

Denken in Gegensätzen

Zehn Minuten analytische Rechtsphilosophie

A. Zur Frage nach dem „Zugang“

1. Im Sinne der altbekannten Familienähnlichkeit von „fragen“, „suchen“ und „finden“¹ laden die Gastgeberinnen und Gastgeber dieses Arbeitskreises dazu ein, sich im Grundlagenbereich „auf die Suche nach neuen Theorien zu begeben“. Ausweislich des Tagungsprogramms fällt mir die besondere Aufgabe zu, Euch Einblick in meine Forschungen im Bereich der analytischen Rechtsphilosophie zu geben.

2. Nun ließe sich dieser Auftrag in ein umfangreiches Referat über die Hauptvertreter und die Entwicklungslinien der so bezeichneten Tradition umsetzen. Beginnen müsste man spätestens bei Jeremy Bentham, um anschließend bei John Austin, den amerikanischen und skandinavischen Rechtsrealisten, aber auch bei Hans Kelsen, Max Weber und Ludwig Wittgenstein Station zu machen. Sodann hätte man sich am ausführlichsten dem Werk *H.L.A. Harts* zuzuwenden. Die nachfolgende Entwicklung, die durch Joseph Raz, Neil McCormick, John Finnis, Carlos Alchourrón, Ota Weinberger, Norbert Hoerster, John Gardner und viele andere geprägt ist, wäre schließlich mehr als ein weiteres Kapitel wert.

3. So lohnend eine solche Zusammenschau dieser und weiterer Autoren, so spricht gegen sie nicht nur die Zeitökonomie. Die Vielfalt an Alternativen, würde die Suche nach dem Zugang doch nicht unbedingt erleichtern. Denn je größer die Zahl, desto größer die Qual der Wahl. Hier wird daher ein anderer Pfad der Theoriesuche probiert, an dessen Ausgangspunkt eine grundlegende Wertbeziehung steht: Nicht allein der Forscher muss ja die Theorie, sondern die *Theorie* muss auch *ihn* finden. In einer spezifischen Affinität von Denken und Sein, in der Anziehungskraft einer *besonderen* Theorie wurzelt die

Verbundenheit des Wissenschaftlers mit einem bestimmten Themengebiet: Die Übereinkunft darüber, was „wichtig im Sinn von ‚wissenswert‘“ sei, bindet den Wissenschaftler an *seine* Forschungsrichtung, an seine Profession².

In den folgenden Minuten soll in aller Kürze skizziert werden, wovon die Anziehungskraft gerade analytischer Rechtsphilosophie ausgehen dürfte. Und wer sich davon angezogen fühlt, der hat bereits, so könnte man sagen, seinen Zugang gefunden.

B. *Rechtsphilosophie aus der Fußgängerperspektive*

4. Isaiah Berlins parabelartige Einteilung großer Geister in Füchse und Igel³ stellt den Fuchs als eine intellektuelle Sammlernatur dar. Wo der Igel stringente Zusammenhänge erkenne, versehe sich der Fuchs eher einer *Kakophonie* von Eindrücken. Analytisches Rechtsdenken gehört nun offenbar zum Habitat der Füchse: Am Ursprung der Theoriebildung steht ein ungefilterter Ausschnitt der gewöhnlichen Weltauffassung mit all ihren Widersprüchlichkeiten⁴.

5. Konkret gemeint sind gewisse Grunderfahrungen, denen sich der Angehörige einer modernen Gesellschaft kaum verschließen kann: Die von Max Weber beschriebene „universelle Bürokratisierung der Welt“⁵ prägt die heutige Lebensweise unverändert; dennoch soll das Recht zugleich der individuellen *Freiheit* dienen. Die Rechtsordnung ist einerseits ein utilitaristisch kalkulierender Sanktionsapparat⁶, andererseits aber Quelle von objektiven Rechten und Pflichten⁷. Weiterhin soll das System einerseits reaktionsschnell, andererseits jedoch sicher und verlässlich sein, ist also einerseits hochdynamisch⁸, andererseits aber von generationenüberdauernder Kontinuität⁹. Diese evidenten Spannungen an der Oberfläche werfen unweigerlich die Frage auf: Was bedeutet es, in und mit einer solchen Ordnung zu leben? Drei, die analytische Tradition nachhaltig prägende Fragenkomplexe erleichtern den Zugang zu dieser unmittelbar introspezierbaren Thematik (1. bis 3.).

I. Was ist Rechtserkenntnis?

6. Jene Grunderfahrung der Allgegenwart rechtlicher Ordnung setzt offenbar voraus, dass jedermann das Recht *erkennt*, wenn es sich an ihn richtet. Wie anspruchsvoll dieser alltägliche Vorgang tatsächlich ist, wird besonders deutlich, wenn man das Bild von der Rechtserkenntnis ein wenig ergänzt: Recht bildet stets, wie H.L.A. Hart schreibt, „irgendeine Art von System“¹⁰. Es gibt deutsches Recht, chinesisches Recht, römisches Recht, aber nicht einfach nur „Recht“. Rechtserkenntnis richtet sich daher weder auf bloß punktuelle noch auf universelle Erscheinungen, sondern auf Ordnungsstrukturen von zwar relativ weiter, aber doch auch begrenzter zeitlicher und sachlicher Ausdehnung.

7. Legt man den Fokus dabei auf die handlungsleitende und -kontrollierende Funktion von Recht, vervollständigt sich das Bild von der Rechtserkenntnis weiter: Einmal muss in sie natürlich einfließen, wer in welchem Kontext Recht *setzen* kann. Nicht minder wichtig ist es aber, in der Lage zu sein, die *Rechtsanwendung* zu antizipieren; denn nur wenn deren Arbeitsweise im Großen und Ganzen bekannt ist, kann das eigene Verhalten an der rechtlichen *Verhaltenskontrolle* ausgerichtet werden¹¹. Diese Zusammenhänge bündelt die Lehre von der Erkennungsregel oder *rule of recognition*. Sie gehört längst zum rechtsphilosophischen Grundvokabular auch über die analytische Tradition hinaus. Indem sie von dem Orientierungswissen handelt, über das der Bewohner der universell bürokratisierten Welt verfügen muss, steht sie letztlich an der Schnittstelle von Rechtstheorie und Kulturanthropologie¹².

II. Was sind die Grundbausteine einer Rechtsordnung?

8. Auf Basis eines wohlfundierten Begriffs der Rechtserkenntnis stellt sich als nächstes die Frage, welche Regelungstechniken die Rechtsordnung kennt: Gibt es so etwas wie Grundbausteine oder „Elementarteilchen“¹³ einer solchen Ordnung? Wie es für ‚Füchse‘ typisch ist, schaltet der analytische Rechtsphilosoph zunächst auf Input. Dabei wird schnell deutlich, dass sich die Rechtsmaterie nach allen möglichen Kriterien in kleinere und größere Sinneinheiten zergliedern lässt. Im Lehrbuch etwa ist die Aufbereitung derselben Materie eine völlig andere als im Gesetzbuch, im Casebook eine

andere als im Urteil. Wieder zeigt sich ein Vexierbild. Der Theoretiker sucht die atomare Sinneinheit, die gerade auch den Transfer der Rechtsmaterie von einer Ausdrucksweise oder Verarbeitungsstufe zur nächsten erklärt – sei es im professionellen Kontext, sei es in der Laiensphäre. Auch hierin tritt offensichtlich eine sehr grundlegende Fähigkeit im Umgang mit dem Recht zutage. Mit ihr hat sich Jeremy Bentham besonders ausgiebig befasst¹⁴, was sein Wirken für manche zum Ursprungsmoment analytischen Rechtsdenkens überhaupt macht¹⁵.

III. Was ist eine legitime Rechtsordnung?

9. Bentham, der zeitlebens als scharfzüngiger Kritiker des Common Law auftrat, war sich dabei eines wichtigen Zusammenhangs bewusst, der zur letzten Teilfrage führt: Je genauer man um Funktionsweise und Inhalte der Rechtsordnung weiß, desto zielgerichteter lässt sich die Legitimitätsfrage stellen. Hierzu nur zwei kurze Bemerkungen, die vielleicht zur Diskussion anregen: Erstens steht die Legitimitätsfrage gerade nicht am Anfang, sondern erst am Ende des Streifzugs durch einige Kerngebiete nicht nur analytischen Rechtsdenkens. Bewerten kann man eben nur, was man kennt, denn ‚das Negative kann sich nur am Positiven, nicht am Negativen offenbaren‘. Das leitet direkt zum zweiten Aspekt über: Eine auch nur annähernd befriedigende Antwort auf die Legitimitätsfrage ist allein mit Blick auf das Recht nicht zu finden, weil sie dessen Reintegration in eine allgemeine Theorie menschlichen Zusammenlebens erfordert¹⁶; genauso wenig ist die Legitimitätsfrage aber *ohne* Rechtstheorie zu beantworten – denn das hieße unter Ausblendung der schieren Omnipräsenz rechtlicher Strukturen in unserer Lebenswelt.

C. *Denk' nicht, sondern schau!*

10. Damit schließt sich fürs Erste der Kreis, und ich komme zum Schluss. Deutlich werden sollte vor allem eines: Analytische Rechtsphilosophie kennzeichnet eine eigentümliche Verbindung von Realismus und Skeptizismus. Auf der einen Seite strebt sie nach oberflächennaher, fast abbildender Beschreibung vortheoretischer Gegebenheiten. Auf der anderen Seite geschieht diese ungefilterte Hinnahme des Gegebenen in skeptischer

Abschirmung gegenüber den kursierenden Ansprüchen und Erwartungen an das menschliche Zusammenleben, von dem sich der *Realist* gleichwohl nur in Maßen distanzieren kann¹⁷. Seine Theorie entspringt damit einer Geisteshaltung, die unablässig zwischen Nähe und Distanz zur Lebenswelt changiert, sich also ebenso antinomisch verhält wie die Lebenswelt selbst, die es auf ebendiese Weise ganz und gar ernst nimmt. Am besten auf den Punkt hat diese Haltung meines Erachtens ein Philosoph gebracht, der als eine Art schillernde Hintergrundfigur der analytischen Rechtsphilosophie gelten darf: „Denk nicht, sondern schau!“ – dieses Wittgenstein’sche Credo¹⁸ im Gepäck, scheint sich der Fuchs auf geistige Nahrungssuche zu begeben.

Anmerkungen:

¹ F. Waismann, Zur Logik des Fragens, in: ders., Logik, Sprache, Philosophie, 1976, S. 565 ff.

² M. Weber, Wissenschaft als Beruf (1919), in: ders., Ges. Aufsätze zur Wissenschaftslehre, hrsgg. v. J. Winckelmann, ⁷1988, S. 582 (599).

³ I. Berlin, The Hedgehog and the Fox, 1953; R. Dworkin, Justice for Hedgehogs, 2013.

⁴ Vgl. H.L.A. Hart, The Concept of Law, 1961, sub I. 1. und 2.

⁵ H. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 45.

⁶ Prägend J. Bentham, Of Laws in General, 1782, ed. Hart, 1970, VI. 3; zu deutschen Vertretern sog. Zwangstheorien H.-L. Schreiber, Der Begriff der Rechtspflicht, 1966, S. 70 ff., 80 ff.

⁷ Vgl. bei D. Kuch, Die Autorität des Rechts, 2016, S. 153 ff., 217 ff., 287 ff.

⁸ Vgl. H. Dreier, Rechtstheorie, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, ²1990, S. 129 ff.

⁹ D. Kuch, Die Kontinuität von Rechtsordnungen, in: Rechtswissenschaft 11 (2020), 116 ff.

¹⁰ Hart, Concept (oben N. 4), dt. von A. von Baeyer, 2011, S. 14.

¹¹ J. Raz, Practical Reason and Norms, 2. Aufl. 1990, S. 137 ff.

¹² P. Bohannon, The Differing Realms of the Law, in: American Anthropologist 67 (1965), 33 ff.

¹³ K.F. Röhl/H.C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 189.

¹⁴ Vgl. inbes. J. Raz, The Concept of a Legal System, 2. Aufl. 1980, S. 70 ff.; zum Ganzen Kuch, Autorität (oben N. 7), S. 274 ff.

¹⁵ Zum Hintergrund G.J. Postema, Bentham and the Common Law Tradition, 1986, S. 218 ff.

¹⁶ Eudämonistischer Ansatz bei J. Finnis, Natural Law and Natural Rights (1980), ²2011; liberaler Ansatz bei J. Raz, The Morality of Freedom, 1986.

¹⁷ Nochmals Kuch, Autorität (oben N. 7), S. 249 ff.; zur neueren Methodendiskussion insbes. J. Dickson, Evaluation and Legal Theory, 2001.

¹⁸ Philosophische Untersuchungen (1953), ed. Anscombe, ²1958, § 66 (S. 31); S. Kripke, Wittgenstein on Rules and Private Language, 1982.