

NOMOSLEHRBUCH

Mahlmann

Rechtsphilosophie und Rechtstheorie

7. Auflage



Nomos



Helbing
Lichtenhahn

NOMOSLEHRBUCH

Prof. Dr. Matthias Mahlmann
Universität Zürich

Rechtsphilosophie und Rechtstheorie

7. Auflage



Nomos



**Helbing
Lichtenhahn**

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) 978-3-7560-0272-6 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (ePDF) 978-3-7489-3162-1 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (Print) 978-3-7190-4646-0 (Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel)

7. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. 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 7. Auflage

Auch die 6. Auflage dieses Buches hat viel Anklang gefunden. Eine englische Übersetzung wird demnächst erscheinen. 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 Lackmустest für jede Rechtsphilosophie, die vor den existentiellen politischen Herausforderungen an Demokratie, Menschenrechtsordnung und Rechtsstaatlichkeit 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.

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 jedenfalls nicht, dass der Versuch, sich der Grundlagen legitimer Rechtsordnungen kritisch zu vergewissern, müßig wäre.

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 Wujohksang, 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 7. Auflage	5
Aus dem Vorwort der 6. Auflage	6
Einleitung	19

1. TEIL: DER WEG ZU DEMOKRATIE UND MENSCHENRECHTEN – GESCHICHTE

§ 1	Theorien der Antike	23
§ 2	Weltreligionen	63
§ 3	Rechte auch für Mayas, Inkas und Azteken? Die Eroberung der Neuen Welt	77
§ 4	Naturrecht und das Wagnis innerweltlicher Rechtsbegründung	89
§ 5	Macht und Übereinstimmung – Theorien des Gesellschaftsvertrages	101
§ 6	Gerechtigkeit als kluge Liebe in der besten aller Welten – G. W. F. Leibniz	122
§ 7	Der moralische Sinn und die Prinzipien der Humanität	130
§ 8	Freiheit und die Not der Minderheit – Moses Mendelssohn und die Rechtsphilosophie der Aufklärung	135
§ 9	Menschliche Würde und praktische Vernunft – Kant	143
§ 10	Die politische Ordnung der Freiheit	161
§ 11	Geist und Sittlichkeit jenseits des Subjekts – Hegel	171
§ 12	Der Utilitarismus und die kalkulierte Ethik des Glücks	183
§ 13	Die historische Logik des Kapitals – Marx und der Marxismus	191
§ 14	Heimatlos jenseits von Gut und Böse – Friedrich Nietzsche	199
§ 15	Intuitionismus, Nonkognitivismus und die Analyse der Sprache der Moral	216
§ 16	Varianten des Pragmatismus	222
§ 17	Die Faktizität des Rechts – Formen des Positivismus	225
§ 18	Theorien moralischen Rechts	234
§ 19	Gerechtigkeitstheorie und Gemeinschaften der Freiheit	244
§ 20	Freiheit, Gerechtigkeit und die Würde der Anerkennung und Authentizität	266
§ 21	Kritik und Rekonstruktion der Vernunft: Kritische Theorie, Diskursethik, Systemtheorie und Postmoderne	280
§ 22	Andere Stimmen – feministische Perspektiven auf das Recht	313
§ 23	Das Leitbild der Effizienz – Ökonomische Analyse des Rechts	318
§ 24	Tugendethik und Tugendjurisprudenz?	323
§ 25	Das Recht auf Rechte und die innerweltliche Heimat der politischen Welt – Hannah Arendt	328
§ 26	Kognitionswissenschaften, Hirnforschung und die Konzeption der Ethik	350
§ 27	Übergang	363

2. TEIL: RECHT UND ETHISCHE ORIENTIERUNG – SYSTEMATIK

§ 28	Recht und Moral	365
§ 29	Analytik des moralischen Urteils	374
§ 30	Norm, Geltung, Verpflichtung	383
§ 31	Subjektive Rechte und die Kritik der Werttheorie	392
§ 32	Sprache, Logik, Ethik und Recht	399

Inhaltsübersicht

§ 33	Willensfreiheit, Schuld, Verantwortung	410
§ 34	Gleichheit und Gerechtigkeit	423
§ 35	Der Rechtswert der Freiheit	434
§ 36	Menschenwürde	442
§ 37	Der Streit um Menschenrechte und die Wurzel der Demokratie	460
§ 38	Nicht nur Fremde und Feinde – das Recht der internationalen Gemeinschaft	473
§ 39	Das gleiche Recht der Menschen und die Herausforderung der Vielfalt	488
§ 40	Die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft	502
§ 41	Neue Perspektiven der praktischen Vernunft	510
§ 42	Ausklang: Das Ethos einer Wissenschaft	514
Literaturverzeichnis		517
Stichwortverzeichnis		537

Inhalt

Vorwort zur 7. Auflage	5
Aus dem Vorwort der 6. Auflage	6
Einleitung	19

1. TEIL: DER WEG ZU DEMOKRATIE UND MENSCHENRECHTEN – GESCHICHTE

§ 1 Theorien der Antike	23
I. Unbestimmter Beginn und die eigentliche Gestalt der Tradition	23
II. Tugend und objektive Einsicht – Vorsokratiker, Sokrates und Platon	25
1. Mythos und Poesie	25
2. Vorsokratiker	27
3. Die Sophistik	28
4. Sokrates	30
a) Dialog und die Grenzen der Einsicht	30
b) Wissen und Gutes	32
c) Kritische Einschätzungen	35
5. Das Gute als Idee – Platon	37
a) Erkenntnis und Idee	37
b) Die Metaphysik des Guten	39
c) Die Gerechtigkeit des Staates	40
d) Kritische Einschätzungen	43
III. Gerechtigkeit und politische Anthropologie – Aristoteles	48
1. Teleologie und Form	48
2. Glück und Gemeinschaft	49
a) Metaphysik, Eudämonismus und ethische Einsicht	49
b) Gerechtigkeit und Altruismus	50
3. Verfassung und gutes Leben	52
4. Kritische Einschätzungen	55
IV. Hellenistische Philosophie	58
1. Politischer Wechsel und geistige Vielfalt	58
2. Epikureismus	59
a) Wohlergehen und Ethik	59
b) Kritische Einschätzungen	60
3. Trost und Einsicht – Stoa	60
a) Welt und <i>logos</i>	60
b) Naturrecht und die Überwindung der Welt	61
c) Kritische Einschätzungen	61
§ 2 Weltreligionen	63
I. Glauben und richtiges Leben	63
II. Hinduismus, Buddhismus und Konfuzianismus	64
III. Judentum	65
IV. Christentum	66
1. Die Ethik der Barmherzigkeit	66
2. Patristik	68
3. Scholastik	69
4. Reformation	71
5. Menschenwürde und Gerechtigkeit	72
V. Islam	73
VI. Kritische Einschätzungen	74

§ 3	Rechte auch für Mayas, Inkas und Azteken? Die Eroberung der Neuen Welt	77
	I. Natürliche Rechte ohne Grenzen?	79
	II. Die legitime Freiheit amerikanischer Ureinwohner	82
	III. Kritische Einschätzungen	86
§ 4	Naturrecht und das Wagnis innerweltlicher Rechtsbegründung	89
	I. Naturrecht und Vernunft	89
	II. Eine umfassende Theorie des Rechts	91
	III. Ein Naturrechtssystem	92
	IV. Die naturrechtliche Ordnung der Welt	94
	1. Naturrecht und Rechtstradition	94
	2. Strafe, Gerechtigkeit und Schuld	94
	3. Strafzwecktheorie	95
	V. Das Recht von Krieg und Frieden	96
	VI. Kritische Einschätzungen	98
§ 5	Macht und Übereinstimmung – Theorien des Gesellschaftsvertrages	101
	I. Eine neue Idee	101
	II. Der Frieden der Unterwerfung – Hobbes	101
	1. Bürgerkriege und die neuen Naturwissenschaften	101
	2. Die Moral der Selbsterhaltung	102
	3. Krieg und Staat	103
	4. Kritische Einschätzungen	104
	III. Die geistige Liebe zur Welt – Spinoza	105
	1. Gott oder Natur	105
	2. Leidenschaft, Gleichmut und die Begründung des Staates	106
	3. Kritische Einschätzungen	109
	IV. Staat und ursprüngliche Rechte – Locke	110
	1. Das Werden des konstitutionellen Liberalismus	110
	2. Empirismus und Naturrechtskritik	110
	3. Die politische Organisation der subjektiven Rechte	111
	4. Kritische Einschätzungen	112
	V. Gemeinwillen und Republik – Rousseau	113
	1. Das traurige und große System	113
	2. Mitleid und Freiheit	115
	3. Kritische Einschätzungen	118
	VI. Der Gehalt einer neuen Idee	119
§ 6	Gerechtigkeit als kluge Liebe in der besten aller Welten – G. W. F. Leibniz	122
	I. Der Stufenbau des Naturrechts	122
	II. Leibniz' Theorie der eingeborenen Ideen	124
	III. Kritische Einschätzungen	127
§ 7	Der moralische Sinn und die Prinzipien der Humanität	130
	I. Theorien des <i>moral sense</i>	130
	1. Prinzipien moralischer Selbstreflexion	130
	2. Kritische Einschätzungen	132
	II. Hume und die Kritik des moralischen Rationalismus	132
	1. Skeptische Theorie des Geistes, moralisches Urteil und Emotion	132
	2. Kritische Einschätzungen	134
§ 8	Freiheit und die Not der Minderheit – Moses Mendelssohn und die Rechtsphilosophie der Aufklärung	135
	I. Rechas besserer Vater	135
	II. Recht und Selbstbestimmung	136

III. Gründe der Toleranz	139
IV. Kritische Einschätzungen	141
§ 9 Menschliche Würde und praktische Vernunft – Kant	143
I. Aufgeklärter Absolutismus und das Zeitalter der bürgerlichen Revolutionen	143
II. Die Aufgabe der Vernunftkritik	144
III. Die Moral des kategorischen Imperativs	146
IV. Das Recht der Selbstzweckhaftigkeit	149
V. Kritische Einschätzungen	152
§ 10 Die politische Ordnung der Freiheit	161
I. Freiheit und Bildung – Wilhelm von Humboldt	161
1. Revolution und Restauration	161
2. Freiheit und das Wohl der anderen	162
3. Ein gemeinschaftszugewandter Liberalismus	164
4. Kritische Einschätzungen	165
II. John Stuart Mill und der frühe Liberalismus	166
1. Die produktive Freiheit zum Experiment	166
2. Kritische Einschätzungen	169
§ 11 Geist und Sittlichkeit jenseits des Subjekts – Hegel	171
I. Hegels Optimismus	171
II. Objektiver Idealismus	171
III. Moralität, Recht und Sittlichkeit	174
IV. Kritische Einschätzungen	178
§ 12 Der Utilitarismus und die kalkulierte Ethik des Glücks	183
I. Das Nützlichkeitsprinzip	183
II. Konsequentialismus	184
III. Kritischer Egalitarismus	185
IV. Moderne Diskussion	187
V. Kritische Einschätzungen	187
§ 13 Die historische Logik des Kapitals – Marx und der Marxismus	191
I. Veränderung der Welt und die Wurzeln der Diktatur	191
II. Historischer Materialismus	192
III. Basis und Normativität	193
IV. Marxismus jenseits von Marx	194
V. Kritische Einschätzungen	195
§ 14 Heimatlos jenseits von Gut und Böse – Friedrich Nietzsche	199
I. Löwenmut und „geistige Nordpolfahrten“	199
II. Hintergrundannahmen	201
1. Kulturmetaphysik und neuer Mythos	201
2. Perspektivismus	202
3. Biologie, Rasse und Denken	204
4. Wille zur Macht und ewige Wiederkehr des Gleichen	205
5. Kritik der Religion	206
III. Moral, Ethik und Recht	206
1. Die Herrschaftsrechte der neuen Aristokratie	206
2. Genealogie der Moral	208
3. Recht und Politik	209
IV. Kritische Einschätzungen	210
1. Perspektive und Einsicht	210
2. Metaethische Defizite und die anderen Parameter der Genealogie der Moral	211
3. Gerechtigkeit, Recht und der Wille zur Macht	211

4.	Menschsein diesseits von Gut und Böse	212
§ 15	Intuitionismus, Nonkognitivismus und die Analyse der Sprache der Moral	216
I.	Kritik und Nüchternheit	216
II.	Intuitionismus	216
1.	Naturalistischer Fehlschluss und das Open-Question-Argument	216
2.	Kritische Einschätzungen	217
III.	Moral und Gefühl	217
1.	Emotivismus	217
2.	Kritische Einschätzungen	218
IV.	Die Sprache der Moral	219
1.	<i>Linguistic turn</i> und die Metaethik	219
2.	Kritische Einschätzungen	220
§ 16	Varianten des Pragmatismus	222
I.	Praxis und Demokratie	222
II.	Kritische Einschätzungen	223
§ 17	Die Faktizität des Rechts – Formen des Positivismus	225
I.	Die Geburt des Positivismus	225
II.	Kelsen und die Reinheit der rechtswissenschaftlichen Theorie	227
1.	Relativismus und Grundnorm	227
2.	Kritische Einschätzungen	229
III.	Der Begriff des Rechts – H. L. A. Hart	230
1.	Regeln und Verbindlichkeit	230
2.	Kritische Einschätzungen	233
§ 18	Theorien moralischen Rechts	234
I.	Eine Frage ohne Müßigkeit	234
II.	Radbruch	234
1.	Politik und Neukantianismus	234
2.	Relativismus und die Suche nach dem festen Grund	235
3.	Kritische Einschätzungen	237
III.	Regeln und die Prinzipien des Rechts	237
1.	Dworkins Liberalismus und die Theorie der besten Interpretation	237
a)	Regeln, Prinzipien und <i>interpretational stance</i>	237
b)	Liberalismus, Würde und Gerechtigkeitstheorie	239
2.	Prinzipien und die Strukturtheorie der Grundrechte	239
3.	Kritische Einschätzungen	241
IV.	Die Moral der Rechtsstaatlichkeit	242
1.	Positivismus und <i>rule of law</i>	242
2.	Kritische Einschätzungen	243
§ 19	Gerechtigkeitstheorie und Gemeinschaften der Freiheit	244
I.	Gerechtigkeit und das Werden der politischen Ordnung der Nachkriegszeit	244
II.	Eine Theorie der Gerechtigkeit	244
1.	Liberaler Kontraktualismus	244
2.	Zwei Prinzipien der Gerechtigkeit	247
3.	Kantianismus und politischer Konstruktivismus	249
4.	Institutionelle Ordnung	252
5.	Internationale Ordnung	252
6.	Kritische Einschätzungen	255
III.	Kommunitarismus und Gerechtigkeit	259
1.	Einfache und komplexe Gleichheit	259
2.	Kritische Einschätzungen	261

IV. Transzendentaler Institutionalismus und die vergleichende Verbesserung der Welt	261
1. Gerechtigkeit jenseits des Kontraktualismus	261
2. Kritische Einschätzungen	264
§ 20 Freiheit, Gerechtigkeit und die Würde der Anerkennung und Authentizität	266
I. Der Markt der Ressourcen	266
II. Respekt vor anderen und die Humanität des Selbst	266
1. Die Verbindung von Ethik, Moral und Recht	266
2. Moralische Epistemologie und Ontologie	267
a) Moral und Erkenntnis	267
b) Moral und der Stoff, aus dem die Welt ist	269
c) Begriffsarten	271
3. Die Einheit der Werte konkret	271
a) Menschenwürde	271
b) Moralprinzipien	272
c) Politische Moral	272
aa) Rechte	272
bb) Gleichheit	273
cc) Freiheit	273
dd) Demokratie	273
ee) Recht	274
4. Die unteilbare Würde	275
III. Kritische Einschätzungen	275
§ 21 Kritik und Rekonstruktion der Vernunft: Kritische Theorie, Diskursethik, Systemtheorie und Postmoderne	280
I. Kritische Theorie	280
1. Die Dialektik der Aufklärung und der Zwiespalt der Vernunft	280
2. Kritische Gesellschaftstheorie und Aufklärung	281
3. Kritik und praktische Orientierung	284
4. Kritische Einschätzungen	286
II. Rationalität und Verständigung – die Diskurstheorie	289
1. Kommunikatives Handeln und gesellschaftliche Vernunft	289
2. Die verschiedenartige Prozeduralisierung der Kriterien der Wahrheit und Richtigkeit	291
3. Diskurs, Moral und Recht	294
4. Kritische Einschätzungen	297
III. Systemtheorie und die methodische Dehumanisierung des Rechts	301
1. Gesellschaft und Autopoiese	301
2. Moral und Recht	302
3. Kritische Einschätzungen	304
IV. Jenseits der Erzählungen – die Postmoderne	307
1. Strukturalismus und Poststrukturalismus	307
2. Die Ethik der Ethik, das Gesetz der Gesetze	308
3. Die postmoderne Kritik der Rechtsform und die Alternative der Pluralität	309
4. Kritische Einschätzungen	310
§ 22 Andere Stimmen – feministische Perspektiven auf das Recht	313
I. Ein Kontinuum der Unfreiheit	313
II. Zwischen Gleichheit und Differenz	315
III. Kritische Einschätzungen	316
§ 23 Das Leitbild der Effizienz – Ökonomische Analyse des Rechts	318
I. Ein zentrales Paradigma	318

II.	Recht und Effizienz	318
III.	<i>Behavioral Law and Economics</i> und <i>Neuroeconomics</i>	320
IV.	Kritische Einschätzungen	321
§ 24	Tugendethik und Tugendjurisprudenz?	323
I.	Der <i>aretaiic turn</i> : Tugend und Recht	323
II.	Tugend als Leitfaden der Ethik	323
1.	Charakter und Handlung	323
2.	Tugendethischer Naturalismus	324
III.	Kritische Einschätzungen	326
§ 25	Das Recht auf Rechte und die innerweltliche Heimat der politischen Welt – Hannah Arendt	328
I	Philosophie, Flucht und Weltruhm	328
II.	Verlassenheit und Totalitarismus	329
1.	Elemente totaler Herrschaft	329
2.	Antisemitismus und Imperialismus	333
3.	Krise der Zivilisation	334
III.	Die politische Heimat der Menschen	335
1.	Handeln und Politik	335
2.	Öffentlichkeit, Pluralität, Macht	336
3.	Politik und Heimat	338
4.	Natalität und Freiheit	339
IV.	Die Aporie der Menschenrechte und das Recht auf Rechte	341
V.	Die erweiterte Denkungsart und politische Urteilskraft	342
VI.	Kritische Einschätzungen	345
1.	Diktatur und Massenmord als Lackmustest der Rechtsphilosophie	345
2.	Analyse der Gewaltherrschaft	345
3.	Die neue Polis	346
4.	Würde als Recht, Rechte zu haben	348
5.	Verteidigung der Urteilskraft	348
§ 26	Kognitionswissenschaften, Hirnforschung und die Konzeption der Ethik	350
I.	Die kognitive Revolution	350
II.	Perspektiven der Ethik und Rechtstheorie	352
1.	Evolutionäre Psychologie	352
a)	Selektion und Reproduktion	352
b)	Kritische Einschätzungen	354
2.	Neuroethischer Emotivismus	356
a)	Gefühl und Rationalisierung	356
b)	Kritische Einschätzungen	358
3.	Mentalistische Theorien in Ethik und Recht	361
§ 27	Übergang	363
2. TEIL: RECHT UND ETHISCHE ORIENTIERUNG – SYSTEMATIK		
§ 28	Recht und Moral	365
I.	Naturrechtstradition und Verbindungsthese	365
1.	Naturrecht, Moral und Recht	365
2.	Moderne Verbindungstheorien	367
II.	Positivismus und Trennungsthese	367
III.	Die materialen Probleme des Streitens um Recht und Moral	368
IV.	Recht und Moral – was bleibt?	372

§ 29	Analytik des moralischen Urteils	374
I.	Die Phänomenologie der Moral	374
II.	Altruismus und Gerechtigkeit	374
III.	Die Ontologie der Moral	378
IV.	Die moralische Motivation	379
V.	Moral und andere Handlungsmotive	379
VI.	Nicht-moralische Voraussetzungen des moralischen Urteils, Interessen, Abwägungskonflikte	381
§ 30	Norm, Geltung, Verpflichtung	383
I.	Norm und Normsatz	383
II.	Existenz und Begründbarkeit von Normen	384
III.	Theorien der Geltung und Legitimität	385
IV.	Verpflichtung und der Gehalt der deontischen Modalitäten	388
§ 31	Subjektive Rechte und die Kritik der Werttheorie	392
I.	Subjektive Rechte	392
1.	Rechte in Moral und Recht	392
2.	Ein analytischer Begriff des subjektiven Rechts	393
II.	Regeln, Prinzipien, Werte	396
§ 32	Sprache, Logik, Ethik und Recht	399
I.	Sprache und Normativität	399
1.	Bedeutung, Verständnis und Auslegung von Normen	399
2.	Humboldts These und die Zeit der Hopi	400
3.	Philosophische Hermeneutik und Vorverständnis	401
4.	Analytische Philosophie und die Philosophie der normalen Sprache	402
5.	Postmoderne Sprachtheorie	404
6.	Neue Perspektiven auf Sprache und Recht	405
II.	Fragen der deontischen Logik	407
§ 33	Willensfreiheit, Schuld, Verantwortung	410
I.	Determinismus, Indeterminismus, Kompatibilismus	410
1.	Determinismus	411
2.	Indeterminismus	413
3.	Kompatibilismus	415
II.	Das Ende der Freiheit?	417
1.	Das Scheitern des Kompatibilismus	417
2.	Determinismus oder Indeterminismus?	418
a)	Die Notwendigkeit der theoretischen Phantasie	418
b)	Die Phänomenologie der Freiheit	421
§ 34	Gleichheit und Gerechtigkeit	423
I.	Gerechtigkeitserfahrung und Gerechtigkeits skeptizismus	423
II.	Ein Begriff der Gerechtigkeit	424
1.	Gleichheitsbeziehungen	424
2.	Gerechtigkeit und Ungleichheiten	429
3.	Verteilungsgegenstände	430
4.	Arten der Gleichheit	432
5.	Gerechtigkeitstheorie und die Probleme der Praxis	433
§ 35	Der Rechtswert der Freiheit	434
I.	Die Schwierigkeiten eines Begriffs	434
II.	Negative und positive Freiheit	435
III.	Individuum und Gemeinschaft	437

IV. Eine Werttheorie der Freiheit	440
1. Freiheit als instrumentaler Wert	440
2. Freiheit als intrinsischer Wert	440
§ 36 Menschenwürde	442
I. Pathos und nüchterne Perspektiven	442
II. Zur Geschichte des Menschenwürdebegriffs	443
1. Antike	443
a) Menschenwürde in der antiken Literatur	443
b) Stoa	444
2. Religiöse und mythologische Spuren der Menschenwürde	444
3. Würdebegründungen der Neuzeit	445
a) Würde in der Renaissance	445
b) Würdeskeptizismus, der ethische Gehalt der Gesellschaftsvertragstheorien und das Vernunftrecht	446
c) Die kantische Ethik und der Begriff der Menschenwürde	446
d) Würdebegründungen seit der Aufklärung	448
4. Einige Würdebegründungen der Gegenwart	449
a) Systemtheorie	449
b) Habermas' kommunikationstheoretischer Würdebegriff	450
c) Kontraktualistische Würdebegründung	451
d) Würde aus Neubeginn, Investition, Metaphysik und Genealogie	451
5. Ein autark humanistischer Würdebegriff	452
6. Anwendungsprobleme	454
a) Der Beginn des menschlichen Lebens	454
b) Schwangerschaftsabbruch	457
c) Bioethik	458
d) Folter	458
7. Menschenwürde und Fürsorge	459
§ 37 Der Streit um Menschenrechte und die Wurzel der Demokratie	460
I. Die Idee der Demokratie und Menschenrechte	460
II. Die schwierige Suche nach dem Grund der Menschenrechte	460
1. Theorien der Handlungsfähigkeit	460
a) Die Bedingungen des Handelns	460
b) Normative Handlungsfähigkeit	462
2. Bedürfnis- und Interessentheorien	465
3. Menschenrechte und Befähigungen	466
4. Politische Konzeptionen	467
5. Weitere Elemente der Diskussion	468
III. Drei Elemente einer Legitimationstheorie der Menschenrechte	468
1. Gütertheorie der Ethik und des Rechts	468
2. Politische Theorie der Grund- und Menschenrechte	469
3. Theorie normativer Prinzipien	471
IV. Menschenrechte und Demokratie	472
§ 38 Nicht nur Fremde und Feinde – das Recht der internationalen Gemeinschaft	473
I. Keine Ruhe für die Gegenwart	473
II. Einige Fragen	473
III. Rechtsphilosophische Weichenstellungen	474
IV. Ist Völkerrecht Recht?	475
V. Ein klassischer Text der Völkerrechtsphilosophie	476
1. Präliminarartikel	477
2. Definitivartikel	478

3. Hilfestellungen der Natur	481
4. Der geheime Rat der Philosophen	482
5. Politik und Moral	482
6. Ethik, Recht und Öffentlichkeit	483
VI. Rechtliche Weltpolitik als ethischer Wirklichkeitssinn	484
§ 39 Das gleiche Recht der Menschen und die Herausforderung der Vielfalt	488
I. Das Universalismusproblem	488
II. Erkenntnis und Geschichte	492
1. Der Zeitkern der Wahrheit	492
2. Relativität und Historisierung	494
3. Geschichte und menschliche Rechte	495
4. Grenzen der historisierenden Relativierung	496
III. Vernunft und Richtigkeit	498
IV. Die Reichweite des Zweifels	499
§ 40 Die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft	502
I. Die Herausforderungen des Gegenstandsbereichs	502
II. Der wissenschaftstheoretische Rahmen	503
1. Logischer Positivismus und Kritischer Rationalismus	503
2. Wissenschaft jenseits des naturwissenschaftlichen Paradigmas	504
3. Neue Theorien der Naturwissenschaften	505
III. Rationalitätsansprüche der Rechtswissenschaft	506
§ 41 Neue Perspektiven der praktischen Vernunft	510
I. Die Wirklichkeit des Gewissens	510
II. Mentalistische Ethik – Theorien der Universalgrammatik der Moral	510
§ 42 Ausklang: Das Ethos einer Wissenschaft	514
Literaturverzeichnis	517
Stichwortverzeichnis	537

-
- 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 Wollens 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.

1

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.

2

- 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.

6

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.

7

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.

8

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

9

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

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

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.

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

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 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

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 Rhethra“ in Sparta aus dem 8./7. Jahrhundert v. Chr.

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* 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.

12

2. Vorsokratiker

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.

13

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

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 Gesetzlichkeit.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 Gesetzlichkeit, 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 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

- 14 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 Gesprächspart-

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.

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.

ner 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* wird *Dike* an alle Menschen von Zeus ausgespendet, was eine naturrechtliche Interpretation wenigstens möglich macht. ²⁰ *Hippias* (5./4. Jhd. v. Chr.) hat nach Platons Bericht die natürliche Gleichheit und Verbundenheit der Menschen unterstrichen, von der das menschliche Gesetz aber oftmals abweiche: „Ich denke, sagte er, ihr versammelten Männer, daß wir Verwandte und Befreundete und Mitbürger von Natur sind, nicht durch das Gesetz. Denn das Ähnliche ist dem Ähnlichen von Natur verwandt, das Gesetz aber, welches ein Tyrann der Menschen ist, erzwingt vieles gegen die Natur“. ²¹ *Antiphon* (480–411 v. Chr.) hat ausdrücklich Gesetze der Natur und menschliche Gesetze unterschieden. Die Ersteren seien gewachsen, Letztere Produkt der Übereinkunft. Eine Verletzung der staatlichen Gesetze könne wegen Sanktionen Nachteile bringen, die Verletzung der natürlichen Gesetze sei dagegen in Wahrheit schlecht. ²² Der Geltungsanspruch von Recht wird von manchen Sophisten an eine bestimmte Polisordnung gebunden. ²³ Für einige erscheint das Gesetz als ein Instrument zur Befriedung menschlicher Gemeinschaften, die sonst der nackten Gewalt ausgeliefert seien. ²⁴ In der Sophistik werden auch Theorien eines Rechts des Stärkeren formuliert. *Kallikles* (5. Jhd. v. Chr.) hält die Gesetze für Produkte der Schwächeren, mit

15

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.

²⁰ Vgl. Platon, *Protagoras*, 322d, e.

²¹ Vgl. Platon, *Protagoras*, 337c, d; *Hippias*, Capelle, fr. 1.

²² *Antiphon*, Capelle, fr. A.

²³ Vgl. Platon, *Theaitetos* 172a, b.

²⁴ *Kritias*, Capelle, fr. 1.