

# Aus Politik und Zeitgeschichte

Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament

Arthur Kaufmann

Die Naturrechtsdiskussion in der Rechts- und  
Staatsphilosophie der Nachkriegszeit

Joachim Detjen

Naturrecht in der pluralistischen Demokratie?

Wolfgang Waldstein

Zur Frage des Naturrechts im Grundgesetz  
und in der Europäischen Menschenrechtskonvention

Bernhard Irrgang

Naturrechtliche Begründung der Umweltethik?

B 33/91

9. August 1991

Arthur Kaufmann, Dr. jur. utr., Dr. h.c. mult., geb. 1923; 1949 Promotion bei Gustav Radbruch; 1960 Habilitation; o. Professor an den Universitäten Saarbrücken und München; seit 1989 Professor emeritus. Rund 400 wissenschaftliche Veröffentlichungen, die zum Teil in viele Sprachen übersetzt worden sind.

Joachim Detjen, Dr. phil., geb. 1948; Studium der Politikwissenschaft, Philosophie und Germanistik in Hamburg; von 1981 bis 1986 Akademischer Rat a. Z. am Institut für Politikwissenschaft der Universität Regensburg; seitdem Studienrat am Gymnasium Halepaghen-Schule in Buxtehude.

Veröffentlichungen u. a.: Neopluralismus und Naturrecht. Zur politischen Philosophie der Pluralismustheorie, Paderborn u. a. 1988; Freiheitliche Demokratie und pluralistische Gesellschaft, in: D. Preuß (Hrsg.), Grundstrukturen des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, Mainz 1987; Pluralismus und klassische politische Philosophie, in: Jahrbuch für Politik, 1 (1991).

Wolfgang Waldstein, Dr. iur., geb. 1928; Studium der Rechtswissenschaften in Innsbruck; o. Professor für Römisches Recht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg.

Veröffentlichungen u. a.: Das Menschenrecht zum Leben, Berlin 1982; Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen, in: Das Naturrechtsdenken heute und morgen, Gedächtnisschrift für René Marcic, Berlin 1983; Operae libertorum, Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven, Stuttgart 1986; Römische Rechtsgeschichte, München 1989<sup>8</sup>; zahlreiche Beiträge in Fachzeitschriften.

Bernhard Irrgang, Dr. phil., Dr. theol., geb. 1953; seit 1986 Akademischer Rat a. Z. am Institut für Moraltheologie der Universität München.

Veröffentlichungen u. a.: Skepsis in der Aufklärung, Frankfurt 1982; (zus. mit Hans Michael Baumgartner) Am Ende der Neuzeit? Die Forderung eines fundamentalen Wertwandels und ihre Probleme, Würzburg 1985; (zus. mit Matthias Lutz-Bachmann) Begründung von Ethik, Würzburg 1990; (zus. mit Jörg Klawitter/Joachim Schmidt) Denken und Denkenlassen. Problemfeld Künstliche Intelligenz, Berlin 1991.



ISSN 0479-611 X

Herausgegeben von der Bundeszentrale für politische Bildung, Berliner Freiheit 7, 5300 Bonn 1.

Redaktion: Rüdiger Thomas (verantwortlich), Dr. Heinz Ulrich Brinkmann, Dr. Ludwig Watzal, Dr. Klaus W. Wippermann.

Die Vertriebsabteilung der Wochenzeitung DAS PARLAMENT, Fleischstraße 62-65, 5500 Trier, Tel 06 51/4 60 41 86, möglichst Telefax 06-51/4 60 41 53, nimmt entgegen

- Nachforderungen der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“;
- Abonnementsbestellungen der Wochenzeitung DAS PARLAMENT einschließlich Beilage zum Preis von DM 14,40 vierteljährlich, Jahresvorzugspreis DM 52,80 einschließlich Mehrwertsteuer; Kündigung drei Wochen vor Ablauf des Berechnungszeitraumes;
- Bestellungen von Sammelmappen für die Beilage zum Preis von 6,50 zuzüglich Verpackungskosten, Portokosten und Mehrwertsteuer;

Die Veröffentlichungen in der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“ stellen keine Meinungsäußerung des Herausgebers dar; sie dienen lediglich der Unterrichtung und Urteilsbildung.

Für Unterrichtszwecke können Kopien in Klassensatzstärke hergestellt werden.

# Die Naturrechtsdiskussion in der Rechts- und Staatsphilosophie der Nachkriegszeit

## I.

Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre war eine Episode<sup>1)</sup>. Sie ist nur aus der damals herrschenden, von der Diktatur herrührenden abnormen Rechtsnot verständlich, die den Gerichten die fast unlösbare Aufgabe abverlangte, Unrechtsgesetzen die Gültigkeit abzusprechen und an deren Stelle nach „übergesetzlichen“ Rechtsnormen zu judizieren. Aber als diese Episode vorbei war, zeigte sich, daß ihr ein tiefer liegendes Sachproblem zugrunde lag, aus dem ein neuer epochaler Auftrag für die Rechtsphilosophie erwachsen ist. Sowohl die klassische Naturrechtslehre, die den Rechtsinhalt absolut gesetzt hat, als auch der klassische Rechtspositivismus, der die Rechtsform absolut

gesetzt hat, haben Schiffbruch erlitten. Es bleibt daher nur ein „dritter Weg“ jenseits von Naturrecht und Positivismus. Dieser Standort „jenseits“ oder „zwischen“<sup>2)</sup> kann weder absolut noch relativistisch-funktionalistisch markiert werden, sondern erfordert eine relationale Betrachtungsweise. Das Recht ist nicht etwas Substantielles und auch nicht etwas bloß Nominales, sondern besteht in den realen Beziehungen der Menschen zueinander und zu den Dingen. Ein so gedachtes Recht ist personal, denn die Urform der Relation ist die Person. Als personales Recht ist es nicht beliebig verfügbar, gleichwohl aber geschichtlich, dynamisch, prozedural: Es ist primär nicht Norm, sondern Akt.

## II.

Bevor zu der Frage, was die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre war und was aus ihr geworden ist, Stellung genommen werden kann, muß etwas zu der vorgelagerten Frage gesagt werden, warum es damals überhaupt zu einer solchen Bewegung gekommen ist. Einige wenige Grundgedanken hierzu müssen freilich genügen.

Das 19. Jahrhundert stand bekanntlich unter dem Zeichen des *Rechtspositivismus*. Die rationalistische und aufklärerische Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts, die dem Richter die Befugnis erteilt hatte, jederzeit seinem „vernünftigen Ermessen“ den Vorrang vor dem geschriebenen Gesetz zu geben, hatte eine beispiellose Willkür in der Rechtsprechung und damit eine unerträgliche Rechtsunsicherheit heraufbeschworen. Die not-

wendige Gegenreaktion war der Rechtspositivismus mit seiner Forderung nach strenger Bindung an das vom Staat erlassene Gesetz. Als einer der bedeutendsten Pioniere ist hier Paul Johann Anselm von Feuerbach zu nennen<sup>3)</sup>. Er war am kantischen Kritizismus geschult und hielt darum das Bestehen eines *objektiven* Naturrechts für ausgeschlossen. Wohl aber erkannte er *subjektive* Rechte des Menschen an, die sich aus der Vernunft begründen lassen und die, da sie aus der sittlichen Autonomie des Menschen folgen, unverfügbar sind<sup>4)</sup>. Für das objektive Recht gilt als wesentliches und unverzichtbares Merkmal seine *Positivität*.

<sup>3)</sup> Vgl. G. Radbruch, Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben, Göttingen, 1969<sup>3</sup>; A. Kaufmann, Paul Johann Anselm v. Feuerbach – Jurist des Kritizismus, in: Land und Reich – Stamm und Nation. Probleme und Perspektiven bayerischer Geschichte. Festschrift für M. Spindler zum 90. Geburtstag, Bd. 3: Vom Vormärz bis zur Gegenwart, München 1984, S. 181 ff. (mit weiterer Literatur).

<sup>4)</sup> Vgl. P. J. A. v. Feuerbach, Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte, Altona 1796.

<sup>1)</sup> Vgl. K. Kühl, Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg, in: G. Köbler/M. Heinze/J. Schapp (Hrsg.), Geschichtliche Rechtswissenschaft. Gießener rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 6, Stuttgart 1990, S. 331 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. K. Ritter, Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus, Witten 1956.

Doch hat Feuerbach für die Geltung des positiven Rechts insofern noch eine Ausnahme gemacht, als er nicht Gesetzesbefolgung um jeden Preis verlangt hat; vielmehr sei „der richterliche Ungehorsam“ dem Richter „eine heilige Pflicht“, wo „der Gehorsam Treubruch sein würde gegen die Gerechtigkeit, in deren Dienst allein er gegeben ist“<sup>5)</sup>. Das ist eine Idee, die erst wieder nach dem Erlebnis des nationalsozialistischen Unrechtssystems hoffähig geworden ist.

Der Positivismus des 19. Jahrhunderts war, wie Franz Wieacker es ausdrückt<sup>6)</sup>, ein „legitimer Positivismus“, der sich an Werten – Gerechtigkeit, Sittlichkeit und Zweckmäßigkeit – orientierte, der allerdings, zumindest für den Regelfall, die Geltung des Gesetzes nicht davon abhängig machte, wieweit es seinem Inhalt nach mit diesen Werten übereinstimmt. Es war ein sittliches Qualitätsbewußtsein des Gesetzgebers, das diesem Positivismus seine Legitimität verlieh.

Allerdings kam es schon gegen Ende des Jahrhunderts zu Zerfallserscheinungen des Positivismus, und zwar nach zwei Richtungen hin. Da war zum einen der *empirische Rechtspositivismus*, der sich gegen die rein deduktive Methode des Naturrechts und vor allem der Begriffsjurisprudenz wandte und sich den sozialen Lebensverhältnissen öffnete. Als wichtigste Strömung ist hier die Interessenjurisprudenz zu nennen<sup>7)</sup>. Aber so richtig diese Hinwendung zum Leben gewesen ist, so bedenklich war es doch auch, daß man darüber die Begrifflichkeit und die Normativität des Gesetzes vergaß. Damit war vorprogrammiert, daß die Bindung des Richters an das Gesetz wieder gelockert wurde, wie das in der Freirechtsbewegung des beginnenden 20. Jahrhunderts dann ja auch geschah<sup>8)</sup>. Zum andern entwickelte sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts auch der *normlogische Positivismus*, dessen bedeutendste Ausgestaltung die „Reine Rechtslehre“ von Hans Kelsen ist<sup>9)</sup>. Nach ihm hat es die Rechtsphilosophie nur mit den logischen Strukturen der Rechtsnormen zu tun; über die Inhalte des Rechts befindet die Politik, nicht die Wissenschaft.

5) Ders., Die hohe Würde des Richteramts, Ansbach 1817. Dazu näher A. Kaufmann, Paul Johann Anselm v. Feuerbach: Die hohe Würde des Richteramts, in: Festschrift für K. Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, S. 319 ff.

6) Vgl. F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1967<sup>2</sup>, S. 430 ff.

7) Vgl. G. Ellscheid/W. Hassemer (Hrsg.), Interessenjurisprudenz, Darmstadt 1974.

8) Vgl. A. Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, Köln u. a. 1984<sup>2</sup>, S. 231 ff.

9) Vgl. H. Kelsen, Reine Rechtslehre (1934), Wien 1960<sup>2</sup>.

So hat also einerseits der empirische Positivismus die Begrifflichkeit des Rechts, andererseits der normlogische Positivismus die Inhaltlichkeit des Rechts vernachlässigt.

Der Niedergang des legitimen oder wissenschaftlichen Rechtspositivismus setzte schon ein, als er nach außen hin seine bemerkenswertesten Erfolge in den großen Gesetzgebungswerken des ausgehenden 19. Jahrhunderts, wie z. B. das Strafgesetzbuch, das Bürgerliche Gesetzbuch, die Zivilprozeßordnung, das Handelsgesetzbuch, hatte. Das sittliche Qualitätsbewußtsein des Gesetzgebers war ihnen immanent. Aber zur nämlichen Zeit lehrte man in der Rechts- und Staatstheorie, daß jedes staatliche Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt, also auch das verbrecherische Gesetz, die *lex corrupta*, Gültigkeit habe. So erklärte z. B. Karl Bergbohm, daß wir auch „das niederträchtigste Gesetzesrecht, sofern es nur formell korrekt erzeugt ist, als verbindlich anerkennen“ müssen<sup>10)</sup>. Oder Felix Somló: „Es gilt unumstößlich die Wahrheit, daß die Rechtsmacht (oder nach anderer Terminologie: der Gesetzgeber, der Staat, die souveräne Macht) jeden beliebigen Rechtsinhalt setzen kann.“<sup>11)</sup> Weitere gleichsinnige Äußerungen von damaligen Rechtslehrern könnten hinzugefügt werden.

Die *lex corrupta* war freilich zu Ausgang des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts nur ein theoretisch gedachter Fall, ein Kathederfall, wirklich erignet hat er sich damals nicht. Wirklichkeit geworden ist er in den Diktaturen unseres Jahrhunderts, vor allem in der nationalsozialistischen Diktatur, in der man tatsächlich korrupte, verbrecherische, niederträchtige, unsittliche Gesetze gemacht und ihnen gegenüber Gehorsam gefordert hat.

Daß die Juristen, zumal die Richter, die verbrecherischen Gesetze der damaligen Zeit, beispielsweise die Nürnberger Rassegesetze, befolgt haben, geschah gewiß nicht immer aus mangelnder Rechtsgesinnung und auch nicht stets aus Feigheit, sondern nicht selten aus dem tradierten Selbstverständnis des Juristen, daß man nur das Gesetz und nicht das eigene Gutdünken oder Gewissen zum Urteilsmaßstab über andere machen darf. Und daß gültiges Gesetz jede staatliche Norm (also auch ein „Führerbefehl“) ist, war in Rechtsphilosophie und Staatsrechtslehre seit langem nahezu unangefoch-

10) K. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1. Bd., (1892), Glashütten 1973<sup>2</sup>, S. 144 f.

11) F. Somló, Juristische Grundlehre (1927<sup>2</sup>), Aalen 1973, S. 308.

ten die herrschende Meinung. Freilich kann damit die Perversion der Rechtsordnung<sup>12)</sup>, deren Zeu-

gen wir geworden sind, allenfalls erklärt, nicht aber entschuldigt werden.

### III.

Nach dem Zusammenbruch der Diktatur stellte sich die Frage, ob die NS-Gesetze und die auf ihrer Grundlage erlassenen Urteile und Maßnahmen wenigstens für die Zeit ihrer tatsächlichen Geltung als rechtmäßig angesehen werden müssen oder ob sie, wiewohl sie in Gesetzesform ergangen sind, von Anfang an ungültig, Nicht-Recht, waren. An dieser Frage vor allem entzündete sich die *Naturrechtsrenaissance* der ersten Nachkriegsjahre.

In der Rechtsnot jener Zeit blieb auch nicht viel anderes übrig, als daß man wieder auf alte Naturrechtsmodelle zurückgriff. Vor allem viele Gerichte beriefen sich – verständlicherweise – auf ein „Naturrecht“, wenn andernfalls sie nach positivem Gesetzesrecht zu einem ungerechten Spruch hätten kommen müssen. Unbedenklich aber war diese „naturrechtliche“ Rechtsprechung gewiß nicht, zumal manche Gerichte sich auch über zweifelsfrei gültige Gesetze hinweggesetzt haben. Der Bundesgerichtshof hat noch 1954 ein objektives, unveränderliches Sittengesetz beschworen, mit dessen Hilfe er das positive Gesetz dem von ihm für maßgeblich erachteten „christlich-abendländischen Weltbild“ anpaßte<sup>13)</sup>.

Diese Rechtsprechung ist viel kritisiert worden. Was hier als Naturrecht zitiert wurde, ist in der Tat auch eine recht bunte, nicht selten widerspruchsvolle und verwirrende Vielfalt von Wertvorstellungen, und wo in ihnen überhaupt eine tragende Grundüberzeugung über das Wesen des Rechts zum Durchscheinen kommt, ist diese kaum je etwas anderes als das noch dem 19. Jahrhundert verhaftete bürgerliche Humanitätsideal, wie es auch in den Grund- und Menschenrechten unserer Verfassungen positiviert worden ist.

Es gibt aber auch ernstzunehmende Naturrechtskonzepte aus dieser Zeit. Hier sind vor allem die Vertreter der *katholischen Naturrechtslehre* (Neothomismus) zu erwähnen, die auch damals, als man die Naturrechtsidee tot glaubte, an ihr festgehalten und sie weiter wissenschaftlich erforscht

haben; ich nenne nur Victor Cathrein und Joseph Mausbach (beide wirkten in den letzten Jahrzehnten des 19. und den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts<sup>14)</sup>). Neuere Repräsentanten dieser Richtung sind z.B. Johannes Messner und Heinrich Römmen<sup>15)</sup>.

Die *protestantische Rechtslehre* hatte naturgemäß größere Schwierigkeiten, den Schwächen des Rechtspositivismus zu begegnen, denn eine naturrechtliche Tradition gab es hier nicht. Doch zeigte schon das Buch des Schweizer Theologen Emil Brunner „Gerechtigkeit“ (1943) Ansätze einer protestantischen Neuorientierung. 1948 kam das Buch des französischen evangelischen Rechtsphilosophen Jacques Ellul: „Die theologische Begründung des Rechts“ heraus, in dem ebenfalls der Versuch unternommen wurde, von der von Karl Barth begründeten „christologischen“ Richtung aus die Rechtserneuerung zu befördern. In Deutschland hat vor allem Ernst Wolf in diesem Sinne gearbeitet, aber auch Erik Wolf und der erste Präsident des Bundesgerichtshofs Hermann Weinkauff verdienen in diesem Zusammenhang Erwähnung<sup>16)</sup>. Hier wurde durchaus auch von protestantischer Seite das „Naturrecht“ zitiert. Aber grundsätzlich war man doch zurückhaltender als bei den katholischen Rechtsphilosophen. Man dachte nicht so sehr an Naturrechtsnormen als an „Institutionen“, die, wie beispielsweise Familie, Kirche, Staat, Eigentum, als „Stiftungen Gottes“ aller Staatsgewalt vorgegeben sind. Das ist die sogenannte „institutionelle Rechtsauffassung“, deren eigentlichen Begründer der französische Staatsrechtslehrer Maurice Hauriou ist und die im deutschsprachigen Raum hauptsächlich von Hans Dombois vertreten wird<sup>17)</sup>.

<sup>14)</sup> Vgl. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht* (1901), Darmstadt 1964<sup>2</sup>; J. Mausbach, *Naturrecht und Völkerrecht*, Wien 1918.

<sup>15)</sup> Vgl. J. Messner, *Das Naturrecht* (1950), Berlin 1985<sup>10</sup>; H. Römmen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, München 1947<sup>2</sup>.

<sup>16)</sup> Vgl. Ernst Wolf, in: H. Dombois (Hrsg.), *Recht und Institution*, Stuttgart 1956; E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre*, Karlsruhe 1964<sup>3</sup>; H. Weinkauff, *Das Naturrecht in evangelischer Sicht*, in: *Zeitwende*, 23 (1951/52), S. 95 ff.

<sup>17)</sup> Vgl. H. Dombois (Anm. 16).

<sup>12)</sup> Dazu immer noch lesenswert F. v. Hippel, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, Tübingen 1955.

<sup>13)</sup> Besonders auffällig in diesem Sinne die Entscheidung des Großen Strafsenats des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 17. 2. 1954 in Sachen Kuppelei: BGHSt 6, 46 ff.

Eine abschließende Würdigung dieser „Naturrechtsrenaissance“ ist heute selbstverständlich noch nicht möglich. Eines aber kann mit Sicherheit festgestellt werden: An Kants Kritizismus gibt es kein Vorbeikommen. Inhaltlich erfüllte Naturrechtssätze mit apriorischer, zeit- und raumüberschreitender Gültigkeit lassen sich nicht begründen. Alle inhaltliche Erkenntnis ist nur eine aposteriorische Erkenntnis und daher nicht allgemeingültig. Als man sich, auch ernüchtert durch die Fehlgriffe der „naturrechtlichen“ Rechtsprechung, auf dieses kantische Erbe zurückbesann, folgte auf die „Wiedergeburt des Naturrechts“ die „Wiedergeburt des Rechtspositivismus“, der *Neopositivismus*<sup>18)</sup>.

Aber woran liegt es, daß heute trotz klarer Erkenntnis der Gefahren des Rechtspositivismus die Zahl derer, die dem Naturrecht skeptisch oder gar ablehnend gegenüberstehen, so stark im Wachsen ist? Um es ohne Umschweife zu sagen: Der entscheidende Grund dafür liegt in dem heute ganz allgemein vorhandenen Bewußtsein der *geschichtlichen Bedingtheit des Rechts*, in der Überzeugung, daß keine Rechtsordnung der historischen Situation, aus der und für die sie geschaffen ist, entrinnen kann, liegt in der immer wieder gemachten Erfahrung, daß sich bisher noch jeder als Naturrecht ausgegebene Rechtssatz mit konkretem Inhalt als zeitgebunden erwiesen hat. Und da seit Jahrhunderten als nahezu unumstößliche Meinung gilt, daß Naturrecht nur sei, was überzeitliche Gültigkeit, was Ewigkeitswert besitzt, sind vom Naturrecht schließlich nur noch einige wenige elementare Gerechtigkeits- und Sittlichkeitsprinzipien übriggeblieben: das Gleichbehandlungsgebot, das Schädigungsverbot, die Goldene Regel, der kategorische Imperativ und noch einige mehr, die sich zwar als absolut gültig behaupten mögen, aber nur in ihrer ganz abstrakten Formulierung. Denkt man sie sich als mit konkretem Inhalt erfüllt, verlieren auch sie ihre Allgemeingültigkeit. Wenn man an einem solchen abstrakt-absolutistischen Naturrechtsbegriff festhält, so ist in der Tat die Folgerung unabweisbar, daß das heute so aktuelle Problem der Geschichtlichkeit des Rechts sich mit dem Naturrecht nicht begründen läßt<sup>19)</sup>.

Die entscheidende Frage ist nun aber, ob Geschichtlichkeit des Rechts gleichbedeutend ist mit Beliebigkeit seines Inhalts. Aus dieser Fragestel-

lung heraus sind eine ganze Reihe von Versuchen erwachsen, der aus der Diktatur hervorgegangenen Rechtsnot ohne Hinwendung zu einer neuen oder wieder erneuerten Naturrechtslehre Herr zu werden. Hans Welzel z. B. erklärte, daß der Positivismus nicht durch ein axiologisches Naturrecht sondern nur durch Herausarbeitung der überall in historischen Rechtsstoff steckenden „sachlogischen Strukturen“ überwunden werden könne<sup>20)</sup>. Gustav Radbruch hat es unternommen, mit seiner Lehre von der „Natur der Sache“ den von ihm selbst mitbegründeten Wertrelativismus zu überwinden und den schroffen Dualismus zwischen Sollen und Sein zu entspannen<sup>21)</sup>. Auf der Grundlage einer existenzialen Ontologie gelangte Max Müller zu einem „geschichtlichen Naturrecht“ oder „existenziellen Wesensrecht“<sup>22)</sup>, ein Gedanke, der sich übrigens schon bei Eduard Spranger findet, der von einem „historisch-elastischen Naturrecht“ sprach<sup>23)</sup>.

Überhaupt ist dieser Gedanke gar nicht so neu und umwälzend. Man kann sich für ihn auf Thomas von Aquin berufen. Die meisten Deuter der thomistischen Naturrechtslehre meinen allerdings, daß auch Thomas unter Naturrecht im eigentlichen Sinne allein die wenigen allgemein und überzeitlich gültigen Sittlichkeits- und Gerechtigkeitsprinzipien verstanden habe, nicht aber die *lex humana*, die nur insofern bei ihm als „sekundäres Naturrecht“ erscheine, als sie der näheren Ergänzung jenes primären und eigentlichen Naturrechts diene. Dabei wird aber, wie Arthur Fridolin Utz dargelegt hat<sup>24)</sup>, der Unterschied verkannt, den Thomas zwischen konkretem *Naturrecht* und abstraktem *Naturnatgesetz* macht. Recht bedeutet bei ihm nämlich immer einen konkret-inhaltlichen, positiven Bestand, so daß also jene allgemeinen Prinzipien nicht Naturrecht, sondern Naturnatgesetz sind. Es sei darauf hingewiesen, daß Thomas das Gesetz an ganz anderer Stelle in seiner „*Summa theologiae*“ behandelt als das Recht. Thomas sah

20) H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1960<sup>3</sup>, S. 198. Dazu näher und mit weiteren Nachweisen A. Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg 1976<sup>2</sup>, S. 20 ff.

21) Vgl. G. Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in: *Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun*, Hamburg 1948, S. 157 ff.

22) M. Müller, *Existenzphilosophie im geistigen Leben der Gegenwart*, Freiburg 1949, S. 105.

23) E. Spranger, *Zur Frage der Erneuerung des Naturrechts*, in: *Universitas*, (1948), S. 405 ff.

24) A. F. Utz, *Kommentar zu Thomas von Aquin, Summa theologiae II-II, 57-79: Recht und Gerechtigkeit*. Deutsche Thomas-Ausgabe, 18. Bd., Heidelberg u. a. 1953, S. 423 ff. Jetzt auch in der Sonderausgabe: *Thomas von Aquin, Recht und Gerechtigkeit*, Bonn 1987, S. 263 ff.

18) Vgl. dazu R. Dreier (Hrsg.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft Nr. 37, 1990.

19) Vgl. A. Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen 1957.

zudem im Naturrecht auch durchaus etwas Bewegliches, sich mit der historischen Situation Veränderndes, und nicht jenes starre Prinzipienrecht, an das sich die Neothomisten so gerne klammern. Erst wo sich diese allgemeinen und überzeitlichen (über mehrere Epochen hinweg geltenden) Prinzipien mit einem konkreten, geschichtlichen, dennoch aber objektiven Sachverhalt verbinden, kommt Naturrecht zustande. Und immer spielt bei diesem Prozeß die Natur des Menschen und die Natur der Sache eine wesentliche Rolle, wobei Thomas aber auch hier unter „Natur“ nicht nur das unveränderliche Wesen der Menschen und Dinge versteht, sondern gerade auch ihre geschichtlich wandelbare konkrete Befindlichkeit. „Natura autem hominis est mutabilis“, heißt es ziemlich zu Beginn seiner Rechtslehre<sup>25</sup>).

Was uns die thomistische Naturrechtslehre heute noch zu sagen hat, dürfte gerade eben dies sein, daß die eigentliche Rechtsproblematik erst dort richtig beginnt, wo die meisten modernen Natur-

rechtsdenker regelmäßig aufzuhören pflegen, nämlich beim positiven Recht, beim konkreten Rechtsinhalt. Dabei kommt es gewiß nicht darauf an, ob man sich mit dem Begriff eines „geschichtlichen Naturrechts“, ja überhaupt mit dem Naturrechtsbegriff anfreunden kann oder ob man einfach von „Recht“ spricht, wobei man dann aber das so verstandene „Recht“ vom „Gesetz“ unterscheiden muß (auch das Grundgesetz nennt ja in Artikel 20 Abs. 3 kumulativ „Gesetz und Recht“). Entscheidend ist schließlich nur, daß die Aufgabe, um die es geht, richtig gesehen und richtig angepackt wird, nämlich die Herausarbeitung von Rechtsgehalten, die, wiewohl konkret und geschichtlich, nicht zur freien Verfügung des Gesetzgebers, des Richters und überhaupt der Rechtsgenossen stehen. Man kann es auch so formulieren: Kann eine Rechtsordnung, auch wenn sie nicht immer und überall gültig ist, doch wenigstens hier und jetzt gültig, d. h. die gesollte Ordnung dieser Zeit und dieses Kulturkreises sein?

#### IV.

Als erstes erscheint mir eine Besinnung darauf wichtig, daß sich weder von einem rein relativistischen noch von einem rein absolutistischen Standpunkt das Phänomen des Geschichtlichen in seiner eigentlichen Bedeutung für das Recht begreifen läßt.

Unter *Relativismus* ist die Auffassung zu verstehen, daß es, zumindest im Bereich des Normativen, einen für alle Subjekte gültigen, sicher erkennbaren Maßstab der Wahrheit nicht gibt. Der spezifische rechts- oder wertphilosophische Relativismus leugnet das Bestehen von Werten oder Wertgehalten und erkennt nur subjektive Wertungen an. In diesem Sinne konnte Karl Engisch davon sprechen, daß das Naturrecht nichts objektiv Gegebenes sei, sondern lediglich „ein Erzeugnis der Theorie“<sup>26</sup>), was in der Tat, zumindest teilweise, auch so ist. Was ist schließlich die wechselvolle Geschichte der Naturrechtslehren anderes als der uns immer aufgebene und nie zum Ende kommende Prozeß, der das je und je „richtige“ Recht (das „geschichtliche Naturrecht“) gebiert? Freilich, auch nach einer solchen „prozeduralen

Auffassung richtigen Rechts“<sup>27</sup>) gibt es keine „objektive“ Wahrheit in einem solchen Sinne, daß sie von unserer Wahrheitserkennntnis völlig unabhängig wäre. Nur auf dem Weg über *Konsens* und *Konvergenz* läßt sich eine *Intersubjektivität* der Wahrheits- und Werturteile und damit eine Begrenzung rein subjektivistischer Beliebigkeit gewinnen.

Die prozedurale Auffassung von der Findung richtigen Rechts erteilt andererseits aber auch den absolutistischen Naturrechtskonzepten eine Absage. Der Absolutismus des rationalistischen Vernunftrechts ist wohl endgültig als ein Irrtum erkannt. Doch bis zur Gegenwart hat sich die Auffassung behauptet, daß das Naturrecht allen Zeiten und Völkern gemeinsam sein müsse, gemeinsam nun freilich nicht als fertige Rechtsordnung, aber immerhin als Grundriß einer solchen, als Inbegriff einer kleinen Zahl „aus sich selbst heraus geltender, allgemeiner Rechtssätze, die jedem positiven Recht vorausliegen und die jedermann, auch den Gesetzgeber, verpflichten“<sup>28</sup>). Aber wo immer der Versuch gemacht wurde, diese „ober-

<sup>25</sup>) T. v. Aquin, *Summa theologica* (Anm. 24) II-II, 57, 2.

<sup>26</sup>) K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg 1968<sup>2</sup>, S. 231.

<sup>27</sup>) A. Kaufmann, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, München 1989.

<sup>28</sup>) H. Weinkauff, in: *Festschrift zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe*, Karlsruhe 1950, S. 46. Ein promi-

sten Grundsätze des Rechts<sup>29)</sup> inhaltlich zu konkretisieren, konnte die für sie in Anspruch genommene Allgemeingültigkeit und Überzeitlichkeit nicht mehr überzeugend dargestellt werden. So kann es eigentlich nicht verwundern, daß die vorsichtigsten Naturrechtsdenker nur noch ganz wenige und sehr abstrakte Prinzipien als allgemein und überzeitlich gültig anerkennen. Heinrich Rommen läßt sogar nur noch zwei Normen als Naturrecht gelten: „Das Gerechte ist zu tun, das Ungerechte zu lassen, und die uralte ehrwürdige Regel: Jedem das Seine.“<sup>30)</sup>

Hier drängt sich die Frage auf, ob ein solches Minimum an Naturrecht genügen kann, um die Rechtsordnung zu legitimieren. Reicht es aus, daß wir mit dem Naturrecht nur die allergrößten Auswüchse gesetzlichen Unrechts aus dem Bereich des rechtlich Verbindlichen ausscheiden können? Genügt dieses „Unrechtsargument“<sup>31)</sup>, um das positive Recht zu sanktionieren? Bleibt dann jeder Rechtsinhalt, sofern er nicht krasses Unrecht enthält, „dem Willen der Gesellschaftsmitglieder überlassen“<sup>32)</sup>, so daß darüber der Gesetzgeber eben doch nach seinem Gut- oder Schlechtdünken disponieren darf? Sollen wir es einfach der Gunst oder Ungunst des Schicksals überlassen, wie weit das positive Recht sich in dem weiten Bereich des grauen Farbtons dem Weiß nähert, und uns damit zufrieden geben, daß es wenigstens nicht tief-schwarz ist? Das hieße doch gerade an der Stelle, wo die eigentliche Aufgabe erst beginnt: d. h. bei der Gestaltung der für unsere Zeit und für unsere Rechtsgemeinschaft zu realisierenden Rechtsordnung, zu resignieren.

Diese Aufgabe kann der Neopositivismus ebenso wenig bewältigen wie die herkömmliche Naturrechtslehre. Der Neopositivismus erschöpft sich auch nur in dem bloßen Nachweis, daß die Naturrechtslehre wissenschaftlich unhaltbar sei, woraus

nenter Vertreter der Auffassung, daß „Recht“ (etwa im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG) eben diese obersten Grundprinzipien seien, ist R. Dreier; vgl. z. B.: Der Begriff des Rechts, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), (1986), S. 890 ff. Eine lebhaft Auseinandersetzung über die Rolle der Principles of Law gibt es in der gegenwärtigen anglo-amerikanischen Rechtstheorie. Ich verweise hier nur auf R. Dworkin, A Matter of Principle, Cambridge, Mass. 1985; N. MacCormick, Principles of Law, in: Juridical Review, 19(1974), S. 217 ff.; A. Peczenik, Principles of Law, in: Rechtstheorie, 2 (1971), S. 17 ff.

<sup>29)</sup> H. Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts, Heidelberg 1947.

<sup>30)</sup> H. Rommen (Anm. 15), S. 225.

<sup>31)</sup> R. Dreier (Anm. 28), S. 891.

<sup>32)</sup> J. Messner, Das Naturrecht, Innsbruck 1950, S. 345.

dann der Schluß gezogen wird, daß folglich der Positivismus im Recht sein müsse. Eine philosophische Fundierung des Positivismus, wie sie vor allem Hans Kelsen geliefert hat, findet man kaum noch. Man ist Positivist aus skeptischer Resignation. Charakteristisch ist, wie Hans Ulrich Evers die bedenklichen Auffassungen der Positivist der Jahrhundertwende wieder aufgreift: „Auch die verwerflichste Rechtsordnung“, sagt er, „hat noch einen verpflichtenden Wert“, denn auch sie gewährt noch ein „Minimum an Schutz“, und „um dieser Funktion willen hat sie auch einen Wert ... ohne Rücksicht auf ihren Inhalt“<sup>33)</sup>. Wenn auch diese Auffassung noch irgendwo verstehbar ist, so kann man sie doch nach allem, was geschehen ist und noch immer geschieht, schwerlich akzeptieren. Diese Auffassung ist keine Antwort auf die uns aufgegebenen Probleme.

Damit dies nicht mißverstanden werde, sei nachdrücklich betont, daß der wissenschaftliche Rechtspositivismus, insbesondere die „Reine Rechtslehre“ Hans Kelsens, die Rechtstheorie außerordentlich stark befruchtet hat. Dasselbe gilt von der Analytischen Rechtstheorie, die heute einen bedeutenden Platz unter den neueren Strömungen der Rechtsphilosophie einnimmt. Aber die Aufgaben dieser Disziplinen liegen auf anderen Gebieten als bei der Findung richtiger Rechtsinhalte. Analytische Rechtstheorie, Rechtslogik, Normlogik usw. sind unverzichtbar; bedenklich werden sie nur dort, wo sie sich absolut setzen und die rechtsphilosophische Befassung mit den Inhalten des Rechts als unwissenschaftlich abtun.

Was die uns hier interessierende Aufgabe angeht, so wird man eine einigermaßen befriedigende Antwort überhaupt nicht finden, wenn man weiterhin an der Alternative: entweder Naturrecht oder Rechtspositivismus, tertium non datur, festhält. Das Denken in dieser Alternative ist längst ins Aussichtslose geraten. Gerade die Nachkriegsdiskussion hat das deutlich gemacht. Jeder kennt die Argumente und Gegenargumente, aber keiner ist in der Lage, den Gegner von seiner Meinung abzubringen, weil er die eigene Position nicht überzeugend begründen kann.

Schon eingangs wurde bemerkt, daß man sich angesichts dieser Situation heute mehr und mehr um einen „dritten Weg“ bemüht. Da sind vor allem die Juristische Hermeneutik und die Argumentationstheorie zu nennen, und es ist gewiß kein Zufall,

<sup>33)</sup> H.-U. Evers, Der Richter und das unsittliche Gesetz, Berlin 1956, S. 141, 72.

daß sich gerade jetzt, in dieser bestimmten rechtsphilosophischen Situation, ein Aufeinanderzugesehen der alten feindlichen Schwestern Analytik und Hermeneutik abzeichnet<sup>34</sup>). Hier könnte sich ein solcher „dritter Weg“ anbahnen. Das ist noch nicht

abzusehen. Jedenfalls aber hat es in neuerer Zeit schon einen bedeutenden Rechtsphilosophen gegeben, der, vielleicht als erster, einen Standpunkt jenseits von Naturrecht und Rechtspositivismus bezogen hat: Gustav Radbruch<sup>35</sup>).

## V.

Von den Biographen wird meistens konstatiert, daß Radbruch in seiner Frühperiode Positivist gewesen sei, während er sich im Alter dem Naturrecht zugewandt habe. Beides kann man belegen, aber beides stimmt nur *cum grano salis*. In beiden Perioden finden sich Elemente, die den Positivismus- bzw. den Naturrechtsstandpunkt transzendieren.

Das läßt sich vor allem an Radbruchs Bestimmung des Rechtsbegriffs zeigen. Schon in seiner frühen „Rechtsphilosophie“ definierte er Recht als „die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen“<sup>36</sup>). Diese Definition, an der Radbruch bis an sein Lebensende festgehalten hat, ist unter zwei Aspekten bemerkenswert. Sie ist erstens nicht positivistisch. Der positivistische Rechtsbegriff besagt nur, daß das Recht ein Inbegriff von formal korrekt erlassenen Normen beliebigen Inhalts ist. Radbruch dagegen betont, daß Rechtsqualität nur Normen haben, die auf die Gerechtigkeit bezogen und an ihr orientiert sind (mit diesem Gedanken der Wertbezogenheit der Kulturphänomene berührt sich Radbruch mit der südwestdeutschen Richtung des Neukantianismus). Zweitens ist sein Rechtsbegriff naturrechtlich, da richtiges Recht nicht mit einem absoluten Rechtswert gleichgesetzt wird. Bei Radbruch gibt es nur „annäherungsweise“ richtiges Recht, aber „verwerfliches Recht“ wurde von ihm nie akzeptiert, auch nicht in seiner Frühperiode.

Radbruch war von seiner Rechtsdefinition her gehalten, eine Theorie der Gerechtigkeit zu entwickeln. Er hat das schon sehr früh getan, und das von ihm erarbeitete Modell ist noch heute die Grundlage der rechtsphilosophischen Gerechtigkeitsdiskussion, wenngleich die Entwicklung seit seinem

Tod nicht stehengeblieben ist. Radbruch hatte die Absicht, seine Gerechtigkeitslehre noch einmal völlig neu zu überarbeiten, vor allem wollte er den ursprünglichen relativistischen Ansatz etwas entspannen, doch dazu ist es nicht mehr gekommen<sup>37</sup>).

Radbruchs Theorie der Gerechtigkeit geht davon aus, daß das Gleichheitsprinzip (Gleiches gleich und Ungleiches entsprechend verschieden zu behandeln) zwar absolut gilt, aber nur formalen Charakter hat. Es muß also ein inhaltliches Prinzip, die Zweckidee, hinzukommen. Diese ist material, gilt aber nur relativ, denn es stehen drei verschiedene Höchstwerte des Rechts ohne rational auszumachende Rangordnung zur Verfügung: der individualistische, der überindividualistische und der transpersonale Wert. Um der Rechtssicherheit willen ist es daher nötig, den Rechtsinhalt autoritativ festzusetzen. Wieder ist Radbruchs Lehre nicht positivistisch, weil auch Werte einbezogen werden, allerdings um den Preis des Relativismus; und sie ist nicht naturrechtlich, weil nicht „absolut richtiges Recht“ aus der Rechtsidee gefolgert wird.

Wenn wir versuchen, seinen Ansatz weiterzuführen (aufgrund von Gesprächen mit ihm glaube ich mich zu einem solchen Versuch legitimiert), dann läßt sich feststellen, daß die Rechtsidee (die Gerechtigkeit) letztlich identisch ist mit der Personalität des Menschen in ihren drei Ausformungen: der Mensch als autonomes Wesen, der Mensch als Zweck dieser seiner Welt und also auch des Rechts sowie der Mensch als heteronomes Wesen. Oder anders formuliert: Rechtsidee und Menschenbild verhalten sich komplementär zueinander. Oder noch einmal gewendet: Die Rechtsidee ist ein Abbild der Idee des Menschen. Ob man damit wieder bei dem Homomensura-Gedanken des Protagoras angelangt ist, hängt davon ab, wie man die „Idee“

<sup>34</sup>) Vgl. A. Kaufmann, in: ders./W. Hassemer, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg 1989<sup>2</sup>, S. 122 ff.

<sup>35</sup>) Vgl. A. Kaufmann, Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, München–Zürich 1987.

<sup>36</sup>) G. Radbruch, Rechtsphilosophie, Leipzig 1932<sup>3</sup>, S. 27; Stuttgart 1973<sup>8</sup>, S. 119.

<sup>37</sup>) Eine vollständige Zusammenstellung des rechtsphilosophischen Werks von Gustav Radbruch von 1933 bis zu seinem Tod (1949) in: A. Kaufmann (Hrsg.), Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe, 3. Bd.: Rechtsphilosophie III, Heidelberg 1990 (bearbeitet von W. Hassemer).

des Menschen bestimmt. Dabei wird man, in Übereinstimmung mit dem späten Radbruch, Individualität, Überindividualität und Transpersonalität nicht jeweils für sich als Höchstwerte des Rechts zu erachten haben, sondern eher als Ausprägungen der einen und ganzen Person: Individuum, Sozialperson, Kulturträger. Nur dieser ganze Mensch kann Zweck des Rechts sein. Damit und mit der Anerkennung unveräußerlicher Menschenrechte ist der rechtsphilosophische Relativismus im Kern überwunden.

Radbruch hat in seiner frühen Lehre den Wert der Rechtssicherheit überschätzt und deshalb das positivistische Moment im Recht, seine Positivität, überbetont. Als er dann in seinen Altersjahren den Sündenfall des Positivismus erfahren hatte, brauchte er aber nicht, wie er noch kurz vor seinem Tod bekannt hat, „die Substanz der früheren Gedanken zu verändern, vielmehr nur die Akzente anders zu setzen, nur das, was dort noch im Schatten stand, ins volle Licht zu rücken“<sup>38</sup>). In der Tat ist Radbruchs Lehre von der Nichtigkeit „gesetzlichen Unrechts“ und des an seine Stelle tretenden „übergesetzlichen Rechts“, mit der er 1946 großes Aufsehen erregte<sup>39</sup>), nur die Konsequenz seines schon früh konzipierten Rechtsbegriffs, nur daß jetzt die Betonung mehr auf die materiale Gerechtigkeit als auf die Rechtssicherheit gelegt wurde.

Da die Kerngedanken dieser Lehre von vielen Gerichten, auch dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesgerichtshof, übernommen worden sind, sollen sie hier wörtlich wiedergegeben werden: „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 unzumutbar 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. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch gültigen Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur „unrichtiges

Recht“. Vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“ Daß diese „Radbruchsche Formel“ auch viele Kritiker gefunden hat, versteht sich<sup>40</sup>). Radbruch selbst hat sie nicht als den Stein der Weisen erachtet. Wie fundiert diese Kritik auch immer sein mag, so bleibt doch festzustellen, daß es für das Problem des „gesetzlichen Unrechts“ bis zur Stunde keine bessere Formel gibt. Dabei sollten die Kritiker wenigstens eines beachten: Radbruch spricht vom „übergesetzlichen“ Recht, nicht von einem „überpositiven“.

Und bei aller Kritik: Wo haben wir heute bei der Hinterlassenschaft der ehemaligen DDR einen besseren Maßstab, Recht vom Unrecht zu scheiden, als in der Radbruchschen Formel? „Evaluation“ lautet das Modewort. Es gilt, die Spreu von dem Weizen zu trennen. Dabei kann nicht jedes Gesetz der ehemaligen DDR als nichtig angesehen werden, so ungerecht es sich im Einzelfall auch auswirken mochte. Die Gesetzgebungsorgane, die solche Gesetze erlassen, und die Richter, die sie angewendet haben, haben sich nicht strafbar gemacht. Wo aber, mit Radbruchs Worten, der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreicht hat, wo mit dem Gesetz oder Befehl Gerechtigkeit gar nicht erstrebt wurde – der Schießbefehl an der Mauer war ein krasses Beispiel dafür –, da ist Unrecht geschehen, für das die Verantwortlichen zur Rechenschaft gezogen werden müssen. Man kann es, mit etwas anderen Worten, auch so sagen: Gesetze, Anordnungen und Befehle, die die fundamentalen Menschenrechte verletzen, sind nichtig, und ihre Urheber müssen sich vor dem Strafgericht verantworten.

Doch kehren wir nochmals zu Radbruch zurück. Jetzt, nach der Erfahrung mit der Diktatur, gibt er der Gerechtigkeit mehr Raum als ehemals, aber er vermeidet den Fehler der Naturrechtslehre, die Rechtssicherheit zu vernachlässigen. Das zeigt sich auch bei seinem Standpunkt zu dem in der ersten Nachkriegszeit viel erörterten Problem der „Natur der Sache“. Radbruch sieht darin nur eine „Denkform“, keinesfalls ein neues „konkretes Naturrecht“ und auch keine Rechtsquelle. Sein Standpunkt ist jenseits von Naturrecht und Positivismus. Wenn man genau liest, sieht man, daß bei ihm „richtiges Recht“ oder auch nur „nicht unrichtiges

<sup>38</sup>) G. Radbruch, Kulturlehre des Sozialismus, Berlin 1949<sup>3</sup>, S. 81.

<sup>39</sup>) Ders., Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristenzeitung, (1946), S. 105 ff.

<sup>40</sup>) Vgl. dazu die Dissertation von B. Schumacher, Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel, Göttingen 1985.

Recht“ überhaupt kein vorhandener Bestand ist, sondern nur in concreto bestimmt werden kann, daß es etwas nie Fertiges, sondern ein immerzu werdendes ist. Die Radbruchsche Formel beschreibt wie Kants kategorischer Imperativ einen

Prozeß und ist geradezu eine Gratwanderung, für die es wohl Richtpunkte, aber keine Garantien gibt. Radbruch hat immer sehr nachdrücklich auf das Gewicht von Entscheidung und Verantwortung hingewiesen.

## VI.

Radbruch hat, und zwar von Anfang an, den orthodoxen Rechtspositivismus auch insofern überschritten, als er sich zur „objektiven“ Auslegungstheorie bekannte. Maßgebend ist danach nicht, was der historische Gesetzgeber tatsächlich gewollt hat, vielmehr was das Gesetz bzw. ein gedachter Gesetzgeber sinnvollerweise für diese bestimmte Situation *hic et nunc* bezwecken muß. Das positivistische Dogma, daß sich der Richter nur an den im Gesetz verkörperten Willen des wirklichen Gesetzgebers zu halten habe, wäre ja auch allenfalls dann vollziehbar, wenn das Recht ein lückenloses Ganzes wäre. Daß dies nicht der Fall ist, hat man schon bald erkannt, und das ist heute eine Binsenweisheit. Aber den positivistischen Juristen machte das *Lückenproblem* außerordentlich zu schaffen<sup>41</sup>).

Die Begriffs- und Interessenjurisprudenz, die Freiheitsbewegung und auch die soziologische Jurisprudenz stellten, wenn einmal so vereinfacht werden darf, im Grunde nur Versuche dar, diese Schwäche des Positivismus systemimmanent zu korrigieren. Wieweit das gelungen ist, muß hier dahingestellt bleiben<sup>42</sup>). Jedenfalls stand am Ende all dieser Bemühungen die nüchterne und vielleicht auch beklemmende Einsicht, daß Rechtserkenntnis niemals reine Objekterkenntnis ist, daß vielmehr immer und notwendig der Rechtsuchende mit in den Prozeß der Rechtsverwirklichung eingeht. Das bedeutet nicht weniger, als daß das Subjekt-Objekt-Schema für die verstehenden oder hermeneutischen Wissenschaften (der Gegensatz hierzu sind die erklärenden Naturwissenschaften) prinzipiell keine Gültigkeit hat.

Von diesem Ansatz aus hat die hermeneutische Philosophie und Rechtsphilosophie eine wesentliche Bewandnis herausgestellt, nämlich daß Verstehen von sprachlichem Sinn immer auch und zuerst ein Sichselbstverstehen des Verstehenssubjekts ist<sup>43</sup>). Der Verstehende geht in den Verste-

henshorizont mit ein, und darum darf sich die methodische Reflexion nicht nur auf das „Objekt“ richten, sie muß das „Subjekt“ miteinbeziehen. Recht (im Gegensatz zum Gesetz) ist nicht Zustand, sondern Akt und kann daher nicht „Objekt“ einer vom „Subjekt“ unabhängigen Erkenntnis sein. Vielmehr ist Recht „Produkt“ eines Prozesses hermeneutischer Sinnentfaltung und Sinnverwirklichung. Eine „objektive Richtigkeit“ des Rechts außerhalb des hermeneutischen Rechtsfindungsverfahrens kann es somit überhaupt nicht geben. Ein Richter, der glaubt, er empfangen seine Entscheidungskriterien nur aus dem Gesetz („nur dem Gesetz unterworfen“), erliegt einer verhängnisvollen Täuschung, denn er bleibt (unbewußt) abhängig von sich selbst.

Das Gesagte darf nicht mißverstanden werden im Sinne der heute weit verbreiteten *funktionalistischen Betrachtungsweise des Rechts*<sup>44</sup>). Diese Richtung, als deren Hauptvertreter Niklas Luhmann zu nennen ist, stellt überhaupt nicht mehr auf Rechtsinhalte ab, sondern sieht die wesentliche Aufgabe des Rechts einer hochkomplexen Gesellschaft in der Garantie, daß das System reibungslos funktioniert. Das Recht muß, wie Luhmann im Soziologendeutsch sagt, „Komplexität reduzieren“. Begriffe wie „Gerechtigkeit“, „Naturrecht“ oder ganz einfach „Recht“ bezeichnen nach solcher Auffassung keine Wirklichkeiten; es sind nur Symbole, mit deren Verwendung man gute Absichten beteuert<sup>45</sup>). Nicht von ungefähr spielen in der modernen Gesetzgebung rein symbolische Gesetze eine wachsende Rolle, die nichts bewirken, also keinen „instrumentellen“ Charakter haben, sondern nur den Rechtswillen des Staates unterstreichen sollen<sup>46</sup>).

<sup>44</sup>) Vgl. L. Philipps/H. Scholler (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989.

<sup>45</sup>) Vgl. N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied u. a. 1969.

<sup>46</sup>) Vgl. M. Voß, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Straf-Gesetzgebungsakten*, Ebelsbach 1989.

<sup>41</sup>) Vgl. C.-W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin 1983<sup>2</sup>.

<sup>42</sup>) Vgl. A. Kaufmann (Anm. 34), S. 103 ff.

<sup>43</sup>) Vgl. H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen 1986<sup>5</sup>.

Das funktionalistische Denken macht vor allem Front gegen das *ontologische Denken*. Die Ontologie gilt denn auch für die meisten Rechtstheoretiker heute als abgetan. Dabei wird aber die Ontologie auf eine reine *Substanzontologie* verkürzt. Doch das ist unstatthaft. Die Idee des Ontologischen wurzelt in der durch die Erfahrung gestützten Annahme, daß das, was im „Sein“ begründet ist, nicht zur beliebigen Disposition steht; der Mensch kann es sich nur dienstbar machen, wenn er die darin herrschenden Gesetzmäßigkeiten beachtet. Ein solches „Unverfügbares“, „Nichtdispositives“, muß aber nicht notwendig etwas Substantielles sein, es kann sich beispielsweise auch um Strukturen oder Relationen handeln. Nachdem vor allem durch Kant und Hegel die Ausrichtung der Ontologie einzig auf das Substantielle überwunden wurde, ist es kaum noch entschuldbar, wenn das Wort „Ontologie“ ohne jede Begründung, als ob das selbstverständlich wäre, im Sinne der aristotelischen und thomistischen Substanzontologie gebraucht wird. Spätestens aber seit Charles S. Peirce ist das nicht mehr angängig. Denn durch ihn ist der entscheidende Durchbruch von der Substanzontologie zur *Relationenontologie* erfolgt. Viele sehen in ihm freilich nur den Logiker, der über die klassische (aristotelische) „reine“ Logik hinausgekommen ist und den Weg zu einer als Semiotik verstandenen intentionalen und modalen Logik fand: zu einer Relationenlogik. Darin liegt ein großer, folgenreicher Schritt. Aber ebenso bedeutsam ist, daß Peirce dabei nicht stehengeblieben ist, sondern über die Logik hinausgefragt hat und zu einer Ontologie der Relationen vorgestoßen ist<sup>47)</sup>.

Für die Rechtswissenschaft ist dieser Befund nicht unwichtig. Klassisches Naturrecht und klassischer (normlogischer) Rechtspositivismus gleichen sich in einem wesentlichen Punkt. Nach beiden ist der Prozeß der Rechtsverwirklichung ein vollkommen ungeschichtlicher Prozeß. Es ist ein „Prozeß“, in dem nichts geschieht. Fall und Gesetz bleiben dabei so, wie sie vorher waren, nichts wird verändert. Es ist ein substantielles Denken. Das Verfahren ist rein deduktiv. Das konkrete Recht, die Rechtsentscheidung, wird aus dem Gesetz logisch stringent abgeleitet, das Gesetz wiederum folgt aus höheren Normen, diese entspringen letzten und höchsten Normen. Der Unterschied zwischen klassischem Naturrecht und klassischem Rechtspositivismus

besteht „nur“ darin, daß dort die höchsten Normen als vorgegeben erachtet werden (im Logos, in der Natur, im göttlichen Gesetz, in der Vernunft), während man hier die „Grundnorm“ als eine menschliche Setzung, als eine Hypothese oder als eine transzendente Bedingung begreift.

Es ist nicht nötig, langatmige Ausführungen dazu zu machen, daß eine solche Methode, die Rechtsanwendung nur als Subsumtion versteht, nie praktiziert worden ist, weil sie sich gar nicht praktizieren läßt. Das ist heute fast allgemein anerkannt. Die obersten Normen sind, wiewohl keine bloßen „Leerformeln“, so doch viel zu inhaltsarm, als daß sich daraus die konkrete Rechtsordnung deduzieren ließe; es fließt immer Empirie ein. Auch das positive Gesetz entscheidet mit seinen generellen Normen fast nie einen wirklichen, konkreten Fall unmittelbar und zweifelsfrei. „Eindeutig“ im strengen Sinne ist ein Gesetz nur dort, wo es Zahlbegriffe verwendet, denn nur Zahlbegriffe sind univok. Davon abgesehen bedarf es bei der „Rechtsanwendung“, die zwar auch, aber nicht nur Subsumtion ist, immer einer Aufbereitung der Norm am konkreten Fall. Eine rein deduktive Logik ist hier am Ende.

Der empirische Rechtspositivismus, aber auch manche existenzphilosophischen Richtungen und die Situationsethik haben es mit einer rein induktiven Logik versucht: Sie wollen vom Fall aus ohne Zuhilfenahme einer Norm zur Rechtsentscheidung kommen. Daß die Induktion von den strengen Logikern wissenschaftlich verdächtigt wird (Karl Popper), muß man als Rechtstheoretiker hinnehmen. Denn ganz ohne ein induktives Moment geht es bei der juristischen Methode schlechterdings nicht. Aber wie man *ausschließlich* durch Induktion, nur von der Faktizität des Falles her, zu einer Sollensentscheidung kommen kann, bleibt das Geheimnis all derer, die das behaupten.

Diese kurze Analyse des Rechts und des Prozesses der Rechtsverwirklichung ergibt also, daß für die juristische Methode eine rein deduktive Schlußweise nicht ausreicht, daß aber auch mit Induktion allein nicht auszukommen ist. Das Verfahren ist sehr viel komplexer, und zwar deswegen, weil empirische und normative Momente hineinspielen und weil man Sein und Sollen nicht durch einen einfachen, glatt aufgehenden Schluß verbinden kann. Bei der „Rechtsanwendung“, die aber gerade nicht bloße „Anwendung“ des Gesetzes ist, geschieht folgendes: Auf der einen Seite bedarf es einer „Konstruktion des Falles“, d. h. der Herausarbeitung seiner im Hinblick auf die Norm „wesentlichen“ Elemente und damit der Bildung eines

<sup>47)</sup> Vgl. A. Kaufmann, Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie, in: *Rechtstheorie*, 17 (1986), S. 257ff. Grundsätzlich: L. Schulz, *Das rechtliche Moment der pragmatischen Philosophie von C. S. Peirce*, Ebelsbach 1988.

„Sachverhalts“ aus dem Fall; auf der anderen Seite ist die „Interpretation der Norm“ erforderlich, nämlich ihre Konkretisierung im Hinblick auf den Fall und damit die Bildung eines „Tatbestands“ aus der Norm<sup>48</sup>). Durch diese beiden Akte der Konstruktion und der Interpretation, die nicht zeitlich aufeinander folgen, sondern in einem wechselbezüglichen Verhältnis des „Zugleich“ stehen, wird bewerkstelligt, daß Fall und Norm einander als „Sachverhalt“ und „Tatbestand“ entsprechen. Diese Entsprechung besteht nicht von vornherein (wiewohl in Fall und Norm tendenziell angelegt), sie muß dergestalt hergestellt werden, daß Fall und Norm durch einen aktiv-gestaltenden Akt gleichgesetzt werden („Gleichsetzungstheorie“; in solcher Gleichsetzung steckt immer auch ein Stück Machtausübung; das gilt erst recht für die Gleichsetzungen und Ungleichsetzungen, die der Gesetzgeber vornimmt). Fall und Norm können in ihrer unbearbeiteten Form einander nicht zugeordnet werden, denn sie stehen auf kategorial verschiedenen Ebenen, denen von Sein und Sollen. Eine Zuordnung ist erst möglich, nachdem die Norm mit Empirie und der Fall mit Normativität in der Weise angereichert worden sind, daß sie zueinander „passen“. Subsumieren kann man nur „Sachverhalte“ unter „Tatbestände“.

Mit diesem Gedanken der „Entsprechung“ ist der relationale Charakter der Rechtsfindung wie überhaupt des Rechts herausgestellt. Zugleich zeigt sich, daß die Herstellung von Sachverhalten und Tatbeständen mit Analogie (oder, nach Peirce, mit Abduktion) zu tun hat. Weiter ist aber auch ersichtlich, daß es sich hier um einen geschichtlichen Prozeß handelt. Für jeden Fall der sogenannten Rechtsanwendung muß die Herstellung neu erfolgen – auch die Feststellung, daß ein Fall genauso (strenggenommen natürlich nur ähnlich) liegt wie ein bereits früher entschiedener, verlangt eine solche Denkopoperation, mag diese auch wie bei Routinefällen nicht ins Bewußtsein treten.

Rechtsverwirklichung so verstanden, ist ein gestaltender Akt, bei dem Norm und Fall unter das Gesetz der Geschichtlichkeit treten. Das hermeneutisch entfaltete Gesetz ist ein anderes, als es vorher war, wie auch der Fall, als rechtlich beurteilter Fall, eine neue Dimension erlangt hat. Woher aber stammen die Elemente, die diese Veränderung bewirken? Auf den ersten Blick scheinen dies allein die Lebensverhältnisse zu sein, welche die Geschichtlichkeit des Rechts im Sinne einer stetigen Anpassung des Gesetzes an die Wirklichkeit verursachen und gewährleisten. Bei näherem Zusehen wird man aber erkennen, daß auch das Gesetz gewissermaßen „geschichtlichkeitsadäquat“ sein muß, daß es geschmeidig und offen sein muß (wenn auch mit Maßen: Rechtssicherheit!), könnte es doch sonst den Lebensverhältnissen nicht angepaßt werden. Ein streng eindeutig formuliertes Gesetz wäre, weil starr und unlebendig, ganz und gar ungeschichtlich. Geschichtlichkeit kann es nur im offenen System geben. Und darum ist die juristische Methode im Kern auch nicht eine Subsumtion, entscheidend kommt es vielmehr auf das rationale Argumentieren im offenen System an<sup>49</sup>).

Recht im eigentlichen Sinne des Wortes steckt somit weder allein in der Norm noch etwa nur im Fall, sondern in ihrer gegenseitigen Beziehung, in ihrer Relation. Ob die abstrakte Gesetzesnorm und der konkrete Fall vor ihrer Assimilation „Substanzen“, „Gegen-Stände“ sind, bleibe dahingestellt. Tatbestand und Sachverhalt sind es ganz sicher nicht, denn sie bringen zur Erscheinung, wie sich Norm und Fall gegenseitig verhalten. Und eben dieses Verhältnis ist das, was wir als „Recht“ bezeichnen. Recht ist, wie ich früher einmal formuliert habe, die „Entsprechung von Sollen und Sein“<sup>50</sup>). Recht ist also nicht Substanz, sondern gerade das ganz andere als Substanz: *Beziehung*. Und wenn das Recht relationalen Charakter hat, dann muß auch seine unbeliebige Geschichtlichkeit letztlich in dieser Relationalität fundiert sein.

<sup>48</sup>) Vgl. A. Kaufmann, Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik, in: Festschrift für K. Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt a. M. 1969, S. 243 ff.; ders., Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, Köln u. a. 1984, S. 25 ff.

<sup>49</sup>) Vgl. ders., Recht und Rationalität, in: Festschrift für W. Maihofer, Frankfurt a. M. 1988, S. 11 ff.; ders. Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, Heidelberg 1990.

<sup>50</sup>) Ders., Analogie und „Natur der Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Heidelberg 1982<sup>2</sup>, S. 18.

## VII.

Wo aber ist solche Unbeliebigkeit im Relationalen zu finden? Was ist eine Relation? Darüber haben sich die Philosophen viele Gedanken gemacht. Es gibt zufällige Relationen; wenn z. B. im Telefonbuch Schmidt nach Schmid kommt, dann ist das eine zufällige Beziehung. Dieser Art ist die Rechtsbeziehung zwischen Fall und Norm gewiß nicht. Aber ist sie deshalb schon eine „wesentliche Beziehung“? Es ist unverkennbar, daß hier das alte Universalienproblem, der Streit zwischen Realismus und Nominalismus, ins Spiel kommt. Man kann bestreiten, daß es „wesentliche“ Eigenschaften und Beziehungen überhaupt gibt. Günther Patzig behauptet z. B., daß die Beziehung „Vatersein“ nicht heiße, daß ein Mensch eine „interne“ Relation zu einem Kind habe, sondern nur, daß wir nur solche Personen als „Vater“ bezeichnen dürfen, für die es ein X gibt, daß X Kind von Y ist<sup>51</sup>). Auf das Rechtsphänomen gewendet heißt das: Ist „Recht“ nur ein Name, den wir der Relation von Fall und Norm bzw. von Sachverhalt und Tatbestand geben, mithin nur eine relationale Redeweise, ohne daß dem ein relationaler Sachverhalt entspricht?

Ich bin der Auffassung, daß ein solcher Rechts-Nominalismus nicht widerlegbar ist. Er ist freilich auch nicht beweisbar. Die Frage ist, ob er, konsequent praktiziert, erträglich ist. Wenn, wie Peirce gesagt hat, für die Philosophie der biblische Satz gilt: An ihren Früchten werdet ihr sie erkennen!, dann wird man für den Nominalismus sagen müssen, daß seine „Früchte“ für das Recht wenig bekömmlich sind. Denn das Recht wird durch einen konsequenten Nominalismus absolut funktibel. Bei Niklas Luhmann, der Recht und Gerechtigkeit nur noch als Symbole begreift, ist das besonders deutlich; nach ihm kann Recht durch kein extrasystematisches Kriterium, sondern allein durch das Rechtsverfahren legitimiert werden, und das heißt, daß es völlig beliebig wird.

Wäre Recht nur eine relationale Redeweise, dem kein relationaler Sachverhalt, keine „Sache Recht“, zugrunde liegt, so wäre z. B. auch die Relation „X = Rechtssubjekte sind nur arische Menschen, und Y = J ist ein Jude“ also „XRY, d. h. der Jude J ist kein Rechtssubjekt“ – rechtens, da es für diese Qualifikation, so gesehen, nur darauf ankommt, daß die Norm „Rechtssubjekte sind nur arische Menschen“ in der *Form* rechtens

erlassen ist und daher als „Recht“ bezeichnet wird. Sofern man das nicht zu akzeptieren bereit ist, muß man einräumen, daß nicht jede beliebige Relation zwischen einem Fall und einer Gesetzesnorm „Recht“ genannt werden kann. Der mögliche Einwand, der Fehler stecke hier nicht in der Relation, sondern in einem Relatum, nämlich im Gesetz, verkennt, daß erst aus der angewandten *lex corrupta reales* Unrecht wird. Im übrigen sind die Regelfälle „unrichtigen Rechts“ (eine *contradictio in adiecto*) solche, in denen zwischen einem korrekten Gesetz und einem zutreffend festgestellten Fall falsche Relationen hergestellt werden, d. h. daß das Gesetz nicht richtig angewendet wird.

Doch was heißt „unrichtig“ angewendet? Man sagt z. B., die Relation „E = Elektrizität entspricht S = Sache“ sei falsch. Aber ist sie notwendig falsch und unwahr, genauso wie beispielsweise „zweimal zwei = fünf“ falsch und unwahr ist? Ist Elektrizität unter keinem denkbaren Gesichtspunkt, in keiner denkbaren Relation, als „Sache“ anzusehen? Könnte sie es nicht unter dem Gesichtspunkt des Diebstahls in dem Sinne sein, daß in dieser Hinsicht „Sache“ alles ist, was man einem anderen „wegnehmen“ kann? Das wird man nicht schlechterdings verneinen können. Dann aber ist nicht auszuschließen, daß hier mehrere Relationen als „richtig“ gelten können. Und so verhält es sich in rechtlichen Dingen in der Tat sehr oft, daß mehrere verschiedene Lösungen als gleichermaßen „plausibel“, „stimmig“, „vertretbar“ und in diesem Sinne „richtig“ erscheinen<sup>52</sup>). Wo aber gibt es dann einen Halt?

Ich knüpfe noch einmal an Peirce an. Er kennt drei Relationen: I, It und Thou, und es ist höchst bemerkenswert, daß er von diesen drei Relationen auch als von drei Personen spricht<sup>53</sup>). Das ist völlig korrekt. Denn *Person ist Relation*, sie ist der Grundfall der Relation, der *Ur-Relation*. Person ist der Mensch nicht seiner Substanz nach, sondern als das Ensemble von Beziehungen, in denen er zu seiner Welt steht, zu den Mitmenschen und zu den Dingen. Den Menschen als Substanz gibt es auch in der Vereinzelung, Person aber gibt es nur zwischen den Menschen. Aus demselben Grund gibt es auch das Recht immer nur zwischen den Menschen; in seiner Vereinzelung hat der Mensch wohl

<sup>51</sup>) Vgl. G. Patzig, *Relation*, in: *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, 4. Bd. München 1973, S. 1226.

<sup>52</sup>) Vgl. A. Kaufmann, *Über das Problem der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis*, in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln u. a. 1989, S. 1ff.

<sup>53</sup>) Peirce's Relationslogik findet sich hauptsächlich im 3. Bd. der *Collected Papers*.

religiöse und moralische Pflichten, aber keine Rechtspflichten. Darum konnte Hegel sagen: „Das Rechtsgebot ist: sei eine Person und respektiere die andern als Personen.“<sup>54)</sup>

Für eine auf dem vorstehend skizzierten Fundament zu errichtende juristische Ontologie des Personalen, die nur als Relationenontologie, nicht als Substanzontologie gedacht werden kann, ist der Gesichtspunkt des Respektierens und Anerkennens von großer Bedeutung. Von Anaximander an kann man durch die ganze Naturrechtsdiskussion diesen allerersten Rechtsgedanken verfolgen, daß es im Miteinander der Menschen zu allererst darum geht, den anderen als das zu lassen, was er ist: Person. Max Scheler hat betont, daß der Begriff einer „individuellen Person“ eine *contradictio in adiecto* ist, da Person immer vom anderen mitkonstituiert ist<sup>55)</sup>. Das Kaufverhältnis beispielsweise setzt voraus, daß der Käufer nicht nur die Rolle des Verkäufers versteht, sondern auch versteht, daß der Verkäufer seine (des Käufers) Rolle versteht – et vice versa („Reziprozität der Perspektive“, wie die Soziologen sagen).

Da Person nicht unter den Bereich des Gegenständlichen fällt, kann beim Personalen das Subjekt-Objekt-Schema in der Erkenntnis keine Gültigkeit haben. Denn Person ist weder Objekt noch Subjekt und daher gegenständlichem, statischem, ungeschichtlichem Denken nicht zugänglich. Person ist relational, dynamisch und geschichtlich. Person ist nicht Zustand, sondern Ereignis, Person ist Akt. Das gilt auch für das Recht, Recht ist kein Bestand an Normen, Recht geschieht in den personalen „Verhältnissen“; geschieht es hier nicht, gibt es vielleicht Gesetze, aber kein Recht. Recht wird im Akt.

Der Mensch ist Person nicht „von Natur aus“. Wer aber teilt ihm Personalität zu? Man kann hier Spekulationen anstellen und auf Gott rekurrieren oder auf eine transzendente „Person überhaupt“ oder auf einen fiktiven Urvertrag. Ich möchte vorsichtiger (und auch nur dilatorisch) argumentieren. Personhaftigkeit gewinnen die Menschen dadurch, daß sie sich gegenseitig als Person anerkennen, womit sie auch das Recht anerkennen (daß die Personhaftigkeit des menschlichen Embryos heute so umstritten ist, liegt wesentlich daran, daß hier der Konsens verlorengegangen ist). Gewiß, der Konsens kann niemals die „Letztbegründung“ für

Personalität und Recht sein, die nicht wenige für ihre Wahrheits- und Gerechtigkeitstheorien in Anspruch nehmen<sup>56)</sup>. Aber was bleibt von der Personhaftigkeit des Menschen (des Embryos) und vom Recht, wenn sie nicht anerkannt werden?

Ist damit nicht doch wieder alles dispositiv geworden? Ich meine, nein. Da Person *Relatio* ist, genauer Struktureinheit von *Relatio* und *Relata*, von *Wie* und *Was*, beläßt sie dem Recht seinen Prozeßcharakter, verhindert aber zugleich seine unbegrenzte Fungibilität. Was „Recht“ als solches identifiziert, ist die Frage, ob dem Menschen in seiner Eigenschaft als Person das ihm „Zustehende“, das „*sum iustum*“ gewährt wird. Wo ihm dies nicht gewährt wird, da ist nicht Recht verwirklicht. Die Person, d.h. die personalen Beziehungen der Menschen zueinander und zu den Dingen, ist dieses „Unverfügbare“, „Ontologische“, was jede Rechtserscheinung als Person identifiziert. Da Person wesentlich geschichtlich ist, Aufgabe und Aufgegebenes zugleich, ist auch das, was ihr von Rechts wegen zusteht, eine geschichtliche, aber keineswegs beliebige Größe.

Gewiß kann auch die Fundierung des Rechts in der Person nicht verhindern, daß es in bezug auf viele Rechtsfragen keine eindeutigen, allein richtigen Antworten gibt, denn personales Denken ist im Kern analogisches Denken. Um wenigstens intersubjektiv gültige und konsensfähige Antworten zu gewinnen und um die Zahl der „richtigen“, d.h. „vertretbaren“ Antworten möglichst zu reduzieren, ist der *Diskurs* nötig. Was immer einen solchen (rationalen) Diskurs bestimmen mag, auf jeden Fall ist nötig, daß er einen identischen (nicht notwendig substantiellen) Gegenstand (ein Thema) zur Grundlage hat, der nicht einzig der Diskurs selbst ist<sup>57)</sup>. Wenn es also in einem juristischen Diskurs wirklich um das „Recht“, um das „richtige Recht“ oder wenigstens um das „nicht schlechthin unrichtige Recht“ gehen soll und nicht um etwas

<sup>56)</sup> Vgl. K.-O. Apel, *Diskurs und Verantwortung*. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral. Frankfurt a.M. 1988, S. 8, 117f., 143 ff., 198ff., 347ff., 406ff., 442ff.; O. Höffe, *Politische Gerechtigkeit*. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Frankfurt a.M. 1987, S. 28; J. Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a.M. 1981, S. 123. Dazu (auch kritisch) W. Kuhlmann, *Moralität und Sittlichkeit*. Ist die Idee einer letztbegründeten normativen Ethik überhaupt sinnvoll?, in: W. Kuhlmann (Hrsg.), *Moralität und Sittlichkeit*. Das Problem Hegels und die Diskursethik, Frankfurt a.M. 1986, S. 194ff.

<sup>57)</sup> Vgl. A. Kaufmann, *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit*, in: *Archiv für Recht und Sozialphilosophie (ARSP)*, 72 (1986), S. 425ff.; ders., *Rechtsphilosophie (Ann. 49)*, S. 32ff.

<sup>54)</sup> F. W. G. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 36.

<sup>55)</sup> Vgl. M. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik*, Bern 1954<sup>4</sup>, S. 382.

beliebiges anderes, dann muß ihm ein Identitätsgewährleistender Rechtsgehalt, eben ein „Unverfügbares“, „Ontologisches“ zugrunde liegen. Dieses Unverfügbare ist der Mensch als Person. Der

Mensch als Person bestimmt den juristischen Diskurs, nicht nur das *Procedere*, sondern auch den Inhalt. Denn der Mensch als Person ist das „Wie“ und das „Was“ in einem.

## VIII.

Mit diesem personalen Ansatz ist die Rechtsordnung nicht bis ins Detail festgelegt. Aber es ist ihr doch ein Fundament gegeben. Wie sich das auswirkt, soll an einem von vielen Beispielen erläutert werden.

Unsere Verfassung gewährleistet eine Reihe von Grundrechten, von subjektiven Naturrechten, könnte man sagen: Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Eigentum. In Artikel 19 Abs. 2 GG heißt es, daß kein Grundrecht in seinem „Wesensgehalt“ angetastet werden darf. Was aber heißt: „Wesensgehalt“ eines Grundrechts<sup>58)</sup>?

Darüber rätselt man seit Bestehen des Grundgesetzes. Es gibt eine Theorie, die auf den „substantiellen Kern“ des betreffenden Grundrechts abstellt. Dieser substantielle Kern müsse bei einem Grundrechtseingriff „übrigbleiben“. Hier wird ersichtlich substanzontologisch argumentiert. Was aber bleibt beispielsweise für einen zu lebenslanger Haft Bestraften an Freiheitsrechten übrig? Gewiß nicht der „Kern“ der Freiheit. Eine andere Theorie sagt, es komme nicht darauf an, daß etwas übrigbleibe, maßgebend sei vielmehr der Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit; der Grundrechtseingriff dürfe nicht ein „Übermaß“ enthalten. Damit aber hat man natürlich den Gedanken der „Wesensgehaltsgarantie“ verabschiedet. Eine dritte Theorie beinhaltet, daß das Grundgesetz gar nicht die subjektiven, individuellen Rechte des Menschen garantiere, sondern nur die „Institution“ des Eigentums oder des Lebens oder der Freiheit. Artikel 19 Abs. 2 GG bedeute lediglich eine Institutsgarantie, und diese sei nicht in Frage gestellt, wenn man einzelne Menschen lebenslang einsperrt. Schließlich hat Luhmann von seinem funktionalistischen Ansatz aus behauptet, die Wesensgehaltssperre garantiere weder einen Einzel- noch einen Institutionenschutz; Artikel 14 GG (Eigentumsgarantie) beispielsweise „schützt den einzelnen nicht in seiner Persönlichkeit und nicht in seinem spezifischen Sachbedarf, er garantiert

ihm weder Nahrung noch Witterungsschutz noch eine Mindestausrüstung mit kulturellen Symbolen, sondern er gewährleistet seine Teilnehmerrolle am Kommunikationssystem der Wirtschaft, weil ohne diese Garantie das Kommunikationssystem nicht gewährleistet werden kann... Nur in seiner spezifischen Rolle als Teilnehmer an der Gesellschaft wird der Eigentümer geschützt, und das nicht um seiner Persönlichkeit willen..., sondern um der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftssystems willen... Die Verfassung gibt keinen Wertschutz, sondern nur einen Funktionsschutz.“<sup>59)</sup>

Nach der hier vertretenen relationalen Betrachtungsweise werden die Rechte des Menschen immer nur in bezug auf die Rechte der anderen gewährt. Es sind immer personale Rechte. Einerseits ist Person das Relatum der Rechtsbeziehung; daher gibt es kein Recht, das nicht zumindest mittelbar ein Recht der Person wäre. Andererseits bestimmt Person aber auch die Relatio: Was das rechte Verhältnis ist, kann nur jeweils von den vielfachen Beziehungen, in denen die Menschen als Personen zueinander stehen, bestimmt werden. Das Eigentum, um dieses Beispiel noch einmal aufzugreifen, ist seinem „Wesen“ nach weder Substanz noch Geldwert, sondern, mit Goethe „der Kreis, den meine Wirksamkeit erfüllt, nichts drunter und nichts drüber“. Eigentum ist Actio, ist Tätigkeit, ist Selbstverwirklichung der Person. Wer nichts sein eigen nennt, kann nicht im Vollsinn Person sein. Dabei ist vor aller Gleichmacherei zu warnen. Was des Menschen „Wirksamkeit erfüllt“, ist von Mensch zu Mensch sehr verschieden. Der Kunstmäzen mag Millionenwerte zu Recht sein eigen nennen, der Parvenü aber nicht. Darum kann auch der nach einem Grundrechtseingriff zu verbleibende „Rest“ von Fall zu Fall sehr unterschiedlich sein. Nie aber darf ein Mensch so sehr aller persönlichen Habe beraubt werden, daß ihm ein Leben als Person und in Würde nicht mehr möglich ist.

<sup>58)</sup> Vgl. ders., Über den „Wesensgehalt“ der Grund- und Menschenrechte in: ARSP, 70 (1984), S. 384 ff.

<sup>59)</sup> N. Luhmann, Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965, S. 59 ff., 120 ff.

## IX.

Bleibt zum Schluß die Frage, was aus der Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre geworden ist. Was gibt die „Natur“ für die Gestaltung der Rechtsordnung her? Nach dem zuvor Gesagten muß die Antwort lauten: Es gibt keine solche „Natur“, aus der sich ableiten ließe, wie sich der Mensch in einer konkreten Situation zu verhalten hat. Das einstige Naturrecht entstand in einfach strukturierten, geschlossenen Gesellschaften, in denen man an Gesetzestafeln (mosaisches Gesetz, Zwölftafelgesetz) ablesen konnte, was gut und was böse, was gerecht und was ungerecht ist. Die moderne Gesellschaft ist hochgradig komplex und kann daher nur als *offenes System* funktionieren. In einem solchen offenen System muß der Mensch handelnd ausgreifen auf die Welt, ohne sich stets im Vorhinein anhand feststehender Normen vergewissern zu können, ob sein Handeln richtig ist, d. h. er muß sich riskant verhalten. Man denke etwa an den Arzt, der zwei Schwerstverletzte, aber nur einen Reanimator hat und sich nun entscheiden muß, welchem der beiden er eine Lebenschance und welchem er das Todesurteil gibt. Das kann in keiner generellen Norm rational geregelt werden. Der Arzt muß das Risiko eingehen, vielleicht beim „falschen“ Patienten die Reanima-

tion einzuleiten. Oder inwieweit dürfen, an sich sehr bedenkliche, Genmanipulationen am Menschen vorgenommen werden, wenn es damit „vielleicht“ gelingt, schwere Krankheiten bekämpfen zu können?

In Gesellschaftssystemen dieser Art, in denen man nicht immer von vornherein wissen kann, welche Entscheidung die richtige ist, ist *Toleranz* in einem weitaus höheren Maße vonnöten, als in einer geschlossenen naturrechtlichen Gesellschaft<sup>60</sup>). Toleranz ist eines der wichtigsten ethischen Gebote der modernen Welt. In ihr gibt es keinen Naturrechtskatalog, es gibt nur den Menschen in seiner vielfachen Verwiesenheit, den Menschen als Person. Person sein kann er aber nur, wenn er auch den anderen als Person anerkennt, wenn er auch ihn Person sein läßt. Wenn es so etwas gibt wie eine „Idee“, eine „Natur“ des Rechts, dann ist sie die Idee, die Natur des personalen Menschen. Oder sie ist gar nichts.

<sup>60</sup>) Zum Prinzip Toleranz vgl. A. Kaufmann, Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht, in: Festschrift für U. Klug zum 70. Geburtstag, 1. Bd., Köln 1983, S. 97 ff.; A. Kaufmann, Beiträge (Anm. 48), S. 209 ff.

# Naturrecht in der pluralistischen Demokratie?

## I. Zum Problem des Naturrechts

### 1. Was heißt „Naturrecht“?

Das Thema Naturrecht begegnet heute weit verbreiteter Ablehnung. Es gibt – nicht nur bei Juristen – einen tiefgreifenden *horror iuris naturalis*, der einerseits wohl mit dem Schwierigkeitsgrad der Naturrechtsfrage zusammenhängt, sich andererseits aber auch aus der Auffassung erklärt, daß das Naturrecht sachlich wie erkenntnistheoretisch endgültig tot sei. Wer in der Gegenwart wissenschaftlich ernst genommen werden wolle, dürfe, so Arthur F. Utz mit ironischem Unterton, auf keinen Fall vom Naturrecht sprechen. Und der Rechtshistoriker Michel Villey hält es für ein „wahnwitziges Anliegen“, für eine „von vornherein verlorene Schlacht“, dem Zeitgenossen beispielsweise die Aktualität der Naturrechtslehre Thomas von Aquins plausibel zu machen<sup>1)</sup>.

Das Naturrecht ist aber schon wiederholt für tot erklärt worden, was den Verdacht hervorruft, daß der Tote noch am Leben ist. Der Grund hierfür könnte darin liegen, daß das Naturrecht den Zusammenhang von Recht und Sittlichkeit anmahnt, damit ein nicht ersetzbares Erfordernis zumutbaren menschlichen Zusammenlebens ausspricht und sich insofern immer wieder zu Wort meldet. So gingen die klassischen römischen Juristen in den ersten drei Jahrhunderten nach Christus wie selbstverständlich von der Existenz des *ius naturale* aus<sup>2)</sup>. Über welche Kraft der Naturrechtsgedanke auch noch im 20. Jahrhundert verfügt, läßt sich an Gustav Radbruch zeigen, der vor der nationalsozialistischen Machtergreifung die Rechtsphilosophie als Relativist und Positivist maßgeblich mitbestimmt hatte und sich 1945 zu folgender Einsicht genötigt sah: „Es gibt also Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche Satzung, so daß ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar

ist. Man nennt diese Grundsätze das Naturrecht oder das Vernunftrecht. Gewiß sind sie im einzelnen von manchem Zweifel umgeben, aber die Arbeit der Jahrhunderte hat doch einen festen Bestand herausgearbeitet und in den sogenannten Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte mit so weitreichender Übereinstimmung gesammelt, daß in Hinsicht auf manche von ihnen nur noch gewollte Skepsis den Zweifel aufrechterhalten kann.“<sup>3)</sup>

Worum es sich beim Naturrecht handelt, hat Max Weber treffend so umrissen: Es ist „der Inbegriff der unabhängig von allem positiven Recht und ihm gegenüber präminent geltenden Normen, welche ihre Dignität nicht von willkürlicher Satzung zu Lehen tragen, sondern umgekehrt deren Verpflichtungsgewalt erst legitimieren“<sup>4)</sup>. Das Naturrecht steht also für die Idee eines Rechts, das sich nicht menschlicher Autorität verdankt, das vielmehr für jede Staatsinstanz, darüber hinaus im Grunde für jeden Menschen, unbedingte Verbindlichkeit beansprucht. Es hat die Bedeutung eines sittlichen Fundamentes und Maßstabes für alles auf öffentliche Wirksamkeit angelegte Handeln und macht aufmerksam auf den Unterschied zwischen empirischer Geltung und rechtsethischer Gültigkeit einer Normenordnung. Der naturrechtliche Gedanke der Unbeliebigkeit wendet sich gegen Entscheidungen, zu deren Rechtfertigung lediglich angeführt werden kann, daß sie vorherrschenden Überzeugungen oder Mehrheitsmeinungen entsprechen<sup>5)</sup>. Maßgebliche inhaltliche Norm im Naturrechtsdenken ist der Mensch, der nicht erst ins Recht dadurch kommt, daß bestimmte Instanzen Recht setzen. Der Mensch ist vielmehr immer schon im Recht. Nach diesem Vor-Recht hat sich alle Rechtsschöpfung zu richten<sup>6)</sup>. Das

<sup>1)</sup> Vgl. Arthur F. Utz, *Ethische und soziale Existenz. Gesammelte Aufsätze aus Ethik und Sozialphilosophie 1970–1983*, Walberberg 1983, S. 40; Michel Villey, *Warum Thomas von Aquin heute? Zur Kritik seiner Rechtslehre*, in: *Rechtstheorie*, 19 (1988), S. 143 f.

<sup>2)</sup> Hierzu mit zahlreichen Belegen Wolfgang Waldstein, *Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen*, in: Dorothea Mayer-Maly/Peter M. Simons (Hrsg.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen*, Berlin 1983, S. 240 ff.

<sup>3)</sup> Gustav Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in: ders., *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1950<sup>4</sup>, S. 336.

<sup>4)</sup> Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, Tübingen 1972<sup>7</sup>, S. 497.

<sup>5)</sup> Vgl. Otfried Höffe, *Naturrecht*, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), *Staatslexikon*, Bd. 3, Freiburg u. a. 1987<sup>7</sup>, Sp. 1296 ff.

<sup>6)</sup> Vgl. Max Müller, *Die ontologische Problematik des Naturrechts*, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt 1965, S. 462 ff.

positive Recht selbst widerspricht also keineswegs dem Naturrecht.

Gegenspieler des Naturrechts ist seit jeher der Rechtspositivismus, der eine Trennung von Moral und Recht annimmt und inhaltliche Kriterien nicht in den Rechtsbegriff aufnimmt. Der eher soziologisch orientierte Rechtspositivismus sieht das Recht begründet in den tatsächlich von einer Gesellschaft praktizierten Verhaltensweisen und Moralauffassungen. Man könnte diese Position auch einen – pluralismusfreundlichen – Konventionalismus nennen. Der strenge Gesetzespositivismus identifiziert das Recht mit den positivierten Normen, wobei entweder die Beliebigkeit des Rechtsinhaltes zum Dogma erhoben oder aber die Frage des Inhaltes neutral-uninteressiert angesehen wird. Entscheidend für die Legitimität des Rechts ist nicht, daß es nicht moralwidrig sein darf, sondern daß es in formal korrekter Weise erzeugt worden und Ausdruck des Willens der zuständigen Instanz ist.

Obwohl der Rechtspositivismus betont antimetaphysisch eingestellt ist und sich in Entgegensetzung zur Naturrechtsphilosophie als empiristische Theorie versteht, argumentiert er metaphysisch. Denn seine Gleichsetzung von Legitimität und Positivität kann nicht auf empirischer Beobachtung beruhen. Der Rechtspositivismus ist, so paradox es klingt, auch eine Naturrechtslehre<sup>7)</sup>. Seine Behauptung, daß der Gesetzesbefehl als solcher bereits den Gesetzesinhalt ethisch legitimiere, weist zurück auf den scholastischen Voluntarismus, der die Geltung des Naturrechts im Willen Gottes begründet sah. Im säkularisierten Naturrechtsdenken der Neuzeit mündete der Voluntarismus schließlich bei Thomas Hobbes in der Legitimierung der bedingungslosen Autorität des positiven menschlichen Rechts.

Zweierlei machen die bisherigen Ausführungen deutlich. Erstens ist es nicht möglich, über das Naturrecht zu sprechen, ohne zu den letzten Fragen der Philosophie Stellung zu beziehen. Zweitens kann man von der Naturrechtslehre nicht im Singular sprechen. Die verschiedenen Konzeptionen sind daher daraufhin zu überprüfen, ob sie der Funktion des Naturrechts entsprechen, nämlich ein an der natura humana orientiertes normieren-

des Regulativ für die Politik abzugeben. Das schließt die beschränkende Bindung der Machtausübung ein, erschöpft sich aber nicht darin<sup>8)</sup>.

## 2. Naturrecht und Pluralismus: ein Spannungsverhältnis

Abgesehen von vereinzelt Stimmen, die eine Art prästablierter Harmonie zwischen Pluralismus und Naturrecht feststellen<sup>9)</sup>, geht die herrschende Auffassung in der Politikwissenschaft von einem klaren Gegensatzverhältnis aus. Die pluralistische Ordnung basiere auf dem Prinzip der Volkssouveränität, was bedeute, daß alle rechtliche Ordnung mit den aus der Willensfreiheit der Individuen hervorgehenden Manifestationen vereinbar sein müsse. Ein vorgegebenes, absolut richtiges apriorisches Recht festlegen, dekretieren und durchsetzen zu wollen, würde zur Aufhebung der Pluralität und damit der Freiheit der Selbstbestimmung führen. Das Naturrecht zerstöre in einer weltanschaulich pluralen Welt die Kommunikationsgemeinschaft mündiger Bürger, es sei tendenziell autoritär, wenn nicht gar totalitär. Es markiere den Weg zurück von einer autonom legitimierten Demokratie zu einer heteronom bestimmten Diktatur<sup>10)</sup>.

Ein weiterer Grund für die mangelnde Verständigung liegt in den sehr unterschiedlichen geschichtlichen Entstehungskontexten. Das Naturrechtsdenken entstammt der griechisch-römischen Antike, während der Pluralismus die geistigen Einflüsse der Aufklärung, die verfassungspolitischen Auswirkungen der bürgerlichen Revolution und die sozialstrukturellen Folgen der industriellen Revolution repräsentiert. Seine ausschlaggebende geistige Wurzel ist der politische und wirtschaftliche

7) Vgl. Rupert Hofmann, Die Zumutungen des Grundgesetzes. Zur verfassungspolitischen Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland am Ende der siebziger Jahre, in: Zeitschrift für Politik, 27 (1980), S. 149.

8) Vgl. Ulrich Matz, Rechtsgefühl und objektive Werte. Ein Beitrag zur Kritik des wertethischen Naturrechts, München 1966, S. 5f.

9) So Wolfram Bauer, Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie. Zur Politologie des Methodenstreites der Staatsrechtslehrer, Berlin 1968, S. 430ff.; Heribert Franz Köck, Die Funktion des Naturrechts in einer pluralistischen Gesellschaft, in: D. Mayer-Maly/P. M. Simons (Hrsg.) (Anm. 2), S. 810ff.

10) Vgl. Rainer Beck, Wahrheit, Pluralismus, Kunst. Eine politiktheoretische Studie über die geistigen Grundlagen der pluralen Demokratie und ihre Kunst, München 1979, S. 116, 301ff.; Peter Massing, Interesse und Konsensus. Zur Rekonstruktion und Begründung normativ-kritischer Elemente neopluralistischer Demokratietheorie, Opladen 1979, S. 142; Jürgen Fuchs, Gesellschaftswandel und politische Legitimität, in: Christoph Böhr/Jürgen Fuchs/Roland Koch (Hrsg.), Pluralismus im Widerstreit, Krefeld 1982, S. 40f., 68f.

Liberalismus, wenn er diesen auch in mancher Hinsicht überwindet. Der Liberalismus selbst reicht über die Aufklärung zurück in den mittelalterlichen Nominalismus, der, engstens mit dem Voluntarismus verwandt, die ideelle Grundlage eines *ius naturale* unterhöhlt, weil objektive Wesensideen nicht ermittelt seien<sup>11)</sup>.

## II. Kennzeichen des Pluralismus

### 1. Pluralistische Gesellschaft

Das Wort Pluralismus steht für den die modernen westlichen Gesellschaften besonders stark prägenden Sachverhalt einer Vielfalt weltanschaulicher Ideen, politischer Ansichten, ökonomischer Interessen und kultureller Lebensstile. Vier Indikatoren zeigen mit großer Sicherheit das Vorhandensein eines pluralistischen Gemeinwesens an: Ein „Gruppenplural“ liegt vor, wenn eine unbegrenzte Zahl von Gruppen Aktivitäten zeigt, und zwar sowohl nach innen, wie die Prägung und solidarische Stützung der Mitgliederschaft, als auch nach außen, wie die Beeinflussung der Öffentlichkeit, anderer Gruppen oder des Staates. Mit „Wertplural“ ist die weitgehende Offenheit der Gesellschaft in bezug auf Werte und Normen gemeint. Es gibt wohl noch gemeinsame Orientierungen, aber dennoch haben insbesondere traditionelle Normen eine Verringerung ihrer generellen Geltung und Verbindlichkeit hinnehmen müssen. Der Indikator „soziale Differenzierung“ beschreibt den Prozeß der zunehmenden Verselbständigung und folglich Differenzierung der Lebensbereiche und Gemeinschaftsbindungen. Schließlich bezeichnet die „partielle soziale Integration“ das Phänomen, daß die Individuen in den verschiedensten sozialen Gebilden integriert sind, diese Integration sich aber nur auf einzelne Aspekte des Lebens, selten auf das ganze Leben oder auf die ganze Person bezieht<sup>12)</sup>.

Das politische Leben selbst ist unter dem Vorzeichen des Pluralismus durch fünf Aspekte gekenn-

zeichnet: Erstens sind heterogene soziale, ökonomische, politische und weltanschauliche Interessen und Ideen und für sie eintretende Organisationen legitim wirksam und ringen um Einfluß. Diese Kräfte entziehen sich zweitens einer Integration nach hierarchischen Einheitsprinzipien, wie sie von religiös-weltanschaulich geschlossenen Staaten oder ideologisch bestimmten totalitären Einparteiensystemen bekannt sind. Sie verfolgen vielmehr drittens ihre Ziele autonom und gleichberechtigt, und sie wissen sich durch grundrechtliche Garantien geschützt. Viertens unterscheiden sich die Akteure durch die Ansichten über die zu verfolgenden Mittel und Ziele, über ihre Zuordnung zur Welt wie zur Natur und zur Geschichte und über den Endzweck individuellen und sozialen Lebens. Daraus resultieren schließlich fünftens Konkurrenzsituationen und Konflikte interessenorientierter, aber auch weltanschaulich-grundsätzlicher Art.

zeichnet: Erstens sind heterogene soziale, ökonomische, politische und weltanschauliche Interessen und Ideen und für sie eintretende Organisationen legitim wirksam und ringen um Einfluß. Diese Kräfte entziehen sich zweitens einer Integration nach hierarchischen Einheitsprinzipien, wie sie von religiös-weltanschaulich geschlossenen Staaten oder ideologisch bestimmten totalitären Einparteiensystemen bekannt sind. Sie verfolgen vielmehr drittens ihre Ziele autonom und gleichberechtigt, und sie wissen sich durch grundrechtliche Garantien geschützt. Viertens unterscheiden sich die Akteure durch die Ansichten über die zu verfolgenden Mittel und Ziele, über ihre Zuordnung zur Welt wie zur Natur und zur Geschichte und über den Endzweck individuellen und sozialen Lebens. Daraus resultieren schließlich fünftens Konkurrenzsituationen und Konflikte interessenorientierter, aber auch weltanschaulich-grundsätzlicher Art.

### 2. Pluralistische Demokratie

Damit eine pluralistische Gesellschaft nicht in Anarchie und Chaos zerfällt, bedarf sie der rechtlichen Ordnung. Diese Ordnung muß aber aus den dem Pluralismus eigentümlichen Prinzipien erwachsen, also den Grundsätzen der Autonomie, Selbstbestimmung und Gleichberechtigung der Individuen und Gruppen entsprechen. Diesen Bedingungen kommt nur der rechtsstaatlich-demokratische Verfassungsstaat nach. Einerseits verhält er sich gegenüber der Pluralität sozialer und weltanschaulicher Positionen neutral und ordnet lediglich den Raum ihres Wirkens, andererseits ist seine Herrschaftsausübung dem Autonomiegedanken des Pluralismus deshalb angemessen, weil sie demokratisch legitimiert, strukturiert und kontrolliert wird<sup>13)</sup>.

<sup>11)</sup> Zur Herkunft aus dem Liberalismus vgl. Goetz Briefs, Staat und Wirtschaft im Zeitalter der Interessenverbände, in: ders. (Hrsg.), *Laissez-faire-Pluralismus. Demokratie und Wirtschaft des gegenwärtigen Zeitalters*, Berlin 1966, S. 17 ff.; Rainer Eisfeld, *Pluralismus zwischen Liberalismus und Sozialismus*, Stuttgart u. a. 1972, S. 18, 52 f.

<sup>12)</sup> Vgl. Lothar Roos, *Pluralismus und Grundwerteinigung*, in: Franz Böckle/Franz Josef Stegmann (Hrsg.), *Kirche und Gesellschaft heute*, Franz Gröner zum 65. Geburtstag, Paderborn u. a. 1979, S. 156 f.; Manfred Hättich, *Pluralismus als Aufgabe*, in: Heinrich Oberreuter (Hrsg.), *Pluralismus. Grundlegung und Diskussion*, Opladen 1980, S. 109 ff.

<sup>13)</sup> Vgl. Alexander Schwan, *Grundwerte der Demokratie. Orientierungsversuche im Pluralismus*, München 1978, S. 12 ff.; ders., *Pluralismus*, in: *Staatslexikon* (Anm. 5), Bd. 4, Freiburg u. a. 1988<sup>7</sup>, Sp. 427 f.

Dem pluralistischen Demokratieverständnis zuzurechnen sind mindestens folgende Elemente: die unverbrüchliche Anerkennung und Sicherung unveräußerlicher Grund- und Menschenrechte als Grundlage aller Politik, die Rekrutierung aller Inhaber staatlicher Ämter aus freien, gleichen, allgemeinen und geheimen Wahlen, die Verteilung staatlicher Macht auf eine Mehrzahl sich gegenseitig begrenzender und kontrollierender Verfassungsorgane, ein Alternativen verkörperndes Mehrparteiensystem, das Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung von Opposition, die Gestaltungsteilhabe der Partikularinteressen verkörpernden Verbände am politischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozeß und die Geltung des Rechts- und Sozialstaatsprinzips für alle staatlichen Handlungen<sup>14</sup>).

Ein Gemeinwesen, das diesen Anforderungen genügt, läßt sich als „autonom legitimierter, heterogen strukturierter, pluralistisch organisierter Rechtsstaat“ bezeichnen. „Autonome Legitimation“ besagt, daß der politische Prozeß keinem vorgegebenen, geschlossenen Gemeinwohlkonzept unterliegt, sondern freier, streitiger und anfechtbarer Diskussion folgt. Das Gemeinwohl ist eine abstrakte regulative Idee, die sich a posteriori konkretisiert als Ergebnis eines offenen Willensbildungsprozesses. „Heterogene Struktur“ bedeutet, die Gesellschaft beußt in ihrer Vielfalt an Interessen und Auffassungen zu belassen, auf eine zwangsweise Gleichschaltung im Namen einer geistigen, ethischen oder ethnischen Homogenität also zu verzichten. „Pluralistisch organisiert“ ist ein Regierungssystem, dessen Institutionen und Verfahrensweisen daraufhin angelegt sind, denjenigen Vorstellungen Geltungskraft zu verschaffen, die vom heterogen strukturierten Volk tatsächlich gewollt werden. Eine ungehinderte Kommunikation sowie ein freier Wettbewerb der Ideen und Programme zwischen Öffentlichkeit, Interessenverbänden, Parteien, Parlament und Regierung gehören notwendig hierzu<sup>15</sup>).

### 3. Pluralismus zwischen Freiheit und Bindung

Der Pluralismus ist kein Wert an sich, sondern eine gesellschaftliche Folge des Humanwertes Freiheit.

<sup>14</sup>) Vgl. Winfried Steffani, *Pluralistische Demokratie. Studien zur Theorie und Praxis*, Opladen 1980, S. 38, 103; ders., *Pluralismustheorien*, in: Wolfgang W. Mickel (Hrsg.), *Handlexikon zur Politikwissenschaft*, München 1983, S. 348.

<sup>15</sup>) Vgl. Ernst Fraenkel, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Stuttgart u. a. 1968<sup>4</sup>, S. 173 ff.; ders., *Reformismus und Pluralismus. Materialien zu einer ungeschriebenen politischen Autobiographie*, Hamburg 1973, S. 404 ff.

Sein anthropologischer Sinn liegt in der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Die perspektivische Begrenztheit der Individuen hat naturgemäß eine Pluralität der Interessen, Erkenntnisse und Verhaltensweisen zur Folge. Der Pluralismus ist somit Ausdruck des universellen Reichtums wie gleichermaßen der konkreten Begrenztheit menschlicher Bestrebungen.

Aufgrund seiner Bindung an die aufklärerische Tradition hält der Pluralismus daran fest, daß der Mensch im allgemeinen und die Bevölkerung eines pluralistischen Gemeinwesens im speziellen dazu befähigt sind, sich hinsichtlich der Lebensgestaltung vernunftgemäß selbst zu bestimmen. Freiheit unter pluralistischen Vorzeichen bedeutet also Freisein von nicht vernunftgemäß eingesehenen und nicht freiwillig anerkannten Bindungen und Verpflichtungen.

Die Freiheit zeigt zugleich die Problemlage des Pluralismus an: Die ihr entspringende Wert- und Normenvielfalt kann zur sozialen Desintegration führen. Zudem gibt es im pluralistischen Verfassungsstaat keine absolut autoritativ über alles gebietende Norminstanz. Das unterscheidet ihn gerade von religiös oder ideologisch monistischen Ordnungen. Um der Erhaltung der Freiheit willen muß die vorhandene Pluralität der Norminstanzen als irreversible und sogar wünschenswerte Grundbedingung des gesellschaftlichen Zusammenlebens erhalten bleiben. Ein Zurück zur weltanschaulich geschlossenen Gesellschaft wäre mit massivem Freiheitsverlust verbunden. Der Pluralismus stellt insofern eine historische Errungenschaft dar, die nicht ohne Verlust an humaner Substanz preisgegeben werden kann<sup>16</sup>).

Wie die Grundwertedebatte Ende der siebziger Jahre gezeigt hat, bedarf die pluralistische Gesellschaft aber eines Fundamentalbestandes an einheitlichem Ethos, soll sie nicht zerfallen und jeglicher Orientierung am Prinzip der Gerechtigkeit entbehren. Zu den Grundwerten zählen nach allgemeiner Übereinstimmung die Würde und die Freiheit der menschlichen Person an zentraler Stelle. Beide Prinzipien beziehen sich auf die Vorstellung, daß dem Menschen die volle Entfaltung seiner Anlagen „von Natur“ zusteht. Um diesen Kern gruppieren sich die Grund- und Menschenrechte in ihrer Ausprägung als liberale Abwehrrechte, als soziale Anspruchsrechte sowie als demokratische

<sup>16</sup>) Vgl. Alexander Schwan, *Pluralismus und Wahrheit*, in: Franz Böckle/Franz-Xaver Kaufmann/Karl Rahner/Bernhard Welte (Hrsg.), *Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft*, Teilband 19, Freiburg u. a. 1981, S. 149, 152 f.

Gleichheits- und Mitwirkungsrechte. Den Grundwerten zugerechnet werden müssen aber auch solidarische Pflichten – „Grundpflichten“ – des einzelnen den Mitmenschen wie dem sozialen Ganzen gegenüber, die zusammenfassend als Gerechtigkeit bezeichnet werden können.

Mit den Grundwerten ist die Naturrechtsfrage aufgeworfen. Denn Grundwerte können zweifach begründet werden. Einmal kann gesagt werden, daß sie im Person-Sein des Menschen ihren Ursprung haben, daß sie also vorgefunden, nicht aber geschaffen oder gar produziert werden. Staat, Gesellschaft und Einzelmensch stehen dann immer schon in der Pflicht, diesen Wertbestand zu respektieren. Einer solchen Position, die ohne metaphysische Reflexion schwerlich zu ihren Postulaten gelangen kann, steht die positivistische Auffassung

gegenüber, daß die Grundwerte sich aus dem tatsächlich von den Menschen vertretenen Ethos ableiten. Grundwerte sind dann eine Sache des gesellschaftlichen Konsenses, im Extremfall der Demoskopie<sup>17)</sup>.

Die oben getroffene Aussage, daß Pluralismustheoretiker für das Naturrecht optiert haben, besagt zunächst nicht viel mehr, als daß sie der positivistischen Auffassung nicht zustimmen und ganz allgemein auf dem Boden des Naturrechts stehen. Welchem Naturrecht sie zuneigen, bleibt dabei noch offen. In grober, die Sachlage aber dennoch treffender Unterscheidung kann vom klassischen und vom neuzeitlichen oder Aufklärungsnaturrecht gesprochen werden, die zwar nicht unvereinbare, aber doch deutlich voneinander abweichende Normvorstellungen entwickeln.

### III. Das Naturrecht in der Pluralismustheorie

#### 1. Der Antipositivismus der frühen Pluralisten

Der am Anfang der modernen Theoriegeschichte des Pluralismus stehende deutsche Rechtshistoriker Otto von Gierke, dessen Lehre von der realen Verbandspersönlichkeit die frühen englischen Pluralisten John N. Figgis, Frederic W. Maitland, Ernest Barker und Harold J. Laski zu Beginn des 20. Jahrhunderts stark beeinflußt hat, verstand sich als naturrechtlicher Denker. Er formulierte um 1880, also während der Hochblüte des Rechtspositivismus in Deutschland, daß weder der Staat noch irgendeine andere Macht Schöpfer des Rechts sein könne. Das Recht als eine „in sich wertvolle Menschheitsidee“ sei eine dem politischen Willen vorgeordnete und ihn bindende Norm und müsse in einer ihm gegenüber selbständigen geistigen Kraft wurzeln, die nur die vernehmende Vernunft sein könne<sup>18)</sup>.

Gierkes Absage an die positivistische Doktrin, daß das Recht aus dem Willensbefehl eines souveränen Machtinhabers hervorgehe, der selbst nicht an ein

Recht gebunden sei, fand bei den in der naturrechtsgesättigten Common-law-Tradition<sup>19)</sup> verwurzelten englischen Pluralisten nachdrückliche Zustimmung. Die Zurückweisung des Positivismus hing zudem mit dem ureigensten Anliegen der Pluralisten zusammen, nämlich der Anerkennung der Verbände als soziale Realitäten, die lediglich staatlich-rechtlicher Registrierung bedurften, auf keinen Fall mithin als Geschöpfe eines staatlichen Willensaktes gelten konnten. Gegner der Pluralisten war der dem absolutistischen Souveränitätsdenken Thomas Hobbes' nahestehende Rechtstheoretiker John Austin, der – ganz positivistisch – im Recht den ethisch-neutralen Inbegriff aller Befehle sah, welche von einer souveränen Macht an ihr unterworfenen Adressaten gerichtet werden<sup>20)</sup>.

#### 2. Das Naturrechtsplädoyer Ernst Fraenkels

Ernst Fraenkel, Begründer des Neopluralismus, der die demokratie- und staatstheoretische Diskussion nach dem Zweiten Weltkrieg am stärksten

<sup>17)</sup> Vgl. Ernst Feil, Grundwerte und Naturrecht. Legitimationsprobleme in der gegenwärtigen Diskussion, in: Stimmen der Zeit, 165 (1977), S. 657 ff.; Manfred Spieker, Grundwerte in der Bundesrepublik. Probleme ihrer Begründung, Geltung und Stabilisierung, in: Civitas. Jahrbuch für Sozialwissenschaften, 15 (1977), S. 30 ff.; Helmut Kuhn, Der Streit um die Grundwerte, in: Zeitschrift für Politik, 24 (1977), S. 31.

<sup>18)</sup> Vgl. Otto von Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik, Breslau 1902<sup>2</sup>, S. 318f.

<sup>19)</sup> Vgl. Erik Wolf, Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung, Karlsruhe 1964<sup>3</sup>, S. 131f.; Johannes Messner, Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik, Innsbruck u.a. 1966<sup>6</sup>, S. 366, 461f.; Martin Kriele, Die Herausforderung des Verfassungsstaates. Hobbes und englische Juristen, Neuwied-Berlin 1970, S. 15 ff.

<sup>20)</sup> Vgl. Adolf M. Birke, Pluralismus und Gewerkschaftsautonomie in England. Entstehungsgeschichte einer politischen Theorie, Stuttgart 1978, S. 188f., 199f.

geprägt hat<sup>21)</sup>, erörtert das Naturrecht unter mehreren Gesichtspunkten. Fraenkels stets wiederholtes Credo lautet, daß eine echte Demokratie nur auf naturrechtlicher Basis denkbar ist.

Zunächst legt Fraenkel seine Sicht des Naturrechts dar: Naturrecht sei ein Rechtssystem, welches unabhängig vom positiv gesetzten Recht eines Staates allgemeine Gültigkeit besitze. Es erkenne Individualrechte an, welche nicht zur Disposition des Staates stünden, und verhindere somit die Etablierung eines potentiell-omnipotenten oder totalitären Staates. Sich zu einer freiheitlichen Demokratie zu bekennen, heiße also, eine Normenordnung anzuerkennen, die sich aus der Natur der Sache, aus der Vernunft ergebe<sup>22)</sup>.

Nach dieser grundsätzlichen Klärung erörtert Fraenkel den Stellenwert des Naturrechts im Wertbewußtsein einer pluralistischen Gesellschaft. Er spricht von der Unverzichtbarkeit eines nicht-kontroversen Sektors im ansonsten konfliktoffenen politischen, wirtschaftlichen und geistigen Leben einer pluralistischen Demokratie. In diesem Sektor müsse ein consensus omnium bestehen über die verfassungsrechtlich, gesetzlich und konventionell normierten Verfahrens- und Spielregeln der politischen Willensbildung und Entscheidungsfindung sowie über einen aus abstrakten Prinzipien abgeleiteten Wertkodex. Die hier gemeinten Prinzipien stammten aus der naturrechtlichen Denktradition.

Fraenkel ordnet praktisch alle maßgeblichen Grundwerte und Verfassungsinstitutionen in den westlichen Demokratien der naturrechtlichen Gedankenwelt zu: die Idee der allgemeinen Menschenwürde, die Gleichheit der Menschen, die fundamentalen Freiheitsrechte wie Glaubens-, Meinungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit, die Ausrichtung des Rechts an der Idee der Gerechtigkeit, die Unverbrüchlichkeit des Rechts, der Gedanke der sozialen Geborgenheit, der Schutz vor willkürlicher Verhaftung, die richterliche Normenkontrolle staatlicher Tätigkeit, das Repräsentationsprinzip und die Volkssouveränität als Legitimationsgrundlage aller Herrschaftsausübung<sup>23)</sup>.

<sup>21)</sup> Eine systematische Darstellung des Neopluralismus bei Joachim Detjen, Neopluralismus und Naturrecht. Zur politischen Philosophie der Pluralismustheorie, Paderborn u. a. 1988, S. 35–230.

<sup>22)</sup> Vgl. Ernst Fraenkel, Staat und Einzelpersonlichkeit, in: Vorträge gehalten anlässlich der Hessischen Hochschulwochen für staatswissenschaftliche Fortbildung, Bd. 20, Bad Homburg v. d. H.–Berlin 1958, S. 154 ff.

<sup>23)</sup> Vgl. Hugo Sinzheimer/Ernst Fraenkel, Die Justiz in der Weimarer Republik. Eine Chronik, Neuwied–Berlin 1968, S. 368; Ernst Fraenkel, Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931–32, Darmstadt 1968,

Nun will Fraenkel das Naturrecht aber nicht lediglich als – deskriptiven – gemeinsamen Nenner für den erreichten Stand der Rechtskultur betrachtet wissen. Er erinnert die pluralistische Gesellschaft mit Nachdruck daran, daß die Naturrechtswerte im normativen Bewußtsein lebendig zu halten seien. Nur wenn das Erbe des Naturrechts nicht vertan sei und die motivierende Kraft naturrechtlicher Vorstellungen nachhaltig das gemeinsame Ethos präge, könne das moralische Experiment des pluralistischen Staates überhaupt gewagt werden. Ein Gemeinwesen, das die naturrechtliche Basis verlasse, das also die rechtliche Bindung der staatlichen Gewalt an überpositive Werte verneine, habe zumindest geistig vor dem totalitären Staat kapituliert.

Grundlegend geprägt wird Fraenkels Eintreten für das Naturrecht durch die Begegnung mit dem nationalsozialistischen Totalitarismus. Er löst sich zu dieser Zeit von der soziologisch bestimmten Sichtweise, daß das Naturrecht ein Ausdruck des Gerechtigkeitsverlangens benachteiligter oder unterdrückter Bevölkerungsschichten sei, und gewinnt die Erkenntnis, daß die Essenz des Naturrechts in der Unverbrüchlichkeit eines am Humanum orientierten Rechts liege. Eine „Einheitsfront der Naturrechtler“ formuliert in jenen Jahren die für die spätere Neopluralismustheorie bedeutsame Einsicht, daß einer Tyrannis nur durch Rückgriff auf eine universale Rechtsidee wirksam begegnet werden könne, was aber nicht dazu zwingt, auch in politischen Einzelfragen gleicher Auffassung zu sein.

Hinzu kommen noch Fraenkels Erfahrungen als Emigrant in den USA. Die generelle Anerkennung der Grundprinzipien eines rationalen Naturrechts als Basis des politischen Prozesses wie als Kern des Verfassungsrechts habe es den Amerikanern ermöglicht, eine extrem heterogene Gesellschaft in einem pluralistischen Staat zu organisieren<sup>24)</sup>.

An die Adresse Nachkriegsdeutschlands richtet Fraenkel den Appell, den Anschluß an die westlichen Demokratien dadurch zu vollziehen, daß es sich von seinem aus Romantik und Historismus gespeisten Staatsbewußtsein distanzieren und sich den gemeineuropäischen Traditionen des Natur-

S. 28 ff.; ders., Der Doppelstaat, Frankfurt am Main–Köln 1974, S. 136, 142, 163; ders., Das amerikanische Regierungssystem. Eine politologische Analyse, Opladen 1976<sup>2</sup>, S. 186; ders., Deutschland (Anm. 15), S. 33, 49, 83, ders., Reformismus (Anm. 15), S. 429 f.

<sup>24)</sup> Eine ausführliche Darlegung des biographischen Hintergrundes mit den einschlägigen Fundstellen bei J. Detjen (Anm. 21), S. 448 ff.

rechts und der Humanität zuwende. Dabei bezieht sich Fraenkel auf einen „Naturrecht und Humanität in der Weltpolitik“ betitelten Vortrag, den Ernst Troeltsch 1922 gehalten hatte. Troeltsch kontrastierte hier die naturrechtliche „ewige, Moral und Recht gemeinsam begründende rationale und gottgesetzte Ordnung“ mit der von Hegel und der historischen Rechtsschule forcierten Individualisierung und Relativierung des Rechts mit der Folge einer Entwicklung des Rechtsdenkens hin zum nackten Machtpositivismus<sup>25</sup>).

Trotz des engagierten Plädoyers für das Naturrecht ist es Fraenkel nicht gelungen, einen klaren Standpunkt hinsichtlich des philosophischen Fundamentes des Naturrechts zu finden. Er bekennt offen seine intellektuellen Zweifel an der Erkennbarkeit des Naturrechts, betont aber zugleich, daß sich die Anerkennung des *ius naturale* im Gewissen ausspreche. Denn die Alternative zum Naturrecht wären Zynismus und Zweifel<sup>26</sup>). Auch der tiefgreifende Unterschied zwischen dem antik-christlichen klassischen und dem zeitlich-profanen Aufklärungsnaturrecht wird von Fraenkel wenig angemessen eingeschätzt. So nennt er das klassische Naturrecht der Stoa genauso wie das neuzeitliche der Vertragstheoretiker in der von Hobbes begründeten Denktradition „rational“<sup>27</sup>), ohne zu bedenken, daß der Natur- und der Vernunftbegriff in der Zwischenzeit fundamentale Bedeutungsänderungen erfahren. Ist die Vernunft im klassischen Verständnis ein vernehmendes, zur teleologischen Natur des Menschen gehörendes und auf deren Entfaltung bezogenes Erkenntnisorgan, das vom empirischen Menschen ein bestimmtes Verhalten fordert, so setzt sich in der Neuzeit eine naturalistische Auffassung durch, gemäß der die Natur des Menschen aus Trieben, Instinkten und egoistischen Interessen besteht. Einer rein instrumentellen Vernunft bleibt aufgetragen, das Ausleben der Leidenschaften durch eine staatliche Zwangsordnung unter Kontrolle zu halten<sup>28</sup>).

Fraenkel bevorzugt das „rationale Naturrecht“, so wie er es in der politischen Philosophie des Aufklä-

ners und Vertragstheoretikers John Locke vorfindet. Locke stehe stellvertretend für das optimistische Naturrecht des 18. Jahrhunderts, das den geistigen Hintergrund der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung wie auch der Bill of Rights bilde. Der tragende Gedanke laute, daß die Freiheit des Individuums grundsätzlich unbegrenzt sei, während die Befugnisse des Staates eng begrenzt seien. Eingriffe in die Individualität, d. h. in Freiheit, Leben und Eigentum, „without due process of law“ trügen den Makel eines Verstoßes gegen das natürliche Recht<sup>29</sup>).

Das alles ist richtig, kann aber die Brüchigkeit der Lockeschen Naturrechtslehre nicht vergessen machen. Locke steht mit den Ideen der rechtlichen Gebundenheit sowie materialen Begrenzung staatlicher Herrschaft zwar noch auf dem Boden der klassischen Naturrechtstradition, seine empiristische Erkenntnishaltung und seine Neigung zu einer hedonistischen Ethik sprengen aber im Grunde die Idee eines *ius naturale*. Sein Bekenntnis zu unveräußerlichen Menschenrechten und zum ewigen, unwandelbaren Naturrecht entspringt nicht einer Anwendung seines philosophischen Systems, sondern erklärt sich eher aus dem Vertrauen auf das Naturrecht als eine Auswirkung des *common sense*<sup>30</sup>).

Bei aller Problematik seiner naturrechtsphilosophischen Überlegungen sind Fraenkel dennoch drei bedeutsame Einsichten gelungen. Zum einen fordert er die Inexistenz des Naturrechts, genauer: der Naturrechtsprinzipien, im positiven Recht. Andernfalls müßte man von einem sentimental-mißverstandenen Naturrecht sprechen, welches „vergißt, daß jegliches Recht diesseits gebunden ist und daher nicht durch einige generelle Phrasen sich ausdrücken läßt“<sup>31</sup>).

Zum zweiten postuliert Fraenkel die Verankerung von Politik und Recht in der Transzendenz. Er hält nicht nur die vom Rechtspositivismus vollzogene Emanzipation des Staates von aller transzendenten Legitimierung für einen schweren Fehler, sondern

<sup>25</sup>) Vgl. Ernst Troeltsch, *Deutscher Geist und Westeuropa. Gesammelte kulturphilosophische Aufsätze und Reden*, Tübingen 1925, S. 7, 16 ff.

<sup>26</sup>) Vgl. E. Fraenkel, *Der Doppelstaat* (Anm. 23), S. 141; Hans Kremendahl, *Pluralismustheorie in Deutschland. Entstehung, Kritik, Perspektiven*, Leverkusen 1977, S. 60.

<sup>27</sup>) Vgl. E. Fraenkel (Anm. 22), S. 156; ders., *Der Doppelstaat* (Anm. 23), S. 166 ff.

<sup>28</sup>) Vgl. hierzu Alfred Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*, Wien 1963<sup>2</sup>, S. 46 ff., 113 ff.

<sup>29</sup>) Vgl. Ernst Fraenkel, *USA – Weltmacht wider Willen*, Berlin 1957, S. 15; ders., *Deutschland* (Anm. 15), S. 157; ders., *Das amerikanische Regierungssystem* (Anm. 23), S. 27 f., 180 ff.

<sup>30</sup>) Vgl. Heinrich Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, München 1947<sup>2</sup>, S. 92 f.; Helmut Steinberger, *Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie. Dargestellt am Beispiel des Verfassungsrechtsdenkens in den Vereinigten Staaten von Amerika und des amerikanischen Antisubversionsrechts*, Berlin u. a. 1974, S. 74 ff.

<sup>31</sup>) Vgl. Ernst Fraenkel, *Korea – Wendepunkt im Völkerrecht?*, Berlin 1951, S. 31.

zweifelt auch an der Tragfähigkeit eines rein immanent begründeten Naturrechts<sup>32</sup>).

Schließlich spricht Fraenkel den alten, aber stets aufs neue aufkeimenden Universalienstreit zwischen Ideenrealismus und Nominalismus an, der nur vordergründig um die Frage nach der Erkennbarkeit allgemeiner Wesensideen geht, in Wirklichkeit aber zwei prinzipielle Möglichkeiten metaphysischen Weltverständnisses anzeigt. Der in der Scholastik ausgebrochene Streit betrifft die Frage, ob das Naturrecht vernünftig sei, weil es von Gott so gewollt werde, oder ob es von Gott gewollt werde, weil es in sich vernünftig sei. Neigt man der nominalistischen Antwort zu, dann hängt die Qualität des Rechts vom jederzeit abänderbaren Willen Gottes ab, denn Gottes Freiheit ist unbeschränkbar. Nach Maßgabe des Ideenrealismus, dem die klassische Naturrechtslehre folgt, ist Gott aufgrund der Vernünftigkeit der von ihm erlassenen Ordnung selbst an das Recht gebunden. Sein Wille fügt dem Naturrecht nur noch die verpflichtende Kraft hinzu.

In der modernen Sozial- und Rechtsphilosophie lebt die Kontroverse zwischen Nominalismus und Ideenrealismus fort. Allerdings ist Gott als Bezugspunkt der normativen Reflexion weitgehend entfallen und damit auch das Verhältnis des

Naturrechts zur Transzendenz. Als Ergebnis dieses Wandels führt der nominalistische Ansatz das Recht auf den menschlichen Willensbefehl zurück, um damit einen Rechtspositivismus zu etablieren. Die ideenrealistische Konzeption bleibt demgegenüber bei der Vorstellung, daß ein vom menschlichen Willen unabhängiges universales vernünftiges Recht besteht, welches den Menschen normativ aufgetragen ist<sup>33</sup>).

Fraenkel erörtert diese hochabstrakten Zusammenhänge im Rahmen einer Betrachtung der Grundlagen des plebiszitären und des repräsentativen Regierungssystems. Beide seien naturrechtlich legitimiert, wobei das plebiszitäre System auf einem nominalistisch-voluntaristischen Verständnis basiere, erkläre es doch alles das zum Gemeinwohl, was vom Volk als solches gewollt werde. Dagegen gehe das repräsentative System von der Existenz eines originären Gemeinwohles aus, das als umrißhaft vorgegebenes Maß für den empirischen Volkswillen diene. Die pluralistischen Demokratien seien trotz aller plebiszitären Öffnungen im Kern immer noch Repräsentativverfassungen<sup>34</sup>). Aus dieser Feststellung Fraenkels läßt sich der Schluß ziehen, daß in der Herrschaftsordnung der westlichen Verfassungsstaaten ein Stück klassisches Naturrecht lebendig ist.

## IV. Auf der Suche nach der geeigneten Naturrechtslehre

### 1. Die Pluralismustheorie vor der Alternative

Nach der Destruktion des Naturrechtsdenkens im 19. Jahrhundert durch Historismus und Rechtspositivismus setzte nach dem Zweiten Weltkrieg eine Renaissance des Naturrechts ein.

Die Unbeliebigkeit und Unverfügbarkeit des Rechts bildete bei den an der Diskussion Beteiligten den gemeinsamen Nenner der naturrechtlichen Wiederbelebung. Mit ihr sollte nach den Erfahrungen mit dem Totalitarismus der politischen Willkür begegnet werden. Es galt, in bestimmten Gegebenheiten vorpositive Normen zu finden, die in sich rechtliche Bedeutung besaßen und dem positiven Recht einen humanen Sinn verleihen konnten. Die phänomenologische Rechtsbegründung sah sie in sachlogischen Strukturen, die wertphilosophi-

sche Naturrechtslehre in einem sich im Rechtsgefühl offenbarenden idealen objektiven Wertreich, die der kantischen Tradition folgende Rechtsphilosophie fand sie im Wert der autonomen Person und die existenzphilosophische Naturrechtskonzeption in bestimmten Daseinsstrukturen menschlichen Seins<sup>35</sup>).

Im weitesten Sinne lassen sich alle hier benannten Lehren als naturrechtliche bezeichnen, da sie das Recht nicht einfach auf den Rechtsbefehl oder auf die faktische Effektivität von Normen zurückführen. Aber sie reflektieren nicht darüber, warum der von ihnen hervorgehobenen Gegebenheit normative Bewandnis zukommt. Sie bleiben insofern innerhalb der positivistischen Argumentation, als sie etwas als Soll betrachten, nur weil es irgendwie als rechtlich bedeutsam erscheint. Damit das Recht aber eine echte Sollensordnung darstellt, muß es auf einen absoluten Sollensgrund zurück-

<sup>32</sup>) Vgl. E. Fraenkel, *Der Doppelstaat* (Anm. 23), S. 139, ders. (Anm. 22), S. 159.

<sup>33</sup>) Vgl. hierzu Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1962<sup>4</sup>, S. 62, 72, 84f., 118f.

<sup>34</sup>) Vgl. E. Fraenkel, *Deutschland* (Anm. 15), S. 83, 119.

<sup>35</sup>) Vgl. Hans Dieter Schelauke, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte: 1945–1965*, Köln 1967, S. 115 ff.

geführt werden können. Einem positivistischen Grundverständnis folgen sie auch deshalb, weil sie übereinstimmend vom Begriff eines wertindifferenten Seins ausgehen, der sittlichen oder rechtlichen Normen keinen materialen Ansatz bietet<sup>36)</sup>. Mit diesen Auffassungen stehen sie letztlich in der geistigen Tradition des Aufklärungsrechts.

Die an der Renaissance beteiligten Naturrechtskonzeptionen kommen daher erwartungsgemäß zu Ergebnissen, die kaum von denen des Aufklärungsrechts abweichen: Die elementaren Menschenrechte der Freiheit und Gleichheit sowie das Prinzip der Verallgemeinerbarkeit von Rechten und Pflichten bilden den Kernbestand an materialen Rechtsgrundsätzen<sup>37)</sup>. Auch die jüngsten Ansätze naturrechtlichen Denkens, die Vertragstheorie John Rawls' und die Diskurstheorie Jürgen Habermas', folgen dem Paradigma des Aufklärungsrechts. Daneben ist die Stimme des klassischen Naturrechts aber nie völlig untergegangen<sup>38)</sup>. Wenn die Pluralismustheorie es sich nicht zu leicht machen will und folglich nicht jedes Naturrechtssystem einfach ungeprüft an- und hin- nimmt, kommt sie an einer Entscheidung zwischen klassischem und neuzeitlichem Naturrecht nicht vorbei.

## 2. Leistung und Dilemma des Aufklärungsrechts

Hinter dem Namen Aufklärungsrecht verbergen sich anderthalb Jahrhunderte rechts- und sozialphilosophischer Bemühungen. Trotz aller Unterschiede im einzelnen enthält dieses von Thomas Hobbes eingeleitete und von Immanuel Kant zur Vollendung gebrachte Unternehmen eine Reihe übereinstimmender Merkmale, deren Gemeinsamkeit wiederum in der von der Tradition völlig abweichenden metaphysischen Grundlage besteht. Von wenigen Stimmen abgesehen, folgen die Aufklärer einem nominalistischen Verständnis, was bedeutet, daß sich die Umrisse der Gerechtigkeitsordnung nicht aus dem Sein ablesen lassen und folglich eine auf sich gestellte Vernunft das Natur-

recht unter Berücksichtigung der Natur des Menschen erst konstruieren muß. Dabei wird nicht mehr an die teleologische Wesensnatur gedacht, sondern, beeindruckt von den Erfolgen der Naturwissenschaften, an die empirische Natur. Nicht selten erfährt diese noch einen naturalistischen Akzent, wenn nämlich der Mensch als von vorrationalen Willens- und Triebimpulsen, vom Interesse an Selbsterhaltung und Machtvermehrung beherrscht angesehen wird.

Es kommt zu einer anthropologischen Wendung, da aufgrund der nominalistischen Prämisse ein transzendent legitimes universales Gesetz als nicht existent angenommen wird. Die verschiedenen Naturrechtstheorien kommen überein in der „Inthronisation des autonomen Individuums“ als des letzten Bezugspunktes aller Aussagen über Staat und Gesellschaft. In einem fiktiven Naturzustand wird der Mensch als ein von Natur aus freies, mehr oder weniger isoliertes und der Selbstbestimmung fähiges Wesen betrachtet. Alle rechtliche Verbindlichkeit muß sich mangels vorgeordneter Norm auf den Willen der handelnden Individuen selbst zurückführen lassen. Einigen sich die Menschen mittels eines Gesellschaftsvertrages auf die Gründung eines Gemeinwesens, so ist dieses im Kern eine Utilitätsveranstaltung zur Gewährleistung der um Selbst- und Eigentumserhaltung kreisenden Lebensziele. Die klassische Vorstellung, daß der Staat an die Teleologie des menschlichen Lebens gebunden ist, er also als Medium zur Entfaltung der menschlichen Anlagen fungiert, findet keine Resonanz mehr<sup>39)</sup>.

Der Akzent im Aufklärungsrecht liegt eindeutig auf den natürlichen Rechten des Individuums; die dem klassischen Naturrecht eigentümliche Vorstellung natürlicher Pflichten fehlt. Die natürlichen Rechte lassen sich auf ein ursprüngliches Recht zurückführen, nämlich auf das Recht des Menschen, sein Leben zu bewahren<sup>40)</sup>.

Hier wird ein Grundanspruch des Menschen formuliert, der einer Staatsgewalt wirksame Schranken setzen kann. Zwar bleibt es philosophisch zumindest fragwürdig, daß aus der empirischen Verfassung des Menschen ein normativer Anspruch abgeleitet wird, aber die Geschichte des modernen Menschenrechtsdenkens folgt im wesentlichen der vom Aufklärungsrecht gezeigten Orientierung.

<sup>36)</sup> Vgl. Peter Paul Müller-Schmid, Emanzipatorische Sozialphilosophie und pluralistisches Ordnungsdenken, Stuttgart-Degerloch 1976, S. 140 ff.

<sup>37)</sup> Vgl. Kristian Kühl, Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg, in: Geschichtliche Rechtswissenschaft. Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag am 5. 2. 1990, Gießen 1990, S. 331 f., 355 ff.

<sup>38)</sup> Es hat nicht nur seine Heimstatt im katholischen Sozial- und Rechtsdenken – genannt seien hier Johannes Messner, Arthur F. Utz und Peter Paul Müller-Schmid –, sondern findet auch Anklang bei Politikphilosophen und -wissenschaftlern wie Leo Strauss, Helmut Kuhn, Rupert Hofmann und Manfred Spieker.

<sup>39)</sup> Eine gute Übersicht über das klassische und das neuzeitliche Naturrechtsparadigma bei Walter Euchner, Naturrecht und Politik bei John Locke, Frankfurt am Main 1969, S. 14 ff.

<sup>40)</sup> Vgl. Leo Strauss, Natural Law and Harry V. Jaffa, Natural Rights, beide in: International Encyclopedia of the Social Sciences, Volume 11, New York 1968, p. 84, 85 f.

Es bildete auch den geistigen Hintergrund der amerikanischen und französischen Menschenrechtserklärungen, wobei die Amerikaner stark von John Locke beeinflusst waren. Lockes nicht in jeder Hinsicht überzeugende Naturrechtsphilosophie wurde aber kaum problematisiert, da es den Amerikanern auf praktische Wirksamkeit ankam. Locke hatte außerdem die Verbindung zum klassischen Naturrecht noch nicht völlig gelöst, so daß die Formel „by the laws of God and Nature“ nicht als Phrase empfunden wurde<sup>41)</sup>.

Kritisch zu bemerken ist, daß das Aufklärungsdenken einen ausgeprägten Individualismus etabliert. Es nimmt seinen naturrechtlichen Ausgang nicht wie die klassische Sozialphilosophie von der Hilfs- und Ergänzungspflicht des Menschen, sondern von einem rein sozioegoistisch aufgefaßten Individuum. Es verwundert daher nicht, daß es die natürlichen Rechte ausschließlich als Abgrenzung von Rechten zwischen Staat und Einzelperson konzipiert<sup>42)</sup>.

Bedenklich stimmt auch, daß der Gedanke ursprünglicher Autonomie zu einem Konventionalismus oder Positivismus in der Rechtsgestaltung führen muß. Denn dieser Gedanke enthält nicht nur die Absage an jedes vorgegebene Herrschaftsrecht, er hebt – zumindest tendenziell – jede vorgegebene Verbindlichkeit überhaupt auf. Paradoxe Weise ist das Aufklärungsnaturrecht von seinem Ansatz her eine Philosophie der Auflösung des Naturrechts, denn der Begriff „natürliches Recht“ drückt etwas Vorgegebenes aus, das Individuum erkennt und anerkennt jedoch nur selbstgeschaffene Ordnungen.

So bleibt in einer von Gott und jedem vorgegebenen Gesetz emanzipierten Welt nur das irdische Gesetz, das der Mensch sich kraft seiner Autonomie selbst gibt. Ursache und Maß des Rechts ist letztlich der menschliche Wille. Wie immer im neuzeitlichen Autonomiedenken die Person be-

stimmt wird, mangels vorgeordneter Norm wird der Mensch prinzipiell verfügbar nach Maßgabe der menschlichen Selbstgesetzgebung<sup>43)</sup>.

### 3. Die bleibende Aktualität des klassischen Naturrechts

Wenn die Krise des naturrechtlichen Prinzips zurückgeht auf die Kritik am klassischen Naturrecht durch das Aufklärungsdenken, dann müßte eine Wiederbesinnung auf die klassische Sozialphilosophie auch zu einer Wiederbelebung des Naturrechts führen. Die Schwierigkeiten des Versuches, das *ius naturale* erneut für die Politik fruchtbar zu machen, ergeben sich aus dem Umstand, daß man hinter das von der Aufklärung geprägte moderne Bewußtsein zurückgehen muß. Ohne die wahrhaft radikale Bereitschaft, die – vom Nominalismus verursachte – Verkürzung der Erkenntniskraft der Vernunft auf die Empirie in Frage zu stellen, einen teleologischen Naturbegriff anzunehmen und die Möglichkeit einer natürlichen Theologie nicht von vornherein auszuschließen, läßt sich ein echtes Naturrecht nicht behaupten. Es setzt also eine ontologisch-metaphysische Philosophie voraus<sup>44)</sup>.

Das klassische Naturrecht hat seine gültige Gestalt bereits in der stoischen Rechtsphilosophie gewonnen. Die die klassische Tradition zusammenfassende Rechtslehre Thomas von Aquins hat dem stoischen Denken im Prinzip nichts Neues hinzugefügt, so daß es sich bei diesem Naturrecht nicht, wie häufig unterstellt, um eine offenbarungstheologisch-christliche, sondern um eine philosophisch-rationale Konzeption handelt<sup>45)</sup>.

Mit dem zentralen Gedanken, daß die Welt des Menschen in einem rechtlichen Kosmos übermenschlichen, nämlich göttlichen und daher universal verpflichtenden Ursprunges eingebettet liegt, kommt die klassische Lehre dem Erfordernis nach, einen vom Menschen unabhängigen Nomos vorauszusetzen, der als Maß für die Politik fungiert. Die entscheidende These lautet, daß der Staat nur in der Einfügung in die kosmisch-natürliche Ordnung, Welt- bzw. Naturgesetz genannt,

41) Vgl. Justus Hashagen, Zur Entstehungsgeschichte der nordamerikanischen Erklärungen der Menschenrechte, in: Roman Schnur (Hrsg.), Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, Darmstadt 1964, S. 160f.; Dieter Grimm, Europäisches Naturrecht und Amerikanische Revolution. Die Verwandlung politischer Philosophie in politische Teilhabe, in: *Ius Commune*. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Band 3, Frankfurt am Main 1970, S. 123, 136; Martin Kriele, Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte, in: Norbert Achterberg (Hrsg.), Öffentliches Recht und Politik. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 192f.

42) Vgl. Hans Maier, Die Grundrechte des Menschen im modernen Staat, Osnabrück 1974<sup>2</sup>, S. 69ff.

43) Vgl. Ulrich Matz, Politik und Gewalt. Zur Theorie des demokratischen Verfassungsstaates und der Revolution, Freiburg-München 1975, S. 118f., 127; Peter Graf Kielmansegg, Volkssouveränität. Eine Untersuchung der Bedingungen demokratischer Legitimität, Stuttgart 1977, S. 102.

44) Vgl. Leo Strauss, Naturrecht und Geschichte, Stuttgart 1956, S. 7f., 16f.

45) Daß im stoischen Naturrecht das klassische Denken bereits voll entfaltet ist, hat Felix Flückiger eindrucksvoll herausgearbeitet in seiner Geschichte des Naturrechtes. Bd. 1: Altertum und Frühmittelalter, Zollikon-Zürich 1954, S. 186–238.

und nur durch diese Einfügung als Rechtsordnung existieren kann. Naturrechtlich legitimiert ist das menschliche Recht dann, wenn es das Naturgesetz entfaltet und konkretisiert, nicht aber, wenn es völlig auf autonomer Rechtsschöpfung beruht.

Gleichwohl darf das Naturgesetz nicht mit Heteronomie verwechselt werden, bedeutet es nicht geistige Fremdbestimmung oder gar totalitärer Oktroi. Das Naturgesetz wirkt vielmehr in den Menschen, so daß das Naturrecht nicht nur prinzipiell erkennbar, sondern auch politisch zu verwirklichen ist. Denn die Menschen streben kraft des Naturgesetzes zur Gemeinschaft unter seine Ordnung, da diese Gemeinschaft das Mittel ihrer natürlichen Entfaltung ist.

Der Inhalt des Naturgesetzes besteht aus der den Dingen inhärierenden teleologischen Natur, kraft derer sie danach streben, das zu werden, was sie ihrer substantiellen Form nach sind. Individuelles sittliches Handeln liegt vor, wenn der Mensch die Vollendung seines Wesens zur Richtschnur seines Lebens macht. Das Recht bezieht sich auf das Verhältnis der Menschen untereinander. Legitimität kommt ihm zu, wenn es den Geist der naturrechtlichen Grundnorm atmet, einem jeden solle das Seine zugeteilt werden. Das „Seine“ ist dabei keine Leerformel, sondern das Menschsein, d. h. die möglichst vollkommene Entfaltung der gegebenen Anlagen<sup>46</sup>).

Die Teleologie hat eine ontologisch-metaphysische Voraussetzung, die zugleich den Grund abgibt für die dem Menschen zukommende absolute Würde. Als naturhafter Prozeß weist die Teleologie über sich hinaus auf ein erstes Prinzip, das der mit der Wesensverwirklichung verbundenen Anstrengung Sinn und Wert verleiht. Dieses Prinzip ist in der klassischen Philosophie Gott, an dessen Vollkommenheit die endlichen Wesen insofern teilhaben, als sie danach streben, das zu sein, was sie gemäß ihrer von Gott gestifteten Natur sind. Der Mensch existiert daher nicht einfach nur „um seiner selbst willen“, sondern er ist in einem höheren Sinne Selbstzweck, weil er das Unendliche und Absolute repräsentiert<sup>47</sup>).

Die Würde des Menschen läßt sich entweder religiös oder eben ontologisch-metaphysisch in einer Philosophie des Absoluten begründen. Auf jeden

Fall ist diese Begründung überzeugender als die Kants, die die Würde unmittelbar aus der vernünftigen Natur des Menschen abzuleiten versucht. Denn auch wenn sich der Mensch im Vollzug seiner Vernunft als „Zweck an sich selbst“ befreit, so kann das noch nicht zu einem objektiven metaphysischen Prinzip ausgeweitet werden<sup>48</sup>).

Sind die modernen Menschenrechtsdeklarationen auch auf dem Boden der Aufklärung gewachsen, so geht ihnen doch geschichtlich wie philosophisch die Idee der Menschenwürde voraus. Deren Verankerung in der Transzendenz sichert die Unverfügbarkeit der Person für den Staat wie auch für den Menschen selbst: Wäre die Würde nichts weiter als ein Prädikat, das der Mensch sich selbst gibt, eine freie Setzung seiner Vernunft, unterläge sie seiner Disposition. Das Aufklärungsnaturrecht zehrt somit von einer geistigen Substanz, deren erkenntnistheoretische Grundlage es zutiefst bezweifelt<sup>49</sup>).

#### 4. Klassisches Naturrecht in der pluralistischen Gesellschaft

Das klassische Naturrecht mit seinem materialetischen Prinzip der Teleologie wirkt für viele wie ein Fremdkörper im modernen Pluralismus. Manche sehen in der Teleologie auch ein Einfallstor für freiheitszerstörende Tyrannei. Teleologie ist aber nicht gleichzusetzen mit einer Wertbestimmtheit, die eine Diskussion von Alternativen ausschloße. Sie enthält Umriss des Anzustrebenden, die im Bereich der Politik eine Konkretisierung auf dem Wege einer vernünftigen Auseinandersetzung erfordern<sup>50</sup>).

Das klassische Naturrecht ist auch ohne weiteres insofern mit den neuzeitlichen Menschenrechten vereinbar, als diese dem Staat Kompetenzgrenzen setzen. Folgt der liberale Freiheitsentwurf aber dem Prinzip der individuellen Selbstbestimmung, der inhaltlich ungebundenen Freiheit, letztlich der souveränen Dezision, so pocht die klassische Sozialphilosophie auf die sich im Gewissen ausspre-

<sup>48</sup> Vgl. Wilhelm Korff, Norm und Sittlichkeit. Untersuchungen zur Logik der normativen Vernunft, Mainz 1973, S. 111.

<sup>49</sup> Vgl. Martin Kriele, Befreiung und politische Aufklärung. Plädoyer für die Würde des Menschen, Freiburg 1980, S. 54f.; Robert Spaemann, Über den Begriff der Menschenwürde, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde/Robert Spaemann (Hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde. Historische Voraussetzungen – säkulare Gestalt – christliches Verständnis, Stuttgart 1987, S. 297, 313.

<sup>50</sup> Vgl. Kurt von Fritz, Grundprobleme der Geschichte der antiken Wissenschaft, Berlin–New York 1971, S. 290 ff.

<sup>46</sup> Vgl. Rupert Hofmann, Logisches und metaphysisches Rechtsverständnis. Zum Rechtsbegriff Hans Kelsens, München–Salzburg 1967, S. 64 ff.

<sup>47</sup> Vgl. Robert Spaemann/Reinhard Löw, Die Frage Wozu? Geschichte und Wiederentdeckung des teleologischen Denkens, München 1981, S. 294 f.

chende Verantwortung der Freiheit vor den Normen des Naturgesetzes. In der Abtreibungsfrage wird der Gegensatz beider Freiheitsverständnisse besonders augenfällig<sup>51)</sup>.

Ähnlich wie die Menschenrechte sind aus klassischer Sicht auch der gesellschaftliche Pluralismus der Interessen und Wertauffassungen sowie die pluralistische Demokratie interpretierbar und legitimierbar. Sie sind Modi ein und desselben Prinzips, nämlich der Verlagerung der Verantwortung für das *ius naturale* in die Freiheit der Subjekte. Im Freiheitsgebrauch muß folglich immer eine Orientierung an der teleologischen Natur erkennbar sein. Daher ist auch der Wertpluralismus nicht unbegrenzt legitim. In Grenzfällen wird also ein Naturrechtler mit einer Gesellschaft, die anders denkt und handelt, nicht einig. Er wird Widerspruch anmelden. Das entspricht aber der wächter-

lichen Aufgabe, die einer echten Naturrechtslehre eigentümlich ist<sup>52)</sup>.

Das klassische Naturrecht ist also „dogmatisch“ und „kritisch“ zugleich. In beiden Aspekten bedeutet es ein Ärgernis für das moderne „aufgeklärte“ Bewußtsein. Es hält dafür, daß eine humane Lebensführung auf nicht-hypothetischen Fundamenten beruht, also einer „dogmatischen“ Metaphysik bedarf<sup>53)</sup>. Und es ist „kritisch“, aber nicht im Namen der Emanzipation, sondern im Sinne einer Erinnerung an das aufgegebene Humanum.

---

Neomarxismus und pluralistische Wirtschaftsordnung, Bonn 1979, S. 94f.; Peter Paul Müller-Schmid, Die sozioethische Rechtfertigung der pluralistischen Demokratie, in: Arthur F. Utz/Heinrich B. Streithofen (Hrsg.), Die christliche Konzeption der pluralistischen Demokratie, Stuttgart 1977, S. 45 ff.; ders., Das Naturrecht, Grundlage der Gesellschaftsordnung?, in: Jahrbuch für christliche Sozialwissenschaften, 22 (1981), S. 43 f.

<sup>51)</sup> Vgl. Peter Paul Müller-Schmid, Die Menschenrechtsphilosophie als Paradigmawechsel vom Orddenken zur Subjektivitätsphilosophie der Moderne. Zur Frage der politischen und normativen Bedingungen, in: ders. (Hrsg.), Begründung der Menschenrechte. ARSP-Beiheft 26, Stuttgart 1986, S. 22.

<sup>52)</sup> Vgl. Arthur F. Utz, Das Grundanliegen der Pluralismusidee in der freiheitlichen Gesellschaftskonzeption und der Dritte Weg, in: Internationale Stiftung Humanum (Hrsg.),

<sup>53)</sup> Vgl. Robert Spaemann, Überzeugungen in einer hypothetischen Zivilisation, in: Oskar Schatz (Hrsg.), Abschied von Utopia. Anspruch und Auftrag der Intellektuellen, Graz u. a. 1977, S. 323 ff.; kritisch hierzu Ulrich Klug, Versuch einer philosophischen Begründung der Menschenrechte. Mögliche und nichtmögliche Eingangspositionen für eine Rechtsmetaphysik, in: ders./Martin Kriele (Hrsg.), Menschen- und Bürgerrechte. ARSP-Beiheft 33, Stuttgart 1988, S. 14 ff.

## Zur Frage des Naturrechts im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention

Nach den Greueln des Zweiten Weltkrieges und der nationalsozialistischen Herrschaft hat die Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948 eine „Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ verkündet. Sie sollte einer künftigen Sicherung dieser Rechte dienen. In der Präambel der Erklärung wird unter anderem gesagt, daß „die Anerkennung der allen Mitgliedern der menschlichen Familie innewohnenden Würde und ihrer gleichen und unveräußerlichen Rechte die Grundlage der Freiheit, der Gerechtigkeit und des Friedens in der Welt bildet“<sup>1)</sup>.

In diesen Aussagen manifestiert sich die Überzeugung, daß der Mensch Rechte hat, die ihm kein Staat entziehen darf – auch nicht durch Akte der Gesetzgebung. Hatte ein Staat dies dennoch einmal getan, führten die darin sich äußernde „Verkennung und Mißachtung der Menschenrechte zu Akten der Barbarei (...), die das Gewissen der Menschheit tief verletzt haben“<sup>2)</sup>.

Es liegt auf der Hand, daß diese Gedanken auch auf Art. 1 Grundgesetz (GG) eingewirkt haben. Die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“<sup>3)</sup> knüpfen deutlich an die Formulierungen der Präambel zur Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte an. Diese Erklärung hat in der Folge auch auf die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK) Einfluß gehabt. Was aber zu wenig beachtet wird, ist die Tatsache, daß der hohe Anspruch, der diesen Formulierungen zugrunde liegt, nicht erst in der Neuzeit oder gar nach dem Zweiten Weltkrieg erhoben wurde. Seine Grundlagen sind vielmehr völlig unabhängig von irgendwelchen neuzeitlichen Theorien und sind im wesentlichen bereits in der vorchristlichen Antike erkannt worden. Auch wenn damals der moderne Gedanke der „Menschenrechte“ nicht in gleicher Weise ausformuliert war, so wurde doch

sehr früh der entscheidende Unterschied zwischen einer legitimen Verfassungsform, der Achtung grundlegender Rechte und ihrer Entartung erkannt<sup>4)</sup>. Diese „grundlegenden Rechte“ wiederum wurden als Naturrecht begriffen<sup>5)</sup>. Aufgrund dieser langen Tradition überrascht es daher nicht, daß die Mitglieder der verschiedenen Ausschüsse die Abfassung der Grundrechte in dem Bewußtsein vorgenommen haben, daß diese „auf vorstaatlichen, naturgegebenen Rechten beruhen“<sup>6)</sup>. Andererseits weist Hans-Ulrich Evers in seinem Kommentar zu Art. 79 Abs. 3 GG darauf hin, daß das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) „zwar den Verfassungsgesetzgeber an elementare Gerechtigkeitsprinzipien gebunden“ hält, „aber im übrigen der Berufung auf das Naturrecht eine deutliche Absage erteilt“ habe<sup>7)</sup>. Evers selbst fügt aber dann hinzu: „Der Versuch einer Verankerung des Art. 79 Abs. 3 GG im Naturrecht muß schon deswegen scheitern, weil für die Rechtsordnung einer pluralistischen Gesellschaft nicht ein letztlich immer nur ideologisch begründbares Naturrecht als vorausgesetzt gedacht werden kann.“<sup>8)</sup>

Damit ist das eigentliche Problem formuliert. Für die Antwort auf die Frage nach einem Naturrechtsgehalt im GG und in der EMRK ist es von entscheidender Bedeutung, ob die von Evers formulierte und heute weithin herrschende Auffassung zutreffend ist oder nicht. Es ist zunächst zu prüfen, ob Naturrecht tatsächlich „immer nur ideologisch begründbar“ ist. Danach anschließend soll versucht werden, die Frage nach dem Naturrechtsgehalt im GG und in der EMRK zu beantworten.

4) Platon und Aristoteles beschäftigten sich schon mit diesen Fragen. Vgl. Wolfgang Waldstein, *Das Menschenrecht zum Leben*, Berlin 1982, S. 111 ff.; dort auch Hinweise auf Aussagen zu diesen Fragen besonders bei Polybios und Cicero.

5) Vgl. Wolfgang Waldstein, *Ist die Verwirklichung der Menschenrechte an ein bestimmtes soziales oder politisches Entwicklungsstadium gebunden?*, in: Ernst-Wolfgang Bökckenförde/Robert Spaemann (Hrsg.), *Menschenrechte und Menschenwürde*, Stuttgart 1987, S. 182 ff.

6) Kurt Georg Wernicke, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (zu Art. 1 GG S. 3, Entstehungsgeschichte), 57. Lieferung, Dezember 1989.

7) Hans-Ulrich Evers, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (zu Art. 79 Abs. 3 GG), 45. Lieferung, Oktober 1982, S. 59.

8) Ebd.

1) Präambel Abs. 1., zit. in: Hans R. Klecatsky/Siegbert Morscher, *Das österreichische Bundesverfassungsrecht*, Wien 1982<sup>3</sup>, S. 1052f.

2) Abs. 2, ebd.

3) Vgl. Präambel Abs. 1 (Anm. 1); Art. 1 Abs. 1 und 2 Grundgesetz (GG).

## I. Ist Naturrecht immer nur ideologisch begründbar?

Die von Evers formulierte Meinung, daß ein Naturrecht „letztlich immer nur ideologisch begründbar“ sei, setzt voraus, daß ein Naturrecht, welches unabhängig von Ideologien Gegenstand der Erkenntnis sein könnte, objektiv nicht existiert. Wenn das zutrifft, stellt sich unausweichlich die Frage nach dem Woher unverletzlicher und unveräußerlicher Menschenrechte. Solche Rechte können nur, sollte ihnen wirklich die Qualität „unverletzlich und unveräußerlich“ zukommen, in der Tat vorstaatlich und naturgegeben sein. Wenn es aber solche Rechte in Wahrheit nicht gibt, dann wäre auch das Bekenntnis des Deutschen Volkes „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ in Art. 1 Abs. 2 GG lediglich Ausdruck eines damals gerade vorherrschenden politischen Systems, einer Ideologie. Dasselbe würde natürlich auch für die Grundrechte der Art. 2-17 GG und die Garantie des „Wesensgehalts“ nach Art. 19 Abs. 2 GG, aber auch für die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen wie auch für die EMRK gelten. „Menschenrechte“ würden dann in Wahrheit vom jeweiligen unvorhersehbaren Konsens einer ideologischen „Gemengelage“ der pluralistischen Gesellschaft abhängen.

Daß ein Naturrecht „letztlich immer nur ideologisch begründbar“ sei, ist jedoch eine weder bewiesene noch beweisbare Behauptung. Sie mag durch unzureichende oder unhaltbare Begründungen oder mißbräuchliche Anwendungen<sup>9)</sup> verschiedener Naturrechtstheorien veranlaßt sein: Das Naturrecht selbst vermag sie aber überhaupt nicht zu berühren. Fest steht allerdings, daß diese Behauptung in krassem Gegensatz zu den seit der Antike klaren und im wesentlichen über Hunderte

<sup>9)</sup> Vgl. Wolfgang Schild, Die nationalsozialistische Ideologie als Prüfstein des Naturrechtsgedankens, in: Dorothea Mayer-Maly/Peter M. Simons (Hrsg.), Das Naturrechtsdenken heute und morgen, Berlin 1983, S. 437 ff., der dort S. 450 f. zusammenfassend meint, daß „die Pervertierung des Naturrechtsgedankens“ durch den Nationalsozialismus seine Unbrauchbarkeit erwiesen habe. Dann müßte aber auch die wohl ebenso naheliegende Konsequenz gezogen werden, daß die Pervertierung des Rechts im ganzen die Unbrauchbarkeit des Rechts als solchen erwiesen hätte; vgl. nur die wichtigen Ausführungen von Bernd Rütters, Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, München 1988; Wolfgang Naucke in einem noch nicht veröffentlichten Vortrag auf dem 27. Deutschen Rechtshistorikertag 1988 in Bielefeld über das Thema: „NS-Strafrecht: Perversion oder Anwendungsfall moderner Kriminalpolitik?“, vgl. auch Anm. 18.

von Jahren unveränderten Erkenntnissen hinsichtlich der Existenz und der Bedeutung von Normen des Naturrechts steht. Vor allem aber widerspricht sie der in der Entwicklung des Römischen Rechts artikulierten Rechtfertigung.

Das entwickelte Römische Recht ist bekanntlich zur Grundlage praktisch aller europäischen Rechtsordnungen geworden<sup>10)</sup>. Es läßt sich nicht bestreiten, daß sich bei der Entwicklung dieses Rechts unter anderem auch so etwas wie eine „Naturrechtspraxis“ entfaltet hat. Wie die allgemeinen Aussagen der römischen Juristen zeigen, ging man von der Existenz eines Naturrechts aus, was nicht zuletzt die Anwendung naturrechtlicher Normen im Einzelfall beweist<sup>11)</sup>. Die in diesem Zusammenhang entscheidende Arbeit der antiken römischen Rechtswissenschaft erstreckt sich über einen Zeitraum von rund 400 Jahren. Die früheste ausdrückliche Bezugnahme auf das Naturrecht ist für den berühmten Staatsmann und Juristen M. Porcius Cato Censorius (234 bis 149 v. Chr.) bezeugt<sup>12)</sup>. Die ausführlichsten Aussagen sind von dem großen spätklassischen Juristen Ulpian († 223 n. Chr.) überliefert. Ein besonders wichtiger Text ist von Justinians Kommission an die Spitze der Sammlung des Juristenrechts (Digesten) gestellt worden. In diesem Text Ulpians<sup>13)</sup> wird das Naturrecht allgemein als eine der Quellen des Privatrechts angeführt. Zu den Beispielen privatrechtlicher Einrichtungen, die auf das Naturrecht zurückgehen, werden die Ehe und die Kindererziehung gerechnet<sup>14)</sup>. Eben dieser Aspekt, der seine Wurzeln im Naturrecht hat, findet sich im Art. 6 Abs. 2 GG wieder: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.“<sup>15)</sup> Vom historischen Standpunkt aus betrachtet, kann man nicht behaupten, der Naturrechtsbegriff des Grundgesetzes sei „nur ideologisch begründbar“.

<sup>10)</sup> Vgl. Wolfgang Waldstein, Der Beitrag des römischen Rechts zur Einheit Europas, in: Danilo Castellano (Hrsg.), Il contributo della cultura all'unità europea, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli-Roma 1990, S. 11 ff.

<sup>11)</sup> Vgl. ders., Naturrecht bei den klassischen römischen Juristen, in: D. Mayer-Maly/P. M. Simons (Anm. 9), S. 239 ff.

<sup>12)</sup> Vgl. Franz Wieacker, Römische Rechtsgeschichte I, München 1988, S. 539.

<sup>13)</sup> Vgl. Digesten I. Buch, 1,1, §§ 2-3.

<sup>14)</sup> Auf das Problem, daß Ulpian auch die Tiere des Naturrechts teilhaftig sein läßt, kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. dazu Cicero, De re publica, 3, 19.

<sup>15)</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 2 und 3 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK.

Verstöße gegen das Naturrecht sind dagegen immer ideologisch begründet. Es waren und sind ideologische Systeme, die z.B. das oben zitierte Recht der Eltern mißachtet haben und auch weiterhin mißachten. Nur ein Naturrecht legt fest, daß es tatsächlich „unverletzliche und unveräußerliche Menschenrechte“ gibt. Ohne Naturrecht gibt es in Wahrheit keinen Schutz vor dem Willen einer Staatsmacht, „wobei es von sekundärer Bedeutung ist, ob es sich um den Willen eines einzelnen oder einer Mehrheit handelt“<sup>16</sup>). Auch eine „pluralistische Gesellschaft“ kann als solche ohne eine sie vor Willkür eines Machthabers sichernde, objektiv vorgegebene normative Ordnung in Wahrheit nicht bestehen. Joachim Detjen hat überzeugend nachgewiesen, daß gerade „der Pluralismus einer normativen Orientierung oder Einbindung durch das Naturrecht bedarf“<sup>17</sup>). Detjen stellt fest, daß die Ablehnung einer objektiven Naturrechtsordnung zwangsläufig zu positivistischer Weltsicht führt: „Denn in einer von Gott, ewigem und natürlichem Gesetz emanzipierten Welt bleibt nur das menschliche Gesetz, das der Mensch sich kraft seiner Autonomie selbst gibt. Ursache und Maß des Rechts kann letztlich nur der menschliche Wille sein, wobei es von sekundärer Bedeutung ist, ob es sich um den Willen eines einzelnen oder einer Mehrheit handelt (...), das politische Schicksal des Rechts (ist) damit besiegelt. Es ist nur und ausschließlich Funktion der Macht, die einem wie immer beschaffenen und ausgerichteten Willen zur Geltung verhilft. Unter der Geltung der Autonomieprämisse – Autonomie verstanden im Sinne unbedingter Selbstverantwortung – kann jede Idee, auch die abstruseste, zur Basis einer Rechtsnorm gemacht werden. ... Legitim ist eine Ordnung dann, wenn sie sich auf den Konsens, d.h. aber auf den vereinigten Willen der Individuen, stützen kann. Der Konsens mag sich dabei an Wertvorstellungen oder an Rechtsüberzeugungen binden, entscheidend bleibt, daß nicht die Qualität dieser Vorstellungen, sondern die formelle Kategorie des Konsenses legitimierend ist.“<sup>18</sup>) Im Hinblick auf die Ergebnisse der von ihm analysierten „Pluralismusstudien“ kann Detjen zusammenfassend sagen: „Gemeinsam ist diesen Studien, daß sie entsprechend dem modernen Weltbild von

einem dem Menschen vorgegebenen Nomos nichts wissen wollen. Daher bleibt ihnen nur der Rückgriff auf die Autonomie des Menschen, was ja identisch ist mit der Idee, daß die Menschen sich ihre Normen selbst in voller Freiheit geben.“<sup>19</sup>)

Dieser Befund entspricht auch der theoretischen Begründung des Rechtspositivismus etwa durch Hans Kelsen, der in der Spätnachfolge Kants schließlich dazu gelangt, „das Recht als Zwangsordnung mit beliebigem Inhalt zu definieren, weil seine Normen ‚aus der Willkür einer menschlichen Autorität‘ stammten“<sup>20</sup>). Wenn es kein allgemeingültiges Kriterium gibt, Recht auch von gesetzlichem Unrecht<sup>21</sup>) zu unterscheiden, dann wäre es, wie schon Cicero festgestellt hat, „Recht zu rauben, Recht die Ehe zu brechen, Recht, falsche Testamente zu unterschreiben, wenn das durch Abstimmungen oder Verordnungen der Menge gutgeheißen würde“<sup>22</sup>). Inzwischen ist die Menschheit um viele Erfahrungen reicher, was dann alles „Recht“ werden könnte. Weil in einer pluralistischen Gesellschaft niemals ein vollständiger Konsens aller Glieder zu erreichen ist, geht es bei Abstimmungen immer nur um Mehrheiten. Vom Rechtsbegriff des Positivismus aus gibt es dann prinzipiell kein Hindernis, daß Mehrheiten beschließen, Minderheiten völlig rechtlos zu stellen. Dies ist denn auch längst nicht mehr Theorie. So haben in praktisch allen demokratischen Staaten Europas Mehrheiten beschlossen, ungeborene Kinder entweder nach völlig freiem Ermessen, wie in Österreich, oder von gewissen Formerfordernissen (Beratung) faktisch nicht behindertem Ermessen, wie in der Bundesrepublik, innerhalb bestimmter Zeit der Tötung preiszugeben. Dies konnte trotz der Geltung der EMRK und des GG geschehen. Auch die Deklaration der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1959, in der das Recht auf „appropriate legal protection, before as well as after birth“<sup>23</sup>),

<sup>16</sup>) Joachim Detjen, Neupluralismus und Naturrecht. Zur politischen Philosophie der Pluralismustheorie, Paderborn u.a. 1988, S. 639.

<sup>17</sup>) Ebd., S. 620.

<sup>18</sup>) Ebd., S. 639. W. Naucke hat in dem in Anm. 9 zitierten Vortrag gezeigt, daß diese lange vor dem Nationalsozialismus entwickelten Theorien das NS-„Recht“ ebenso wie das der ehemaligen DDR und anderer totalitärer Systeme mit dem Schein der Legitimität funktionieren ließen.

<sup>19</sup>) Ebd.

<sup>20</sup>) Rupert Hofmann, Die Zumutungen des Grundgesetzes. Zur verfassungspolitischen Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland am Ende der siebziger Jahre, in: Zeitschrift für Politik, 27 (1980) 2, S. 141, mit Hinweis auf den Aufsatz von Hans Kelsen, Die Idee des Naturrechts, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, 7 (1927/28), S. 225. Bei Hofmann weitere Hinweise.

<sup>21</sup>) Vgl. R. Hofmann, ebd., S. 137.

<sup>22</sup>) Cicero, De legibus (leg.) I, 43. Dazu W. Waldstein (Anm. 4), S. 40f.

<sup>23</sup>) Resolution der Generalversammlung Nr. 1386 (XIV) vom 20. November 1959, Präambel Abs. 3 und „Principle 1“, in: Dusan J. Djonovich (Hrsg.), United Nations Resolutions, Ser. I, Resolutions Adopted by the General Assembly, Vol. VII, New York 1974, S. 195.

ausdrücklich festgeschrieben wurde, blieb ohne Einfluß auf die Abtreibungspraxis.

Mit zunehmendem Abstand von den „Akten der Barbarei (...) die das Gewissen der Menschheit tief verletzt haben“, nimmt in der Gesellschaft die Bereitschaft zu, sich in den eigenen Ansprüchen „von einem dem Menschen vorgegebenen Nomos“<sup>24)</sup> nichts vorschreiben zu lassen. Es werden vielmehr alle möglichen Theorien entwickelt, sich eines unbequemen Naturrechts zu entledigen. Die vielschichtigen Probleme, die einer Gesellschaft daraus erwachsen, können hier nicht diskutiert werden. Als „rational“ zwingendes Argument gegen die Möglichkeit der Existenz eines Naturrechts wird die logische Unmöglichkeit angesehen, aus einem als nicht normativ vorausgesetzten Sein auf ein Sollen zu schließen<sup>25)</sup>. Ein solcher Schluß bedeute einen „naturalistischen Fehlschluß“. Daß dieses Argument in Wahrheit falsch ist, hat Detjen überzeugend gezeigt<sup>26)</sup>. Es beruht auf dem rational nicht haltbaren Fehlschluß von dem empirisch erfassbaren, nicht normativen Sein auf die Nichtexistenz eines ideellen und damit auch eines vorgegebenen normativen Seins<sup>27)</sup>.

Ernst-Wolfgang Böckenförde hat einen anderen Weg zur Beseitigung vorgegebener Normen beschritten. Auch seine „Kritik der Wertbegründung des Rechts“ kann im Rahmen dieses Aufsatzes nicht ausführlich diskutiert werden. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß sie zu der „Schlußfolgerung“ gelangt, daß die Wertbegründung das Recht letztlich „dem Positivismus der Tageswertungen“ ausliefere. „Diesen gegenüber vermag sie kein Rechtsprinzip aufrechtzuhalten, wenn es vom aktuellen Konsens nicht mehr getragen wird.“<sup>28)</sup> Welches Rechtsprinzip kann aber dann noch aufrechterhalten werden, „wenn es vom aktuellen Konsens nicht mehr getragen wird“? Der Rechtsbegriff, von dem Böckenförde ausgeht, ist ebenso

vom Konsens abhängig. Er begreift das Gesetz als „eine allgemeine Regel (generelle Norm), die unter Zustimmung der Volksrepräsentation in einem durch Diskussion und Öffentlichkeit gekennzeichneten Verfahren zustande kommt“. Er argumentiert, daß alle „für den Rechtsstaat wesentlichen Grundsätze (...) in diesem Gesetzesbegriff institutionell eingefangen und in Form gebracht“ seien<sup>29)</sup>. Im Hinblick auf die „Unantastbarkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 Grundgesetz“ stellt er sogar die Frage, ob „darin nicht der Ansatz zu einem Verfassungstotalitarismus“ liege<sup>30)</sup>. Rupert Hofmann hat diese Thesen bereits treffend kritisiert<sup>31)</sup>. Alles in allem bedeuten diese Auffassungen die Rückkehr zu einem Rechtspositivismus, in dem „die wesentlichsten Erkenntnisse der neueren Rechtsphilosophie wieder preisgegeben werden“<sup>32)</sup>.

Die wirkliche Entwicklung des Rechtsbegriffes seit der Antike zeigt ein anderes Bild. Der Mensch wird als fähig erkannt, Recht von Unrecht, Gerechtigkeit von Ungerechtigkeit zu unterscheiden<sup>33)</sup>. Cicero sieht ganz klar, daß weder ein Senat noch ein Volk etwas von dem Gesetz, das vor allen Zeiten bestand und für alle Zeiten bestehen wird, aufheben oder etwas daran ändern kann. Daher muß der Staatsmann in höchstem Maße vertraut sein mit diesem höchsten Recht, ohne das niemand gerecht sein kann<sup>34)</sup>.

Im Hinblick auf diesen Sachverhalt, der sich natürlich viel ausführlicher darlegen und begründen ließe, kann keine Rede davon sein, daß Naturrecht „letztlich immer nur ideologisch begründbar“ wäre. Vielmehr ist, wer das seit der Antike entwickelte Rechtsbewußtsein des Menschen als Ideologie abtun zu können glaubt, wie Johannes Messner gezeigt hat, seinerseits „ideologischer Voreingenommenheit verdächtig wie jede Theorie, die Tatsachen übergehen zu können glaubt“<sup>35)</sup>.

<sup>24)</sup> J. Detjen (Anm. 16).

<sup>25)</sup> Vgl. Wolfgang Waldstein, Sein und Sollen als rechtswissenschaftliches Problem, in: Wissenschaft und Glaube, 1 (1988) 1, S. 53 ff.

<sup>26)</sup> Vgl. J. Detjen (Anm. 16), S. 644.

<sup>27)</sup> Dazu jetzt eingehend Wolfgang Waldstein, Naturrecht und naturalistischer Fehlschluß, in: Fides et ius, Festschrift für Georg May zum 65. Geburtstag, Regensburg 1991, S. 33 ff.

<sup>28)</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, in: Reinhard Löw (Hrsg.), Oikeiosis: Festschrift für Robert Spaemann, Weinheim 1987, S. 20.

<sup>29)</sup> Ders., Entstehung und Wandel des Rechtsbegriffs, in: Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1976, S. 69.

<sup>30)</sup> Ebd., S. 83.

<sup>31)</sup> Vgl. R. Hofmann (Anm. 20), S. 131.

<sup>32)</sup> Vgl. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin u. a. 1979<sup>4</sup>, S. 126 f.

<sup>33)</sup> Vgl. Cicero (Anm. 14) 3, 33.

<sup>34)</sup> Vgl. ebd., 5, 5; vgl. auch ders. (Anm. 22) 1, 42.

<sup>35)</sup> Johannes Messner, Sind Naturrechtsprinzipien inhaltsleere Formeln, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 15 (1965), S. 176.

## II. Zum Naturrechtsgehalt im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention

Bei der Frage nach dem Naturrechtsgehalt im GG ist zunächst die Stellung des ersten Satzes der Präambel zu untersuchen: „Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, (...) hat das Deutsche Volk (...)“. Wie die Begründung für „die Einbeziehung der invocatio dei in die Präambel“ durch den Abgeordneten Süsterhenn zeigt, lag hier gerade das Gegenteil der Vorstellung „einer von Gott, ewigem und natürlichem Gesetz emanzipierten Welt“<sup>36)</sup> zugrunde, was nicht zuletzt konkrete Auswirkungen auf die Formulierungen des Art. 1 GG und der anderen Grundrechte gehabt hat<sup>37)</sup>.

Das BVerfG hat in einem viel zitierten Urteil vom 23. Oktober 1951 im Leitsatz Nr. 27 festgestellt: „Das Bundesverfassungsgericht erkennt die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechtes an und ist zuständig, das gesetzte Recht daran zu messen.“<sup>38)</sup> Es bezeichnet auch die „verfassungsgebende Versammlung“ als „gebunden an die jedem geschriebenen Recht vorausliegenden überpositiven Rechtsgrundsätze“<sup>39)</sup>. Auch die von Evers behauptete „deutliche Absage“ „der Berufung auf das Naturrecht“ gilt keineswegs dem Naturrecht an sich, sondern nur der Begründung der „Zuständigkeit des Vaters für die Konfliktentscheidung“. Die naturrechtliche Begründung „fundamentaler Rechtsgrundsätze“ wird auch dort nicht verneint<sup>40)</sup>.

Nun wird freilich gerade die Verbindung des Naturrechts mit Gott als zwingendes Argument dafür gehalten, daß man ein Naturrecht nur unter der Voraussetzung eines Glaubens „an eine gerechte Gottheit“ annehmen könne. Wer „diese Voraus-

setzung nicht annehmen zu können glaubt“, könne daher auch ein Naturrecht nicht annehmen<sup>41)</sup>.

Hierzu wäre zu sagen, daß bereits Aristoteles erkannt hat, daß erkenntnistheoretisch jedes kontingente Sein, besonders auch die empirisch erkennbare Wirklichkeit, logisch zwingend zu einer nicht kontingenten Erstursache führt. Sonst steht das Erkennen vor einem unendlichen Regreß, der letztlich eine prinzipielle Aufhebung der Möglichkeit eines Erkennens zur Folge hat<sup>42)</sup>. Übertragen auf das Christentum bedeutet dies, „daß Gott, aller Dinge Ursprung und Ziel, mit dem natürlichen Licht der Vernunft aus den geschaffenen Dingen sicher erkannt werden kann“<sup>43)</sup>. Die geschaffene Wirklichkeit als solche bleibt auch dann erkennbar, wenn man die Frage nach ihrer logischen Voraussetzung nicht stellt. Als Teil der geschaffenen Wirklichkeit existiert auch das Naturrecht unabhängig vom erkennenden Subjekt. Daher kann Detjen mit Recht feststellen, daß „es sich beim Naturrecht ... nicht um ein ‚Glaubensrecht‘“ handelt. Zu den von ihm angeführten vorchristlichen Zeugen „Platon, Aristoteles und die Stoiker“<sup>44)</sup> ließen sich noch Cicero und vor allem die römischen Juristen anführen.

Alle diese Fragen lassen sich in dem hier vorgegebenen Rahmen nicht im einzelnen erörtern. Detjen kann jedoch feststellen: „Allgemein ist der Kernbereich der Grundrechte, wie er sich aus den Artikeln 1, 2 und 3 des Grundgesetzes ergibt, weitgehend mit dem Kernbereich des klassischen Naturrechts identisch.“<sup>45)</sup> Auf Art. 6 Abs. 2 GG habe ich bereits hingewiesen. Weitere Einzelheiten hat besonders Gebhard Müller aufgezeigt<sup>46)</sup>. Im folgenden kann nur das fundamentale Grundrecht gemäß Art. 2 Abs. 2 GG behandelt werden, das hinsichtlich des Rechtes auf Leben eine Entsprechung im Art. 2 Abs. 1 EMRK hat. Es ist insofern das fundamentalste Grundrecht, weil alle anderen Grund- und Menschenrechte überhaupt erst wirksam werden können, wenn die Existenz ihrer Träger, das Leben, gesichert ist. Gerade

<sup>36)</sup> J. Detjen (Anm. 16). Vgl. Klaus-Berto von Doemming/Rudolf Werner Füssel/Werner Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in: Gerhard Leibholz/Hermann von Mangoldt (Hrsg.), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. 1, 1951, S. 29; Ethel Leonore Behrendt, Gott im Grundgesetz, Der vergessene Grundwert „Verantwortung vor Gott“, München 1980.

<sup>37)</sup> Vgl. Karl Brinkmann, Grundrechts-Kommentar zum Grundgesetz, Bonn 1967 ff., zur Präambel S. 1f.; jetzt dazu Dieter Hesselberger unter Mitarbeit von Helmut Nörenberg, Das Grundgesetz, Kommentar für die politische Bildung, Bonn<sup>7</sup> 1990, S. 53.

<sup>38)</sup> BVerfGE 1 (1951), Nr. 10, S. 18. Dazu Gebhard Müller, Naturrecht und Grundgesetz, Zur Rechtsprechung der Gerichte, besonders des Bundesverfassungsgerichts, Würzburg 1967, S. 26 ff.

<sup>39)</sup> BVerfGE 1, Nr. 10, S. 61.

<sup>40)</sup> BVerfGE 10, Nr. 5, S. 81 und Anm. 7.

<sup>41)</sup> Vgl. Hans Kelsen, Die Grundlage der Naturrechtslehre, in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 13 (1963), S. 1.

<sup>42)</sup> Vgl. W. Waldstein (Anm. 25), S. 61 ff.

<sup>43)</sup> Vgl. Zweites Vatikanisches Konzil, Dogmatische Konstitution über die göttliche Offenbarung, Art. 6.

<sup>44)</sup> J. Detjen (Anm. 16), S. 625; auch D. Hesselberger (Anm. 37), S. 55 f. und 71.

<sup>45)</sup> J. Detjen ebd., S. 640.

<sup>46)</sup> Vgl. G. Müller (Anm. 38).

dieses Recht ist auch in einer Demokratie gefährdet: Durch Mehrheitsbeschluß wird das Recht auf Leben bereits seit längerer Zeit zunächst ungeborenen Menschen weitgehend oder für bestimmte „Fristen“ durch Beseitigung des Rechtsschutzes gänzlich entzogen. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 25. Februar 1975 zur „Fristenlösung“ festgestellt: „Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt auch das sich im Mutterleib entwickelnde Leben als selbständiges Rechtsgut“<sup>47)</sup>. Diese Feststellung wird sodann ausführlich begründet, unter anderem auch mit der Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG<sup>48)</sup>. Dies ist deswegen besonders bemerkenswert, weil etwa Wernicke im Bonner Kommentar zum genau entgegengesetzten Ergebnis gekommen war<sup>49)</sup>. Dabei hat er bereits ähnliche Argumente verwendet wie der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) bei der Auslegung von Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK. Der übrigens nicht authentische deutsche Wortlaut, „Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird geschützt“, wurde dahin ausgelegt, daß das Wort „Mensch“ nur den geborenen Menschen bezeichnen könne<sup>50)</sup>. Der österreichischen Rechtsordnung liegt allerdings mit § 22 ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) eine auf das Römische Recht zurückgehende Norm zugrunde, die besagt: „Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkt ihrer Empfängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. Insoweit es um ihre ... Rechte ... zu tun ist, werden sie als Geborene angesehen.“ Daraus folgt, wie allgemein anerkannt wird, daß ihnen etwa der im Art. 5 des österreichischen Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger von 1867 (StGG) vorgesehene Schutz des Eigentums zukommt. Die Tatsache, daß ungeborene Kinder „von dem Zeitpunkt ihrer Empfängnis an“ in ihren Vermögensrechten geschützt sind, führt bei der Annahme, daß sie in ihrem Lebensrecht nicht geschützt sind, zu Konsequenzen, die jeder Rechtsstaatlichkeit Hohn sprechen. Das hat die Salzburger Landesregierung in ihrer Stellungnahme zur Äußerung der Bundesregierung im Verfahren wegen der „Fristenlösung“ an Hand des folgenden Beispiels klargestellt: „Während der ersten drei Monate der Schwangerschaft einer Frau stirbt ihr Ehemann ohne Hinterlassung einer letztwilligen Anordnung. Um nicht mit dem Kind den

Nachlaß teilen zu müssen und sich das gesamte Vermögen des Ehemannes zuzuwenden, tötet die Frau ihr Kind während der 3-Monatsfrist.“<sup>51)</sup>

Nichts kann mehr die völlige Willkürlichkeit des Umganges mit fundamentalsten Grundrechten verdeutlichen als eine nur vom ideologischen Ziel her verständliche Auslegung, die zu einem solchen Ergebnis führt. Wenn eine Mehrheit es möglich machen will, sich unerwünschter Rechtssubjekte zu entledigen, dann kann sie sich auch über Erklärungen der Menschenrechte, positivierten Menschenrechtskonventionen und Grundrechtskataloge hinwegsetzen. Daher hat Wolfgang Fikentscher mit Recht festgestellt: „Unrichtig und gefährlich ist das Vertrauen in eine Mehrheit, sie werde von sich aus auf ‚immanente‘ Weise oder sonstwie die Grenzen der Grundrechte wie von selbst achten, oder sie sei sogar Herrin über Ob und Wie der Grundrechte.“<sup>52)</sup>

Angesichts der klaren Ausführungen des BVerfG zum Lebensrecht des Ungeborenen ist jedoch nicht zu verstehen, was zur „Frage der Zumutbarkeit“ der „Achtung vor dem ungeborenen Leben“ gesagt wird. Dieser wird das „Recht der Frau, nicht über das zumutbare Maß hinaus zur Aufopferung eigener Lebenswerte im Interesse der Respektierung dieses Rechtsgutes gezwungen zu werden“<sup>53)</sup>, gegenübergestellt. Die Anerkennung auch „der sozialen oder Notlagenindikation“ hat es denn auch dem einfachen Gesetzgeber möglich gemacht, mit § 218 b StGB faktisch eine „verdeckte“ Fristenlösung einzuführen, und zwar unter Wahrung zumindest des Scheines der formellen Übereinstimmung mit den Richtlinien des BVerfGs. Was das Erfordernis der „Beratung“ für die Straffreiheit praktisch bedeutet, wird durch den Kommentar von Albin Eser vollkommen außer Zweifel gestellt. Wenn die Schwangere sich für den „Abbruch einer Schwangerschaft“ entschieden hat, also für die Vernichtung des ungeborenen Lebens, ist die Beratung bloße Formsache zur Vermeidung der Strafbarkeit. Bei entsprechendem Willen der Frau wird es praktisch keinen Fall geben, in dem nicht „hinreichende Anhaltspunkte über das Vorliegen einer anerkannten Indikation“ beigebracht werden könnten. Dann „kann dem Berater nicht verwehrt sein, die Schwangere über die weiteren Schritte eines legalen Abbruchs (...)

47) BVerfGE 39 (1975), Nr. 1, S. 36.

48) Ebd., S. 38 ff.; so jetzt auch D. Hesselberger (Anm. 37), S. 72 ff.

49) Vgl. K. G. Wernicke (Anm. 6), S. 4.

50) Vgl. W. Waldstein (Anm. 4), S. 52 f.

51) Abgedruckt ebd., S. 169.

52) Wolfgang Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. IV: Dogmatischer Teil, Tübingen 1977, S. 615.

53) BVerfGE 39, Nr. 1, S. 48.

zu beraten<sup>54)</sup> und damit die Voraussetzung für die Straffreiheit zu erfüllen. Von den Richtlinien des BVerfGs ist hier allerdings nicht mehr viel übriggeblieben<sup>55)</sup>.

Besonders folgenschwer kann jedoch eine Feststellung des BVerfGs zur Anerkennung der sozialen Indikation werden: „Denn die allgemeine soziale Lage der Schwangeren und ihrer Familie kann Konflikte von solcher Schwere erzeugen, daß von der Schwangeren über ein bestimmtes Maß hinaus Opfer zugunsten des ungeborenen Lebens mit den Mitteln des Strafrechts nicht erzwungen werden können.“<sup>56)</sup> Kann die Sorge für schwerbehinderte Familienmitglieder, für Alte und Kranke nicht die gleichen Konflikte oder noch schwerere mit sich bringen? Es ist ganz klar, daß die prinzipielle Preisgabe des Lebensschutzes an einer Stelle alles weitere zur Frage der Zweckmäßigkeit macht. Nicht ein NS-Jurist, sondern der angesehenste deutsche Strafrechtslehrer der Weimarer Zeit Karl Binding hat bereits 1920 eine Schrift über „Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens“ veröffentlicht, in der die Auffassung vertreten wurde, daß „die Tötung unheilbarer Kranker und Blödsinniger ... freigegeben werden“ sollte, weil „Volksvermögen und Arbeitsaufwand durch die Pflege solcher ‚Ballastexistenzen‘ produktiven Zwecken entzogen würden“<sup>57)</sup>. Die NS-Diktatur hat daraus die Konsequenzen gezogen, was nach 1945 zu einem „Rückschlag“ in dieser Entwicklung führte. Aber auf einem 1975 an der Universität Bielefeld veranstalteten Symposium konnte bereits von einem Teilnehmer „die Schaffung von völlig neuen Körperschaften zur Entscheidungsfindung“ vorgeschlagen werden, die „ähnlich wie Geschworenengerichte ... über Leben und Tod“ zu entscheiden hätten. Dies wäre ein Weg „zur Wiederbelebung demokratischer Entscheidungsfindung“, der „dazu helfen könnte, die neuen gesellschaftlichen Verantwortungsbereiche zu verteilen, die uns

die moderne Wissenschaft aufzwingt: die Verantwortung dafür, daß wir den ‚lieben Gott‘ spielen“<sup>58)</sup>.

Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, die EMRK und der Grundrechtskatalog des GG vermochten unschuldiges menschliches Leben nicht umfassend zu schützen. Dies macht klar, daß die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ (Art. 1 Abs. 2 GG) eine Illusion bleiben müssen, wenn man ihre naturrechtliche Grundlage nicht anerkennt. Diese Grundlage ließe sich natürlich für eine Reihe weiterer Grund- oder Menschenrechte aufzeigen. So wird etwa „nach der herrschenden Lehre des Privatrechts“ angenommen, daß der Schutz des Eigentums nach § 367 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich) und entsprechend nach Art. 5 des österreichischen StGG, Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 1 des 1. ZP zur EMRK und Art. 17 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte „im Präpositiven seinen Grund hat“<sup>59)</sup>.

Die heute verbreitete Ablehnung des Naturrechts hat viele Ursachen. Die Grundlagen der wissenschaftlichen Kritik am Naturrecht sind jedoch längst als unhaltbar erwiesen<sup>60)</sup>. Daher ist ein erneutes Bemühen um ein sachgerechtes Verständnis des Naturrechts von entscheidender Bedeutung dafür, daß die in den modernen Grund- und Menschenrechtskodifikationen enthaltenen „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte“ für die Zukunft wiederhergestellt und erhalten werden können. Dabei kann die Rechtserfahrung seit der Antike wesentliche Hilfe leisten. Johannes Messner hat dazu allgemein festgestellt: „Die Entwicklungslinie der traditionellen Naturrechtslehre wieder aufzunehmen hat auf den ersten Blick schon den ungeheuren Vorteil, daß sie auf ein ununterbrochenes Bemühen des menschlichen Geistes durch eine Zeit von mehr als zweitausend Jahre(n) begründet ist, und zwar auch auf ein selbstkritisches wie keines der anderen Systeme der Ethik.“<sup>61)</sup>

<sup>54)</sup> Albin Eser, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, bearbeitet von Theodor Lenckner/Peter Cramer/Albin Eser/Walter Stree, München 1988<sup>23</sup>, Kommentar zu § 218 b StGB, S. 1471 RN 6 a. Vgl. auch die Ausführungen dort ab S. 1470 RN 6 bis S. 1473 RN 15.

<sup>55)</sup> Vgl. etwa nur die Aussagen in BVerfGE 39, Nr. 1, S. 50, wo vom Ziel der Beratung die Rede ist, „die Schwangere an die grundsätzliche Pflicht zur Achtung des Lebensrechts des Ungeborenen zu mahnen, sie zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und sie ... durch praktische Hilfsmaßnahmen zu unterstützen“.

<sup>56)</sup> Ebd.

<sup>57)</sup> Zit. in: Lothar Gruchmann, Justiz im Dritten Reich 1933–1940, München 1988, S. 497.

<sup>58)</sup> N. N. Kittrie, in: Albin Eser (Hrsg.), Suizid und Euthanasie als human- und sozialwissenschaftliches Problem, Medizin und Recht, 1 (1976), S. 390.

<sup>59)</sup> Felix Ermacora, Handbuch der Grundfreiheiten und Menschenrechte, Wien 1963, S. 143.

<sup>60)</sup> Vgl. W. Waldstein (Anm. 27), S. 33 ff.

<sup>61)</sup> Johannes Messner, Das Naturrecht, Berlin 1984<sup>7</sup>, S. 35. Ähnlich J. Detjen (Anm. 16), S. 640 ff.

## Naturrechtliche Begründung der Umweltethik?

Fragen des Lebens- und des Umweltschutzes rufen immer wieder Ethiken auf den Plan, die sich naturrechtlichen Konzeptionen verpflichtet wissen. Da sie scheinbar absolut verpflichtende Normen aufstellen können, zu denen der Wert des Lebens gehört, finden sie viele Anhänger. Das stoische Diktum „gemäß der Natur leben“ kommt wieder in Mode. Verknüpft wird diese Maxime mit der in Krisensituationen üblichen Suche nach festen Vorgaben. Doch deckt bereits die systematische Entfaltung naturrechtlicher Argumentation Schwierigkeiten auf, die es als ratsam erscheinen lassen, in konkreten Fragestellungen auf dem Boden der modernen, empirisch-deskriptiv vorgehenden Naturwissenschaften auf das Naturrecht zu verzichten. Hierzu gehört die ökologische Ethik.

Um überprüfen zu können, ob naturrechtliche Argumentationen zur Begründung der Umweltethik herangezogen werden können, möchte ich im Anschluß an Arntz das Naturrecht in vier Arten einteilen. In der Geschichte des Naturrechtes lassen sich

1. eine Position der kosmischen Ordnung (Ulpian);
2. eine Argumentation mit dem metaphysischen Wesen des Menschen, die von All-Aussagen über den Menschen ausgehend sittliche Normen aufstellt (Vasquez);
3. der Ansatz des Thomas von Aquin, der die

menschliche Natur mit der Vernunft gleichsetzt, und

4. der Rückgriff auf die psychophysische Natur des Menschen unterscheiden<sup>1)</sup>.

Das Problem der Positionen 1 und 4 liegt darin, daß von natürlichen Gesetzen oder Neigungen auf sittliche Normen geschlossen wird. In der Version 2 wird sittliche Erkenntnis von metaphysischer abhängig. Sittlichkeit ist gefährdet, wenn die metaphysische Erkenntnis bestritten wird. Also bleibt nur die Position des Thomas ein ernstzunehmender Gesprächspartner für die Ethik-Diskussion, weil er von der menschlichen Vernunftnatur ausgeht, diese aber mit einer personalistisch ausgerichteten Gewissens- und Handlungstheorie verknüpft.

Unser Ziel ist ein humanes Zusammenleben in einer intakten Umwelt. Dieses kann uns nicht die Natur lehren, sondern sittliche Vernunft. Daher plädiere ich aufbauend auf einem Ethos ökologisch orientierter Humanität<sup>2)</sup> für eine personale Grundstruktur auch in der Umweltethik. In Zeiten ständigen Wandels führen feste Vorgaben zum Verfehlen des Zieles. Daher argumentiere ich gegen naturrechtliche Positionen in der Umwelt- oder Bioethik<sup>3)</sup> und für eine Handlungstheorie, die weder eine völlige Naturalisierung des Menschen noch eine völlige Instrumentalisierung der Natur zuläßt.

### I. Ein neues Naturrechtsdenken für die Umweltethik?

Robert Spaemann gehört zu den Interpreten, die den Menschen und seine Stellung zur Natur naturrechtlich verstehen. Seine Ethik der dreifachen

Ehrfurcht vor dem, was über uns, was uneresgleichen und was unter uns ist<sup>4)</sup>, zielt auf etwas Unverfügbares ab. Dieses wird auch bei Spaemann häufig aus der Natur abgelesen: „Solange Menschen nicht mit Affen gekreuzt werden können, ist die Frage, wer Träger von Menschenrechten ist, so, aber auch nur so zweifelsfrei entscheidbar.“<sup>5)</sup> Diese Behauptung zählt zu einer naturalistischen Variante des Naturrechtes.

<sup>1)</sup> Vgl. Josef Th. C. Arntz, Die Entwicklung des naturrechtlichen Denkens innerhalb des Thomismus, in: Franz Böckle (Hrsg.), Das Naturrecht im Disput, Düsseldorf 1966, S. 116f.

<sup>2)</sup> Vgl. Bernhard Irrgang, Solidarität mit der Natur? Eine Ortsbestimmung umweltethischen Denkens, in: Jörg Klawitter/Reiner Kümmel/Gerhard Maier-Rigaud (Hrsg.), Natur und Industriegesellschaft, Berlin u. a. 1990, S. 91–111.

<sup>3)</sup> Vgl. ders., Naturrecht als Entscheidungshilfe? Am Beispiel der Bewertung gentechnischer Verfahren aus ethisch-theologischer Perspektive; in: Marianne Heimbach-Steins (Hrsg.), Naturrecht im ethischen Diskurs, Münster 1990, S. 67–98.

<sup>4)</sup> Vgl. Robert Spaemann, Technische Eingriffe in die Natur als Problem der politischen Ethik, in: Dieter Birnbacher (Hrsg.), Ökologie und Ethik, Stuttgart 1980, S. 198.

<sup>5)</sup> Ebd., S. 188.

Zur Rechtfertigung seiner Ehrfurchts-Ethik greift Spaemann auf Begriffe wie das „Wesen des Menschen“ oder „absolute Wertgesichtspunkte“ zurück und knüpft damit an die metaphysische Klasse des Naturrechtes an. Das ist methodisch gesehen problematisch. Da Werte und metaphysische Aussagen in recht unterschiedlicher Weise interpretiert werden können, reicht ein Intuitionismus oder die Behauptung unmittelbarer Werterfassung nicht aus, Verpflichtungen intersubjektiv als normativ auszuweisen. Die Gattungszugehörigkeit des Menschen ist nicht das einzige zweifelsfreie Kriterium seiner Personalität. Sie stellt allenfalls ein Argument dafür dar, die Entwicklung von Mensch und Tier nicht auf eine Ebene zu stellen<sup>6)</sup>.

Spaemanns Vorgehensweise wird deutlicher dort, wo er den Begriff der „Strebung“ für seine Argumentation fruchtbar machen möchte. Für Spaemann unterläuft der Begriff des Triebes als Übersetzung der „Strebung/inclinatio“ das Sein-Sollen-Schema<sup>7)</sup>. Zwar gesteht er zu, daß der Trieb erst vom Menschen interpretiert werden muß, der seinen Sinn auszulegen hat<sup>8)</sup>, doch isoliere sich im Trieb ein Wesen vom Rest der Welt. Hier scheint Spaemann zu unterstellen, Triebe seien in sich sittlich. Dann wäre das Sein-Sollen-Schema unterlaufen. In diesem Falle wäre seine Position biologistisch, mit der Konsequenz, daß auch Aggression per se sittlich ist. Aber auch metaphysisch interpretierte natürliche Strebungen können konstruktiv oder destruktiv sein. Meist sieht man es ihnen selbst gar nicht an, sondern nur ihren Folgen. Weder auf biologistisch noch auf metaphysisch interpretierten natürlichen Strebungen wird sich eine Umweltethik aufbauen lassen.

Trotzdem versucht Beat Sitter, ein „neues Naturrechtsdenken“ zu begründen<sup>9)</sup>. Er möchte in die modernen Gerechtigkeitskonzeptionen von Hobbes bis Rawls neben Individuum und Gesellschaft noch die Natur einbringen<sup>10)</sup>. Dazu argumentiert er biologistisch: „Natur ist Voraussetzung des Menschen und objektive, unverfügbare Einschränkung seiner Willkür zumal; was sie nicht gestattet,

sollte der Mensch unterlassen. (...) Alle Würde des Menschen nimmt ihren Ursprung in der Würde der Natur.“<sup>11)</sup> Da der Gedanke einer Würde der Natur nicht unproblematisch ist, muß nach dessen Quelle gefragt werden. Bei Sitter ist die „Macht der Natur über den Menschen“<sup>12)</sup> der Grund für das Eigenrecht der Natur. Aber Macht rechtfertigt weder Recht noch Sittlichkeit. Hier scheint mir bei Sitter untergründig eine Verletzung der Sein-Sollen-Unterscheidung vorzuliegen.

Den Vorwurf des naturalistischen Fehlschlusses möchte Sitter in einem weiteren Argument umgehen. Er geht hier von einem normativen Prinzip aus, nämlich dem Satz: Was einem nicht gehört, darf nicht beschädigt werden. Daraus folgert er: „Ökosysteme bestehen unabhängig von menschlicher Kreativität und menschlichem Willen. Menschen können sie weder ursprünglich schaffen noch besitzen.“<sup>13)</sup> In dieser Fassung ist das normative Prinzip allerdings bereits in einer Weise apodiktisch bestimmt, daß es sehr leicht bestritten werden kann. Sinnvoller läßt es sich etwas anders formulieren und entspricht dann auch unserem Alltagsverständnis: Was einem nicht gehört, darf man nicht unbegründet beschädigen. Zur Rettung eines Menschen darf ich ein Auto aufschweißen. Auch Mundraub ist erlaubt. Der zweite Teil seines oben angeführten Argumentes bedarf ebenfalls der Präzisierung. Denn Menschen können in Ökosysteme schöpferisch eingreifen und diese verändern. So müßte Sitter zumindest ausführlicher rechtfertigen, warum Ökosysteme nicht menschliches Eigentum werden können. Denn es ist nicht a priori einsichtig, warum nicht Teilbereiche von Ökosystemen etwa durch menschliche Transformation Eigentumscharakter annehmen können. Aufgrund der langen Tradition menschlicher Eingriffe in die Natur läßt sich nämlich vermuten, daß es – abgesehen von begrenzten Regionen im tropischen Regenwald und im Biotop des Korallenriffs – kein funktionierendes Ökosystem mehr gibt, in das der Mensch nicht konstitutiv mit einbezogen ist.

Sitter versteht unter Natur alles, „was von selbst, das heißt ohne Zutun des Menschen existiert“<sup>14)</sup>. Er meint, daß wir Rechte der Natur, die ihr selbst zukommen, anerkennen müßten. Den Grund dafür sieht er in „der fundamentalen Gleichheit, die

6) Vgl. Alberto Bondolfi, Tier-„Rechte“ und Tierversuche, in: Concilium, 25 (1989), S. 270; Bernhard Irrgang, Sittliche Bewertungskriterien der Human-Gentechnik, in: Stimmen der Zeit, 209 (1991), S. 239–253.

7) Vgl. Robert Spaemann, Sind „natürlich“ und „unnatürlich“ moralisch relevante Begriffe?, in: Venanz Schubert (Hrsg.), Was lehrt uns die Natur? Die Natur in den Künsten und Wissenschaften, St. Ottilien 1989, S. 265.

8) Vgl. ebd., S. 264.

9) Vgl. Beat Sitter, Wie läßt sich ökologische Gerechtigkeit denken?, in: Zeitschrift für evangelische Ethik, 31 (1987), S. 271–294.

10) Vgl. ebd., S. 274.

11) Ebd., S. 278.

12) Ebd., S. 277.

13) Ebd., S. 281.

14) Beat Sitter, Plädoyer für das Naturrechtsdenken. Zur Anerkennung von Eigenrechten in der Natur, Basel 1984, S. 14.

uns mit allem außermenschlichen Seienden verbindet, insofern wir selber wie dieses ein Teil der Natur sind<sup>15)</sup>. Die behauptete Gleichheit des Menschen mit der Natur und die Unabhängigkeit der Natur von uns sind keine zwingende Herleitung seines Naturrechtsdenkens<sup>16)</sup>.

Warum sollten wir die Idee der Subjektivität und Personalität von Menschen als Voraussetzung von Eigenrechten aufgeben? Die Subjektivierung der Natur als Quasi-Subjekt oder Quasi-Person ist mit

Naturwissenschaft, auch mit der Ökologie inkompatibel und führt leicht zu einer Naturalisierung und Verdinglichung des Subjektes. Gegen Sitter ist einzuwenden, daß es gerade die Unabhängigkeit der Natur vom Menschen ist, die gegen die Rechtsfähigkeit der Natur von Natur aus spricht, es sei denn, wir billigen ihr Rechte aus bestimmten, einschichtigen Gründen zu. Ohne Rückgriff auf einen naturalistischen Fehlschluß ist Ökologie aus methodischen Gründen nicht in der Lage, Sitters neues naturrechtliches Denken zu begründen.

## II. Rechtsgemeinschaft der Natur

Eine zweite Version des Naturrechtes artikuliert sich als These von der Rechtsgemeinschaft der Natur. Der derzeit wohl prononzierteste Vertreter der Idee einer Rechtsgemeinschaft der Natur ist Meyer-Abich. Zu ihrer Rechtfertigung schlägt er eine naturgeschichtliche Begründung des Eigenwertes der Natur vor. Sie geht von der Tatsache aus, daß die Menschheit naturgeschichtlich entstanden ist. Daher begründet die Naturgeschichte für Meyer-Abich ein Gleichheitsprinzip als Gerechtigkeitsgrundsatz<sup>17)</sup>.

Der methodisch entscheidende Gesichtspunkt ist die Bewertung des Gerechtigkeitsgrundsatzes. Meyer-Abich formuliert ihn folgendermaßen: „Das Gleichheitsprinzip, daß zweierlei gemäß seiner Gleichheit gleich und gemäß seiner Verschiedenheit verschieden behandelt werden soll, ist wohl der elementarste Grundsatz der Gerechtigkeit.“<sup>18)</sup> Meyer-Abich glaubt, daß Menschen im Lebenswillen oder in der Schmerzempfindlichkeit weiten Bereichen der Natur gleich seien. Ich leugne nicht, daß im Lebenswillen oder in der Schmerzempfindung Ähnlichkeiten zwischen Men-

schen und zumindest Säugetieren vorliegen können, bestreite jedoch die behauptete Gleichheit. Denn menschliches Leben ist nicht Leben im Sinne des physischen Existierens, sondern ein bewußter Entwurf, ein von Freiheit durchgriffenes Lebenwollen. Der Begriff des Lebens bei Tier und Mensch ist eine bloße Äquivokation (Wortgleichheit bei sachlicher Verschiedenheit), in der die vorliegenden Unterschiede ignoriert werden.

Der Natur kommt qua Natur kein Eigenrecht zu, denn ihr kann begründet weder Sittlichkeit noch Personalität in einem menschlichen Sinn zugesprochen werden. Sie vermag uns darum auch nicht durch sich selbst einzufordern oder zu verpflichten. Der Mensch ist zwar berechtigt, aus guten Gründen der Natur oder Teilen von ihr Schutzrechte einzuräumen, zuzusprechen oder zuzuerkennen. Aber die Natur besitzt diese Rechte nicht von sich aus, während der Mensch kraft seiner Personalität durch Menschenwürde grundsätzlich charakterisiert ist. Diese können wir ihm nur unberechtigterweise vorenthalten. Sittlich argumentierend können wir nicht Menschenwürde oder die Selbstzwecklichkeit des Menschen aufheben, ohne uns in einen Selbstwiderspruch zu begeben. Bei der Natur ist dies anders. Solange diese nicht sittlich handelt, sind wir nicht verpflichtet, ihr Selbstzwecklichkeit zuzuschreiben. Eine sittliche Würde kommt daher der Natur nicht kraft ihres Naturseins zu, kann also nicht mit derselben Rechtfertigungsstrategie auf den nichtmenschlichen Bereich ausgedehnt werden. Auch die Konzeption der „Eigenrechte der Natur“ ist also keine methodisch tragfähige Grundlage für eine Umweltethik.

<sup>15)</sup> Ebd., S. 38.

<sup>16)</sup> Vgl. Bernhard Irrgang, Hat die Natur ein Eigenrecht auf Existenz? Anmerkungen zur Umweltethik-Diskussion, in: Philosophisches Jahrbuch, 97 (1990), S. 327–339.

<sup>17)</sup> Vgl. Klaus Michael Meyer-Abich, Wege zum Frieden mit der Natur. Praktische Naturphilosophie für die Umweltpolitik, München–Wien 1984, S. 175.

<sup>18)</sup> Ders., Das Recht der Tiere. Grundlage für ein neues Verhältnis zur natürlichen Mitwelt, in: Ursula M. Händel (Hrsg.), Tierschutz. Testfall unserer Menschlichkeit, Frankfurt/M. 1984, S. 27.

### III. Naturalistische und metaphysische Fehlschlüsse

Die gegenwärtige Umweltethik-Diskussion führt zur Wiederbelebung metaphysischer und biologischer Varianten des Naturrechtes. Beide Formen unterliegen dem Verdacht, naturalistische oder metaphysische Fehlschlüsse zu sein. Hier unterscheidet die Philosophie zwei Argumentationsstrategien. Neben den „Fehlschlüssen“ gibt es die methodisch schwächere Formulierung der Sein-Sollen-Unterscheidung, die auf David Hume zurückgeht. Sie entstand auf dem Boden der neuzeitlichen Wissenschaftspraxis, die das „Naturgesetz“ – bei Thomas von Aquin sowohl deskriptiv als auch normativ verstanden – eindeutig auf die Tatsacheebene beschränkt. Zudem dient die Sein-Sollen-Unterscheidung einer Trennung von Wissenschaft und wertend-politischer Praxis, wie sie etwa dem Postulat der Werturteilsfreiheit der exakten Wissenschaften bei Max Weber zugrunde liegt.

Hume führt die Sein-Sollen-Unterscheidung folgendermaßen ein: „In jedem Moralsystem, das mir bisher vorkam, habe ich immer bemerkt, daß der Verfasser eine Zeitlang in der gewöhnlichen Betrachtungsweise vorgeht, das Dasein Gottes feststellt oder Betrachtungen über menschliche Dinge vorbringt. Plötzlich werde ich damit überrascht, daß mir anstatt der üblichen Verbindungen von Worten mit „ist“ und „ist nicht“ kein Satz mehr begegnet, in dem nicht ein „sollte“ oder „sollte nicht“ sich fände. Dieser Wechsel vollzieht sich unmerklich; aber er ist von großer Wichtigkeit. Dieses „sollte“ oder „sollte nicht“ drückt eine neue Beziehung oder Behauptung aus, muß also notwendigerweise beachtet und erklärt werden. Gleichzeitig muß ein Grund angegeben werden für etwas, das sonst ganz unbegreiflich scheint, nämlich dafür, wie diese neue Beziehung zurückgeführt werden kann auf andere, die von ihr ganz verschieden sind.“<sup>19)</sup> David Hume übt hier in doppelter Weise Kritik. Zunächst stellt er im Blick auf die Begründung von Ethik den Rationalismus seiner Zeit, der mit dem Gottesbegriff argumentiert, auf eine Ebene mit dem ethischen Naturalismus, der als Basis für seine Aussagen die empirisch erfassbare menschliche Natur wählt. Nach Hume müßte für den vom Rationalismus und Naturalismus bloß behaupteten Übergang vom „Ist“ zum „Soll“ ein Grund angegeben werden.

In der späteren Fachdiskussion wurde bei George Edward Moore im Rahmen einer intuitionistischen

<sup>19)</sup> David Hume, Ein Traktat über die menschliche Natur (1739/40), hrsg. von R. Brandt, Bd. 2, Hamburg 1973, S. 211.

Position aus Humes Unterscheidung das Verbot des „naturalistischen Fehlschlusses“. Dieses richtete sich gegen jeden Versuch, logisch von einem Sein auf ein Sollen zu schließen. Als Beispiel verweist Moore vor allem auf die Verwendung des Prädikates „gut“ im Sinne von „funktionstüchtig“, das dann häufig zugleich als „sittlich wertvoll“ verstanden werde<sup>20)</sup>. Der Übergang vom Funktionstüchtigen zum sittlich Guten mache nun den naturalistischen Fehlschluß aus<sup>21)</sup>. Für Moore ist dieser Übergang auf Grund seiner wertintuitionistischen Voraussetzungen immer verboten. Bei Hume gilt er als unerlaubt ohne zusätzliche Begründung oder Rechtfertigung.

Neben dem „naturalistischen Fehlschluß“ und seiner evolutionär-genetischen wie psychologischen Variante behandelt Moore die Metaphysik. Auch sie könne keinen Einfluß auf die Beantwortung der Frage haben, was „gut“ sei. Die einzige Rolle, die Moore der Metaphysik zubilligt, ist eine psychologische. Sie könne auf Dinge hinweisen, die wertvoll sein mögen. Von der Begründung eines Wertes durch sein Gewolltwerden könne im spezifischen Sinne nicht die Rede sein.

Nach Frankena ist es nicht völlig eindeutig, welchen Status der naturalistische Fehlschluß in einer intuitionistischen Polemik gegen andere Theorien besitze und ob es sich überhaupt um einen logischen Fehlschluß handle<sup>22)</sup>. Allerdings besteht nahezu Einhelligkeit, daß das Humesche Gesetz beachtet werden müsse. Daher gehe ich für meine weiteren Überlegungen von einer methodisch strengen Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Aussagen aus. Das heißt nun nicht, daß Ethik ohne Rückgriffe auf Erfahrungen auskommen müßte. Denn mit zusätzlichen Begründungen ist auch nach Hume ein Überschritt von der deskriptiven zur normativen Ebene möglich. Normative Aussagen müssen durch Erfahrung begründet und durch Argumentationen diskursiv gerechtfertigt werden<sup>23)</sup>. Werturteile beruhen auf Werterfahrungen, aber nicht alles Werterleben führt zu objektiven Werturteilen<sup>24)</sup>.

<sup>20)</sup> Vgl. Friedo Ricken, Allgemeine Ethik, Stuttgart u. a. 1983, S. 47.

<sup>21)</sup> Vgl. George Edward Moore, Principia Ethica (1903), Stuttgart 1984<sup>2</sup>, S. 76.

<sup>22)</sup> Vgl. W. K. Frankena, Der naturalistische Fehlschluß, in: G. Grewendorf/G. Meggle (Hrsg.), Seminar: Sprache und Ethik. Zur Entwicklung der Metaethik, Frankfurt am Main 1974, S. 84.

<sup>23)</sup> Vgl. Franz von Kutschera, Grundlagen der Ethik, Berlin-New York 1982, S. 228.

<sup>24)</sup> Vgl. ebd., S. 229.

## IV. Naturrecht und Handlungstheorie bei Thomas von Aquin

Geht nun das klassische Naturrecht so vor wie von Sitter oder Spaemann interpretiert? Zur Beantwortung dieser Frage ist eine Rekonstruktion der Naturrechtskonzeption des Thomas von Aquin hilfreich. Die zentralen Aussagen zum Naturrecht enthält die *Summa Theologiae* (1266–73). Hier vertritt Thomas eine Konzeption, in der Naturrecht und eine auf Vernunft begründete Sittlichkeit konvergieren. Der Ausgangspunkt seiner Argumentation ist die gemäß der göttlichen Schöpfungsordnung bestimmte Vernunftnatur des Menschen (I–II, 91, 6)<sup>25</sup>. Aus ihr lassen sich Normen und Werte ableiten, weil sie die Prinzipien theoretischer und praktischer Vernunft bereits in sich schließt. Sie ist aber nicht identisch mit der biologisch verstandenen Natur des Menschen. Hier kann ein Sein-Sollen-Fehlschluß nicht vorliegen, weil das Sein des Menschen als vernünftig und darum werthaft ausgelegt wird.

So kann Thomas sagen: „Sprechen wir nun von tugendhaften Handlungen, soweit sie tugendhaft sind, so gehören sie in den Bereich des Gesetzes der Natur. Bereits oben wurde nämlich gesagt, daß alles das zum natürlichen Gesetz gehört, wozu der Mensch von seiner Natur aus neigt. (...) Da die Vernunftseele die eigentümliche Form des Menschen ist, so wohnt jedem beliebigen Menschen die naturhafte Neigung inne, daß er gemäß der Vernunft handelt. Und dies heißt gemäß der Tugend handeln“ (I–II, 94, 3). Allerdings gibt es bei Thomas auch „*inclinationes naturales*“, die spezieller sind als die universalen Gesetzmäßigkeiten von Vernunft und Freiheit. Sie betreffen z.B. die Sexualität, den Selbsterhaltungstrieb des Menschen sowie Hunger und Durst, die er mit anderen Geschöpfen teilt (I–II, 94, 2). Hier deutet sich ein Widerspruch der Sichtweise Thomas' gegen das spätere Humesche Gesetz an.

Ausdrücklich werden bei Thomas von Aquin die natürlichen Neigungen des Menschen und seine naturhafte Anlage zu Vernunft und Tugend als Explikationen der Schöpfungsordnung verstanden. Natur und Sittlichkeit sind keine Gegensätze, sondern von der einen Schöpfungsordnung umgriffen. Und so plädiert Thomas an dieser Stelle für eine Modifikation der natürlichen Neigungen durch die Sittlichkeit. Um aber feststellen zu können, was das Gute ist, bedarf es der sittlichen Vernunft und des praktischen Urteils gemäß dem obersten Prin-

zip der Sittlichkeit. Da das Gute für die Vernunft anziehend ist, schließt die Vernunft: es ist zu handeln. Damit haben wir die Basisstruktur aller praktischen Urteile. So werden die „*inclinationes naturales*“ durch die Vernunft reguliert.

Der Mensch ist aber nicht nur in der naturhaften Ordnung eingebettet, sondern zudem dadurch ausgezeichnet, daß er „gemäß dem Ebenbilde Gottes geschaffen wurde“. Bei Thomas wird dieser Ebenbildcharakter ausgelegt durch Verstand, Willensfreiheit und Selbstmächtigkeit, wodurch der Mensch „selbst das Prinzip seiner Taten ist“ (I–II, Prolog). Hier liegt der Ansatzpunkt dafür, daß das thomistische Naturrecht neuzeitlich als Menschenrechtsethos und als Bedingung der Möglichkeit sittlichen Subjektseins ausgelegt werden kann.

Der neuzeitlich geschärfte Blick für den Unterschied von deskriptiven und präskriptiven Aussagen macht eine genauere Lektüre des Textes erforderlich. Karl-Wilhelm Merks hat in sehr pointierter Weise diese Aufgabe einer Neu-Buchstabierung für den Begriff der „*inclinationes naturales*“ unternommen. Sein Fazit lautet: Die naturhaften Strebungen sind nicht normativ, sie setzen den Spruch der Vernunft bereits voraus. Das Streben der „*inclinationes*“ werde in eine Vernunft rückvermittelt, die die Strebungen eigens zu legitimieren habe<sup>26</sup>. Die „*inclinationes*“ seien Erfahrungsort der „*bona*“ (Güter), das grundlegende „*bonum*“ (Gut) sei aber Rationalität selbst<sup>27</sup>.

Das Naturrecht des Thomas ist trotzdem nicht frei von naturalistischen Fehlschlüssen. Denn es unternimmt den Versuch, zwei unterschiedliche Konzeptionen von Naturrecht zu vereinigen, die bis zum 12. Jahrhundert vorlagen. Die eine beschränkt sich auf die allgemeinen Wesenszüge menschlicher Personalität, nämlich Verstand und Wille<sup>28</sup>. Demgemäß sind Teile des Naturrechtes im strengen Sinne nur die unmittelbar einsichtigen Urteile im Sinne des Grundsatzes: „Das Gute ist zu tun, das Böse zu meiden!“<sup>29</sup> Die sittlichen Prinzipien stünden fest, gehörten zur Natur des Menschen, die Schlußfolgerungen hingegen seien mit einigen Unsicherheiten belastet. Aus heutiger Sicht ermöglichten sie nicht nur, sondern erforderten geradezu einen Raum für die Gewissensent-

<sup>26</sup> Vgl. Karl-Wilhelm Merks, *Grundlegung der sittlichen Autonomie*, Düsseldorf 1978, S. 293.

<sup>27</sup> Vgl. ebd., S. 297.

<sup>28</sup> Vgl. Wolfgang Kluxen, *Philosophische Ethik bei Thomas von Aquin*, Hamburg 1980<sup>2</sup>, S. 96.

<sup>29</sup> Vgl. ebd.

<sup>25</sup> *Summa Theologiae* des Thomas von Aquin (im folgenden abgekürzt STh), Lies: I. Buch, II. Teil, Quaestio 91, Articulus 6.

scheidung. Diese Position ist mit einer neuzeitlichen Ethik kompatibel und wird in Konzeptionen auf der Basis der Menschenwürde und der sittlichen Autonomie weitergeführt. Die andere Konzeption, das Naturrecht Ulpianscher Prägung, spielt ab der mittleren Schaffensphase nur noch eine untergeordnete Rolle, ist aber immer noch präsent.

Mit dieser Interpretation des Naturrechts kompatibel ist die handlungstheoretische Ausdeutung der Ethik des Thomas von Aquin. Sie wird normalerweise in der Thomas-Interpretation übergangen. Die für die Ethik maßgebliche Tugend und ihr Ausgangspunkt ist die Klugheit. Ohne sie ist ein sittliches Urteil, die Anwendung der sittlichen Grundsätze auf die Einzelfälle, nicht möglich (I-II, 58, 5). Den Begriff der Klugheit differenziert Thomas vor dem Hintergrund der Unterscheidung von spekulativem und praktischem Vernunftgebrauch (I-II, 57, 1). Er grenzt im Anschluß an Aristoteles' Nikomachische Ethik „Klugheit“ von „Kunst/Technik“ ab (I-II, 57, 3). Kunst bzw. Technik ist die „richtige Vernunft“ des Machbaren und Herstellbaren, Klugheit die richtige Vernunft des Handelns<sup>30</sup>).

Die Klugheit ermöglicht eine praktische Überlegung und wendet sie auf die Handlung an. Der Kluge erkennt sowohl die universalen Prinzipien der Vernunft wie die Einzelfälle (II-II, 47, 3). Die praktische Vernunft kennt die Prinzipien, die von Natur aus bekannt sind, und die Ziele der moralischen Tugenden. Dabei geht die praktische Vernunft mittels Konklusionen, Schlußfolgerungen vor. Die Klugheit ist die Anwendung der universalen Prinzipien auf die Einzelhandlungen durch Schlußfolgerungen im Sinne des praktischen Syllogismus (II-II, 47, 6)<sup>31</sup>).

Trotz der Ausrichtung der thomistischen Handlungstheorie an der Vernunft impliziert diese auch eine Aufwertung des Willens. Zwar sei das vernünftige Streben eine Eigentümlichkeit des Menschen (I-II, 6, 1), aber auch Tiere hätten eine, wenn auch unvollkommene, weil instinktmäßige, „Vernunft“. Aber sie kennen, anders als der Mensch, in einer freiwilligen Handlung kein Ziel. Vernunft ist an dieser Stelle bei der Beschreibung der Tiere nur in einem analogen, minderen Sinn gebraucht. Tiere haben zwar ein Ziel, sie erfassen

<sup>30</sup>) Vgl. Aristoteles, *Ethika Nikomacheia*, VI, 5, 3 (1140 b 2) und VI, 5, 7 (1140 b 21).

<sup>31</sup>) Zur Konzeption des praktischen Syllogismus vgl. Ludger Honnefelder, *Wahrheit und Sittlichkeit. Zur Bedeutung der Wahrheit in der Ethik*, in: Emerich Coreth (Hrsg.), *Wahrheit in Einheit und Vielheit. Beiträge zur Theologie und Religionswissenschaft*, Düsseldorf 1987, S. 147–169.

es sogar, aber sie erkennen es nicht als Ziel. So gebe es auch bei Tieren ein Streben (I-II, 57, 2). Thomas unterscheidet Natur und Willen dadurch, daß die Natur das Prinzip ihrer Ruhe und Bewegung in sich habe, während der Wille das Prinzip der Ruhe und Bewegung wissentlich in sich habe (I-II, 6, 1). Natur wird somit als defizienter Modus der menschlichen Handlung und allein aus ihrem Horizont heraus gedeutet.

Die Zurechenbarkeit einer Handlung hängt von ihrer Freiwilligkeit ab. Dem Willen kann keine Gewalt angetan werden. Auch Gott vermag ihn nicht zu erzwingen (I-II, 6, 3). Konsequenterweise unterscheidet Thomas den Willen, der sich auf etwas richtet, von der Freiwilligkeit als dem Willen, der sich auf sich selbst bezieht und daher zu wollen anhebt.

Um eine konkrete Verpflichtung als Vorschrift für eine Entscheidung eruieren zu können, entwirft Thomas von Aquin zumindest im Umriß die Konzeption eines praktischen Syllogismus in Parallelität zu dem in der Zweiten Analytik des Aristoteles entwickelten logischen Schlußverfahren (I-II, 8, 2)<sup>32</sup>). Die erste Prämisse des praktischen Syllogismus enthält die Zielbestimmung, die zweite eine Mittelbewertung. Die *Conclusio* ergibt dann ein sittliches Urteil, das eine Handlungsverpflichtung konstatiert. Ziele werden nach ihrer Sittlichkeit beurteilt, Mittel nach ihrer Nützlichkeit.

Der erste Schritt zur Bestimmung des Ziels ist die Beratung. Die Beratung begründet sich aus der diskursiven Vernunft, denn Handeln selbst bewegt sich im Raum des Kontingent-Zufälligen. Hinter dem Prozeß der Zielbestimmung steht das Modell des praktischen Syllogismus, der eher an ein empirisches Urteil erinnert und keine deduktive Schlußfolgerung impliziert. Thomas propagiert keine Deduktionsmoral, auch kein analytisches Vorgehen in Sachen Ethikbegründung. Im praktischen Syllogismus ist viel Unsicheres enthalten. Das Beraten als Akt der Vernunft bezieht sich auf die Mittel, die zu einem Ziel führen. Hilfestellung bietet dabei die Wissenschaft mit ihren Schlußfolgerungen aus der Erörterung der Wirkungen und Ursachen (I-II, 14, 1).

Die Umstände sind nicht leicht zu erfassen. Darum ist – modern gesprochen – der Diskurs nützlich, um die Mittel zu erfassen und das Ziel zu erreichen. Man kann sich beraten über alles, was im

<sup>32</sup>) Vgl. Anselm W. Müller, *Praktisches Folgern und Selbstgestaltung nach Aristoteles*, Freiburg–München 1982; Markus H. Wörner, *Das Ethische in der Rhetorik des Aristoteles*, Freiburg–München 1990.

Zweifel steht. Dabei weisen manche Künste sichere Wege des Handelns. Es gibt allerdings auch Handlungen, die so sicher sind, daß es einer Beratung nicht bedarf (I-II, 14, 4). Der Beratungsprozeß muß zu einem Ziel kommen. Das Unendliche zu durchschreiten ist unmöglich. Daher endet die Beratschlagung mit der letzten Schlußfolgerung (I-II, 14, 6). Thomas entwickelt an dieser Stelle eine Art Diskurslogik, die empirische Aussagen über die Natur des Menschen und der menschlichen Handlungen einschließt. Diese Diskurslogik enthält

1. ein formales Prinzip („Das Gute ist zu tun!“),
2. materiale Voraussetzungen (die Strebungen des Menschen),
3. normative Vorgaben,
4. wissenschaftliche Urteile und
5. faktische Urteile.

Der Diskurs ist abschließbar, jedoch nicht mit Gewißheit. Ihn richtig zu beenden ist Sache der Klugheit und Gegenstand der Diskurs-Logik.

Thomas' Klugheitsethik und Konzeption des praktischen Syllogismus ist noch eindeutiger der Ebene sittlicher Rationalität zuzuordnen als die Konzeption der „*inclinationes naturales*“. Seine Klugheitsethik verdient daher den Vorzug vor dem Naturrecht im Rahmen einer Grundlegung der Ethik. Angesichts der Naturalisierungsbestrebungen in der gegenwärtigen Diskussion um eine ökologisch orientierte Ethik müßten heute über Thomas hinausgehend sowohl die Gemeinsamkeiten der drei Ebenen im Begriff der „*inclinationes naturales*“ betont wie ihre Unterschiede deutlich herausgearbeitet werden. Im Begriff der „*inclinationes naturales*“ denkt Thomas die Natur im Hinblick auf die Wirkung eines Aktes nach Art einer Handlung.

Für die moderne Naturwissenschaft ist Leben und seine Evolution ein biochemisch gesteuerter Pro-

zeß. Er wird verändert durch gerichtete Selektion im Sinne von Rückkoppelungsprozessen, in der aber durch die Mutation der Zufall eingebaut ist. Das artspezifische Ziel der natürlichen Neigungen ist nicht mehr eindeutig, zumindest im Übergangsfeld der Entstehung neuer Arten. Einer Teleologie der Natur im Sinne des Thomas von Aquin kann die Evolutionstheorie nicht zustimmen. Denn auch Emergenz – gebündelt auftretende überlebensrelevante Mutationen, die zu einer Weiterentwicklung führen – ist nicht im Sinne einer Zielursache zu interpretieren. Dies ist ein Postulat der Objektivität der naturwissenschaftlichen Methode, die Experiment und Gesetzeswissen miteinander verknüpft.

Woher aber kommt dann das menschliche Wissen um die Zielgerichtetheit natürlicher Strebungen? Aus der Selbsterfahrung des Menschen. Wenn der Mensch sich selbst als naturales Wesen erlebt, dann stellt dies – anders als naturwissenschaftlich garantierte Objektivität – einen unmittelbaren und darum stets durch Subjektivismen gefährdeten Zugang zur Natur dar. Beide Wege sind selbstkritisch zur Konvergenz und zur Korrespondenz zu bringen. Das Naturrecht glaubt, hier einen Schritt überspringen zu können.

Eine Natur beschrieben in den Kategorien empirisch vorgehender Naturwissenschaft kann keine Sinnvorgaben entwickeln. Anders ist das mit der Selbsterfahrung des Menschen. Doch hier ist Vorsicht geboten. Nach der Konzeption der „*inclinationes naturales*“ ist wertvoll nur, was naturwüchsig erstrebt wird. Und dies gilt zumindest beim Menschen nur für die vollkommene Natur, nicht für die „*natura corrupta*“ nach dem Sündenfall. Um aber bestimmen zu können, wann eine Natur intakt oder verdorben ist, bräuchten wir ein Wissen um die Totalität aller Zusammenhänge in der Natur. Diese Erkenntnis haben wir nicht. Und solange dies gilt – es wird wohl kaum außer Kraft gesetzt werden können –, können wir absolute Werte weder aus der Natur noch aus der Selbsterfahrung der Natur in uns ableiten.

## V. Handeln nach sittlichen Prinzipien im Hinblick auf Umwelt und Menschen

Als Hauptverursacher unserer Umweltkrise gelten die moderne Technologie und die Wirtschaft. Angesichts des anwachsenden Potentials der Schlüsseltechnologien ist eine gesellschaftliche Entscheidung über ihren weiteren Einsatz und ihre Gestaltung erforderlich. Zu diesem Zwecke ist zumindest ein gewisser Grad an gesellschaftli-

chem Konsens zu erzielen. Aufgabe der Ethik ist, dafür Sorge zu tragen, daß er nicht unverantwortlich ausfällt. Naturrechtliche Argumente sind nicht in der Lage, vorbereitend an einem derartigen Konsens mitzuarbeiten, denn sie sind häufig methodisch fragwürdig oder werden nicht akzeptiert.

Daher plädiere ich auf diesem Gebiet dafür, daß die sittliche Bewertung sich an Zielen und den vorhersehbaren Folgen eines Eingriffs orientiert. Die entscheidenden Fragen lauten: Sind die vorhersehbaren Folgen eines Eingriffs lebensgerecht und sozialverträglich, oder bevorzugen bzw. benachteiligen sie bestimmte Menschen, Bevölkerungsgruppen oder auch Lebewesen in ungerechtfertigter Weise? Dies impliziert noch nicht einen Standpunkt, der von Eigenrechten der Natur ausgeht und in der Forderung nach einer Gleichbehandlung aller Lebewesen gipfelt. Denn gerecht wäre eine derartige Gleichbehandlung nur bei vergleichbaren Bedürfnissen. Und hinsichtlich der Vergleichbarkeit von Mensch und Tier – etwa bei Bewußtsein und Schmerzempfindlichkeit – bestehen größere, kaum eindeutig zu klärende Meinungsverschiedenheiten.

An der Intention des Naturrechtes, nämlich an der Begründungspflicht für sittliche Forderungen, ist festzuhalten. Dennoch gibt es „Unwandelbares“ nicht bei „in sich“ schlechten Handlungen oder Eingriffen, sondern nur im Bereich der formalen Prinzipien wie Vernunft und Freiheit als Grundlagen der Menschenwürde und der sittlichen Bewertung.

So nimmt die Verpflichtung zur gemeinsamen Suche nach dem Lebens-Gerechten auch für zukünftige Generationen und Arten nach dem abgestuften Dringlichkeitskriterium, also eine an sittlichen Prinzipien wie Gerechtigkeit und Personenwürde orientierte handlungstheoretisch ausgerichtete Ethik, das berechtigte Anliegen des Naturrechtsdenkens in Fragen der Technikethik auf und führt dieses weiter. Weitgehend frei von metaphysischen und naturalistischen Fehlschlüssen kann somit eine konkrete Umwelt-Ethik zugrunde gelegt werden, die eine ausweisbare Entscheidungshilfe darstellt.

Sittliche Prinzipien im Rahmen einer handlungstheoretisch begründeten Ethik sind die Überparteilichkeit (der Verallgemeinerungsgrundsatz), die Gerechtigkeit (Grundsatz der Gleichbehandlung unter vergleichbaren Umständen), die Respektierung der Personwürde, die Verpflichtung zur weitestmöglichen Hilfe im Sinne der Solidarität (oder zumindest die Verpflichtung, nicht zu schaden), nach dem abgestuften Dringlichkeitskriterium

auch auf Tiere und die Umwelt anzuwenden, und die Rücksicht auf zukünftige Generationen<sup>33</sup>).

Naturrechtliche Argumentationen sind aus zwei Gründen für konkrete Entscheidungshilfen unzureichend. Nicht minder problematisch als die Gefahr naturalistischer Fehlschlüsse erscheint die häufige Verknüpfung des Naturrechtes mit einem idealorientierten Pflichtenkonzept zu einer fundamentalistischen Position. An der Folgenbewertung und am Gewissen orientierten Ethiken wird häufig vorgeworfen, sie seien ein „moralisches Entlastungskonzept“, eine Beschaffungsinstanz für ein „gutes Gewissen“<sup>34</sup>). Doch dies ist kein zulässiges Argument gegen teleologische Ethiken, denn diese Behauptung trifft auf Pflichtenkonzepte ebenso zu. Wenn ich nur meine Pflicht erfülle, ohne mich um die Folgen zu kümmern, habe ich ein gutes Gewissen, selbst wenn ich Grauenhaftes anrichte.

Daher plädiere ich für eine Ethik der Folgenbewertung nach sittlichen Grundsätzen, bei Fragen der Umweltethik insbesondere nach dem Grundsatz der Gerechtigkeit (Gleichbehandlung, Sachgerechtigkeit, Rücksicht auf Benachteiligte und intergenerationelle Gerechtigkeit). Für Fragen der Ethik der Energiegewinnung<sup>35</sup>), der Gentechnik<sup>36</sup>), der Wirtschaftsethik<sup>37</sup>) und der Umweltethik<sup>38</sup>) sollten die gleichen Maßstäbe gelten.

<sup>33</sup>) Vgl. B. Irrgang (Anm. 6), S. 240–242; ders., Leitlinien einer Ethik der Gentechnik. Vorüberlegungen zu einer Ethik der Biotechnologie, in: *Naturwissenschaften*, 77 (1990), S. 571 f.

<sup>34</sup>) Vgl. Gotthard M. Teutsch, *Lexikon der Tierschutzethik*, Göttingen 1987, S. 247.

<sup>35</sup>) Vgl. Bernhard Irrgang, *Ethische Implikationen globaler Energieversorgung*, in: *Stimmen der Zeit*, 207 (1989), S. 607–620.

<sup>36</sup>) Vgl. ders., *Sittliche Fragestellungen und Grenzziehungen bei der Anwendung der Biotechnologie in der Tierproduktion*, in: *Züchtungskunde*, 63 (1991) 3, S. 247–257; ders., *Zum Ansatz einer Forschungs- und Standesethik für die Gentechnik*, in: Hans Lenk/Matthias Maring (Hrsg.), *Technikverantwortung. Güterabwägung, Risikobewertung, Verhaltenskodizes*, Frankfurt am Main–New York 1991, S. 263–284.

<sup>37</sup>) Vgl. ders., *Das Konzept eines Regelkonsequentialismus als Grundlegung einer Wirtschaftsethik*, in: Michael Wörz/Paul Dingwerth/Rainer Öhlschläger (Hrsg.), *Moral als Kapital. Perspektiven des Dialogs zwischen Wirtschaft und Ethik*, Stuttgart 1990, S. 235–252; ders., *Grundlagen der Wirtschaftsethik*, in: M. Lutz-Bachmann/B. Schlegelberger (Hrsg.), *Freiheit und Verantwortung – ethisch handeln in den Krisen der Gegenwart*, Berlin 1991.

<sup>38</sup>) Vgl. ders., *Einführung in die christliche Umweltethik* (i. E.).

## **Arthur Kaufmann: Die Naturrechtsdiskussion in der Rechts- und Staatsphilosophie der Nachkriegszeit**

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 33/91, S. 3–17

Die „Naturrechtsrenaissance“ der ersten Nachkriegsjahre, entstanden aus der durch die Diktatur verursachten Rechtsnot, war eine Episode. Es gibt kein Zurück mehr hinter Kants Kritizismus. Aber auch der darauf folgende Neopositivismus, der den Rechtsbegriff von jedem inhaltlichen Richtigkeitskriterium löst und deshalb auch einem formell korrekt erzeugten unsittlichen Gesetz, einer *lex corrupta*, Rechtsqualität zuerkennt, ist keine Antwort auf die uns heute aufgegebenen Probleme. Wir müssen einen „dritten Weg“ suchen, jenseits von Naturrecht und Positivismus.

Erste Ansätze in dieser Richtung finden sich in der Rechtsphilosophie von Gustav Radbruch. Er bestimmt den Rechtsbegriff weder – wie die Naturrechtslehre – von einem absoluten Wert (Gerechtigkeit) her, noch wertfrei – wie der Positivismus, sondern wertbezogen und damit nicht rein formal, sondern inhaltlich, freilich um den Preis des wertphilosophischen Relativismus. Die Frage, die Radbruch nicht oder jedenfalls nur andeutungsweise (in seiner späten Lehre von der „Natur der Sache“) beantwortet hat, ist die nach einem „Unverfügbaren“ („Ontologischen“) im Recht.

Der Verfasser setzt sich zum einen von der absolutistischen, starren Substanzontologie ebenso ab wie vom Funktionalismus, bei dem alles zerfließt und fungibel wird. Vielmehr begründet er das Recht im Relationalen, ist doch Recht weder Substanz noch bloße Funktion, sondern Beziehung: Recht ist das Ensemble der Beziehungen der Menschen zueinander und zu den Dingen. Und da die Ur-Relation die „Person“ ist, mündet dieser Ansatz in eine „Personale Rechtstheorie“. Ist das Recht danach prozeßhaft und geschichtlich, also Ereignis, so ist es doch fundiert in einem Unverfügbaren, in der Personalität des Menschen. Denn „Person“ ist das Wie und Was, Subjekt und Objekt, Aufgabe und Aufgegebenes des Rechtsfindungsprozesses.

## **Joachim Detjen: Naturrecht in der pluralistischen Demokratie?**

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 33/91, S. 19–30

Naturrecht und Pluralismus gelten weithin als Gegensätze, und zwar nicht nur deshalb, weil das Naturrecht dem alteuropäischen Denken entstammt und der Pluralismus auf die Aufklärung und den Liberalismus zurückgeht. Naturrecht bedeutet Vor- und Aufgegebenheit von sittlichen Rechtsprinzipien, deren Verwirklichung im positiven Recht Legitimität begründet. Der Pluralismus dagegen postuliert Autonomie und Selbstbestimmung und hält nur diejenigen Normen für legitimiert, die aus dem freien Willen der Menschen hervorgegangen sind.

Eine Analyse des Pluralismus zeigt, wie sehr dieses Prinzip zur Vielfalt und zur Auflösung verbindlicher Normen neigt. Dennoch ist Pluralismus nicht mit Anarchie und Chaos zu verwechseln. Der demokratische Verfassungsstaat bindet die Pluralität unter größtmöglicher Respektierung der individuellen Freiheitsräume in eine Rechtsordnung ein. Darüber hinaus muß im Ethos der Gesellschaft ein Bewußtsein von der Verpflichtungskraft humaner Grundwerte vorhanden sein. Die Grundwerte verweisen auf die prinzipielle Alternative zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus. Entweder sind sie im Person-Sein des Menschen grundgelegt, oder sie sind Ergebnis eines Konsenses.

Die Vielfalt der Naturrechtslehren macht es notwendig, nach der geeigneten Konzeption zu fragen. Das Aufklärungsnaturrecht ist rechtsgeschichtlich zwar äußerst fruchtbar gewesen, es führt aber zum Autonomismus und damit zur Emanzipation von aller naturrechtlichen Verpflichtung. Das klassische Naturrecht hält demgegenüber an der Vorstellung eines universal verpflichtenden Gesetzes fest, das dem Willen ein an der menschlichen Natur orientiertes Maß vorgibt. Dieses Naturrecht ist allerdings ohne metaphysisch-theologische Denkbemühung nicht zu haben und sieht sich damit dem Dogmatismus-Vorwurf ausgesetzt.

## **Wolfgang Waldstein: Zur Frage des Naturrechts im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention**

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 33/91, S. 31–37

Die Frage nach dem Naturrechtsgehalt im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention ist durch die heute wieder vorherrschende Kritik am Naturrecht belastet. Mit einer genauen Überprüfung der Einwände läßt sich jedoch dartun, daß diese von unrichtigen oder nicht beweisbaren Voraussetzungen ausgehen. In aller Regel wird die Rechtsentwicklung seit der Antike, vor allem die des Römischen Rechts, von den Kritikern nicht berücksichtigt. Im Römischen Recht, das zur Grundlage aller europäischen Rechtsordnungen geworden ist, war auch das Naturrecht konkret zur Geltung gekommen.

Die Bemühungen nach dem Zweiten Weltkrieg, im Grundgesetz (GG) und in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ (Art. 1 Abs. 2 GG) zu verankern, gingen von dem Bewußtsein aus, daß die Grundrechte „auf vorstaatlichen, naturgegebenen Rechten beruhen“. Auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat erklärt, daß es „die Existenz überpositiven, auch den Verfassungsgesetzgeber bindenden Rechtes anerkenne (...) und zuständig sei, das gesetzte Recht daran zu messen“.

Zahlreiche Untersuchungen zum Naturrechtsgehalt der einzelnen Grundrechte haben bereits mehrfach deren naturrechtliche Elemente herausgestellt. Im vorliegenden Beitrag kann jedoch nur auf jenes Grundrecht eingegangen werden, das die Voraussetzung aller anderen ist, nämlich „das Recht auf Leben“ (Art. 2 Abs. 2 GG). Dieses Recht ist gegenwärtig sowohl in der Bundesrepublik als auch in anderen demokratischen Staaten bereits verletzt worden und bleibt auch weiterhin gefährdet. Zu seiner Sicherung ist die Neubesinnung auf seine naturrechtliche Grundlage dringend nötig.

## **Bernhard Irrgang: Naturrechtliche Begründung der Umweltethik?**

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 33/91, S. 39–46

Die Wiederentdeckung der Natur in den Umweltethiken brachte eine Wiederbelebung naturrechtlicher Konzeptionen mit sich. Dies ist nicht unproblematisch. Denn in der Philosophiegeschichte traten unterschiedliche, zum Teil methodisch fragwürdige Formen von Naturrecht auf. Viele von ihnen unterliegen dem Verdacht, naturalistische oder metaphysische Fehlschlüsse zu sein.

Robert Spaemann vertritt eine naturrechtliche Konzeption naturalistischer und metaphysischer Art. Beat Sitter versucht, ein neues Naturrechtsdenken in die Umweltethik einzuführen, das ein Eigenrecht der Natur begründen soll. An diese These knüpft Meyer-Abichs Konzept einer „Rechtsgemeinschaft der Natur“ an. Entscheidend sei die naturgeschichtliche Verwandtschaft zwischen Mensch und Tier. Sie wird als Gleichheit in basalen Bedürfnissen ausgelegt. Aber die Konzeption von Eigenrechten der Natur läßt sich ethisch nicht begründen, auch wenn sie Behauptungen im Sinne eines neuen Naturrechtsdenkens aufstellt. Deutlich wird das methodische Defizit naturrechtlicher Behauptungen bei der Diskussion der Sein-Sollens-Unterscheidung David Humes und des naturalistischen wie metaphysischen Fehlschlusses bei George Edward Moore.

Als klassischer Vertreter des Naturrechtes gilt Thomas von Aquin. Doch durch seine Identifikation der Vernunft mit der menschlichen Natur läuft seine Konzeption auf eine personale Ethik hinaus. Diese paßt sehr gut zu seiner häufig ignorierten handlungstheoretisch begründeten Ethik. Allerdings liegen im Begriff der „*inclinationes naturales*“ (natürliche Veranlagungen) noch Ansatzpunkte für eine naturalistisch interpretierte Naturrechtskonzeption vor. Mit den Ansätzen Humes und Moores läßt sich jedoch bei Thomas interpretativ ein Ethik-Konzept entdecken, das auch Grundlage einer Umweltethik werden kann. Sie ist personalistisch-handlungstheoretischer Art und mündet in eine Ethik des Diskurses. In diesen gehen empirische Aussagen ein. Leitend für die Umweltethik wird ein abgestufter Gleichheitsgrundsatz als Gerechtigkeitsprinzip, nach dem als Betroffene von menschlichen Handlungen auch Tiere und die Natur berücksichtigt werden müssen.