Zeitschrift: Freiburger Zeitschrift für Philosophie und Theologie = Revue philosophique et théologique de Fribourg = Rivista filosofica e teologica di Friburgo = Review of philosophy and theology of Fribourg

Band: 52 (2005)

Heft: 3

Artikel: Rechtsbegründung jenseits von Naturrecht und Positivismus : von der traditionellen Rechtspolitik zur modernen Rechtsethik

Autor: Römelt, Josef

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-760665

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

JOSEF RÖMELT

Rechtsbegründung jenseits von Naturrecht und Positivismus

Von der traditionellen Rechtsphilosophie zur modernen Rechtsethik

Es gibt einen Weg, den die gegenwärtige philosophische Reflexion der Grundlagen des modernen Rechts durchläuft und der die Würde, aber auch die Unsicherheit heutiger freiheitlicher Gesellschaft in ihrer Suche nach ihrem moralischen Fundament deutlich macht. Dieser Weg ist gekennzeichnet von der Aufbruchstimmung, die die Überwindung der Schreckensherrschaft des Nationalsozialismus und der Zweite Weltkrieg zurückgelassen haben, und die entschieden um den ethischen Rückhalt moderner Kultur ringt. Die Rechtsphilosophie kann nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus nicht umhin, an die Beziehung zwischen Recht und Ethik in einer vorsichtigen, aber eindeutigen Weise anzuknüpfen. Aber zugleich zeigt sich auch die Vergeblichkeit, einen solchen Rückhalt im naturrechtlichen Gedanken zu finden. Moderne Rechtsethik weicht deshalb in offene Formen der Legitimation von Demokratie, Rechtsstaat und sozialer Marktwirtschaft aus, die den gesellschaftlichen Pluralismus verantwortlich integrieren sollen.

So entsteht aus der *rechtsphilosophischen* Tradition eine moderne *Rechtsethik*, die sich gegenüber starken metaphysischen Annahmen abgrenzt, aber in unterschiedlicher Weise das System des Rechts auf die kulturelle Wirklichkeit zu beziehen versucht. Die Interpretation des Rechts wird dabei einerseits an die menschenrechtlichen Ideen angeschlossen und in Beziehung zum ethischen Potential dieser moralischen und rechtlichen Tradition gesetzt. Es entwickelt sich auf der anderen Seite aber eine Sichtweise, die das Anliegen des Positivismus in eine Theorie überführt, der es um die starke Bindung der Rechtsentwicklung an die ökonomischen Entfaltungen menschlicher Erlebnisweise geht. Danach erschließt der Fortschritt in Technik und Ökonomie eine neue Dimension in der Erfahrung von menschlicher Freiheit, von ihren Möglichkeiten und ihrem Sinn. Und so differenziert sich nach dieser Deutung auch das Verständnis von der Würde des Menschen und den damit zusammenhängenden moralischen Grundvorstellungen, die an der Basis der Gestaltung von Recht stehen.

Aus theologischer Sicht zeigt sich in diesen Prozessen – bei aller hilfreichen Dynamik – ein nicht zu unterschätzendes Risiko: Freiheitsverständnis und Rechtsbegriff könnten gleichsam eindimensional werden, um schließlich in ihrem Extrem die Rechtsinterpretation zu reduzieren. Die rechtsethische Balance zwischen menschenrechtlicher Fundierung und positiver Entwicklung der Kultur des modernen Freiheitsrechts, die im Hintergrund der Frieden stiftenden und humanisierenden Dynamik demokratischer Gesellschaftsform steht, geriete unter Druck.

1. Das Scheitern der Naturrechtsrenaissance nach dem Zweiten Weltkrieg

Nach den Erschütterungen, welche die nationalsozialistische Terrorherrschaft und der Zweite Weltkrieg in Europa zurückgelassen hatten, war die geistige Situation geprägt von der Sehnsucht nach einem festen moralischen Fundament gesellschaftlichen Lebens und seiner rechtlichen Gestaltung. „Die Ablehnung des nationalsozialistischen, aber auch des kommunistischen Totalitarismus sind zu prägenden Elementen" der neuen Gesellschaftsordnungen geworden.

> Die „Erfahrungen mit dem Terror und den Unrechtstaten des NS-Regimes bewogen [etwa] [...] dazu, den westdeutschen Staat als materiellen Rechtsstaat zu konstituieren und einen umfangreichen Grundrechtskatalog aufzunehmen; die Grundrechte sollten nicht nur Deklarationen, Deklamationen oder Direktiven sein, sondern unmittelbar geltendes Recht [...]."[1]

International wurde in der Declaration of human rights der Vereinten Nationen (1948) und in der Konvention des Europarats zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (1950) dieses Fundament in positiven verbindlichen Erklärungen zu fassen versucht. In Deutschland wurde durch die Menschenwürdegarantie (Art. 1 GG) und durch die Grundrechte (Art. 2–19 GG) der neuen demokratischen Verfassung eine tragfähige Balance zwischen positivem Recht und moralischer Fundierung etabliert.[2]

[1] EISENHARDT, U.: *Deutsche Rechtsgeschichte* (Grundrisse des Rechts). 3. Aufl. München 1999, 540.

[2] „Zukunftsweisend war die Entscheidung des Parlamentarischen Rats, dem entstehenden Gemeinwesen in den Grundrechten eine inhaltliche Orientierung zu geben. Zunächst erwies sich das Grundgesetz hierin freilich als Kind seiner Zeit, der es auch sonst um die materiale Grundlegung von Recht und Staat zu tun war. In diesem Sinne bekannte sich das Grundgesetz einleitend zur unantastbaren Menschenwürde und zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten (Art. 1 3G). In den Artikeln 2–17 stellte es sodann einen knappen Katalog klassischer liberaler Grundrechte auf [...]. Eine entscheidende Neuerung enthielt der Satz: ‚Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht' (Art. 1 Abs. 3 GG). Die Frage, ob die Grundrechte darüber hinaus auch eine unmittel-

Dennoch blieb in den darauf folgenden Entwicklungen die Frage nach dem Zueinander zwischen den tragenden moralischen Intuitionen und den positiven Rechtsnormen umstritten. Die vielfältigen Versuche der Sicherung, der Rückgriff auf Naturrechtstraditionen unterschiedlicher Provenienz und Dichte,[3] blieben in ihrer Tragfähigkeit fraglich.[4] In der politischen Diskussion schlug sich diese Unsicherheit im Streit um die entscheidenden gesellschaftlichen Grundwerte nieder.[5]

Die Diskussion um diese Fragen ist bis heute offen geblieben. Einig ist man sich in der Frage, dass das demokratische Leben in moralischen Überzeugungen eine wichtige Wurzel der eigenen Stimmigkeit und Überlebensfähigkeit hat. Problematisch bleibt die Bestimmung der konkreten Inhalte dieser Überzeugungen und ihrer theoretischen Absicherung im Sinne einer rationalen und philosophischen Begründung[6] sowie ihre Beziehung zum positiven Recht in seinen verschiedenen Ebenen. Es ist diese Spannung, die die rechtsphilosophische Diskussion der Gegenwart nach wie vor prägt. In einem gewissen Sinn lässt sich das gegenwärtige Vordringen des Terminus Rechtsethik gerade auf die Konflikthaftigkeit der Polarität zwischen notwendiger ethischer Begründung des Rechts und deren unklarer konkreter Fassung zurückführen.

Die Antwort auf die Schwierigkeiten, die sich gleichsam auf die „Ernüchterung" der Unmöglichkeit einstellt, eine naturrechtliche Fundierung demokratischer Rechtskultur zu reetablieren, ist der Versuch, rechtsphilosophische Theorien zu erarbeiten, die weit genug sind, den systemischen und kommunikativen, funktionalen und lebensweltlichen Entwicklungen komplexer pluralistischer Gesellschaft gerecht zu werden. Die Modernisierung wird dabei als ein differenziertes Netz wirt-

bare Wirkung zwischen den Bürgern (sog. ‚Drittwirkung') entfalteten, hat das Bundesverfassungsgericht zwar schon in seinem Lüth-Urteil von 1958 (BVerfGE 7, 198) verneint. Daran, dass der ‚Vorrang der Verfassung' gegenüber dem einfachen Recht (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) wesentlich ein Vorrang der Grundrechte sein sollte, bestand allerdings kein Zweifel." KROESCHELL, K.: *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert* (= UTB für Wissenschaft: Uni-Taschenbücher; 1681). Göttingen 1992, 198f.

[3] Vor allem wertphilosophische und transzendentale Systeme wurden z.B. vertreten.

[4] H.D. SCHELAUSKE nennt in seinem Band *Philosophische Probleme der Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte: 1945–1965*. Köln 1968 eine Vielzahl von Positionen.

[5] Vgl. GORSCHENEK, G. (Hg.): *Grundwerte in Staat und Gesellschaft* (= Beck'sche Schwarze Reihe 156). München 1977; Bundeszentrale für Politische Bildung (Hg.): *Grundwerte der Demokratie im internationalen Vergleich* (= Schriftenreihe / Bundeszentrale für Politische Bildung 328). Bonn 1994; KLEIN, A. (Hg.): *Grundwerte in der Demokratie* (= Schriftenreihe / Bundeszentrale für Politische Bildung 330). Bonn 1995.

[6] Vgl. WELZEL, H.: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (= Jurisprudenz in Einzeldarstellungen 4). Göttingen (4) 1990.

schaftlicher, technischer, politischer und kulturell-pluralistischer Impulse interpretiert – eine Interpretation, die den Verlust naturrechtlicher Sicherheiten nicht einfach in einen Skeptizismus, Relativismus und Pragmatismus abgleiten lassen will, aber dennoch realistisch die plurale Fragmentierung und Segmentierung des modernen Daseins und die Dynamik des wissenschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Fortschritts integrieren will. Hier liegt die Größe und Ernsthaftigkeit gegenwärtiger rechtsphilosophischer Auseinandersetzung. Und die Theologie tut gut daran, an ihren Problemlagen nicht einfach vorbeizugehen. Aber man kann diese Suchbewegungen auch als ein Ausweichen in die formale Legitimation von Demokratie, Marktwirtschaft und Rechtsstaat begreifen – ein Ausweichen, das zwischen Pessimismus, nüchternem Realismus und bleibendem Engagement in Bezug auf die Bestimmung der ethischen Grundlagen der pluralistischen Kultur und des demokratischen Rechtsstaates oszilliert.

2. Menschenrechtlich orientierte Rechtsethik

Die kommunikationstheoretische Kulturdiagnose sieht in den Rationalisierungsschüben, wie sie die komplexe Kultur kennzeichnen, nicht nur einen steigenden Freiheitsgewinn, sondern auch eine Freiheitsgefährdung und damit Risiken für die Entfaltung des Menschen. Im Anschluss an Max Weber werden drohende Verkarstungen der „symbolischen und normativen" Dimensionen moderner Kultur beschrieben und als Problem diagnostiziert, die auch das Rechtssystem betreffen.

Die Antwort auf diese Schwierigkeiten ist der Versuch, eine sozialphilosophische Theorie zu etablieren, die neben den systemischen auch die lebensweltlichen und vor allem kommunikativen Logiken komplexer Entwicklung berücksichtigt. Die Sprache als Interaktionsmedium, kulturgestaltende Handlungsform und Zentrum politischer Auseinandersetzung wird in ihren kommunikativen Strukturen auf die Dimensionen von Wissenschaft (Wahrheitsfindung im Konsens), ethischer und rechtlicher Orientierung (normativer Konsensbildung in Moral und Recht) sowie künstlerischer Ästhetik hin rekonstruiert.[7] Damit soll ein Horizont beschrieben werden, der dem Schutz humaner Entfaltung dient.

Für die Rechtsphilosophie ergibt sich daraus eine Perspektive, die dem Recht in der Tradition der Philosophie Immanuel Kants die Aufgabe der strukturellen Sicherung von Freiheit zuspricht. Solche Sicherung wird nach diesem Verständnis gerade gegen die Risiken einer ökonomischen und technischen Überformung des Lebens notwendig, genauer:

[7] Vgl. REESE-SCHAEFER, W.: *Jürgen Habermas* (Campus Einführungen). 3., vollst. überarb. Aufl. Frankfurt 2001.

gegenüber den Risiken der Eigendynamik anonymer struktureller Prozesse instrumenteller und strategischer Rationalität. Dabei wird die Differenzierung von Recht und Moral, wie Kant sie herausgearbeitet hat, auf eine gleichursprüngliche Kompetenz dieser beiden Dimensionen der Kultur hin vertieft, in der die Reproduktion der normativen Sicherung freiheitlicher Gesellschaft begründet sei: Was die Diskursethik im Kontext der rationalen Absicherung moralischer Überzeugungen leisten soll, muss die Einheit von Demokratieprinzip und privater Autonomie im Kontext der rechtlichen Struktur für die Erhaltung der freiheitlichen Kultur erbringen. Nicht die strenge Rationalität empirischer Nutzenkalküle und ihre Verklammerung von Moral und Recht im Sinne neopositivistischer Ansätze, auch nicht die offene Entwicklungsdynamik wirtschaftlicher Flexibilität und eine ihr korrespondierende umfassende Positivierung des Rechts, sondern die kommunikative Vernunft prozeduraler Verfahren in moralischer Überzeugungsbildung und demokratischer Rechtssetzung sollen hier den Weg in eine humane Zukunft sichern und die komplexe technische und pluralistische Gesellschaft integrieren. Die Funktion des Rechts wird so in der Sicherung von Autonomie und demokratischer Freiheit bestimmt. Das Rechtsdenken reflektiert dabei den Anschluss an seine menschenrechtliche Fundierung an zentraler Stelle.

Von der Diskursethik zur rechtsethischen Position

Von der Funktion moralisch-normativer Kommunikation her lässt sich nach dem Verständnis der Theorie kommunikativen Handelns ein enger Zusammenhang zur Rechtsbildung pluralistischer moderner Gesellschaft und schließlich zur rechtsethischen Tradition der Menschenrechte herstellen, in der der demokratische Rechtsstaat sein eigentliches ethisches Fundament findet. Rechtsstaat und demokratische Form der Politik sowie menschenrechtliche Basislegitimation erscheinen in einem inneren Wesenszusammenhang, der sich aus der moralischen Kraft der kommunikativen Prozeduren ergibt.

Die diskursethische Einsicht in die nur prozedural mögliche Legitimation universaler moralischer Rationalität, die die normative Dimension innerhalb komplexer, pluralistischer Gesellschaften auf der Ebene der Moral nicht zum Verschwinden bringt, muss nach dem Verständnis der sozialphilosophischen Ansätze kommunikativer Praxis noch einmal auf die Ebene der politischen Öffentlichkeit übertragen werden: Die strukturelle Begründung von Freiheit und Sicherung von Humanität in der Bearbeitung normativer Fragen durch den strukturierten moralischen Diskurs bedarf auf der Ebene des Rechts der Absicherung durch die institutionalisierten Vollzüge demokratischer Konsensbildung. Die Rechts-

form der Demokratie ermöglicht die konsensuelle Bearbeitung normativer Fragen und sichert sie ab, wie sie die Wahrung einer humanen Kultur innerhalb der Entfaltungsschritte moderner Gesellschaft erzwingt.

Das heißt aber auch umgekehrt: Wie die Universalität moralischer Geltung im Kontext komplexer, pluralistischer Gesellschaft nur durch die Kommunikation gewonnen werden kann, in der rationale, authentische Auseinandersetzung und freie Zustimmung miteinander vermittelt sind, so erhält die Rechtsordnung im „nachmetaphysischen" Kontext ihre legitime Dignität nur, wenn sie ein Verfahren abbildet, reproduziert und darin wurzelt, in dem die Freiheit – die Theologie würde hier von der Würde der Person sprechen – der dem Recht Unterworfenen strukturbildend ist. Die rechtlichen Prozeduren schöpfen ihre Legitimität aus dieser Abbildung der ‚moralisch geerdeten' Strukturen normativer Orientierung:

> „Eine Rechtsordnung ist dann legitim, wenn sie gleichmäßig die Autonomie aller Bürger sichert. Autonom sind diese nur, wenn sich die Adressaten des Rechts zugleich als dessen Autoren verstehen können. Und frei sind die Autoren nur als Teilnehmer an Gesetzgebungsprozessen, die so geregelt sind und sich in solchen Kommunikationsformen vollziehen, daß alle unterstellen dürfen, die derart beschlossenen Regelungen verdienten allgemeine und rational motivierte Zustimmung. Normativ gesehen, gibt es keinen Rechtsstaat ohne Demokratie."[8]

Das heißt, Recht bedarf im Zusammenhang einer säkularisierten Kultur zur eigentlichen Fundierung seiner Legitimität der kommunikativen Wurzeln, in denen in rationalem und freiem Konsens das positive Recht gebildet wird. Denn nur so werden Freiheit und Autonomie als Grundlage humaner Kultur in der kulturellen Dimension des Rechts präsent und bleibt das Recht als Teil der normativen Gestaltung von Kultur auf Humanität bezogen. Recht wird nicht kolonisiert durch funktionale Rationalität, Normativität nicht strategisch reduziert, menschliche Entfaltung durch unabhängige Reproduktion der normativen Strukturen – etwas einfacher ausgedrückt: durch Bewahrung der Quellen authentischer moralischer Überzeugungsbildung – komplexer Gesellschaft gesichert. Hintergrund einer solchen Rechtsbildung kann aber nach dieser Auffassung nur der politische Rahmen demokratischer Verfassung sein:

[8] HABERMAS, J.: *Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat.* In: TAYLOR, Ch.: *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung.* Mit Kommentaren von Amy Gutmann (Hg.), Steven C. Rockefeller, Michael Walzer, Susan Wolf. Mit einem Beitrag von Jürgen Habermas. Frankfurt 1997, 147–196, hier 163f.

„Deshalb besteht, normativ betrachtet, nicht nur ein historisch-zufälliger, sondern ein begrifflicher und interner Zusammenhang zwischen Rechts- und Demokratietheorie."[9]

Die strukturelle Sicherung demokratischer konsensueller Rechtsbildung und Gerechtigkeit bildet in ihrer Parallelität zu den kommunikativen Strukturen rationaler Sicherung universaler moralischer Normativität zugleich das moralische Fundament moderner grundrechtlich strukturierter Rechtskultur.

Der wesentliche Zusammenhang zwischen Freiheitsinterpretation, säkularisierter Rechtstheorie und Menschenrecht

In einer solchen rechtsethischen Reflexion des modernen Freiheitsrechts in seiner säkularen Selbstbegründung zeigt sich aber ein Verständnis menschlicher Freiheit, das sich mit der Tradition der Menschenrechte identifiziert. Sicherlich bleiben in einem solchen Freiheitsdenken Dimensionen des Begriffs der Person, wie er die theologische Rechtsethik prägt, ausgeblendet: die Transzendenzverwiesenheit, ihre Bindung an natürliche Voraussetzungen ihres Vollzuges. Aber moderne Kultur wird hier ganz ausdrücklich auf das moralische Fundament der Menschenrechte gegründet.[10] Freiheitsinterpretation und säkularisierte Rechtstheorie bieten sich hier noch in einer anspruchsvollen – wenn auch nicht „substantiellen" – menschenrechtlichen Selbstinterpretation dar. Kommunikationstheoretische Darstellung der Rechtsethik betont noch eine enge Verbindung zwischen den Menschenrechten und der Legitimität von Recht überhaupt. Recht und moralische Grundlegung sind danach über den Menschenrechtsgedanken verbunden (nicht über utilitaristische Rationalität oder ökonomisch-systemische Funktionalität), ja die Rechtskultur findet in den Menschenrechten ihre legitimatorische Basis.

Genauer gesagt: Aus den inneren Strukturen diskurstheoretischer Sicherung universaler und rationaler Begründung von Normativität ergeben sich rechtliche Forderungen, die den historischen Menschenrechtsformulierungen korrespondieren. In unterschiedlicher Dichte und logischer Kohärenz formulieren Kommunikationstheoretiker die notwendige Anerkennung nicht nur von Diskursregeln, die aus dem Anspruch normativer Kommunikation folgen, sondern die ‚Emergenz' von *Rechten*, in

[9] HABERMAS, J.: *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie.* Frankfurt 1996, 294.

[10] Vielleicht ist darin die gewisse Annäherung, oder sollte man besser sagen der gewisse Respekt – bei aller bleibenden Distanz und Kritik – zwischen lehramtlicher Theologie und kommunikationstheoretischem Denken begründet. Vgl. RATZINGER, J. / HABERMAS, J.: *Vorpolitische moralische Grundlagen eines freiheitlichen Staates.* In: zur debatte 34 (2004) 1–7.

denen die Voraussetzungen der idealen Sprechsituation der Teilnehmer abgesichert werden müssen. In der Achtung des herrschaftsfreien Diskurses geht es nicht nur um die Akzeptanz eines freien Rederechtes der Teilnehmer, sondern um die Wahrung ihrer umfassenden Autonomie, ihr eigenes Handeln nach ihren Einsichten gestalten zu können. Wer die Grundnorm des moralischen Diskurses akzeptiert, „akzeptiert nicht nur die Autonomie seines Gesprächspartners im Diskurs, sondern auch dessen Autonomie im Bereich des Handelns."[11]

Jürgen Habermas kann deshalb von einem System der Rechte sprechen, „die sich die Bürger gegenseitig einräumen müssen, wenn sie ihr Zusammenleben mit Mitteln des positiven Rechts legitim regeln wollen."[12] Weil Recht nur aus der Abbildung des freien Konsenses der autonomen Subjekte seine Legitimität empfängt, sind „die Grundrechte dem politischen Prozeß nicht schlicht vorgegeben", sondern werden „in ihm durch den öffentlichen Gebrauch der Autonomie hervorgebracht".[13] Es geht um eine „logische Genese von Rechten"[14], die „die Notwendigkeit der Konkretisierung der Grundrechte in einem diskursiv verfaßten demokratischen Prozeß"[15] impliziert. Letztlich ergibt sich daraus ein ganzes System von Rechten, die den demokratischen Prozess gewährleisten:

> Ein „System der Rechte, das aus fünf Gruppen von Grundrechten besteht. Die Rechte der ersten drei Gruppen dienen dem Schutz der privaten Autonomie sowie ihrer ‚Korrelate', zu denen Habermas die Mitgliedschaft in einer Rechtsgemeinschaft und den Rechtsschutz zählt. Gegenstand der Rechte der vierten Gruppe ist die politische Autonomie. Die Rechte der fünften Gruppe sollen schließlich die sozialen, technischen und ökologischen Voraussetzungen der privaten und der öffentlichen Autonomie sichern."[16]

Hintergrund dieses Systems ist die in den klassischen Menschenrechten formulierte Sicherung der Freiheit und Gleichheit der Gesellschaftsmitglieder:

> „Kurz – Es geht bei dem [...] System der Rechte um den Schutz und die Ermöglichung der privaten und der öffentlichen Autonomie, [...]. Die

[11] ALEXY, R.: *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie* (stw 1167). Frankfurt 1995, 148.

[12] HABERMAS, J.: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.* 4., durchges. und um Nachw. und Literaturverz. erw. Aufl. Frankfurt 1994, 151.

[13] ALEXY: *Recht, Vernunft, Diskurs*, 156 (vgl. Anm. 11).

[14] HABERMAS: *Faktizität und Geltung*, 154f. (vgl. Anm. 12)

[15] ALEXY: *Recht, Vernunft, Diskurs*, 156 (vgl. Anm. 11).

[16] Ebd.

Autonomie wird durch die Universalität in Gestalt der Gleichheit und Unparteilichkeit ergänzt. [...] Auf diese Weise kommt das zweite Hauptelement der liberalen Menschenrechtskonzeption ins Spiel."[17]

Sozialphilosophie der kommunikativen Rationalität begründet in diesem Sinne die Legitimität säkularer Rechtskultur in ihrer letzten Wurzel auf dem Gedanken der Menschenrechte. Die Menschenrechte erscheinen zwar nicht als inhaltliche Prinzipien positiver Gestaltung von Recht selbst – sozusagen als letzte inhaltliche Fundamentalnorm und Grundnorm. Menschenrechtliche Prinzipien begründen aber die Legitimität der demokratischen Prozeduren, von denen her das nachmetaphysisch gebildete Recht seine Geltungsansprüche bezieht. Als Prinzipien sind sie diesen Prozeduren inhärent, durchwirken sie bzw. „emergieren" selbst durch den Vollzug der strukturierten kommunikativen Prozesse.

Sozialphilosophische Rechtsethik ist bescheiden. Sie weiß, dass auch die großen Fundamente demokratischer und freiheitlicher Kultur eben der pluralen Interpretation anvertraut sind, welche diese Gesellschaft prägen. Selbst in der Versicherung der eigenen Basis – in der Deutung dessen, was Menschenwürde, Menschenrecht und Grundrechte der Person im Einzelnen sind – muss eine solche Kultur ihre eigene Lebendigkeit entfalten, damit sie nicht in Widersprüche gerät. Doch zugleich ist das Vertrauen ausgedrückt, dass sich gerade in diesem offenen Spiel der demokratischen Kräfte und der Freiheit die Stabilität gleichsam im Vollzug schenkt und erfahrbar wird, die auch ein Abgleiten in Unmenschlichkeit und Freiheitsverlust verhindert. In dem Maße, wie im rechtlich gesicherten Raum des demokratischen Gesprächs die humanisierende Kraft authentischer, argumentativer und herrschaftsfreier Auseinandersetzung wirksam wird, trocknen die Versuchungen und Risiken menschenverachtender, strategischer und gewalttätiger Manipulation und Zerstörung nach diesem Verständnis von innen heraus aus. Sie sind im Horizont der Verklammerung innerer kommunikativer Moralität und äußerer demokratischer Legalität verunmöglicht.

3. Jenseits des Menschenrechts

Gegenwärtige rechtsethische Reflexion in der Gestalt der Systemtheorie formuliert gegenüber dieser Form nachmetaphysischer Rechtsbegründung aber den Anspruch, dass modernes Recht die eigenen Fundamente in einer flexiblen reflektierten Positivierung zu suchen habe, welche menschliche Freiheit im Sinne der Steigerung von Handlungsoptionen und Erlebnisweisen zu sich selbst führen soll. Der Lebendigkeit der Aus-

[17] Ebd.

differenzierung neuer Chancen und Optionen entspricht das radikal positivierte Recht als Selbstbestimmungs- und Gestaltungsinstrument sich fortentwickelnder Freiheitskultur. Die Beziehung zwischen Wirtschaft und Recht bildet dabei den entscheidenden Angelpunkt einer solchen Rechtsform, die die menschliche Kultur zu ganz ungeahnten, noch nie erreichten Qualitäten menschlicher Selbsterfahrung führen soll. Bisherige Ethik und Interpretation des Sinns menschlichen Daseins werden hier überschritten, weil den neuen Möglichkeiten auch neue normative Selektionsleistungen entsprächen. Das heißt aber auch: Selbst die in der Tradition der Aufklärung verankerte Ethik der Freiheit und ihre Rechtsstrukturen werden in ihrer hilfreichen Relevanz auf die gesellschaftliche systemische Evolution hin zumindest relativiert – bis hin zu ihren rechtlichen Ausprägungen mit dem Menschenrechtsgedanken an der Spitze.
Die systemtheoretische Deutung der Entwicklung moderner Gesellschaft und des Rechts in ihr hat die gleichsam unerbittliche Konsequenz hinter sich, mit der sich die charakteristischen Wandlungen der abendländischen Kultur und all der Gesellschaften vollzieht, die von den Einflüssen ihrer modernisierenden und kompliziert fortschreitenden Dynamiken erfasst sind. Es sind dies Veränderungen auf eine erstaunliche und beeindruckende Einheit von individuellen, politischen und wirtschaftlichen Freiheiten hin, die mit den differenzierten Strukturen dieser Gesellschaften zusammenhängen und einer bisher noch nie da gewesenen Zahl von Menschen ein von vielen Lasten befreites Leben ermöglichen. Und sie scheinen dem, der sich der in ihr enthaltenen Logik gesellschaftlicher Entfaltung anvertraut, eine schier unstillbare Vitalität von weiterer Entwicklung und Ausweitung zu versprechen, kommen nur die ursprünglichen Kräfte der systemischen Rationalität und der damit zusammenhängenden gesellschaftlichen Ausdifferenzierung zum Zuge.

Abschied vom starken Menschenrechtsgedanken

Mit der rechtsethischen Interpretation dieser systemtheoretischen Reflexion ist aber eine signifikante Veränderung im Blick auf die Auffassung vom rechtsethischen Fundament freiheitlicher Gesellschaft verbunden, die von einigem Gewicht ist. Offenbar nimmt gegenwärtige Rechtsethik hier Abschied von einer allzu dominanten und fundierenden menschenrechtlichen Bindung, sucht zumindest eine gewisse Distanz zu dieser Tradition der freiheitsrechtlichen Auffassung und relativiert sie. Aus der beschriebenen Perspektive lässt sich erklären, warum eine Überstrapazierung der menschenrechtlichen Fundierung moderner Kultur wenig Sinn ergibt. Auch die modernen Verfassungen, die in ihren grundgesetzlichen Fundamenten auf die Menschenrechte aufbauen, bleiben bezogen auf den prinzipiell offenen systemrationalen Kontext der Differenzie-

rungsschübe moderner Gesellschaft, der mit seinen Selektionsleistungen und Anpassungsschüben den gesellschaftlichen Konsens ergibt, von dem her auch das Menschenrecht noch einmal getragen ist und interpretiert werden muss. Das aber heißt, dass der moderne Verfassungsstaat mit seinen Unter- und Überordnungen von Verfassungsprinzipien, Grundrechten und positiv-rechtlichen Kasuistiken noch einmal – ähnlich dem Naturrecht – einen Versuch darstellt, die Rechtsformen in nichtwandelbare und wandelbare Sphären zu gliedern, um die Rechtsentwicklung zu beherrschen. Und wie bei der Säkularisierung des Naturrechts die Ausdifferenzierung der Gesellschaft die Überführung der unwandelbaren naturrechtlichen Prinzipien in die Sphäre des positiv zu gestaltenden Rechts erzwungen hat, fordern die unmittelbar gegenwärtigen Differenzierungsschritte der modernen Kultur die system-rationale Anpassung menschenrechtlicher verfassungsstaatlicher Logik an eine durchgängige Steuerung des Rechts durch seine Positivierung.

Auch wenn ein solcher Schritt natürlich gewagt ist, weil „im Falle der Positivierung des Rechts [...] die ‚Riskiertheit' der Struktur" als „*Institutionalisierung der Beliebigkeit von Rechtsänderungen*" offensichtlich wird, auch wenn „vor diesem Anblick [...] der Jurist und die Rechtstheorie begreiflicher Weise" zurückschrecken, ist ein solcher Vorgang im Sinne der Logik gesellschaftlicher Differenzierung und der Funktion des Rechts in ihr zwingend notwendig. Denn die gut gemeinten juristischen „Abhilfen" gegenüber den Risiken, „die Wiederbelebung eines Naturrechts ohne Natur oder der rein juristische Glaube an verfassungsgesetzliche (!) Änderungsverbote sind hoffnungslos inadäquat".[18]

> „Gewiß kann mit juristischen Techniken die Gefahrenschwelle etwas höher gemauert werden. Neben der Erfindung höherrangigen Verfassungsrechts, das nur unter erschwerten Bedingungen oder überhaupt nicht geändert werden darf, ist vor allem die Erfindung subjektiver Rechte zu nennen, die gegen den Staat geltend gemacht werden und, obwohl sie auf positivem Recht beruhen, nur gegen Entschädigung entzogen werden können. Dazu kommt der Aufbau einer staatlichen Gerichtsbarkeit für Fälle rechtswidrigen Verhaltens staatlicher Organe."[19]

Doch „Rechtsschranken sind Hemmungen innerhalb des politischen Systems, deren Belastbarkeit nicht überschätzt werden darf. Sie halten nur stand, solange sie durch eine öffentliche Meinung gedeckt sind, die Vorstößen ins Rechtswidrige oder Vorschlägen der Änderung tragender

[18] LUHMANN, N.: *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (stw 1418). Frankfurt 1999, 143f.

[19] Ebd., 144.

Rechtsinstitutionen keine Chance eines politischen Erfolges gibt."[20] Es ist aber durchaus denkbar, dass sich in den Veränderungen der immer weiter treibenden gesellschaftlichen Entwicklung auch das Verständnis der Grundlage der Verfassung, der letzten Prinzipien freiheitlicher Gesellschaft wandelt und in tieferer Form ausgelegt werden muss – um der Steigerung der gesellschaftlichen Differenzierung willen. Einer solchen Vertiefung differenzierter Kultur stünde ein tabuartig abgesichertes Rechtssystem entgegen.

Die Systemtheorie spricht so nicht mehr davon, dass in den kommunikativen Prozessen der demokratischen und technisch sowie marktwirtschaftlich hochentwickelten Kulturen ein System von Rechten gleichsam ex opere operato wirksam wird, das in den Reflexionen der Menschenrechtstradition kulturell kommunikativ erfasst und in den demokratischen Verfassungen über die Grundrechtsdogmatik rechtstechnisch notwendig ausgestaltet wird. Sie stellt keine Wesenszusammenhänge zwischen Demokratie, menschenrechtlicher Idee und grundrechtlicher Verfassung mehr her. Vielmehr treibt sie die Einsicht in die nachmetaphysische Offenheit pluraler und marktwirtschaftlich organisierter Kultur so weit fort, dass auch der Menschenrechtsgedanke und die auf die Grundrechte begründete demokratische Verfassung nur ein zeitbedingter Ausdruck der Entwicklung moderner Kultur in eine immer komplexere Freiheitsentfaltung der Gesellschaft hinein darstellt. Allein die reflektierte Nutzung der Chancen des positiven Rechts zur Strukturierung der weiteren Entwicklung moderner Gesellschaft kann nach systemtheoretischem Verständnis die Risiken des modernen Rechts sinnvoll bewältigen, wohl indem die Rechtsentwicklung auf die in den systemischen Evolutionen sich „herausprozessierende" Sinnqualität[21] präzise abgestimmt wird. Kommunitaristische Rückbindung des Menschenrechts an kulturelle Traditionen und deliberative Erdung demokratischer Rechtsform wird durch eine systemrationale Koppelung des Rechts an die Differenzierungsprozesse der Gesellschaft ersetzt: durch die Auflösung des gesellschaftlichen Primats der Politik, die bewusste Strukturierung des Rechts in programmierende Rechtsentwicklung und programmierte Rechtsanwendung, vor allem aber durch die enge Verknüpfung der Rechtsentwicklung mit den Bedürfnissen der Wirtschaft. Systemrational scheint die wirtschaftliche Entwicklung am ehesten die Belange moderner Gesellschaft mit ihrer Selektionsleistung in Bezug auf hilfreiche Strukturen und notwendige Veränderungen zu ermöglichen,

[20] Ebd.

[21] LUHMANN, N.: *Soziale Systeme. Grundriss einer Theorie.* Frankfurt a.M. 1987, 100.

insofern hier in radikaler Nähe zu den ‚Logiken' der sozialen Systeme die systemische Evolution verläuft.

> „Was die Wirtschaft kennzeichnet, ist [...] die hohe Komplexität, Wahlfreiheit und Lernfähigkeit, mit dem sie menschliches Erleben und Handeln ausstattet. Deshalb – und nicht wegen des anthropologisch-fundamentalen Charakters ‚materieller' Bedürfnisse – gewinnt sie den gesellschaftlichen Primat. Geführt durch die Problemproduktion der Wirtschaft, erreicht die Gesellschaft ein bisher ungeahntes Maß an Möglichkeiten des Erlebens und Handelns, so daß auch die Politik mehr Macht, die Familie mehr Liebe, die Wissenschaft mehr Wahrheit erreichen kann (kann!) als je zuvor. Dieser Komplexität muß die Struktur der Gesellschaft angepaßt werden. Im Bereich normativer Verhaltenserwartungen geschieht dies durch Positivierung des Rechts."[22]

Moderne Rechtskultur und ein ökonomisch bestimmter Freiheitsbegriff

Was die kommunikationstheoretischen Ansätze noch zutiefst bewegt hat, scheint in einem solchen Denkhorizont keine Rolle mehr zu spielen: Die technische und ökonomische Rationalität mir ihrer strategischen und instrumentalisierenden Logik wird nicht als Gefährdung der menschlichen Gestaltung von Freiheit und ihrer Entfaltung gesehen. Es ist im Gegenteil das Vertrauen in die Selbsterfahrung der Freiheit innerhalb der technischen und wirtschaftlichen Kreativität als besonderem Ausdruck der Differenzierung der Kultur, die in einem solchen Denken schließlich auch die Idee des Menschenrechts relativiert. Vielleicht ist es richtiger zu sagen, dass diese Idee konsequent auf die Erfahrungen von Freiheit, Kreativität und Vitalität bezogen wird, wie sie sich in den wissenschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Erfolgen moderner Kultur erschließen. Für ein solches Verständnis ist es unvorstellbar, dass die Dynamiken von Wissenschaft, Technik und Ökonomie, die ja um die Entlastung menschlichen Daseins in allen seinen Dimensionen von den Bedrängnissen des Lebenskampfes ringen, durch Kräfte korrumpiert werden könnten, die genau diese ungebremste Befreiungsdynamik verlieren lassen und einem menschenwürdigen Leben in materieller Sicherheit und kultureller Kreativität entgegenstehen könnten. Sie ‚arbeiten ja gerade daran', die Grenzen menschlichen Lebens immer weiter zu verschieben und menschliches Leben immer tiefer zu ‚optimieren'. Es ist gerade die Wirtschaft, die mit neuen Ideen immer wieder das Erleben von Freiheit und vielfältigen Handlungsoptionen ermöglicht und über alle Spekulationen hinaus konkret vergegenwärtigt. Menschenwürdiges Leben bedeutet in diesem Sinne: Technische und wirtschaftliche Innovation und

[22] LUHMANN: *Ausdifferenzierung des Rechts*, 152f. (vgl. Anm. 18).

die besonders durch sie angestoßene Differenzierung des modernen gesellschaftlichen Lebens befreien den Menschen von der Knechtschaft der Lebensrisiken in einer Weise, die mit allen Sinnen und geistigen Ansprüchen an ein erfülltes und gesichertes Leben spürbar ist. Menschenrechtliches Verständnis der Kultur darf diesem Drang und diesen Energien nicht durch abstrakte Deutungen im Wege stehen. Rechtsethische Reflexion weiß hier genau, dass ansonsten gerade die Ideale von Freiheit und Würde des Menschen unglaubwürdig würden. Was die Menschen als Befreiung erleben, kann kein Rechtssystem – und sei es im Namen der Freiheit und Würde des Menschen – als freiheitswidrig und unmenschlich beschreiben. Und an die Rechtsentwicklung ist im Kontext des gegenwärtigen rasanten Fortschritts des technischen, wissenschaftlichen und sozialen Standards die Forderung einer enormen Anpassungsfähigkeit gestellt, die bis in die Deutung – wie die gegenwärtigen Entwicklungen in der Medizin mit ihren bioethischen Implikationen zeigen – der Grundnormen der Verfassung reicht. Alle Ebenen des Rechts sind so auf die positive Entwicklung moderner Gesellschaft bezogen.

In diesem Sinne diskutiert die gegenwärtige Rechtsphilosophie in Deutschland die neue Interpretation von Art. 1 des Grundgesetzes und die Bedeutung der Menschenwürdegarantie. Gegenüber der Nachkriegszeit wird betont, dass die moderne Hermeneutik des Rechts die Garantie der Menschenwürde und den Begriff der Menschenwürde aus den inneren Zusammenhängen der Interpretation der Grundrechte und der Abwägung von Grundrechtskonflikten, die sich im Prozess der technischen, wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Gesellschaft immer wieder neu darstellen, verstehen müsse. Damit wird Art. 1 des Grundgesetzes in die Positivierung des Rechts miteinbezogen.[23] Man möchte so die Chancen moderner medizinischer Hilfen – ja des ganzen technischen Fortschritts – durch die angemessene Rechtsgestaltung nicht behindern, ja durch die Fortbildung des Rechts (ganz im Sinne Luhmanns) flexibel in die Rechtsform integrieren.

[23] „Über einen in der Würde des Menschen liegenden *vorstaatlichen Geltungsgrund* für die Rechte des Einzelnen bestand im Parlamentarischen Rat weitgehend Konsens. Jedoch vermochte sich im Parlamentarischen Rat der ausdrückliche Bezug zu den naturrechtlichen Grundlagen der Menschenwürde nicht durchzusetzen. Bestimmend dafür war die Skepsis gegenüber einem von subjektiven Wertvorstellungen geleiteten Naturrechtsverständnis. Die im Parlamentarischen Rat herrschende Vorstellung, das Grundgesetz übernehme mit der Menschenwürdeklausel ‚deklaratorisch' einen Staat und Verfassung vorgeordneten Anspruch ins positive Recht, hat noch beachtliche Suggestivkraft und wirkt auch in metaphysischen Interpretationsansätzen fort. Für die staatsrechtliche Beachtung sind jedoch allein die (unantastbare) Verankerung im Verfassungstext und die Exegese der Menschenwürde als *Begriff des positiven Rechts* maßgeblich." HERDEGEN, M.: *Art. 1 Abs. 1*. In: MAUNZ / DURIG: *Grundgesetz*, Lfg 42 (2/2003) 11.

4. *Menschenrecht unter Metaphysikverdacht*

Versucht man die Tendenzen gegenwärtiger Rechtsethik auf ihrem Weg jenseits von Naturrecht und Positivismus zusammenzufassen, so bietet sich ein ambivalentes Bild. Die Entwicklung zum Freiheitsrecht moderner Gesellschaften bedeutet zum einen, dass die naturrechtliche Tradition gleichsam in den Menschenrechten gerinnt und die freiheitliche Gesellschaft durch die fundamentalen, jeder Rechtssetzung vorgegebenen Rechte der Person abgesichert wird. Auf der anderen Seite erkennt die fortschreitende Entwicklung die Positivität des Rechts gerade als ein Medium, um der freien Gestaltung menschlicher Kultur – sozusagen als konkretes Instrument der menschlichen Freiheit – weitest gehende adäquate Verwirklichung zu ermöglichen. Die Positivität des Rechts steht für Innovation, Offenheit und Reaktionsfähigkeit auf die Wandlungen und Bedürfnisse der sich entfaltenden freiheitlichen und technischen Kultur. Modernes Rechtsbewusstsein ringt darum, die Positivierung des Rechts und die menschenrechtliche Fundierung in ein komplexes Zueinander zu bringen. Menschenrechtlich verankerte, aber eben auch positivistisch offene Struktur des Rechts erscheint geeignet, den Pluralismus der moralischen Überzeugungen im Hintergrund des Rechts integrieren, der Bedürfnisvielfalt individueller und gesellschaftlicher Interessen in den differenzierten, komplexen und technischen Gesellschaften Rechnung tragen und sachgerechte Strukturierung dieser Problemfelder leisten zu können.

Das Hauptproblem einer solchen Deutung ist freilich die Zuordnung zwischen positivem Recht und menschenrechtlicher Verankerung. Faktizität und Geltung,[24] Positivität und Normativität,[25] Menschenrecht und seine Konkretion in Verfassungen und Einzelgesetzgebung, Unantastbarkeit der Menschenwürde und ihre realistische, nicht überzogene Interpretation in Bezug auf konkrete Abwägungskonflikte zwischen Verfassungsprinzipien, Grundrechten und Sachzielen, das sind die Stichworte, unter denen die Spannung gegenwärtiger Rechtskultur in Worte zu fassen versucht wird. Die Antworten auf diese Spannung betonen zum einen die Verankerung moderner Freiheitskultur in letzten Prinzipien (zumindest prozeduraler Strukturen und Verhältnisbestimmungen), welche mit den menschenrechtlichen Grundlagen irgendwie verbunden wer-

[24] Vgl. HABERMAS, J.: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.* 4., durchges. und um Nachw. und Literaturverz. erw. Aufl. Frankfurt 1994.

[25] KORFF, W.: *Die ontisch-noetische Kohärenz von positiver und normativer Vernunft.* In: DERS.: *Norm und Sittlichkeit. Untersuchungen zur Logik der normativen Vernunft* (= Tübinger theologische Studien 1). Mainz 1973, 29–41.

den. Dem stehen die Ansätze gegenüber, die stärker die Notwendigkeit der Positivierung anmahnen, bis hin zu den radikalen funktionalistischen Analysen der Systemtheorie. In diesem Sinne tritt der Begriff „Rechtsethik" in den gegenwärtigen nichttheologischen Auseinandersetzungen immer stärker an die Stelle des alten Begriffs der Rechtsphilosophie, worin sich eben das Misstrauen gegenüber zu starken „weltanschaulichen" Voraussetzungen der Begründung des Rechtes artikuliert.

Auf der einen Seite bildet die Anerkenntnis der Notwendigkeit einer irgendwie gearteten ethischen Fundierung des Rechts in diesem Prozess einen common sense.[26] Auf der anderen Seite geraten Freiheitsverständnis, Deutung von Person- und Menschenwürde als Fundamente demokratischer Kultur in diesem Klima offenbar zunehmend in Abhängigkeit von ökonomischen Bestimmungen und Interessen. Und die rechtsphilosophische Diskussion scheint in dieser Tendenz selbst die menschenrechtlichen Fundamente schließlich mehr oder weniger als metaphysischen Ballast zu empfinden und sich ganz einer säkularisierten Atmosphäre des technisch-wirtschaftlich dominierten Fortschritts anvertrauen zu wollen. Mutiert der Rechtsstaat dabei zu einem Geflecht interessensichernder Kalküle?

Abstract

The philosophy of law *tradition has turned into a modern form of* legal ethics. *On the one hand, the interpretation of law is connected with ideas of human rights. On the other hand, however, a position emerges which converts the concerns of positivism into a theory in which legal development is closely tied to the economic development of human life.*

From a theological point of view these processes, despite some helpful dynamics, involve a risk, which is not to be underestimated: the understanding of liberty and the concept of law could become one-dimensional, leading ultimately to a narrowing of the interpretation of law.

[26] Vgl. VON DER PFORDTEN, D.: *Rechtsethik*. München 2001, der von einem rechtsethischen Normativismus gegenüber den Extremen von rechtsethischem Nihilismus bzw. Reduktionismus auf der einen Seite und rechtsethischem Essentialismus auf der anderen spricht.