat] zu Dank. Macht es doch in selten geschlossener Weise auf schwache Punkte aufmerksam, die bisher den Rechtsphilosophen vielfach entgangen sind. Auch zeigt es offen, zu welchen Folgerungen das Kantianische System führen muss, wenn es konsequent durchdacht wird“.

<sup>32</sup> Vgl. *Eugen Huber*: *Recht und Rechtsverwirklichung – Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1920, S. 61ff.; Huber macht sich den Gemeinplatz der These von der äusseren Handlungsorientierung des Rechts und der inneren Bewusstseinsorientierung der Sittlichkeit zu eigen, transzendiert aber diesen Gegensatz des neukantischen Positivismus, indem er sich an der Rechtsverwirklichung orientiert, S. 78f.: „Das Sittengesetz schafft sich seine Begriffe aus ethischen Urteilen und ordnet darnach das Leben der Menschen in der Gemeinschaft. Die Rechtsordnung gewinnt ihre Begriffe gleichfalls aus ethischen Urteilen und bestimmt darnach, was rechtlich zu beurteilen sei und wie diese Beurteilung erfolgen soll. Indem das Recht die durch sittliche Beurteilung gewonnenen Begriffe unter dem Einfluss eines logischen Elementes zu Rechtsbegriffen formuliert und diese alsdann im logischen Schluss zur Rechtsverwirklichung benutzt, gewinnt es die Möglichkeit, die Verwirklichung zwangsweise durchzuführen, soweit das zu einer äusseren Herstellung der Rechtsordnung dienlich ist. Durch die Umwandlung des sittlichen Begriffs in den Rechtsbegriff geht der ethische Inhalt nicht verloren. Vielmehr wird der Begriff dadurch erst, und das ist der Zweck des Rechts, zur zwangsweisen Herstellung einer äusseren Ordnung, die vom Sittengesetz erfüllt ist, tauglich gemacht“; vgl. zu dieser Kompatibilisierung von Rechts- und Sittengesetz auch *dens.*: *Das Absolute im Recht* (Festgabe der Juristischen Fakultät der Berner Hochschule zur Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, von 1922), Bern: Stämpfli & Cie., 1922, S. 50: „Indem das Recht den Zwang anordnet, hebt es das sittliche Gebot nicht auf, während umgekehrt Anordnung von Zwang für ein Sittengebot dieses im Wesen trifft und geradezu aufhebt. [...] Das Recht verlangt den Zwang und benutzt ihn als Rechtsmacht. Die Macht kann böse sein, sie wird in der äusseren Welt geübt. Es bedarf eines äusserlichen Apparates, um das Recht zur Tatsache zu machen“; sowie *dens.*: *Über soziale Gesinnung*, in: *Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (Bern: K.J. Wyss, hrsg. von Walther Burckhardt, Bd. 26 (1912), S. 3ff. (auch als Separatum).

„Kantischer“ aus als diejenige Stammers, nämlich vor allem indem das Wesen des Rechts im Vitalismus der Lebenserscheinungen begründet wird („das Recht ist seinem Wesen nach ein Geschehnis im menschlichen Leben“): „Betrachten wir das Recht als Lebenserscheinung, so bildet es als solche mit absoluter Notwendigkeit ein Stück, und zwar ein wesentliches, im Leben der Menschen, sei es jedes einzelnen oder aller zusammen. Es ist ein Stück, das sich im vernünftigen Bewusstsein des Menschen bewegt, im Willen speziell hervortritt und unter der Rechtsidee nach einer bestimmten Gestaltung des Lebens verlangt“.<sup>33</sup> Radikaler noch als Stammler stellt Huber unter Hinweis auf den sich in der staatlichen und in der Rechtsgemeinschaft niedergeschlagenen *élan vital* einen intrinsischen Bezug des Rechts auf das Leben her: zum Wesen des Rechts gehöre, „dass zwischen diesem und dem Leben der Menschen eine notwendige Beziehung besteht, die dem Leben und dem Recht in dem Grade eigentümlich ist, dass ohne sie das Recht nicht gedacht werden und nicht bestehen kann“.<sup>34</sup> Darüber hinaus erweist sich das Recht für Huber historischer und mehr auf die real verwirklichten Rechtsordnungen bezogen als Stammers Rechtslehre,<sup>35</sup> ja sie fasst die positive Rechtsordnung nachgerade als Objektivation der idealistischen Rechtsidee auf. Zentrale Fragestellung ist für Huber, „inwiefern das Leben durch das Recht eine Wertung erfahre“: „Die Wissenschaft kann das Recht sehr verschieden erfassen, und je nachdem wird das Recht für die Menschen einen verschiedenen Wert erhalten, worauf Kant in seiner ‚Kritik der Urteilskraft‘ hingewiesen hat“.<sup>36</sup> Konsequenterweise vertritt denn Huber nicht nur einen Dualismus, sondern methodischer Pluralismus (Bestimmung von fünf „Elementen des Rechts“, von fünf „Kräften, die in jedem Recht wirken“: Ethos, Logik, Macht, Gestaltung, Realien<sup>37</sup>); interessanterweise unter Anführung von Immanuel Kant bestimmt Huber mindestens drei Momente der Rechtsidee: die Absolutheit (kognitives Prinzip), die Zweckerationalität (agitatives Prinzip) und den Bewusstseinsinhalt (regulatives Prinzip), entsprechend der „Erkenntnis des Bestehens einer rechtlichen Ordnung“, der „Verfolgung der Interessen im Zusammenleben“ und der „Würdigung der Bestimmung unseres Verhaltens“. In unserem Zusammenhang der juristischen Begriffsbildung entscheidend erweist sich das zuletztgenannte Prinzip der Regulation/Reflexion (einer Art juristische Urteilskraft, beruhend auf Gemeinsinn), das weder Verstandeserkenntnis noch Vernunftverstehen ist, sondern dem Rechtsdenken als eigenständige Bewusstseinsfunktion inhä-

<sup>33</sup> Eugen Huber: *Das Absolute im Recht*, am angegebenen Ort, S. 10. – Für biographische und werkbiographische Angaben siehe Theo Guhl: Eugen Huber, in: Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, hrsg. von Hans Schulthess. Zürich: Schulthess & Co., 1945, S. 323ff.; zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie Hubers siehe Dominique Manai: Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique (Collection Genevoise), Basel/Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1990, S. 145ff. und 159ff.

<sup>34</sup> AaO., S. 13f.

<sup>35</sup> Vgl. die rechtshistorischen Vorarbeiten Eugen Hubers zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, etwa Eugen Huber: *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, 4 Bände, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1886 bis 1893; sowie der Kommentar zu Artikel 1 Absatz 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs dess.: *Bewährte Lehre – Eine Betrachtung über die Wissenschaft als Rechtsquelle*, Bern: K.J. Wyss, 1910.

<sup>36</sup> Eugen Huber: *Das Absolute im Recht*, a.a.O., S. 21.

<sup>37</sup> Dazu siehe Eugen Huber: *Recht und Rechtsverwirklichung*, am angegebenen Ort, S. 27ff.; sowie dens.: *Über die Realien der Gesetzgebung*, in: *Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis* (Leipzig: Felix Meiner), hrsg. von Felix Holdack, Rudolf Joerges und Rudolf Stammler, Jg. 1913, S. 39ff.

rent gedacht werden muss: „Das regulative Prinzip lehrt uns, dass wir in unserer Vernunft nicht nur die Gabe besitzen, zweckmässige Mittel zu wählen, sondern zugleich auch die Fähigkeit haben, in der Zwecksetzung und in der Wahl der Mittel eine Regulierung vorzunehmen. Wir vermögen in der Zweckverfolgung ein Sollen anzuerkennen und werden zu dessen Befolgung durch unser vernünftiges Bewusstsein angehalten. Aus allem dem, was uns entgegentritt, sollen wir das wählen, was recht ist, und wir sollen es so vollführen, wie es recht ist. Wir sollen nur dergestalt und insoweit unsere Zwecke verfolgen, als es mit dem Recht verträglich ist. [...] Das regulative Prinzip führt in unserem Bewusstsein zur Abgrenzung und Beschränkung der Zweckverfolgung nach dem, was Recht ist. Damit wird erst den Handlungen des Menschen den Wert verliehen, auf den das Recht Anspruch hat: Das Recht soll in der menschlichen Gemeinschaft über alle Interessen gestellt werden und schliesst selbst den obersten Lebenswert in sich“.<sup>38</sup>

#### 4.2 Walther Burckhardt: Die „Organisation der Rechtsgemeinschaft“ – Das positive Verfassungsrecht „im Zusammenhang des Ganzen“

In der das staatsrechtliche Denken in der Schweiz durchgehend kennzeichnenden Lehre von der dualistischen/dialektischen Verschränkung von Staat und Recht kann man mit Fug einen bedeutenden Niederschlag der geisteswissenschaftlichen Richtung erkennen,<sup>39</sup> was jedoch nicht bedeutet, dass sie gleich den Naturrechtslehren einem aufgeklärten Positivismus entgegengestellt werden müsste.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Eugen Huber: Das Absolute im Recht, am angegebenen Ort, S. 25. – Vgl. zu den ordnenden Prinzipien auch *dens.*: Recht und Rechtsverwirklichung, am angegebenen Ort, S. 94ff., zum regulativen Prinzip („Rechtsidee“) S. 98ff.; die „in unserem Bewusstsein liegende Rechtsidee“, das „regulative Prinzip“, definiert Huber hier – beachtenswerterweise unter Verwendung der begrifflichen Bestandteile der „Urteils-kraft“: „Urteil“ und „Kraft“ – so, S. 99: „Vermögen der Beurteilung der Dinge, die weder mit der blossen Erkenntnis noch mit der blossen Zweckmässigkeit gegeben wäre. Wir führen darauf aber auch die uns ver-liehene Kraft zurück, Entscheidungen über unser Verhalten zu treffen, die in keiner Weise durch die Bedürfnisse postuliert sein müssen, ja unter Umständen diesen geradezu widersprechen“.

<sup>39</sup> Vgl. dazu meine Dissertation: Souveränität in Frage gestellt – Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich, Baden-Baden: Nomos, 1995, Note 13, S. 53ff.; für eine grundsätzliche Kritik der Rechts- und Staatsauffassungen von Walther Burckhardt und Dietrich Schindler (senior) in Beziehung auf diejenigen Rudolf Stammlers siehe Gregor Edlin: Rechtsphilosophische Schein-probleme und der Dualismus im Recht, Berlin-Grünwald: Walther Rothschild, 1932, S. 158ff., beziehungsweise 164ff. – Für die Schweiz mag immer noch gelten, was gesagt wurde von Dietrich Schindler (junior): Die Staatslehre in der Schweiz, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts (Tübingen: J.C.B. Mohr), Bd. 25 (1976), S. 255ff., 273: „Wohl in keinem anderen Staat haben Juristen den historischen, politischen, soziologischen, psychologischen und glaubensmässigen Verankerungen von Recht und Staat eine so grosse Aufmerksamkeit geschenkt wie bei uns [in der Schweiz]“. – Für eine vergleichbare Haltung auf dem Gebiet des Völkerrechts siehe Max Huber: Die soziologischen Grundlagen des Völkerrechts, in: Gesellschaft und Humanität – Vermischte Schriften, Bd. 3, Zürich: Atlantis, 1948, S. 49ff. (erstmalig unter dem Titel: Beiträge zur Kenntnis der soziologischen Grundlagen des Völkerrechts und der Staatengemeinschaft, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. 4 [1910], Tübingen: J.C.B. Mohr; als Separatum in: Internationalrechtliche Abhandlungen, Nr. 2, Berlin: Walther Rothschild, 1928); *dens.*: Die geschichtlichen Grundlagen des heutigen Völkerrechts, aaO., S. 177ff. (erstmalig in: Wissen und Leben, Jg. 16 [1923]); und *dens.*: Das Völkerrecht und der Mensch – Rede, gehalten in St. Gallen am 15. Mai 1952, in: Rückblick und Ausblick – Vermischte Schriften, Bd. 4, Zürich: Atlantis, 1957, S. 317ff.

<sup>40</sup> Vgl. etwa die unzweideutige Stellungnahme von Walther Burckhardt: Die Lücken des Gesetzes und

Prägnant tritt dieser Zug in den Hauptwerken von Dietrich Schindler (senior) und von Walther Burckhardt (1871–1939) in Erscheinung, zunächst im Buch über die „Organisation der Rechtsgemeinschaft“ von 1927, das übrigen – gleichwie „Recht und Rechtsverwicklichung“ ebenfalls – Rudolf Stammler gewidmet ist: Hier findet sich eine Behandlung der Probleme des subjektiven Rechts, der juristischen Person, des Staatsgebiets, der Rechtsgeltung, der Rechtsanwendung, des Gewohnheitsrechts, des Völkerrechts und anderer in einem organischen Zusammenhang. Es sei ein Mangel der praktizierten Lehre, mahnt Burckhardt, „dass sie nicht einsah oder doch nicht klar genug einsah, dass alle diese Fragen, und noch andere, miteinander zusammenhängen und nur einheitlich behandelt werden können; dass sie dann aber auch ihre wahre Bedeutung und ihre Erklärung erhalten“.<sup>41</sup> Sein hoher Anspruch ist es, die

die Gesetzesauslegung (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge H. 8), Bern: Stämpfli & Cie., 1925, S. 103f., im Sinn der Unterscheidung des Begriffs des Rechts von der Idee des Rechts: „Wir haben den Begriff der echten Lücke zurückgeführt auf einen logischen, den der unechten auf einen ethischen Fehler des Gesetzes. Wir könnten auch sagen: das im echten Sinn lückenhafte Gesetz genügt nicht dem Begriff des Rechts; das im unechten Sinn lückenhafte Gesetz genügt nicht der Idee des Rechts. Was erkennen lässt, dass diese beiden Begriffe nicht ohne praktische Bedeutung, also nicht ohne Berechtigung sind. Was dem Begriff des Rechts nicht entspricht, kann nicht rechtens sein; was der Rechtsidee nicht entspricht, soll nicht rechtens sein. Nach dem Rechtsbegriff bestimmt sich, was gelten kann; nach der Rechtsidee, was gelten soll. / Wenn also eine Vorschrift dem Begriff des Rechts nicht entspricht, z. B. weil sie unvollständig, lückenhaft ist, kann sie, solange der Fehler nicht gehoben ist, nicht rechtsverbindlich sein (weil sie nicht Recht ist); es fragt sich nur, ob sie ergänzt werden solle oder ob sie gar nicht gelten solle. / Dem Begriff des Rechts entspricht aber gutes und schlechtes, richtiges und unrichtiges Recht (sonst könnten wir es nicht Recht heissen); auch ungerechtes Recht ist begrifflich möglich, d. h. man kann es sich ohne Widerspruch als geltend denken. Welches aber gilt in der Tat? Wenn man darauf antworten wollte: das richtige, gerechte, so wäre das keine brauchbare Antwort. Nicht weil das, was richtig und unrichtig, was gerecht und ungerecht ist, an sich unbestimmbar und subjektiv, d. h. ohne sachlichen Sinn wäre, sondern weil die Urteile der (unvollkommenen) Menschen darüber sich wahrscheinlich widersprechen; weil also keine Einigkeit darüber zu erhoffen wäre, was rechtens sei, wenn man auf das Rechtsgewissen der einzelnen Rechtsgenossen selbst abstellte. Und doch kann es für eine Rechtsgemeinschaft nur ein Recht geben. Dieses eine Recht kann nicht durch die vielen Instanzen der Einzelnen bestimmt werden; es muss durch eine Instanz bestimmt werden; und das ist eben die Aufgabe des Staates und insbesondere des staatlichen Gesetzgebers. Was diese Instanz als Recht erkennt [sic!], soll Recht sein, ohne Rücksicht darauf, ob die Einzelnen es in foro interno als gerecht anerkennen können; es soll Recht sein selbst auf die Gefahr hin, dass es der Rechtsidee nicht entspricht; also ohne Rücksicht auf seinen Inhalt, sofern es nur dem Begriff des Rechts entspricht. Denn es ist wichtiger, dass überhaupt ein Recht gelte, als dass gerade das richtige gelte. Wer überhaupt den Ausspruch wagt, dass ein Satz die für eine gegebene Gesellschaft gerechte Norm sei, also für sie Recht sein solle, setzt sich der Gefahr des Irrtums aus. Mit der Notwendigkeit einer Entscheidung (durch Menschen) ist auch die Möglichkeit unrichtiger Entscheidung gegeben. Wenn aber die staatliche Instanz darüber entscheiden soll, hat es keinen Sinn, den Einzelnen wieder über das Gesetz des Staates richten zu lassen“. Diese Passage zeugt nun aber nicht nur von einem unbeeinträchtigen, weil auch rechtsphilosophisch in der Sache berechtigten Positivismus, sondern weist darüberhinaus die eminente Aufgabe aus, die dem Gesetzgeber im Prozess der Positivierung des Rechts im Sinn seiner Objektivierung zukommt.

<sup>41</sup> Walther Burckhardt: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft – Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1927 (2., neu durchgesehene und ergänzte A. 1944; Nachdruck Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1971), Vorwort der 1. A., S. VII. – Vgl. dazu P. Burkhard Mathis (O.M. Cap.): Rechtspositivismus und Naturrecht – Eine Kritik der neukantischen Rechtslehre (unter besonderer Berücksichtigung des Werks „Die Organisation der Rechtsgemeinschaft“ von Professor Dr. Walther Burckhardt), Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1933. – Vgl. auch Walther Burckhardt: L'État et le Droit, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel: Helbing & Lichtenhahn), Neue Folge Bd. 50 (1931), S. 137a ff.; dens.: Methode und System des

Rechtsphilosophie in die Philosophie selber einzubetten und dennoch die Selbständigkeit der juristischen Begriffsbildung anzuerkennen: „Durch diese Verbindung der Fragen soll die Erklärung aber nicht ins Allgemeine, Unbestimmte, Verschwommene geraten. Gerade um diesen Fehler zu vermeiden, muss die unerbittliche Forderung gelten, nicht nur in Begriffen, sondern auch in durchaus klaren Begriffen zu denken. Wenngleich abstrakt, so sollen die Begriffe doch fest und klar sein; ja, sie werden erst klar werden, wenn die Abstraktion weit genug getrieben wird. Wer das Recht selbst und seine Bedeutung ergründen will, kann sich zwar nicht mit Rechtsbegriffen begnügen. Wer aber Rechtswissenschaft betreibt, soll mit Rechtsbegriffen arbeiten und seine Gedanken soweit abklären, bis er ihn in bekannten Begriffen ausdrücken kann. Er soll nicht fremde Begriffe in seine Wissenschaft hineinbringen, auch nicht unter dem verdeckten Zierat beziehungsreicher Bilder. *In ethicis* mit ‚Kräften‘, *in iuridicis* mit ‚organischem Wachstum‘, *in politicis* mit ‚soziologischen Gesetzen‘ und dergleichen mehr zu operieren, ist immer gefährlich und missverständlich. Die Eigenart rechtlicher Einrichtungen, wie der Staat, die Juristische Person, die Strafe, das Privatrecht, muss sich in klaren juristischen Begriffen ausdrücken lassen; sonst ist sie nicht klar erkannt“.<sup>42</sup>

In diesen Postulaten schwingt die implizite Forderung nach einer Grundlegung der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung mit, nach einer Theorie der Rechtswissenschaft (die Option für den Dualismus trennt jedoch das Postulat von demjenigen Wilhelm Diltheys erheblich); für Burckhardt resultiert daraus eine Selbstbeschränkung der Jurisprudenz sowie ein Angewiesen-Sein auf die Leistungen anderer Disziplinen: „Was folgerichtig und was folgewidrig ist, das allein vermag die Rechtswissenschaft aufzuzeigen, nicht was richtig oder was unrichtig, was rechtens oder nicht rechtens ist. [...] Die logische Durcharbeitung des Rechtsstoffes ist also die einzige Aufgabe der Rechtswissenschaft. Die Rechtswissenschaft vermag nur darzutun, welche Rechtssätze ohne Widerspruch nebeneinander bestehen können“.<sup>43</sup> Ausgehend von dieser Grundauffassung schlägt Burckhardt eine analytisch starke Auftrennung von Unbedingtheit der gerechten Ordnung, Allgemeingültigkeit des rechtlichen Geltungsanspruchs und Situativität der Fallentscheidung vor, die den zu beobachtenden unterschiedlichen Moralitäten von Geltungsansprüchen Rechnung trägt. Die erklärte Methode seiner Untersuchung ist es, „eine Frage in den Zusammenhang des Ganzen zu stellen, um die kritische Vorfrage richtig entscheiden zu können“;<sup>44</sup> damit wird aber ein eminent geisteswissenschaftlicher Zugang zu den Fragestellungen der Jurisprudenz gepflegt, was unter anderem in den Aussagen zum Verhältnis von Recht und Sittlichkeit deutlich wird.<sup>45</sup>

Rechts mit Beispielen, Zürich: Polygraphischer Verlag, 1936; und *dens.*: Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich: Polygraphischer Verlag, 1939 (Nachdruck der 2. A. Zürich: Polygraphischer Verlag, 1948). – Für biographische Angaben siehe *Hans Huber: Walther Burckhardt*, in: Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre, hrsg. von Hans Schulthess, Zürich: Schulthess & Co., 1945, S. 485ff.

<sup>42</sup> AaO., Vorwort der 1. A., S. VIII.

<sup>43</sup> AaO., S. XI.

<sup>44</sup> AaO., S. XIII.

<sup>45</sup> *Walther Burckhardt: Über das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit* (1922), in: Aufsätze und Vorträge 1910 bis 1938, mit einer Einführung von Hans Huber, Bern: Stämpfli & Cie, 1970, S. 35ff., 37, stellt im Anschluss an *Eugen Huber: Recht und Rechtsverwirklichung – Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, Basel: Helbing & Lichtenbahn, 1920, in der Bestimmung des Verhältnisses von Rechts- und Sittengesetz die Frage: „Nicht ob der Gesetzgeber das durchaus Richtige angeordnet oder ob

### 4.3 Dietrich Schindler (senior) und Hermann Heller – „Ambiance des Rechts“ und zirkuläre Grundstrukturen

Im einzelnen anders, aber doch in mancher Hinsicht vergleichbar mit dem Ansatz von Burckhardt setzt Dietrich Schindler (1890–1948) in seinem Hauptwerk das Verfassungsrecht in Wechselbeziehung mit der sozialen Struktur und nimmt sich vor, die wissenschaftliche Erfassung der juristischen Probleme in ein einheitliches Bild des sozialen Lebens einzufügen. Die soziale Struktur wird dabei in untechnisch dialektischem Verständnis als soziales Ganzes aufgefasst, als eine „Gesamtheit des sozialen Lebens des in einem Staat zusammengefassten Volkes“.

In der grundlegenden These von der Ambiance des Rechts und des Staates – der Auffassung, dass die wesentlichen „Strukturelemente in einem Kreislauf begriffen“ sind – nimmt Schindler die extremen Positionen der normativen Rechtslehre Hans Kelsens und der soziologischen Staatslehre Franz W. Jerusalems zum Ausgangspunkt für eine Weiterentwicklung, die in die Forderung nach einer „dem Gegenstand angepassten, seinsadäquaten Methode“ mündet. Vor allem die „Zweiseitigkeit aller Wirklichkeitsbetrachtung“, aber auch die Bewältigung der Mehrdimensionalität der Problemstellung fordere eine dialektische Methode, die die unaufhebbaren Antinomien nicht in einem unüberwundenen Dualismus stecken lasse: „Das dialektische Denken [besonders Georg Wilhelm Friedrich Hegels] ist bewegt, es wandert dem Gegenstand entlang in engster Anschmiegung an seine intelligiblen Konturen. Die Bewegtheit ist dabei wesentlich ein Exponent der Inadäquatheit des Gedankens, sowie der aus ihr ständig neu resultierenden Adäquationstendenz. Die Dialektik ist eine eigentümliche, originäre, nicht weiter zerlegbare Art des geistigen Sehens, eine Form der Fühlungnahme mit der Sache. Dieses Denken verlangt die ‚Anstrengung des Begriffs‘, es setzt die Kraft voraus, starre Begriffsschemata zu sprengen und auf die konkrete Gestalt durchzustossen. / [...] Im dialektischen Verhältnis verbinden sich so miteinander zwei Aussagen, die nicht aufeinander reduzierbar sind, auch nicht auf eine gemeinsame logische Wurzel zurückgeführt werden können, sich aber, indem sie sich gegenseitig voraussetzen, auf einen Gegenstand beziehen“.<sup>46</sup> Auf diesem Weg – unter Bezugnah-

vielmehr der Widersprechende, objektiv gesprochen, recht hat, wird den Ausschlag geben müssen, sondern ob das Rechtsgesetz, sofern es einmal gilt, dem Sittengesetz vorgehen muss oder umgekehrt; also der formelle Geltungsanspruch des einen und des anderen“. Der Umstand, dass beide Ordnungen auf dieselbe Wurzel des Ethos zurückgingen, verbiete die Annahme einer sittlichen Pflicht zur Befolgung des Rechts; vielmehr müsse man die beiden Ordnungen als gleichursprünglich verstehen. S. 44: „Es ist in der Tat nicht befriedigend, wenn man die Verbindlichkeit der Rechtsordnung als solcher wieder auf ein Gebot des Sittengesetzes für jeden einzelnen zurückführen will [...]. Die Rechtsnorm wäre dann nicht mehr verbindlich, weil sie Recht ist, sondern weil eine sittliche Norm die Befolgung des Rechts gebietet. Recht ist aber ebenso primär verbindlich wie Sittengesetz; das eine muss wie das andere als ein nicht weiter ableitbares Gebot der Vernunft eingesehen werden“. Beide Ordnungen dienen damit gleichwertig der praktischen Vernünftigkeit. Damit ist Burckhardt aber bei der Annahme von zwei unabhängigen Normordnungen angelangt, einer Vorstellung, die er innerhalb des Rechts vehement verwirft, um die Einheitlichkeit der Rechtsordnung abzusichern. Rechtfertigt sich aber die ausnahmslose Koordination, d.h. logisch: die Delegation, der Teilrechtsordnungen aller rechtsetzenden Organisationen beziehungsweise Institutionen?

<sup>46</sup> Dietrich Schindler (senior): Verfassungsrecht und soziale Struktur, Zürich: Schulthess & Co., 1932, insbesondere S. 55ff., hier 9. – Vgl. auch *dens.*: Recht und Staat, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel: Helbing & Lichtenhahn), hrsg. von Eduard His, Neue Folge Bd. 50 (1931), S. 219a ff.; *dens.*: Der Kampf ums Recht in der neueren Staatsrechtslehre, Antrittsvorlesung, gehalten am 12. November 1927

me auf Theodor Litt, Eduard Spranger, Hans Freyer – verspricht sich Schindler eine Durchbrechung der Isolation der Denkgegenstände.

In seinem rechtsphilosophischen Denken gliedert Schindler die Momente des Rechts nach Form und Inhalt: Ordnung, Macht (formale), ethische und vitale Forderungen (inhaltliche); das Recht wird nun aber doch nicht als „Summe verschiedener Elemente“, sondern als die „dialektische Einheit verschiedener Momente“ verstanden. Die Auffassung des sozialen Lebens als einer strukturierten Ganzheit legt eine Funktionen- und Strukturanalyse als frühe Systemtheorie nahe, wobei die relative Konstanz der Funktionen und Strukturen auf ein Parallel- und Komplementärverhältnis von Recht und Ausserrechtlichem verweist (man vergleiche die Forderung nach einer Strukturwissenschaftlichkeit der Staatslehre bei Hermann Heller). Ausgehend von Wilhelm Wundt konzidiert Schindler eine Perspektivität auch der wissenschaftlichen Erkenntnis: „Im Vordergründigen und Hintergründigen zusammen ist immer irgendwie die Gesamtheit des sozialen Lebens enthalten, nur dass der einen Theorie dieses, der anderen jenes im Vordergrund liegend erscheint. Das Soziale gleicht einer Gebirgslandschaft, wo jeder Standpunkt einen anderen Aspekt bietet, wo die Wanderung einen fortwährenden Wechsel der Perspektiven, der Beleuchtungen, der Durchblicke, der Gruppierungen zeigt, trotzdem der Wanderer immer das gleiche unveränderliche Gebirge vor sich hat. So ist das soziale Leben ein zusammenhängendes Ganzes, von dem in der Regel nur ein Teil – bald dieser, bald jener – dem vollen Licht des Intellekts ausgesetzt wird, während der Rest im Dunkel oder Halbdunkel verharrt“.<sup>47</sup> Theorie beziehe sich immer auf eine „gegebene äussere Wirklichkeit“, sei aber immer auch „Ergänzung dieser gegebenen Wirklichkeit“, sie „kompensiere Wirklichkeit“, bestimmt Schindler das Verhältnis von wissenschaftlicher Theorie und sozialer Praxis: „Die Theorie fügt der Wirklichkeit das hinzu, was ihr fehlt“.<sup>48</sup>

Diese These von der kompensierenden Funktion der letztlich idealistischen Begriffsbildung beschlägt nun auch die Hauptaussage des herangezogenen Buchs, die positive Rechtsordnung stehe unter der Bedingung einer *Ambiance*: „In der Verschiedenheit der Änderungsleichigkeit, der Änderungsursache und der Änderungsform von Recht und *Ambiance* liegt der Grund für die allmählich entstehende Disharmonie zwischen dem Recht und der das Recht ergänzenden, tragenden und balancierenden Umgebung. / [...] Die Änderung liegt aber weniger im Recht selbst als im Ausserrechtlichen. Denn alles objektive Recht ist starr und formal und verleiht regelmässig umfangreichere subjektive Rechte und Kompetenzen, als dem sozialen Ganzen eigentlich zuträglich ist. Aber das Recht kann nicht anders, weil die notwendig allgemeine Formulierung des Rechtssatzes eine feiner abgestufte Normierung

(erstmalig in: Festgabe der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zum schweizerischen Juristentag 1928, Zürich: Schulthess & Co., 1928); *dens.*: Über die Bildung des Staatswillens in der Demokratie – Eine staatsrechtliche Studie (Habilitationsschrift Universität Zürich), Zürich: Schulthess & Co., 1921; und *dens.*: Nachgelassene Schriften (besonders: Das Recht als Verwirklichung von Werten; und: Philosophische Systeme und Tatsachen), alle in: Recht, Staat, Völkergemeinschaft – Ausgewählte Schriften und Fragmente aus dem Nachlass, Zürich: Schulthess & Co., 1948, S. 5ff. und 72ff.

<sup>47</sup> AaO., S. 84; unter Hinweis auf *Wilhelm Wundt*: Völkerpsychologie – Eine Untersuchung der Entwicklungsgesetze von Sprache, Mythos und Sitte, Leipzig: Alfred Kröner, 1918 (10 Bände, 1900 bis 1920), Bd. 9: Das Recht.

<sup>48</sup> AaO., S. 92.



nicht zulässt. Wohl aber zählt es darauf, dass diese subjektiven Rechte und Kompetenzen nicht bis zu ihren äussersten Möglichkeiten ausgenützt werden. Denn die Entartung eines Rechtsinstituts besteht in der zur Regel werdenden äussersten Ausnützung der von ihm gegebenen formalrechtlichen Möglichkeiten. Es liegt an der unvermeidlichen Einseitigkeit jeder juristischen Formulierung, dass ein Rechtssatz seine soziale Funktion nur dann richtig erfüllen kann, wenn das dem formulierten Rechtsprinzip entgegengesetzte Prinzip als sein polarer Gegensatz im Ausserrechtlichen wirksam ist und verhindert, dass die im Rechtssatz selbst liegende Möglichkeit bis zum Äussersten ausgenützt wird.<sup>49</sup> Damit ist nicht nur ein überaus fruchtbares Analyseinstrument vorgeschlagen; auch ist in der beschriebenen Situation der Abhängigkeit des Rechts von seiner Ambiance eine zwingende Beteiligung der juridischen Urteilskraft gefordert (und zudem auf die entscheidende Wichtigkeit der Rechtsanwendung, Applikation hingewiesen).

Hans-Peter Schneider hat das Verhältnis von Schindler zu Hermann Heller als „in der Sache verbunden“ beurteilt, ihre Argumentation aber stehe je „unter verschiedenen Milieubedingungen“: „Beide Werke befinden sich in der Mitte zwischen normativem und dezisionistischem Positivismus. Sie versuchen nicht nur zusammenzuhalten, was in den radikalen Endformen des Positivismus auseinandergerät, sie versuchen vielmehr, die Relation von Wert und Wirklichkeit als notwendige Orientierung für Staat und Recht neu in Sicht zu bringen und so die Voraussetzungen des Positivismus in seiner dreifachen Gestalt zu überwinden. Sie berufen sich beide auf eine Dialektik des Denkens beziehungsweise die Methode, welche die Einseitigkeit der Normativierung und der Soziologisierung des Rechts- und Staatsdenkens vermeidet“.<sup>50</sup> Im einzelnen betrifft das Näheverhältnis von Schindler zu Heller die Bestimmung der Beziehung zwischen Rechtssatz und Rechtsgrundsatz, den Begriff der gebietsgesellschaftlichen Souveränität, die Anerkennung eines komplementäres/kompensatorisches Enthalten-Sein der Negation (Dialektik) sowie die Annahme einer „Verbindung von Wille und Norm, von Sein und Sollen“.<sup>51</sup> Das Näheverhältnis von Heller zu Schindler betrifft die Aufnahme des Verweises der Rechtsverfassung auf die Gesamtverfassung, die Beziehung Geltung des positiven Rechts auf die Akzeptanz der Rechtsunterworfenen, die Begründung von Normativität in Normalität und die Auffassung, dass die Auslegung der Rechtsnorm nicht nach der Intention des Gesetzgebers, sondern von der Aufgabe der Konkretisierung/Aplikation mitbestimmt von der Situation des Anwendungsfalls aus erfolgen soll.<sup>52</sup> Jurisprudenz und Staatslehre

<sup>49</sup> AaO., S. 93f.

<sup>50</sup> Peter Schneider: Geisteswissenschaften in den Zwanziger Jahren – Staatstheorie in der Schweiz und in Deutschland, in: Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik – Zur Entwicklung von Nationalökonomie, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft im 20. Jahrhundert, hrsg. von Knut Wolfgang Nörr, Bertram Schefold und Friedrich Tenbruck (Aus den Arbeitskreisen „Methoden der Geisteswissenschaften“ der Fritz Thyssen Stiftung), Stuttgart: Fritz Steiner, 1994, S. 187ff., 207f. (zu Walther Buckhardt und Dietrich Schindler S. 207ff.).

<sup>51</sup> Vgl. Dietrich Schindler: Verfassungsrecht und soziale Struktur, am angegebenen Ort, S. 12, 41, 73, 107, 110 und 121.

<sup>52</sup> Hermann Heller: Staatslehre, hrsg. von Gerhart Niemeyer, Leiden: A. W. Sijthoff, 1934 (auch in: Gesammelte Schriften, hrsg. von Christoph Müller, Tübingen: J.C.B. Mohr, 2. A. 1992, Bd. 3, S. 79ff.), S. 255: „Die rechtlich normierte Verfassung besteht niemals bloss aus staatlich autorisierten Rechtssätzen, sondern bedarf zu ihrer Geltung immer einer Ergänzung durch die nicht normierten und durch die ausser-

werden von Schindler fraglos als Geisteswissenschaften aufgefasst, mit dem diesen eigenen Zusammenspiel zwischen Reflexion und Produktivität: „Die Wirklichkeit steht nicht als eine schlechthin gegebene, nur zu erkennende, vor uns. Die Dinge liegen viel feiner und verwickelter. Die Grenze zwischen Erkennen und Wirken ist fließend. Die Geisteswissenschaften stehen mitten drin zwischen theoretischer Reflexion und produktivem Schaffen: sie können die Wirklichkeit nicht erkennen, ohne gleichzeitig die Wirklichkeit mitzugestalten. Der Gesichtspunkt, der einer Erkenntnis zugrundeliegt, ist nicht nur ein Ordnungsprinzip für das gegebene Material, sondern er wirkt zugleich produktiv für die Gestaltung der entsprechenden Wirklichkeit“.<sup>53</sup>

#### 4.4 Alois Trollers „Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft“ – Zwischen Phänomenologie und Existentialismus

In der wissenschaftlichen Philosophie Edmund Husserls tritt eine sogenannte phänomenalistische Schau an die Stelle der transzendental aufgelösten Frage nach dem „Ding an sich“. Es ist verschiedentlich unternommen worden, die phänomenologische Grundhaltung auf die Denkgegenstände des Staates und des Rechts anzuwenden.<sup>54</sup> So hat beispielsweise Martin W. Schnell eine Phänomenologie des Politischen auf der Grundlage des „politischen Ausdrucks“ zu errichten versucht, mit dem Ziel einen „Logos der ästhetisch-politischen Welt“ aufzudecken (unter Bezugnahme auf Edmund Husserl, Aron Gurwitsch, Maurice Merleau-Ponty und besonders auf Hannah Arendt);<sup>55</sup> ein solches Unternehmen muss aber scheitern, weil „das Politische [sic!]“ gerade kein der Wesensschau zugänglicher, gefügter Gegenstand ausmacht (da alles Beeinflussbare der Politik zugänglich ist).

Immerhin bietet sich die phänomenologische Methode geradezu an für die Behandlung vergegenständlichter Vorstellungen von der Rechtsordnung; so begrüsst beispielsweise Maurice-Jean-Claude-Eugène Hauriou die phänomenologische Me-

---

rechtlich normierten Verfassungselemente. Inhalt und Geltungsweise einer Norm werden niemals bloss durch ihren Wortlaut und auch nicht allein durch Absichten und Eigenschaften ihres Setzers, sondern vor allem auch durch die Eigenschaften der sie beobachtenden Normadressaten bestimmt [d.h. Akzeptanz wird als Bestandteil der Geltung bestimmt]. [...] Es ist die von Dietrich Schindler gemeinte *ambiance*, das gesamte Natur- und Kulturmilieu, die anthropologischen, geographischen, volklichen, wirtschaftlichen und sozialen Normalitäten, sowie die ausserrechtlichen Normativitäten, jener Teil der umgebenden Welt, mit welchem oder gegen welchen die rechtlich normierte Verfassung ein Ganzes bilden soll, welche ihren Inhalt erst konkretisiert und ihre Individualität bestimmt. Deshalb kann der einzelne Rechtssatz grundsätzlich erst aus der Totalität der politischen Gesamtverfassung voll begriffen werden“. – Vgl. auch aaO., S. 189.

<sup>53</sup> Dietrich Schindler: Der Kampf ums Recht in der neueren Staatsrechtslehre, Antrittsvorlesung, gehalten am 12. November 1927 (erstmalig in: Festgabe der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zum schweizerischen Juristentag 1928, Zürich: Schulthess & Co., 1928), S. 5ff., 26; unter Hinweis auf Erich Rothacker: Logik und Systematik der Geisteswissenschaften (SA aus dem Handbuch der Philosophie), München/Berlin: R. Oldenbourg, 1927, S. 110.

<sup>54</sup> Für eine erste Übersicht siehe Daniela Falconi: Il pensiero dello „Stato“ in Husserl – Recenti problemi critici, in: Rivista internazionale di filosofia del diritto (Milano: A. Giuffrè), Bd. 67 (1990), Nr. 2, S. 296ff.

<sup>55</sup> Martin W. Schnell: Phänomenologie des Politischen – Phänomenologische Untersuchungen (Übergänge, Bd. 29), München: Wilhelm Fink, 1995, S. 122ff. und 202ff.

thode für die Jurisprudenz: „Die Phänomenologie – das ist genau die Philosophie, die wir brauchen, damit die Sozialwissenschaften in methodischer Beobachtung ihre Grundlage finden; denn sie verfolgt die Objektivität der Ideen bis ins Innere des menschlichen Bewusstseins“.<sup>56</sup> Bei genauerer Untersuchung setzt jedoch jede phänomenologische Betrachtung des Rechts voraus, dass die Rechtsordnung vorgängig zu einer Institution integriert wird (was in der Besprechung des Rechts als einer Objektivierung des Lebens gerade problematisch erscheint). Davon abgesehen wird die phänomenologische Grundüberzeugung hier jedoch geteilt, und deshalb erweisen sich die phänomenologischen Ansätze zu einer Behandlung des Recht doch aufschlussreich: Gegenstand der Wissenschaft ist für das erkennende Bewusstsein nicht ein gestaltloses, undifferenziertes Gegebenes, sondern ein bereits in sich strukturiertes, differenziertes Sein. Diese Grundüberzeugung findet sich etwa ausgesprochen bei Hans Welzel: „Die wissenschaftlichen Begriffe sind nicht verschiedenartige Umformungen eines identischen wertfreien Materials, sondern Reproduktionen von Teilstücken eines komplexen ontischen Seins, das die gesetzlichen Strukturen und Wertdifferenzen immanent in sich trägt und nicht erst von der Wissenschaft herangetragen bekommt“.<sup>57</sup> Daraus folgt zwingend, dass sich „die Methode wesensnotwendig nach dem Gegenstand als dem ontischen Seinsstück richten muss, das es zu erforschen gilt“.<sup>58</sup>

Erst in den 20er Jahren jedoch hat sich in der Folge der Phänomenologie Edmund Husserls in Deutschland eine regelrechte Strömung der phänomenologischen Jurisprudenz formiert: der Zivilist Adolf Reinach lehrte, „die Struktur des positiven Rechts kann erst durch die Struktur der ausserrechtlichen Sphäre verständlich gemacht werden“,<sup>59</sup> der Rechtstheoretiker Fritz Sander trat als Gegenspieler Hans Kelsens auf (wenn auch nicht mit *dissenting*, so doch mit *concurring opinions* betreffend der Reinen Rechts- und Staatslehre)<sup>60</sup> und Gerhart Husserl (der Sohn von Edmund Hus-

<sup>56</sup> Maurice-Jean-Claude-Eugène Hauriou: Brief an Georges Gurvitch, in: Georges Gurvitch, *L'idée du Droit Social - Notion et système du Droit Social (Histoire doctrinale depuis le XVII<sup>ème</sup> siècle jusqu'à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle)*, Aalen: Scientia, 1972 (Neudruck der Ausgabe Paris: Recueil Sirey, 1932), S. 123 (zitiert nach Bernhard Waldenfels: *Phänomenologie in Frankreich* [Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Bd. 644] Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, S. 452f.).

<sup>57</sup> Hans Welzel: *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, S. 49.

<sup>58</sup> AaO., S. 50.

<sup>59</sup> Adolf Reinach: *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, 1913 (2., unveränderter Nachdruck in: *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, Bd. 1 [1913], H. 2, S. 685ff., Halle an der Saale 1922; 2. A. 1953: *Zur Phänomenologie des Rechts*), S. 19; vgl. auch die dems. zugeschriebene Schrift *von einem Landsturmann*: *Prolegomena zur Rechtsphilosophie – Allgemeiner Umriss einer Rechtstheorie*, 1915. – *Zur Struktur des Apriori in Reinachs phänomenologischer Rechtslehre* siehe Giuliana Stella: *L'„a priori“ della promessa in Adolf Reinach*, in: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (Milano: A. Giuffrè), Bd. 63 (1986), Nr. 3, S. 392ff.; und Barry Smith: *Adolf Reinach e la fondazione della fenomenologia realistica*, in: *Paradigmi, Rivista di critica filosofica* (Fasano di Brindisi: Schena Editore), Bd. 5 (1987), Nr. 14, S. 229ff. Zu den die Phänomenalität der ausserrechtlichen Sphäre begründenden sozialen Handlungen, die zu den Rechtsnormen in Beziehung zu setzen sind, siehe Daniela Falcoini: *Gli atti sociali nella fenomenologia del diritto di Adolf Reinach*, in: *Relazione giuridica, riconoscimento e atti sociali*, hrsg. von Bruno Romano, Roma: Bulzoni, 1991, S. 395ff.

<sup>60</sup> Fritz Sander: *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Wien/Leipzig: Franz Deuticke), hrsg. von Hans Kelsen, Bd. 2 (1921), S. 511ff.; *ders.*: *Staat und Recht als Probleme der Phänomenologie und Ontologie – Einige Worte der Entgegnung*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Wien/Leipzig: Franz Deuticke), hrsg. von Hans Kelsen, Bd. 4 (1925), S. 166ff.; *ders.*: *Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und*

serl) erblickte in den Rechtsinstituten des positiven Rechts Verwirklichungen eines „materialen juristischen Apriori“, Aktualisierungen von „apriorisch vorgezeichneten Möglichkeiten“. Letzterer forderte von der Jurisprudenz, die „idealen Rechtsgegenstände“ in einer „Wesensanalyse“ aufzuzeigen. „Das das Sein des Rechts kein Naturphänomen sein kann, liegt auf der Hand. Recht ist etwas Geistiges. Seine Wirklichkeit, die es geltend geworden erlangt hat, ist nicht die eines Naturdinges“. <sup>61</sup> Ist der Ertrag der phänomenologischen Methode für eine Staatsphilosophie eben erst entdeckt worden, <sup>62</sup> ist deren Einführung in die Staatstheorie durch Gerhard Leibholz bereits in der Weimarer Republik erfolgt: <sup>63</sup> der Staatsrechtslehrer und spätere erste Präsident des deutschen Bundesverfassungsgerichts führte 1929 in seiner Habilitationsschrift eine phänomenologische Analyse der Repräsentationsvorstellungen durch (zentrale Funktion, aber anhaltende Krise der Repräsentationstheorien, mit der Aufgabe der Transformation des empirisch gebildeten in einen idealistisch-voluntaristisch verstandenen Staatswillen, der gerade von den verschiedenen Meinungen abstrahiert). Leibholz erkennt in der Phänomenologie zunächst eine Zurückweisung von Empirismus und Rationalismus, sowie von teleologischen und ideologischen Erwägungen: „Dieser offene methodologische Missstand kann nur behoben werden, wenn die von Edmund Husserl inaugurierte, phänomenologische Betrachtungsweise, die von anderen, insbesondere Max Scheler und Theodor Litt, auf die Sinndeutung der überindividuellen, sozialen Gemeinschaftszusammenhänge übertragen worden ist, auch in die Verfassungstheorie und damit das Verfassungsrecht eingeführt wird“. <sup>64</sup> Dieses Postulat wird

der Begriff der Rechtserfahrung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 2 (1920/1921), S. 511 ff.; *ders.*: Staat und Recht – Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung, Leipzig/Wien: Franz Deuticke, 1922; und *ders.*: Das Rechtserlebnis, in: Internationale Zeitschrift für Theorie des Recht, Jg. 1 (1926/1927), S. 100 ff.

<sup>61</sup> *Gerhart Husserl*: Rechtskraft und Rechtsgeltung – Eine rechtsdogmatische Untersuchung (Bd. I: Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung), Wien/Berlin: Julius Springer, 1925, S. 6; vgl. auch *dens.*: Recht und Zeit – Fünf rechtsphilosophische Essays, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1955; *dens.*: Recht und Welt – Rechtsphilosophische Abhandlungen (Juristische Abhandlungen, Bd. 1), Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1964; *dens.*: Rechtssubjekt und Rechtsperson, in: Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 127 (1927), S. 129 ff. (auch in: Recht und Welt, am angegebenen Ort, S. 1 ff.); *dens.*: Recht und Welt, in: Festschrift für Edmund Husserl, 1929, S. 111 ff. (auch in: Recht und Welt, am angegebenen Ort, S. 67 ff.); und *dens.*: Der Rechtsgegenstand – Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums, 1933.

<sup>62</sup> Vgl. *Karl Schuhmann*: Husserls Staatsphilosophie (Praktische Philosophie, Bd. 29), Freiburg im Breisgau/München: Karl Alber, 1988.

<sup>63</sup> Ein phänomenologischer Ansatz wird auch in der Integrationslehre von *Rudolf Smend* gepflegt: Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin: Duncker & Humblot, 3., wiederum erweiterte A. 1994, S. 119 ff.; und *ders.*: Artikel „Integrationslehre“ (1956), in: Abhandlungen und Aufsätze, am angegebenen Ort, S. 475 ff.

<sup>64</sup> *Gerhard Leibholz*: Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems – Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht des Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, hrsg. von Viktor Bruns, H. 13), Berlin/Leipzig: Walter de Gruyter, 1929 (3., erweiterte A.: Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, Berlin: Wilhelm de Gruyter, 1966), S. 18.; vgl. dazu und zum nachfolgenden auch *dens.*: Die Gleichheit vor dem Gesetz – Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, (Öffentlich-rechtliche Abhandlungen, hrsg. von Heinrich Triepel u. a., H. 6), Berlin: Otto Liebmann, 1925, besonders das Nachwort, S. 165, wo Leibholz feststellt, dass „die grundlegenden theoretischen Erkenntnisse nicht rationalistisch, sondern phänomenologisch durch unmittelbare intuitive Anschauung zur Evidenz erwiesen werden“; *dens.*: Les ten-

damit begründet, die Phänomenologie verleihe den Einzelwissenschaften die „grundsätzliche Möglichkeit ihrer Gegenstandserfassung“; so beruhe auch die Staatsrechtswissenschaft auf „evidenten Schauungen sozialer Wesenheiten, die infolge ihrer Geistgebundenheit nicht weiter auflösbar sind“, und deren Gewinnung nur anhand empirischer Erkenntnisgegenstände möglich sei.

Vergleichbar mit der anhaltenden Wirkung der französischen Phänomenologie, hat die phänomenologische Methode anschliessend an Jean-Paul Sartre, Maurice Merleau-Ponty, Emmanuel Levinas und Paul Ricoeur auch in der französischen Rechtsphilosophie Fuss gefasst, wenn auch hier mit logizistischem Einschlag.<sup>65</sup> Der Strassburger Rechtsphilosoph Paul Amselek beispielsweise suche, so Bernhard Waldenfels, „Phänomenologie und Existenzphilosophie und in bescheidenerem Masse auch die analytische Philosophie für eine allgemeine Rechtstheorie fruchtbar zu machen. In entschlossener Abkehr vom klassischen Naturrechtsdenken, das dem Recht ein metaphysisches oder moralisches Fundament zumisst, und in gleichzeitiger Abkehr von einem Rechtspositivismus, der alles auf blosser Tatsachen zurückführt, begibt er sich auf die Ebene einer Epistemologie, die innerhalb der Rechtserfahrung und der Rechts-

---

dances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne, in: Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, Bd. 1 (1931), S. 207ff.; und *dems.*: Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht, in: Strukturprobleme der modernen Demokratie, Karlsruhe, 3. A. 1967, S. 262ff., besonders 273: „Der Gesetzgeber ist eben nicht der alleinige Schöpfer des Rechts. Vielmehr gibt es eine Fülle von vor allem institutionellen Rechtsätzen, die nicht minder verpflichtend sind wie das positive Recht, obwohl sie in keinem Gesetzbuch stehen – Sätze, die aus der Natur der Sache, dem Wesen der Institute [sic!], den allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen fliessen“. – Vgl. die durchgehende Wichtigkeit der phänomenologisch interpretierten Repräsentationsvorstellung bei Eric Voegelin: Die Neue Wissenschaft der Politik – Eine Einführung, hrsg. von Peter J. Opitz, Freiburg im Breisgau/München: Karl Alber, 4., unveränderte A. 1991, *passim*.

<sup>65</sup> Bernhard Waldenfels: Phänomenologie in Frankreich (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Bd. 644), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, S. 450ff. nennt Raymond Aron, Georges Gurwitsch (vgl.: L'idée du Droit Social – Notion et système du Droit Social [Histoire doctrinale depuis le XVII<sup>ème</sup> siècle jusqu'à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle], Aalen: Scientia, 1972 [Neudruck der Ausgabe Paris: Recueil Sirey, 1932]), Alain Touraine, Claude Lefort, Cornelius Castoriadis, Maurice-Jean-Claude-Eugène Hauriou (!), die beiden Logiker Georges Kalinowski (vgl.: La logique des normes d'Edmund Husserl, in: Archives de Philosophie du droit, Bd. 10 (1965), S. 107ff.; La logique des valeurs d'Edmund Husserl, in: Archives de Philosophie du droit, Bd. 13 (1968), S. 267ff.) und als eigentliche Rechtsphilosophen Nicos Poulantzas, Paul Amselek (siehe: Méthode phénoménologique et théorie du droit [thèse de doctorat; Bibliothèque de Philosophie du droit, Bd. 2], Paris 1964; und: La phénoménologie et le droit, in: Archives de Philosophie du droit, Bd. 17 [1972], S. 185ff.; vgl. auch: Avons-nous besoin de l'idée de droit naturel? In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie [Wiesbaden: Franz Steiner], Beiheft Neue Folge 11 [1979], S. 105ff.; sowie den Sammelband von *dems.*/Christophe Grzegorzczak [Hrsg.]: Controverses autour de l'ontologie du droit, Paris: Presses Universitaires des France, 1989 [mit dem Beitrag von *dems.*: Le droit dans les esprits]) sowie Simone Goyand-Fabre (siehe: Essai de critique phénoménologique du droit [thèse de doctorat], Paris 1972; vgl. auch: Démocratie et autorité, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie [Stuttgart: Franz Steiner], Bd. 76 [1990], S. 1ff.; Les fondements de la légalité, in: Figures de la légalité, hrsg. von Charles-Albert Morand, Paris: Publisud, 1992; Nietzsche et la question politique, Paris 1977; und: La philosophie du droit de Montesquieu, Paris: C. Klincksieck, 1973; sowie den Sammelband von *dems.*/René Sève [Hrsg.]: Les grands questions de la philosophie du droit, Paris: Presses Universitaires de France, 1986) und beurteilt die Rezeption der Phänomenologie wie folgt, S. 450: „Wenn die Phänomenologie in den Rechts- und Sozialwissenschaften stärker als anderswo auf Widerstand stiess, so liegt dies teils an den sachlichen Erfordernissen dieser Disziplinen, teils an den Auswirkungen einer spezifisch französischen Tradition“. – Als jüngste Frucht dieser französischen Tradition siehe Alexandre Kojève: Esquisse d'une phénoménologie du droit (Bibliothèque des Idées), Paris: Gallimard, 1981.

forschung Fuss fasst und nicht ausserhalb ihrer“.<sup>66</sup> Eine Vertiefung dieser phänomenologischen Prolegomena zu einer Rechtstheorie findet sich wenig später bei Simone Goyard-Fabre: „In ihrer Schrift nimmt sie nicht nur ständig Bezug auf konkrete Gesetzestexte und berücksichtigt die rechtsphilosophische Tradition in vollem Masse, sie ist vor allem auch in der phänomenologischen Methode versiert und mit den entscheidenden phänomenologischen Texten bestens vertraut. Auch sucht sie einen Mittelweg zwischen klassischem Naturrechtsdenken und neuerem Positivismus, indem sie sich dem konkreten Phänomen des Rechts zuwendet und die ursprüngliche Rechtserfahrung analysiert. [...] Die Immanenz des Rechtswesens und Rechtsdenkens wird durchbrochen durch den Hinweis darauf, dass das Rechtliche im alltäglichen sozialen Leben überall gegenwärtig ist, und zwar deshalb, weil es zur Grundausrüstung des menschlichen Geistes gehört“.<sup>67</sup> Indem sich die phänomenologische Analyse von Recht und Staat nicht der Unterscheidung von Naturrechtsdenken und Rechtspositivismus fügt, verdeutlicht sie einen feststehenden Zug einer jeden geisteswissenschaftlichen Behandlung dieser Gegenstände und entfaltet ganz im Sinn Diltseys einen Beitrag zur Grundlegung von Jurisprudenz und Staatslehre als Geisteswissenschaften.

Einen anderen, aber immer noch entlang dem phänomenologischen Denken Edmund Husserls verlaufenden Denkweg als etwa Felix Kaufmann – weil bereits unter dem Eindruck der Entwicklung der Existenzphilosophie stehend – begehrt Alois Troller (\* 1907) in seiner Studie zu „überall gültigen Prinzipien der Rechtswissenschaft“; die Phänomenologie verspricht ihm eine Mitberücksichtigung der theoretischen Einstellung und der selbstverständlichen Praxis bei der Verfeinerung der Methode der Rechtsanwendung und eine Befreiung aus dem blossen Meinen (*doxa*) und von dogmatischen Konstruktionen. Indem das Bewusstsein zum Ausgangs-, Bezugs- und Endpunkt allen juristischen Rasonnierens erhoben wird, ergibt sich als Ziel: „Die Rechtswissenschaft hat die Ordnung der zwischenmenschlichen Beziehungen zu erforschen und darzustellen. Diese Beziehungen und ihre Ordnung sind Phänomene, das sich zeigende Seiende, die der Rechtswissenschaftler unmittelbar zu sehen und nicht nur in dogmatischen Aussagen zu erfahren hat“.<sup>68</sup> In dieser ontischen Wendung ist die Forderung aber durchaus problematisch, weil die Frage der Vergegenständlichung nicht miteinbezogen wird. Troller nennt die Strukturierung der Bewusstseins-

<sup>66</sup> AaO., S. 453; unter Bezugnahme auf Paul Amselek: *Méthode phénoménologique et théorie du droit* [thèse de doctorat; Bibliothèque de Philosophie du droit, Bd. 2], Paris 1964.

<sup>67</sup> Bernhard Waldenfels: *Phänomenologie in Frankreich*, am angegebenen Ort, S. 455; unter Bezugnahme auf Simone Goyard-Fabre: *Essai de critique phénoménologique du droit* (thèse de doctorat), Paris 1972.

<sup>68</sup> Alois Troller: *Überall gültige Prinzipien der Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main/Berlin: Alfred Metzner, 1965, S. 32; vgl. auch *dens.*: *Grundriss einer selbstverständlichen juristischen Methode und Rechtsphilosophie (Recht in Theorie und Praxis)*, Basel/Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 1975, besonders S. 41ff.; *dens.*: *Rechtserlebnis und Rechtspflege – Ein Fussweg zur Jurisprudenz, für Ungeübte begehbar*, Frankfurt am Main/Berlin: Alfred Metzner, 1962; *dens.*: *Rechtsvergleichung und Phänomenologie*, in: *Inchieste di diritto comparato*, Bd. 2, hrsg. von Mario Rotondi, Padova: CEDAM, 1973, S. 686ff.; und *dens.*: *Erkenntnistheoretische Parallele von Widerspiegelungstheorie und Phänomenologie im praktischen Rechtsdenken*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Wiesbaden: Franz Steiner), Supplementband 1 (1984), Teil 3. – Vgl. dazu Walter Ott: *Das Troller'sche Modell der Erkenntnis und die sowjetmarxistische Widerspiegelungstheorie – Aspekte eines Theorienvergleichs zur juristischen Erkenntnis*, in: *Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart*, Festgabe für Alois Troller zum 80. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, S. 377ff.; sowie die anderen Beiträge, aaO.

inhalte zwar als Aufgabe, die auf dem Weg der phänomenologischen Reduktion (*epoché*), der Bewusstseinsinkehrung zu erfolgen habe; der lebensweltliche Bezug aller Wesen (*eidós*) führe ohne weiteres hin zur Fremderfahrung. Für den Rechtswissenschaftler ergibt sich bei sorgfältiger und differenzierter Betrachtungsweise einen bloss mittelbarer, umsetzungsbedürftiger Nutzen der phänomenologischen Methode: „Die wirkliche Lebenswelt, so wie sie für den Menschen Geltung hat, ist dem Rechtswissenschaftler gegeben. Er erfährt nicht nur die verwirrende und niemals systematisch zu bewältigende Vielfalt der einzelnen Erscheinungen, sondern die in der Gegenwart gesehene, aus der Vergangenheit heraufgeholt und in die Zukunft vorausprojizierten Wesenhaftigkeiten dieser Erscheinungen und ihrer Gesamtheiten. Er erfährt somit das, was die Phänomene zu dem macht, als das sie in verschiedenen menschlichen Bewusstsein unabhängig vom Zeitmodus in unverwechselbarer Identität erscheinen können [...]. Der Rechtswissenschaftler steht nicht mehr allein, nur auf sich angewiesen dem Lebensverhältnis und dem gegenüber, was davon schon ausgesagt wurde. Er hat nicht der ordnende Geist zu sein, den nur sein persönliches immanentes Erfahren belehrt, sein eigenes visionäres ethisches Gefühl. Er sieht in der Lebenswelt nicht bloss isolierte Rechtssubjekte, von denen jedes den Schutzkreis um sich ziehen möchte. Die Lebenswelt, sein Tätigkeitsgebiet, liegt vor ihm ausgebreitet, so wie die unzähligen Rechtssubjekte sie unablässig gemeinsam neu formen. Jedes von ihnen trägt also die Verantwortung dafür mit, dass die Erscheinungen in der richtigen Intention gesehen, die Geltungen erfahren und vollzogen werden“.<sup>69</sup> Seine Auffassung der Rechtsphilosophie bringt Troller so auf den Punkt, dass für ihn nur eine „Begegnung von Philosophie, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft“, nicht jedoch deren Einheit denkbar ist.<sup>70</sup>

#### 4.5 Die „Konkretisierung der Selbstbestimmung“ bei Hans Ryffel – Naturrecht und Rechtssoziologie: „vorläufig richtiges Recht“

Bedeutet für Stammler die Forderung der Richtigkeit des Rechts vor allem, dass dieses das richtige Mittel zu richtigem Zweck ist, erfährt die Formel des richtigen Rechts in der Folge eine wesentlich andere Bestimmung (ausser auf Larenz und auf Julius Binder sei auf die Bedeutung der Formel bei Arthur Kaufmann hingewiesen<sup>71</sup>): Karl Larenz versteht zwar unter der Formel „Richtiges Recht“ im Anschluss an Stammler ein „besonders geartetes gesetztes Recht“, begründet dieses aber verschiedenen von der „reinen Rechtslehre“ Stammlers im Sinn einer Rechtsethik in einem zurückgenommen neuhegelianischen Sinn; für Larenz haben Rechtsgrundsätze (an der Rechtsidee ausgerichtete „Rechtsprinzipien“) die Funktion eines Wegweisers für die

<sup>69</sup> AaO., S. 55f.

<sup>70</sup> Alois Troller: Die Begegnung von Philosophie, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft (Die philosophischen Bemühungen des 20. Jahrhunderts), Basel/Stuttgart: Schwabe & Co., 1971, mit der Forderung, S. 20, „das gemeinsame Bemühen der Juristen und Philosophen soll darauf ausgerichtet sein, das menschliche Dasein so zu ordnen, dass der allgemeine Geist sich darin im wirklichen und ursprünglichen Sinn des Wortes zurechtfindet, d.h. dass er dort das Recht findet“.

<sup>71</sup> Vgl. Arthur Kaufmann: Richtiges Recht – Eine Skizze, in: Universitas, Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur (Stuttgart: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft), Jg. 1990, H. 2, S. 150ff.

Bildung richtiger Normen (jedoch ohne universelle Gültigkeit). Damit ist eine Überbrückung der Kluft zwischen Rechtsphilosophie/Rechtstheorie und Rechtspraxis angestrebt, ist die Frage der Rechtfertigung/Legitimation der juristischen Fallentscheidung nicht wie bei Stammler wenn nicht transzendental-logisch, so doch rechtsimmanend, sondern im Ergebnis eben doch metaphysisch gestellt: „Da ‚Richtigkeit‘ im hier gemeinten Sinn, was bei Stammler nicht hinreichend deutlich wird [*sic* !], nicht logische Richtigkeit, nicht Richtigkeit des Denkens, sondern normative Richtigkeit, das heißt Rechtfertigung eines Geltungsanspruchs, bedeutet, und damit richtiges Handeln, ist sie eine Frage der Ethik oder, mit Hans Ryffel (\* 1914) zu sprechen, der ‚philosophischen Reflexion der Lebenspraxis‘, in der Ausdrucksweise Kants, nicht der theoretischen, der erkennenden, sondern der praktischen, das heißt der sittlich-gesetzgebenden Vernunft.“<sup>72</sup> Hier wird von Larenz die Möglichkeit einer nicht-objektiven, sondern subjektiv-allgemeinen Begründung von rechtlichen Geltungsansprüchen nicht mit in Betracht gezogen (Stammler „richtiges Recht“ liegt aber eher auf dieser dritten, von Larenz nicht erkannten Linie); die Bezugnahme auf Aristoteles und auf Hans Ryffel sowie die Orientierung an Georg Wilhelm Friedrich Hegel bezeichnen bei Larenz eine Skepsis, ob ein dritter Weg zwischen der Naturrechtslehre (Metaphysik des Rechts) und dem Positivismus („Erkenntnis“ des Rechts“) gangbar sei. So kommt es zu der von Larenz vollführten teilweisen Dekonstruktion von Stammlers Rechts- und besonders auch seiner Sozialphilosophie aus einem rein formalistischen Verständnis der bezweckten „vollendeten Harmonie allen sozialen Wollens“. „Es hat bei Stammler, infolge seiner strikten Trennung von ‚Begriff‘ und ‚Idee‘ des Rechts, den Anschein, als sei es dafür, ob eine gegebene Ordnung eine ‚Rechtsordnung‘ ist, ohne Bedeutung, ob ihr die ‚Eigenschaft der Richtigkeit‘ zukommt oder nicht. Dem steht aber Stammlers Aussage gegenüber, dass alles gesetzte Recht ein Versuch sei, richtiges Recht zu sein. [...] Ist es für die Eigenschaft eines gesetzten Recht als eines Rechts und damit für seine normative Geltung nach Stammler auch nicht erforderlich, dass es durchweg ‚richtiges Recht‘ ist, so doch, dass es im ganzen an dem Gedanken des richtigen Rechts orientiert, wir können auch sagen, dass es auf dem Weg zum richtigen Recht ist.“<sup>73</sup>

Ryffel ist nach und nach von seiner naturrechtlichen Position abgerückt und die Rechtsidee auf ein „vorläufig Richtiges“ zurückgenommen;<sup>74</sup> in einem Briefwechsel

<sup>72</sup> Karl Larenz: Richtiges Recht – Grundzüge einer Rechtsethik (Schwarze Reihe, Bd. 185), München: C.H. Beck, 1979, S. 13; unter – bezeichnenderweise Immanuel Kant vorangestellter – Bezugnahme auf Hans Ryffel: Recht und Ethik heute, in: Recht und Gesellschaft, Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, 1978; vgl. auch *dens.*: Recht und Moral nach dem neuzeitlichen Umbruch, in: Verrechlichung und Verantwortung (studia philosophica, Supplementband 13), hrsg. von Helmut Holzhey und Georg Kohler, Bern: Paul Haupt, 1987, S. 81ff.

<sup>73</sup> AaO., S. 18f. Vgl. die nochmals andere, personalistisch-relationale, Korrespondenz- und Konsens-theorie verbindende konvergenztheoretische, Auffassung der Formel vom „richtigen Recht“ bei Arthur Kaufmann: Richtiges Recht – Eine Skizze, in: Über Gerechtigkeit – Dreissig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymann, 1993, S. 355ff. (erstmalig in: Universitas, Bd. 45 [1990], Nr. 524, S. 150ff.); grundlegend siehe *dens.*: Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen – Grundlegung einer personalen Rechtstheorie, aaO., S. 281ff. (erstmalig in: Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodologie, Kybernetik und Soziologie des Rechts [Berlin: Duncker & Humblot], Bd. 17 [1986], S. 257ff.); sowie *dens.*: Grundprobleme der Rechtsphilosophie – Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken, München: C.H. Beck, 1994, S. 217ff.

<sup>74</sup> Vgl. Hans Ryffel: Das Naturrecht – Ein Beitrag zu seiner Kritik und Rechtfertigung vom Standpunkt



mit Hans Merz stimmt er gar einem Zitat Walther Burckhardts zu, das den Kontext für die nachfolgende Auseinandersetzung bildet: „Sachlich entspricht der Idee des Gerechten (unter gegebenen Umständen) stets nur eine Rechtsordnung; welcher von verschiedenen Vorschlägen der richtige sei, ist nicht nur eine Frage des subjektiven Empfindens, sondern eine nach objektivem Massstab zu lösende Frage. Aber in dieser Frage haben die unvollkommenen Menschen, die sie beantworten sollen, nur eine unvollkommene Einsicht; und ihre Antwort wird deshalb auch, nach ihrer subjektiven Bedingtheit, verschieden sein. Wenn man sie, die beschränkten Menschen, entscheiden lässt, führt man ein irrationales Moment in das Problem ein, und es gibt keine Gewähr mehr für eine rationelle Lösung. Kein Mittel kann mehr gewährleisten, dass die richtige Lösung herauskomme, ja dass überhaupt eine Lösung herauskomme. Folgerichtigerweise muss man darüber stets die Vernunft entscheiden lassen; aber dann bleibt die Lösung auch stets (unter den Menschen) unentschieden, da der Appell an die Vernunft stets offen bleibt“.<sup>75</sup> Die sich darauf beziehende Anfrage von Merz betrifft einen Punkt von eminentem Interesse für das bessere Verständnis der Rechtsphilosophie Ryffels:<sup>76</sup> „Gewisse Schwierigkeiten bereitet mir (und wohl auch Ihnen) die Konkretisierung der moralischen Selbstbestimmung in der demokratischen politischen Wirklichkeit. Sie verlangen von den Beteiligten, dass sie sich gemeinsam den Rechtsnormen unterstellen, die am unverfügbaren Massstab orientiert sind. Wir wissen, dass das für nicht so wenige Beteiligte nicht gilt. Ihnen gegenüber muss aber die einigermassen der Rechtsidee entsprechende Ordnung doch durchgesetzt werden. Das Wort ‚Rechtsidee‘ ist mir unwillkürlich in meinen Gedankengang geflossen. Ich habe daraufhin bei Burckhardt in der ‚Organisation [der Rechtsgemeinschaft], geblättert und bin dabei auf die Stelle gestossen[:] ‚Die Verwirklichung der reinen Idee des Rechts in einer konkreten Rechtsordnung führt durch die unreine Werkstatt der beschränkten Menschen[:] wer eine Rechtsordnung haben will, muss die Gefahr der Verunreinigung der Idee mit in Kauf nehmen[:]‘. Ist das nicht ein Gedanke, der Ihrer Auffassung ebenfalls zugrundeliegt?“ Darauf antwortete Ryffel in einem maschinenschriftlichen Brief vom 27. August 1987 folgendes: „Die Konkretisierungsprobleme bedürften in der Tat der Bearbeitung, und ich hoffe, in einer grösser angelegten Sache (so etwas wie ‚Elemente einer Philosophie der Praxis‘, die freilich gar sehr unter dem grossen Vorbehalt Ihres ‚*Dieu voulant*, stehen) auch dazu etwas mehr als bisher sagen zu können, obwohl mich diese Dinge ‚*sub specie ...*‘ nicht sonderlich ansprechen. Konkrete Einzelheiten – es sei offen eingestanden und aufrichtig beklagt – waren schon immer weder meine Vorliebe noch meine Stärke (worüber sich bekanntlich der Teufel

---

grundsätzlicher Philosophie (Dissertation Universität Bern 1944), Bern: Herbert Lang & Cie., 1944; sowie noch *dens.*: Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie – Philosophische Anthropologie des Politischen, Neuwied/Berlin: Luchterhand, 1969.

<sup>75</sup> Walther Burckhardt: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft – Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1927, S. 185f.; unter Hinweis auf Rudolf Stammler: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 2., durch einen literarischen Nachtrag vermehrte A. 1923, Paragraph 79.

<sup>76</sup> So Hans Merz in einem maschinenschriftlichen Brief vom 18. August 1987 (unter Bezugnahme auf die ihm zugesandten Aufsätze von Hans Ryffel: Moral und Recht nach dem neuzeitlichen Umbruch, am angegebenen Ort; und auf *dens.*: Gewissen und rechtsstaatliche Demokratie, in: Verwaltung im Rechtsstaat, Festschrift für Carl Hermann Ule zum 80. Geburtstag, hrsg. von Willi Blümel u. a., Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymann, 1987, S. 321ff.

freuen dürfte). / Was die Konkretisierung der Selbstbestimmung anbelangt, stimme ich dem Burckhardt-Zitat ganz zu (die ‚unreine Werkstatt des Menschen‘ – ein trefflicher Ausdruck – ist nicht der Ort, wo das reine Richtmass der ‚Rechtsidee‘ zur Geltung kommen könnte)“. Das in Aussicht gestellte Buch zu schreiben war Ryyffel freilich nicht mehr vergönnt.<sup>77</sup>

## 5. Das Erkenntnisinteresse – Die Vision einer Philosophie der Jurisprudenz und die Perspektive einer integrativen Jurisprudenz

Die Aufarbeitung von Grundlagenmaterial soll den Boden für die neuerliche Bewirtschaftung eines derzeit brachliegenden Forschungsgebiets bestellen; dabei werden Originalität und Vielfalt der alpenländischen Denkansätze in ihrem Verhältnis zu den jeweiligen Grundströmungen nach- und aufzuzeichnen sein. Davon wird ein kräftiger Ansporn zu schöpferischem Weiterdenken der in der Schweiz auf engem Raum gepflegten wissenschaftlichen Ansätze auf den Gebieten der Jurisprudenz, der Rechtsphilosophie und der Allgemeinen Staatslehre ausgehen.

Im Anschluss an unsere einschlägige Monographie<sup>78</sup> soll das vordringliche Erkenntnisinteresse dahingehend formuliert werden, dass es eine persistente Aufgabe darstellt, immer wieder neu die Brücke zu schlagen zwischen dem Allgemein-Abstrakten und dem Konkret-Besonderen, das heisst die konkrete Erscheinung als unter einem allgemeinen Begriff stehend zu denken (dies gilt gerade für die Anwendungswissenschaften mit ihrer Aufgabe der Applikation von Normen). Solche Sensibilität für die Zusammenhänge zwischen der „Phänomenologie des Geistes“ und aggregiert fassbaren „Gegenständen“ der Wissenschaften ist bisanhin vor allem von der philosophisch-anthropologischen und in der phänomenologischen Richtung der Rechtswissenschaft entwickelt und gepflegt worden. Es blieb jedoch die noch weitgehend ungelöste Forderung bestehen, dass sich die normative Theoriebildung den normativen Strukturen, wie sie in den zu bearbeitenden Situationen selbst liegen möglichst passgenau anschmiege, und dass sie so die Leistungen der in der Praxis geübten Urteilskraft adäquat als besondere Fälle eines allgemeinen Begriff zu denken vermöge. Diese Forderung zu erfüllen ist nicht eine eigentliche Philosophie des Rechts berufen, sondern eine Wissenschaftsphilosophie der Jurisprudenz, das ist eine wissenschaftsphilosophische Grundlegung der lebensphilosophisch umrissenen und wissenschaftlich bearbeiteten Rechtserfahrung. Diesen Ansatz haben manche italienische Rechtsphilosophen am konsequentesten durchgeführt, so allen voran Widar Cesarini Sforza, für den Rechtsphilosophie „der Teil der Philosophie ist, der die juristische Erfahrung in ihrem ganzen Umfang als Akt des Lebens erforscht“.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> Vgl. aber das letzte Buch von *Hans Merz*: [Rechtsgeschäft,] Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg im Üechtland: Universitätsverlag, 1988, auf das im Briefwechsel Bezug genommen wird.

<sup>78</sup> *Michael Walter Hebeisen*: Recht und Staat als Objektivationen des Geistes in der Geschichte – Eine Grundlegung von Jurisprudenz und Allgemeiner Staatslehre als Geisteswissenschaften, Basel/Baden-Baden: Helbing & Lichtenhahn/Nomos (in Vorbereitung).

<sup>79</sup> *Widar Cesarini Sforza*: Rechtsphilosophie (Filosofia del Diritto), München: C.H. Beck, 1966 (Milano: A. Giuffrè, 3. A. 1958), S. 2.

Das interdisziplinäre Interesse ist dahingehend zu bezeichnen, dass an wissenschaftstheoretischen, geschichtsphilosophischen und gesellschaftstheoretischen Aspekten des Untersuchungsgegenstands in aktueller Absicht die Erneuerung einer geisteswissenschaftlich verankerten Jurisprudenz und Staatslehre als fruchtbar ausgewiesen werden soll; dabei wird die Jurisprudenz als Integrationswissenschaft zu walten haben. Die faktisch unbestreitbare, aber auch wissenschaftsphilosophisch nicht ohne weiteres zu verurteilende dogmatische Struktur der Rechtswissenschaft<sup>80</sup> fordert geradezu eine die systematischen Bezüge zu anderen Disziplinen pflegende „integrative Jurisprudenz“,<sup>81</sup> bzw. die Pflege der Jurisprudenz als Geisteswissenschaft, wie wir gleichzuset-

<sup>80</sup> Vgl. *Aulis Aarnio*: On the Paradigm of Legal Dogmatics – Problems of Scientific Progress in Legal Research, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Wiesbaden: Franz Steiner), Supplementband 1 (1982), Teil 1, S. 135ff.; *Görg Haverkate*: Jurisprudenz, Wissenschaft als Politik – Dogmatische Rechtswissenschaft und „richtiges Recht“, in: *Wissenschaftstheorie der Geisteswissenschaften*, hrsg. von R. Simon-Schäfer und W. Ch. Zimmerli, Hamburg 1975, S. 293ff.; *Maximilian Herberger*: Juristische Dogmatik – Zur Geschichte von Begriff und Methode (Ius Commune, Sonderheft 12), Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1980; *dens.*: Zum Methodenproblem der Methodengeschichte – Einige Grundsatz-Reflexionen, in: *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert – Beiträge zu einem interdisziplinären Symposium in Tübingen vom 18. bis 20. April 1996* (Contubernium, Tübinger Beiträge zur Universitäts- und Wissenschaftsgeschichte, Bd. 46), hrsg. von Jan Schröder, Stuttgart: Franz Steiner, 1998, S. 207ff.; *Günther Jahr*: Zum Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, in: *Rechtstheorie – Beiträge zur Grundlagendiskussion*, hrsg. von Günther Jahr und Werner Maihofer, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1971, S. 303ff.; *Arthur Kaufmann*: Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, hrsg. von Arthur Kaufmann und Winfried Hassemer, Heidelberg/Karlsruhe: C.F. Müller, 1977, S. 1ff.; *Hans Kelsen*: Rechtswissenschaft und Recht – Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der „Rechtsdogmatik“, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* (ZöR; Wien/Leipzig: Franz Deuticke), hrsg. von Hans Kelsen, Bd. 3 (1922/1923), S. 103ff.; *Werner Krawietz*: Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis – Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung (Forschungen aus Staat und Recht, Bd. 38), Wien/New York: Springer, 1978; *Ulrich Meyer-Cording*: Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft, in: *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Hefte 428/429, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1973; *Erich Rothacker*: Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus, in: *Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und Literatur, Geistes- und sozialwissenschaftliche Klasse* (Mainz), Jg. 1954; *Hubert Rottluehner*: Richterliches Handeln – Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt am Main: Athenäum, 1973; *Fritz Sander*: Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtersfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Wien/Leipzig: Franz Deuticke), hrsg. von Hans Kelsen, Bd. 2 (1921), S. 511ff.; *Eike von Savigny*: Die Rolle der Dogmatik – Wissenschaftlich gesehen, in: *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, hrsg. von Eike von Savigny u.a., München: C.H. Beck, 1976, S. 100ff.; *E.J. Thuß*: Die Denkform der Rechtsdogmatik, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Wiesbaden: Franz Steiner), Bd. 46 (1960), S. 241ff.; *Theodor Viehweg*: Rechtsdogmatik und Rechtsethik bei Ihering, in: *Rechtsphilosophie und rhetorische Rechtstheorie – Gesammelte kleine Schriften*, hrsg. von Heino Garrn (Studien zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Bd. 9), Baden-Baden: Nomos, 1995, S. 153ff.; *dens.*: Zwei Rechtsdogmatiken, in: *Philosophie und Recht*, Festschrift zum 70. Geburtstag von Carl August Emge, hrsg. von Ulrich Klug, Wiesbaden: Franz Steiner, 1960, S. 106ff.; *dens.*: Ideologie und Rechtsdogmatik, in: *Ideologie und Recht*, hrsg. von Werner Maihofer u.a., Frankfurt am Main 1969, S. 83ff.; sowie die Beiträge bei *Eike von Savigny/Ulfried Neumann/Joachim Rahlf*: *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München: C.H. Beck, 1976. – Zur Berechtigung der theologischen Dogmatik vgl. *Carl August Emge*: *Der philosophische Gehalt der religiösen Dogmatik – Prolegomena zu einer wahren Theologie*, München: Ernst Reinhardt, 1929.

<sup>81</sup> Vgl. die ähnlichen Ansätze von *Harold J. Berman*: *Towards an Integrative Jurisprudence – Politics, Morality, History*, in: *California Law Review*, Bd. 76 (1988), S. 779ff.; und von *Widar Cesarini Sforza*: *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Milano: Società Editrice Libreria, 1913; zuletzt ins Werk

zen geneigt sind. Nur so kann eine nachhaltige Überbrückung des Gegensatzes zwischen Lehre und Forschung, zwischen Theorie und Praxis erfolgen. Sie ist von der Überzeugung getragen, dass die infragestehenden Disziplinen nur als pragmatisch fundierte Anläufe der Verwissenschaftlichung der Praxis auf dem betreffenden Gebiet des gesellschaftlichen Handelns begründet werden können. In einem weiteren Horizont lässt sich die Fragestellung fassen als eine Bestimmung des Verhältnisses von Wissenschaft und Leben, wie sie etwa bei Friedrich Nietzsche und Max Weber anzutreffen ist.<sup>82</sup> Der Philosoph Hans Ryffel hat in seiner Berner Antrittsvorlesung eindringlich den „Lebensbezug der Philosophie“ gefordert; „die radikale philosophische Fragestellung erwächst so in allen Bereichen aus dem Schosse der Lebenspraxis selber“. Solches Nachforschen führt freilich quasi zwangsläufig auch zu einem existentiellen In-Frage-Stellen: „Mag man nämlich auch darob beruhigt sein, dass die Philosophie kein pures Abenteuer des Geistes und damit des Menschen ist, vielmehr [...] jenen schon der schlichten Lebenspraxis gemeinsamen Gehalten verhaftet, also im Leben selber verwurzelt ist und immer wieder zu ihm zurückkehrt, so erscheint sie nun vom Standpunkt dieser Lebenspraxis aus unter neuen Aspekten als fragwürdig“.<sup>83</sup> Ansätze in die Richtung eines lebensphilosophischen Verständnisses insbesondere der Jurisprudenz finden sich auch in der Festrede des Rektors der Universität Fribourg, Wilhelm Oswald, aus dem Jahr 1954 mit dem Titel „Formalismus in der Jurisprudenz und materiale Rechtsethik“.<sup>84</sup>

Ein durchgehender Zug spezifisch geisteswissenschaftlich einzuordnender Verständnisse der Jurisprudenz und der Staatslehre macht das Bemühen um eine interdisziplinäre, die behandelten Gegenstände in ein einheitliches Gefüge der Wissenschaftsdisziplinen einordnende und die Beziehungen zwischen den einzelnen Disziplinen thematisierende Gesamtschau aus („integrative Rechtswissenschaft“). Insbesondere in Neapel formt, festigt und überliefert sich die infragestehende geisteswissenschaftliche – anti-intellektualistische, aber nicht irrationalistische – Tradition,<sup>85</sup> deren Fernziel

---

gesetzt von *David Dyzenhaus: Legality and Legitimacy* – Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, Oxford: Clarendon Press, 1997; aber auch schon die Stellungnahme von *Helmut Coing: Die obersten Grundsätze des Rechts – Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts* (Schriften der Süddeutschen Juristen-Zeitung, H. 4), Heidelberg: Lambert Schneider, 1947, S. 145, der betont, „dass sowohl die geistesgeschichtliche Analyse der Grundwertungen und -entscheidungen des positiven Rechts wie die Erforschung der Interessenlage nicht mit der speziellen Methode der Rechtswissenschaft allein durchgeführt werden kann, dass vielmehr die Rechtswissenschaft hier der Hilfe der anderen Geisteswissenschaften bedarf“.

<sup>82</sup> Vgl. dazu *Andrea Germer: Wissenschaft und Leben – Max Webers Antwort auf eine Frage Friedrich Nietzsches* (Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft, Bd. 105), Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1994.

<sup>83</sup> *Hans Ryffel: Philosophie und Leben, Antrittsvorlesung*, gehalten am 14. Februar 1953 (Berner Universitätsschriften, H. 9), Bern: Paul Haupt, 1953, S. 5, 4 und 8f.

<sup>84</sup> *Wilhelm Oswald: Formalismus in der Jurisprudenz und materiale Rechtsethik*, Festrede, gehalten am Dies Academicus der Universität Freiburg am 15. November 1954 (Freiburger Universitätsreden, Neue Folge Bd. 19), Fribourg: Universitätsverlag, 1957; vgl. auch *dens.: Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger zum 70. Geburtstag, Fribourg: Universitätsverlag, 1968.

<sup>85</sup> Abgesehen von dem in Mailand lehrenden, aber aus Süditalien stammende *Igino Petrone: Il diritto nel mondo dello spirito – Saggio filosofico*, Milano: Libreria Editrice Milanese, 1910; vgl. das Grundlagenwerk *dens.: Filosofia del diritto*, hrsg. von Giorgio Del Vecchio, Milano: A. Giuffrè, 1950 (erstmalig Regia:

Pietro Piovani so treffend benannt hat: „*l'esperienza completa di vita giuridica*“.<sup>86</sup> Die wissenschaftsgeschichtliche Entwicklung der Rechtsphilosophie steht – so zugegebenermaßen zu plakativ ausgedrückt, aber doch wohl nicht ohne jede Orientierungsleistung bleibend – im Spannungsfeld zwischen der Selbstbeschränkung auf das Diesseitige, auf die in Geschichte und Gesellschaft immanente Rechtserfahrung, und der naturrechtlichen Spekulation über die jenseits der Rechtsordnung angesiedelten Gerechtigkeit; sie spannt sich also etwa zwischen den dominanten Polen des geisteswissenschaftlichen Liberalismus eines Benedetto Croce und der aufgeklärten Naturrechtslehre eines Giorgio Del Vecchio auf, um mit auch in deutschen Ländern einigermaßen bekannten Namen zu sprechen. Kennzeichnend für manche Strömungen der italienischen Rechtsphilosophie ist aber gerade das Bestreben, diese Spannung zu vermitteln, beispielsweise über die Dialektik des Abstrakt-Konkreten; stellvertretend für viele seien die Rechtsphilosophie Giovanni Gentiles sowie Entwurf und Ausführung einer integrativen Rechtstheorie bei Widar Cesarini Sforza genannt. „Der ist kein wahrer Jurist, der zwar wissenschaftlich genau das positive Recht eines Landes kennt, sich aber nicht Rechenschaft gibt über die unüberwindliche Kluft zwischen Recht und Leben und die absolute Unmöglichkeit, die in allen Gesellschaften auftretende Forderung zu erfüllen, die menschlichen Handlungen durch Aufstellung einer festen Ordnung von Regeln oder Normen zu rationalisieren“.<sup>87</sup>

Zu jeder geisteswissenschaftlichen Pflege der Jurisprudenz – und daher kommt der genuin hermeneutische/zeichentheoretisch-sprachphilosophische Einschlag von deren geisteswissenschaftlichen Grundlegung – gehört das Bewusstsein, dass die rechtlichen Begriffe nicht einfach logisch verrechnet werden können (weil die Gegenstände, für die die Zeichen stehen, steter Veränderung unterworfen sind), dass also ein hermeneutisches Verstehen der Rechtstexte wie der Handlungen, auf die diese sich beziehen, unabdingbar ist, und dass für die Anwendung des Rechts damit nicht nur Verstandes- sondern, in besonderem Mass sogar, Vernunftleistungen zu erbringen sind.<sup>88</sup> „In der Arbeit der Rechtswissenschaft setzt sich der Denkprozess substantiell fort, der in der Schöpfung einer objektiven und rationalen Ordnung des menschlichen Handelns zum Ausdruck kommt“.<sup>89</sup> Die Analyse der Funktionen der Urteilskraft als eines anschauenden kognitiven Vermögens des Menschen macht darauf aufmerksam, wie

Università di Modena, 1897/1898); und *dens.*: *Problemi del mondo morale meditati da un idealista*, Palermo: Sandron, 1980.

<sup>86</sup> *Pietro Piovani*: *Linee di una filosofia del diritto* (1958), Padova: CEDAM, 3. A. 1959, S. 14; vgl. *dens.*: *Giustnaturalismo ed etica moderna*, Bari: Laterza, 1961; und *dens.*: *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano: A. Giuffrè, 1963.

<sup>87</sup> *Widar Cesarini Sforza*: *Rechtsphilosophie (Filosofia del Diritto)*, München: C. H. Beck, 1966 (Milano: A. Giuffrè, 3. A. 1958), S. 1.

<sup>88</sup> Vgl. die allgemeine, nicht nur das Rechtsgesetz betreffende Auffassung von *Immanuel Kant*: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), in: *Gesammelte Werke*, hrsg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlin: Georg Reimer, 1911, Bd. 4, S. 412: „Da zur Ableitung der Handlungen von Gesetzen Vernunft erfordert wird, so ist der Wille nichts anderes als praktische Vernunft“. – Für die Übertragung dieser idealistischen Auffassung in die Rechtswissenschaft in Anlehnung an die neukantische Rechtsphilosophie *Rudolf Stammler* und für ihre Verbindung mit der juristischen Urteilskraft siehe *Eugen Huber*: *Recht und Rechtsverwirklichung – Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1921, S. 381: „Es ist ohne weiteres klar, dass die Vernunfttätigkeit, welcher das juristische Denken angehört, die Beurteilung sein muss“.

<sup>89</sup> *Widar Cesarini Sforza*: *Rechtsphilosophie*, a.a.O., S. 4.

wichtig für die Auslegung des positivierten Rechts lebendige Anschauung der gelebten Rechtspraxis wie auch des entwickelten Rechtsbewusstseins sind. Die Urteilskräfte sind es, die für eine Kritik der tradierten juristischen Dogmatik befähigen und damit Beitrag zu ihrer Anpassung an veränderte Umstände leisten (zu erinnern ist an die Unentrinnbarkeit einer Dogmatik, aber der Vermeidbarkeit des Doktrinarismus). Erkauf wird der weitere Horizont der wissenschaftsphilosophischen Betrachtung von Recht und Staat mit dem Eingeständnis in die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien, der Wirkungsgeschichtlichkeit allen Verstehens, letztlich des geschichtlichen Daseins des Menschen in all seinen Aktivitäten; kompensiert werden kann diese Dynamisierung nur durch das Vertrauen in die Problemlösungsfähigkeit einer republikanisch verfassten politischen Gemeinschaft, wie es etwa aus der intrinsisch-normativen narrativen Struktur der kollektiven geschichtlichen Erfahrung hervorgeht. Dieses Vertrauen gründet erkennbar in einem neuen Humanismus, eventuell verstehbar als optimistischer Antrieb eines transzendentalen Idealismus, der eine innere Verbindung eingeht mit einem die Realität ernst nehmenden Pragmatismus (gemäß dem handlungstheoretischen Einschlag der Rechtswissenschaft und der Staatslehre). Zusammengekommen verdient die Wissenschaft des Rechts, mitsamt der ganzen Würde, die ihr zukommt, Jurisprudenz genannt zu werden und nicht etwa Rechtswissenschaft, weil sie nach wie vor der Sphäre der *prudentia* (*phronesis*), nicht derjenigen der *scientia* (*episteme*) zugeordnet bleibt,<sup>90</sup> und eben deshalb von den Römern ja auch zu den *artes liberales* gerechnet wurde.

Früh schon wurde von Jean Barbeyrac wechselseitige Befruchtung der Wissenschaften des Rechts und der Geschichte festgehalten (in seiner Lausanner Antrittsrede „*De dignitate et utilitate juris et historiarum et utriusque disciplinae amica conjunctione*“) und in der Praxis des Natur- und Völkerrechts für die Jurisprudenz gewinnbringend betätigt.<sup>91</sup> Die Geschichtlichkeit des Rechts liegt an sich allein schon in der Tatsache begründet, dass Normen Handlungserwartungen hochwirksam verstetigen, wenn sie im

<sup>90</sup> Vgl. dazu *Martin Kriele*: Recht und praktische Vernunft, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1979, S. 17ff. – Zu gleicher Zeit haben *L.A. Muratori* und *Giovanni Battista Vico* die Rechtswissenschaft als eine *iuris prudentia* ausgewiesen; siehe *L.A. Muratori*: *Riflessioni sopra il Buon Gusto nelle Scienze e nelle Arti*, *Divise in due Parti* (1708), Nachdruck Venezia 1742, zusammen mit: *Dei Difetti della Giurisprudenza*; und *Giovanni Battista Vico*: *De nostri temporis studiorum ratione* (1708) (Vom Wesen und Weg der geistigen Bildung), zweisprachig hrsg. von W.F. Otto, Godesberg 1947.

<sup>91</sup> Die Fruchtbarkeit einer Verbindung von geschichtlicher und juristischer Methode postulierte erstmals und immer noch einzigartig in seiner Lausanner Antrittsrede *Jean Barbeyrac*: *De dignitate et utilitate juris et historiarum et utriusque disciplinae amica conjunctione*, *Oratio inauguralis, quam dixit anno domini XIV. Kalend. April. M.DCCXI. Joannes Barbeyracus, Juris & Historiarum in Academia Lausannensi Professor ordinarius, Lausanne helvetiorum. Apud Fridericum Gentil & Theophilum Crosat, M.DCCXI.*; dazu siehe *Philippe Meylan*: *Jean Barbeyrac (1674 bis 1744) et les débuts de l'enseignement du droit dans l'ancienne Académie de Lausanne – Contribution à l'histoire du droit naturel pour le 4<sup>ème</sup> centenaire de l'Université de Lausanne*, juin 1937 (Recueil de travaux de la Faculté de l'Université de Lausanne), Lausanne 1937. – Vgl. so ähnlich in der Grundhaltung auch noch *Emer de Vattel*: *Le droit de gens ou principes de la loi naturelle – Appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains*, London: ohne Drucker, M.DCC.LXVIII. – Vgl. fernerhin *Dieter Wyduckel*: Zur Bedeutung der historischen Dimension in der Rechts- und Staatsphilosophie, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Stuttgart: Franz Steiner), Beiheft Neue Folge 44 (1991), S. 394ff.; sowie *Heinrich Lau*: *Prolegomena zu einer kritisch-historischen Rechtstheorie* (Deutsche Hochschulschriften, Bd. 1070), Egelsbach: Hänsel-Hohenhausen, 1995.

Enttäuschungsfall vor den staatlichen Rechtspflegeorganen Anerkennung finden. Wenn die Wissenschaften von Staat und Recht der Geschichtlichkeit des Menschen – die dadurch zu ihrer eigenen wird – zu begegnen haben, impliziert die Mehrdimensionalität der Geschichte eine Vielzahl von gleichberechtigten Zugängen zu den infragestehenden Denkgegenständen: deskriptiv-statistische, anthropologische, institutionelle, wirkungsgeschichtliche, normentheoretische, undsoweiter. Nur unter Einbeziehung all dieser Aspekte – koordiniert durch einen gesunden Gemeinsinn – können der geschichtliche Ordnungsanspruch des Staates wie die gemeinschaftlich-institutionalisierten Rechtsordnungen insgesamt als sinnhaft erfahren werden;<sup>92</sup> darüberhinaus ist festzuhalten, dass solcher Sinnaufweis immer nur in „Anschauung“ der Praxis und im Verstehen der Zeugnisse verfloßener Praxis liegen kann. Alles „praktische Wissen“ in den Geisteswissenschaften erweist sich so als notwendig geschichtlich, nämlich abhängig von der Kenntnis von der Entwicklung von Ideen/Begriffen/Konzepten/Theoremen (im Gegensatz zum auf Hypothesen und Experimenten beruhenden, sogenannte „exakten“, Wissen der Naturwissenschaften).<sup>93</sup>

Das Fernziel der in Aussicht gestellten wissenschaftsphilosophischen Bemühungen jedoch liegt darin, die wenn auch nicht mehr in den Theoriedebatten, so doch in den Hinterköpfen unvermindert wirkungsmächtige Entgegensetzung von Positivismus und Naturrechtslehre zu entparadoxieren und zu versachlichen.

Die obenstehend in Aussicht gestellte Interdisziplinarität einer „integrativen Jurisprudenz“ forderte bei konsequenter Fortführung letztlich eine Überwindung der Interdisziplinarität in Richtung auf einer Supra- oder Transdisziplinarität: Die interdisziplinäre Auseinandersetzung besitzt einen klar bezeichneten Gegenstand, woran sie sich zu orientieren hat, sollen sich die Einzelwissenschaften mit ihren Argumentationen treffen und verstehend verständigen. Damit muss aber das Gespräch über die Disziplingrenzen hinweg gewissermassen über den Disziplinen stehen, supradisziplinär sein; dies umsomehr als eine Einflussnahme auf die Forschungsanlage der einzelnen Disziplinen unbedingt zu fordern ist. Weiters gilt es, einen ganzheitlichen Ansatz zu pflegen und über die Disziplingrenzen hinweg Bezug zu nehmen, und dennoch nicht auf die Leistungsfähigkeit der Methodologien – besser: Argumentationsstile (denn im Grunde genommen gibt es doch keine Methode, die zuverlässig für die Richtigkeit ihrer Ergebnisse bürgte) – der einzelnen Wissenschaften zu verzichten. Indem sich die einzelnen Wissenschaftsdisziplinen schliesslich auf ihr Kerngebiet bescheiden und ihre Leistung im Gesamtzusammenhang reflektieren, entsteht zudem Raum und erwächst

<sup>92</sup> Otto Vössler: *Geschichte als Sinn*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979. – In diesem Zusammenhang könnte es lohnend sein, die entsprechenden Lehren der schottischen *common sense*-Philosophen zu untersuchen; vgl. *Manfred Kuehn*: *Scottish Common Sense in Germany (1768 bis 1800)*, Montreal: McGill-Queen's University Press, 1987; *Knud Haakonssen*: *Natural Law and Moral Philosophy – From Grotius to the Scottish Enlightenment*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996; und die Beiträge bei *Vincent Hope* (Hrsg.): *Philosophers of the Scottish Enlightenment*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1984. – Zur Bedeutung des *common sense* für die Rechtswissenschaft siehe *Paul Vinogradoff*: *Common Sense in Law (The Home University Library of Modern Knowledge, Bd. 83)*, London, 3., von H. G. Hanbury durchgesehene A. 1961 (London: Williams and Norgate, 1913).

<sup>93</sup> Vgl. *Isaiah Berlin/Ramin Jahanbegloo*: *Den Ideen die Stimme zurückgeben – Eine intellektuelle Biographie in Gesprächen (Isaiah Berlin, en toutes libertés – Entretiens avec Ramin Jahanbegloo)*, Frankfurt am Main: S. Fischer, 1994 (Paris: Éditions du Félin, 1991), S. 40ff., auf die Frage, ob sein Interesse ein philosophisches oder ideengeschichtliches sei.

Berechtigung für andere Disziplinen, entsteht erst die Möglichkeit eines erfolgreichen interdisziplinären Diskurses nach den Regeln einer neuen epistemologischen Supra-Disziplin. Grundvoraussetzung dafür scheint mir unabdingbar, dass dabei die Dogmen pragmatisch aufgelöst werden und die Argumentation sich effektiv vom Gegenstand der Beschäftigung leiten lässt, was der Theologie und der Jurisprudenz als den letzten Refugien des Dogmatismus sicherlich nicht leicht fällt. An die Stelle einer Methodologie dieser Supra-Disziplin wäre denn interimistisch vielleicht eine Interdisziplinarität als stilistische Orientierung der beteiligten Wissenschaftler zu setzen, gewissermaßen als unvollkommene Tugend.



DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES  
ÖFFENTLICHEN RECHTS  
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 50

HERAUSGEGEBEN VON

PETER HÄBERLE



Mohr Siebeck

© 2002 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, daß das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberschutzfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Bembo-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Papier gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISBN 3-16-147743-X

ISSN 0075-2517