

Norbert Brieskorn SJ

Rechtsphilosophie

Neuere Entwicklungen und Aufgaben

Trifft die Beschäftigung mit Philosophie oft schon auf distanzierte Neugier oder auf nur wenig versteckte Verachtung, so steht die Rechtsphilosophie erst recht im Abseits und gilt vielen als die Philosophie einer entlegenen Region.

Verdient sie diese Abseitsstellung? Wenn wir der Mehrheitsmeinung folgen, die weit genug und noch präzise genug ist, läßt sich als Aufgabe der Rechtsphilosophie auf einer ersten Stufe die Bemühung feststellen, die angemeldeten Ansprüche der Menschen untereinander dahin zu klären, ob und inwieweit sie in das Ordnungssystem Recht Eingang finden sollen. Auf einer zweiten Stufe beurteilt sie das Funktionieren und den Kompetenzbereich des Ordnungssystems selbst, der Institutionen und ihrer Arbeitsweise. Auf einer dritten Stufe hat die Rechtsphilosophie die verschiedenen Antworten zu diskutieren, welche auf die Frage, wozu das Rechtssystem dienen solle, gegeben werden: der Gerechtigkeit sagen die einen, der Stabilisierung von Erwartungen andere. Ich möchte das Wozu so beantworten: Das Recht hat für die stabile, verlässliche Zuordnung der Freiheitsräume freier und in der Freiheit gleicher Gesellschaftsmitglieder und damit für die Berechenbarkeit des sozialen Lebens zu sorgen.

Rechtsphilosophie erweist sich somit als unabdingbar, weil den Menschen ihre Ansprüche und Verpflichtungen nicht von vornherein deutlich sind, weil Umfang und Grenzziehungen der Freiheitsräume unablässig der gemeinschaftlichen Überprüfung bedürfen und weil auch die Frage nach dem Sinn von Recht immer neue Beantwortung fordert.

Gründe für das neue Interesse an der Rechtsphilosophie

Es gibt je länder- oder rechtskulturspezifische und allgemeinere Gründe für diese „Rückkehr der Rechtsphilosophie“, wie Michel Troper sich etwas zu euphorisch und ungenau ausdrückt¹; denn einerseits fehlte es nie an solchem Nachdenken, zum anderen wäre es angemessener, von „Rechtsphilosophie“ im Plural zu sprechen; auch ist sie nicht überall willkommen.

Das an Karl Marx und Friedrich Engels orientierte Denken der sozialistisch ausgerichteten Staaten sah das Recht als ein Element des Überbaus an, das in starrer

oder flexibler Weise, aber letztlich immer von der Basis aus geformt wurde. Auf sie richtete sich das Hauptinteresse, also auf Geschichtsphilosophie und Ökonomie. Rechtsphilosophie gewann erst allmählich, aber schon vor 1989, ein größeres Gewicht, da ein Verzicht auf das Lenkungsinstrument Recht den Systemen immer unverantwortlicher erschien. Mit dem Zusammenbruch der sozialistischen Staaten haben deren Rechtsphilosophen die ehemals vehement bekämpften Positionen des neuzeitlich-liberalen Rechtsdenkens keineswegs der kritischen Prüfung entzogen.

Anders gestaltete sich die Situation in den liberalistisch ausgerichteten Staaten. Staats- und Rechtsphilosophie forderten die Anerkennung der Volkssouveränität und traten für Verfassung, Gewaltenteilung sowie den rechtlichen Schutz des Individuums ein. Als nach zahlreichen Rückschlägen diese Ziele in den Hauptstaaten der westlichen Hemisphäre allmählich jedenfalls der Form nach erreicht waren, richteten die Erwartungen sich nicht auf einen neuen Horizont. Vielmehr wandten sie sich nach innen auf das Erreichte zu und versuchten, das Normenpaket gewichtiger zu machen, übereilte Universalisierungen wahrzunehmen und vor allem die freigewordene Kampfkraft auf die Umsetzung und Anwendung der Normen zu verwenden. Es galt und gilt einzuholen, was gleichsam „vor-geschrieben“ ist. Zur Hilfe holte man die Kultur- und Sozialwissenschaften – ein fast gegenläufiger Prozeß zur Bewegung in den ehemals sozialistischen Staaten spielte sich ab. Auch diese Entwicklung ist in vollem Gang.

An allgemeinen Gründen sind zwei zu nennen. Der Rechts- und Wohlfahrtsstaat vermehrt unablässig die rechtlichen Normierungen. Wenn er auch das abendländische Versprechen, in der athenischen Polis zuerst formuliert, zunehmend einlöst, nämlich die Herrschaft von Menschen über Menschen durch die Herrschaft des von allen Bürgern beschlossenen Gesetzes abzulösen, so verbuchen diese keineswegs immer schon dadurch einen Zuwachs an Freiheit. Außerdem bleiben Institutionen unverzichtbar. Der US-amerikanische Sozialphilosoph *Michael Walzer* (geb. 1935) begründete wiederholt, daß die Versorgung mit den Gütern, welche ihre Empfänger als Basisgüter bewerten, nicht über den Markt oder durch Geldverteilung zu erreichen sei, sondern einer verlässlichen Verteilungsstelle, also der Institutionen, bedürfe². Denn für Geld trifft das Wort zu: Wer hat, dem wird noch gegeben. Der Markt stellt Ungleichheit her. Rechtsphilosophie hat hier die Regelungen zu diskutieren und ihr vernünftiges Maß aufzuspüren.

Ein zweiter allgemeiner Grund ist die Erfahrung, daß mit Religion schon längst kein Staat mehr zu machen, mit Moral die Gesellschaft nicht zu integrieren und oft Meinung der Wahrheit gewichen ist.

Sosehr der Reichtum der Perspektiven und die Vielfalt der Ansichten zu begrüßen sind, so unerlässlich ist aber gerade angesichts des Verlusts oder der Zersplitterung der Wertsysteme ein von der Mehrheit getragener Grundkonsens. Auch wenn viele das rechtlich Erlaubte zugleich für moralisch erlaubt halten und niemand genau weiß, *wie* plural die Gesellschaft wirklich ist, so erfuhr das Leben ei-

nen neuen Schub in Richtung Privatisierung. Mit dem Wegfall der Disziplinierung, welche nicht zuletzt der Ost-West-Konflikt auferlegte, verstärkte sich die Rücksichtslosigkeit, und statt neuen Engagements für die gemeinsamen Belange stellte sich eher Unsicherheit und Resignation ein.

Es bedarf aber eines mehrheitlich kraftvoll getragenen Grundkonsenses, eines Gehalts an Wertbejahungen, welcher Selbsterhaltung des einzelnen und das Gemeinwohl miteinander vermittelt. Er läßt das Recht, eine Organisationsgewalt samt ihren Pflichten und Befugnissen und die legale Ordnung bejahen, selbst wenn sie nicht völlig der eigenen, aber verhandelbaren Vorstellung entspricht. Diese Ordnung wäre aber immer noch deshalb als vernünftig zu akzeptieren, weil sie den Frieden garantiert und für die Konfliktfälle Toleranz und Verfahren anbietet. Ein solcher Konsens sollte auch das Wissen mit sich transportieren, daß die Gleichheit aller Menschen letztlich Treue und Wahrhaftigkeit im Umgang miteinander verlangt. Auf die Unerläßlichkeit dieser Werte, ja sogar einer gegenseitigen Achtung und Liebe hinzuweisen genierte sich keineswegs *John Locke* (1632–1704), einer der Begründer der liberal-aufgeklärten demokratischen Rechts- und Staatsphilosophie³. Auch wenn es unbestrittene Aufgaben des Rechts gibt, wie die Sorge für die Sicherheit, so herrscht Unsicherheit darüber, ob und wie das Recht beim Aufbau einer solchen Ordnung Hilfe leisten darf. Dieses Problem führt uns zu den zeitgenössischen Antworten auf die Frage, wie das Recht zu rechtfertigen und wie es zu legitimieren sei.

Nach dem Vergessen oder gar Zertrümmern von Autoritäten und Weltbildern wird die Antwort dort gesucht, wo ein soziologisches und menschenrechtliches Denken Gründe der Rechtfertigung finden läßt: bei der Gesellschaft und dem Menschen. An beiden Polen setzt die Beschäftigung an, einmal an der Gesellschaft, die man nun nicht mehr als Organismus oder hypostasierte Einheit, sondern als System mit dem Recht als Untersystem begreift; zum anderen am Bewußtsein des Staatsbürgers, der fordert, „keinem anderen Gesetz zu gehorchen, als zu welchem er seine Beistimmung gegeben hat“⁴.

Das Recht als System und sein Funktionieren

Als radikalster dürfte wohl der Ansatz des Bielefelder Soziologen *Niklas Luhmann* (geb. 1927) gelten⁵. Recht ist ein Untersystem neben vielen anderen Untersystemen, zugleich ein alle anderen Systeme stabilisierendes und ihren Beziehungen rahmengebendes System. Nicht mehr Personen, sondern Funktionen werden innerhalb der Systeme in Beziehung gesetzt. Recht dient somit dazu, den Leistungen der einzelnen Funktionen für andere Funktionen oder von Systemen für Systeme eine gesellschaftliche Bedeutung zu geben und darin transportierte Erwartungen in Erfüllung gehen zu lassen. Es interessiert mehr die Vernetzung als der Rahmen,

zwischen den sie „gespannt“ ist. Dieser gilt selbst als Element eines weiteren Netzes und so fort. Das System baut sich auf, kann sich übernehmen und wieder vereinfachen. Es produziert sich mit seinen ihm eigenen Leistungen selbst – Luhmann nennt es „autopoietisch“ –, reproduziert sich und stellt sich selbst unter dauernde Selbstbeobachtung – in Luhmanns Worten: es ist „selbstreferentiell“. Veränderung geschieht durch Kommunikation, nicht durch äußeren Druck oder psychischen Drang. Differenz und Einheit bilden sich je neu.

Ein „autopoietisches“ und „selbstreferentielles“ System streift jeglichen Wertbezug „nach außerhalb“ ab und beschäftigt sich nur noch mit der Frage nach dem Funktionieren. Darauf komme es an, so Luhmann, nicht auf den Inhalt; Recht sei beliebig änderbar. Nicht der Wertgehalt, sondern der Selbsterhalt, nicht das Warum, sondern das Wie der Existenz interessieren. Die funktionale Sichtweise läßt die Skala an Bewertungen eines Systems, etwa als gut, gerecht, menschlich, auf den Wert „tauglich“ oder „leistungsfähig“ zusammenschrumpfen. Recht ist legitim, wenn es den notwendigen technisch-sozialen Wandel bewirken und bewältigen hilft. Naturrechtlich-moralische Ansätze müssen es sich gefallen lassen, als alt-europäische Fragestellungen ausgemustert zu werden. Ich erkenne an, daß Luhmann einen Ausschnitt des Rechts erhellt, aber eben nur einen Ausschnitt. Das Systemdenken beschäftigt sich mit Funktionen, nicht mit dem lebendigen, immer noch einmal komplizierteren und auch einfacheren Menschen, den Luhmann auch nicht für irgend etwas gewinnen will. Er analysiert Vorhandenes und stellt es nicht in Frage.

Prägende Kraft hat weiterhin das Rechtsdenken des in Oxford lebenden englischen Rechtsphilosophen *Herbert A. L. Hart* (1907–1993) ausgeübt, der die Einteilung der Rechtsmaterien mit einem soziologisch-funktionellen Blick verband und dabei die Frage der Legitimation wieder aufnahm⁶. Das Recht läßt sich in Primärregeln und in Sekundärregeln aufteilen. Primär sind die Verbots- und Gebotsnormen, unter die sekundären fallen einmal die Regeln, welche die Änderung des Rechtssystems betreffen, also Normen zur Änderung der Verfassung oder das Parlamentswahlrecht. Eine zweite Untergruppe betrifft die Verfahrensnormen, etwa die Prozeßordnungen. Die dritte Unterregel nennt Hart die „Rule of Recognition“, die Regel, daß das Recht seine Legitimation aus der Anerkennung durch die Rechtsadressaten beziehe; in dem Normalfall ist damit die Mehrheit der Bevölkerung gemeint. So sehr das Funktionieren des Systems als Ausgangspunkt genommen ist, so sehr ist Hart auf die Rechtfertigungsfrage eingegangen. Allein die Mehrheit der Rechtsadressaten beschafft die Rechtfertigung, einen bestimmten Inhalt muß der Konsens nicht enthalten. Hinter diesem Verzicht zeigt sich die Haltung des im Fall Harts begrenzt optimistischen Rechtsdenkers, daß die Bevölkerung auch längerfristige Interessen in ihre Entscheidung miteinbeziehe. Jegliche inhaltliche Grenzziehung, die einen Konsens diktierte oder bewertete, würde es nach Hart mit sich bringen, daß einzelne Gesetze gegen die Mehrheitsauffassung

zu stehen kämen. So aber würde das Recht entwertet werden, weil ihm die Befolgung versagt wäre. Ein Großteil der Bevölkerung befände sich in dem Zustand beständiger Illegalität, was nicht nur für Hart eine unerträgliche Vorstellung ist. Recht und Moral sind begrifflich und sachlich für ihn getrennt. Ist trotz „Rule of Recognition“ ein Gesetz in den Augen einiger unerträglich ungerecht, so sind sie zum Widerstand aus moralischen Gründen verpflichtet; doch verliert das Gesetz nie seinen Rechtscharakter.

Ronald Dworkin (geb. 1931), Nachfolger auf dem Lehrstuhl Harts in Oxford, behauptet gegen ihn, daß jedes Rechtssystem nicht nur aus Regeln, „Rules“, besteht, sondern auch aus „Principles“, aus Prinzipien⁷. Die Regeln geben Rechte, die Prinzipien zeigen Ziele auf. Aber diese haben ihren Platz *in* der Rechtsordnung. Sie erhöht sich gleichsam nur um ein Stockwerk. Um die Regeln zu korrigieren, muß also nicht auf irgendein „überpositives“ Recht – gegen Naturrechtler gesagt – noch auf eine diffuse Volksmeinung – gegen Hart gerichtet – zurückgegriffen werden, sondern Dworkin zufolge ist im Fall etwa einer Gesetzeslücke die Auslegung der Prinzipien zu betreiben. Die Richter müssen sich ihrer bedienen. Dworkin führt den Fall an, daß x den y getötet hat, y den x aber in seinem Testament als Erben eingesetzt hat. Darf x, der Mörder, das Erbe seines Opfers antreten? Das angelsächsisch-US-amerikanische Recht sah aber anders als das deutsche Erbrecht in seinen „Rules“ keinen Ausschluß vom Erwerb vor. Das Gericht griff nun auf ein „Principle“ zurück, daß nämlich niemand aus seiner verwerflichen Tat einen Vorteil ziehen dürfe. Die Richter blieben bei der Lösung dieses Falls innerhalb des Rechtssystems, konnten trotzdem einen Teil desselben, den der Rules, erweitern und ergänzen.

Für Dworkin gilt dann auch, daß es für jeden Fall nur eine einzige gerechte Lösung gebe, also nur *ein* gerechtes Urteil. Hart hingegen nahm an, daß verschiedene ausgefallene Urteile durchaus jedes für sich dem Fall gerecht werden könnten. Außerdem sei, so Hart, diese Frage etwas müßig, da wir Menschen ja doch nicht den lückenlosen Über- und Einblick hätten. Aber diese von Dworkin wieder aufgeworfene Frage nach dem einen, und *nur einen* gerechten Urteil für jeden Fall bewegt weiter das Nachdenken. Das *eine* gerechte Urteil setzt nicht nur die lückenlose Kenntnis des Falles, aller seiner relevanten Umstände und des Täters voraus, sondern die Bewertung alles dessen, was in diesem Fall zu bewerten ist, nach der einzigen Werteskala, die wiederum nach einer unbezweifelbaren Wertung die allein richtige ist. Abstimmungen unter Menschen über das, was an Umständen relevant ist oder welche Skala in Frage kommt, haben hier als unzulässig und unzuverlässig auszuschneiden. Daß wir dieses Urteil nicht finden, und wenn gefunden, dann vielleicht auch nicht als das einzige gerechte ausschildern, spricht allein noch nicht gegen seine „Existenz“. Aber schließen nicht alle Wertungen unabdingbar menschliche Urteile mit ein, welche als menschliche wiederum nur perspektivisch und mittels des Dialogs gewonnen sind?

Dworkin denkt von dem Rechtssystem der USA aus und sieht in einem solchen Normensystem die Prinzipien von politischer Mitbestimmung, Freiheit und Gleichheit, Eigentum und Schutz grundrißhaft verwirklicht. Recht ist legitim, wenn es sich an sich selbst, das heißt in einer nachprüfbaren Weise an den Prinzipien ausrichtet. Dworkins Anliegen ist dabei weniger die grundsätzliche Reflexion über Staat und Recht, sondern die Analyse des Rechtssystems. Der Status quo ist für ihn auf Weiterentwicklung angelegt.

Während R. Dworkin mit der Erweiterung des Rechtssystems um die Rolle der Prinzipien es in Richtung Geschlossenheit und Autarkie aufzuwerten meint, öffnet Jürgen Habermas (geb. 1929) mit den Prinzipien das System.

In früheren Schriften ging Habermas von dem wirkenden Vorhandensein einer einheitlichen Rationalität aus, nahm an ihr für den einen moraltheoretischen Diskurs Maß und konnte die Linien eines modernen Rechts von hier festlegen. Für ihn ist nun aber die universale Rationalität in die Unübersichtlichkeit, ja Widersprüchlichkeit vieler einzelner Diskurse zerbrochen. Die blinde Wahl einer Diskursgemeinschaft ist aber gewiß des Menschen unwürdig. Wonach sich aber entscheiden? Weder logisch noch erfahrungsgemäß gesichert ist es außerdem, aus der Tatsache der Einigung zwischen zweien, mehreren oder auch einer Mehrheit der Bevölkerung über eine Norm zu folgern, daß sie auch dem Menschen angemessen und das Sollen der Norm gerechtfertigt sei. Wie kann also der Gedanke der Kommunikationsgemeinschaft hochgehalten werden ohne eine ihr übergeordnete Instanz und ohne daß jegliches Resultat der Konsensfindung schon allein durch die Tatsache, daß es einem Prozeß der Konsensfindung entsprungen ist, rechtfertigend wirkt oder sich in Recht umwandeln läßt?

Habermas setzt auf diese Probleme – der Vielfalt in Spannung stehender Diskurse und der Wahrheitsfrage – in seinem Werk „Faktizität und Geltung“ (1992) seine Überlegungen an. Einmal formt er die allgemeine Diskurstheorie um: Eine Welt gleichrangiger Diskurseinheiten und vielfältiger Diskursvernetzungen entsteht. Es gibt für ihn jetzt kein „Großsubjekt eines gemeinschaftlich Ganzen“ mehr, wohl aber eine Mehrzahl von „miteinander verzahnten Diskursen“. An Diskurstypen arbeitet er heraus: den Diskurs der Moralität, der auf Universalität zielt; den der ethisch-politischen Lebensfindung, wo um die Bestimmung des Glücks des einzelnen und der Gesellschaft gerungen wird; den pragmatischen Diskurs, der sich in Zweck-Mittel-Relationen bewegt. Ein weiterer Diskurs wird geführt, dem es ausschließlich um die Verhandlung über Güter geht. Er gelingt, wenn ein fairer Kompromiß am Ende steht. Was ihn auszeichnet, nämlich der Kompromiß, hat keinen Platz im moralischen Diskurs, sind doch die sittlichen Normen nicht aushandelbar. Rechtsdiskurse sind schließlich noch zu nennen; sie bezwecken die Stabilisierung des eigenen wie aller anderen Systeme. Die Diskurseinheiten dürfen eine Einheit ausbilden, sollen jedoch nach außen porös bleiben.

Mit dem Blick auf diese nun so in Gesprächseinheiten zerlegte Gesellschaft

spricht Habermas das Problem an, daß die meisten Diskursteilnehmer anonym bleiben, und warnt davor, den Diskurs deswegen zu diskriminieren. Er beklagt zwar noch nicht den totalen Verlust, aber doch die Gefährdung der gesellschaftlichen Solidarität. Sie vermag Habermas zufolge grundsätzlich in rechtlichen Strukturen „aufbewahrt“ zu werden, ist aber „regenerationsbedürftig“. Wie sie aber auffrischen oder wie ihr neues Leben eingeben? Habermas nimmt nun an, daß ein Potential entfesselbarer kommunikativer Freiheiten noch vorhanden ist – Erinnerung an Platons Höhlengleichnis? – und daß ihre Befreiung ebenso zur wirksamen Sicherung gleicher subjektiver Freiheiten wie zur Selbstbestimmung als souveränes Volk beitragen kann. Habermas geht es dabei um jenes von Aristoteles schon angesprochene Verhältnis des einzelnen und der Gesellschaft, wenn er sich um die Zuordnung von privater und öffentlicher Autonomie bemüht. Er wehrt zweierlei Ansprüche auf Vorrang ab, den des Individuums gegenüber der Gesellschaft und den der Gesellschaft gegenüber dem Individuum. Auf eine Argumentation soziologischer Fundierung gestützt, zieht er es vor, von der Gleichursprünglichkeit beider zu sprechen. Die Sicherung beider gegeneinander ist gleichwertig. Der einzelne soll ein allgemeines, ein politisches Wesen werden. Die Gesellschaft hingegen hat ihre Selbstbestimmung zu besorgen, aber dabei immer zu beachten, daß diese Selbstbestimmung ohne Beachtung des Menschenrechtsschutzes aller einzelnen nicht gelingen kann.

Im letzten Kapitel seiner Untersuchungen, die hauptsächlich darum kreisen, wie die rechtsstaatliche Regulierung des Machtkreislaufs funktioniert, schlägt Habermas ein Modell vor, welches die von Freiheit her und auf Freiheit hin geordneten Rechtsverfahren in den Mittelpunkt rückt. Habermas nennt es das „prozeduralistische Rechtsparadigma“. Es soll sperrig gegenüber den Modellen sowohl der formalen Demokratie als auch gegenüber einem wohlfahrtsstaatlichen Modell sein, welches sich seine Legitimität durch beständige weitere Verteilungen und Zuteilungen verschafft. Recht ist nicht legitim, weil es etwa als Gesetz in eine allgemeine grammatische Form gefaßt ist, auch nicht, weil eine Mehrheit einen bestimmten Inhalt für richtig hält, sondern weil es sich einem „demokratischen Verfahren“ verdankt, einer von allen Betroffenen gestaltbaren Politik, ohne daß es einen Zwang auf Teilnahme an den Verfahren gibt.

Nur einige Fragen stellen sich gegenüber einem solchen Ansatz. Liefert Habermas die Beschreibung eines Faktums, wenn er Gesellschaft in miteinander verzahnte Diskursgemeinschaften zerlegt und zusammensetzt, oder stellt er eine Forderung nach Umwandlung der Gesellschaft auf? Welche zentralen Aussagen sind beschreibend, welche vorschreibend? Ist die Entfernung zum Systemdenken N. Luhmanns im Werk Habermas' nicht noch weiter geschrumpft? Doch bleibt der Unterschied, daß Habermas weiterhin und unbeirrt an dem Rest festhält, den Luhmann als so veraltet ansieht, daß jeder Wiederbelebungsversuch nur Kraftvergeudung wäre. Woher stammt aber nun für Habermas die Legitimität? Woher ist

sie zu besorgen? Ist es der Diskurs, der die Legitimität produziert? „Pflichten werden im moralischen Diskurs begründet“, heißt es, also nicht „gefunden“. „Recht entspringt der Meinung“ ein andermal. Habermas spricht andererseits davon, daß man sich Quellen der Legitimation zwar erschließen, aber nicht über sie verfügen kann; oder er weist auf die in jedem von Menschen geschaffenen System immer „ungesättigt“ bleibende Freiheit hin, so daß Freiheit deswegen immer entfesselt werden dürfe. Wie sieht er den Menschen? Er spricht vom aufgeklärten Selbstinteresse der Beteiligten mit dem Zusatz, daß niemand sich selbst Unrecht tun könne. Stimmt das schon im Verhältnis zu sich selbst? Beim Studium dieses Ansatzes fühlt man sich an Proudhons Modell des Föderalismus erinnert. Wobei dessen Stoßrichtung gegen den Staat von der vorausgesetzten Solidarität ausging und sie als organisierende Kraft in den Dienst der Freiheit stellte, während Habermas zur Rettung der Solidarität antritt.

Ansätze am Kantischen Denken

Während innerhalb des Rechtssystems stabilisierende, orientierende Faktoren gesucht werden, die nicht jedes durch das geregelte Verfahren zustande gekommene Ergebnis als Recht ausweisen wollen, gibt es auch Ansätze, die „System“ und „Funktion“ gar nicht in den Vordergrund des Rechtsdenkens stellen. Welchen Einfluß das Freiheit und Relation in den Mittelpunkt rückende Denken von *Charles S. Peirce* (1839–1914) ausüben wird, erweist die Zukunft. Die Selbstverantwortung des Menschen findet dort starke Beachtung, wo *Immanuel Kants* (1724–1804) Werke Rechtsphilosophen zu verschiedenen Ansätzen dienen. Ging *Hans Kelsen* (1881–1973) vorzugsweise von der „Kritik der reinen Vernunft“ aus, inspirierte die „Kritik der praktischen Vernunft“ *John Rawls* (geb. 1921)⁸.

Die „Metaphysik der Sitten“ (1797) beeinflusst das zeitgenössische Denken über Staatsvertrag, Recht und Zwang, „Moralität“ und „Legalität“. Nicht ein Diskurs der künftigen Bürger oder ein Staatsvertrag bestimmt in ihr das, was Recht ist, sondern die Vernunft, welche die angeborene Freiheit zum Ausgangspunkt aller Gestaltungen, auch des Staatsvertrags, machen will. Eine Rechtsordnung als *Rechtsordnung* kann nach Kant gar nicht jeden Inhalt aufnehmen.

Otfried Höffe (geb. 1943)⁹ denkt streng vom Rechtsbegriff der Kantischen Rechtslehre aus und legt den Raum des Rechts zwischen den Extremen des „Positivismus“ und des „Anarchismus“ an. Ein jeder Mensch, selbst der unsozialste, muß sich, nur mit dem Blick auf sich, sagen, daß es für sein Leben, Überleben und Gutleben besser sei, in einen rechtlichen Zustand zu treten als ihn zu verschmähen. Was Menschen dann an Ordnung setzen, ist erst Recht, wenn allen gleiche unabdingbare und gleich gesicherte Freiheitsräume geschaffen sind. Dies bringt Beschränkungen der Freiheitsräume mit sich. Erst wenn eine solche Verteilung der

Freiheitsräume vorgenommen ist, die für alle am vorteilhaftesten ist, läßt sich von einem gerechten Zustand und von legitimem Recht sprechen. Er ist selbstverständlich mit ordnender Gewalt ausgestattet. Anarchisches Denken ist Höffe zufolge als unmenschlich entlarvt, dem Positivismus aber eine inhaltliche Auflage gemacht worden. Höffe hat zusätzlich zu Kants Gedanken solche von Thomas Hobbes als überzeugend akzeptiert. Er versucht, mit möglichst wenigen Voraussetzungen zu arbeiten und den unverzichtbaren Grundraster gesellschaftlichen Lebens vom einzelnen her zu begründen. Kommt in einer solchen Argumentation nicht das „Sozialwesen“ Mensch zu kurz?

Robert Alexy (geb. 1945) versucht neuerdings¹⁰ zu zeigen, daß die Radbruchsche Formel den gesetzpositivistischen Angriffen standhalten könne. Diese Formel *Gustav Radbruchs* (1878–1949), mit der, wie Alexy zeigt, sich bis heute rechtsphilosophisches Denken auseinandersetzt, lautet:

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“¹¹

Damit ist auch ungerechtes und unweckmäßiges Recht gerechtfertigt, solange es nicht in unerträglichem Maß der Gerechtigkeit widerspricht. Zum anderen führt Alexy aus, daß die Behauptung, dieses Recht gelte, weil es gesetzt oder von der Bevölkerung angenommen sei, immer mit einschließe, daß ein Richtigkeits- und Begründbarkeitsanspruch miterhoben werde: „Dieses Recht gilt, es ist richtig und läßt sich begründen!“ Er versteht seinen Ansatz selbst so, daß er das seiner Ansicht nach verkürzende positivistische Argument, Recht gelte, weil es gesetzt sei, nicht ausweite, sondern dessen ursprünglichen Umfang wiederherstelle. Doch gesteht Alexy ein, daß ein solcher Richtigkeitsanspruch auch von einem NS-Richter bei seiner Urteilsverkündung miterhoben wurde. Dieser Anspruch auf Begründbarkeit führe aber über Gesetz und Verfassung hinaus in den diese umschließenden Bereich der „Moral“, der „moralischen Weltanschauung“. Damit sei ein notwendiger Zusammenhang von Recht und Moral aufgezeigt. Alexy skizziert keine Inhalte einer solchen Moral. Hans Albert hat in seiner Auseinandersetzung mit Wolfgang Kuhlmann¹² bezüglich der Aussagen, nicht der Normen wohlgemerkt, bestritten, daß mit jeder Aussage die Behauptung miterhoben werde: „Und ich kann die Wahrheit meiner Aussage begründen.“ Es könne, so H. Albert, sehr wohl die Aussage nur mit einer Vermutung ihrer Richtigkeit erhoben werden. Ist dieser Einwand auf das Feld der Normen übertragbar? Ließe sich auch hier vorbringen, man sei sich über die Richtigkeit dieser Norm zwar nicht völlig, doch ziemlich sicher? Wo allerdings der Verweis vom Recht, als Regeln im Sinn Dworkins begriffen, auf die Prinzipien erfolgt, dort geschieht doch wohl kein Verweis mehr auf die Moral; der Überprüfer hält sich im Raum des Rechts auf.

Verankerung in einer Rechtsanthropologie

Versuche, in der Natur des Menschen selbst eine „Substanz“ zu finden, sie gleichsam herauszudestillieren, damit aus ihr sich unmittelbar und einsichtig eine „Grundnorm“ ergibt, unternehmen immer wieder einige Autoren, etwa *Alain Gewirth*, der aus einem Grundinteresse unmittelbar ein Grundsollen ableitete¹³. Die Mehrheit der Rechtsphilosophen hält aufgrund der Trennung von Sein und Sollen diesen Weg für unbegebar; wie ich meine, zu Recht. In der Diskussion um die Abtreibung vernahm man wieder solche Anfragen. Wenn *Norbert Hoerster* (geb. 1937) sagt¹⁴, daß „die Personalität“ seiner Auffassung nach der eigentliche, rechtsethisches-philosophische Grund für die Einräumung eines eigenständigen Lebensrechts sei, so fragt Joachim Hruschka zurück, ob hier von einer „empirisch feststellbaren Eigenschaft“ auf Normträgerschaft und auf ein Sollen geschlossen werde.

Norm folgt nur aus Norm. In einem praktischen Syllogismus kann aber durchaus auf den Obersatz, eine Norm, ein Untersatz folgen, der empirisches Material einführt, um einen praktischen Schlußsatz, wiederum im Sinn eines Imperativs, zu ergeben¹⁵. Diesen Weg zu gehen, verlangt aber, um der Konsensfindung willen, die Anthropologie auf einem „niedrigen“ oder, wie man auch sagt, „sanften“ oder „schwachen“ Niveau anzusiedeln. Sie hat jedoch zumindest die Achsen menschlichen Lebens, nämlich die horizontalen Begegnungen, die vertikale Achse der Begegnung von Vergangenheit und Zukunft wie auch die der Vermittlung des Innen und Außen in die Überlegungen einzubeziehen. So kann dem obersten Imperativ: „Du sollst dein Leben gestalten!“ die Präzisierung durch den Untersatz der Anthropologie geliefert werden, um daraus zu folgern, daß menschliches Leben der bestimmten Ordnung, die wir Recht nennen, bedarf.

Menschenrechte als Grund

Sind, so ist die Frage, die „Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ vom 10. Dezember 1948 oder die Pakte von 1966 universalistisch, also Rechte des Menschen schlechthin? Läßt sich ein weltweit geltendes Recht auf ihnen weiterbauen? Mögen die klassischen Abwehrrechte noch am ehesten Bejahung finden, den Sozial- und Leistungsrechten wie den Teilhaberechten werden sie keineswegs überall zuteil. Vorbehalte erheben besonders die islamischen Staaten¹⁶. Das Menschenrecht auf Religionswechsel, die Gleichstellung der Frau mit dem Mann, die Ächtung eines bestimmten Strafvollzugs sind für die einen Kulturen selbstverständlich, für andere keineswegs. Anderswo steht es noch aus, die Menschenrechte von Prinzipien, vergleichbar den Dworkinschen „Principles“, zu Regeln, „Rules“, umzuwandeln.

Den Menschenrechtsansatz mit einer Anthropologie zu verbinden, versuchen die französischen Rechtsphilosophen *Luc Ferry*, *Alain Renaut* und *Lukas Sosoe*¹⁷. Sie geben dem Recht das Subjekt wieder, den zur Freiheit berufenen und in Geschichte lebenden Menschen. Keine Berufung auf eine „Natur“ soll ihn „naturalisieren“, keine zu kurze Anbindung an „Moral“ ihm den Raum des Rechts verkürzen. Der Mensch wachse in Anerkennungsverhältnissen, besonders in jenen der politischen Gemeinschaft.

Recht und Staat

Die Rechtsphilosophie ist vielerorts eine neue enge Verbindung mit der Staatsphilosophie eingegangen¹⁸. Der Einfluß angelsächsischen Denkens führte zum Abbau kontinentaler Staatsmystifizierung oder Staatserhöhung und läßt Nüchternheit einkehren. In seiner schiedsrichterlichen und dann verteilenden Aufgabe trifft der Staat noch am ehesten auf Bejahung. Kritische Töne kommen zu diesen Fragen aus dem französischen Kulturraum. Nach *Blandine Barret-Kriegel* (geb. 1943)¹⁹ übt der Staat die Herrschaft über das Recht aus: Rechtsherrschaftsstaat ist sein neuer Titel. Da der Staat der Produzent der Politik sei, könne diese ihn nicht rechtfertigen. Die Legitimation des Staates sei jenseits der Politik zu suchen. Wohin führt diese Suche, wenn nicht auf den Menschen und seine Gesellschaft hin? Und sollten wir das Politische nicht wieder unabhängig von Staat denken und es als gesellschaftliche Aufgabe zurückerobern?

Die Herrschaft des Staates zeige sich aber auch darin, so andere Beobachter Frankreichs, daß die Moralisierung der Politik fast zwangsläufig zur Politisierung der Moral führe und die humanitäre Staats-Aktion zum Staatsgeschäft verkomme.

Im besonderen beschäftigt einmal das Problem des Gewaltmonopols. Gewalt ist nach Max Weber (1864–1920) nicht das normale und nicht das einzige, wohl aber das spezifische Merkmal des Staates. Es bedeutet die Entwaffnung der Gesellschaft und ist als das einzige Monopol der Wirtschaftsgesellschaft zugemutet. Ist es Werkzeug eines neutralen Staates? Ein anderes Problem stellt die Vermittlung von Ansprüchen der Minderheit und der Mehrheit dar. Wieweit und für wie lange darf die Mehrheit in Basisfragen ihre Ansicht der Minderheit aufzwingen?²⁰

Das Recht und die Verteilung von Recht und Pflicht

Von der Feststellung eines Interesses her geschieht die Bestimmung des Menschen als Rechtssubjekt. Nur wenn Interessen vorliegen, stehen dem Menschen auch Rechte zu. Der Embryo, so wird festgelegt, habe keine Interessen, also auch keine Rechte. Damit wird Position in der Frage der Erlaubtheit oder Rechtmäßigkeit der

Abtreibung bezogen. Anzumerken bleibt, daß angesichts solch weitreichender Folgerungen hier über die sittliche Erlaubtheit von Definitionen zu sprechen wäre.

Wer ist Rechtsadressat? Die Norm: „Wer einen Mord begeht, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft“ richte sich nicht an die Bewohner, sondern an die Staatsanwaltschaft und an die Richter. Ihnen lege diese Norm eine Pflicht auf, nämlich zu ermitteln, einen Prozeß zu führen und zu verurteilen. Nur die mit der Rechtsdurchsetzung Betrauten, nicht mehr aber der Bürger, seien Adressaten des Rechts²¹. Recht ist Sanktion, nicht mehr Orientierung. Das Verhalten hat sich an anderen Normen zu orientieren. Wird das blutig erkämpfte Recht und noch verbreitete Rechtsverständnis hier nicht verletzt, ohne den Gewinn einer solchen Umverlagerung der Rechtsverhältnisse deutlich machen zu können? Darf der einzelne doch nicht mehr sagen: Ich habe ein Recht gegenüber dem Staat. Würde er nicht lediglich Objekt der Ordnung des Rechts sein?

Überlegungen betreffen auch das Verhältnis von Recht und Pflicht. Ist zuerst das subjektive Recht und dann die Pflicht? Oder sind zuerst Pflichten und ist das subjektive Recht das Resultat? Wenn es so ist, so ist der Rechtsträger Nutznießer der Pflichterfüllung der anderen und nimmt über und vermittelt deren Pflichterfüllung am Rechtsverkehr teil. Dieses Modell verdankt seine Entstehung dem Bestreben, Tieren Rechte zuzuschreiben. Läßt sich der Respekt vor der „Kreatur“ aber nicht auch anders, ohne einen solchen Eingriff in ein doch fast allgemein verbreitetes Verständnis von Recht als Ordnung unter Menschen erreichen?

Ergebnisse

Rechtsphilosophie als systematisches Nachdenken über den Menschen im Recht offenbart sich als geprägt von der Rechtskultur, welcher der Philosoph zugehört. Daß dementsprechend bei Hart oder Dworkin mehr über das richterorientierte Recht als über das Gesetz reflektiert wird, ist vom angelsächsischen Recht her verständlich.

Es ist festzustellen, daß keineswegs die Auf- oder Ablösung des Rechts ansteht. Aber Systeme werden auch nicht entworfen, der Anspruch ist bescheidener. Wie aber Gesellschaft ohne das Unterfutter einer gesellschaftlichen Mindestsittlichkeit gelingen kann, die Regeln bejaht, selbst wenn man sie gebrochen hat, bleibt fraglich. Mindestens der Kreis der hauptberuflich im Dienst der Gesellschaft Tätigen muß das Recht anerkennen, kann er doch nicht mehr gezwungen werden. Angesichts der begrenzten Möglichkeit des äußerlich ansetzenden Zwangs stellt sich in der Literatur die Frage nach der „inneren Sanktion“²².

Die Kämpfe zwischen „Positivisten“ und „Naturrechtlern“ sind weitgehend dem Versuch gewichen, das Rechtssystem autark zu machen und in es selbst Regeln der Korrektur aufzunehmen. Deutlich ist das Bestreben, die Entscheidung

über Menschen auf eine möglichst kontrollierbare, nachvollziehbare und fast berechenbare Weise zu treffen und damit als nicht willkürlich auszuweisen. Deswegen der Weg zur mathematischen Formel oder zur Computerlogik („Fuzzy-Logik“). Hier zeigt sich vielleicht die neue Nähe der Rechtsphilosophie zur Mathematik und zu den Naturwissenschaften am deutlichsten.

Eine Öffnung zur Rechtstheologie ist kaum vorhanden. Eine solche Öffnung und Verpflichtung mag vielen unzulässig erscheinen, J.J. Rousseau schien sie noch unverzichtbar. Man darf dabei an Hermann Brochs Wort erinnern: „... nur das Werk, das unmittelbar dem Überirdischen dienen will, dient auch der Allgemeinheit im Irdischen.“²³ Eher eine Randfrage ist die nach dem sittlichen Umgang mit dem Recht, des Gehorsams oder des maßvollen Gebrauchs der Leistungen, gar des Verzichts auf Rechte geworden.

ANMERKUNGEN

¹ Le retour de la philosophie du droit, in: *Encyclopaedia Universalis. Symposium. Les Enjeux* (Paris 1990) 1341–1347.

² Sphären der Gerechtigkeit. Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit (1983, Frankfurt 1992) 145–149.

³ *Second Treatise* (1690) II, 5 (R. Hooker zitierend).

⁴ Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797) § 46 (AA VI 314).

⁵ Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Frankfurt (1981); ders., *Soziale Systeme. Grundriß einer allgem. Theorie* (Frankfurt 1987).

⁶ *Der Begriff des Rechts* (1961, Frankfurt 1973).

⁷ *Law's Empire* (Cambridge 1986); *Bürgerrechte ernstgenommen* (1977, Frankfurt 1984); *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass. 1985).

⁸ *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (1971, Frankfurt 1975); ders., *Die Idee des politischen Liberalismus* (Frankfurt 1992).

⁹ *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat* (Frankfurt 1987; TB 1989); ders., *Kategorische Rechtsprinzipien* (Frankfurt 1990).

¹⁰ *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg 1992).

¹¹ Zuerst in: *Südd. Juristentz.* 1947, 105, 107.

¹² W. Kuhlmann, *Reflexive Letztbegründung. Untersuchungen zur Transzendentalpragmatik* (Freiburg 1985).

¹³ A. Gewirth, *Reason and Morality* (Chicago 1978); J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford 1980); *The Fundamentals of Ethics* (Oxford 1983).

¹⁴ *Juristentz.* 46 (1991) 503–505, beigefügt die Antwort v. R. Stürmer (505–507) sowie die Stellungnahme v. J. Hruschka (507–509).

¹⁵ K. Gäfgen, *Das Recht in der Korrelation von Dogmatik und Ethik* (Berlin 1991); N. Brieskorn, *Rechtsphilosophie* (Stuttgart 1990).

¹⁶ M. Forstner, *Zur Diskussion über die Menschenrechte in den arabischen Staaten*, in: *Christen und Muslime in Verantwortung für eine Welt- und Friedensordnung*, hrsg. v. L. Bertsch, H. Messer (Frankfurt 1992) 49–94.

¹⁷ L. Ferry, *Philosophie politique*, 2 Bde. (Paris 1984); A. Renaut, *Théorie de la justice* (Paris 1987); A. Renaut, L. Sosoe, *Philosophie du droit* (Paris 1991).

¹⁸ Autoren wie A. Baruzzi, St. Smid und R. Dreier seien genannt.

¹⁹ *Les droits de l'homme et le droit naturel* (Paris 1989); *Interview in Le Monde* v. 16. 6. 1992.

²⁰ *Die Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, hrsg. v. C. Offe (Opladen 1984); s. auch Kard. J. Ratzingers Rede anlässlich der Aufnahme als assoziiertes Mitglied in die Académie des sciences als Nachfolger Sacharows 1992.

²¹ H. Alwart, *Recht und Handlung. Die Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung vom Naturrechtsdenken und vom Positivismus zu einer analytischen Hermeneutik des Rechts* (Tübingen 1987).

²² W. C. Langenfuss, *Consequentialism in Search of Conscience*, in: *American Philos. Quart.* 27 (1990) 2, 131–139.

²³ *Der Gesellschaftsvertrag* (1762): *Die Heiligkeit des „Allgemeinen Willens“* (II. 1) und die Notwendigkeit der „religion civile“ (IV. 8); H. Broch, *Der Tod des Vergil* (Frankfurt 1976) 364.