

## Der politische Moment der Rechtsphilosophie

Matthias Mahlmann\*

A. Raue Zeiten .....	181	III. Legitimationsaufgaben .....	201
I. Krise und Rechtsphilosophie .....	181	IV. Ethik .....	201
II. Verdienter Sieg einer Idee? .....	183	1. Empirische Moral und reflexive Ethik .....	201
1. Selbstvertrauen und Skepsis – Die Grundlagen des Verfassungsstaates .....	183	2. Kriterien der Rechtfertigung .....	203
2. Völkerrecht und das Erbe des Konstitutionalismus .....	186	3. Moral und Theorie des Geistes .....	206
3. Fade Utopien der Enttäuschungen? .....	189	4. Bedingungen der Kulturfähigkeit .....	208
III. Angriff auf Verfassungsstaat und internationale Ordnung .....	191	V. Recht und Moral .....	210
IV. Realprobleme .....	193	1. Rechtsanalyse und normative Theorie .....	210
V. Was auf dem Spiel steht .....	195	2. Normative Theorie und philosophische Anthropologie .....	212
B. Die politische Aufgabe der Rechtsphilosophie .....	196	VI. Intellektuelle Lage .....	216
I. Struktur und Mentalität .....	196	C. Das zivilisatorische Geschäft der Rechtsphilosophie .....	219
II. Rechtsphilosophie und Kritik .....	199		

*Die Rechtsphilosophie hat ein weites Beschäftigungsfeld. Sie behandelt analytische Fragen, die das Recht und seine Grundlagen aufwerfen, sucht immer wieder ideengeschichtliche Orientierung und Inspiration und versucht, substantielle normative Aussagen kritisch zu durchdenken, um die Grundelemente einer legitimen Rechtsordnung zu bestimmen. Ein wichtiges Produkt der politischen Geschichte, aber auch der rechtsphilosophischen Reflexion ist der demokratische Verfassungsstaat, der in eine internationale Ordnung eingebettet ist, die ebenso wie er selbst Menschenrechten verpflichtet ist. Diese spezifische Ordnung, unvollkommen, wie sie verwirklicht ist, wird in der Gegenwart von verschiedenen politischen Kräften angegriffen, die wesentliche Errungenschaften der politischen Kämpfe der Moderne um Würde, Freiheit, Gleichberechtigung und mitmenschliche Solidarität bedrohen. In dieser Lage kann die Rechtsphilosophie einen wichtigen Beitrag leisten, mit den Mitteln der Theorie Grundbedingungen menschlicher Rechtszivilisation zu verteidigen. Im Licht dieser Herausforderung zeigt die Rechtsphilosophie ihre eigentliche Bedeutung, Schwierigkeit und Gestalt.*

### A. Raue Zeiten

#### I. Krise und Rechtsphilosophie

Die Gegenwart ist eine Zeit der Krise. Dabei handelt es sich nicht nur um ökonomische oder politische Einzelprobleme, die zum politischen Alltag menschlicher

\* Professor Dr. Matthias Mahlmann lehrt Philosophie und Theorie des Rechts, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich.

Gesellschaften gehören. Es handelt sich vielmehr um eine politische Krise ganz anderer und überraschend weitreichender Art. Verschiedene politische Ereignisse und Bewegungen haben sich zu Kräften vereinigt, die die gegenwärtige politische Ordnung, in einzelnen Staaten, in Europa, den USA, und sogar die fragile globale Ordnung insgesamt in einer neuen Weise bedrohen.

Diese Krise, ihre Natur, ihre Gestalt und die Radikalität ihrer plötzlichen Herausforderungen überrascht, weil noch vor wenigen Jahren wesentliche Teile der Staatenwelt und die aus ihr gebildete internationale Gemeinschaft mit ihren Institutionen in einen neuen, langfristig stabil wirkenden politischen Aggregatzustand gefunden zu haben schienen, der höchst unvollkommen war, aber immerhin einen Rahmen bilden konnte, die bedeutenden Herausforderungen, die sich einzelnen menschlichen Gesellschaften und der Menschheit insgesamt stellen, anzugehen – von der gerechteren Verteilung von Lebenschancen bis zur Sicherung der Überlebensgrundlagen der Menschen. Zudem schienen Leitvorstellungen von Demokratie, Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit sowie Menschenrechten so hinreichend klar formuliert und legitimierungstheoretisch abgesichert worden zu sein, dass sie Fluchtpunkte für Entwicklungen auch in den durchaus zahlreichen Staaten zu bilden geeignet waren, in denen autoritäre Regime herrschten, ohne solche Entwicklungen – anders als in zukunftsfrohen Teleologien immer wieder gedacht – allerdings garantieren zu können.

Die Herausforderungen sind damit von solch weitreichender Art, dass man dringend nötige tagespolitische Siege nur erzielen kann, wenn man sich nicht in den engen Horizonten der Tagespolitik verliert. Die gegenwärtigen politischen Existenzprobleme werden nur gelöst werden, wenn grundsätzliche Fragen zur gerechtfertigten Struktur menschlichen Zusammenlebens, nicht zuletzt bestimmt durch Recht, beantwortet werden und zwar so, dass hinlänglich viele, jetzt zweifelnde Menschen aufs Neue und so nachdrücklich überzeugt werden, dass sie etwas für die bleibende Humanität menschlicher Zivilisation zu tun bereit sind.

Das ist eine weitreichende politische und kulturelle Aufgabe, die nur durch die Anstrengungen vieler Menschen angegangen werden kann, zu der aber auch rechtsphilosophische Überlegungen ihren Beitrag leisten können. Diese Krise der modernen Welt wird ohne Nachdenken über die Grundlagen von Recht, seine Struktur, Herkunft, Funktionen und seine legitimen Inhalte nicht bewältigt werden. Im beißenden Licht dieser Krise zeigt die rechtsphilosophische Reflexion deshalb ihre eigentliche Bedeutung, Schwierigkeit und Gestalt.

Das hat verschiedene Konsequenzen, auch für die Diskussion um die wissenschaftlichen Strukturen, die der rechtsphilosophischen Reflexion dienen, sie letztendlich wesentlich tragen und ihr eine Zukunft verschaffen. Auch wenn man keine Nei-

gung verspürt, die Bedeutung dieser Fragen zu übertreiben, kann festgehalten werden: Ohne Bewusstsein, vor welchem konkreten politischen und kulturellen Hintergrund sich diese Debatten vollziehen, wird das, worum es auch in diesem besonderen Bereich geht, womöglich zu klein gedacht werden.<sup>1</sup>

Um den näheren Gehalt dieser These und was sie konkret impliziert deutlich zu machen, sollen folgende Schritte unternommen werden. Zuerst wird zu umreißen versucht, was in der gegenwärtigen politischen Krisensituation eigentlich rechtsprinzipiell auf dem Spiel steht. Dann wird genauer dargelegt, welchen Beitrag die rechtsphilosophische Reflexion leisten kann, um die damit aufgeworfenen Fragen zu beantworten. Überzeugende Antworten haben, so soll argumentiert werden, eine analytische, ideengeschichtliche, rechtsepistemologische, rechtsontologische und legitimationstheoretische Seite. Wie solche Antworten aussehen könnten, wird dann umrisshaft skizziert werden. Aus diesen Befunden wird die unbequeme Schlussfolgerung gewonnen, dass es keine guten Gründe gibt, sich um die Aufgabe herumzudrücken, sich mit Leidenschaft und hinlänglich viel Mut an die Verteidigung der erkämpften Grundordnung menschlichen Zusammenlebens zu machen, die im Augenblick in ihren Fundamenten bedroht ist. Diese Ordnung ist unvollkommen und nicht das letzte Wort der Geschichte. Sie lässt viele ethisch und politisch bedeutsame Fragen unbeantwortet.<sup>2</sup> Sie ist aber immerhin ein wesentlicher Schritt hin zu einer politisch-rechtlichen Gesellschaftsform, in der der Respekt vor der Verletzlichkeit der Menschen auf ihrem schwierigen und je unersetzbaren Weg durch das „bunte Lotto des Lebens“,<sup>3</sup> vor ihrem Freiheitsverlangen, vor ihren berechtigten Gleichheitsansprüchen und vor ihrer Würde im Recht einen Sitz im Leben gewinnt.

## II. Verdienter Sieg einer Idee?

### 1. Selbstvertrauen und Skepsis – Die Grundlagen des Verfassungsstaates

1989 bildete eine Zäsur der europäischen Nachkriegsgeschichte und einen Einschnitt in der globalen Geschichte insgesamt. Ein wesentlicher Aspekt war neben dem Wegfallen totalitärer staatssozialistischer Systeme das Durchsetzen eines be-

1 Der *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, Köln 2012, hat in einem weiteren Zusammenhang für einen Begriff umfassend verstandener „juristischer Bildung“ argumentiert. Zur gesellschaftlichen Funktion der Rechtswissenschaft hält er fest: „Die Stabilität und Weiterentwicklung der gesellschaftlichen Ordnung setzt die wissenschaftliche Reflexion und Kritik ihrer rechtlichen Fundamente voraus. Die Legitimität des Rechts ist ein sozialer Stabilitätsfaktor. Wie die Demokratie vom lebendigen Streit, vom Konflikt und vom geordneten Austrag von Dissens belebt wird, so sehr lebt sie von der ständigen Selbstvergewisserung ihrer Bürgerinnen und Bürger über die Leitideen und Ziele ihres sozialen und politischen Handelns“, ebd. S. 34. Es sei hier klarstellend angemerkt, dass der Autor Mitglied der Arbeitsgruppe war, die diese Empfehlungen formuliert hat.

2 Der Begriff „ethisch“ wird auch als Bezeichnung eines gelungenen Lebens verwandt. Hier wird „Ethik“ oder „ethisch“ dagegen durchgehend als Bezeichnung einer reflektierten Moral gebraucht.

3 F. Schiller, Die Räuber, in: F. Schiller, Sämtliche Werke, Erster Band, 8. Aufl., München 1987, S. 560.

stimmten politischen Ordnungsmodelles, nämlich des Ordnungsmodelles des demokratischen Verfassungsstaates, der in eine internationale Ordnung der Koordination gleichberechtigter einzelstaatlicher Interessen eingebunden und durch die Bindung an Grundrechte gekennzeichnet ist, die auch – jedenfalls als normative Leitidee – das Zentrum der internationalen Ordnung bilden. Dieser Verfassungsstaat formt den Rahmen für die Gestaltung der einzelnen Rechtsgebiete, wie Privatrecht, Strafrecht und Verwaltungsrecht, deren Strukturen grundsätzlich den verfassungsstaatlichen Leitideen, insbesondere den Grundrechten, verpflichtet sind und sie bereichsspezifisch mit rechtlichem Leben erfüllen. Seine Ordnung wird ergänzt durch ein Völkerrecht, das unter keinem anderen legitimationstheoretischen Stern geboren wurde als er selbst.<sup>4</sup>

Diese Entwicklung konnte man für den zwar sicher nicht letzten,<sup>5</sup> aber doch bedeutungsvollen Schritt zu einer weltbürgerlichen Ordnung des Rechts halten, deren Ziel in letzter Instanz darin besteht, mit der Achtung vor dem gleichen Wert der Menschen durch Normen und Institutionen wirklich ernst zu machen.

Den Legitimationskern dieses politischen Ordnungsmodells formen nicht bloße Erwägungen instrumenteller Rationalität, etwa der effizienten Gesellschaftsorganisation, obwohl auch diese durchaus von Bedeutung sein können. In einer Völkerrechtsordnung eingebundene Verfassungsstaatlichkeit bildet nicht nur ein beliebiges Koordinationsreglement politischer Organisation. Der Kern des politischen Konstitutionalismus, die Wurzel seiner moralischen Sprengkraft, die bis in die Gegenwart viele mutige politische Bewegungen und sogar Revolutionen motivierte, ist vielmehr ein bestimmtes Ensemble fundamentaler normativer Prinzipien, die, wenn man die Geschichte der politischen Selbstbefreiungsversuche einmal trotz aller Verzerrungen als klarsten Spiegel der tiefsten politischen Hoffnungen der Menschen nehmen darf, zu dem gehören, was Menschen moralisch zu Menschen macht.

Dazu zählt insbesondere, der Autonomie und dem Wert des Menschen, der in der Gegenwart auf den Rechtsbegriff der Würde gebracht wurde, nach einer politischen Geschichte, die ganz anderen Göttern huldigte, endlich einmal den Respekt zu zollen, den sie verdienen. Da dieser Wert allen Menschen in gleicher Weise zukommt, verwirklicht nur eine Ordnung, die diesen Respekt verallgemeinert, ele-

4 Zu der Verschränkung von kosmopolitischen Orientierungen und Verfassungsgebung als Kern des revolutionären Konstitutionalismus, K. Günther, *Geteilte Souveränität, Nation und Rechtsgemeinschaft*, KJ 2016, S. 329: „Mit der Erklärung der Menschenrechte war den Assoziierten bewußt, dass sie mit den Menschenrechten auch zugleich einer universalen oder kosmopolitischen Assoziation angehörten, die sich aber nur unter den überkommenen Bedingungen territorial begrenzter Herrschaft völkerrechtlich souveräner Staaten verwirklichen ließ“.

5 Vgl. zu anderen Einschätzungen in Bezug auf Geschichtsverlauf und Ordnungsmodell F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, New York: Free Press 1992, bei dem „History“ (großgeschrieben) einen definierten normativen Gipfelpunkt besitzt, vgl. ebd. S. Xii.

mentare Prinzipien der Gerechtigkeit. Der Schutz der Möglichkeit des selbstbestimmten, vielfältigen, vergänglichen und deswegen gerade erst recht gleich bedeutungsvollen Lebensvollzugs der Einzelnen wird damit zum letzten und universalen Maßstab individuellen und politischen Handelns erhoben.<sup>6</sup> Das ist eine Forderung der Gerechtigkeit und begründet Gebote der mitmenschlichen Solidarität.<sup>7</sup>

Würde ist ein Begriff, der manche in der Tat nicht leicht zu beantwortende Frage aufwirft, gerade im Recht.<sup>8</sup> Die Konturen dieses Begriffs haben die Schrecken des 20. Jahrhunderts, die Verkörperung der Verachtung von Menschen in Arbeitslagern, Napalmbomben, Folterkammern, Massenvergewaltigungen und, als ihr Inbegriff und letzte Konsequenz, die vielen Wege zum Tod in der nationalsozialistischen Vernichtungspolitik aber hinlänglich deutlich in das menschliche ethische Bewusstsein gebrannt – wenn man denn die Augen vor bestimmten Lehren nicht verschließen will und keine Lust zum Zweifel hat, wo der Zweifel obszön wird. Es darf deshalb bereits als beunruhigendes Symptom verstanden werden, wenn in Teilen der Gegenwartsreflexion dieser Begriff mit einem bestimmten, manchmal schon hochnäsigen Achselzucken als gehaltlose Moral- und Rechtslyrik abgetan wird.<sup>9</sup>

Dieses Ordnungsmodell entspringt nicht fernen Sphären weltentrückter Normativität. Weltbürgerlich gemeinte Verfassungsstaatlichkeit lässt sich nur begründen, wenn ihre Theorie den festen Boden menschlicher und politischer Realitäten unter den Füßen hat. Denn ihr unterliegt eine bestimmte, sehr gehaltvolle und ganz und gar nicht selbstverständliche oder alternativlose Vorstellung des Charakters menschlicher Existenz. Zwei Dinge sind besonders hervorzuheben: Sie verkörpert erstens ein beträchtliches Maß an Vertrauen der Menschen in sich selbst, in ihre

6 Das ist der Kern der materialen Fassung des kategorischen Imperativs „Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst“, *I. Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: *I. Kant*, Gesammelte Schriften, Akademie Ausgabe, Bd. IV, Berlin 1911, S. 385 (429). Es ist kein Zufall, dass diese Idee in verschiedenen Formen, explizit und implizit, zu einem Leitprinzip der internationalen Konkretisierung von Menschenwürdegarantien geworden ist, vgl. zur rechtlichen Rekonstruktion *M. Mahlmann*, Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders, in: *M. Rosenfeld/A. Sajó* (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, S. 370. Zu Würde als „Grund der Kritik“ *R. Forst*, Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse, Frankfurt/M 2011, S. 119 ff.

7 Man kann den Kern der kantischen praktischen Philosophie nicht erfassen, wenn man die Verbindung der verschiedenen Fassungen des kategorischen Imperativs und der in ihnen verkörperten komplexen moralischen Ideen mit dem einzigen Tugendgebot unbedacht lässt, das darin bestehe, die Glückseligkeit anderer zu befördern, vgl. *I. Kant*, Die Metaphysik der Sitten, in: *I. Kant*, Gesammelte Schriften, Akademie Ausgabe, Bd. VI, Berlin 1911, S. 204 (385).

8 Vgl. zur Gegenwartsdebatte *C. McCrudden*, Introduction, in: *C. McCrudden* (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford: Oxford University Press/The British Academy 2013, S. 1; *M. Mahlmann*, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, Baden-Baden 2008; *Mahlmann*, Dignity and Autonomy (Fn. 6), S. 370 ff.; *M. Mahlmann*, The Good Sense of Dignity – Six Antidotes against Dignity Fatigue in Ethics and Law, in: *C. McCrudden* (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford: Oxford University Press/The British Academy 2013, S. 593.

9 Vgl. zu einer Kritik dieses Würdeskeptizismus *Mahlmann*, The Good Sense of Dignity (Fn. 8), S. 593 ff.

Fähigkeit zu selbstbestimmter und dabei vernünftiger Entscheidungsfindung. Dieses Selbstvertrauen, zur Autonomie befähigt zu sein, drückt sich in der demokratischen Strukturierung der Verfassungsidee konkret aus: Sich autonome Selbstbestimmung, organisiert in der Demokratie, zuzutrauen, ist ein Kompliment, das sich die Menschen durch einen politischen Existenzentwurf selbst machen. Verfassungsstaatlichkeit, die Idee des Konstitutionalismus, verkörpert zweitens gleichzeitig aber auch eine skeptische, vorsichtige Haltung der Menschen gegenüber sich selbst, naheliegend gemacht durch viele Erfahrungen in der Geschichte, die darüber aufgeklärt haben, dass es kluger und weitsichtiger Sicherungen bedarf, um Menschen davon abzuhalten, sich selbst in immer neuen und phantasievollen Formen das kurze Leben zu verderben und, häufig, schlicht zu nehmen. Ein Verfassungsstaat mit weltbürgerlichem Gewissen ist die politische Institutionalisierung dieses skeptischen Selbstvertrauens der Menschen. In ihm zeigen die Menschen, dass sie trotz allem noch an sich selbst glauben, es aber für nötig halten, sich weiter bei allem, was sie tun, sehr genau auf die Finger zu schauen.

Die Staatenwelt hat in den letzten Jahrzehnten in Zentral- und Osteuropa, in Südafrika oder in Südamerika nach dem Abschütteln einer Diktatur wie in Chile bei der Staatsstrukturierung an diese Idee angeknüpft. Selbstverständlich entspricht aber der politische Alltag keineswegs dieser Idee des Schutzes von Autonomie, Gleichheit, Freiheit und Würde im Rahmen von international eingebundener Verfassungsstaatlichkeit. Im Gegenteil, die politische Wirklichkeit ist häufig weit von dieser Leitvorstellung entfernt. Legitimationstheoretisch hat aber seit 1989 diese Idee keine ernstzunehmenden Konkurrenten. Das illustrieren sogar autokratische Herrschaften wie in Russland, die, zumindest bisher, auf eine verfassungsstaatliche Fassade nicht verzichten können.

## 2. Völkerrecht und das Erbe des Konstitutionalismus

Das Völkerrecht war ohne Zweifel lange Zeit ein Instrument zur Durchsetzung von Machtinteressen einer kleinen, beherrschenden Gruppe von Staaten in Europa und Nordamerika.<sup>10</sup> Wesentliche Institutionen der gegenwärtigen Völkerrechtsordnung spiegeln diese Vergangenheit auch in der Gegenwart wider, etwa die Struktur des UN-Sicherheitsrates. Auch die internationale Ordnung ist dennoch in wichtigen Hinsichten zumindest dem normativen Anspruch nach zunehmend an den Grundprinzipien orientiert, die die Kernideen des politischen Projekts des Konstitutionalismus bilden. Dabei spielt keine Rolle, ob man die internationale Ordnung

10 Die Bedeutung des Kolonialismus für die Geschichte des Völkerrechts bildet ein naheliegendes Beispiel, vgl. z.B. zur Diskussion A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, New York: Cambridge University Press 2004; M. Craven, *Colonialism and Domination*, in: B. Fassbender/A. Peters (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, S. 862. Zur Reflexion des Kolonialismus in der Völkerrechtswissenschaft vgl. M. Koskienniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge: Cambridge University Press 2002, S. 98 ff.

als Verfassung bezeichnen mag oder von dieser Begrifflichkeit zurückweicht.<sup>11</sup> Zentral ist vielmehr, dass sich die normativen Ziele, die mit Verfassungsstaatlichkeit verwirklicht werden sollen, auch auf der internationalen Ebene wiederfinden. Dafür gibt es zumindest einige Hinweise.

Von offensichtlicher Bedeutung ist die Entwicklung der internationalen Menschenrechtsordnung. In ihr wird der Schutz der Würde der Menschen zum Kernanliegen der internationalen Rechtszivilisation erhoben. Durch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und die internationalen Menschenrechtspakte ist das Völkerrecht auf die Verwirklichung dieser Rechte ausgerichtet worden, um die es im Projekt des politischen Konstitutionalismus letztendlich geht. Aufgrund dieser Entwicklungen werden Individuen auch als Völkerrechtssubjekte anerkannt.<sup>12</sup>

Die internationale Ordnung ist weiter vom Grundprinzip des Völkerrechts der gleichen Souveränität von Staaten geprägt. Dies wird als Kern des westfälischen Systems aufgefasst. Dieses Rechtsprinzip spiegelte lange Zeit einen Begriff von Völkerrecht wider, in dem Staaten ihren Herrschaftsanspruch gegeneinander abschirmten und in dem die Rechte von einzelnen Menschen höchstens, wenn überhaupt, als Reflex von Rechten der Staaten eine Rolle spielten. Dennoch hat auch dieses Rechtsprinzip einen wichtigen verteidigungsfähigen Kern: Jenseits der Bewahrung staatlicher Machtsphären kann man es als Ausdruck des Respekts vor dem Recht politischer Gemeinschaften verstehen, eigene Wege zu gehen und damit vor den Entscheidungen der Individuen, die diese Gemeinschaften bilden, und die in demokratischen Ordnungen über die eingeschlagene politische Richtung entscheiden. Der Schutz von Souveränität ist in ihrem rechtfertigbaren Kern als demokratische Selbstbestimmung deswegen ein Schutz menschlicher individueller politischer Autonomie. Wie eine internationale Friedensordnung mit ihrer offensichtlichen Bedeutung für die Rechte der Menschen ohne diese Prinzipien erhalten werden kann, ist im Übrigen nicht ersichtlich, welche konkreten Souveränitätsbeschränkungen man auch legitimieren kann, etwa in Fällen schwerwiegender Menschenrechtsverletzungen, und welche Hoffnungen man auch hegen mag, bestimmte einzelstaatliche Gewaltordnungen langfristig zu überwinden.

11 Vgl. dazu etwa J. Klabbers/A. Peters/G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, expanded ed., Oxford: Oxford University Press 2011; O. Diggelmann/T. Altwicker, *Is There Something Like a Constitution of International Law?*, ZaöRV 2008, S. 623; A. Tschentscher, *Verfassung im Völkerrecht – Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates?*, VVDStRL 2016, S. 407; H. Krieger, *Verfassung im Völkerrecht – Konstitutionelle Elemente jenseits des Staates?*, VVDStRL 2016, S. 439.

12 Das Völkerrecht wird so zu einem Recht der Weltbevölkerung, in der treffenden Terminologie von P. Kunig, *Das Völkerrecht als Recht der Weltbevölkerung*, AVR 2003, S. 327. Zur Völkerrechtssubjektivität auch jenseits von Menschenrechten, A. Peters, *Jenseits der Menschenrechte: Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, Tübingen 2014.



Souveränität als Rechtsbegriff kann notwendig nicht schrankenlos sein.<sup>13</sup> In der internationalen Ordnung geht es deshalb um die Schaffung eines allgemeinen rechtlichen Rahmens, in dem die Selbstbestimmung politischer Gemeinschaften sich gleichberechtigt vollziehen kann und der sich, wie angedeutet, an grundlegenden Rechtsprinzipien, nicht zuletzt, wenn auch nicht nur, an Menschenrechten zu orientieren hat – vom Kriegsvölkerrecht über die Staatenverantwortung, das internationale Wirtschafts- und Umweltrecht bis zum Umgang mit Flüchtlingen und Migrationsbewegungen.

Die Aufgabe, die sich in Anbetracht dieser Lage bis vor kurzem zu stellen schien, bestand in der fortschreitenden Institutionalisierung dieser normativen Leitideen und darin, politisch sicherzustellen, dass diese Ziele auch tatsächlich allmählich, wie annäherungsweise auch immer, zu einem prägenden Teil der Wirklichkeit würden. Ein Beispiel dafür bildet der Versuch, eine internationale Strafgerichtsbarkeit zu etablieren, die menschliches Handeln, auch Regierungshandeln auf internationaler Ebene, wesentlichen Prinzipien rechtsstaatlicher Verhaltenskontrolle unterwirft. Ein anderes Beispiel ist das Schließen von Lücken im Schutz von Menschenrechten, etwa durch jüngere Konventionen wie die Kinderrechtskonvention<sup>14</sup> oder die Konvention zum Schutz von Menschen mit Behinderungen.<sup>15</sup> Als letztes Beispiel kann das vielfältige zivilgesellschaftliche Engagement von Menschen, als Individuen oder organisiert etwa in NGOs, dienen, das darauf gerichtet ist, sich von unten her, aus dem Alltag heraus an etwas anzunähern, was es in der Menschheitsgeschichte noch nie gab und vielleicht nie geben wird: einer einigermaßen menschenrechtsgeprägten Lebenswelt aller sich doch in den letzten Jahrzehnten – ob sie es bemerkt haben oder nicht – recht nah gerückten Menschen auf dieser Erde.

Es darf erneut betont werden, dass die politischen Realitäten der internationalen Ordnung, nicht anders als auf einzelstaatlicher Ebene, sicher nicht durch diese normativen Leitvorstellungen allein oder auch nur überwiegend geprägt werden. Es geht beim Festhalten dieser normativen Ideen nicht um das Weißwaschen der politischen Vergangenheit. Im Gegenteil, Ereignisse wie die Kriege in Algerien oder Vietnam, die Invasion Afghanistans durch die Sowjetunion mit ihren katastrophalen Folgen, das Apartheidregime in Südafrika und die internationale Unterstüt-

13 Alles andere wäre, in Kelsens Formulierung, nichts als ein reiner „Machtstandpunkt“, vgl. *H. Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen 1928, S. 307 (320). Damit wird eine traditionelle Auffassung von Souveränität wiedergeben, auch im Staatsrecht, vgl. z.B. *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1914, Nachdruck 1959, S. 483 f.: „Ausnahmslose Gleichstellung von Souveränität mit voller Rechtsmacht über die Kompetenz ist aber unzutreffend. An der Anerkennung der Einzelpersönlichkeit hat unter allen Umständen staatliche Kompetenzerweiterung ihre Grenze“.

14 UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, S. 3.

15 UN General Assembly, Convention on the Rights of Persons with Disabilities: resolution / adopted by the General Assembly, 24 January 2007, A/RES/61/106.



zung, die dieses Regime auch unter westlichen Demokratien lange und nachhaltig genoss, oder der Umsturz in Chile, auch hier unter aktiver Beteiligung wichtiger politischer Mächte der westlichen Welt, sollten vielleicht sogar nachdrücklicher erinnert werden, als es tatsächlich der Fall ist.

Dafür gibt es mindestens zwei Gründe: Erstens illustrieren diese Fälle, welche Fortschritte immerhin erreicht wurden. Es gibt jedenfalls Anzeichen, dass bestimmte Arten von Machtpolitik nicht mehr ohne weiteres möglich sind. Kriege mit Folgen für die Zivilbevölkerung wie in Algerien oder in Vietnam scheinen politisch nicht mehr geführt werden zu können, wie auch bestimmte politische Interventionen wie etwa die aktive Beteiligung der USA beim Umsturz der Allende-Regierung in Chile undenkbar geworden zu sein scheinen. Zweitens kann man diese Geschichte daran erinnern, wie die internationalen Beziehungen vor noch nicht allzu langer Zeit gestaltet waren, was zumindest die beunruhigende Frage aufwirft, ob der Weg zurück zu diesen Zuständen nicht schneller zurückgelegt werden kann, als einem lieb sein kann. Ein drastisches Beispiel für solche Entwicklungen bildet der Krieg im Irak im Jahr 2003, der Krieg in der Ukraine oder die internationale Machtpolitik, die Syrien und mit diesem Land die Friedensperspektiven einer Region zerstört.

### 3. Fade Utopien der Enttäuschten?

Die Idee eines demokratischen Verfassungsstaats, der an Grundrechten orientiert ist, die auch die internationale Ordnung, in der er eingebunden ist, zumindest zu einem wichtigen Teil bestimmen, verkörpert wichtige institutionelle, nicht zuletzt rechtliche Konsequenzen aus bestimmten Leitideen menschlicher Ethik. Diese Ordnung liefert aber nicht schon die Lösung aller Menschheitsprobleme, deren grundlegendste ja noch auf eine Antwort warten, wie etwa vermeidbare Armut oder Krankheit und die dauerhafte, unumkehrbare Zerstörung der Lebensgrundlagen der Menschen auf dieser Erde, und, durchaus kein naturromantischer Kitsch, anderer kleiner oder größerer naturgeschichtlicher Wunder auf diesem doch recht bemerkenswerten, vielleicht sogar völlig einzigartigen, eine begrenzte Zeitspanne durchs All trudelnden Planeten.

Die Verteidigung einer solchen Ordnung bildet keine beklagenswert resignierte Vorstellung verbleibender politischer Möglichkeiten eines müde und fad gewordenen Denkens. Sie formuliert keine verlogene Apologie einer schlechten Wirklichkeit. Sie ist kein Abgesang des Politischen durch seine in die Sackgasse führende Ersetzung durch Menschenrechte oder Verfassungsstaatlichkeit als letzter noch denkbarer Horizont menschlichen politischen Sehns. <sup>16</sup> Sie ist keine hohle Apotheose eines grauen und banalen politisch-rechtlichen Alltags, kein bloßer Asche-

16 Zur Kritik, dass Menschenrechte die Politik depolitisierten, vgl. z.B. S. Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 2012.

haufen größerer Ideen und Hoffnungen, in dem nicht einmal mehr eine Spur Glut eines utopischen Feuers glimmt.

Solche Kritiken missverstehen das skeptische politische Projekt eines weltbürgerlich angelegten Verfassungsstaates und einer an Menschenrechten orientierten internationalen Ordnung von Grund auf. Dieses Projekt bezweckt etwas Bescheidenes, das aber in Anbetracht der vielen schauderhaften Züge menschlicher Geschichte sehr anspruchsvoll ist. Es geht um die Annäherung an legitime Mindestbedingungen eines zivilisierten Ordnungsrahmens, in dem die mannigfaltigen Probleme angegangen werden können, die sich menschlichen Gesellschaften stellen, und – es gibt ja nicht nur derartige Probleme – die Suche nach einem guten, ja nicht nur hin und wieder sogar glücklichen und dabei doch anständigen Leben sich vollziehen kann.

Die Bedeutung dieser Funktion als Mindestrahmen für politische Ordnungen erschließt sich nur, wenn man wesentliche Lehren der politischen Geschichte im Blick behält. Eine Konsequenz aus der Geschichte besteht darin, dass politische Ordnungen verhindert werden müssen, in denen Menschen, ihre Leben, ihre Freiheit und die ihnen mit ihrer Existenz geschenkten Möglichkeiten zum Baumaterial für Zwecke benutzt werden, die nicht ihre eigenen sind, sei es zur Verfolgung der Interessen von einzelnen Potentaten oder Oligarchien, sei es zur Verherrlichung von Nationen und Klassen oder im Dienst an der weltlichen Majestät von Religionen, für die die einzelne Person nicht zählt.

Dabei geht es nicht allein um die Übel ferner Zeiten, um Sklaverei, Feudalismus, Religionskriege, Inquisition, Apostatenverfolgung oder Kolonialismus. Im 20. Jahrhundert ist der politische Missbrauch von Menschen vielen ganz leicht von der Hand gegangen. Er wurde selbst von Ideologien verteidigt – und das ist eine der großen Tragödien dieser Epoche –, die behaupteten, ein Reich der Freiheit errichten zu wollen.<sup>17</sup> Der politische kategorische Imperativ, den Wahngelbilde des blutigen, gewalttätigen Nichts wie der Nationalsozialismus<sup>18</sup> oder ideologische Rechtfertigungen der Opferung konkreter Menschen auf dem Altar der Hoffnung auf eine Zukunft jenseits jeder Entfremdung formuliert haben, lautet, Mindestsicherungen zu schaffen, die solchen Missbrauch unmöglich machen. Man kann und muss um alles im politischen Prozess ringen und kämpfen können und nicht nur in einem zimmerlichen Sinn. Man darf aber nicht diese Grundbedingungen beseitigen,

17 Vgl. dazu etwa Bemerkungen von A. Camus, *L'homme révolté*, Paris: Éditions Gallimard 1951, S. 37: „Le vrai drame de la pensée révoltée est alors annoncé. Pour être, l'homme doit se révolter, mais sa révolte doit respecter la limite qu'elle découvre en elle-même et où les hommes, en se rejoignant, commencent d'être. La pensée révoltée ne peut donc se passer de mémoire: elle est une tension perpétuelle. En la suivant dans ses œuvres et dans ses actes, nous aurons à dire, chaque fois, si elle reste fidèle à sa noblesse première ou si, par lassitude et folie, elle l'oublie au contraire, dans une ivresse de tyrannie ou de servitude“.

18 Vgl. dazu Camus, *L'homme révolté* (Fn. 17), S. 227.

die durch Menschenrechte und Grundideen der Demokratie, des Rechtsstaates, der ein Verfassungsstaat ist, und eine internationale Ordnung, die ein friedliches, an den Rechten der Menschen orientiertes Zusammenleben auf einer begrenzten, geteilten Welt ermöglichen, auf den Begriff gebracht worden sind.

Eine nicht versiegende Quelle der unnachgiebigen Entschiedenheit der Verteidigung dieses normativen Rahmens menschlichen Handelns, politisch und auf die unmittelbaren Einzelinteressen bezogen, ist dabei die Trauer über die Opfer all jener vergangenen, gegenwärtigen und zweifellos noch zu erwartenden politischen Irrwege, die diese Leitprinzipien menschlichen Zusammenlebens verletzen – manchmal geboren aus gutem Willen, manchmal aus Selbstsucht, manchmal aus bodenlosem Wahn.

Der Raum der Erinnerung, den die menschliche Geschichte entfaltet hat, ist keine leicht zu ertragende Heimstatt des Denkens und doch nichts, was man je wieder verlassen kann, wenn die Selbstverständlichkeit eines aufrichtigen Anerkennens dessen, was war, zu den eigenen moralischen Lebensgrundlagen gehört. Wem diese menschliche Geschichte unter die Haut gegangen ist, wird mit diesen Mindestbedingungen menschlicher Ordnung nicht spielen, nicht in der Theorie und erst recht nicht im politischen Handeln. In diesem bescheidenen, aber zentral wichtigen Sinn soll diese Idee deshalb im Folgenden verstanden und verteidigt werden.

### III. Angriff auf Verfassungsstaat und internationale Ordnung

In der Gegenwart ist nun auf breiter Front ein offener Angriff auf dieses Ordnungsmodell festzuhalten und zwar in allen seinen Elementen. Vor allem (aber nicht nur) politische Strömungen, die in einer gängig gewordenen Terminologie „rechtspopulistisch“ genannt werden, attackieren die schwierige Idee des Rechts- und Verfassungsstaats.<sup>19</sup> Diese Strömungen sind heterogen, in unterschiedliche politische Kontexte eingebunden und man sollte sich deshalb hüten, sie vorschnell auf einen Nenner zu bringen. Im Sinne einer groben Skizze eines politsoziologischen Idealtyps lassen sich aber einige Tendenzen ausmachen, die für die gegenwärtige Diskussion von Bedeutung sind.

Eine Grundtendenz besteht im Verlangen nach Vereinfachung des politischen Bereichs. Simple und schnelle Lösungen sollen an die Stelle von politischen Antworten treten, die sich an bestimmten normativen Prinzipien orientieren müssen, an rechtliche Regelungen gebunden sind, nicht zuletzt einer Verfassung, und die sich an grundlegenden Maßstäben wie Rechtsgleichheit oder der Verhältnismäßigkeit staatlicher Maßnahmen orientieren. Die institutionelle Gliederung politischer Prozesse und der Ausübung öffentlicher Gewalt wird angegriffen, indem anstelle von

<sup>19</sup> Vgl. zur Diskussion um den changierenden Begriff des „Populismus“ z.B. J.-W. Müller, Was ist Populismus?, Berlin 2016.

Gewaltenteilung und einem System von *checks and balances*, nicht zuletzt auch gerichtlicher Überprüfung der öffentlichen Gewalt, die schnelle Hand der zupackenden Entscheidung treten soll, die sich in einem Tweet zusammenfassen lässt. Die pluralistische demokratische Öffentlichkeit wird angegriffen, womöglich gar als „enemy of the people“.<sup>20</sup> Der politische Nationalismus, der Europa zerrissen hat, wird auf breiter Front legitimiert und als vielversprechendes Ordnungsmodell des Zusammenlebens in der Staatenwelt angesehen. Offen wird für den prinzipiellen Vorrang eigener Interessen gegenüber anderen Gemeinschaften eingetreten, im Glauben, die Machtmittel zur Durchsetzung dieser Interessen zu haben oder in der Hoffnung, gerade die Gemeinschaft zu sein, die in der Auseinandersetzung durch ihre Leistungskraft besteht. Internationale Institutionen werden als illegitime Okkupation von Herrschaftsrechten desavouiert, transnationale rechtliche Strukturen in ihrer Bedeutung relativiert oder mit großer Energie angegriffen.

Demokratische Formen werden nicht als solche kritisiert. Im Gegenteil, zum politischen Arsenal dieser Bewegungen gehört sogar die Stärkung direkter Demokratie, bis anhin außerhalb der Schweiz mit ihrer besonderen Tradition ein Reservat vor allem linksliberaler Strömungen in Europa. Der Angriff auf Demokratie nimmt andere Formen an; im Kern durch die Etablierung einer neuen Form irrational-charismatischer Herrschaft. Die politische Macht wird nicht durch Programme erworben, die sich auf Sachprobleme richten. Die genannten politischen Bewegungen greifen vielmehr Fragen auf, auf die sie Antworten bieten, deren Funktion nicht die Lösung oder jedenfalls Entschärfung der bestehenden Probleme ist, sondern darin besteht, bestimmte politische Gefühle zu bedienen, die sie selbst stärken und fördern.<sup>21</sup> Einzelne Führungspersönlichkeiten treten dabei mit – im weberischen Sinne – Eigenschaften auf, die sie zu irrational-charismatischer Herrschaft befähigen, d.h., sie beanspruchen rein aufgrund der Außerordentlichkeit ihrer eigenen Fähigkeiten, die politischen Probleme bewältigen zu können, an denen der politische Prozess bisher gescheitert ist.<sup>22</sup> Entscheidung, schieres So-Sein-Wollen, dezisionistisches Mit-der-Faust-auf-den-Tisch-hauen, das kernige Dekret ersetzt die schwierigen, wichtigen, aus zivilisatorischer Erfahrung geborenen Verfahren der Auseinandersetzung und nicht zuletzt des Interessenausgleichs, in denen man andere im Kompromiss leben lässt, im besten Fall nicht nur aus Machtkalkül, sondern aus Respekt vor ihrem Recht, dass auch sie sich selbst praktisch bestimmen können.

20 Vgl. zu D. Trumps Äußerung, New York Times, 27.2.2017.

21 Beispiel AFD Strategiepapier, tagesschau.de, 23.1.2017.

22 Vgl. M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Tübingen 1972, S. 124: „Im Fall der charismatischen Herrschaft wird dem charismatisch qualifizierten Führer als solchem kraft persönlichen Vertrauens in Offenbarung, Heldentum oder Vorbildlichkeit im Umkreis der Geltung des Glaubens an dieses sein Charisma gehorcht“.

Dabei werden Grundrechte angegriffen und grundsätzlich oder in Bezug auf bestimmte Gruppen oder Problemstellungen relativiert, etwa von religiösen Minderheiten, Flüchtlingen und neuerdings sogar in Bezug auf die Gleichstellung von Frauen.

Als politische Legitimationsquelle wird auf den wahren Willen des Volkes rekurriert. Das Volk ist in der Realität eine Vielheit von Personen, die in politischen Fragen wechselnde Mehrheiten bilden, die in bestimmten Verfahren Entscheidungen treffen. Wer in Bezug auf die Ehe homosexueller Menschen gleicher Meinung ist, muss es nicht in der Steuerpolitik sein. Diese Meinungen ändern sich im politischen Prozess, die Minderheiten von heute können die Mehrheiten von morgen werden. Die genannten politischen Strömungen imaginieren dagegen das Volk als ungeteilte Einheit, dessen Willen von ihnen allein authentisch ausgedrückt werde.<sup>23</sup> Es handelt sich um eine Art substantieller Repräsentation, die wahrhafter das Wollen des Volkes wiedergebe als formal geregelte Wahl- und Abstimmungsverfahren. Die Forderungen etwa nach Ausschluss von anderen, Protektionismus oder grundrechtsferner, illiberaler Politik verwirklichten allein das wahre Wollen dieses Volkes. An die Stelle der Pluralität von Interessengruppen, die auch keineswegs für alle Themen gleich zusammengesetzt sein müssen, und ihrer differenzierten prozeduralen rechtsstaatlichen Organisation tritt die behauptete Einheit des Willens der Nation, der über jeden moralischen Zweifel erhaben sei. Diese behauptete Einheit kann auch den Ausschluss von Menschen anderer Meinung rechtfertigen, übrigens unabhängig von der Staatsangehörigkeit, weil deren Ansichten dem wahren Willen des Volkes widersprächen und deswegen ihm nicht wirklich zugehören könnten.<sup>24</sup>

#### IV. Realprobleme

Dieser Angriff auf den Verfassungsstaat und eine internationale Ordnung, die auf Interessenausgleich auf der Grundlage des Respekts vor Grundrechten ausgerichtet ist, vollzieht sich vor dem Hintergrund einer fundamentalen Krisensituation. Die Finanzkrise der Jahre 2007/2008 ist nur ein Symptom für fundamentale Struktur-

23 Den Anspruch, ein homogenes, moralisch „reines“ Volk allein authentisch zu vertreten, macht Müller, Populismus (Fn. 19), S. 42 ff., sogar zur Kerneigenschaft des Populismus.

24 Solche Vorstellungen sind keine Neuigkeiten, vgl. z.B. C. Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 8. Aufl., Berlin 1996, S. 13: „Jede wirkliche Demokratie beruht darauf, daß nicht nur Gleiches gleich, sondern, mit unvermeidlicher Konsequenz, das Nichtgleiche nicht gleich behandelt wird. Zur Demokratie gehört also notwendig Homogenität und zweitens – nötigenfalls – die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen“. Bei Schmitt wird ein Demokratiebegriff ausgebildet, der auf andere Formen des Ausdrucks des Volkswillens setzt: „Der Wille des Volkes kann durch Zuruf, durch *acclamatio*, durch selbstverständliches, unwidersprochenes Dasein ebenso gut und noch besser demokratisch geäußert werden als durch den statistischen Apparat, den man seit einem halben Jahrhundert mit einer so minutiösen Sorgfalt ausgebildet hat“, ebd. S. 22 (Herv. im Org.). Deswegen könnten „diktatorische und zäsaristische Methoden nicht nur von der *acclamatio* des Volkes getragen, sondern auch unmittelbare Äußerungen demokratischer Substanz und Kraft sein“, ebd. S. 22 f. (Herv. i. Org.). Diesen letzten Schritt zur ideologischen Verteidigung der Diktatur gehen die Bewegungen, um die es geht, wie ausgeführt nicht.

probleme der Weltwirtschaft. Die Ungleichheit der Einkommens- und Vermögensverteilung in modernen Gesellschaften ist inzwischen schon ein Gegenstand von Empfehlungen internationaler Organisationen wie der OECD<sup>25</sup> oder des IMF<sup>26</sup> geworden – von der unterliegenden politischen und wissenschaftlichen Debatte ganz zu schweigen.<sup>27</sup> Nicht nur die Flüchtlingskrise fordert viele Staaten, insbesondere in Europa, heraus, sondern eine weiterreichende Migrationsbewegung, die nicht zuletzt ein Symptom einer zusammengewachsenen Welt ist, in der Menschen wissen, dass in anderen Teilen der Erde das Streben nach Glück auf günstigere Umstände trifft, und diese Chance auch für sich erkämpfen möchten. Blutige Stellvertreterkriege wie zwischen der Ukraine und Russland, in Syrien oder im Jemen, legen darüber Zeugnis ab, wie gefährdet die Strukturen, ja die politischen Ideen friedlichen Interessenausgleichs sind – bei weiter existierenden großen nuklearen Kapazitäten, ja einem neuen nuklearen Wettrüsten.<sup>28</sup> Hinzukommen regionale Krisenentwicklungen, in Syrien, im Irak, in Afghanistan, in Israel und Palästina.

Gleichzeitig ist eine politische Desintegration von Europa zu beobachten, nicht nur durch Druck von außen, sondern durch politische Prozesse, die es im Kern von innen angreifen. Dabei spielt nicht nur ein Demokratiedefizit auf der europäischen Ebene eine Rolle, sondern ganz wesentlich antidemokratische Strömungen, die von unten, vom Niveau der Mitgliedsstaaten aus, formuliert werden. Ein Beispiel dafür sind die Entwicklungen in Ungarn und Polen. Graswurzelautoritarismus ist ein interessantes politisches Phänomen. In Staaten von strategischer Bedeutung wie der Türkei hat sich eine autoritäre Wende vollzogen mit ungewissen, aber sicher weitreichenden Folgen. Die jüngsten Entwicklungen in den USA geben den Problemen eine neue Dimension.

Zu beachten ist weiter die religiöse Aufladung von Konflikten. Der IS mit seinen Gräueltaten illustriert eigentlich überdeutlich, dass es nicht um einen Konflikt des Islams und des Christentums geht, da seine Untaten mehr muslimische als christliche Opfer fordern. Nichtsdestotrotz wird mancher Konflikt in diesem religiösen Rahmen interpretiert und damit mit weiterem und, wie die Geschichte lehrt, besonders zerstörerischem Potential versehen.

Der Terrorismus hat in mancher Hinsicht eine neue Qualität erhalten. Es geht nicht um die Tötung von einzelnen Repräsentanten einer bestimmten politischen

25 OECD, *In It Together: Why Less Inequality Benefits All*, Paris: OECD Publishing 2015.

26 Vgl. z.B. die Materialien des IMF, <https://www.imf.org/external/np/fad/inequality/index.htm>.

27 Vgl. etwa zum „capitalisme patrimonial“ T. Piketty, *Le capital au XXI<sup>e</sup> siècle*, Montrouge: Éditions du Seuil 2013.

28 Vgl. z.B. (aus der Perspektive eines Insiders) W. Perry, *My Journey at the Nuclear Brink*, Redwood City: Stanford University Press 2015. Bertrand Russell hat sich schon im kalten Krieg gewundert, wie wenig Interesse die Menschen für die Gefahr der eigenen Zerstörung aufbrächten und resümiert: „But whether mankind will think itself worth preserving remains a doubtful question“, B. Russell, *Autobiography*, London: Routledge 2000, S. 653.

Richtung oder eines bestimmten Regimes, das bekämpft werden soll, es werden undifferenziert Zivilpersonen, ohne Bezug dieser Personen auf bestimmte politische Orientierungen, zum Ziel von Anschlägen gemacht. Die Herausforderung ist fundamental, den Eintritt in eine von den Vordenkern des Terrorismus angestrebte Spirale der Gewalt zu verhindern, ohne dass Ansätze einer strategisch angelegten Politik auszumachen wären, die die Ursachen dieser Art von Terrorismus langfristig bekämpfen würde.

Schließlich, als letztes Beispiel für die Lage, in der wir uns befinden, sei der Klimawandel genannt, der schon angesprochen wurde.

## V. Was auf dem Spiel steht

Ein demokratischer Verfassungsstaat, eingebunden in eine internationale Ordnung, bildet nicht das politische Elysium. Er ist eine unvollkommene menschliche Ordnung, die verbesserungsbedürftig bleibt, wie betont wurde. Überhöhungen dieser Ordnung dienen ihrer Erhaltung nicht.<sup>29</sup>

Diese Unvollkommenheit ändert aber nichts daran, dass er als politisches Projekt unbedingt verteidigungswert ist. Ein kurzer Blick auf eine mögliche Alternative zu diesem Projekt vor dem Hintergrund der genannten Problemlagen macht das deutlich. Die Alternative zu dieser schwierigen und für alle Bürgerinnen und Bürger anforderungsreichen Ordnung besteht in sich von Bindungen durch Recht und Verfahren zunehmend befreiender politischer Herrschaft, die durch irrationale politische Prozesse generiert wird, wesentlich gelenkt durch ein Ensemble von nicht allzu appetitlichen Emotionen, die im politischen Prozess selbst geschürt werden. Hinter der Fassade einer gemeinschaftsbezogenen Politik kann sich nackte Interessenpolitik derjenigen durchsetzen, die diesen politischen Prozess zu beherrschen vermögen. Quelle politischer Selbstachtung ist nicht die Mitgestaltung einer humanen politischen Ordnung mit Respekt vor bestimmten ethischen Grundprinzipien, das Stück berechtigter Stolz des *citoyen*, der *citoyenne*, die aufrecht gehen, sondern die Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft, die in der Vorstellungswelt ihrer Angehörigen andere Gemeinschaften durch ihre herbeigeträumte Außerordentlichkeit berechtigt zwingt, ins zweite oder dritte Glied zurückzutreten. Gleichzeitig droht die schleichende Entmächtigung der Bürgerinnen und Bürger durch eine autoritäre Herrschaft in einem demokratischen Gewand. Die Interessenpolitik kann zu einer Vertiefung der sozialen Ungerechtigkeiten, die Betonung nationaler Egoismen zu

29 H. Dreier, Säkularisierung und Sakralität, Tübingen 2013, S. 112: „Der moderne, freiheitliche Verfassungsstaat bedarf keiner sakralen Aura und keines Mythos. Beides schadet eher, weil es den Blick darauf verstellt, daß es sich bei dieser fragilen Gestalt um Menschenwerk handelt, das der beständigen Annahme, Belebung und Erneuerung durch seine Bürgerinnen und Bürger bedarf. Darin liegt die ganz eigene und besondere Dignität säkularer Ordnung. Die letzte Instanz: das sind in weltlichen Dingen, wie es der moderne Staat nun einmal ist, wir selbst“.



verstärkten internationalen Spannungen und Antagonismen führen, womöglich einmal wieder als schlafwandlerischer Gang in ein politisches Desaster.

Zudem, und das ist vielleicht eine der bemerkenswertesten Eigenschaften der gegenwärtigen Lage, steht noch etwas Weiteres zur Debatte und dieses Etwas brütet politisches und kulturelles Unheil aus: Nicht nur missliebige Fachkenntnisse werden diskreditiert. Gründe beginnen nicht mehr zu zählen. Als Rechtfertigung gilt, was den politischen Wünschen entspricht. Im Raum steht sogar die Möglichkeit des Abschüttelns der Fesseln eines geteilten Bezuges der Menschen auf eine vielleicht schwierig zu erfassende, aber in wesentlichen Zügen hinlänglich sicher in ihren Eigenarten bestimmbare Realität. In einer Welt, die sich an *post-truth* bzw. *post-faktischen* Behauptungen und Illusionen orientiert, in der nicht die Lügen, sondern die Wahrheiten *fake-news* werden, kann nicht erwartet werden, dass Menschheitsprobleme wie die genannten gelöst werden. Diese Probleme werden zwar nicht dadurch verschwinden, dass man die Fakten leugnet, die diese Probleme überhaupt zu Problemen erheben. Man kann aber politisch mindestens eine Zeitlang verhindern, dass für bestimmte Gruppen, vielleicht aber sogar für alle Menschen in verschiedenen Hinsichten unbequeme Maßnahmen ergriffen werden, die zur Bewältigung dieser Probleme notwendig sind – vielleicht sogar lang genug, dass Probleme wie der Klimawandel nicht mehr gelöst werden können. Bei wem angesichts dieser Entwicklungen und Problemlagen nicht alle Alarmglocken schrillen, lebt in einer anderen Welt.

## B. Die politische Aufgabe der Rechtsphilosophie

### I. Struktur und Mentalität

Zwei Probleme sind also mindestens politisch zu lösen: Die Erhaltung einigermaßen weltbürgerlich orientierter Verfassungsstaatlichkeit als Rahmen und Grundlage, um andere Fragen anzugehen, nicht zuletzt der gerechteren Verteilung von Lebenschancen auf dieser Welt, und die Abwehr von Ordnungen, die grundlegende politische und ethische Prinzipien verletzen und schlichtweg das Überleben der menschlichen Spezies bedrohen. Zur Lösung dieser existentiellen Probleme beizutragen – das ist die zentrale These dieser Bemerkungen –, gehört zum ureigenen Geschäft, zur politischen Aufgabe der Rechtsphilosophie.

Politisch ist in diesem Zusammenhang nicht oberflächlich parteipolitisch gemeint. Es geht nicht um einen ornamentalen philosophisch-rosa Zuckerguss auf ein paar mehr oder weniger originelle politische Ansichten einzelner Personen oder das scheinphilosophische Widerkäuen von Parteitagsbeschlüssen, an die sich schon nächstes Jahr niemand mehr – und zu Recht – erinnert. Es handelt sich um eine politische Aufgabe in einem grundlegenden Sinn. Rechtsphilosophie betreibt ja nicht nur eine technische Analyse bestimmter Rechtsphänomene. Sie ist keine blo-

ße spitzfindige Theorie kleiner Dinge und keine arkane Begriffsdröscherei. Ihr Denken knistert nicht vor papierner Trockenheit. Rechtsphilosophie bildet die systematisch reflektierte Entfaltung einer Theorie einer gerechten und in einem gewissen Sinne auch Glück ermöglichenden Ordnung menschlichen Lebens, ausbuchstabiert in der lesbaren Schrift des Rechts.

Ihr liegt ein sokratischer Impetus zugrunde, der ihre Größe ausmacht. Menschen werden als Einzelwesen erfasst und gleichzeitig als gesellschaftliche Wesen gedacht.<sup>30</sup> Das Politische als Aufgabe der Rechtsphilosophie meint deshalb die Art der Gestaltung einer mit anderen notwendig geteilten und dadurch charakterisierten Lebensform.<sup>31</sup> Ein bestimmtes Medium der Selbstbindung von Personen bildet dabei – und das ist eine der wesentlichen Pointen einer langen Tradition des Denkens über Ethik und Recht – ein Mittel ihrer Selbstverwirklichung: Die ethische Orientierung der Menschen, widergespiegelt im Recht, ist ein Weg der Menschen zu sich selbst in moralischer Hinsicht, aber auch in Hinsicht auf das, was ein gelungenes Leben ausmacht. Eudämonie ist ohne ethische Orientierung und rechtliche Sicherungen nicht zu haben, das ist eine haltbare Einsicht, ohne dass die gebietende Autorität moralischer Verpflichtungen und Rechte allerdings in einem sicher eingelösten Glücksversprechen wurzelte, das die Moral den Menschen gebe.<sup>32</sup> Moral hat ihre eigene, selbständige Quelle der Autorität und ähnliches gilt für das Recht.<sup>33</sup>

Für den Charakter menschlicher Gesellschaften sind soziale Strukturen und Institutionen von großer Bedeutung. Sie liefern den Rahmen, an dem Menschen sich in ihrem Handeln orientieren, aber auch die Grundlage, auf der sie ihr Denken zunächst entfalten. Kein Mensch beginnt sein Denken jenseits der Zeit und des Ortes, an denen er sich wiederfindet. Aber auch die subjektiven Einstellungen von Menschen, die moralischen und politischen Prinzipien, ihr Weltverständnis selbst sind

30 Die Bedeutung der Einbindung von Menschen in eine Gemeinschaft wird durch Sokrates' Weigerung, zu fliehen, weil das die Gesetze der Gemeinschaft verletzen würde, in der sich sein Leben vollzogen hat, deutlich unterstrichen, vgl. *Platon*, *Kriton*, 50a ff.

31 *Aristoteles*, *Politik*, 1253a, versteht „*zoon politikon*“ im Rahmen einer teleologischen Metaphysik als Begriff der Eingebundenheit von Menschen in Gemeinschaften, mit weitreichenden Folgen für seine politische Philosophie und Rechtsphilosophie. Man muss dieser teleologischen Metaphysik nicht folgen, um die Wirkung zu verstehen, die diese Gedanken für die Geistesgeschichte hatten.

32 Dieser Befund bezeichnet ein theoretisches Problem der Tugendethik: Der Begriff des gelungenen Lebens wird unter der Hand normativ aufgeladen. Das gute Leben ist keineswegs nur ein angenehmes, sondern ein ethisch orientiertes Leben, was die Frage nach den Grundlagen der Moral wieder aufwirft, die von der Tugendethik aristotelisch-teleologisch gerade versucht wurde, zu beantworten, vgl. *G. E. M. Anscombe*, *Modern Moral Philosophy*, *Philosophy* 1958, S. 1; *P. Foot*, *Natural Goodness*, Oxford: Clarendon Press 2001; *R. Hursthouse*, *On Virtue Ethics*, Oxford: Oxford University Press 2001 und dazu *M. Mahlmann*, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, S. 261 ff.

33 Die Frage nach dem Verhältnis von beidem wird häufig als Frage nach den Identifikationskriterien von Recht, der Art der möglichen (moralischen) Inhalte von Recht und der Bedeutung von Rechtsbegriffen gefasst, vgl. z.B. *J. Raz*, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford: Oxford University Press 2009, S. 37 ff.

von zentraler Bedeutung. Mentalitäten, innere Einstellungen, politische Hoffnungen, moralische Zielvorstellungen schreiben die Weltgeschichte mit.<sup>34</sup> Sie entspringen an einem bestimmten historischen Ort, sind aber an ihn nicht gebunden. Sie überschreiten ihn laufend, stellen Gegebenes in Frage und treiben die Geschichte voran. Die Ideengeschichte ist durchsetzt von Vorstellungen von unpersönlichen Kräften der Geschichte, der Behauptung von Wirkungsmächten, die die Menschen, die sich als Schöpfer ihres Lebens wännen, in Wirklichkeit unerbittlich und nach ihren, vom Wollen der Menschen unberührten Gesetzen mit sich mitschleifen. Dazu gehören Vorstellungen vom Unterworfensein unter ein mystisches Schicksal oder Annahmen zur übersinnlichen Vorherbestimmung des Geschichtsverlaufs genauso wie Theorien der teleologischen Entfaltung von Wirtschaftsformen oder ein existentialontologischer Fatalismus.<sup>35</sup> Die Kritik solcher Theorien<sup>36</sup> zeigt am Ende: Es gibt keine anderen historischen Subjekte als menschliche Subjekte. Das haben nicht zuletzt diejenigen verstanden, die den Angriff auf die normativen Leitvorstellungen, die sich in demokratischer Verfassungsstaatlichkeit und einer kooperativen internationalen Ordnung niederschlagen, vortragen, und sie machen es zur Grundlage ihrer politischen Erfolge. Deshalb stehen Medienmacht, Meinungsführerschaft und die Beherrschung politischer Gefühle hoch auf der politischen Agenda dieser Bewegungen. Diese Einsicht ist auch nicht neu. Um einen Autor zu zitieren, der nicht im Verdacht steht, übermäßig in die Gestaltungsmacht einzelner Subjekte vernarrt gewesen zu sein und einem voluntaristischen Subjektivismus zu huldigen: „[A]llein auch die Theorie wird zur materiellen Gewalt, sobald sie die Massen ergreift.“<sup>37</sup> Dass Menschen die Subjekte der Geschichte sind, heißt dabei nicht, dass sich alles am Ende schon zum Guten wenden werde. Einstellungen und Überzeugungen können mobilisieren, illegitime Herrschaft abzuschütteln, sie können Menschen aber auch dazu bewegen, zerstörerischen politischen Projekten zu folgen, et-

34 Man muss die konkrete Analyse der Grundlagen der Entwicklung des Kapitalismus nicht teilen, um die Bedeutung der Perspektive der historischen Soziologie Webers anzuerkennen, die paradigmatisch in *M. Weber, Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, in: *M. Weber, Die Protestantische Ethik I*, Tübingen 1981, S. 27, entwickelt wurde.

35 Etwa Heideggers Begriff der „Geworfenheit“, vgl. *M. Heidegger, Sein und Zeit*, Tübingen 1984, S. 181. Zu einer interessanten Kritik, *E. Cassirer, The Myth of the State*, New Haven: Yale University Press 1974, S. 293: „[The] new philosophy did enfeeble and slowly undermine the forces that could have resisted the modern political myths. A philosophy of history that consists in somber predictions of the decline and the inevitable destruction of our civilization and a theory that sees in the Geworfenheit of man one of his principal characters have given up all hopes of an active share in the construction and reconstruction of man's cultural life. Such philosophy renounces its own fundamental theoretical and ethical ideals. It can be used, then, as a pliable instrument in the hands of the political leaders“. Zu Heidegger auch *M. Mahlmann, Heidegger's Political Philosophy and the Theory of the Liberal State, Law and Critique* 2003, S. 229.

36 Vgl. zu einer verwandten Kritik der historischen Evolutionstheorie der autopoietischen Systemtheorie, z.B. *M. Mahlmann, Katastrophen der Rechtsgeschichte und die autopoietische Evolution des Rechts, Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2000, S. 247.

37 *K. Marx, Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung*, in: *K. Marx/ F. Engels – Werke*, Band 1, Berlin/DDR 1976, S. 378 (385).

wa einer Massenideologie wie dem Nationalsozialismus. Was von beidem den Menschen näher liegt, ist durch ihre Geschichte keineswegs ausgemacht.

Zum Gegenstandsbereich der Rechtsphilosophie gehört deshalb beides, die Kritik und Legitimation sowohl von Strukturen menschlicher Ordnung durch Recht, aber auch der Haltungen und der ihnen zugrunde liegenden normativen Orientierungen, die am Ende das individuelle menschliche Handeln und die Struktur menschlicher Gesellschaften bestimmen. Die innere ethische Verfassung der Menschen ist eine rechtsphilosophische Kategorie.<sup>38</sup>

## II. Rechtsphilosophie und Kritik

Eine erste Aufgabe, die sich vor diesem Hintergrund in der Gegenwart stellt, ist, sich der kritischen Ressourcen zu entsinnen, die die Rechtsphilosophie zur Verfügung stellt. Als gegenwärtig praktisch relevantes Beispiel mag die Notwendigkeit der Kritik einer bestimmten Form des politischen Nationalismus dienen, der durchweg unmittelbare Folgen für die Konzeption des Rechts hat – von der Legitimität universeller Menschenrechte bis zum Brexit und seinen Konsequenzen für das Recht Großbritanniens und der EU.

Dieser politische Nationalismus kann dadurch gekennzeichnet werden, dass er von der Existenz von Nationen im Sinne von überindividuellen, real existierenden Entitäten ausgeht, die einen intrinsischen Wert hätten. Individuen gewännen dabei ebenso wie bestimmte Handlungen, nicht zuletzt politische Akte, ihren Wert aus ihrem Bezug auf die angenommenen Interessen dieser Entitäten. Die verschiedenen Nationen sind dabei in einer Hierarchie angeordnet, wobei die jeweils eigene Nation in der Vorstellungswelt der politischen Nationalisten regelmäßig an der Spitze steht. Das bloße nationale So-sein bildet schon ein Argument für die Berechtigung bestimmter Verhaltensweisen. Die Hierarchie der Nationen legitimiert notfalls Zwang und Gewalt, um die eigenen Interessen durchzusetzen.<sup>39</sup>

38 Vgl. z.B. für die Staats- und Verfassungstheorie als Teil einer (erinnernswerten) Analyse der barbarischen politischen Mythologien des 20. Jahrhunderts *Cassirer*, *The Myth of the State* (Fn. 35), S. 76: „The welfare of a state is not its increase in physical power. The desire to have 'more and more' is just as disastrous in the life of a state as in individual life. If the state yields to this desire, that is the beginning of its end. The enlargement of its territory, the superiority over its neighbors, the advance in its military or economic power, all this cannot avert the ruin of the state but rather hastens it. The self-preservation of the state cannot be secured by its material prosperity nor can it be guaranteed by the maintenance of certain constitutional laws. Written constitutions or legal charters have no real binding force, if they are not the expression of a constitution that is written in the citizens' minds. Without this moral support the very strength of a state becomes its inherent danger”.

39 Vgl. z.B. die Zusammenfassung von *I. Berlin*, *Nationalism: Past Neglect and Present Power*, in: *I. Berlin*, *Against the Current: Essays in the History of Ideas*, ed. by H. Hardy, Oxford: Clarendon Press 1989, S. 342; vgl. auch ebd. S. 341 ff.: „By nationalism, I mean something more definite, ideologically important and dangerous: namely the conviction, in the first place, that men belong to a particular human group, and that the way of life of the group differs from that of others; that the characters of the individuals who compose the group are shaped by, and cannot be understood apart from, those of the group, defined in terms of common territory, customs, laws, memories, beliefs, language, artistic and religious expression, social institutions, ways of life, to which some add

Die Kritik dieses politischen Nationalismus kann etwa in Hinsicht auf die ihm zugrunde liegende kollektivistische Metaphysik, auf die Unbegründetheit nationaler Vorrangstellungen oder durch das Insistieren auf die Notwendigkeit von teilbaren Gründen zur Rechtfertigung von Aussagen anstelle von Berufungen auf Nationalcharaktere vorangetrieben werden. Gleiches gilt für andere Grundelemente der genannten Strömungen, etwa ihren Bezug auf einen homogen gedachten, undifferenzierten Volkswillen, beispielsweise durch die Demystifizierung dieser Vorstellung durch Hinweis auf die realen Eigenschaften wechselnder gesellschaftlicher Mehrheiten und die Realitäten pluralistischer Willensbildung. Auch die Vorstellung der Berechtigung, womöglich sogar Unausweichlichkeit nationaler Egoismen oder die Grundlagen und Grenzen internationaler Solidarität sind Themen, zu denen rechtsphilosophische Reflexion viel zu sagen hat. Eine Gesellschaftskritik als Teil einer Gerechtigkeitstheorie ist ebenfalls von Bedeutung, etwa durch Infragestellung der Rechtfertigungsfähigkeit des entstandenen Maßes materieller menschlicher Ungleichheiten oder aber auch in Bezug auf die Benachteiligung von Frauen oder Minderheiten in der Gesellschaft. Auch eine Kritik von bestimmten Machtmitteln, nicht zuletzt kriegerischen Mitteln, gehört zum klassischen Gegenstandsbereich rechtsphilosophischer Überlegungen, etwa im Rahmen der bedeutenden Tradition der Reflexion über die Bedingungen und Möglichkeiten internationalen gesicherten Friedens.<sup>40</sup>

Die Liste ließe sich fortsetzen. Derartige Kritik braucht aber einen Grund, eine normative Orientierung, die, wie immer umrisshaft beschrieben, über bloße Verneinung von bestimmten Vorstellungen hinausgeht. Die konkrete Negation bleibt flüggellahm ohne besseres Anderes, das sie trägt. Das führt zur Frage der Grundlagen der Legitimation von Elementen politischer, durch Recht konstituierter Ordnungen.

heredity, kinship, racial characteristics; and that it is these factors which shape human beings, their purposes and their values. Secondly, that the pattern of life of a society is similar to that of a biological organism; that what this organism needs for its proper development [...] constitutes its common goals; that these goals are supreme; in case of conflict with other values, which do not derive from the specific ends of a specific 'organism' – intellectual or religious or moral, personal or universal – these supreme values should prevail, since only so will the decadence and ruin of the nation be averted. [...] Thirdly, this outlook entails the notion that one of the most compelling reasons, perhaps the most compelling, for holding a particular belief, pursuing a particular policy, serving a particular end, living a particular life, is that these ends, beliefs, policies, lives are *ours*. [...] Finally, by a development which need cause no surprise, full-blown nationalism has arrived at the position that, if the satisfaction of the needs of the organism to which I belong turns out to be incompatible with the fulfilment of the goals of other groups, I, or the society to which I indissolubly belong, have no choice but to force them to yield, if need be by force" (Herv. i. Orig.).

40 Vgl. z.B. H. Grotius, *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres*, Ed. nova, reproduction of the ed. of 1646 by J. Brown Scott, 1913; I. Kant, *Zum Ewigen Frieden*, in: I. Kant: *Gesammelte Schriften*, Akademie Ausgabe VIII, Berlin 1923, S. 341.

### III. Legitimationsaufgaben

Die damit angesprochene Legitimitätstheorie muss in der Lage sein, die skizzierten Grundelemente einer verteidigungswerten Rechtsordnung zu rechtfertigen und ihre Bedeutung zu begründen. Dazu wird man auf verschiedene Begründungsressourcen der Ethik und der Rechtstheorie zurückgreifen müssen. Es bedarf aber auch, und das soll im Folgenden noch deutlicher werden, eines offeneren als manchmal gewählten Umgangs mit der Frage nach den Umrissen einer den menschlichen Möglichkeiten gerecht werdenden Lebensform, was auf das Problem hinführt, welche Theorie des Menschseins und der Grundbedingungen humanen Lebens eigentlich den Überlegungen zugrunde liegt.<sup>41</sup>

Es gibt nun gute Gründe, anzunehmen, dass ein theoretischer Raum für eine solche substantielle normative Theorie existiert, die diese Legitimationsaufgabe schultern kann. Rechtsphilosophische Reflexion ohne erkenntnistheoretische Naivität führt nicht notwendig in achselzuckenden normativen Agnostizismus oder Skeptizismus. Man kann sich dabei allerdings nicht auf die Grundlage einer faktisch gegebenen entgegenkommenden Lebensform verlassen, die Zweifel an bestimmten Grundprinzipien des Zusammenlebens gar nicht aufkommen lasse.<sup>42</sup> Die Lebensform, die womöglich heute bestimmte legitime normative Prinzipien verkörpert, ist nicht vom historischen Himmel gefallen, sondern ist historisch-zivilisatorisch entstanden, nicht zuletzt erkämpft worden und muss verteidigt werden, weil sie zerstört werden kann. Dies kann nur gelingen, wenn es normative Orientierungspunkte gibt, die sich gegen andere Entwürfe des menschlichen Zusammenlebens behaupten können.

### IV. Ethik

#### 1. Empirische Moral und reflexive Ethik

Das 20. Jahrhundert war in mancher Hinsicht ein skeptisches Jahrhundert. Verschiedene Theorien haben insbesondere ethische Erkenntnisansprüche grundlegend

41 Auch wenn man die gesellschaftlichen Prägekräfte für menschliche Lebensweisen betont, erübrigt sich diese Frage nicht, vgl. z.B. Marx, Kritik (Fn. 37), S. 378 (385): „Die Theorie ist fähig, die Massen zu ergreifen, sobald sie *ad hominem* demonstriert, und sie demonstriert *ad hominem*, sobald sie radikal wird. Radikal sein ist die Sache an der Wurzel fassen. Die Wurzel für den Menschen ist aber der Mensch selbst“.

42 Vgl. zu einer Verteidigung lebensweltlichen Wissens, um das Schisma von Realisten und Antirealisten, von theoretischer und praktischer Vernunft zu überwinden, J. Nida-Rümelin, Veritas filia temporis, in: M. Quante (Hrsg.), Geschichte – Gesellschaft – Geltung: Kolloquiumsbeiträge zum XXIII. Deutschen Kongress für Philosophie, Hamburg 2016, S. 43 (56). Nida-Rümelin bezieht sich auf nicht hinterfragbare Selbstverständlichkeiten der Lebenswelt, die einen „unaufgeregten Realismus“ präge: „Selbstverständlich ist die Diskriminierung einer Person aufgrund ihrer Hautfarbe unzulässig. Selbstverständlich ist die gezielte existentielle Beschädigung der Selbstachtung (die Verletzung der menschlichen Würde) einer Person inhuman“. Das Problem ist, dass diese Selbstverständlichkeiten gerade zur Debatte stehen.

kritisiert. Dazu gehört die Metaphysikkritik der logischen Positivist<sup>43</sup> oder von Teilen der analytischen Metaethik,<sup>44</sup> in der die Vorstellung, dass moralische Urteile einen sachlichen Gehalt hätten, als Irrtum erscheint, häufig verursacht durch die „Verhexungen unsres Verstandes durch die Mittel unserer Sprache“<sup>45</sup> oder auch andere Formen der behaupteten Entzauberung ethischer Prinzipien: Prominent sind etwa historisierende Genealogien, die Annahme, dass ethische Normen nur das Produkt kontingenter Narrative, großer Erzählungen und sozialer Konstruktionsprozesse seien, die in verschiedenen Formen formuliert werden.<sup>46</sup> Weit verbreitet sind vor diesem Hintergrund relativistische Vorstellungen, die die Möglichkeit universal begründbarer normativer Aussagen aus verschiedenen Gründen bestreiten.<sup>47</sup> Moral wird auch als Gefühlsausdruck rekonstruiert, der sich Argumenten entziehe.<sup>48</sup> Rationalität wird nicht selten mit instrumenteller Rationalität identifiziert, etwa in bestimmten Formen des Konsequentialismus und seinen Ausprägungen in verschiedenen Varianten der ökonomischen Analyse des Rechts,<sup>49</sup> aber auch neuerdings in weit rezipierten neurowissenschaftlichen Theorien der Moralkognition.<sup>50</sup> Die Idee, dass praktische Propositionen einen Richtigkeitsanspruch erheben könnten, moralische Urteile, die diesen Aussagen unterliegen, mithin menschlichen Vernunftvermögen in praktischer Hinsicht entspringen könnten, wird dagegen aufgegeben.

Zur Einschätzung der Plausibilität der Kernthesen dieser Strömungen ist es nützlich, zwischen einer gegebenen empirischen Moral und einer gerechtfertigten, reflexiv begründeten Ethik zu unterscheiden. Es besteht kein Zweifel, dass historische Sozial- und Kultureinflüsse wesentliche Prägungsfaktoren für tatsächlich unterhaltene moralische Vorstellungen bilden. Das ist zu offensichtlich, um betont werden zu müssen. Dass sich empirische Moralvorstellungen unterscheiden, ist deshalb nicht verwunderlich. Dieser Sachverhalt schließt aber in keiner Weise aus, dass die-

43 Vgl. z.B. R. Carnap, Die Überwindung der Metaphysik durch logische Analyse der Sprache, Erkenntnis 1931, S. 219.

44 Vgl. z.B. A. J. Ayer, Language, Truth and Logic, London: Victor Gollancz Ltd 1946; zur „error theory“ J. L. Mackie, Ethics: Inventing Right and Wrong, Harmondsworth: Penguin Books 1977.

45 L. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Frankfurt/M 1984, 109.

46 Vgl. z.B. paradigmatisch R. Rorty, Contingency, Irony, Solidarity, Cambridge: Cambridge University Press 1989, S. 73 ff.

47 G. Harman, Explaining Value, Oxford: Oxford University Press 2000; B. Williams, Ethics and the Limits of Philosophy, London: Routledge Classics 2011, S. 180 „relativism of distance“.

48 Vgl. dazu z.B. Ayer, Language (Fn. 44); zum neueren Expressivismus z.B. S. Blackburn, Essays in Quasi-realism, New York [etc.]: Oxford University Press 1993; A. Gibbard, Wise Choices, Apt Feelings, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1990.

49 Vgl. z.B. R. Posner, The Economic Analysis of Law, 9<sup>th</sup> ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business 2014. In der verhaltensökonomischen Analyse des Rechts werden dagegen auch deontologische Prinzipien integriert, vgl. z.B. E. Zamir, Law, Psychology and Morality, New York: Oxford University Press 2015.

50 J. Greene, Moral Tribes: Emotion, Reason and the Gap between Us and Them, London: Atlantic Books 2014.



se verschiedenen faktisch unterhaltenen Moralvorstellungen nicht alle gleich gut begründet sind. Das gilt auch für sich unterscheidende empirische Moralvorstellungen, die zu verschiedenen Zeiten unterhalten wurden, etwa die Haltung zur Gleichberechtigung von Frauen in Zürich 1853 im Vergleich zum Jahr 2017. Die eigentlichen Probleme, die die Eigenart moralischer Urteile und ihre Geltungsansprüche aufwerfen, liegen deshalb woanders: Die Frage, die beantwortet werden muss, lautet, ob mit diesen verschiedenen Theorieansätzen das Begründungsproblem einer reflektierten Ethik erledigt ist, weil es nichts als diesen Wandel von kontingenten Vorstellungen gibt, also nichts Festes existiert und nur Fluss und Veränderung das Wesen moralischer Orientierungen von Menschen ausmachen.

Diese Fragen haben nicht zuletzt mit dem Letztbegründungsproblem von Propositionen zu tun. Dieses Problem ist nicht spezifisch für die Ethik, sondern erfasst, was allerdings manchmal übersehen wird, auch andere Ansätze, etwa solche, die sich an instrumenteller Rationalität orientieren und selbst jede Form von skeptischer Theorie. Auch hier kann nämlich gefragt werden, mit welcher Berechtigung eigentlich instrumentelle Rationalität zum letzten Maßstab menschlicher Orientierung erhoben werde, welchen Gültigkeitsanspruch die Aussage habe, moralische Urteile hätten keinen kognitiven Gehalt oder wie es um den Wahrheitswert der Einschätzung stehe, relativistische Genealogien seien das letzte, was sich über Theorien oder Normen sinnvoll sagen lasse. Wie historisch kontingent, wie sehr gebunden an bestimmte, für eine Zeit lang herrschende Narrative ist die Theorie, dass jede Theorie, jedes moralische Prinzip an kontingente Narrative gebunden sei? Praktische Urteile leiden in dieser Hinsicht nicht an einer spezifischen epistemischen Schwäche.

Im Hintergrund der skeptischen Haltung gegenüber der vernunftbeherrschten Einlösbarkeit von Geltungsansprüchen theoretischer und praktischer Urteile steht die Annahme, dass die bloße Möglichkeit des Zweifels an der Gültigkeit einer Aussage bereits den Stab über die Idee der Wahrheit oder, wenn man so will, im normativen Bereich, der Richtigkeit von normativen Aussagen breche. Diese Annahme deutet zunächst auf etwas Wichtiges hin, nämlich auf die Tatsache, dass die Geschichte menschlichen Nachdenkens über das Richtige und Falsche voller Autoritäten war, die unberechtigterweise den Anspruch erhoben haben, diese Frage beantworten zu können. Zweifel ist deswegen wichtig, um nicht in den Bannkreis solcher angemäßen Autoritäten, seien sie weltlicher, seien sie religiöser oder anderer Art, zu geraten.

## 2. Kriterien der Rechtfertigung

Es wird aber zuweilen in diesen Argumentationen ein Schritt zu weit gegangen. Manche Behauptungen sind dabei analytisch unzureichend. Moral bildet keine metaphysische Illusion, sondern vielmehr eine spezifische geistige Domäne, die er-

kennbar unterschieden ist von theoretischen Urteilen und ästhetischen Erfahrungen als weitere Grundperspektiven menschlichen Denkens und Fühlens. Moralischen Aussagen liegen dabei komplexe Urteile von Menschen zugrunde, die nicht etwa bloß expressiven, emotiven, sondern vielmehr einen sie eigentlich erst als praktische Urteile konstituierenden kognitiven Gehalt besitzen. Gerechtigkeitsurteile prädisieren etwa einer güterverteilenden Handlung wie dem Aushändigen der vorhandenen Gummibärchen an die Besucher eines Kindergeburtstages eine spezifische deontische Eigenschaft, etwa Gerechtigkeit, wenn die Handlung bestimmte, durch komplexe Gleichheitsrelationen zwischen den Kindern sowie zwischen dem relevanten Kriterium der spezifischen Verteilung und dem Ergebnis der Verteilung bewahrt: Das einzige Verteilungskriterium, das in der genannten Situation relevant ist, ist Gastsein und deswegen ist es gerecht, die Gummitieser unter den eingeladenen Kindern numerisch gleich zu verteilen. Das Prädisieren von Gerechtigkeit aufgrund von bewahrten Gleichheitsrelationen in solchen Fällen ist weder eine expressive Gefühlsaufwallung noch ein grundloses emotionales Dafürsein, sondern ein prinzipiengebundenes Urteilen, das kritische Maßstäbe der Bewertung liefert: Schon wer sich nur je einmal bei der Süßigkeitenverteilung an Kinder um ein oder zwei saure Schlangen vergriffen hat, weiß ein Liedchen davon zu singen.

Die Kontingenz oder Relativität solcher Urteile wird schnell behauptet, allerdings schwerer nachgewiesen, wenn man sich auf ein Begründungsunterfangen genauer einlässt. Dabei ist zu bedenken, dass es zwar viele Unterschiede in den empirisch vorfindbaren moralischen Orientierungen von Menschen gibt, aber auch, gerade in historischer Perspektive, überraschend viele Gemeinsamkeiten. Es ist keineswegs so, dass sich Grundprinzipien von Moral in bestimmten Hinsichten nicht auf einem erkennbaren, gemeinsamen Grund bewegten, im Falle der Gerechtigkeit insbesondere etwa der Idee von Gleichheit.<sup>51</sup>

Weiter ist zu beachten, dass es auf die tatsächliche Einheitlichkeit moralischen Urteilens für die Frage der Universalität ihres Anspruchs auf Begründetheit im Übrigen nicht ankommt. Der Schluss von der faktischen, unübersehbaren Pluralität moralischer Überzeugungen auf die Relativität moralischer Aussagen ist ein Fehlschluss. Die Annahme von universal begründbaren normativen Aussagen impliziert nicht die notwendige Uniformität tatsächlich gegebener ethischer Orientierungen. Universalität bezieht sich auf die Begründbarkeit von Aussagen, sie bildet keine de-

51 Dass der Begriff der Gleichheit weitere Fragen aufwirft, etwa, in welcher Hinsicht etwas gleich sei und welche Folgen sich daraus ergeben, macht diese Feststellung nicht trivial und zur Leer- (*H. Kelsen*, Das Problem der Gerechtigkeit, in: *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien: Deuticke 1960) oder Kontingenzformel (*N. Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M 1993). Denn erstens gibt es mehr oder weniger gute Gründe, etwas für in normativ relevanter Hinsicht gleich zu halten, und zweitens sind Gleichheitsprinzipien auch für die Bestimmung der Folgen wichtig, worauf noch unten zurückgekommen wird. Drittens bleibt die Gleichheitsforderung von substantieller Bedeutung: Wenn Gerechtigkeit mit Gleichheit verwoben ist, muss anderes begründet werden, als wenn Gerechtigkeit Ungleichbehandlung von Gleichem bedeuten würde.

skriptive Aussage über faktisch unterhaltene ethische Überzeugungen. Letztere werden durch viele Einflüsse geformt, die der kritischen Reflexion häufig nicht standhalten, etwa durch bloßes Herkommen, Ideologien oder Interessen, die sich das unbefangene moralische Urteil unterwerfen können und gerechtfertigt erscheinen lassen, was nicht gerechtfertigt ist.

Zentral ist das Folgende: Wenn man sich der schwierigen Frage zuwendet, welche normativen Aussagen als gerechtfertigt angesehen werden können, reicht es nicht aus, darauf hinzuweisen, dass man eine bestimmte Aussage überhaupt bezweifeln kann. Die Möglichkeit des Zweifels an jedem behaupteten Gehalt menschlicher Erkenntnis ist mit der Art menschlicher Erkenntnis selbst gesetzt. Erkenntnisakte sind Teil menschlichen Denkens, das auf keine anderen Quellen zurückgreifen kann, die Richtigkeit des für richtig Gehaltenen zu begründen, als weitere Erkenntnisakte des Denkens. Erkenntnis kann aus dem Kreis des Denkens nicht heraustreten.<sup>52</sup> Damit steht jeder Erkenntnisakt prinzipiell und unaufhebbar dem Zweifeln offen. Erkenntnisakte lassen sich nicht durch sich selbst so authentifizieren, dass Zweifel unmöglich wird, weil auch die Behauptung ihrer Authentizität oder Letztgültigkeit ein bezweifelbarer Akt der Erkenntnis durch Denken bleibt.<sup>53</sup>

Eine wichtige Einsicht besteht nun darin, zu erkennen, dass dies nicht den Sieg des Skeptizismus bedeutet, aus dem einfachen Grund, dass es auf die Unmöglichkeit des Zweifels an bestimmten Aussagen für die Möglichkeit der Erkenntnis nicht ankommt. Entscheidend ist vielmehr, ob man die erwogenen Propositionen begründet bezweifeln kann und genauer, ob die Begründung des Zweifels besser ist als die Argumente, die für die Richtigkeit der Aussage sprechen. Das ist die epistemologische Hürde, die eine Aussage nehmen muss und häufig genug nehmen kann. Auch die Wahrheit naturwissenschaftlicher Theorien lässt sich bezweifeln, so wie die Gültig-

52 Das gilt übrigens auch für naturwissenschaftliche Theorien. Wenn aufgrund von bestimmten Messergebnissen die Existenz von Gravitationswellen für nachgewiesen gehalten wird, beruht dieser Nachweis selbst wieder auf menschlichen Urteilsakten – auf grundlegendster Ebene, etwa der Feststellung, beruhend auf Wahrnehmung, dass das Messergebnis tatsächlich vorliegt.

53 Diese Feststellung kann an Wittgensteins Kritik an der Vorstellung erinnern, eine Regelbefolgung ließe sich aus innerer, subjektiver Perspektive kontrollieren, vgl. *L. Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen (Fn. 45), 265: „Denken wir uns eine Tabelle, die nur in unsrer Vorstellung existiert; etwa ein Wörterbuch. Mittels eines Wörterbuchs kann man die Übersetzung eines Wortes X durch ein Wort Y rechtfertigen. Sollen wir es aber auch eine Rechtfertigung nennen, wenn diese Tabelle nur in der Vorstellung nachgeschlagen wird? – ‚Nun, es ist dann eben eine subjektive Rechtfertigung.‘ – Aber die Rechtfertigung besteht doch darin, daß man an eine unabhängige Stelle appelliert“. Rechtfertigung ohne „unabhängige Stelle“ sei nicht möglich: „Als kaufte Einer mehrere Exemplare der heutigen Morgenzeitung, um sich zu vergewissern, daß sie die Wahrheit schreibt“. Denken durch Denken zu rechtfertigen mag an diesen Sicherheit suchenden Morgenzeitungsleser erinnern. Das Problem ist: Was wäre denn eine „unabhängige Stelle“ in Bezug auf Erkenntnisakte? Bei Wittgenstein ist die soziale Praxis ein Ausweg aus diesem Problem. Aber auch sie ist keine „unabhängige Stelle“: Die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung mit einer Praxis (z.B. derer, die einen Regelbruch festhalten und sanktionieren) wird ja selbst wieder durch einen Urteilsakt festgestellt. Man entkommt auch so Erkenntnisakten und – an irgendeinem Punkt – Vertrauen in ihre Richtigkeit nicht, das allerdings durch Gründe erschütterbar bleibt.

keit der Wahrheitskriterien für diese Theorien. Das hindert niemanden, einen Flug in den Urlaub zu buchen, dessen technische Möglichkeit auf der Anwendung dieser bezweifelbaren naturwissenschaftlichen Theorien beruht. Der Grund ist nicht, dass diese wissenschaftlichen Annahmen nicht bezweifelt werden können, sondern dass für den Zweifel weniger spricht als dafür, diese Aussage für hinlänglich begründet zu halten. Deswegen ist konstruktive Theoriebildung möglich, auch im normativen Bereich.

Es gibt mithin keine Alternative, als den Versuch zu unternehmen, die sich damit ergebende Möglichkeit der Erkenntnis zu ergreifen und sich durch skeptische, immer fallibel gedachte Erwägungen an einigermaßen gut begründete normative Aussagen und übergreifende Theorien anzunähern. Die Rechtfertigung des grundrechtsgebundenen demokratischen Verfassungsstaats und einer internationalen Ordnung, die den Rechten der Menschen ebenfalls dient, bildet einen solchen Versuch, der nicht als Gipfelpunkt des Erreichbaren, wohl aber als Rahmen für die weitere Suche nach politischer Gerechtigkeit zwingende Gründe auf seiner Seite hat.

### 3. Moral und Theorie des Geistes

Eine solche Theorie kann auch mit Grunderkenntnissen zur menschlichen Psychologie versöhnt werden – etwa im Rahmen eines mentalistischen Forschungsprogrammes.<sup>54</sup> Das ist keine nebensächliche Frage in Anbetracht der enorm gewachsenen Forschung in diesem Bereich und ihres Einflusses auf die philosophische Ethik und Rechtstheorie.<sup>55</sup> Es ist im Übrigen eine traditionelle Perspektive der praktischen Philosophie: Hume z.B. suchte die moralische Urteilsfähigkeit in einer „ori-

54 Vgl. z.B. N. Chomsky, *Language and Problems of Knowledge: The Managua Lectures*, Cambridge, Mass.: MIT Press 1988, S. 152; M. Mahlmann/J. Mikhail: *Cognitive Science, Ethics and Law*, in: Z. Bankowski (ed.), *Epistemology and Ontology*, Stuttgart 2005, S. 95; J. Mikhail, *Elements of Moral Cognition: Rawls' Linguistic Analogy And The Cognitive Science Of Moral And Legal Judgment*, New York: Cambridge University Press 2011; J. Mikhail, Chomsky and Moral Philosophy, in: J. McGilvray (ed.), *The Cambridge Companion to Chomsky*, 2<sup>nd</sup> ed. (im Erscheinen); M. Mahlmann, *Rationalismus in der praktischen Theorie: Normentheorie und praktische Kompetenz*, 2. Aufl., Baden-Baden 2009; M. Mahlmann, *Ethics, Law and the Challenge of Cognitive Science*, *German Law Journal* 2007, S. 577; G. Harman, *Using a Linguistic Analogy to Study Morality*, in: W. Sinnott-Armstrong (ed.), *Moral Psychology, Vol. 1: The Evolution of Morality: Adaptations and Innateness*, Cambridge, Mass.: MIT Press 2008, S. 345; E. Roedder/G. Harman, *Linguistics and Moral Theory*, in: J. M. Doris and the Moral Psychology Research Group (eds.), *The Moral Psychology Handbook*, Oxford: Oxford University Press 2010, S. 273; R. Jackendoff, *Language, Consciousness, Culture: Essays on Mental Structure*, Cambridge, Mass.: MIT Press 2007, S. 277; S. Dwyer, *Moral Competence*, in: K. Murusagi/R. Stainton (eds.), *Philosophy and Linguistics*, Colorado: Westview Press 1999, S. 169; M. Hauser, *Moral Minds: How Nature Designed our Universal Sense of Right and Wrong*, New York: Harper Collins 2006. Zu einer jüngeren Kritik vgl. z.B. M. S. Pardo/D. M. Patterson, *Minds, Brains, and the Law: The Conceptual Foundation of Law and Neuroscience*, New York: Oxford University Press 2013, S. 12 ff., 63 ff., insbesondere aufgrund der externalistischen These, dass aus begrifflichen Gründen "unbewusstes Regelfolgen" unmöglich sei. Zu dem zugrunde liegenden Konzept der Regelbefolgung von Wittgenstein, vgl. Mahlmann, *Rationalismus* (Fn. 54), S. 121 ff.

55 Vgl. z.B. A. Appiah, *Experiments in Ethics*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 2008.

ginal fabric and formation of the human mind“, in „some internal sense or feeling which nature has made universal in the whole species“.<sup>56</sup> Kant strebte zwar an, eine Moralbegründung zu entwickeln, die nicht allein mit der psychischen Konstitution von Menschen argumentierte, da dies moralischen Geboten in seinen Augen die Kraft zwingender Notwendigkeit geraubt hätte.<sup>57</sup> Gleichzeitig entwickelte er jedoch ausdrücklich moralpsychologische Thesen, etwa zur Erklärung der Empfänglichkeit der menschlichen Vernunft für moralische Pflichten.<sup>58</sup>

Bei solchen Überlegungen geht es nicht darum, aus psychologischen Fakten normative Schlussfolgerungen zu ziehen. Die Herausforderung besteht vielmehr darin, einerseits Theorien kritisieren zu können, die grundlegende moralische und rechtliche Prinzipien und Normen mit dem Arsenal von Moralpsychologie und bestimmten Formen der Neurowissenschaften attackieren und etwa Menschenrechte als kognitive Illusionen ansehen, die die geistigen Strukturen der Menschen ihrem Urteil notwendig, aber fälschlicherweise als gerechtfertigt vorgaukelten.<sup>59</sup> Zweitens ist es ein klassisches Thema der Rechtsphilosophie, den geistigen Ursprung derjenigen moralischen Urteile besser zu verstehen, die das Recht materiell orientieren.

Damit kann ein theoretischer Raum eröffnet werden, den Begriff praktischer Vernunft ohne schlechte Metaphysik zu rekonstruieren. Eine entsprechende, in die Theorie des menschlichen Geistes eingebettete normative Theorie kann den notwendigen Rahmen bilden, um bestimmte Vorstellungen der Gegenwartsreflexion, die an die Erkenntnisse der Psychologie der Menschen anknüpfen, etwa der verhaltensökonomischen Analyse des Rechts, in ihrer Bedeutung und ihren Grenzen angemessen einzuordnen.

Eine solche Theorie muss keine Ontologie des Normativen wie der moralische Realismus verteidigen.<sup>60</sup> Es gibt keine notwendige Verbindung zwischen Kognitivismus und ontologischem Realismus.<sup>61</sup> Man kann die Begründetheit von Proposi-

56 Vgl. *D. Hume*, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, Indianapolis: Bobbs-Merrill 1957, S. 5 f.

57 Vgl. *I. Kant*, Kritik der reinen Vernunft, in: *I. Kant*, *Gesammelte Werke*, Akademie Ausgabe Bd. III, Berlin 1911, S. 1 (128 f.); *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Fn. 6), S. 425 ff.; *I. Kant*, Kritik der praktischen Vernunft, in: *I. Kant*, *Gesammelte Werke*, Akademie Ausgabe, Bd. V, Berlin 1913, S. 1 (38).

58 Vgl. *Kant*, *Metaphysik der Sitten* (Fn. 7), S. 399.

59 Vgl. *M. Mahlmann*, *Mind and Rights*, in: *M. N. S. Sellers*, *Law, Reason and Emotion*, Cambridge: Cambridge University Press (im Erscheinen).

60 Vgl. etwa *R. Shafer-Landau*, *Moral Realism*, Oxford: Clarendon 2003; *D. Enoch*, *Taking Morality Seriously*, Oxford: Oxford University Press 2011.

61 Das illustrieren – wie überzeugend man sie im Einzelnen auch halten mag – verschiedene Theorien, die von der Rechtfertigungsfähigkeit moralischer Aussagen ausgehen, ohne ontologischen Realismus zu vertreten, vgl. z.B. *C. M. Korsgaard*, *The Sources of Normativity*, Cambridge: Cambridge University Press 1996, S. 108, 122 ff., 165, die eine „reflective endorsement theory“ entwickelt; *R. Dworkin*, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press 2011 mit einer normativen Interpretationstheorie „all the way down“; *D. Parfit*, *On What Matters*, Vol. II, Oxford: Oxford University Press 2011, S. 618, der für „some irreducibly normative reason-invol-

tionen annehmen, ohne eine Korrespondenzbeziehung der Proposition zu Sachverhalten in der Welt vorauszusetzen. Eine metaethische Kritik des ontologischen moralischen Realismus zeigt dies selbst: Sie schöpft ihren Wahrheitsanspruch auch nicht aus einer Korrespondenzbeziehung zu ontischen metaethischen Sachverhalten in der Welt – diese wären ontologisch so schwer zu begründen wie ontische moralische Sachverhalte selbst.<sup>62</sup>

Moralische Urteile sind Teil der geistigen Perspektiven der Menschen und damit auch Teil der Welt.<sup>63</sup> Es bildet ein Missverständnis der Auswirkungen der wissenschaftlichen Theoriebildung zur ontologischen Struktur der Welt seit dem Beginn der neuzeitlichen Revolution der Wissenschaften im 17. Jahrhundert, anzunehmen, diese Sichtweise sprengt ein wissenschaftlich akzeptables Bild der Welt. Das Gegenteil ist wahr – sie zieht plausible Konsequenzen aus der Auflösung eines einfachen, naiven Begriffs des Physischen, die diese Entwicklung kennzeichnet.<sup>64</sup>

#### 4. Bedingungen der Kulturfähigkeit

Wenn man einige dieser skizzierten Schritte macht, stellen sich viele weitere, in wichtiger Hinsicht unbeantwortete Fragen. Eine davon ist das Problem des phylogenetischen Ursprungs menschlicher Moral. Unterschiedliche Theorien werden hier verfolgt, nicht zuletzt im Rahmen der evolutionären Psychologie<sup>65</sup> oder einer genetischen Kooperationstheorie.<sup>66</sup>

Hier lohnt es sich, Anschluss zu finden an ein aus verschiedenen Forschungsrichtungen entstehendes Bild der Menschen und ihrer spezifischen geistigen Fähigkei-

ving truths” argumentiert, die “not about entities or properties that exist in some ontological sense” handeln; T. M. Scanlon, *Being Realistic about Reasons*, Oxford: Oxford University Press 2014 “reasons fundamentalism”. Zur Kritik, solche Theorien könnten zwischen begründeten und unbegründeten normativen Aussagen, zwischen Argumenten und Fiktionen aus interner Perspektive nicht unterscheiden, *Enoch*, *Morality* (Fn. 60), S. 121 ff.

62 Das „argument from queerness“, vgl. *Mackie* (Fn. 44), würde dann auch diese metaethische Argumentation treffen, die die Existenz von objektiv gegebenen metaethischen Sachverhalten in der Welt behaupten würde.

63 *Mikhail*, *Elements* (Fn. 54), S. 317; *Mahlmann*, *Challenge* (Fn. 54), S. 580 ff.

64 Vgl. zu dieser klassischen Beobachtung der Philosophie der Materie z.B. *B. Russell*, *The Problems of Philosophy*, New York: Oxford University Press 1998, S. 6: “Thus our familiar table, which has roused but the slightest thoughts in us hitherto, has become a problem full of surprising possibilities. The one thing we know about it is that it is not what it seems. Beyond this modest result, so far, we have the most complete liberty of conjecture. Leibniz tells us it is a community of souls; Berkeley tells us it is an idea in the mind of God; sober science, scarcely less wonderful, tells us it is a vast collection of electric charges in violent motion”; *F. A. Lange*, *Geschichte des Materialismus*, Bd. 1, Frankfurt/M 1974, S. 274 ff.; *N. Chomsky*, *What kind of creatures are we?*, New York: Columbia University Press 2016, S. 96 ff.

65 Vgl. z.B. *S. Pinker*, *The Blank Slate: The Modern Denial of Human Nature*, London: Allen Lane 2002.

66 *M. Tomasello*, *A Natural History of Human Morality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 2016.

ten, etwa in der Paläoanthropologie oder der Linguistik.<sup>67</sup> Danach ist die Geschichte der menschlichen Spezies durch einen offensichtlichen kulturellen Entwicklungsprozess gekennzeichnet. Dieser Entwicklungsprozess entfaltet sich aber, und das ist entscheidend, auf der Basis durch gegenwärtige Forschung immer näher bestimmbaren kognitiven Eigenschaften, die Menschen kennzeichnen. Diese geistigen Ressourcen der Menschen, die den dann folgenden, langen kulturbildenden Prozess menschlicher Zivilisation ermöglichen, sind vermutlich ungefähr vor 80'000 Jahren ausgereift gewesen, weil ab dann zweifelsfrei Spuren von symbolischem Handeln vorliegen.<sup>68</sup> Symbolisches Handeln wird als weithin akzeptierter Indikator für das Vorhandensein von spezifisch menschlichen geistigen Fähigkeiten verstanden, weil diese Fähigkeit eine radikale qualitative Erweiterung der geistigen Möglichkeiten der Spezies Mensch bedeutet.<sup>69</sup> Diese Fähigkeit scheint mit Menschen in die Welt getreten zu sein. Anderen Hominiden stand diese Fähigkeit nicht zur Verfügung. Bemerkenswerte Tatsachen der Entwicklung dieser Menschenarten bilden erstens die Ungleichzeitigkeit des Auftretens einer neuen Hominidenart und technologischer Innovation – beides war naturgeschichtlich entkoppelt<sup>70</sup> – und die sehr langen Phasen technologischer Stagnation.<sup>71</sup> Beides änderte sich grundlegend mit dem Auftritt des *homo sapiens* und den damit einhergehenden sprunghaft steigenden technischen und kulturellen Neuschöpfungen. Seit dieser Zeit entwickeln Menschen als Menschen ihre Kultur.

Die Bedeutung der Frage nach den notwendigen geistigen Voraussetzungen eines kulturellen Entwicklungsprozesses kann gerade an dem sehr grundlegenden Beispiel des symbolischen Handelns verdeutlicht werden. Diese Fähigkeit zu symbolischem Handeln ist offensichtlich eine der Bedingungen, dass sich ein kultureller Entwicklungsprozess, der wesentlich aus solchem Handeln besteht, überhaupt vollziehen kann. Die Fähigkeit zum symbolischen Handeln setzt eine höchst anspruchsvolle kognitive Struktur voraus, die – auf welchen genauen Wegen auch immer – naturgeschichtlich im Evolutionsprozess entstanden ist und seitdem zum angeborenen geistigen Rüstzeug der Spezies Mensch gehört. Deswegen wird auch kei-

67 R. C. Berwick/N. Chomsky, *Why only us? Language and Evolution*, Cambridge, Mass.: The MIT Press 2016.

68 Vgl. z.B. I. Tattersall, *Masters of the Planet – The Search for our Human Origins*, New York: Palgrave Macmillan 2012, S. 199 ff. Zu früher datierten Objekten, bei denen diskutiert wird, ob sie symbolische Gegenstände bilden, die durch den *homo heidelbergensis* hergestellt wurden, ebd. S. 142.

69 Tattersall, *Masters* (Fn. 68), S. 199: "Our ancestors made an almost unimaginable transition from a non-symbolic, nonlinguistic way of processing and communicating information about the world to the symbolic and linguistic condition we enjoy today. It is a qualitative leap in cognitive state unparalleled in history. Indeed, as I've said, the only reason we have for believing that such a leap *could* ever have been made, is that it *was* made. And it seems to have been made well *after* the acquisition by our species of its distinctive modern biological form" (Herv. i. Orig.).

70 Tattersall, *Masters* (Fn. 68), S. 138.

71 Tattersall, *Masters* (Fn. 68), S. 126.



nem Kind die Fähigkeit zum symbolischen Handeln beigebracht, im Gegenteil, die kindliche Welt ist (ganz zauberhaft) ursprünglich von ihr geprägt.

Die Frage, die damit auftaucht, lautet, welche anderen Eigenschaften zu den geistigen Vermögen gehören, die die notwendige Bedingung dafür sind, dass sich Menschen kulturell derartig vielfältig und wie keine andere Spezies sonst entwickeln konnten. Wie steht es mit der Sprache?<sup>72</sup> Wie mit den Grundlagen ästhetischer Erfahrung, die sich atemberaubend an Felswänden zeigt? Wie steht es mit der kognitiven Architektur, die Moral oder Recht zugrunde liegt?

All dies sind neue, weitreichende und aufregende Forschungsperspektiven, die jedoch an epistemologische Grundprobleme der Neuzeit anknüpfen. Im Kern geht es um die kantische Frage nach den Erkenntnis ermöglichenden und strukturierenden Eigenschaften menschlichen Denkens.<sup>73</sup> Sie ersetzen keine historisch-kritischen Überlegungen. Sie beseitigen aber womöglich einen blinden Fleck, der die kognitiven Voraussetzungen betrifft, die diese Entwicklungen möglich gemacht haben. Sie helfen so, zu verstehen, was letztendlich Menschen eigentlich jenseits aller historischen Verwandlungen zu Menschen macht und welchen Platz Moral und Recht dabei im alten Projekt der humanen Selbsterkenntnis einnehmen.

## V. Recht und Moral

### 1. Rechtsanalyse und normative Theorie

Das analytische Verständnis des Rechts ist ein wichtiges wissenschaftliches Unterfangen, nicht zuletzt, weil nicht anders als das Erklären und Verstehen der moralischen Orientierung von Menschen auch das theoretische Durchdringen des Phänomens des Rechts einen wissenschaftlichen Selbstzweck bildet.<sup>74</sup> Entsprechend bedeutsam sind entsprechende Bemühungen, etwa bei dem für das Recht wichtigen Begriff des subjektiven Rechts.<sup>75</sup>

Es geht aber bei der Reflexion des Rechts noch um mehr: Menschlichem Recht ist ein Stück Hoffnung eingeschrieben, nämlich die Hoffnung, mit seinen Mitteln ein richtiges, vielleicht sogar ein gelungenes, glücksbringendes, jedenfalls glücksoffenes Leben zu erreichen. Dabei ist insbesondere der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts von zentraler Bedeutung. Um diesen Gerechtigkeitsanspruch einzulösen, ist es notwendig, ihn im Detail auszubuchstabieren und sich damit auf einen substantiellen Diskurs über das normativ Gerechtfertigte einzulassen und zwar auf dem Konkretniveau, das moderne Rechtsordnungen mit ihrem hoch differenzierten Recht

<sup>72</sup> Berwick/Chomsky, Why only us (Fn. 67).

<sup>73</sup> Vgl. Mahlmann, Mind and Rights (Fn. 59).

<sup>74</sup> Vgl. D. v. d. Pfordten, Suche nach Einsicht, Hamburg 2010.

<sup>75</sup> Vgl. z.B. W. N. Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, The Yale Law Journal 1917, S. 710; R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.

erreicht haben. Rechtsphilosophische Grundlagenreflexion hat keine Berührungspunkte mit konkreten Rechtsfragen, im Gegenteil: Ihr Anspruch muss sein, zu deren Klärung einen Beitrag leisten zu können, indem Grundbegriffe und normative Leitprinzipien, die in ihre Bearbeitung, wie immer indirekt, einfließen, reflexiv abgesichert werden. Debatten um den Rechtsbegriff können steril werden und vielleicht sogar als nicht mehr erscheinen, jedenfalls mit ein wenig Distanz zu eingeschliffenen und manchmal etwas selbstbezüglichen akademischen Auseinandersetzungen, als ein Streit um Worte, wenn diese Perspektive verloren geht.<sup>76</sup>

Die Bildung und Rechtfertigung normativer Theorien ist dabei vor allem in zwei Hinsichten von Bedeutung: Erstens für die Legitimation von Recht, denn eine solche Legitimation ist nicht möglich ohne Rückgriff auf substantielle normative und damit letztendlich ethische Prinzipien. Dies gilt übrigens auch für positivistische Theorien in ihren verschiedenen Formen. Positivismus ist selbst gerade in seinen klassischen und interessantesten Formen eine substantielle materielle normative Rechtstheorie, die aussagt, dass Autorität nur diejenigen gesellschaftlichen Normen haben *sollen*, die in einem bestimmten Verfahren, etwa demokratischen, gesetzt wurden und deren Geltung auf diesem Setzungsakt, nicht aber auf der Übereinstimmung mit außerrechtlichen, insbesondere ethischen Prinzipien, beruhe.<sup>77</sup> Es lohnt sich, Kants Hinweis ernst zu nehmen, dass die Grenze jedes Positivismus die Legitimität des Gesetzgebers, der positive Gesetze erzeugt, bildet, denn diese muss aus anderen Quellen entspringen als dem positiven Recht selbst.<sup>78</sup> Die Autorität des Gesetzgebers wird analytisch nicht zutreffend erfasst, wenn sie aus bloßer Gewohnheit erwachsen verstanden wird.<sup>79</sup> Ein zentrales Problem bildet in dieser Hinsicht der interne Aspekt des Regelfolgens (in Harts Terminologie), der auch für die

<sup>76</sup> Vgl. *Dworkin*, Hedgehogs (Fn. 61), S. 412.

<sup>77</sup> Es gibt Versuche, einen deskriptiven Positivismus zu umreißen. Ein Beispiel dafür könnte „descriptive sociology“ bilden, vgl. *H. L. A. Hart*, *The Concept of Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford: Oxford University Press 2012. Ein anderes Beispiel sind bestimmte Formen der Rechtsbegriffsanalyse, vgl. zur Diskussion *R. Dworkin*, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press 1986; *A. Marmor*, *Philosophy of Law*, Princeton, N.J.: Princeton University Press 2011. Auch bestimmte Naturalisierungsversuche können hierzu zählen, vgl. z.B. *B. Leiter*, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press 2007. Andere Positivistinnen verfolgen normative Ziele, z.B. die Abwehr von metaphysischen oder als subjektiv verstandenen Wertungen in einem auf Objektivität angelegten Recht und die Schaffung eines Freiraums demokratischer Gestaltungsmacht vgl. *R. Thoma*, *Rechtsstaat und Verwaltungswissenschaft*, in: *M. Tohidipur* (Hrsg.), *Der Bürgerliche Rechtsstaat*, Bd. 2, Frankfurt/M 1978, S. 499. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (Fn. 51), S. 1 hält programmatisch fest, dass seine Theorie des positiven Rechts keine normativen Aussagen beinhalte: „Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik“. Seine Theorie hat aber (und das macht einen Teil ihrer Anziehungskraft aus) eine demokratietheoretische Pointe, die in der Erweiterung der Gestaltungsmacht des Gesetzgebers liegt. Zu einer Rechtfertigung eines exklusiven Rechtspositivismus aus Argumenten gewonnen aus der eigenständigen Verhaltensgründe liefernden Autorität des Rechts, *Raz*, *Authority* (Fn. 33).

<sup>78</sup> *Kant*, *Metaphysik der Sitten* (Fn. 7), S. 224.

<sup>79</sup> Zu „conventional foundations of law“ vgl. z.B. *A. Marmor*, *Exclusive legal positivism*, in: *J. Coleman/S. Shapiro* (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press 2004, S. 105 ff.

Rechtserkenntnisregeln gelten muss. Die Identifikation von Recht als Recht „passiert“ Rechtsanwendern nicht (heute so und morgen – bei geänderter Gewohnheit – so), sondern ist das Produkt der Anwendung als begründet verbindlich verstandener Regeln, etwas zur Bestimmung maßgeblicher Rechtsquellen. Der Autorität des Gesetzgebers ist ein Legitimitätsanspruch eingeschrieben, der etwa die Maßgeblichkeit der wechselseitigen Anerkennung eines Prinzips, wie beispielsweise aus Staatenhandeln gewonnenes Gewohnheitsrecht als Völkerrecht anzusehen, für den Rechtscharakter von Normen rechtfertigt.<sup>80</sup>

Zweitens ist normative Theorie für die Anwendung von Recht entscheidend. Hier scheint es eine einigermaßen gesicherte Erkenntnis rechtshermeneutischer Überlegung zu sein, dass man in komplexen Rechtsordnungen Recht nicht anwenden kann, ohne immer wieder Rückgriff auf bestimmte leitende, im Hintergrund stehende normative Prinzipien zu nehmen, die man deswegen transparent machen muss, um sie kritisierbar zu erhalten.<sup>81</sup> Die Frage, ob ein „vivre ensemble“ ein Verbot von Burkas im Schutzbereich der Glaubensfreiheit rechtfertigt (wie der EGMR annimmt)<sup>82</sup> oder nicht, lässt sich nicht ohne anspruchsvolle Erwägungen zum Begriff grundrechtlich geschützter Religionsfreiheit und ihrer legitimen Grenzen erwägen, die das positive Recht durch seine Auslegungsbedürftigkeit nötig macht, nicht ersetzt.

Analytische Überlegungen der Ethik sind in beiden Hinsichten durchaus von Bedeutung: Wenn etwa eine analytische Theorie der Metaethik das Ergebnis erbringen würde, dass Moral eine leere Worthülse sei, kann Gerechtigkeit offensichtlich weder Legitimationsmaßstab für über seine eigene Natur aufgeklärtes Recht sein noch seine Auslegung in schwierigen Einzelfällen in einem positivrechtlichen Rahmen anleiten.<sup>83</sup>

## 2. Normative Theorie und philosophische Anthropologie

Die Frage nach den Gehalten legitimen Rechts kann nicht beantwortet werden ohne Rückgriff auf einen bestimmten Begriff menschlicher Existenz. Das mag nicht offensichtlich erscheinen, denn es gibt eine einflussreiche Tradition, die aus guten Gründen davor warnt, sich ein festes Bild vom Menschen zu machen,<sup>84</sup> die sich so-

80 Nur auf diesem Weg wird klar, warum z.B. Art. 38 I lit b IGH-Statut Recht bildet, da man den Rechtscharakter dieser Norm ja nicht aus ihr selbst ableiten kann.

81 Vgl. dazu *Mahlmann*, Elemente (Fn. 8).

82 *SAS v. France*, ECtHR app. no. 43385/11, (Grand Chamber) 1. July 2014, para. 121 ff.

83 Metaethischer Agnostizismus oder „metaethische Promiskuität“, C. Möllers, Die Möglichkeit der Normen: Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015, S. 399 bilden deshalb keinen Ausweg aus den theoretischen Problemstellungen.

84 T. W. Adorno, Negative Dialektik, in: T. W. Adorno, Gesammelte Schriften, Bd. 6, Frankfurt/M 1997, S. 293; M. Frisch, Tagebuch 1946 – 1949, Frankfurt/M 1985, S. 32. Vor anthropologischen Behauptungen, die in Wirklichkeit historische Kurzschlüsse sind, warnen mit Recht B. Fateh-Moghadam/T. Gutmann/M. Neumann/T. Weitin, Säkulare Tabus, Berlin 2015, S. 7 f.

gar in rechtlichen Konkretisierungen niedergeschlagen hat.<sup>85</sup> Sie formuliert eine wichtige Warnung: Nämlich Menschen nicht auf ein bestimmtes, vielleicht sehr begrenztes Ensemble von Eigenschaften oder gar einen Lebensentwurf festzulegen, was zu illiberalen Folgen führen kann, gerade im Recht. Es gilt auch hinzunehmen, dass Menschen sich vielleicht nie ganz auf die eigene Spur kommen können. Das heißt aber nicht, dass anthropologische Annahmen überhaupt vermeidbar wären. Auch wer meint, Menschen (jedenfalls in Bezug auf ihre geistigen Fähigkeiten) seien ein „paper void of all characters“,<sup>86</sup> „noch nicht festgestellte Tier[e]“<sup>87</sup> oder „protean“<sup>88</sup> in ihrer Natur macht sehr gehaltvolle anthropologische Annahmen, nämlich zu den Eigenschaften, die ein Papier (beliebig) beschreibbar machen oder zu einer Natur, die alles werden oder sich in alles verwandeln kann. Die Frage ist deshalb nicht, ob ein Begriff der Existenz von Menschen in die Theorie einwandert, sondern welcher es genau ist.

Der Rechtsphilosophie der Vergangenheit, die das kritische Hinterfragen der Zeiten überstanden hat und heute noch bedeutsam ist, fehlte nie diese weitere Perspektive auf die menschliche Existenz und die Rolle des Rechts in ihr. Diese Perspektive ist auch kein Nebenaspekt dieser Theorien, sondern im Gegenteil ein Hauptgrund ihrer geistigen Anziehungskraft über Jahrhunderte hinweg.

Als Beispiel mag hier die in der Gegenwart vermutlich weiterhin einflussreichste Rechtsphilosophie der Neuzeit herangezogen werden: Bei Kant ist die Philosophie des Rechts nicht nur eingebettet in eine bestimmte ethische Theorie, sondern in eine bestimmte Auffassung von Menschen, ihrer Natur und ihrem Platz in der Geschichte.

Die ganze Philosophie und insbesondere die praktische Philosophie Kants durchzieht die Überzeugung der Bedeutung der Freiheit als existentielle Eigenschaft, weil „dem Menschen ein Vermögen beiwohnt, sich unabhängig von der Nöthigung durch sinnliche Antriebe selbst zu bestimmen“.<sup>89</sup> Die ursprüngliche Spontaneität der autonomen Willensbestimmung ist kein kontingentes Produkt der historischen Evolution, sondern eine Gegebenheit der menschlichen Existenzweise. Von ebenso großer Bedeutung ist die Beobachtung, dass zum Menschsein moralische Orientie-

85 BGE 127 I 6, aufbauend auf J.-P. Müllers Formulierungen, jetzt in J.-P. Müller/M. Schefer, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der Uno-Pakte, 4. Aufl., Bern: Stämpfli 2008; vgl. dazu M. Mahlmann, Die Garantie der Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung, AJP 2013, S. 1307.

86 J. Locke, An Essay Concerning Human Understanding, ed. by R. Woolhouse, London: Penguin Books 1997, Book 2, Chap. I, § 2.

87 F. Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse, in: G. Colli/M. Montinari (Hrsg.), F. Nietzsche, Sämtliche Werke, Bd. 5, München 1999, Nr. 62, S. 81.

88 R. Rorty, Human Rights, Rationality and Sentimentality, in: S. Shute/S. Hurley (eds.), On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures 1993, New York: Basic Books 1993, S. 111 (115).

89 Kant, Kritik der reinen Vernunft (Fn. 57), S. 364.

rung gehört, Menschen notwendig moralische Wesen sind, nicht im Sinne, dass sie moralischen Geboten immer folgen würden, dann wären sie ja heilig, sondern im Sinn, dass sie notwendig unter moralischen Geboten stehen.<sup>90</sup> Auch diese Dimension ihrer Existenzweise haben die Menschen sich nicht ausgesucht. Sie haben sie nicht historisch konstruiert und können sie deshalb auch nicht abschütteln, auch wenn das vermutlich sehr angenehm wäre, sie können nur moralischen Geboten zuwiderhandeln. Menschsein heißt unausweichlich moralisches Wesen sein, wenn auch nicht – gut sein. Dies ist keine Nebensache, sondern nicht nur aus Kants Sicht der Grund der Würde der Menschen.<sup>91</sup>

Als drittes (aber keineswegs letztes) Element dieser Anthropologie sei noch die Überzeugung von der unüberwindbaren Unvollkommenheit von Menschen genannt, die für verschiedene Grundzüge der kantischen praktischen Philosophie, etwa seine Theorie des Rechtsstaates und der internationalen Ordnung, von zentraler Bedeutung ist. Vor menschlichem Nachdenken gerechtfertigtes Recht ist Recht für unvollkommene Wesen, deren Freiheit und Würde mit Recht gesichert werden kann, aber auch gesichert werden muss, weil diese Prinzipien dauernd von Menschen selbst bedroht werden: Deswegen besteht eine Pflicht, in einen rechtlichen Zustand überzugehen.<sup>92</sup> Kants Philosophie der Geschichte, die nicht zuletzt eine Philosophie der Geschichte des Rechts ist, ist die oftmals empörte Reflexion voller mitreißendem moralischen Ingrimm der traurigen Pfade, die für Menschen nötig waren, um zur Erkenntnis der Notwendigkeit und Rechtfertigung einer Vernunftordnung des Rechts zu gelangen.<sup>93</sup> Auch seine Religionsphilosophie ist ohne diese Weichenstellungen nicht zu erfassen: Einer neuen Kirche eines ethischen Reichs der Zwecke bedürfen nur fehlbare Wesen, die sich mehr schlecht als recht durchs Leben schlagen, wie es Menschen aus Kants Sicht unveränderbar sind.<sup>94</sup>

Man wird nicht weit kommen mit der Legitimation von Demokratie und Verfassungsstaatlichkeit, von Menschenrechten und an ihnen orientierter internationaler Ordnung, wenn man nicht auf derartige Annahmen zurückgreift. Diese Rechtsideen sind auf ein Wesen bezogen, für das Freiheit ein zentrales Lebensgut ist und das

90 Kant, Kritik der praktischen Vernunft (Fn. 57), S. 87: „Es ist nichts anders als *Persönlichkeit*, d.i. die Freiheit und Unabhängigkeit von dem Mechanismus der ganzen Natur, doch zugleich als ein Vermögen eines Wesens betrachtet, welches eigenthümlichen, nämlich von seiner eigenen Vernunft gegebenen, reinen praktischen Gesetzen, die Person also, als zur Sinnenwelt gehörig, ihrer eigenen Persönlichkeit unterworfen ist, so fern sie zugleich zur intelligiblen Welt gehört; da es denn nicht zu verwundern ist, wenn der Mensch, als zu beiden Welten gehörig, sein eigenes Wesen in Beziehung auf seine zweite und höchste Bestimmung nicht anders als mit Verehrung und die Gesetze derselben mit der höchsten Achtung betrachten muß“ (Herv. i. Orig.).

91 Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Fn. 6), S. 436.

92 Kant, Metaphysik der Sitten (Fn. 7), S. 307 f.

93 I. Kant, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, in: I. Kant, Gesammelte Werke, Akademie Ausgabe Bd. VIII, Berlin 1923, S. 17 (22 f.).

94 I. Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, in: I. Kant, Gesammelte Werke, Akademie Ausgabe Bd. VI, Berlin 1914, S. 1 (57 ff.).

in einer ethisch, durch Gerechtigkeit strukturierten Welt des Richtigen lebt und nicht nur nackten Trieben und Interessen folgt. Sie rechnen auch, wie eingangs angedeutet, als wesentliches Element ihrer Legitimation und Eigenart mit der Unvollkommenheit von Menschen. Menschen können sich ethisch orientieren, haben aber auch verschiedene Neigungen und Seiten, die es nötig machen, auf institutionell bewehrten Wegen so gut es geht sicherzustellen, dass sich dieses krumme Holz nicht, wenn man so will, selbst auf einem Scheiterhaufen der Unvernunft verbrennt.

Es ist aus mindestens zwei Gründen wichtig, diese anthropologische Dimension der Rechtsphilosophie nicht zu vergessen:

Erstens, weil die sachliche Auseinandersetzung mit Recht, seine erklärende, Verstehen suchende Analyse, nicht anders erreicht werden kann. Recht, nicht anders als Moral, ist das Produkt der Lebensweise einer spezifischen Spezies, nämlich der Spezies Mensch. Es scheint wenig naheliegend, zu glauben, dass man über diese Phänomene substantielle überzeugende Aussagen machen kann, ohne gleichzeitig über das Wesen zu sprechen, zu dessen Lebensform diese Phänomene vielleicht unausweichlich gehören.

Zweitens ist diese Perspektive von praktisch-politischem Interesse: Die genannten Ideen einer bestimmten zivilisierten Ordnungsform, nicht als *nunc stans* der erlösten Menschheit,<sup>95</sup> aber als Annäherung an unhintergebar erscheinende Mindeststandards menschlicher Zivilisation, hat in der Geschichte den Kopf und das Herz hinlänglich vieler Menschen gewonnen, um eine historische Realität zu werden, wie verbesserungsbedürftig auch immer. Ihre Wirklichkeit in Institutionen, Einstellungen und sozialem Handeln ist nicht einfach den notwendig wirkenden, metaphysischen Kräften der Geschichte entsprungen oder von höheren Mächten freundlich gestiftet worden. Was von diesen Ideen zivilisatorische Realität geworden ist, ist das Produkt politischer Auseinandersetzungen in der historischen Entwicklung und dem Verfolgen politischer Ideen durch viele Menschen, die allein durch ihr Zusammenwirken Geschichte gemacht haben. Ebenso wie ihr Entstehen wird ihre Erhaltung nur dann gelingen können, wenn auch weiterhin der Kopf von Menschen durch wohlbegründete und – wie sich gezeigt hat – erkenntnistheoretisch durchaus belastbare Prinzipien gewonnen wird. Auch das Herz von Menschen muss aber angesprochen werden. Dazu muss man deutlich machen, in welcher Weise eine solche Rechtsordnung mit der menschlichen Existenzform, wie sie diejenigen wirklich im Alltag erleben, die diese Ordnungen gestalten, verbunden ist und warum eine derartige, anspruchsvolle Ordnung für die Menschen einen Gewinn bildet, etwa weil sie einigen der feineren Empfindungen und Ideen der Men-

95 Vgl. E. Bloch, Das Prinzip Hoffnung, Frankfurt/M 1985, S. 1540.

schen, ihrem Sinn für Gerechtigkeit und Solidarität, ihrem Verlangen nach Freiheit und Respekt für andere, Raum geben, die Wirklichkeit zumindest teilweise zu bestimmen.

## VI. Intellektuelle Lage

Das Erreichen dieser Ziele stößt auf verschiedene Schwierigkeiten, insbesondere die genannten politischen Rahmenbedingungen der Gegenwart. Aber auch eine bestimmte intellektuelle Lage, die sich in den letzten Jahren eingestellt hat, könnte eine Rolle spielen. Man kann sich nämlich manchmal des Eindrucks nicht erwehren, dass die kritische Auseinandersetzung mit politischer Ordnung, mit Recht und ihren ethischen Grundlagen sich in bestimmten Hinsichten die eigenen Mittel der Kritik aus der Hand geschlagen hat. Dazu gehört etwa die Frage, ob bestimmte notwendige intellektuelle Verteidigungslinien nicht dadurch geschwächt werden, dass angenommen wird, dass eine Wirklichkeit nicht existiere, sondern nur bestimmte Erzählungen, Narrative, subjektlose Praxen, *final languages*, die kontingente Bilder der Wirklichkeit hervorzauberten, die aber keinen eigentlichen Anspruch erheben könnten, in einem emphatischen Sinne Wirklichkeit genannt zu werden.

Auch hier sollte man sich vor vorschnellen Schlüssen hüten. Dass hinter selbst den grundlegendsten Annahmen über die Struktur der Welt, z.B. dass es eine Außenwelt gebe, weitreichende Schwierigkeiten lauern, ist eine Grundeinsicht jeder ernstzunehmenden Erkenntnistheorie.<sup>96</sup> Mit Wahrheit und Richtigkeit ist es ohne Zweifel schwieriger bestellt, als es sich es sich der Alltagsverstand träumen lässt. Die Kritik hegemonial auftretender Wahrheitsansprüche ist zudem häufig berechtigt, weil sich in ihnen nicht selten reine Machtansprüche aufspüren lassen.

Das Problem liegt deswegen nicht im genauen Hinterfragen, der historischen Einordnung und machtkritischen Analyse von Wahrheits- und Richtigkeitsansprüchen. Im Gegenteil, alles andere wäre Flucht von den Fahnen einer ernstzunehmenden Reflexion. Das Problem liegt darin, dass die Kritik total werden kann, sie in einen selbstwidersprüchlichen Skeptizismus verfällt, dem die Mittel der Kritik falscher Ansprüche abhandenkommt, weil diese Mittel selbst von der Totalität der Verneinung der Möglichkeit der Wahrheit und Richtigkeit erfasst und ausgehöhlt werden. Wie eine Welt aussehen würde, in der tatsächlich nur noch konkurrierende Erzählungen herrschten, ohne Möglichkeit, mit Hilfe einigermaßen belastbarer Wahrheits- und Richtigkeitskriterien zwischen ihnen zu entscheiden, dafür gibt die gegenwärtige, zu Recht beunruhigte Debatte um die *post-truth*-Kultur einen Vorschmack. Wer dabei in Anbetracht des Frontalangriffs auf Fakten – selbst solche

<sup>96</sup> Vgl. zur Herausforderung G. Berkeley, A treatise concerning the principles of human knowledge – part I, 1710, dt. Eine Abhandlung über die Prinzipien der menschlichen Erkenntnis, Hamburg 2004.



fundamentalen wie diejenigen, die der Annahme des Klimawandels zugrunde liegen – keinen fahlen Geschmack im Mund verspürt, wenn von der Kontingenz aller Fakten und Weltbeschreibungen gesprochen wird, der scheint eine fundamentale Bedrohung der menschlichen Ordnung der Gegenwart zu unterschätzen. Es ist auch epistemologisch keineswegs so, dass für derartige Erwägungen viel spräche. Dass sich die Erde erwärmt, ist eine Tatsache in dem Sinne, wie man über Tatsachen sprechen kann, die auch alles Bewusstsein von der Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, der Genealogie von Erkenntnismaßstäben und der erkenntnistheoretischen Analyse von den Grenzen menschlichen Wissens nicht aus dem Weg räumt. Eine überzeugende Wissenschaft und Erkenntnistheorie beseitigt die Möglichkeit des Wissens gerade nicht, sondern unterstreicht – wie dargelegt – die Möglichkeit von Einsicht. Das Bewusstsein der Grenzen möglicher Erkenntnis, ihres vorläufigen, falliblen Charakters, schützt vor Dogmatismus, geht aber nicht mit einer grundlegenden Absage an zumindest besser begründete Aussagen im Verhältnis zu anderen Behauptungen einher.

Hannah Arendt hat darauf hingewiesen, dass Tatsachen eine zwiespältige Rolle in der Politik spielen: „Politisches Denken und Urteilen bewegt sich zwischen der Gefahr, Tatsächliches für notwendig und daher für unabänderbar zu halten, und der anderen, es zu leugnen und zu versuchen, es aus der Welt zu lügen“. <sup>97</sup> Dass es aber solche widerspenstigen Tatsachen gebe, sei nicht zu bestreiten. Sie berichtet von einer trockenen Bemerkung Clemenceaus auf die Frage eines Vertreters der Weimarer Republik, wie die Nachwelt die Ursachen des Ersten Weltkrieges beurteilen werde. Das könne er nicht sagen, nur so viel sei sicher: Es werde nicht behauptet werden, „Belgien fiel in Deutschland ein“. <sup>98</sup> Sie unterstreicht zutreffend, dass solche Tatsachen ein Element der Unverfügbarkeit bilden, die dem politischen Bereich Grenzen zieht: „Was ihn begrenzt, sind die Dinge, die Menschen nicht ändern können, die ihrer Macht entzogen sind und die nur durch lügenden Selbstbetrug zum zeitweiligen Verschwinden gebracht werden können. Die Politik kann die ihr eigene Integrität nur wahren und das ihr inhärente Versprechen, dass Menschen die Welt ändern können, nur einlösen, wenn sie die Grenzen, die diesem Vermögen gezogen sind, respektiert. Wahrheit könnte man begrifflich definieren als das, was der Mensch nicht ändern kann; metaphorisch gesprochen ist sie der Grund, auf dem wir stehen, und der Himmel, der sich über uns erstreckt“. <sup>99</sup>

Vielleicht ist es Zeit, auf breiterer Front neu zu entdecken, dass die Idee von Wahrheit und Richtigkeit, die dem manipulierenden Wollen von Menschen entzogen sind, kein hegemoniales Unterdrückungsinstrument ist, sondern im Gegenteil eine

97 H. Arendt, Wahrheit und Politik, in: H. Arendt, Wahrheit und Lüge in der Politik: Zwei Essays, München 1972, S. 44 (85).

98 Arendt, Wahrheit (Fn. 97), S. 58.

99 Arendt, Wahrheit (Fn. 97), S. 92.

Kategorie der Selbstbefreiung der Menschen, im Denken und für das Handeln in der Welt.

Das Akzeptieren der Widerspenstigkeit von Tatsachen, weil „[d]ie Welt – wohlverstanden – alles ist, was unverfügbar ist“,<sup>100</sup> setzt allerdings eine bestimmte wissenschaftliche Kultur, aber auch eine gesellschaftliche Haltung gegenüber menschlichen Erkenntnissen voraus: Das annäherungsweise Wahre und Richtige zu suchen, macht zur Aufgabe sich nur ein genaues, neugieriges, zum Dazulernen aufgelegtes Denken, dem Selbstherrlichkeit fehlt. Bessere Gründe führen nicht immer zu bequemeren Einsichten. Bessere Gründe sind auch häufig nicht die Gründe, die man selbst vorgebracht hat. Erkenntnis fordert deswegen hinreichende Freiheit nicht nur von anderen Autoritäten, sondern auch von den fordernden Empfindlichkeiten des eigenen Ichs.

Die Alternative zu solcher ernstgemeinten, unerbittlich bescheidenen und deswegen innerlich freien Suche nach begründbaren Aussagen über die Welt und das normative Richtige ist in letzter Instanz Gewalt und Kampf, wie er in manchen Theorien dann auch explizit zum letzten Schlichter der Auseinandersetzung erhoben wird.<sup>101</sup> Das ist erkenntnistheoretisch nicht begründungsfähig und führt auf einen politischen Weg – einmal konkret durchdacht –, der wohl besser nicht besritten werden sollte.

Auch die Idee, dass den Fluchtpunkt jeder wissenschaftlichen Beschäftigung mit Phänomenen der geistigen und sozialen Welt der Menschen der Aufweis eines bestimmten genealogischen Ableitungszusammenhanges bilde, ist vielleicht ein Teil des Problems einer Kritik, die sich selbst ihrer Mittel beraubt. Dafür könnten zwei Beobachtungen sprechen: Erstens sind derartige genealogische Rekonstruktionen häufig historisch unzureichend und zweitens bleibt in ihnen die Frage unbeantwortet, die für die hier erörterte Problemlage eigentlich zentral ist, nämlich welche Legitimation bestimmte normative Aussagen besitzen. Ein gutes Beispiel dafür ist der moderne historische Grundrechtsrevisionismus, da Menschenrechte weder – wie von dieser Position behauptet – eine christlich-konservative Nachkriegsverschwörung, noch eine Erfindung *Amnesty Internationals* oder Jimmy Carters sind,<sup>102</sup> wie schon ein kurzer Blick auf die lange Geschichte der Idee der Menschenrechte durch

100 L. Wingert, Über die Wirksamkeit des Geistes in der wohl verstandenen Welt, in: J. Nida-Rümelin/E. Özmen (Hrsg.), *Welt der Gründe*, Hamburg 2012, S. 478 (489).

101 Zu einer Tradition von Rechtsbegründung durch Gewalt, vgl. M. Mahlmann, *Law and Force: 20th Century Radical Legal Philosophy, Post-modernism and the Foundations of Law*, Res Publica 2003, S. 19; zu einem jüngeren Beispiel, A. Fischer-Lescano, *Rechtskraft*, Berlin 2013, S. 105 ff. in dem „Kampf“ anstelle von Begründung tritt. Zu einem „neuen Recht“, das das „bürgerliche Programm“, „gegen die Gewalt – die Gewalt überhaupt – zu sichern“ aufgabe, weil es eine neue Gewalt verkörpere: „Die Gewalt des neuen Rechts ist die Gewalt der Befreiung“, C. Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015, S. 406 f.

102 So Moyn, *The Last Utopia* (Fn. 16).

die Jahrhunderte zeigt.<sup>103</sup> Zweitens wird damit unbeantwortet gelassen, in welcher Weise die Gehalte, wo immer sie auch herkommen mögen, ihre Legitimation beziehen. Selbst wenn diese Ursprungsrekonstruktion zutreffend wäre, wäre damit die Frage ja nicht beantwortet, ob nicht vielleicht aus diesen parteilich getrüben Quellen eine Idee entsprungen ist, die es verdient, ernstgenommen zu werden.

### C. Das zivilisatorische Geschäft der Rechtsphilosophie

Demokratie, der Verfassungsstaat und eine an Grundrechten orientierte internationale Ordnung sind Produkte eines rechtsphilosophischen Nachdenkens, das Menschen politisch erreicht hat. Der Verfassungsstaat und die Demokratie waren politische Forderungen, die nicht dadurch Wirklichkeit wurden, dass einige wenige philosophische Traktate verfassten, die spärlich gelesen, sondern dadurch, dass Menschen von der Überzeugungskraft dieser Ideen erfasst wurden. Die rechtsphilosophische Reflexion ist nur eine unter vielen Stimmen in einem zivilisatorischen Prozess, nicht die vernehmbarste und auch nicht die politisch wichtigste. Sie sollte aber eine der Stimmen sein, die – gerade in der gegenwärtigen Krisensituation – ihre Stimme erhebt, um eine bestimmte Form menschlichen Zusammenlebens zu verteidigen – das ist der Kern ihres Geschäfts. Damit ist eine Anforderung an das Nachdenken in diesem Bereich formuliert, es sich nicht in der politischen Irrelevanz bequem zu machen, womöglich angenehm eingehüllt in einen Kokon esoterischer Theoreme, die außer wenigen Eingeweihten niemand versteht. Damit ist aber auch deutlich geworden, warum die institutionelle Absicherung des Nachdenkens über diese Fragen und die Erhaltung des Bewusstseins ihrer großen Bedeutung in Rechtswissenschaft, -ausbildung und -praxis und darüber hinaus in der Gesellschaft nachdrückliche Bemühungen wert sind.<sup>104</sup>

103 Vgl. zur Kritik z.B. C. McCrudden, *Human Rights Histories*, Oxford Journal of Legal Studies 2015, S. 179.

104 Aus den Anhörungen der AG des Wissenschaftsrats, die die Empfehlungen „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“ ausgearbeitet hat, konnte man die Überzeugung gewinnen, dass dieses Bewusstsein groß ist, gerade übrigens bei Praktikern. Das Problem sind die konkreten Konsequenzen in der Hochschulpolitik, nicht zuletzt im Rahmen von fakultären Verteilungskämpfen, denen die wissenschaftspolitische Weitsicht zuweilen zum Opfer fällt. Der Wissenschaftsrat hat vor allem drei Forderungen formuliert: „Der Wissenschaftsrat empfiehlt vor diesem Hintergrund, den Bestand an Professuren in den Grundlagenfächern mindestens zu sichern und im Falle eines Aufwuchses bevorzugt in diesen Fächern weitere zu schaffen. Die juristischen Fakultäten sollten überdies dafür sorgen, dass Professuren in den Grundlagenfächern nicht zugunsten einer Überspezialisierung dogmatischer Fächer umgewidmet werden. Unabhängig von Fakultätsgrößen muss ein Kern an Grundlagenfächern an allen juristischen Fakultäten vertreten sein und übergreifendes Wissen über die fachlichen und außerfachlichen Kontexte bedarfsgerecht bereitstellen. Der Wissenschaftsrat begrüßt, dass an einzelnen Standorten in Deutschland wieder Professuren geschaffen werden, die ausdrücklich den Grundlagenfächern gewidmet sind. Darüber hinaus empfiehlt er den Fakultäten, bei der Neubesetzung von Professuren im Bereich der Grundlagenfächer darauf zu achten, dass ein substantieller Ausweis der Kandidaten und Kandidatinnen in der Grundlagenforschung vorliegt. Professorinnen und Professoren in den Grundlagenfächern sind auch für die Nachwuchsausbildung in diesen Fächern verantwortlich, damit Kompetenzaufbau und -weitergabe kontinuierlich gesichert sind. Die Erfüllung dieser Aufgaben setzt die Bereitstel-

Es geht dabei um viel. Das Kokettieren mit einer Welt jenseits der zivilisatorischen Errungenschaften von Grundrechten, Demokratie, Verfassungsstaat und einer friedlichen internationalen Ordnung bildet in Anbetracht der gegenwärtigen Lage keine besonders attraktive Handlungsoption. Thomas Mann hat vom unerfahrenen Nietzsche gesprochen;<sup>105</sup> erfahrungslos, weil er die Schrecken des 20. Jahrhunderts nicht kannte und nicht ahnte, was in diesem Zeitalter auf die Welt zukommen würde und deswegen vielleicht entschuldigt werden kann in seinem Denken über eine Welt jenseits von Gut und Böse.<sup>106</sup>

Diese Erfahrungslosigkeit kann die Menschen heute nicht mehr entlasten. Es gibt Anschauungsmaterial genug, was es heißt, wenn Errungenschaften der Rechtszivilisation geschleift werden und es gibt keine Entschuldigung, wenn es geschieht, ohne dass die Träger dieser Rechtszivilisation Widerstand geleistet haben. Es ist nötig, diesen Kampf aufzunehmen, mit langem Atem, Witz, viel Selbstironie und doch Entschiedenheit und Leidenschaft – wenn es nicht geschieht, wachen wir vielleicht alle irgendwann in einer Welt auf, in der unbegründet zu viel von dem nicht leicht Wiederbringlichen aufgegeben wurde, was in einer menschlichen Welt wirklich zählt.

lung entsprechender personeller und sächlicher Ressourcen voraus.“ Vgl. *Wissenschaftsrat*, Perspektiven (Fn. 1), S. 36.

105 T. Mann, Nietzsche's Philosophie im Lichte unserer Erfahrung, in: T. Mann, Reden und Aufsätze, Gesammelte Werke, Bd. IX, Frankfurt/M 1990, S. 675 (710).

106 F. Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse: Zur Genealogie der Moral, München 2002.