

# Klaus Günther

## Vernunftrecht – nach dem versäumten Augenblick seiner Verwirklichung

### Kritische Anmerkungen zu Gerhard Haney

Einem Besprechungsaufsatz aus dem Jahre 1958 mit dem Titel »Recht als Maß der Macht« stellte Arthur Kaufmann einige Bemerkungen über »Die Philosophie in der Zeitenwende« voran<sup>1</sup>. Die Symptome, an denen er die sich abzeichnende Zeitenwende ablas, haben sich heute eher noch verstärkt. Das »Erlebnis der Ungeborgenheit und Entfremdung« in einer mit technischen Mitteln beherrschten Welt hat an Intensität inzwischen zugenommen, seitdem es nicht nur die Erfahrung der sozialen, sondern auch die reale Erfahrung einer verletzten und zerstörten äußeren Natur prägt. Die neue Zeit der verselbständigten Technik, die alle kulturellen Dämme durchbricht und der Menschheit ihre Sachzwänge diktiert, macht auch vor dem Recht nicht halt. Sie äußert sich, so Kaufmann, als »mechanistisches Rechtsdenken«<sup>2</sup>, das mit den Mitteln der umfassenden Verrechtlichung durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung die Reflexion auf die Ziele glaubt vernachlässigen zu dürfen. Dagegen beschwört Kaufmann noch einmal die »unaufhebbare ontologische Differenz von Wesen und Existenz des Rechts«<sup>3</sup>, als welche er die Spannung zwischen positiviertem, faktisch geltendem Recht und überpositivem, aber nicht metaphysisch idealem Recht faßt.

An diese Symptome einer Zeitenwende knüpft Gerhard Haney an, wenn er »globale Probleme« als Ursachen für einen neuartigen Veränderungsdruck auf das Recht identifiziert<sup>4</sup>. Nach der vernunftrechtlichen Revolution, welche die Prinzipien der Freiheit und Gleichheit zumindest kontrafaktisch als höchste Rechtsgrundsätze etabliert hatte, und nach den sozialen Revolutionen und Reformen, die auf die Herstellung einer sozialen Gleichheit als Voraussetzung einer verwirklichten gleichen Freiheit zielten, kündigte sich mit den weltweit erhobenen Forderungen nach demokratischen Mitwirkungsrechten, nach dem Schutz der gemeinsamen Existenzgrundlagen und nach Schutzrechten gegen Risiken neuer Technologien eine neue Erwartung an das Recht an, zu deren intellektueller Durchdringung die Rechtsphilosophie beitragen sollte. Wie Kaufmann kritisiert auch Haney die Fixierung auf die Positivität des Rechts als untaugliches Mittel zur Bewältigung der neuen Probleme und beschwört noch einmal die Differenz zwischen positivem und überpositivem Recht. Er markiert sie indes nicht mit den Methoden der Ontologie, sondern im Medium der Besinnung auf die unerfüllt gebliebenen Verheißungen des Vernunftrechts.

Indes steht dieser Beitrag mitten in einer anderen Zeitenwende, die durch den implusionsartigen Zusammenbruch des »real existierenden Sozialismus« in Mittel- und Osteuropa gekennzeichnet ist und in dessen Folge aus den zwei deutschen Staaten

1 Arthur Kaufmann, *Recht als Maß der Macht*, in: ders., *Rechtsphilosophie im Wandel*, 2. Aufl. Köln u. a., 1984, S. 33 ff. Die Besprechung bezieht sich auf René Marcic, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*.

2 *Ibid.*, S. 36.

3 *Ibid.*, S. 46.

4 S. auch: Gerhard Haney, *Vom Privilegium zum Recht*, in: ARSP 1990, S. 285 ff.

eine Bundesrepublik wurde. Haney möchte seinen Beitrag nicht als unmittelbare Reaktion auf diese Phänomene verstanden wissen, doch prägen sie unweigerlich dessen Signatur. Seiner Besinnung auf die uneingelösten Verheißungen des Vernunftrechts gibt diese Zeitenwende eine zusätzliche Bedeutung. An der Stellung zu diesen Verheißungen lassen sich die Differenzen verdeutlichen, die gegenwärtig zwischen einigen west- und ostdeutschen Rechtsphilosophen bestehen. Die folgenden kritischen Anmerkungen greifen einige Schlüsselbegriffe heraus, um welche sich die Differenzen gruppieren lassen.

### *Kontinuität*

Das Kantische »Rechtsproblem«, wie eine allgemein das Recht verwaltende bürgerliche Gesellschaft möglich sei, ist für Haney der Fokus, um den sich die drei Dimensionen der Menschenrechte ordnen und der die Perspektive eröffnet auf das widersprüchliche historische Dreiecks-Verhältnis zwischen dem formell Gültigen des Rechts, der sozialen Wirklichkeit und den immer noch uneingelösten vernunftrechtlichen Verheißungen der Freiheit und Gleichheit. Die fortgesetzte Arbeit an der Auflösung dieses dreistelligen Widerspruchs, von Kant der Menschheit als historische Aufgabe »in weltbürgerlicher Absicht« zugewiesen, stiftet Kontinuitäten, nach denen sich die Geschichte der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie ordnet. Aus dieser Perspektive kann Haney die »soziologische Schule« der Rechtstheorie rehabilitieren, indem er sie als legitimen Erben der Rechtsphilosophen und Philosophen-Juristen um 1800 einsetzt. Die Kosten hat die historische Rechtsschule zu tragen. Die Testamentseröffnung soll es ans Licht bringen: Die richtigen Väter, das sind Kant, Fichte, Hegel und ihre Zeitgenossen, Marx, die soziologische Rechtsschule – die illegitimen Söhne, die keine Verbindung zu den ehrwürdigen Töchtern aus der alten Familie des »Rechtsproblems« eingehen wollten und deswegen das philosophische Adelsprädikat nicht erben dürfen: die Historische Rechtsschule, der Positivismus, Kelsen und die »Analytik«.

Der gegen die Historische Rechtsschule erhobene Vorwurf, »eine an das bestehende Recht gebundene, affirmative Autoritätserklärungslehre oder [...] systematische Gesetzeskunde zu sein« (S. 172), ist kurrent, aber dringend revisionsbedürftig<sup>5</sup>. Sie war philosophischer als man glaubt und als selbst die spottenden Zeitgenossen, im Kodifikationsstreit befangen, wahrhaben wollten. Die soziale Wirklichkeit wurde nicht einfach von einem hohen Begriffshimmel zugedeckt. Freilich sind es nur die zarten Pastelltöne eleganter Formulierungen und nicht die grellen Farben, in denen sie sichtbar wird. Die genaue Lektüre erschließt eine präzise soziologische Beobachtung. Savigny benötigt ganze zwei Sätze, um die Wirtschafts- und Verkehrsverhältnisse der bürgerlichen Marktgesellschaft hinreichend zu charakterisieren: »Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt, und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freye Wesen neben einander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend, in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum

<sup>5</sup> Vgl. nur Joachim Ruckert, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover Heft 19, Hannover 1988, S. 35 ff., insbes. S. 77 ff., und die dort aufgeführten Nachweise.

gewinne<sup>6</sup>. Nicht ohne soziologische Beobachtungsgabe dürfte auch die Einsicht in die Abhängigkeit des Vermögensrechts vom Geldmechanismus möglich gewesen sein<sup>7</sup>. Und während der Philosoph Hegel die Lehre vom *iustum pretium* und die Wertäquivalenz im Verragsrecht noch als logische Notwendigkeit behauptet, hat der Jurist Savigny bereits erkannt, daß dieser Rest feudalen Reziprozitätsdenkens die Dynamik eines Wirtschaftsverkehrs unnötig beschränken würde, und setzt an dessen Stelle die Komplementarität übereinstimmender Willenserklärungen<sup>8</sup>. Noch vor der Veröffentlichung von Karl Marx' Abhandlung »Zur Judenfrage« zeigt der vielgeschmähte Georg Friedrich Puchta eine soziologisch wohlinformierte, hohe Sensibilität für den schmerzhaften Abstraktionsprozeß, dem das sich ausbildende moderne Privatrecht die verschiedenartigen Lebensverhältnisse unterwirft, »um als Verhältnisse der Personen als solcher, als Rechtsverhältnisse gelten zu können«<sup>9</sup>. Und schon zu Beginn der Industrialisierung Deutschlands ist er sich der immer wichtiger werdenden Kreditfunktion des Eigentums bewußt und des Vorrangs der Obligationen vor den dinglichen Rechten<sup>10</sup>. Und zeugen nicht Warnungen wie die folgende, auf die Dynamik des modernen Vermögensrechts gemünzte, von einem nüchternen Blick auf die Ambivalenzen des Modernisierungsprozesses: »Die Geschichte eines Volkes, wie die der Menschheit, ist einem von einer Anhöhe herabrollenden Stein vergleichbar, dessen Geschwindigkeit sich zuletzt ins Ungemessene vergrößert; Hemmung ist hier Fristung des Lebens, beschleunigte Bewegung Annäherung des Untergangs«<sup>11</sup>?

Ob der »Soziologischen Schule« so leichtthin das vernunftrechtliche Erbe zugesprochen werden sollte? Aus der Binnenperspektive des Rechtssystems war der Wechsel von der Historischen Rechtsschule zur Interessenjurisprudenz ohnehin nur ein kleiner und müheloser Schritt<sup>12</sup>. Eine wichtige Voraussetzung blieb in diesem Wechsel erhalten. Die Protagonisten beider Schulen sprachen der Jurisprudenz allein, und nicht dem Gesetzgeber, die schöpferische Kraft zu, gerechte Ergebnisse erzeugen zu können – im einen Fall durch »wissenschaftliche Operationen«, im anderen Fall durch Berücksichtigung der »Bedürfnisse des Lebens«<sup>13</sup>. Aus einer gewissen Distanz kann man sehen, daß das Rechtssystem lediglich die Grundsätze seiner Selbstbeschreibung austauschte, ansonsten jedoch so autonom blieb wie zuvor. Das zeigt sich schon an der Vorsicht, mit der Ihering den Begriff des Interesses in die Theorie des subjektiven Rechts einführt. Gemeint ist immer nur das verallgemeinerte Durchschnittsinteresse, das selbstverständlich der Jurist erkennt. Der Positivist Kelsen wird dies später nicht ohne eine gewisse Hämme zum Anlaß für den Hinweis nehmen, daß auch dort, wo von »Interessen« gesprochen werde, in Wahrheit nur der Jurist aus Rechtsbegriffen konstruiere<sup>14</sup>.

6 Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* Band 1, Berlin 1840 (2. Neudr. Aalen 1981), § 52 (S. 331 f.).

7 *Ibid.*, § 56 (S. 376 ff.).

8 G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werke (ed. Moldenhauer/Michel), Bd. 7, Frankfurt am Main 1970, §§ 63, 77. Dazu: Peter Landau, *Hegels Begründung des Vertragsrechts*, in: M. Riedel (Hrsg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main 1975, S. 176–197 (S. 182 ff.).

9 Georg Friedrich Puchta, *Cursus der Institutionen*, Erster Band, Leipzig 1841, § 21 (S. 50 f.). Darin auch eine umfangreiche »Philosophische Grundlage« (§§ 1–23), die sich, ohne Namen zu nennen, auf der Höhe der zeitgenössischen philosophischen Diskussion weiß.

10 *Ibid.*, § 23 (S. 57 f.).

11 *Ibid.* (S. 58).

12 Regina Ogorek, *Richterkonig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1986, S. 221 f.

13 *Ibid.*, S. 227 f., 231.

14 Rudolph von Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Dritter Theil, 4. Aufl. Leipzig 1888, S. 339 u. S. 351 (Fn. 462). Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1966, S. 56.

Das vernunftrechtliche Erbe geht der Interessenjurisprudenz spätestens dann verloren, wenn die Anbindung des Rechts an soziale Bedürfnisse wie bei Oskar von Bülow als Legitimation für die Verbrüderung des Richters mit der Staatsmacht erhalten muß<sup>15</sup>. Die Hypothese ist nicht neu, daß es darum ging, dem Gesetzgeber das Rechtsetzungsmonopol zu bestreiten und darüber hinaus den immerhin teilweise im formalen bürgerlichen Privatrecht verkörperten Liberalismus negativer Freiheitsrechte wenn nicht abzuschaffen, so doch erheblich einzuschränken. So sind denn die Quellen, aus denen sich die Annäherung an die soziale Wirklichkeit speiste, zumeist unbekannt oder trübe. Bei Ihering war es vermutlich, ganz unspekulativ, die Rezeption des Utilitarismus' Benthams, die ihn zu der realistischen Einsicht brachte, daß nicht der autonome Wille, sondern das reale Interesse das Rechtssubjekt bestimme<sup>16</sup>. Bei der Freirechtsschule war es eine unklare Mixtur aus Lebensphilosophie, Vitalismus, Nietzsche und Darwin, aus welcher die Juristen sich die Kategorien brauten, mit denen sie die »Lebenswirklichkeit« zu erkennen glaubten. Deshalb fiel es ihnen auch später sehr viel leichter als den deswegen gescholtenen Positivisten, die nationalsozialistische Ideologie anzunehmen.

Haney konzentriert sich auf die soziologische Kritik am formell geltenden Recht im Namen einer veränderungsfähigen und -bedürftigen sozialen Wirklichkeit und Rechtsordnung. Aber der soziologischen Schule geht, als sie außerhalb Deutschlands fortgesetzt wurde, das Rechtspathos bald verloren<sup>17</sup>. Die Kritik an der mangelnden Resonanz sozialer Probleme in Rechtsprechung und Gesetzgebung motivierte nämlich sehr schnell die Frage nach den möglichen außer-rechtlichen Ursachen. Der Interessenjurisprudenz und dem Freirecht schien es noch so, als verkörpere das Recht die durchschnittlichen Lebensinteressen eines Volkes, und als sei der Jurist dazu berufen und fähig, den Interessenkonflikt im Einzelfall zu erkennen und im Wege der Interessenabwägung zu lösen. Aber schon die Verteidiger des Freirechts entdeckten die Interessengebundenheit auch des Juristen und seiner Entscheidung. Von da an schienen der Entdeckung immer weiterer kausaler Determinanten der Rechtsentwicklung keine Grenzen mehr gesetzt, bis zu jener sprichwörtlich gewordenen Hypothese, die richterliche Entscheidung in einem Prozeß hänge davon ab, was der Richter am Morgen zum Frühstück gegessen habe. Indes vermochte auch die Erforschung von Einstellungen (»attitudes«), Dispositionen, Klassenzugehörigkeit oder politischen Optionen des Richters nicht den entscheidungsdeterminierenden Faktor zu identifizieren<sup>18</sup>. Als vorläufiges Ergebnis hat sich bis jetzt herausgestellt, daß eine Entscheidung weder durch das Gesetz und die Bedeutung seiner Worte oder die Rechtfertigungsregeln für die Festsetzung einer Bedeutung, noch durch externe Kausalfaktoren eindeutig determiniert ist. Sowohl ihre Rechtfertigung als auch ihre Entstehung sind *unbestimmt*.

<sup>15</sup> Ogorek, (Fn. 12), S. 248 ff.

<sup>16</sup> Helmut Coing, Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre, in: ders., Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht, Band 2, Frankfurt am Main 1982, S. 177-195, sowie ders., Rudolf von Ihering und Bentham, in: G. Weick (Hrsg.), 375 Jahre Rechtswissenschaft in Gießen, Gießen 1982, S. 3-14.

<sup>17</sup> Felix S. Cohen, Transcendental Nonsense, in: 35 Columbia Law Review 815-849 (1935); Joseph. W. Singer, Legal Realism Now, in: 76 California Law Review 465-544 (1988).

<sup>18</sup> Mit dieser Bemerkung soll der Wert justizsoziologischer Forschung keineswegs geschmalert werden. Vgl. als klassisches Beispiel nur Otto Kirchheimer, Politische Justiz, Princeton 1961 (Neuausg. Frankfurt am Main 1985).

Erstaunlich ist die große *deutsche* Koalition in Vergangenheit und Gegenwart, zwischen Nazis und Verfolgten, aufrechten Demokraten und Parteiideologen von links und rechts, Rechtsskeptikern und glühenden Rechtsverteidigern, die sich zu der immer noch fortdauernden *Positivismusschelte* einträchtig zusammenfinden. Radbruchs implizite Schuldzuweisung hat viel Unheil angerichtet, und das Wort von der »Euthanasie der Rechtsphilosophie« ist angesichts des Schicksals der Rechtspositivisten unter dem Nazi-Regime – trotz aller gebotenen Achtung vor Radbruchs Motiven – zynisch. Sollten alte deutsche Oppositionsbegriffe die vielen Zeitenwenden überdauert haben und jetzt noch einmal bestätigt werden? Wird Spekulation gegen »platten« Empirismus, Kultur gegen Zivilisation, Philosophenpathos gegen nüchterne Bürgertugend ausgespielt?

Kelsens Werk erhöht die Reflexionszumutung an jede Rechtsphilosophie, die beansprucht, Rechtsgeltung moralisch, geschichtsphilosophisch oder in irgend einer anderen außerrechtlichen Weise zu begründen. Insofern eröffnet der Positivismus überhaupt erst die Möglichkeit, positiv geltendes Recht *aus moralischen Gründen* abzulehnen. Er bestreitet demjenigen, der den Rechtsgehorsam verweigert, nicht das moralische Recht. Deswegen kann er als skeptisches Palliativ gegen eine positive Rechtsordnung wirken, die beansprucht, den Rechtsgenossen die Befolgung und Anerkennung des formell geltenden Rechts aus »besseren« Gründen als bloß beliebigen zuzumuten. Wer solche besseren Gründe gegen den Positivismus zu haben beansprucht, übernimmt eine schwere Beweislast, der man nicht schon mit bloßen Hinweisen auf Vernunft und Menschenrechte genügt hat. »Positivismus« ist auch keine Parole für die Verteidigung des Bestehenden gegen Veränderungen im Namen eines besseren Rechts. Erst der Positivismus führt zu der Einsicht, daß positives Recht kontingent, d. h. beliebig änderbar ist, und er bestreitet die Behauptung, schon aus dem Begriff der formellen Geltung lasse sich mit Notwendigkeit folgern, daß einige Rechtsnormen aus rechtlichen Gründen nicht verändert werden dürften.

Blickt man mit einiger Distanz auf das vergangene und in immer neuen Variationen fortgeführte Wechselspiel von Positivismus und Vernunftrecht, läßt sich eine gewisse Beliebigkeit in der Verwendung der Oppositionsbegriffe feststellen. Man kann den Positivismus und Formalismus des Rechts angreifen, wenn die Berücksichtigung veränderter sozialer Verhältnisse im Namen des formell Gültigen zurückgewiesen wird. Man kann ihn aber auch angreifen, wenn man die Macht der Justiz gegen einen unliebsamen Gesetzgeber stärken will. Beides geschah am Ende des vergangenen Jahrhunderts. Man kann den Positivismus verteidigen, wenn man positivierte Rechte auf allgemeine Gleichheit und Freiheit gegen ihre restriktive Auslegung durch ein partikulares Klassenrecht retten und den Vorrang eines demokratischen Gesetzgebers gegen eine konservative Justiz behaupten will. Man kann den Positivismus angreifen, wenn man in diesem Gesetzgeber nur einen schwächlichen Haufen von egoistischen »Interessenten« sieht, der vor dem Ausnahmezustand versagt und die wirklichen Bedürfnisse der Volksgemeinschaft nicht wahrzunehmen bereit ist. Beides geschah während der Weimarer Republik und nach ihrem Ende. Man kann den Positivismus angreifen, wenn man, gestützt auf ein Naturrecht, »gesetzliches Unrecht« namhaft machen und vermeiden will, das aus positivierten Terrorbefehlen bestand, die von einer zum blinden Gehorsam gegenüber dem Gesetz erzogenen Justiz gnadenlos exekutiert wurden. Man kann den Positivismus verteidigen, wenn man den Erfolg eines Unrechtsregimes gerade in der beabsichtigten Auflösung der formellen Rechtsgeltung sieht und in ihrer Ersetzung durch justiziell auszufüllende Generalklauseln wie das »gesunde Volksempfinden«, kombiniert mit regierungsamt-

lichen »Richterbriefen«. Beide Positionen, vor allem die erstere, bestimmten nach 1945 die Kontroverse um das Versagen der Justiz im Nationalsozialismus – und werden mit leichter Hand gegenwärtig wieder ausgespielt.

Wie dieses scheinbar beliebige Wechselspiel zeigt, verfehlen sowohl der Positivismus als auch das Vernunftrecht die Unbestimmtheit des modernen Rechts. Wenn weder das Festhalten am formell Gültigen noch die Orientierung an Gerechtigkeitsprinzipien als Erklärung und Rechtfertigung für richterliches Handeln hinreichen, kommt es offenbar noch auf weitere Faktoren an. Die Fixierung auf den Streit um Rechtspositivismus oder Natur-/Vernunftrecht läuft Gefahr zu übersehen, daß längst schon ein *faktischer Rechtspositivismus* praktiziert wird; jener »vitale« und »alltägliche« Rechtspositivismus, »dem man als Jurist stündlich begegnet«<sup>19</sup> und der mit dem theoretischen Positivismus nichts mehr zu tun hat. Dazu gehören nicht nur die dogmatischen Innovationen, die in den Wandelgängen und Kantinen der Gerichtshöfe, in den Kanzleien der Kautelarjuristen und bei den informellen Treffen der Ministerialbürokraten mit den Verbandsjuristen entstehen. Dazu gehören vor allem auch jene lautlosen, unauffälligen und sehr effizienten Praktiken, mit denen unter Zeit- und Handlungsdruck in Situationen extremer Ungewißheit Entscheidungen ermöglicht werden. Dieser faktische Positivismus bildet sich seine eigenen Entscheidungsprämissen. Hier verselbständigt sich nicht mehr das »formell Gültige« gegenüber dem vernunftrechtlichen Anspruch und der »sozialen Wirklichkeit«. Vielmehr orientiert sich die Praxis der Einstellung von Strafverfahren, die Entscheidung über Genehmigungen und umweltrelevante Auflagen beim Bau technischer Großanlagen, die Vergabe von Subventionen in der Wirtschaftsverwaltung, aber auch die gerichtliche Entscheidung im nationalen und europäischen Wettbewerbsrecht und die Routine bei der justiziellen Bewältigung von Mietsachen an der Selbst-Reproduktion des Rechts als eines *Handlungssystems*. Wenn man diese Praxis weiterhin nur daran messen will, in welchem Maße und mit welchen Widersprüchen sie vernunftrechtliche Gehalte verändert, verwirklicht oder konterkariert, droht die Kritik entweder von den Systemen neutralisiert und in ihre eigene Selbstbeschreibung zu Legitimationszwecken eingebaut zu werden oder ins Leere zu laufen, resonanzlos zu verhallen und schließlich zu einer akademischen Orchidee zu werden.

### *Freiheit*

Haney vermutet in dieser Art der Beschreibung des Rechts einen unheilvollen Bruch mit der »Rechtsphilosophie in ihrer klassischen Gestalt« (S. 175). Anstatt das vernunftrechtliche Programm der Begründung des Rechts aus der Autonomie fortzusetzen, lasse sich die gegenwärtige Rechtstheorie von der Komplexität des Rechtsstoffes und von der Größe der zu bewältigenden Probleme in die Resignation treiben. Sie beschränke sich auf Äußerliches: Statt von Form und Inhalt, von Subjektivität und Objektivität sei nur noch von Struktur und Funktion die Rede<sup>20</sup>.

Es war das ewige Menetekel der Theodizee, daß Handlungen aus guten Motiven böse Folgen, und das Wunder des Liberalismus, daß Handlungen aus bösen Motiven gute Folgen haben können. Der Sozialismus profanierte das Wunder, als er die schlimmeren Folgen der guten Folgen böser Motive entdeckte. Vielleicht darf man es

<sup>19</sup> Wolfgang Naucke, Literaturbericht Rechtsphilosophie, in: ZStW 100 (1988), S. 886.

<sup>20</sup> Vgl. die ähnliche Kritik bei Joachim Ruckert, (Fn. 5), S. 32. S. dazu die Kommentare von Ulrich Falk, Der faule Kern im System, und von Klaus Gunther, Das Feuer unter der trugerischen Asche, beide in: Rechtshistorisches Journal 8 (1989), S. 144–154 u. S. 131–144.

die Tragik des real existierenden Sozialismus nennen, daß auch noch der Versuch, die schlimmeren Folgen der guten Folgen böser Motive mit Handlungen aus besseren Motiven zu verhindern, noch schlimmere Folgen zeitigt. Die verzweifelte Suche nach dem theologischen, moralischen oder geschichtsphilosophischen Grund für diesen paradoxen Sachverhalt und seine Übersetzung in eine angeblich bessere Praxis hat bisher nur schlimme Folgen herbeigeführt. Erst wenn man diese Suche aufgibt, wird die Einsicht möglich, daß »Freiheit« zwar intentionales Handeln impliziert, aber zugleich an zeitliche, sachliche und soziale Voraussetzungen gebunden ist, die intentional nicht vollständig kontrollierbar sind, und zugleich Folgen und Nebenwirkungen hervorbringt, die weder intendiert noch intentional steuerbar sind.

Aus der festgehaltenen Perspektive der Freiheit erscheint die Rechtsentwicklung als ein Wechselspiel von freiheitsverbürgenden und freiheitsbeschränkenden Regelungen und Institutionen. Dieses Wechselspiel wird immer unübersichtlicher, widersprüchlicher und schneller, so daß sich immer seltener sagen läßt, ob eine gesetzliche Regelung wie beabsichtigt Freiheit erweitert oder nicht doch, zumindest mittelfristig, Freiheit einschränkt. Vor allem aber wird die vernunftrechtliche Prämisse, daß freiheitseinschränkender Zwang unter allgemeinen Gesetzen der Inbegriff der Bedingungen sei, unter denen die Freiheit des einen mit der des anderen zusammen bestehen könne, fragwürdig, wenn der »Zwang« mit allen seinen modernen Medien der Gesellschaftsteuerung, die auch die Leistung einschließen, sich von der »Freiheit« löst. Wer wollte bestreiten, daß eine hoch differenzierte, umfassend vernetzte Wohlfahrtsbürokratie Voraussetzung für die Gewährleistung individueller Freiheit in einer modernen Gesellschaft sei – doch wer könnte noch sagen, wo genau die äußere Grenze verläuft, jenseits derer die Eigenlogik des administrativen Systems dessen Leistungsempfänger aus freien Individuen in abhängige Klienten verwandelt. Dabei liegt es weniger am fehlenden guten Willen und an bösen Absichten oder egoistischen Motiven, daß aus der Logik des »objektiven Geistes« die »Struktur« eines »Systems« wird, das sich selbst steuert und dessen »Handlungen« sich nur noch nach ihrer Funktionalität und nicht mehr nach dem subjektiv gemeinten oder objektiv verkörperten »Sinn« beurteilen lassen.

Die Beschreibung dieser nicht-intentionalen Voraussetzungen und Folgen intentionalen Handelns ist deshalb auf eine andere Sprache angewiesen. Die Rede von Form und Inhalt, Subjektivität und Objektivität suggeriert dagegen eine interne Komplementarität zwischen beiden Seiten. »Form und Inhalt« lassen sich nur formell voneinander unterscheiden, denn wie man weiß, »gibt« es keine Form ohne Inhalt und umgekehrt. Die »Objektivität« des ausdifferenzierten Rechtssystems, und sei sie auch noch so sehr verselbständigt und verdinglicht, hat in der entfremdeten »Subjektivität« immer schon die Instanz ihrer Kritik, die zur Aufhebung des Widerspruchs auf einer höheren Stufe treibt. Daß »Anschauung und Begriff« nicht voneinander getrennt werden dürften, weil sie nur in ihrer widersprüchlichen Einheit jeweils auch für sich bestehen können – diese von Haney noch einmal beschworene Art der begrifflichen Schematisierung unterstellt die Versöhnbarkeit der Gegensätze innerhalb einer reflektierten Subjektivität und ihre Bezogenheit auf Subjektivität als das Zentrum von Wahrheit und Gerechtigkeit. Was aber für die Idee der Subjektivität und deren Objektivationen angemessen sein mochte, ist dies nicht ohne weiteres auch für ein Subjekt, das »de-zentriert« ist in verschiedene Perspektiven und Rollen, und erst recht nicht für eine Gesellschaft, in der es weder ein Zentrum noch eine Spitze gibt. Es geht also nicht darum, »hinter Kant« zurückzufallen, sondern seine Grenzen zu erkennen und dort über ihn hinauszugehen. Als solche Grenze erscheint zur Zeit die Abhängigkeit des »kritischen Wegs« von den Prämissen des Bewußtseins, der Subjektivität und der Produktivität.

»Daß sie den handelnden Menschen in den Mittelpunkt rücken« (S. 171) – diese grundlegende theoretische Entscheidung gilt Haney als das verbindende Merkmal von Vernunftrecht und soziologischer Schule. Er bezieht dieses Merkmal auf die gesamte Rechtsentwicklung seit der Aufklärung. Die Tätigkeit des autonomen Subjektes erfüllt die Bedeutung des Begriffs gleicher Freiheit im Vernunftrecht, die arbeitsteilige, gesellschaftlich organisierte Produktion beschreibt den Horizont, in dem soziale Teilhaberechte Funktion und Bedeutung erhalten. Die Selbständigkeit des tätigen Subjekts, der »homo sui iuris«, erscheint als normatives Leitmotiv in den Rechts-Kämpfen sowohl gegen feudale Privilegien und Status-Rechte als auch gegen soziale Erniedrigung und Abhängigkeit in der industrialisierten Gesellschaft. Dazwischen treten die Historische Schule und der Positivismus, die zwar die Prinzipien der Freiheit und Gleichheit innerhalb des vorhandenen Rechtssystems weiter differenzieren, aber im wesentlichen am bloß formell Gültigen um seiner selbst willen festhalten und sich so von dem normativen Ideal entfremden und mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit entzweien. Bei der Suche nach dem »springenden Punkt«, um den sich die von Haney nachgezeichneten drei verschiedenen »Dimensionen« der Menschenrechte bewegen sollen, trifft er wiederum auf den »Handlungsansatz« der idealistischen Philosophie und einiger ihrer Nachfolger (S. 176). Die Theorie-Entscheidung bestimmt die Sprache der Beschreibung und die Wahl der Oppositionsbegriffe: Tätigkeit, Arbeit, Selbständigkeit, Selbstbestimmung und -gesetzgebung, Subjekt/Objekt, Form/Inhalt, Sinnlichkeit/Verstand, Wirklichkeit/Bewußtsein.

Der Problemhorizont, aus dem sich der semantische Gehalt dieser Termini speist, spannt sich um die Auseinandersetzung des Menschen mit der äußeren und inneren Natur, um den Prozeß des »Stoffwechsels« in der Aneignung des Naturstoffs, seine objektivierende Entäußerung, die dadurch verursachte Entfremdung und Entzweigung mit der Natur und das Streben nach Versöhnung. Entsprechend beherrscht die Analyse der wahren Gegenstandserkenntnis die Philosophie. Auch die Theorie des Selbstbewußtseins ist, ungeachtet ihrer anspruchsvollen, bis heute nicht ausgeschöpften Differenzierungen, nach dem Schema der Gegenstandserfahrung eines einsamen Subjekts gebildet<sup>21</sup>. Dies zeigt sich unter anderem an den unauflösbaren Schwierigkeiten mit der Explikation des Begriffs des Selbstbewußtseins. Das Problem, wie das Ich sich zugleich auf sich beziehen und von sich unterscheiden könne, wird immer wieder im Horizont der Unterscheidung von Subjekt und Objekt zu lösen versucht. Auch dann noch, wenn mit Fichte, Hegel und Marx das Selbstverhältnis als Resultat und Bedingung sozialer Beziehungen erläutert wird, erscheint die soziale Welt als »Objektivierung« des Selbstbewußtseins, das zu ihr in ein Verhältnis der Entfremdung, Entzweigung oder Verdinglichung gerät. Ebenfalls unter dem Einfluß dieses Schemas wird auch die praktische Tätigkeit des Subjekts bestimmt. Arbeit ist Entäußerung der Subjektivität an den Stoff der äußeren Natur und Wiederaneignung des schöpferisch geformten Gegenstandes. In diesem Prozeß erfährt das Bewußtsein seine reale Selbständigkeit. Wegen der für das Selbstbewußtsein konstitutiven Bedeutung darf die Arbeit als »die wesentliche Seite dieser Tätigkeit« (S. 176) gelten.

Die von Haney beklagte Kritik an dieser Weise zu denken behauptet nicht, daß damit falsche Ergebnisse hervorgebracht würden. Gewiß ist der bloße Vorwurf, sie sei

<sup>21</sup> Vgl. dazu statt vieler die deutlichen Hinweise von Talcott Parsons, *Social Interaction*, in: *International Encyclopedia of Social Sciences*, Bd. 7, S. 429–441 (S. 430).

»veraltet«, in der Sozial- und Rechtsphilosophie nicht überzeugend. Aber wenigstens zwei interne Gründe lassen sich für den Wechsel zu einer anderen Weise zu denken namhaft machen oder doch zumindest für eine größere Distanz zur überkommenen. Die *Historisierung der Vernunft* verstärkt die Skepsis an der Idee einer Subjektivität, die sich zwar zeitlich und gegenständlich entfaltet, entäußert, entwickelt, differenziert und reflektiert, aber am Ende doch wiederum zu sich zurückkehrt und so als das Eine gegenüber allem Anderen erhalten bleibt. Zweifel an der Reinheit und Unbedingtheit dieser Selbstbeziehung gründen sich auf die Entdeckung der Kontexte der Vernunft: die Geschichte, die Gesellschaft, das Unbewusste, die Lebenswelt, Sinn- und Zeichensysteme. Der Streit, ob Vernunft nur ein wie auch immer bestimmter Effekt oder gar nur ein Epiphänomen dieser Kontexte sei oder aber für die Bestimmung dieser Kontexte selbst konstitutiv, ist nicht zu Ende. Wie ein Parasit klammert sich an jedes neue Argument zur Verteidigung des Unbedingtheitsanspruchs der Vernunft ein *historisierendes* Argument. Und dieser entweicht in Regionen zunehmender *Unbestimmtheit*. Wo auch immer er zur Zeit eine Nische gefunden hat – sei es in den sehr schwachen unvermeidlichen Präsuppositionen sprachlicher Verständigung – die ursprüngliche Idee einer freien Subjektivität scheint jedenfalls ohne Änderungen nicht mehr zu retten zu sein. Ihre Preisgabe ist daher nicht einfach ein Indiz für bloße »Diskontinuität«, sondern läßt sich aus der Kontinuität begründen.

Die *linguistische Aufklärung* schließlich nötigt zu der Einsicht, daß ein wichtiges Medium, mit dem wir uns intersubjektiv auf Gegenstände der Erfahrung beziehen und uns reflexiv darüber verständigen können, die Sprache ist. Und mit der Entdeckung, daß die Sprache mehr ist als ein Instrument neben anderen, durch das wir wie durch eine Brille hindurchsehen, wurde auch sehr schnell deutlich, daß wahrheitsfähige Aussagen über die Existenz von Sachverhalten weder die einzige noch die vornehme Funktion der Sprache sind<sup>22</sup>. Die Verwendung der Subjekt-Objekt-Beziehung als Paradigma, an dem sich die Bedeutung philosophischer Grundbegriffe ausrichtet, erweist sich aus dieser Perspektive zumindest als einseitig.

Indes gibt es auch einige externe, von den internen nicht trennbare Gründe für eine Kritik an der Idee der Produktivität. Haney sieht das selbst, denn die »globalen Probleme«, die ein »neues Rechtszeitalter« heraufbeschwören und herausfordern, sprechen eher gegen eine ungebrochene Fortsetzung des Produktivitätspathos<sup>23</sup>. Wenn es um die Rekonstruktion und Bewahrung der Existenzgrundlagen der Menschheit geht, scheinen andere Grundbegriffe angemessener zu sein als solche, die die produktive Umformung und Aneignung des Naturstoffes als wesentliche Seite der menschlichen Tätigkeit auszeichnen. Eine darauf gegründete rechtliche Organisation der Gesellschaft, in welcher, wie Haney mit Sinzheimer sagt, die »Arbeitskraft [als] die Grundlage des menschlichen Lebens« (S. 177) gilt, ist auf eine beständige Steigerung der gesellschaftlichen Produktivität angewiesen und erzeugt damit einige derjenigen Risiken, die zur Gefährdung der Existenzgrundlagen der Menschheit führen. Es war Puchta, der vielgescholtene, der hier voraussah: »Hemmung ist hier Fristung des Lebens, beschleunigte Bewegung Annäherung des Untergangs«<sup>23</sup>. Dieser Prognose entsprechende Grundbegriffe müßten eher auf die rechtliche Organisation individueller und kollektiver Selbstbeschränkung risikoträchtigen Verhaltens zielen.

22 Herbert Schnadelbach, Philosophie, in: E. Martens u. H. Schnadelbach (Hg.), Philosophie. Ein Grundkurs, Reinbek bei Hamburg 1985, S. 37–76 (insbes. S. 58 ff); Jürgen Habermas, Exkurs zum Veralten des Produktionsparadigmas, in: ders., Der philosophische Diskurs der Moderne, Frankfurt am Main 1985, S. 95–103.

23 S. oben, Fn. 11.

Wenn man an der »Tätigkeit« als rechtstheoretischer Fundamentalkategorie festhält und folgerichtig die »Arbeit« als exemplarischen, maßgeblichen Fall auszeichnet, läuft man außerdem Gefahr, solche gesellschaftlichen Konflikte, die sich nicht unter diese Kategorien fügen oder sie in Frage stellen, auszugrenzen, abzuwerten und zu verdrängen. Im Fall der Umweltrisiken wirkt das in der Regel kontraproduktiv: »In der Überlagerung und Konkurrenz zwischen Problemlagen der Klassen-, und Industrie und Marktgesellschaft einerseits und denen der Risikogesellschaft andererseits siegt nach den geltenden Machtverhältnissen und Relevanzmaßstäben die Logik der Reichtumsproduktion – und gerade deswegen am Ende die Risikogesellschaft«<sup>24</sup>. In anderen Fällen, wenn die Bedürfnisse schwach organisierter Minderheiten thematisiert werden, droht die Marginalisierung. Dies zeigt sich an den Problemen des Wohlfahrtsstaates. Solange dieser auf der »Arbeitskraft als Grundlage des menschlichen Lebens« basiert, versorgt er diejenigen, die eine normale Arbeitsbiographie aufweisen können. Und er konnte dies sehr erfolgreich tun – wofür unter anderem Sinzheimer die rechtlichen Kategorien schuf – solange die Arbeitnehmer zu einer sehr großen, homogenen Solidargemeinschaft gehörten. Unter diesen Umständen konnten auch die wenigen mitversorgt werden, die – aus welchen Gründen auch immer – weder durch Beitragszahlungen noch durch eigene Mittel Leistungsansprüche erwerben konnten. Der moderne Wohlfahrtsstaat war vor allem eine »Arbeitsgesellschaft«<sup>25</sup>. In dem Maße, wie diese Homogenität von außen durch eine verstärkte Differenzierung der Tätigkeiten, der Arbeitsorganisation und der Arbeitszeiten zerfranst und von innen durch eine wohlfahrtsstaatlich erst ermöglichte Individualisierung und Pluralisierung der Lebensformen zerfällt, müssen diejenigen Nachteile erleiden, die unter diesen veränderten Bedingungen keine normale Arbeitsbiographie erwerben *können* oder *wollen*. Gut organisierte und konfliktfähige Interessengruppen gleichen die Nachteile dadurch aus, daß sie den wohlfahrtsstaatlichen Solidarkontrakt aufkündigen. Die ersten Opfer sind dann die schwach organisierten Gruppen: Langzeit-Arbeitslose, Ausländer, und, wie stets in Verteilungskämpfen, Frauen. Lösungen zeigen sich – bis jetzt – nur dort, wo man versucht, wohlfahrtsstaatliche Leistungsansprüche von der Arbeitsbiographie zu trennen, z. B. ein allgemeines Grundeinkommen als *Staatsbürgerrecht*. Solche Lösungen setzten auch bei der Wahl der rechtstheoretischen Fundamentalkategorien eine Relativierung der »Arbeit« als »wesentlicher Seite« der menschlichen Tätigkeit voraus. Im Fall des Grundeinkommens wäre als entsprechende Kategorie, mit Haney, »Demokratie« zu nennen (S. 176). Allerdings dürfte sie nicht, wie Haney es tut, wiederum in Zusammenhang mit der Kategorie der Produktivität und der Arbeit gebracht werden. Aus den schon genannten Gründen würde dies nur zum demokratisch gerechtfertigten Ausschluß der Nicht-Produzenten führen. Nicht »Tätigkeit« im Sinne von Arbeit dürfte den Status des Staatsbürgers begründen, sondern die Teilnahme an öffentlichen Kommunikationen überhaupt.

### *Menschheit*

Gewiß ist nicht zu leugnen, daß die moderne Rechtsentwicklung auch im Zeichen der Grund- und Menschenrechte steht. Aber der bloße Appell an ihre einstmals visionäre Kraft vermag noch nicht die Probleme zu lösen, die sich sowohl ihrer

<sup>24</sup> Ulrich Beck, *Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main 1986, S. 59 f. (Herv. U. B.).

<sup>25</sup> Claus Offe, »Arbeitsgesellschaft«, *Strukturprobleme und Zukunftsperspektiven*. Frankfurt am Main/New York 1984.

Begründung als auch der angemessenen Beschreibung ihrer Relevanz-, Applikanz- und Akzeptanzbedingungen gegenwärtig stellen<sup>26</sup>. Das Zeitalter der Menschenrechte war eben auch und ist immer noch, oft genug ist es gesagt worden, das erste welthistorische Zeitalter der umfassenden Entrechtung des Menschen. Erst in diesem Zeitalter werden Menschen durch Menschen in den Zustand der *vollständigen Exklusion* aus der Menschheit selbst gezwungen, indem ihnen ihr Recht auf bloßes Dasein in dieser Welt genommen wird. Erst in diesem Zeitalter, dem der Sklave als der Widerspruch zur Idee des Menschenrechts schlechthin gilt, läßt der Mensch den Menschen weit unter den Status eines Sklaven sinken.

Wie der Name schon sagt, haben die Menschen mit den Menschenrechten die Reflexionsaufgabe übernommen, selbst darüber zu entscheiden, wie sie sich zu sich selbst, im Blick auf Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, kognitiv und praktisch verhalten wollen. Die »Selbstbestimmung der Menschen« wird stets sowohl als *genitivus obiectivus* als auch *subiectivus* verstanden: »Selbstbestimmung« ist nicht nur ein Prädikat, das von jedem einzelnen Menschen ausgesagt wird und das alle sich einander wechselseitig, wie kontrafaktisch auch immer, zuschreiben. »Selbstbestimmung der Menschen« heißt eben auch, daß alle Menschen über die Bedeutung des Prädikates »... ist ein Mensch« bestimmen. Daß die Menschen sich in einem Allquantor codieren, in Beethovens Neunter Symphonie dreifach wiederholt, entbindet sie nicht von der Aufgabe, mit der prädikativen Bestimmung von Rechten auch ihre Daseinsbedingungen »als Menschen« festzulegen und dafür Verfahren zu finden, in denen jeder Mensch als Ursprung von Rechten anerkannt ist. Daß »alle Menschen Brüder« würden – diese Pathosformel intendierte vielleicht auch den Vorrang der Männer bei der prädikativen Bestimmung von Rechten für alle Menschen; daß »Wollust dem Wurm gegeben« ward, kündigte schon deutlicher künftige Diskriminierungen an. Wie die Geschichte seit der ersten Erklärung der Menschenrechte gezeigt hat, liegen dabei Elysium und Katastrophe dicht beieinander.

Es ist nicht nur ein konservatives Motiv, das auf diese Aufgabe mit Furcht und Schrecken reagiert, weil man fürchtet, ihre Lösung könne nur in Furcht und Schrecken enden. Die Selbstsetzung und Selbstermächtigung des Menschen gilt nicht nur als eine Vermessenheit, nicht nur als eine Tat, die zuvor allein Gott vorbehalten war und die der Mensch sich nur um den Preis anmaßen konnte, von Gott ab- und dem Bösen anheimzufallen. Was sich undeutlich zunächst, dann aber zunchmend klarer als Bürde und Chance der Selbstbestimmung aller Menschen herausstellt, ist die damit übernommene *Verantwortung für Differenzen*. Denn schon in dem Augenblick, da zum ersten Mal die Menschheit Rechte an sich selbst adressiert und die Gesamtheit ihrer sozialen Welt als Innenraum begreift, entdeckt sie an sich selbst unüberschbar viele Differenzen. Der idealistischen Philosophie erscheint das noch als versöhnbarer Unterschied zwischen dem universal-rationalen und dem empirischen Ich: Daß das »Ich als *allgemeine* Person aufgefaßt werde, worin *alle* identisch sind«, und als ein Ich, das eines unter vielen verschiedenen ist. Hegel sieht bereits, durch die Erfahrung der Französischen Revolution geprägt, die Ambivalenz in dieser Unterscheidung. Das höchste Prinzip der Gerechtigkeit: »Der Mensch gilt so, weil er Mensch ist, nicht weil er Jude, Katholik, Protestant, Deutscher, Italiener usf. ist«<sup>27</sup>, kann sich in die »Furie des Zerstörens«<sup>28</sup> verwandeln, die alle individuellen

26 Vgl. dazu Dieter Henrich, Kontexte der Autonomie – Über einige Voraussetzungen der Verstehbarkeit von Rechten des Menschen, in: ders., Ethik zum nuklearen Frieden, Frankfurt am Main 1990, S. 274 ff.

27 G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Werke (ed. Moldenhauer/Michel), Bd. 7, Frankfurt am Main 1970, § 209 (S. 360).

28 Ibid., § 5 (S. 50).

Unterschiede auslöscht. Von da an wird das Verhältnis von Identität und Differenz in der Gesellschaft zum Problem und die Verfahren seiner Bestimmung zum Schauplatz der Auseinandersetzungen. Dabei hilft die triviale Weisheit, daß Differenzen ohne Identisches nicht bestehen können und Identität sich nur in Differenzen herausbilden kann, immer weniger weiter, je weniger das Gemeinsame und das Verschiedene einfach als gegeben vorausgesetzt werden können. Je mehr sich die Bestimmtheiten des Verschiedenen ins Unendliche vervielfältigen, desto unbestimmter wird das Gemeinsame. Wenn die Menschheit an sich selbst nur noch Differenzen erfährt und sich in ihrer Geschichte immer mehr differenziert, dann kann sie sich inklusiv nur noch als *Unbestimmtheit* verstehen. Als »das Gemeinsame« bleiben dann nur noch die Bedingungen, die es ermöglichen, die Frage der Selbstbestimmung der Menschheit offenzuhalten. Das dürfen dann keine substantiellen Bestimmungen mehr sein, sondern nur noch die Verfahren, in denen jeweils vorläufig und fallibel festgelegt wird, wie Differenzen zueinander sich verhalten sollen. Aber diese Verfahren, ihre Prinzipien und Regeln, sind nicht selbst noch einmal von einem transzendenten Standpunkt aus thematisierbar, können nicht als Ganze zum Gegenstand einer Entscheidung gemacht werden, lassen sich nicht vollständig und endgültig in Institutionen repräsentieren und verwirklichen. Und es ist noch nicht einmal sicher, ob man jenes »Gemeinsame« als Bedingung der Möglichkeit von Differenzen überhaupt noch *aussprechen* kann, ohne damit schon eine Differenz ausgeschlossen zu haben.

Das Selbe und das Andere, das Andere im Selben, das Eigene und das Fremde: dazwischen vermitteln kein Ritual mehr und kein Gott<sup>29</sup>, auch nicht der Staat oder eine substantielle kollektive Identität, aber auch nicht einfach der absolute Begriff oder ein der Geschichte innewohnendes Telos. Was wir als das allen Gemeinsame anerkennen und voneinander fordern, was wir als das Verschiedene zulassen und wechselseitig erlauben, was wir als das Fremde annehmen oder ausschließen wollen – diese Bestimmungen des Sozialen liegen nicht einfach fest, zeigen sich nicht als Ziel eines historischen Prozesses, sondern sie entstehen und vergehen in einem weder sachlich, zeitlich noch sozial vollständig integrierbaren Wechselspiel von Thematisierungen und De-Thematisierungen, Kontextualisierungen und De-Kontextualisierungen, Institutionalisierungen und De-Institutionalisierungen. Dieses riskante, beständig gefährdete Wechselspiel so weit offen zu halten, daß keine Differenz die andere ausschließt, daß Identitäten fallibel und Entscheidungen revidierbar bleiben, wäre die Funktion von Menschenrechten für eine »Menschheit«, welche die ihr eigenen Prädikate selbst bestimmt. Die Komplexität der Aufgabe, festzulegen, was das Selbe und das Andere am Menschen sei, ohne es damit der Veränderbarkeit zu entziehen, steigert sich noch, wenn sich die Differenz zwischen Selbem und Anderem aus den Verhältnissen *zwischen* den Menschen ausdehnt *in den jeweils einzelnen* Menschen selbst, wenn dieser ein multiples Selbst ausbildet, das sachlich, zeitlich und sozial dezentriert und dissoziiert ist, dessen Biographie keine kohärente narrative Einheit mehr aufweist<sup>30</sup>.

Anders als für Hegel – und auch dies ist eine Grenze des Vernunftrechts – besteht keine sittliche Welt mehr, in der das Recht der subjektiven Freiheit mit dem Recht der Allgemeinheit versöhnt werden kann. Der Kampf um Anerkennung von Differenzen und um die Festlegung des Gemeinsamen erscheint zunehmend als Kampf

29 Vgl. als eindrucksvolles Beispiel einer rituellen und religiös vermuteten gesellschaftlichen Aneignung des Fremden in der Antike: Jean Pierre Vernant, *Tod in den Augen. Figuren des Anderen im griechischen Altertum: Artemis und Gorgo*, Frankfurt am Main 1988.

30 Zur zeitlichen Dissoziation vgl. z. B. die Dokumentation von Ulrich Muckenberger, »Die Frauen verändern die Zeiten«, in: KJ 1992, S. 98 ff., oder die Studie von Karl Horning u. a., *Zeitpioniere – Flexible Arbeitszeiten – neuer Lebensstil*, Frankfurt am Main 1990.

mit dem Recht gegen das Recht. Es geht eben nicht mehr nur darum, daß Frauen gleiche Rechte *wie* Männer haben, sondern »eigene« Rechte<sup>31</sup>. Das darf und es muß, die Männer mögen's ungern hören, mit massiven Asymmetrien, umgekehrten Diskriminierungen einhergehen, weil die Strukturen in der sozialen Welt verändert werden müssen, die Männer mit »gleichen« Rechten geschaffen haben. Noch einmal: »Tätigkeit« als die Kategorie, aus welcher die Bestimmung des Selben in der Gesellschaft ihre Merkmale schöpft, und »Arbeit« als ihre »wesentliche Seite«, privilegiert den Werke produzierenden Mann, *wertet* implizit freilich und unausgesprochen, wohl auch unbeabsichtigt, »Aktivität« und »Spontaneität« höher als »Passivität« und »Rezeptivität«, »Unabhängigkeit« höher als »Abhängigkeit«, »Selbständigkeit« höher als »Unselbständigkeit« (Hegel: im Austausch mit der Natur kann der Mensch/Mann erst »zum Gefühle seiner Selbständigkeit [...] gelangen«). Oder bringt sie in ein widersprüchlich-harmonisches (»dialektisches«) Verhältnis von Teilen zu einem geordneten Ganzen (Kant: Rezeptive Sinnlichkeit und spontaner Verstand als die zwei Quellen wahrheitsfähiger Erkenntnis).<sup>32</sup> In welchem Krampf das endet, zeigt der Versuch, die Erziehung von Kindern und die Versorgung eines Haushalts an den Arbeitsbegriff anzugleichen, um sie für die Rentenversicherung passend zu machen. Solange Kinder und Küche nur »auch Arbeit« sind, werden Erziehung, Versorgung und Pflege aus dem Schatten der Produktivität nicht heraustreten und vergleichsweise defizitär bleiben, in der öffentlichen Wertschätzung, in der rechtlichen Gestaltung, in der Einbettung ins Netz der sozialen Sicherheit.

Bei diesem Beispiel für einen aktuellen Streit um die Bestimmung des gesellschaftlichen Verhältnisses zwischen dem »Selben« und dem »Anderen« geht es keineswegs um eine schlichte »Umwertung«, sondern um die Rücknahme vollständiger Disjunktionen, um das Ausgeschlossene. Wenn »Unabhängigkeit« das Merkmal ist, um welches sich die Bestimmung des Menschen zentriert und um dessen rechtliche Anerkennung die Menschen kämpfen, dann dürfen auch die konstitutiven Abhängigkeiten nicht einfach verdrängt werden, ohne die niemand Unabhängigkeit erlangen und bewahren kann. Wieviel *Abhängigkeit* in den Hinsichten *a*, *b* und *c* muß ich anerkennen, um in der Hinsicht *d* *unabhängig* sein zu können? Rechtliche Kategorien, zumal solche, die den Status eines Staatsbürgers und Rechtssubjekts fixieren, müssen dieses Ineinander von Abhängigkeit und Unabhängigkeit in sich aufnehmen können. Das kann von den alten, bis heute fortwirkenden oder wieder neu auflebenden Oppositionsbegriffen nicht mehr geleistet werden: gewillkürte Abhängigkeit (d. h. auf Unabhängigkeit gegründet) in der (Markt-)Gesellschaft, unwillkürliche Abhängigkeit (mit »lebendigen« Verhältnissen vorgegeben und deswegen niemals vollständig zu verrechtlichen) in Familie, Kirche und Staat.

In diesem Licht wird auch an dem von Haney behaupteten Telos der Rechtsentwicklung die Schattenseite sichtbar. Die »Frage nach der Autonomie des Menschen, seiner Würde, danach, ob er ein homo sui juris oder alieni juris ist und bleiben soll« – dies sei die »elementare Problemstellung«. Läßt sich mit dieser Disjunktion, zum Beispiel, der Rechtsstatus einer Schwangeren angemessen bestimmen? Nach dem bisherigen Stand der Diskussion scheint das Verhältnis zwischen der Schwangeren und dem Fötus in diese disjunktive Logik nicht zu passen: weder »homo sui« noch »homo alienus«, weder schlichte »Einheit« noch zwei voneinander völlig verschiedene Subjekte. Warum also nicht »homo sui in alieni juris« oder gar »homo alieni in sua juris«? In solchen juristisch prekären Überlegungen kündigt sich die Suche nach rechtlichen Regeln einer Andersheit an, die als solche anerkannt wird und das dünne

31 Catharine A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge/Mass. 1989; Martha Minnow, *Making All the Difference*, Ithaca u. London 1990.

32 S. dazu: Frances Olsen, *Das Geschlecht des Rechts*, KJ 1990, S. 303–317.

Band des Sozialen gleichwohl nicht zerreißt. Gewiß, schon Hegel erkannte in der bürgerlichen Gesellschaft »das System der in ihre Extreme verlorenen Sittlichkeit«, aber, wie zur Beruhigung vor dem Schock der jähen Einsicht weist er gleich im folgenden Satz wieder den Weg zur Identität<sup>33</sup>.

### *Solidarität*

Rechtsphilosophie ist als Philosophie immer auch Antwort auf ihre Zeit. In Wahrnehmung dieser von Hegel der Philosophie zugewiesenen Rolle zählt Haney »neue Rechtsprobleme« auf, die von der Rechtsphilosophie »bewtigt« werden sollen. Dabei fällt der Blick auch auf das deutsche Problem. Die von Haney dazu gegebene Empfehlung ist indes nicht weniger problematisch als die Verhältnisse, auf die sie zielt: »Für die Bewtigung der weltweiten Probleme, die immer auch innere Fragestellungen für jedes Land bedeuten, sind in erster Linie nicht neue Konfrontationen und Parteiungen, nicht ein erneutes bipolares Denken, nicht neue Aus- und Abgrenzungen oder Abwicklungen und Liquidationen, sondern ist das Besinnen auf die Herausbildung gemeinsamer Anstrengungen gefragt, die natürlich den Widerstreit in sich einschließt« (S. 173). Das »Besinnen auf die Herausbildung gemeinsamer Anstrengungen« schwankt eigentümlich unbestimmt zwischen Aktivität und Passivität. Die Formel sagt nicht, ob das »Herausbilden« ein objektiver Prozeß ist, auf den wir uns nur begleitend oder nachträglich besinnen können (»Sich-Herausbilden«) oder ob das einer gesonderten Initiative bedarf, einer Unterbrechung und Richtungsänderung, sie sagt auch nicht, ob dieser Prozeß schon begonnen hat oder erst noch eingerichtet werden muß, und sie sagt nicht, wer an diesem Prozeß beteiligt ist und sein soll oder wer ihn in Gang setzt oder setzen soll.

Problematischer noch ist allerdings der Appell an ein Gemeinsames, gestützt auf Oppositionsbegriffe wie Ab- und Ausgrenzung, Abwicklung und Liquidation, Konfrontation und Parteiung, bi-polares Denken. Wer könnte und sollte das eine Subjekt der gemeinsamen Anstrengungen sein? Wie könnten wir die Eigenschaften identifizieren, die »uns« gemeinsam sind? In welchen Verfahren sollen die Merkmale festgelegt werden, mit denen »wir« uns als Teilhaber an der Gemeinsamkeit codieren? Die verschiedenen Traditionen und Lebensformen reichen dazu nicht hin, wenn wir nicht diejenigen »ausgrenzen« wollen, die nicht dazugehören. Das zeigt der Versuch, die funktional erforderlichen »gemeinsamen Anstrengungen« zur Bewtigung der ökonomischen Probleme in der vereinigten Bundesrepublik durch Appelle an eine vorpolitische nationale Identität hervorzurufen. Dies geschieht auf Kosten von Fremden und von Minderheiten. Gewiß hängen politische Entscheidungen auch mit einer Verständigung über die Frage zusammen, wer »wir« als Mitglieder einer Staatsbrgernation sind, die sich von anderen unterscheidet, und wie wir gemeinsam leben wollen. Aber dieses »Wir« ist nicht schon vorgegeben, so daß man sich nur einvernehmlich darauf beziehen mußte. Das »Wir« verkörpert sich auch nicht in einer symbolischen »Macht«, die es artikuliert und realisiert<sup>34</sup>. Wiederum bleiben nur öffentliche, nicht vollständig institutionalisierte, unreglementierte Verständigungen über das, was »wir« als unser Gemeinsames in einer konkreten Situation anerkennen wollen. Wenn diese Anerkennung authentisch sein soll, darf sie nicht durch den externen Druck eines Ausnahmezustandes »globaler Probleme« oder durch die

<sup>33</sup> Hegel (Fn. 27), § 184 (S. 340).

<sup>34</sup> Ulrich Rodel, Gunter Frankenberg und Helmut Dubiel, *Die demokratische Frage*, Frankfurt am Main 1989, S. 47 ff.

funktionalen Zwänge ökonomischer und administrativer Operationen erzeugt werden, sondern nur aus Konfrontationen, Parteiungen, Abgrenzungen und multi-polarem Denken hervorgehen. Dies dürfte auch auf die Schwierigkeiten mit der Vereinigung beider deutscher Staaten zutreffen, die Haney vor Augen hat. Konfrontationen und Abgrenzungen sind dort nötig, wo vorschnell eine »Gemeinsamkeit« hergestellt werden soll, die nur um den Preis der Ausgrenzung von widerstreitenden Gründen, Themen und Beiträgen möglich ist. Die geforderte Besinnung auf künftige gemeinsame Anstrengungen wird die Verständigung über die Vergangenheit nicht vermeiden können; denn auch diese gehört, wie der andauernde Streit über die Vergangenheitsbewältigung in der alten Bundesrepublik gezeigt hat, zu dem Selbstverständnis einer Nation von Staatsbürgern, das wiederum auf die künftige öffentliche Meinungsbildung und die politische Gesetzgebung Einfluß hat. Die »Abwicklungen«, »Ausgrenzungen« und »Liquidationen« von Institutionen und Personen, die Haney beklagt, offenbaren das ganze Dilemma. Sie sind ja gerade der Preis, der für eine beschleunigte Herstellung der administrativen und ökonomischen Gemeinsamkeit zu entrichten ist, die sich auf einen öffentlichen, unreglementierten Prozeß der Auseinandersetzung über die Vergangenheit und über das künftige Selbstverständnis nicht einlassen kann, weil das zu viel Geld kosten und zu viel Zeit in Anspruch nehmen würde.

Haney motiviert die Erforderlichkeit gemeinsamer, in die Zukunft gerichteter Anstrengungen mit den »globalen Problemen«, die die Menschheit im ganzen betreffen. Globale Probleme scheinen nach einem globalen Subjekt zu verlangen. Indes, die Menschheit, die gemeinsame Anstrengungen erbringen soll, ist, wie gezeigt, inklusiv nur noch als Unbestimmtheit denkbar, wenn nicht immer schon einige Menschen ausgegrenzt werden, weshalb an ihre Stelle nur noch die Diskurse über ihre Selbstbestimmung treten können (mit allen Schwierigkeiten für diejenigen, die aus zeitlichen Gründen nicht teilnehmen können – die Ungeborenen und die Toten – oder die aus physischen Gründen nicht teilnehmen können). Auch die moderne Gesellschaft läßt sich kaum noch als ein Subjekt beschreiben, das sich als Ganzes auf sich selbst besinnen und ihre Kräfte zu einer gemeinsamen Anstrengung sammeln und vereinen könnte. So wenig, wie sich plurale Lebensformen noch in einen allgemeinen Willen als einen anderen Zustand transformieren können, bewegen sich die vielfältigen strukturierten und auf Dauer gestellten Handlungszusammenhänge innerhalb der Gesellschaft um ein steuerndes und integrierendes Zentrum. Jedes dieser »Teilsysteme« beobachtet die Umwelt anders; schon deswegen ist unterhalb der sehr abstrakten Kennzeichnung als »globale Probleme« keinerlei Gemeinsamkeit bei der Rekonstruktion der Überlebensbedingungen der Menschheit mehr zu erwarten. Was für das technisch-wissenschaftliche System ein kalkulierbares Risiko ist, muß es nicht auch für das politische System sein. Und wenn beide Systeme auch noch die Beobachtungen des jeweils anderen beobachten und diese Beobachtungen in ihre eigenen Beobachtungen einführen, wird eine allgemeingültige Beobachtung, auf die sich gemeinsame Anstrengungen stützen könnten, vollends unerreichbar. In hochdifferenzierten Gesellschaften ist die Abgrenzung zwischen den Teilsystemen wichtiger als die Gemeinsamkeit. Diese gibt es für die Betroffenen nur noch als Inklusion in das jeweilige Funktionssystem. Die je spezifische Gemeinsamkeit der Rollenmerkmale als Klient, Wähler, Konsument etc. läßt eine verallgemeinerte Subjektivität nur noch um den Preis der Dezentrierung und Fragmentierung des Einzelsubjekts in verschiedene Inklusionsrollen zu. Das emphatische autonome »Subjekt« erscheint dann nur noch als »Inklusionsformel par excellence«<sup>35</sup>.

35 Niklas Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Band 2, Frankfurt am Main 1981, S. 239. Daß soziale Differenzierung keineswegs zu einer bunteren Lebenswelt führt, sondern mit extremer Standar-

Indes ist Haney skeptisch genug, um »Widerstreit« in die gemeinsamen Anstrengungen einzuschließen. Ein in die gemeinsamen Anstrengungen bloß eingeschlossener Widerstreit neigt aber dazu, dem Gemeinsamen immer den normativen Vorrang vor dem Widerstreit einzuräumen, der Einheit vor der Vielheit. Wenn es um das Gemeinsame geht, hat der Widerstreit zu verstummen. Die ungehinderte, auch von Gemeinsamkeitsappellen nicht beschränkte Entfaltung des Widerstreits ist ein Teil der Veränderungen, die in das »neue Rechtszeitalter« gehören: »die Partizipation aller Menschen« (S. 173) wäre anders nicht denkbar denn als eine reflexive Vergewisserung aller Menschen über ihr Gemeinsames im Widerstreit. Was könnte das anderes sein als ein unabschließbares Prozessieren von Differenzen? Unter dem Eindruck dieser Frage verändert sich zuletzt auch die Rolle des (Rechts-)Philosophen.

### *Recht*

Die Wahl des Kantischen »Rechtsproblems«, die Aufgabe, eine allgemein das Recht verwaltende bürgerliche Gesellschaft einzurichten, als Leitmotiv, rückt das Recht ins Zentrum der Gesellschaft. Die Zentrierung der Gesellschaft um das Recht sei der alles entscheidende Aspekt, unter dem sich die moderne Gesellschaft vom feudalen Privilegiensystem absetzte. Konsequenterweise fordert Haney für die gegenwärtige Rechtsphilosophie, »[...] daß das Recht jener Zeit als ein totalreflektierendes Prisma für das zeitgeschichtliche Verständnis damals wie auch für den geschichtlichen Rückblick heute begriffen werden muß, daß es als Indikator für schon Erreichtes wie noch nicht Bewältigtes anzusehen ist«<sup>16</sup>.

Das vernunftrechtliche Programm, Freiheit und Gleichheit als ursprüngliches Menschenrecht zu institutionalisieren und als Ausgangspunkt einer weiteren Differenzierung der Menschenrechte zu setzen, bezieht seine Plausibilität in der Tat aus der Abwehr von Privilegien. Zugleich sind damit aber auch seine Grenzen bezeichnet. Das legitime Zwangsrecht als Inbegriff der Bedingungen gleicher Freiheit läßt sich noch eindeutig bestimmen, wenn damit negative Freiheiten gemeint sind. Sie betreffen vor allem die Integrität von Leib und Leben gegen unrechtmäßige Eingriffe Dritter und gegen den Inhaber der Zwangsgewalt. Der Referenzbereich möglicher Eingriffshandlungen, welche die gleiche Freiheit aller verletzen und deshalb unter die allein rechtmäßige, erzwingbare Freiheitseinschränkung fallen, ist hier noch klar konturiert. Aber schon dann, wenn es um Abtreibung oder Sterbehilfe geht, wird die Beschreibung möglicher Situationen und Handlungen so komplex und die Auswahl relevanter Merkmale so schwierig, daß man mit dem vernunftrechtlichen Gesetz wenig anzufangen vermag. Art, Umfang und Folgen der rechtlichen Freiheitseinschränkungen, die Bestimmung der Merkmale, die durch eine Rechtsnorm in verschiedenen Anwendungsfällen als »gleich« behandelt werden, die zeitliche, sachliche und soziale Ausgestaltung des »Inbegriffs der Bedingungen«, unter denen die Willkürfreiheiten miteinander vereinigt werden können, lassen sich mit dem vernunftrechtlichen Programm immer weniger genau festlegen.

Die von Haney beschriebene Entwicklung der Grund- und Menschenrechte von der Gewährleistung gleicher negativer Freiheit zu sozialen Teilhaberechten hat denn auch die Bedeutung von »Freiheit« nicht unberührt gelassen. Aus einem bloß frei-

disierung und Unformität von Lebenslagen und Biographiemustern einhergeht, zeigt Ulrich Beck, *Risikogesellschaft* (Fn. 24), S. 211–220.

<sup>16</sup> Gerhard Haney, *Vom Privilegium zum Recht* (Fn. 4), S. 288

heitsfunktionalen Appendix sind die sozialen Teilhaberechte längst zu einem freiheitsbestimmenden Faktor geworden. Weil eine rechtlich geregelte Umverteilung materieller Ressourcen zu dem politischen Zweck der Gewährleistung gleicher Lebenschancen nicht ohne Eingriffe in gleiche Freiheit möglich war, glaubte man diese nur dadurch legitimieren zu können, daß man zur »Freiheit« auch die sozialen Institutionen und Lebensordnungen zählte, innerhalb deren sie sich immer schon verwirklicht. Die daraus resultierenden Kollisionen zwischen »Freiheit« als »Abwehrrecht« und den Verfassungsgütern, die für den Bestand der Institutionen relevant sind, lassen sich nur über komplexe, einzelfallbezogene Abwägungsprozesse schlichten. Haney's Warnung, eine Kategorie von Rechten gegen die andere auszuspielen oder die eine auf die andere zu reduzieren, wird zwar von niemandem mehr ernsthaft ignoriert, jedoch sind die Konflikte zwischen beiden Kategorien im Einzelfall nach wie vor nicht lösbar.

Je weiter sich das Recht auf diesem Wege vom ursprünglichen vernunftrechtlichen Programm entfernt, desto unbestimmter werden seine Normen. Sozialstaatliche Gewährungen sind in ihrem Gehalt von Randbedingungen abhängig, die sachlich, zeitlich und sozial in hohem Maße variieren. Viele Rechtsnormen enthalten daher weite Ermessensspielräume, die von den Verwaltungen oder von den Gerichten ausgefüllt werden. Die von Haney angeführte, altehrwürdige Unterscheidung zwischen konditionaler und finaler Programmierung des Rechts<sup>37</sup> beschreibt daher nicht nur einen Strukturwandel, sondern auch ein schwieriges rechtstheoretisches Problem. Eine umfassende Finalisierung des Rechts führt nämlich dazu, daß Rechtsnormen nur noch in den Zweckbestimmungen allgemein sein können, die Wahl der Mittel aber in das Ermessen der Entscheidungsinstanz vor Ort stellen müssen. Von den Umständen des Einzelfalls hängt es ab, ob und wie der Zweck erreicht werden kann. So verselbständigt sich das Recht als Handlungssystem, das sich nach seinen eigenen Kriterien reproduziert, indem die Verwaltungsbehörden oder die Gerichte die Tatbestände setzen, nach denen sie entscheiden.

Mit zunehmender Entfernung vom vernunftrechtlichen Programm wird schließlich auch die Voraussetzung eines einheitlichen Bedeutungsverständnisses rechtlicher Normen fragwürdig. Im Vernunftrecht ließ sich noch einfach unterstellen, zwischen Gesetzgeber, Richter, Betroffenen und Öffentlichkeit bestehe der Zustand des Vorverständigt-Seins, der den allgemeinen Willen als etwas für alle Klares und Unterschiedenes erscheinen ließ. Die Historische Schule war nicht einfach nur reaktionär, als sie den Juristen zum Hüter und kraft besseren Sinnes autorisierten Interpreten eines zwar einheitlichen, aber in seinen Äußerungen diffusen »Volksgestes« promovierte. Daß heute die Identität der Bedeutungen nicht mehr als schlicht vorgegeben unterstellt und auch nicht mehr durch Gebrauch einfacher Auslegungsregeln hergestellt werden kann, liegt nicht nur an zunehmender Gesetzesflut und steigendem Differenzierungsgrad der Regelungen. Auch die Pluralisierung und Differenzierung der Gesellschaft selbst läßt es immer unwahrscheinlicher werden, daß Gesetzgeber, Justiz und Öffentlichkeiten sich bloß auf ein immer schon vorhandenes gemeinsames Bedeutungsverständnis der Menschen- und Bürgerrechte oder der einfachen Gesetze zu berufen brauchen, wenn sie rechtlich argumentieren. Die Kommentare schwellen nicht bloß deshalb so stark an, weil die Regelungen so kompliziert werden, sondern weil auch die Chancen, einander zu verstehen, immer geringer werden, so daß das Funktionieren sprachlicher Kommunikation selbst immer mehr von »Kommentierungen« abhängig wird<sup>38</sup>. Schließlich hat auch die moderne Sprachphilosophie zu-

<sup>37</sup> Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Frankfurt am Main 1968, S. 101 ff.

<sup>38</sup> Vgl. dazu Friedrich Kambartel, *Versuch über das Verstehen*, in: »Der Lowe spricht ... und wir können ihn nicht verstehen«, Frankfurt am Main 1991, S. 121–137.

mindest das eine unstrittige Ergebnis hervorgebracht, daß »Bedeutungen« nicht irgendwie existieren, so daß es nur darauf ankäme, sie richtig zu entdecken, damit Sprache funktionieren könne. Was die Bedeutung von »Bedeutung« sei, bleibt nach wie vor rätselhaft – und vielleicht ist sogar die Unmöglichkeit ihrer Feststellung die Bedingung ihrer Möglichkeit<sup>39</sup>.

Nicht die Fülle und Unübersichtlichkeit, sondern die Unbestimmtheit der Rechtsnormen ist der Grund für die von Haney beklagte Relevanz der »Analytik« in der Rechtstheorie. Diese ist dem Vernunftrecht näher, als Haney vermutet. Sie verteidigt nämlich den Anspruch, daß trotz der Unbestimmtheit des Rechts *rationale juristische Begründungen* sowohl nötig als auch möglich seien<sup>40</sup>. Dieser Anspruch ist nach der Kritik des Rechtsrealismus jedenfalls nicht mehr selbstverständlich. Aus dessen Perspektive erweist sich jeder Anspruch auf rationale juristische Begründung als eine allenfalls rechtsintern notwendige Fiktion oder sogar als pure Verblendungstechnik, welche die Fratze der Macht im Angesicht der Rechtsanwendung bloß verhüllen soll. Als Steigerungsform dieser Kritik an den Rationalitätsansprüchen juristischer Argumentation verweigert das »Critical Legal Studies Movement« jede Suche nach internen Prinzipien oder externen Ursachen, um statt dessen im Spiel der Differenzen zwischen verschiedenen Positionen immer wieder zu dem gleichen Ergebnis zu kommen, daß juristische Argumente sich nicht systematisch, sondern allenfalls zufälligerweise überzeugend begründen lassen<sup>41</sup>. Dagegen versucht die »Analytik« zu zeigen, an welcher Stelle im juristischen Argumentieren welche Sorte von Gründen relevant ist, wenn denn überhaupt an dem Anspruch festgehalten werden soll, daß singuläre juristische Urteile mehr sind als zufällige Entscheidungen, politische Machtsprüche oder Anschlußereignisse in der Reproduktion des Rechtscodes.

### Philosophie

Haney evoziert noch einmal, in Andeutungen, die *Jenaer Vision* aus der »Achsenzeit« der Jahre vor und um die Wende zum 19. Jahrhundert. Wer könnte sich der Faszination entziehen, die sich mit der Vorstellung einer Einheit von Zeit und Ort zwischen Fichte, Hegel, Schelling, Hölderlin, August Wilhelm und Friedrich Schlegel, Dorothea Veit, Novalis, Goethe, Schiller verbindet? Fast in der Mitte zwischen Paris und Königsberg gelegen, nehmen die Zeitgenossen zuerst an diesem Ort die *Entzweiung* wahr, in welche die Französische Revolution und die Kantische Philosophie den Menschen versetzt haben. Vernunft und Wirklichkeit, Subjektivität und Objektivität, Einzelne und Gemeinschaft bleiben unversöhnt. Die Prägnanz dieser Erfahrung teilt sich der Intensität der Spekulation mit, die weit ausgreift, um nach den Bedingungen der Versöhnbarkeit einer entzweiten Welt zu suchen. An einem

<sup>39</sup> Jacques Derrida, *Die différance*, in: ders., *Randgänge der Philosophie*, Frankfurt/M., Berlin, Wien 1976, S. 6–37. S. dazu: Christoph Menke, »Absolute Interrogation« – Metaphysikkritik und Sinnsubversion bei Jacques Derrida, in: *Philosophisches Jahrbuch* 1990, S. 351–366. Wie sich diese Aporie der Explikation der Bedeutung von »Bedeutung« im Recht wiederholt bei der richterlichen Anwendung von Rechtsregeln auf den Einzelfall, zeigt Derrida in: *Gesetzeskraft – Der »mystische Grund der Autorität«*, Frankfurt am Main 1991, S. 46–59.

<sup>40</sup> Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. Frankfurt am Main 1990; Maximilian Herberger u. Dieter Simon, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Frankfurt am Main 1980; Hans-Joachim Koch u. Helmut Ruffmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1982; Ulfried Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986; Delf Buchwald, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung*, Baden-Baden 1990.

<sup>41</sup> David Kennedy, *A Rotation In Contemporary Legal Scholarship*, in: Christian Joerges/David M. Trubek (Eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden 1989, S. 353–396.

Abend im Frühsommer des Jahres 1795 treffen Fichte, Novalis und Hölderlin in Niethammers Haus zusammen. »Viel über Religion gesprochen und über Offenbarung und daß für die Philosophie hier noch viele Fragen offenbleiben«<sup>42</sup>. Die Religion oder, später, die Mythologie erscheinen als Chiffre für die gesuchte Vermittlung zwischen den entzweiten Gliedern. In ihr gehen Vernunft und Offenbarung, Polis und Gemeinde, Individualität und Gemeinschaft, Subjektivität und Liebe, Rationalität und Poesie, aber auch privates und öffentliches Recht eine komplexe Synthese ein<sup>43</sup>.

In dieser Synthese rücken auch Rechtswissenschaft und Philosophie in eine Konstellation der Wechselwirkung. »Vernunftrecht« ist nicht nur der Titel für eine Normierung des Rechts nach Gesetzen der Vernunft, sondern auch umgekehrt für *das Recht* der Vernunft. Das Recht bleibt der Vernunft nicht äußerlich; vielmehr erweist es sich als das einzig angemessene Medium und das einzig mögliche Telos der Verwirklichung der Vernunft in der Gesellschaft. Wenn Vernunft in der Gesellschaft faktisch wird, dann nur im Recht. Allein das Recht ist »Dasein der Freiheit«. Dieser von beiden Seiten gesuchte und verwirklichte Zusammenhang zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft ließ der Rechtsphilosophie einen nicht nur interpretierenden, sondern auch einen eingreifenden, die soziale Wirklichkeit verändernden Status zukommen. Als Wirklichkeitswissenschaft einer Vernunft, die als Recht das normative Zentrum der Gesellschaft ist, mochte sie sich legitimiert glauben, Gesetzgebung und Rechtswissenschaft *kraft besserer Einsicht* anzuleiten. Wenn aber das Recht ebenso wenig wie irgend ein anderes System mehr Zentrum der Gesellschaft ist, und wenn Philosophie in der Demokratie nicht mehr beanspruchen kann, über privilegierte Einsicht in das Allgemeingültige zu verfügen, dann muß das Folgen für das Selbstverständnis der (Rechts-)Philosophen haben. Sie müssen sich auf eine bescheidene Rolle zurückziehen. Als Teilnehmer am öffentlichen Meinungs- und Willensbildungsprozeß zeichnen sie sich durch nichts gegenüber anderen Staatsbürgern aus. Sie mögen Themen mit rationalen Methoden verwalten, bis sie von den Einzelwissenschaften übernommen werden, sie können zur öffentlichen Klärung von Ideen beitragen und als Interpreten an der Selbstverständigung einer Gesellschaft über ihre eigenen Traditionen teilnehmen. Auf eine verändernde Wirksamkeit wie zu Beginn des vergangenen Jahrhunderts kann und darf Rechtsphilosophie heute nicht mehr hoffen.

Über dieser Diagnose darf indes nicht vergessen werden, daß unter anderen politischen und gesellschaftlichen Umständen die Rolle der Rechtsphilosophie anders zu bestimmen wäre. Die Arbeiten Haney's und einiger anderer Rechtsphilosophen in der DDR zeigen, daß die Besinnung auf das klassische Vernunftrecht ein *Medium des Widerstands* war: Gegen die schlichte Instrumentalisierung des Rechts für die Exekution von Parteitagdirektiven, die nur um den Preis einer vollständigen Entkopplung von seinem vernunftrechtlichen Gehalt und seiner Neu-Positivierung als Partei-Recht möglich war – und gegen die Profanierung der Philosophie zur erstarrten Doktrin des Dialektischen und Historischen Materialismus, die keine konkurrierende Philosophie mehr neben sich dulden mochte. Sie haben damit die Erinnerung an eine andere Zukunft bewahrt gegen die politische Gegenwart, die bloß vorgab, die Verheißungen des Vernunftrechts nicht nur erfüllt, sondern auch noch überwunden zu haben, während die Praxis der tägliche Verrat an diesen Prinzipien war. Nachdem die Besinnung auf das Vernunftrecht aus der Starrheit dieser Entgegensetzung her-

42 Holderlin. Chronik seines Lebens, hrsgg. v. Adolf Beck, Frankfurt am Main 1975, S. 58.

43 Vgl. dazu Manfred Frank, *Der kommende Gott. Vorlesungen über die Neue Mythologie*. Frankfurt am Main 1982, insbes. 6. u. 7. Vorlesung (S. 153 ff. u. S. 188 ff.).

austreten kann, wäre es vielleicht angebracht, nach den Spuren der vergangenen Jenaer Vision als einer »profanen Erleuchtung« in der Gegenwart zu suchen<sup>44</sup>. Damit würde sich die Philosophie des Vernunftrechts in eine Situation jenseits der Alternative von »Interpretation« und »Veränderung« begeben. Sie hätte dann auch nicht mehr zu fürchten, einfach als »veraltet« abgetan zu werden: »Philosophie, die einmal überholt schien, erhält sich am Leben, weil der Augenblick ihrer Verwirklichung versäumt ward. Das summarische Urteil, sie habe die Welt bloß interpretiert, sei durch Resignation vor der Realität verkrüppelt auch in sich, wird zum Defaitismus der Vernunft, nachdem die Veränderung der Welt mißlang...«<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Walter Benjamin, Der Surrealismus. Die letzte Momentaufnahme der europäischen Intelligenz, in: Ges. Schr. Band 2.1., S. 295–310 (S. 297).

<sup>45</sup> Theodor W. Adorno, Negative Dialektik, Ges. Schr. Band 6, Frankfurt am Main 1973, S. 15.