

NOMOSLEHRBUCH

Mahlmann

Rechtsphilosophie und Rechtstheorie

8. Auflage



Nomos



Helbing
Lichtenhahn

NOMOSLEHRBUCH

Prof. Dr. Matthias Mahlmann
Universität Zürich

Rechtsphilosophie und Rechtstheorie

8. Auflage



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN (Print) 978-3-7560-1478-1 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (ePDF) 978-3-7489-2014-4 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (Print) 978-3-7190-4828-0 (Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel)

8. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur 8. Auflage

Die 7. Auflage dieses Buches hat viel Anklang gefunden. Eine englische Übersetzung wird demnächst erscheinen. Das Buch wurde für die 8. Auflage durchgesehen, aktualisiert und an verschiedenen Stellen ergänzt, um die Argumentation zu vertiefen.

Ein roter Faden, der sich durch die Überlegungen wie bisher zieht, ist der Versuch des Entwurfs einer bescheidenen, ihrer Grenzen wohl bewussten, aber belastbaren Theorie praktischer Erkenntnis, die dem Ziel jargonfreier Klarheit und rational beherrschbarer Argumentation verpflichtet ist. Zentrale Gegenstände sind dabei Menschenrechte und Demokratie, Würde, Freiheit, Gleichheit, mitmenschliche Fürsorge und Gerechtigkeit. Der Erfolg dieses Versuchs mag beschränkt geblieben sein. Das Zeitgeschehen der letzten Jahre, die internationalen ökonomischen und politischen Krisen, die blutigen Konflikte, die die Welt mit neuer Wucht erschüttern und Kernerrungenschaften der menschlichen Rechtszivilisation in Frage stellen, zeigen, wie wichtig es ist, sich der Grundlagen legitimer Rechtsordnungen unter immer wieder neuen sozialen, politischen und kulturellen Bedingungen mit klarem Kopf und ethischer Leidenschaft zu vergewissern.

Ich danke Corina Diem, Jón Laxdal, Angelina Manhart, Stefano Statunato und Ryan Yussuf für die redaktionelle Mitarbeit bei der Fertigstellung des Manuskripts.

Zürich, 2024

Matthias Mahlmann

Aus dem Vorwort der 7. Auflage

(...) Das Buch wurde für die 7. Auflage aktualisiert und durch zwei neue Abschnitte erweitert.

Der erste beschäftigt sich mit der Philosophie Friedrich Nietzsches. Nietzsche liefert eine radikale Kritik zentraler Begriffe von Ethik und Recht, insbesondere der Gleichheit von Menschen und ihrer rechtlichen Ausdrucksformen. Die kritische Auseinandersetzung mit seinen Thesen ist sehr hilfreich, um deutlich zu machen, vor welchen analytischen, ideengeschichtlichen und erkenntnistheoretischen Problemen die Rechtsphilosophie steht. Diese Auseinandersetzung ist gleichzeitig eine Schule der Kritik von Ideologien der Ungleichheit und Menschenverachtung.

Der zweite neue Abschnitt wendet sich Hannah Arendt zu. Ihre schon zuvor sehr einflussreiche Analyse totalitärer Systeme und Theorie humaner politischer Ordnungen hat in der unmittelbaren Gegenwart eine ganz neue Aktualität gewonnen und wird entsprechend intensiv rezipiert, da verschiedene Formen autoritärer Systeme politische Landgewinne erzielen, die vor noch nicht langer Zeit undenkbar erschienen. Die Auseinandersetzung mit den je unterschiedlichen Arten und Ideologien der Schreckensherrschaften des Nationalsozialismus und Stalinismus bildet dabei einen Lackmustest für jede Rechtsphilosophie, die vor den existentiellen politischen Herausforderungen an Demokratie, Menschenrechtsordnung und Rechtstaatlichkeit nicht die theoretischen Segel streichen will. Die Möglichkeit der Verteidigung einer Ethik und eines Rechts der Achtung vor Menschen muss gerade hier erprobt und immer wieder neu bewiesen werden. (...)

Ich danke Stefano Statunato für seine ausgezeichnete redaktionelle Mitarbeit bei der Fertigstellung des Manuskripts, meinen Mitarbeitern Jón Laxdal und Levin Güver für ihre Unterstützung, sowie meinen Mitarbeiter*innen Youlo Wujohktsang, Nicole Nickerson und Nebojsa Mijatovic. Allen bin ich für die inhaltlichen Debatten dankbar, nicht zuletzt über Nietzsche und Arendt und ihre Bedeutung für die Rechtsphilosophie.

Zürich, 2022

Matthias Mahlmann

Aus dem Vorwort der 6. Auflage

Das Buch wurde aktualisiert und im Verhältnis zur Voraufgabe 2019 in verschiedenen Hinsichten aus folgenden Gründen ergänzt:

Im ideengeschichtlichen Teil wurde ein Abschnitt über die rechtsphilosophischen und gleichzeitig unmittelbar politischen Debatten zur Zeit der Eroberung Amerikas durch europäische Mächte eingefügt, die die Frage betrafen, ob es universale Rechte von Menschen gibt oder nicht – eine Frage, die angesichts der großen Zahl der Opfer der Unterwerfung Amerikas von beträchtlicher praktischer Bedeutung war. Diese Auseinandersetzungen bilden gleichzeitig ein wichtiges Kapitel der Geschichte des allmählichen Werdens der Menschenrechtsidee. An sie und ihren historischen Hintergrund zu erinnern, kann gerade in einer Zeit vielleicht von Nutzen sein, in der grundlegende Orientierungspunkte legitimer Rechtsordnungen, wie sie Menschenrechte bilden, in Zweifel gezogen und entsprechende Institutionen angegriffen und manchmal schon erfolgreich geschleift werden.

Ein weiterer Abschnitt erinnert an einen Vertreter der jüdischen Aufklärung, Moses Mendelssohn, um die Perspektiven, für die er steht, unter den Vorzeichen neuer Intoleranz und sogar antisemitischer Gewalttaten in ihrer Bedeutung für demokratische, pluralistische Staatswesen zu unterstreichen.

Schließlich wurde im systematischen Teil ein Abschnitt zur philosophischen Begründung internationaler politischer und rechtlicher Ordnung eingefügt. Auch dieses klassische Thema der Rechtsphilosophie hat in der Gegenwart besondere Bedeutung gewonnen, da die Idee einer internationalen Rechtsordnung durch die Apologie robuster machtpolitischer Interessendurchsetzung von Staaten grundsätzlich unterminiert wird. Dies ist angesichts von globalen Problemlagen wie dem Klimawandel oder der Covid-19 Pandemie besorgniserregend, da diese die Notwendigkeit weltweiter Kooperation unübersehbar machen. (...)

Ich bin meinen Mitarbeiter*innen Youlo Wujohktsang, Hanna Stoll, Lena Portmann, Nicole Nickerson, Nebojsa Mijatovic und insbesondere Pascal Meier für die inhaltlichen Diskussionen und die redaktionelle Mitarbeit am Manuskript zu großem Dank verpflichtet. Ebenso danke ich meinen (ehemaligen) Mitarbeiter*innen, die an den Voraufgaben mitgewirkt haben: Meltem Cetinkaya, Birgit Christensen, Peter Gailhofer, Matthias Hächler, Frederik von Harbou, Marlis Henze, Bianca Kähr, Philipp Keller, Angela Müller, Ilona Paulke, Nils Reimann, Gian-Flurin Steinegger, Julia Stern, Hanna Stoll und Patrice Zumsteg.

Ferner danke ich Stefan Gosepath, Lutz Jäncke, Jörg Paul Müller, Hubert Rottleuthner, Marcel Senn, Andreas Thier, Dietmar von der Pfordten und Lutz Wingert, die das Manuskript der ersten Auflage kritisch kommentiert hatten. Von ihren differenzierten und weitreichenden Anmerkungen habe ich sehr profitiert, auch wenn sich nicht alles im Text niederschlagen konnte. Die Themen des Buchs waren auch Gegenstand von Diskussionen in verschiedenen Lehrveranstaltungen. Den Teilnehmern und Teilnehmerinnen bin ich dankbar für das, was ich dabei lernen konnte.

Zürich, 2020

Matthias Mahlmann

Inhaltsübersicht

Vorwort zur 8. Auflage	5
Aus dem Vorwort der 7. Auflage	6
Aus dem Vorwort der 6. Auflage	7
Einleitung	21

1. Teil: Der Weg zu Demokratie und Menschenrechten – Geschichte

§ 1	Theorien der Antike	25
§ 2	Weltreligionen	66
§ 3	Rechte auch für Mayas, Inkas und Azteken? Die Eroberung der Neuen Welt	80
§ 4	Naturrecht und das Wagnis innerweltlicher Rechtsbegründung	93
§ 5	Macht und Übereinstimmung – Theorien des Gesellschaftsvertrages	105
§ 6	Gerechtigkeit als kluge Liebe in der besten aller Welten – G. W. F. Leibniz	126
§ 7	Der moralische Sinn und die Prinzipien der Humanität	134
§ 8	Freiheit und die Not der Minderheit – Moses Mendelssohn und die Rechtsphilosophie der Aufklärung	140
§ 9	Menschliche Würde und praktische Vernunft – Kant	148
§ 10	Die politische Ordnung der Freiheit	167
§ 11	Geist und Sittlichkeit jenseits des Subjekts – Hegel	178
§ 12	Der Utilitarismus und die kalkulierte Ethik des Glücks	190
§ 13	Die historische Logik des Kapitals – Marx und der Marxismus	198
§ 14	Heimatlos jenseits von Gut und Böse – Friedrich Nietzsche	207
§ 15	Intuitionismus, Nonkognitivismus und die Analyse der Sprache der Moral	224
§ 16	Varianten des Pragmatismus	230
§ 17	Die Faktizität des Rechts – Formen des Positivismus	233
§ 18	Theorien moralischen Rechts	245
§ 19	Gerechtigkeitstheorie und Gemeinschaften der Freiheit	255
§ 20	Freiheit, Gerechtigkeit und die Würde der Anerkennung und Authentizität	277
§ 21	Kritik und Rekonstruktion der Vernunft: Kritische Theorie, Diskursethik, Systemtheorie und Postmoderne	291
§ 22	Andere Stimmen – feministische Perspektiven auf das Recht	324
§ 23	Das Leitbild der Effizienz – Ökonomische Analyse des Rechts	329
§ 24	Tugendethik und Tugendjurisprudenz?	334
§ 25	Das Recht auf Rechte und die innerweltliche Heimat der politischen Welt – Hannah Arendt	339
§ 26	Kognitionswissenschaften, Hirnforschung und die Konzeption der Ethik	362
§ 27	Übergang	375

2. Teil: Recht und ethische Orientierung – Systematik

§ 28	Recht und Moral	377
§ 29	Analytik des moralischen Urteils	386
§ 30	Norm, Geltung, Verpflichtung	395
§ 31	Subjektive Rechte und die Kritik der Werttheorie	404

Inhaltsübersicht

§ 32	Sprache, Logik, Ethik und Recht	411
§ 33	Willensfreiheit, Schuld, Verantwortung	423
§ 34	Gleichheit und Gerechtigkeit	436
§ 35	Der Rechtswert der Freiheit	447
§ 36	Menschenwürde	455
§ 37	Der Streit um Menschenrechte und die Wurzel der Demokratie	475
§ 38	Nicht nur Fremde und Feinde – das Recht der internationalen Gemeinschaft	488
§ 39	Das gleiche Recht der Menschen und die Herausforderung der Vielfalt	503
§ 40	Die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft	517
§ 41	Neue Perspektiven der praktischen Vernunft	525
§ 42	Ausklang: Das Ethos einer Wissenschaft	530
	Literaturverzeichnis	533
	Stichwortverzeichnis	553

Inhalt

Vorwort zur 8. Auflage	5
Aus dem Vorwort der 7. Auflage	6
Aus dem Vorwort der 6. Auflage	7
Einleitung	21

1. Teil: Der Weg zu Demokratie und Menschenrechten – Geschichte

§ 1 Theorien der Antike	25
I. Unbestimmter Beginn und die eigentliche Gestalt der Tradition	25
II. Tugend und objektive Einsicht – Vorsokratiker, Sokrates und Platon	27
1. Mythos und Poesie	27
2. Vorsokratiker	30
3. Die Sophistik	31
4. Sokrates	33
a) Dialog und die Grenzen der Einsicht	33
b) Wissen und Gutes	35
c) Kritische Einschätzungen	37
5. Das Gute als Idee – Platon	40
a) Erkenntnis und Idee	40
b) Die Metaphysik des Guten	41
c) Die Gerechtigkeit des Staates	42
d) Kritische Einschätzungen	46
III. Gerechtigkeit und politische Anthropologie – Aristoteles	50
1. Teleologie und Form	50
2. Glück und Gemeinschaft	52
a) Metaphysik, Eudämonismus und ethische Einsicht	52
b) Gerechtigkeit und Altruismus	53
3. Verfassung und gutes Leben	55
4. Kritische Einschätzungen	58
IV. Hellenistische Philosophie	61
1. Politischer Wechsel und geistige Vielfalt	61
2. Epikureismus	61
a) Wohlergehen und Ethik	61
b) Kritische Einschätzungen	62
3. Trost und Einsicht – Stoa	63
a) Welt und logos	63
b) Naturrecht und die Überwindung der Welt	63
c) Kritische Einschätzungen	64
§ 2 Weltreligionen	66
I. Glauben und richtiges Leben	66
II. Hinduismus, Buddhismus und Konfuzianismus	67
III. Judentum	68
IV. Christentum	70
1. Die Ethik der Barmherzigkeit	70
2. Patristik	71
3. Scholastik	72
4. Reformation	74
5. Menschenwürde und Gerechtigkeit	75
V. Islam	76

VI.	Kritische Einschätzungen	78
§ 3	Rechte auch für Mayas, Inkas und Azteken? Die Eroberung der Neuen Welt	80
I.	Natürliche Rechte ohne Grenzen?	82
II.	Die legitime Freiheit amerikanischer Ureinwohner	85
III.	Kritische Einschätzungen	89
§ 4	Naturrecht und das Wagnis innerweltlicher Rechtsbegründung	93
I.	Naturrecht und Vernunft	93
II.	Eine umfassende Theorie des Rechts	95
III.	Ein Naturrechtssystem	96
IV.	Die naturrechtliche Ordnung der Welt	98
1.	Naturrecht und Rechtstradition	98
2.	Strafe, Gerechtigkeit und Schuld	99
3.	Strafzwecktheorie	99
V.	Das Recht von Krieg und Frieden	100
VI.	Kritische Einschätzungen	102
§ 5	Macht und Übereinstimmung – Theorien des Gesellschaftsvertrages	105
I.	Eine neue Idee	105
II.	Der Frieden der Unterwerfung – Hobbes	106
1.	Bürgerkriege und die neuen Naturwissenschaften	106
2.	Die Moral der Selbsterhaltung	107
3.	Krieg und Staat	107
4.	Kritische Einschätzungen	108
III.	Die geistige Liebe zur Welt – Spinoza	109
1.	Gott oder Natur	109
2.	Leidenschaft, Gleichmut und die Begründung des Staates	111
3.	Kritische Einschätzungen	114
IV.	Staat und ursprüngliche Rechte – Locke	114
1.	Das Werden des konstitutionellen Liberalismus	114
2.	Empirismus und Naturrechtskritik	115
3.	Die politische Organisation der subjektiven Rechte	115
4.	Kritische Einschätzungen	117
V.	Gemeinwillen und Republik – Rousseau	117
1.	Das traurige und große System	117
2.	Mitleid und Freiheit	119
3.	Kritische Einschätzungen	122
VI.	Der Gehalt einer neuen Idee	124
§ 6	Gerechtigkeit als kluge Liebe in der besten aller Welten – G. W. F. Leibniz	126
I.	Der Stufenbau des Naturrechts	126
II.	Leibniz' Theorie der eingeborenen Ideen	128
III.	Kritische Einschätzungen	131
§ 7	Der moralische Sinn und die Prinzipien der Humanität	134
I.	Theorien des moral sense	134
1.	Prinzipien moralischer Selbstreflexion	134
2.	Kritische Einschätzungen	136
II.	Hume und die Kritik des moralischen Rationalismus	136
1.	Skeptische Theorie des Geistes, moralisches Urteil und Emotion	136
2.	Kritische Einschätzungen	138
§ 8	Freiheit und die Not der Minderheit – Moses Mendelssohn und die Rechtsphilosophie der Aufklärung	140
I.	Rechas besserer Vater	140

II.	Recht und Selbstbestimmung	142
III.	Gründe der Toleranz	144
IV.	Kritische Einschätzungen	146
§ 9	Menschliche Würde und praktische Vernunft – Kant	148
I.	Aufgeklärter Absolutismus und das Zeitalter der bürgerlichen Revolutionen	148
II.	Die Aufgabe der Vernunftkritik	149
III.	Die Moral des kategorischen Imperativs	152
IV.	Das Recht der Selbstzweckhaftigkeit	154
V.	Kritische Einschätzungen	158
§ 10	Die politische Ordnung der Freiheit	167
I.	Freiheit und Bildung – Wilhelm von Humboldt	167
1.	Revolution und Restauration	167
2.	Freiheit und das Wohl der anderen	168
3.	Ein gemeinschaftszugewandter Liberalismus	170
4.	Kritische Einschätzungen	171
II.	John Stuart Mill und der frühe Liberalismus	172
1.	Die produktive Freiheit zum Experiment	172
2.	Kritische Einschätzungen	176
§ 11	Geist und Sittlichkeit jenseits des Subjekts – Hegel	178
I.	Hegels Optimismus	178
II.	Objektiver Idealismus	178
III.	Moralität, Recht und Sittlichkeit	181
IV.	Kritische Einschätzungen	185
§ 12	Der Utilitarismus und die kalkulierte Ethik des Glücks	190
I.	Das Nützlichkeitsprinzip	190
II.	Konsequentialismus	191
III.	Kritischer Egalitarismus	192
IV.	Moderne Diskussion	194
V.	Kritische Einschätzungen	194
§ 13	Die historische Logik des Kapitals – Marx und der Marxismus	198
I.	Veränderung der Welt und die Wurzeln der Diktatur	198
II.	Historischer Materialismus	199
III.	Basis und Normativität	200
IV.	Marxismus jenseits von Marx	201
V.	Kritische Einschätzungen	202
§ 14	Heimatlos jenseits von Gut und Böse – Friedrich Nietzsche	207
I.	Löwenmut und „geistige Nordpolfahrten“	207
II.	Hintergrundannahmen	209
1.	Kulturmetaphysik und neuer Mythos	209
2.	Perspektivismus	211
3.	Biologie, Rasse und Denken	212
4.	Wille zur Macht und ewige Wiederkehr des Gleichen	213
5.	Kritik der Religion	214
III.	Moral, Ethik und Recht	214
1.	Die Herrschaftsrechte der neuen Aristokratie	214
2.	Genealogie der Moral	216
3.	Recht und Politik	217
IV.	Kritische Einschätzungen	218
1.	Perspektive und Einsicht	218
2.	Metaethische Defizite und die anderen Parameter der Genealogie der Moral	219

3. Gerechtigkeit, Recht und der Wille zur Macht	220
4. Menschsein diesseits von Gut und Böse	221
§ 15 Intuitionismus, Nonkognitivismus und die Analyse der Sprache der Moral	224
I. Kritik und Nüchternheit	224
II. Intuitionismus	224
1. Naturalistischer Fehlschluss und das Open-Question-Argument	224
2. Kritische Einschätzungen	225
III. Moral und Gefühl	225
1. Emotivismus	225
2. Kritische Einschätzungen	226
IV. Die Sprache der Moral	227
1. Linguistic turn und die Metaethik	227
2. Kritische Einschätzungen	228
§ 16 Varianten des Pragmatismus	230
I. Praxis und Demokratie	230
II. Kritische Einschätzungen	231
§ 17 Die Faktizität des Rechts – Formen des Positivismus	233
I. Die Geburt des Positivismus	233
II. Kelsen und die Reinheit der rechtswissenschaftlichen Theorie	235
1. Relativismus und Grundnorm	235
2. Kritische Einschätzungen	238
III. Der Begriff des Rechts – H. L. A. Hart	240
1. Regeln und Verbindlichkeit	241
2. Kritische Einschätzungen	243
§ 18 Theorien moralischen Rechts	245
I. Eine Frage ohne Müßigkeit	245
II. Radbruch	246
1. Politik und Neukantianismus	246
2. Relativismus und die Suche nach dem festen Grund	246
3. Kritische Einschätzungen	248
III. Regeln und die Prinzipien des Rechts	249
1. Dworkins Liberalismus und die Theorie der besten Interpretation	249
a) Regeln, Prinzipien und interpretational stance	249
b) Liberalismus, Würde und Gerechtigkeitstheorie	250
2. Prinzipien und die Strukturtheorie der Grundrechte	250
3. Kritische Einschätzungen	252
IV. Die Moral der Rechtsstaatlichkeit	253
1. Positivismus und rule of law	253
2. Kritische Einschätzungen	254
§ 19 Gerechtigkeitstheorie und Gemeinschaften der Freiheit	255
I. Gerechtigkeit und das Werden der politischen Ordnung der Nachkriegszeit	255
II. Eine Theorie der Gerechtigkeit	256
1. Liberaler Kontraktualismus	256
2. Zwei Prinzipien der Gerechtigkeit	258
3. Kantianismus und politischer Konstruktivismus	261
4. Institutionelle Ordnung	263
5. Internationale Ordnung	264
6. Kritische Einschätzungen	267
III. Kommunitarismus und Gerechtigkeit	271
1. Einfache und komplexe Gleichheit	271

2. Kritische Einschätzungen	272
IV. Transzendentaler Institutionalismus und die vergleichende Verbesserung der Welt	273
1. Gerechtigkeit jenseits des Kontraktualismus	273
2. Kritische Einschätzungen	275
§ 20 Freiheit, Gerechtigkeit und die Würde der Anerkennung und Authentizität	277
I. Der Markt der Ressourcen	277
II. Respekt vor anderen und die Humanität des Selbst	278
1. Die Verbindung von Ethik, Moral und Recht	278
2. Moralische Epistemologie und Ontologie	279
a) Moral und Erkenntnis	279
b) Moral und der Stoff, aus dem die Welt ist	280
c) Begriffsarten	282
3. Die Einheit der Werte konkret	282
a) Menschenwürde	282
b) Moralprinzipien	283
c) Politische Moral	284
aa) Rechte	284
bb) Gleichheit	284
cc) Freiheit	284
dd) Demokratie	285
ee) Recht	285
4. Die unteilbare Würde	286
III. Kritische Einschätzungen	287
§ 21 Kritik und Rekonstruktion der Vernunft: Kritische Theorie, Diskursethik, Systemtheorie und Postmoderne	291
I. Kritische Theorie	291
1. Die Dialektik der Aufklärung und der Zwiespalt der Vernunft	291
2. Kritische Gesellschaftstheorie und Aufklärung	292
3. Kritik und praktische Orientierung	295
4. Kritische Einschätzungen	297
II. Rationalität und Verständigung – die Diskurstheorie	300
1. Kommunikatives Handeln und gesellschaftliche Vernunft	300
2. Die verschiedenartige Prozeduralisierung der Kriterien der Wahrheit und Richtigkeit	302
3. Diskurs, Moral und Recht	305
4. Kritische Einschätzungen	308
III. Systemtheorie und die methodische Dehumanisierung des Rechts	312
1. Gesellschaft und Autopoiese	312
2. Moral und Recht	313
3. Kritische Einschätzungen	316
IV. Jenseits der Erzählungen – die Postmoderne	318
1. Strukturalismus und Poststrukturalismus	318
2. Die Ethik der Ethik, das Gesetz der Gesetze	319
3. Die postmoderne Kritik der Rechtsform und die Alternative der Pluralität	320
4. Kritische Einschätzungen	321
§ 22 Andere Stimmen – feministische Perspektiven auf das Recht	324
I. Ein Kontinuum der Unfreiheit	324
II. Zwischen Gleichheit und Differenz	326
III. Kritische Einschätzungen	327

§ 23	Das Leitbild der Effizienz – Ökonomische Analyse des Rechts	329
I.	Ein zentrales Paradigma	329
II.	Recht und Effizienz	329
III.	Behavioral Law and Economics und Neuroeconomics	331
IV.	Kritische Einschätzungen	332
§ 24	Tugendethik und Tugendjurisprudenz?	334
I.	Der aretaic turn: Tugend und Recht	334
II.	Tugend als Leitfaden der Ethik	334
1.	Charakter und Handlung	334
2.	Tugendethischer Naturalismus	336
III.	Kritische Einschätzungen	337
§ 25	Das Recht auf Rechte und die innerweltliche Heimat der politischen Welt – Hannah Arendt	339
I	Philosophie, Flucht und Weltruhm	339
II.	Verlassenheit und Totalitarismus	340
1.	Elemente totaler Herrschaft	340
2.	Antisemitismus und Imperialismus	344
3.	Krise der Zivilisation	346
III.	Die politische Heimat der Menschen	346
1.	Handeln und Politik	346
2.	Öffentlichkeit, Pluralität, Macht	348
3.	Politik und Heimat	349
4.	Natalität und Freiheit	351
IV.	Die Aporie der Menschenrechte und das Recht auf Rechte	352
V.	Die erweiterte Denkungsart und politische Urteilskraft	354
VI.	Kritische Einschätzungen	356
1.	Diktatur und Massenmord als Lackmustest der Rechtsphilosophie	356
2.	Analyse der Gewaltherrschaft	357
3.	Die neue Polis der Freiheit	358
4.	Würde als Recht, Rechte zu haben	359
5.	Verteidigung der Urteilskraft	360
§ 26	Kognitionswissenschaften, Hirnforschung und die Konzeption der Ethik	362
I.	Die kognitive Revolution	362
II.	Perspektiven der Ethik und Rechtstheorie	364
1.	Evolutionäre Psychologie	364
a)	Selektion und Reproduktion	364
b)	Kritische Einschätzungen	366
2.	Neuroethischer Emotivismus	368
a)	Gefühl und Rationalisierung	368
b)	Kritische Einschätzungen	370
3.	Mentalistische Theorien in Ethik und Recht	373
§ 27	Übergang	375
2. Teil: Recht und ethische Orientierung – Systematik		
§ 28	Recht und Moral	377
I.	Naturrechtstradition und Verbindungsthese	377
1.	Naturrecht, Moral und Recht	377
2.	Moderne Verbindungstheorien	379
II.	Positivismus und Trennungsthese	380
III.	Die materialen Probleme des Streitens um Recht und Moral	380

IV. Recht und Moral – was bleibt?	384
§ 29 Analytik des moralischen Urteils	386
I. Die Phänomenologie der Moral	386
II. Altruismus und Gerechtigkeit	387
III. Die Ontologie der Moral	390
IV. Die moralische Motivation	391
V. Moral und andere Handlungsmotive	392
VI. Nicht-moralische Voraussetzungen des moralischen Urteils, Interessen, Abwägungskonflikte	393
§ 30 Norm, Geltung, Verpflichtung	395
I. Norm und Normsatz	395
II. Existenz und Begründbarkeit von Normen	396
III. Theorien der Geltung und Legitimität	397
IV. Verpflichtung und der Gehalt der deontischen Modalitäten	400
§ 31 Subjektive Rechte und die Kritik der Werttheorie	404
I. Subjektive Rechte	404
1. Rechte in Moral und Recht	404
2. Ein analytischer Begriff des subjektiven Rechts	405
II. Regeln, Prinzipien, Werte	408
§ 32 Sprache, Logik, Ethik und Recht	411
I. Sprache und Normativität	411
1. Bedeutung, Verständnis und Auslegung von Normen	411
2. Humboldts These und die Zeit der Hopi	412
3. Philosophische Hermeneutik und Vorverständnis	413
4. Analytische Philosophie und die Philosophie der normalen Sprache	415
5. Postmoderne Sprachtheorie	417
6. Neue Perspektiven auf Sprache und Recht	418
II. Fragen der deontischen Logik	420
§ 33 Willensfreiheit, Schuld, Verantwortung	423
I. Determinismus, Indeterminismus, Kompatibilismus	423
1. Determinismus	424
2. Indeterminismus	427
3. Kompatibilismus	428
II. Das Ende der Freiheit?	430
1. Das Scheitern des Kompatibilismus	430
2. Determinismus oder Indeterminismus?	431
a) Die Notwendigkeit der theoretischen Phantasie	431
b) Die Phänomenologie der Freiheit	434
§ 34 Gleichheit und Gerechtigkeit	436
I. Gerechtigkeitserfahrung und Gerechtigkeitskeptizismus	436
II. Ein Begriff der Gerechtigkeit	437
1. Gleichheitsbeziehungen	437
2. Gerechtigkeit und Ungleichheiten	442
3. Verteilungsgegenstände	444
4. Arten der Gleichheit	445
5. Gerechtigkeitstheorie und die Probleme der Praxis	446
§ 35 Der Rechtswert der Freiheit	447
I. Die Schwierigkeiten eines Begriffs	447
II. Negative und positive Freiheit	448

III. Individuum und Gemeinschaft	450
IV. Eine Werttheorie der Freiheit	453
1. Freiheit als instrumentaler Wert	453
2. Freiheit als intrinsischer Wert	454
§ 36 Menschenwürde	455
I. Pathos und nüchterne Perspektiven	455
II. Zur Geschichte des Menschenwürdebegriffs	456
1. Antike	457
a) Menschenwürde in der antiken Literatur	457
b) Stoa	457
2. Religiöse und mythologische Spuren der Menschenwürde	458
3. Würdebegründungen der Neuzeit	459
a) Würde in der Renaissance	459
b) Würdeskeptizismus, der ethische Gehalt der Gesellschaftsvertragstheorien und das Vernunftrecht	459
c) Die kantische Ethik und der Begriff der Menschenwürde	460
d) Würdebegründungen seit der Aufklärung	462
4. Einige Würdebegründungen der Gegenwart	462
a) Systemtheorie	462
b) Habermas' kommunikationstheoretischer Würdebegriff	463
c) Kontraktualistische Würdebegründung	464
d) Würde aus Neubeginn, Investition, Metaphysik und Genealogie	464
5. Ein autark humanistischer Würdebegriff	465
6. Anwendungsprobleme	468
a) Der Beginn des menschlichen Lebens	468
b) Schwangerschaftsabbruch	470
c) Bioethik	472
d) Folter	472
7. Menschenwürde und Fürsorge	473
§ 37 Der Streit um Menschenrechte und die Wurzel der Demokratie	475
I. Die Idee der Demokratie und Menschenrechte	475
II. Die schwierige Suche nach dem Grund der Menschenrechte	475
1. Theorien der Handlungsfähigkeit	475
a) Die Bedingungen des Handelns	475
b) Normative Handlungsfähigkeit	477
2. Bedürfnis- und Interessentheorien	480
3. Menschenrechte und Befähigungen	481
4. Politische Konzeptionen	482
5. Weitere Elemente der Diskussion	483
III. Drei Elemente einer Legitimationstheorie der Menschenrechte	483
1. Gütertheorie der Ethik und des Rechts	483
2. Politische Theorie der Grund- und Menschenrechte	484
3. Theorie normativer Prinzipien	486
IV. Menschenrechte und Demokratie	487
§ 38 Nicht nur Fremde und Feinde – das Recht der internationalen Gemeinschaft	488
I. Keine Ruhe für die Gegenwart	488
II. Einige Fragen	488
III. Rechtsphilosophische Weichenstellungen	489
IV. Ist Völkerrecht Recht?	491
V. Ein klassischer Text der Völkerrechtsphilosophie	491
1. Präliminarartikel	492

2. Definitivartikel	494
3. Hilfestellungen der Natur	496
4. Der geheime Rat der Philosophen	497
5. Politik und Moral	497
6. Ethik, Recht und Öffentlichkeit	499
VI. Rechtliche Weltpolitik als ethischer Wirklichkeitssinn	499
§ 39 Das gleiche Recht der Menschen und die Herausforderung der Vielfalt	503
I. Das Universalismusproblem	503
II. Erkenntnis und Geschichte	507
1. Der Zeitkern der Wahrheit	507
2. Relativität und Historisierung	509
3. Geschichte und menschliche Rechte	510
4. Grenzen der historisierenden Relativierung	511
III. Vernunft und Richtigkeit	513
IV. Die Reichweite des Zweifels	514
§ 40 Die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft	517
I. Die Herausforderungen des Gegenstandsbereichs	517
II. Der wissenschaftstheoretische Rahmen	518
1. Logischer Positivismus und Kritischer Rationalismus	518
2. Wissenschaft jenseits des naturwissenschaftlichen Paradigmas	519
3. Neue Theorien der Naturwissenschaften	520
III. Rationalitätsansprüche der Rechtswissenschaft	521
§ 41 Neue Perspektiven der praktischen Vernunft	525
I. Die Wirklichkeit des Gewissens	525
II. Mentalistische Ethik – Theorien der Universalgrammatik der Moral	525
§ 42 Ausklang: Das Ethos einer Wissenschaft	530
Literaturverzeichnis	533
Stichwortverzeichnis	553

-
- *Gesine, würdest du mir raten zum Studieren?*
 - *Wenn du lernen möchtest, eine Sache anzusehen auf alle ihre Ecken und Kanten, und wie sie mit anderen zusammenhängt, oder auch nur einen Gedanken, damit du es gleichzeitig und auswendig verknoten und sortieren kannst in deinem Kopf. Wenn du dein Gedächtnis erziehen willst, bis es die Gewalt an sich nimmt über was du denkst und erinnerst und vergessen wünschtest. Wenn dir gelegen ist, eine Empfindlichkeit gegen Schmerz zu vermehren. Wenn du arbeiten magst mit dem Kopf.*
 - *Und wenn du im Leben bloß gelernt hättest, wie man eine Kuh melkt oder Kartoffeln kocht für Schweine?*
 - *Das mit dem Lügen wäre gleich schlimm, auch die Schuld gegen andere. Aber die Erinnerung wäre weniger scharf, bequemer glaub ich.*

U. Johnson, Jahrestage

Einleitung

Das Recht gehört zu den Kernelementen menschlicher Kultur. Entsprechend begleitet das Nachdenken über seine Eigenarten, seine Inhalte und Ziele seit jeher die Menschen. Dieses Nachdenken über Recht ist mehr als eine nebensächliche Beschäftigung für übriggebliebene Abendstunden, es bildet eines der echten geistigen Abenteuer, zu denen man noch aufbrechen kann. Denn das unentdeckte, auf immer wieder neuen Routen angestrebte Land, das erreicht werden soll, verspricht ja viel: das Verständnis der verbindlichen, im Zweifel mit Zwang durchgesetzten Ordnung menschlichen Willens und Handelns, die Gerechtigkeit und moralisch Gutes und damit etwas schwer zu Erreichendes, doch menschlich Unverzichtbares verwirklichen soll. Das Verhältnis von Recht und Moral ist schwierig und vielschichtig. Die Ideengeschichte zeigt aber ebenso wie die Debatten der Gegenwart, dass die Frage nach den Grundlagen des Rechts nicht beantwortet werden kann, ohne zugleich einen Begriff dessen zu entwickeln, was ethisch gerechtfertigt ist – für die Orientierung suchenden Einzelnen, die verschiedenen Gesellschaften und die Menschheit insgesamt. Man muss sich in das steinige und unwegsame Terrain der Ethik vorwagen, wenn über Recht, seine Struktur und Legitimität, so inhaltsreich nachgedacht werden soll, wie es dieser große Gegenstand verdient.

Die folgenden Überlegungen wollen versuchen, einen Überblick über die Kernelemente dieses Nachdenkens über Recht und seine Einbettung in die Ethik als Reflexionstheorie der Moral zu geben. Dazu wird zunächst ein historisch-chronologischer Abriss geliefert, der aber nicht nur historische Einzelheiten, die theoretisch unverbunden bleiben, darstellen möchte. Der historische Rückblick erfolgt vielmehr in systematischer Absicht. Durch die Erörterung der Kerngehalte der großen Theorien von der Antike bis in die unmittelbare Gegenwart werden die Problemstellungen aus der historischen Reflexion gewonnen, für die eine systematische und konstruktive Rechtsphilosophie und -theorie Lösungen zu formulieren hat. Im zweiten Teil werden auf dieser Basis Grundzüge der systematischen Perspektiven umrissen.

- 3 Die historische Darstellung soll so Probleme anschaulich machen und ideengeschichtlicher Unkenntnis bei der systematischen Reflexion vorbeugen. Gleichzeitig soll aber auch vermieden werden, eine bunte Mischung von historischen Ansätzen zu präsentieren, der der rote Faden der Systematik und das Bemühen um konkrete Ergebnisse fehlen. Ideengeschichte ohne systematisches Interesse ist theoretisch orientierungslos, Systematik ohne historische Vertiefung bleibt ideengeschichtlich naiv.
- 4 Die Überlegungen haben dabei einige Eigenarten. Die Darstellungen der Entwicklung der menschlichen Gedanken zum Recht werden – wenn auch nur skizzenhaft und als Erinnerung an einen wichtigen Hintergrund – real- und sozialgeschichtlich eingebettet. Theorien sind nicht einfach das Abbild einer bestimmten Epoche oder sozialen und kulturellen Situation, wie sich im Einzelnen deutlich genug zeigen wird. Sie sind aber in einer bestimmten realen Situation entstanden, die man zur Kenntnis nehmen muss, wenn man den Gehalt der untersuchten Überlegungen erschließen will. Weiter wird versucht, einen Geschmack für den spezifischen philosophischen Rahmen zu geben, der konkreten Theoriebildungen zu Fragen der Moral und des Rechts unterliegt, und seine Probleme anzudeuten. Man kann nicht Platons Staatstheorie oder Hegels Rechtsphilosophie verstehen, ohne eine Vorstellung vom Inhalt der platonischen Theorie der Ideen oder des hegelianischen Begriffs der Dialektik und ihrer Kritik zu gewinnen. Die Darstellung ist auch durch den Bezug auf Primärquellen geprägt, aus der Überzeugung, dass man etwa Kant am besten versteht, wenn man zunächst einmal Kant selbst zu Wort kommen lässt. Wenn man mit einem frischen Blick auf die Primärquellen schaut, zeigt sich zudem immer wieder, dass das scheinbar Bekannte und Vieldiskutierte das Unbekannte und Überraschende sein kann, dass traditionelle Interpretationen einen Gegenstand nicht nur verdeutlichen, sondern auch verstellen können.
- 5 Es wird zudem Wert darauf gelegt, in der unmittelbaren Gegenwart anzukommen und die Herausforderungen aufzugreifen, die sie stellt. Dazu gehören die Kognitionswissenschaften, die Hirnforschung und die moderne Theorie des menschlichen Geistes, aber auch andere Fragen. Die Darstellung ist dabei auf konkrete Ergebnisse ausgerichtet. Es wird versucht, nicht in der Deckung des unbestimmten Allgemeinen zu verbleiben, sondern immer wieder pointiert und damit strittig Stellung zu beziehen – nicht mit der Illusion, das letzte Wort oder eine erstaunliche Einsicht gefunden zu haben, sondern als präzise Formulierung von Reflexionsangeboten, deren es bedarf, um zu erreichen, worum es ihnen geht: eine Hilfestellung bei der eigenen Urteilsbildung zu bieten. An dieser Urteilsbildung kann man aus verschiedenen Gründen ein Interesse haben. Ein naheliegender Grund ist, eine gute Vorbereitung auf schriftliche und mündliche Prüfungen in Rechtsphilosophie und -theorie zu erreichen. Denn nichts ist dafür so erfolgversprechend wie die gebildete und begründete eigene Position. Wer z.B. das Verhältnis von Recht und Moral kritisch in seinen historischen Variationen durchdacht und einen eigenen Standpunkt gebildet hat, den kann keine Prüfungssituation zu diesem Thema mehr erschrecken. Aber auch jenseits von akademischen Ausbildungssituationen kann der Wunsch bestehen, sich über einige Inhalte und Probleme der grundlegenden theoretischen und philosophischen Reflexion über Recht und Moral zu unterrichten, und auch diesem Anliegen hofft die folgende Darstellung dienlich zu sein.

Wie in jeder Darstellung der Rechtsphilosophie und -theorie müssen Schwerpunkte gesetzt werden und manche Fragen auch unerörtert bleiben. Über die Auswahl der behandelten Theorien und Probleme lässt sich im Einzelnen streiten. Sie erfasst aber jedenfalls Themen, die den Kernbestand der Rechtsphilosophie und -theorie bilden und die internationalen theoretischen und philosophischen Debatten prägen. Andere, auch neue Probleme wird man vor diesem Hintergrund im Übrigen differenziert reflektieren können.

Das Buch umfasst die Rechtsphilosophie und -theorie. Ob und wie genau man beide Disziplinen abgrenzen kann, ist strittig und alles andere als klar. Die Rechtsphilosophie wird häufig als historisch und normativ, die Rechtstheorie als systematisch und begrifflich-analytisch orientiert aufgefasst. Aber auch die Rechtsphilosophie argumentiert systematisch, so wie sich die Rechtstheorie der Historie vergewissert. Wenn man in der Rechtsphilosophie die Möglichkeit normativer Aussagen ablehnt, wie es manche Ansätze vorschlagen, wird man es bei der Analyse des Rechts belassen. Wenn man in der Rechtstheorie Legitimationstheorien für möglich hält, ist die Tür zur Normativität auch für die Rechtstheorie schon aufgestoßen. Die Abgrenzung lohnt deshalb nicht allzu große intellektuelle Anstrengungen. In beiden Fällen geht es um die grundsätzliche Reflexion von Recht mit analytischem, aber auch normativem Interesse.

Noch eine letzte Eigenschaft der Darstellung soll angedeutet werden. Sie bemüht sich so gut sie kann, die angesprochenen Theorien nicht mit Erledigungsabsicht zu diskutieren, sich nicht schnell und leichtfüßig über ihren Gegenstand zu erheben, sondern sie so ernst zu nehmen, wie es ihr Rang verlangt, ihnen also ideengeschichtliche und theoretische Gerechtigkeit widerfahren zu lassen. Dazu gehört zuallererst, ihre Stellung in der historischen Entwicklung nicht zu vergessen. Dazu gehört aber auch, das Nachdenken über Moral und Recht mit seinen problematischen Seiten darzustellen. Weißwäscherei in der Ideengeschichte ehrt deren Gehalte nicht. Das Nachdenken über Moral und Recht hat die Menschen nicht nur vorwärts gebracht. Manche Ungerechtigkeit wird vielmehr mit der falschen Würde des gut Begründeten versehen – die philosophische Verteidigung der Sklaverei ist ein Beispiel einer Tradition, die bis in die Gegenwart reicht. Die Rechtsphilosophie ist deshalb häufig Unrechtsphilosophie und zwar nicht selten auch aus den möglichen Perspektiven der Zeit, in der sie gebildet wird. Respekt für die großen geistigen Leistungen, die erbracht wurden, Bescheidenheit, die Kraft zur echten Bewunderung für das, was die eigenen Fähigkeiten übersteigt, sind höchst angemessen, wenn man den Blick über die Geschichte und Gegenwart des Nachdenkens über Recht und Moral schweifen lässt. Heroenverehrung und das kritiklose Schwenken von Weihrauchfässchen sind aber nicht gerechtfertigt. Denn auch manches Leid wird durch menschliche Reflexion in Philosophie und Theorie legitimiert, perpetuiert oder jedenfalls nicht in Frage gestellt.

Es gab in der Geschichte immer wieder Zeiten, in denen es den Menschen sehr klar erschien, wo das unentdeckte Land des Guten und Gerechten liege, um das es dem Nachdenken über Recht geht. Sehr spezifische Gesellschaftsentwürfe wurden auf diese Klarheit gegründet und manches Opfer gefordert, um sie zu verwirklichen. Die geistige Möglichkeit dieser Sicherheit ist im 20. Jahrhundert für immer zerstoßen. Die Heilsversprechen sind unheimlich geworden, nicht nur weil sie zur Bemäntelung von

Verbrechen benutzt wurden und noch heute in derartigem Gebrauch sind, sondern auch, weil selbst ernsthaft geglaubte Heilsversprechen große humane Übel gebären können.

- 10 Für die Menschen der Gegenwart ist deshalb unübersehbar geworden, dass moralische Mündigkeit unausweichlich ist. Sie können die Aufgabe, zu bestimmen, was normative Grundlage des individuellen Handelns und des gesellschaftlichen Zusammenlebens bildet, nicht an andere delegieren. Auch wenn man meint, ihr ausweichen zu können, indem man einer Autorität oder einer Tradition folgt, sei sie weltlich, sei sie religiös, gelingt es nicht, dieser Verantwortung zu entgehen, denn die eigene Entscheidung ist ja die Grundlage dieser Gefolgschaft und ihrer Konsequenzen, für die man deshalb weiter die Verantwortung trägt. Moralische Mündigkeit verlangt aber begründete Urteilsbildung, nicht zuletzt über den Gehalt des Rechts. Sie führt damit zwangsläufig zur philosophischen und theoretischen Grundlagenreflexion, denn kritische Urteilsbildung ist deren eigentliches Geschäft. Die Rechtsphilosophie und -theorie mag in manche labyrinthische Schwierigkeit hineinführen, oftmals langen Atem erfordern und einen zuweilen mit einer Frage zurücklassen, auf deren Beantwortung viel ankommt und die doch offen bleibt. An guten Gründen, sich dennoch mit Ernsthaftigkeit auf ihr großes geistiges Projekt einzulassen, fehlt es aber nicht.

1. Teil: Der Weg zu Demokratie und Menschenrechten – Geschichte

§ 1 Theorien der Antike

I. Unbestimmter Beginn und die eigentliche Gestalt der Tradition	1	1. Teleologie und Form	58
II. Tugend und objektive Einsicht – Vorsokratiker, Sokrates und Pla- ton	8	2. Glück und Gemeinschaft	62
1. Mythos und Poesie	8	a) Metaphysik, Eudämonismus und ethische Einsicht	62
2. Vorsokratiker	13	b) Gerechtigkeit und Altruis- mus	67
3. Die Sophistik	14	3. Verfassung und gutes Leben	72
4. Sokrates	17	4. Kritische Einschätzungen	79
a) Dialog und die Grenzen der Einsicht	17	IV. Hellenistische Philosophie	88
b) Wissen und Gutes	23	1. Politischer Wechsel und geistige Vielfalt	88
c) Kritische Einschätzungen	27	2. Epikureismus	90
5. Das Gute als Idee – Platon	34	a) Wohlergehen und Ethik	90
a) Erkenntnis und Idee	34	b) Kritische Einschätzungen	93
b) Die Metaphysik des Guten	37	3. Trost und Einsicht – Stoa	94
c) Die Gerechtigkeit des Staa- tes	39	a) Welt und logos	94
d) Kritische Einschätzungen	46	b) Naturrecht und die Über- windung der Welt	96
III. Gerechtigkeit und politische Anthropologie – Aristoteles	58	c) Kritische Einschätzungen	98

I. Unbestimmter Beginn und die eigentliche Gestalt der Tradition

Eine der ältesten erhaltenen schriftlichen Rechtssammlungen, der Kodex des Königs *Hammurabi*, stammt aus Babylonien aus der Zeit um 1700 v. Chr. Er enthält interessante rechtliche Regelungen, z.B. solche, die das Talionsprinzip (Auge-um-Auge, Zahn-um-Zahn) für verschiedene Bereiche anwenden und differenzieren. Eine solche Kodifikation setzt Nachdenken über den Inhalt des Niedergeschriebenen (hier in Keilschrift in Stein Gehauenen) voraus, denn jede Kodifikation bedeutet Auswahl und Inhaltsbestimmung, Entscheidung und damit – wie auch immer rudimentäre und irrational getrübe – Reflexion. Wenn man das Talionsprinzip kodifiziert, entscheidet man sich z.B. gegen ungemäßigte Rache. Welche Form, welchen Inhalt, welchen Grad an Ausdrücklichkeit dieses Nachdenken im Babylon dieser Zeit angenommen hat, ist mangels Quellen allerdings ungewiss. Für andere alte Rechtszeugnisse – etwa religiöse Gesetze des Hinduismus, deren textliche Grundlagen in das zweite Jahrtausend v. Chr. zurückreichen oder des Juden- und Christentums im Pentateuch (der Thora), entstanden nach 1000 v. Chr. – gilt Ähnliches: Sie illustrieren, dass Menschen ersichtlich auch in diesen Epochen auf eine differenzierte Weise mit Normen umgingen, ohne dass klar ist, in welcher Weise und auf welchem gedanklichen Niveau dies genau geschah. Dieser Befund verweist auf ein allgemeines und wichtiges Problem: Wann die

1

bewusste, vertiefte Reflexion über Recht, seine Form und seine Inhalte, über das Gute und Gerechte, einsetzt und welches ihre Gehalte waren, ist ungeklärt.

- 2 Große Zeugnisse der Theorie, auf die der Blick im Folgenden fallen wird, verführen allerdings dazu, in dieser Größe zugleich einen eigentlichen und die Reflexion der jeweiligen Zeit sogar sachlich erschöpfenden Anfang zu sehen. Entsprechend erzeugen manche Rekonstruktionen der Ideengeschichte den Eindruck, menschliches Nachdenken beginne erst mit den großen Autoren der Antike, mit *Heraklit*, *Sokrates*, *Platon* oder *Aristoteles*, deren Werk in der einen oder anderen Form überliefert wurde. Diese Überlegungen drückten den Erkenntnisstand der Epoche zudem auch *substantiell* aus. Beide Annahmen bilden aber womöglich vorschnelle Schlussfolgerungen, weil Überlieferungen aus verschiedenen Gründen selektiv sein können.
- 3 Traditionen bewahren nur bestimmte Teile einer Kultur, die keineswegs immer die wichtigsten und interessantesten sein müssen. Wir kennen zunächst sowieso nur, was der unabsichtlichen, beiläufigen Zerstörungskraft der Zeit und den absichtlichen menschlichen Vernichtungshandlungen entgangen ist. Diese so gerissenen Lücken werden durch das immerhin noch vorhandene Werk selbst sogar offensichtlich gemacht. Viele Texte der Antike, literarische, philosophische, dokumentieren unmittelbar physisch die eigentliche Gestalt der ganzen intellektuellen Tradition, die wie diese Texte kein wohlbewahrtes Ganzes, sondern ein Bruchstück, ein Fragment ist. Die Größe des Ganzen können wir aufgrund dessen, was wir in der Hand halten, nur ahnen, mit Bewunderung vor der menschlichen Kreativität, wie sie schon das noch Vorhandene zeigt und ohne zu vergessen, was wir verloren haben. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass wir erstens nicht nur Teile des Werkes von einzelnen Menschen, sondern sicher häufig solche Werke im Ganzen nicht kennen, entweder weil ihre Zeugnisse insgesamt zerstört wurden oder weil es zu diesen Zeugnissen gar nicht erst gekommen ist. Menschliche Kulturleistungen können ja geistig-flüchtig bleiben, existieren ohne bleibende Verkörperung, und dabei von großem Gehalt sein. Auch hier kann man immerhin das eine oder andere ahnen – etwa, um ein literarisches Beispiel anzuführen, wenn man bedenkt, dass die *Odyssee* und *Ilias* (jedenfalls nach gängigen Annahmen) auf der Grundlage früherer mündlicher Überlieferungen der erzählten Geschichten entstanden sind. Im Hintergrund dieser großen Werke klingen deshalb (heute nunmehr bewusst) die Stimmen vieler Menschen und ihrer kreativen Leistungen mit, die lange Zeit durch den großen Einzelnen *Homer* (der durch die neuen Kenntnisse der Voraussetzungen der Epen an Bewunderungswürdigkeit nichts verliert, eher gewinnt) im Bewusstsein der Rezipienten verdeckt wurden. Das gleiche gilt auch für das Nachdenken der Theorie, die Reflexion über abstrakte Gegenstände wie das Recht, das Gute oder die Gerechtigkeit. Auch hier ist vermutlich manches verklungen, was in berühmten Überlieferungen unerkannt nachhallt.
- 4 Eine weitere Quelle des Fragmentarischen unseres Bildes der geistigen Vergangenheit der Menschheit ist der Ausschluss von ganzen Bevölkerungsgruppen von der Traditionsbildung. Die Auswahl der Betroffenen ist schwankend, von vielen Faktoren abhängig, aber eine Gruppe war universell betroffen und kann exemplarisch angeführt werden: Frauen, die in kulturell und religiös sehr unterschiedlichen Gesellschaften keine Möglichkeit hatten, ihre Fähigkeiten zu entwickeln und für ihre geistigen Leistungen

Anerkennung zu finden. Die geistige Tradition, die zu behandeln ist, wird deshalb fast ausschließlich von Männern gebildet und sicher nicht, das wissen wir heute und konnten es schon früher an Beispielen wie *Sappho*, der *Marquise du Châtelet*, *Mary Wollstonecraft* oder *Lise Meitner* erkennen, weil es einem Geschlecht an Nachdenklichkeit, geistigem Mut, Kraft zum großen Wurf, Originalität und moralischer Unerschrockenheit fehlen würde. Dieses Bewusstsein des weitgehenden Fehlens der Beiträge der weiblichen wissenschaftlichen Talente diskreditiert in keiner Weise das, was Männer geleistet haben. Es gehört aber zum Hintergrund eines Begriffs der Ideengeschichte, der sich mit offenen Augen und ohne Schönfärberei bildet, zu erkennen, welche humanen Möglichkeiten unausgeschöpft blieben – was übrigens praktisch die Entschiedenheit befestigen kann, diese Verarmung in der Gegenwart und Zukunft zu vermeiden.

Schließlich sei noch auf die kulturelle Beschränktheit der Kenntnisse von menschlichen Ideen insgesamt hingewiesen. Ideengeschichte wurde lange als europäische Ideengeschichte betrieben, ohne dass es dafür starke sachliche Gründe gibt. Menschliche Kreativität hat in allen Weltregionen interessanten Ausdruck gefunden, ohne dass die geleisteten Beiträge ausreichend erforscht oder bekannt wären. Die Theorien, die im Folgenden betrachtet werden, sind deshalb nicht mehr als ein Ausschnitt – immerhin aber einer, der jedenfalls aufgrund seines Gehaltes großer Aufmerksamkeit wert ist, und den man mindestens und aus jeder Perspektive zur Kenntnis nehmen muss, auch wenn man kulturelle Beschränktheiten überwinden will.

Was an Theorien aufgegriffen wird, darf mithin nicht mit dem Ganzen der menschlichen Ideen über Recht, Gutes und Gerechtigkeit verwechselt werden und zwar nicht allein, weil nur eine Auswahl von entwickelten Theorien behandelt werden kann, sondern auch, weil die bekannten Elemente der Ideengeschichte selbst nur ein Fragment des Ganzen bilden.

Die vielfältigen Grenzen der erörterten Tradition sind also zu betonen, eine Grenze ist ihrer Nachzeichnung aber nicht gezogen: Die Rekonstruktion der ideengeschichtlichen Tradition ist nicht selbst durch ihre eigene kulturelle Position *prinzipiell* beschränkt. Die folgenden Bemerkungen gehen von der Überzeugung aus, dass jede ideengeschichtliche Rekonstruktion selbstverständlich von einem partikularen Standpunkt aus beginnt, dieser aber in der theoretischen Arbeit überschritten werden sollte und dies theoretisch auch möglich ist, der tastende, vorsichtige und skeptische Durchgriff zu universalistischen Perspektiven also nicht, wie in der Vergangenheit und unmittelbaren Gegenwart immer wieder behauptet wird, grundsätzlich verschlossen ist – wenn auch den hier unternommenen Versuchen dieser Durchgriff tatsächlich nicht gelingen mag. Diese geistige Perspektive der folgenden Bemerkungen wird sich im Fortgang der Überlegungen selbst näher explizieren und gegenüber Gegenentwürfen zu behaupten trachten.

II. Tugend und objektive Einsicht – Vorsokratiker, Sokrates und Platon

1. Mythos und Poesie

Mit diesen Klärungen im Rücken kann die angestrebte ideengeschichtliche Rekonstruktion mit systematischem Interesse unbefangen und ohne die Befürchtung, es wür-

de als der Glaube missverstanden, sie sei der wirkliche Anfang und das Ganze der Reflexion dieser Zeit, mit der griechischen Antike beginnen.

- 9 Der griechische Kulturraum hat schon vor der klassischen Epoche des 5. und 4. Jahrhunderts v. Chr., in der die bekanntesten Theorien zum Guten, Gerechten und zum Recht entwickelt wurden, eine vielfältige Entwicklung durchgemacht. Von bronzezeitlicher Kunst zeugen die auf der Inselgruppe der Kykladen gefundenen Statuetten, die die Abstraktionen der ästhetischen Moderne vorwegnehmen. Die minoischen und mykenischen Palastkulturen haben bis zur zweiten Hälfte des zweiten Jahrtausends v. Chr. differenzierte Zivilisationen entwickelt, bis sie um das 13. Jahrhundert v. Chr. untergehen, aus Gründen, die bis heute nicht geklärt sind, zu denen aber vermutlich innere Schwäche, wirtschaftliche Probleme wie Engpässe im Rohstoffhandel und vordringende äußere Feinde gehören. Von den Leistungen dieser Kulturen zeugen anschaulich die Palastruinen in *Mykene* oder *Tiryns* und die dort gemachten Funde. Diese Zivilisationen sind durch den Palast als Zentrum der Herrschaftsgewalt, die straff organisierte Ökonomie sowie strikte soziale Hierarchien gekennzeichnet. Mit *Linear A* und *B* verfügen sie auch über Schriftformen, die aber nach dem Untergang dieser Kulturen in Vergessenheit geraten. Diese Palastkulturen bilden den Hintergrund der homerischen Erzählungen – die Burgen aus riesigen Quadern, aus „kyklopischen Mauern“, scheinen eine heroische Zeit zu bezeugen, die diese Epen besingen. Nach Jahrhunderten des Niedergangs, den sog. „*dark ages*“, setzt die Entwicklung im ersten Jahrtausend v. Chr. wieder ein. Die sog. archaischen Kulturen entwickeln sich, die Schrift mit dem griechischen Alphabet wird auf Grundlage des phönikischen im 8. Jahrhundert v. Chr. neu erfunden, mit einer Innovation: Zeichen nicht nur für Konsonanten, sondern auch für Vokale. Die großen Epen von Homer und Hesiod entstehen und bezeugen, mit welcher Kraft sich die Stimme der Poesie in dieser Zeit erhoben hat.
- 10 Von der archaischen Periode an entwickeln sich verschiedene Herrschaftsstrukturen in den aufblühenden Stadtstaaten¹ – das oligarchische Sparta und das demokratische Athen bilden dabei nicht nur die machtpolitischen Zentren, sondern auch gesellschaftspolitische Pole der Entwicklung. Die politischen Ordnungen werden in unterschiedlicher Form institutionalisiert. Polisverfassungen werden geschaffen, die die Ausübung von Herrschaft an bestimmte Regeln binden und damit wichtige Schritte unternehmen, diese zu formalisieren und zu versachlichen.² Die griechische Welt wird dabei durch kulturelle Faktoren wie Sprache, Schrift, religiöse und mythische Vorstellungen und die Kunst verbunden. Keine Rolle spielt die Idee einer politischen Vereinigung, also eine frühe Form der Idee nationalstaatlicher Organisation.
- 11 Die zentrale außenpolitische Herausforderung bildet das expandierende Perserreich. 490 v. Chr. gelingt durch die Schlacht bei Marathon ein wichtiger Erfolg gegen die Perser, 480 v. Chr. der entscheidende Sieg in der Schlacht bei Salamis. Damit endet

1 Im Folgenden wird der Begriff „Staat“ mit einem international weitverbreiteten philosophischen, philologischen und historischen Sprachgebrauch auch für organisierte und institutionell gefestigte Ordnungen menschlicher Gemeinschaften der Antike verwandt, dieser Begriff also nicht auf die politischen Ordnungen der Neuzeit beschränkt, wie es manchmal vorgeschlagen wird.

2 Die älteste überlieferte Polisverfassung ist die sog. „Große Rhetra“ in Sparta aus dem 8./7. Jahrhundert v. Chr.

zunächst eine zentrale existentielle Bedrohung der Eigenständigkeit der griechischen Welt. Die institutionelle Konsolidierung Athens hatte die Gesetzgebung *Solons* am Beginn des 6. Jahrhunderts v. Chr. eingeleitet. Die Grundlage für die demokratische Entwicklung Athens schaffen die Reformen des *Kleisthenes* 508 v. Chr., indem die politische Repräsentation an der Gleichheit der Athener Bürger orientiert wird. 462 v. Chr. brechen die Reformen des *Ephialtes* endgültig die Vorherrschaft der Aristokratie in Athen und festigen die politischen Strukturen der Demokratie. Der aristokratisch beherrschte *Areopag* wird zu einer Institution der Gerichtsbarkeit, deren friedensstiftende Rolle *Aischylos* in der Tragödien-Trilogie der *Orestie* im Mythos verankert. 443–429 v. Chr. ist *Perikles* die beherrschende Persönlichkeit Athens. Dieses „perikleische Zeitalter“ bedeutet den Höhepunkt der demokratischen Entwicklung in Athen. Die athenische Demokratie ist direkt und die meisten Ämter – mit Ausnahme etwa der militärischen Oberbefehlshaber, der Strategen und der Finanzbeamten – werden per Los vergeben. Eine Teilung der Gewalten existiert nicht, die Volksversammlung bildet das zentrale Organ. Die Demokratie bleibt dabei selektiv – Sklaven bilden eine wichtige ökonomische Grundlage, ohne politische Rechte zu besitzen, Frauen sind von der Ausübung politischer Herrschaft ausgeschlossen, die bei ungefähr 30'000 stimmberechtigten Bürgern liegt. Dennoch hat die athenische Verfassung in diesen Grenzen Maßstäbe für die demokratische Strukturierung von politischen Ordnungen gesetzt, denen auch der moderne demokratische Konstitutionalismus in manchem verpflichtet bleibt. Athens Demokratie verhindert allerdings nicht die Verfolgung zweifelhafter politischer Ziele: Eine imperiale Vormachtstellung – organisiert etwa durch den Delisch-Attischen Seebund seit 478/477 v. Chr. – gehört in der ganzen klassischen Zeit zu den politischen Zielen Athens wie anderer Staaten. Dies schließt die brutale Unterwerfung anderer Gemeinschaften ein, z.B. die Eroberung Äginas, einer Insel vor der Küste Athens, und die Versklavung ihrer Einwohner – zu denen der Dichter *Pindar* nur deswegen nicht gehört, weil er kurz zuvor stirbt. Was diese Eroberungskriege bedeuten, bleibt auch den Zeitgenossen nicht verborgen. *Euripides* etwa hat das Leid der in solchen Kriegszügen Unterworfenen in der Tragödie *Die Troerinnen* deutlich vor Augen geführt. Von 431–404 v. Chr. dauert der Peloponnesische Krieg zwischen Sparta und Athen und endet mit der Niederlage Athens, seiner Besetzung und der Herrschaft der 30 Tyrannen, bis die Demokratie im Jahr 403 v. Chr. wiederhergestellt wird – bis zu ihrem Ende im Jahr 322 v. Chr. im angebrochenen Zeitalter der hellenistischen Monarchien.

In diesem Zeitraum des Aufblühens der griechischen Kultur sind viele Überlegungen zur Frage nach dem Recht, dem Guten und der Gerechtigkeit formuliert worden. In mythologischer und poetischer Form lassen sich etwa schon in den Epen von *Homer* und *Hesiod* interessante und vielschichtige Vorstellungen zu dieser Problematik entdecken, z.B. Homers Darstellungen des normativ richtigen Verhaltens seiner Akteure und der Ordnungen, in die es eingebettet ist, in der *Ilias* und *Odysee*. Wichtig ist die Vorstellung einer existierenden, unabhängig von menschlichen Setzungen gegebenen normativen Ordnung, also von Vorläufern des – wie es später genannt wurde – Naturrechts. Auch hier kann man durchaus Spuren bei *Homer* finden, z.B. wenn man die Rolle des Gastrechts in seinen Epen berücksichtigt. In den Darlegungen *Hesiods*

12

zum Begriff der *Dike*, ein Gegenbegriff zur Ordnung der Gewalt der Tiere und ein Spezifikum der menschlichen Welt,³ der normativ zu verstehen ist, klingt dies ebenfalls bereits an.⁴ In der archaischen Periode beginnt auch die philosophische Reflexion, deren Protagonisten traditionell unter dem Begriff der Vorsokratiker zusammengefasst werden.

2. Vorsokratiker

- 13 Die Vorsokratiker bilden eine heterogene Gruppe von Philosophen, die im Wesentlichen vor *Sokrates* ihre Ideen entwickelt haben, wobei allerdings – wenn man die Sophistik mit einbezieht, wie es manchmal geschieht – auch Zeitgenossen von Sokrates zu ihnen gezählt werden. Die vorsokratische Philosophie vor der Sophistik beschäftigt sich vor allem mit einer Theorie der Natur. Zentrale Probleme bilden dabei die Bestimmung der Baustoffe der Welt, ihr Wesen und die Frage, ob die Dinge durch ihre Veränderlichkeit ausgezeichnet seien oder von einem unveränderlichen Sein ausgegangen werden könne.⁵ Aber auch ethische Themen werden bedacht. Einige Vorsokratiker gründen sogar auf spezifische Ideen ausgerichtete Lebens- und Glaubensgemeinschaften, z.B. die *Pythagoräer* mit Vorstellungen einer Wanderung und Reinigung der Seele sowie ihrer Befreiung vom Gefängnis des menschlichen Leibes, die an die Religionslehre der Orphik des 6. Jahrhunderts v. Chr. anknüpft. Es gibt darüber hinaus eine Reihe von überlieferten Gedanken, die andeuten, dass die Fragen nach dem Recht, der Gerechtigkeit und dem Guten bedacht und erörtert werden. *Anaximanders* Bemerkungen zum Vergehen der Dinge als Buße für Ungerechtigkeit bilden ein Stück bildhafte Naturphilosophie, gehören aber auch in den Umkreis von Vorstellungen einer die Welt bestimmenden Gesetzmäßigkeit.⁶ Die *Pythagoräer*, berichtet *Platon* über ein anderes Beispiel, hätten gelehrt, dass „auch Himmel und Erde, Götter und Menschen nur durch Gemeinschaft bestehen bleiben und durch Freundschaft und Schicklichkeit und Besonnenheit und Gerechtigkeit“.⁷ Naturphilosophie verbindet sich bei ihnen also nach diesem Bericht mit der Idee der Notwendigkeit einer normativen, gerechten Struktur menschlicher Gemeinschaft. Auch für *Heraklit* steht die Welt unter einer umfassenden Gesetzmäßigkeit, einem Weltgesetz, dem *Logos*.⁸ Aus diesem umfassenden Weltgesetz würden alle menschlichen Gesetze gespeist.⁹ Für Gott sei alles schön und gerecht, nur die Menschen hielten das eine für gerecht, das andere für ungerecht.¹⁰ *Demokrit* – schon ein Zeitgenosse von Sokrates – hat die Bedeutung eines Verhaltens

3 Vgl. *Hesiod*, Werke und Tage, in: *ders.*, Theogonie, Werke und Tage, griechisch-deutsch, hrsg. und übersetzt v. A. Schirnding, 1991, S. 275–279.

4 Zur Diskussion E.-W. Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Aufl., 2006, S. 33 ff.

5 Baustoffe der Welt z.B.: Wasser: *Thales* (624–546 v. Chr.); Unendliches: *Anaximander* (610–545 v. Chr.); Luft: *Anaximenes* (etwa 585–528 v. Chr.); Zahl und Stoff: *Pythagoras* (570–496 v. Chr.); Atome: *Demokrit* (460–371 v. Chr.); Feuer, Wasser, Luft, Erde: *Empedokles* (492–432 v. Chr.); Betonung des sich verändernden Werdens: *Heraklit* (544–484 v. Chr.); Betonung des unveränderlichen Seins: *Parmenides* (540–470 v. Chr.).

6 *Anaximander*, in: W. Capelle (Hrsg.), Die Vorsokratiker, 1968, fr. 21; vgl. zur Diskussion E.-W. Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, S. 39 f.; B. Russell, A History of Western Philosophy, o. J., S. 27.

7 *Platon*, Gorgias, 508 a. Platons Werke zitiert nach: *Platon*, Werke in acht Bänden, Griechisch-Deutsch, übersetzt v. F. Schleiermacher, 2005.

8 *Heraklit*, Capelle, fr. 31.

9 *Heraklit*, Capelle, fr. 33.

10 *Heraklit*, Capelle, fr. 48.

nach Recht und Gesetz für das eigene gute Leben betont,¹¹ das darin bestehe, nicht irgendwelchem Begehren zu folgen, sondern das Gute und Schöne zu erstreben.¹² Die Pflicht sei um ihrer selbst willen zu erfüllen.¹³ Von allen Angelegenheiten sei die Frage einer guten Regierung des Staates die wichtigste: „Denn ein wohlregierter Staat ist die großartigste Einrichtung; denn alles ist darin beschlossen: gedeiht er, gedeiht alles; stürzt er zusammen, stürzt alles zusammen“.¹⁴ Was Schaden bringe, etwa der Staatsfeind, sei totzuschlagen.¹⁵ Die beste Staatsform sei die Demokratie. Denn: „Die Armut in einer Demokratie ist um so viel besser als das sogenannte ‚Glück‘ am Hofe der Mächtigen, wie die Freiheit besser ist als ein Sklavendasein“.¹⁶

3. Die Sophistik

Als „sophistisch“ wird landläufig ein substanzloses Gerede, eine interessenorientierte Verdrehung von Gedankengängen verstanden. Auch in der Philosophiegeschichte werden die Sophisten traditionell vor allem kritisch beurteilt, nicht zuletzt wegen ihrer Darstellung in den platonischen Dialogen, in denen die Sophisten die Gesprächspartner sind, die Thesen vorbringen, die elegant und unwiderstehlich widerlegt werden. Zutreffender ist sicherlich ein differenzierteres Bild, das nicht übersieht, dass die Sophisten wichtige geistige, vor allem skeptische Herausforderungen formuliert haben. *Protagoras* (490–420 v. Chr.) hat diese Perspektive mit einem klassischen Satz der Philosophie zusammengefasst, den Platon so wiedergibt: „Der Mensch sei das Maß aller Dinge, der seienden, wie sie sind, der nicht-seienden, wie sie nicht sind“.¹⁷ Dabei geht es nicht nur um das Menschsein als solches, sondern um konkrete Menschen, also um individualistischen Relativismus und Subjektivismus, keine aus dem Menschsein womöglich erwachsende geteilte Humanperspektive.¹⁸ Ein weiteres wichtiges Element ist die Religionskritik. Auch hier kann Protagoras angeführt werden: „Von den Göttern vermag ich nichts festzustellen, weder, daß es sie gibt, noch, daß es sie nicht gibt, noch was für eine Gestalt sie haben; denn vieles hindert ein Wissen hierüber: die Dunkelheit der Sache und die Kürze des menschlichen Lebens“.¹⁹ Diese Bemerkungen haben – unabhängig von ihrem sachlichen Gehalt – die wichtige Wirkung, überkommene Vorstellungen von Wahrheit in Zweifel zu ziehen und auch vor religiösen Autoritäten und Traditionen mit ihren Fragen nicht Halt zu machen. Es erfasst den jeweils unterschiedlichen konstruktiven Gehalt von Sophistik und Aufklärungsepoche nicht hinreichend, die Sophistik antike Aufklärung zu nennen. Einen Beitrag zur Entwicklung des freien Nachdenkens hat die Sophistik aber ohne Zweifel geleistet.

Rechtsphilosophisch haben verschiedene Sophisten menschliche Gesetze und eine überpositive Normordnung differenziert diskutiert. Im Gründungsmythos des *Protagoras*

11 *Demokrit*, Capelle, fr. 134.

12 *Demokrit*, Capelle, fr. 166.

13 *Demokrit*, Capelle, fr. 177.

14 *Demokrit*, Capelle, fr. 234.

15 *Demokrit*, Capelle, fr. 242–245.

16 *Demokrit*, Capelle, fr. 239.

17 *Platon*, *Theaitetos* 152a; *Protagoras*, Capelle, fr. 9.

18 Vgl. *Platon*, *Theaitetos* 152a; *Protagoras*, Capelle, fr. 9.

19 *Protagoras*, Capelle, fr. 18. Vgl. zur Erklärung der Religion aus dem Nutzen der Dinge für die Menschen *Prodikos*, Capelle, fr. 9, 10; als Erfindung zur normativen Disziplinierung der Menschen *Kritias*, Capelle, fr. 1.

14

15