

Gerhard Sprenger

Über die Unverzichtbarkeit der Rechtsphilosophie Hermann Klenner zum 80. Geburtstag

Die Rechtsphilosophie ist kein Zweig der *Rechtswissenschaft*, auch nicht „auf höherer Reflexionsebene“, wie gelegentlich zu lesen ist,¹ sondern der *Philosophie*. Der Unterschied ist ein kategorialer. Der Rechtswissenschaft geht es um das geltende Recht, d. h. um die jeweils geltenden Gesetze, Verordnungen, um die Rechtsprechung und das Gewohnheitsrecht, kurzum: um dasjenige, was man das positive Recht nennt. Der Rechtsphilosophie dagegen, älter als die Rechtswissenschaft, geht es um die Frage, ob dieses geltende Recht seinem Inhalt nach auch *gerecht* ist: „Das Recht legalisiert, was aber legitimiert das Recht?“, formuliert es Hermann Klenner, und die Suche nach einer Antwort steht wie ein Leitmotiv über seinem beeindruckenden Werk.² Rechtsphilosophie hat es mit *Gerechtigkeit* zu tun. Sie ist die innere Voraussetzung für die Wissenschaft vom Recht. Deren Möglichkeiten reichen darum auch nicht zu, diese ihre eigene Grundlage nach ihrem Wesen zu befragen.

Gerechtigkeit war und ist allgegenwärtig. Sie war Platons höchste Idee, und sie ist heute „Zentralvokabel in den Programmen aller politischen Parteien“³. In ihrem Namen wurden Kriege geführt und Völker versöhnt. „Reformer wie Restauratöre, Revolutionäre wie Konterrevolutionäre haben sich für ihre progressiven bzw. reaktionären Handlungen auf die Gerechtigkeit als die letzte Legitimation berufen.“⁴

Angesichts dieser Bedeutung von Gerechtigkeit muss es auf den ersten Blick befremden, die Unverzichtbarkeit einer philosophischen Auseinandersetzung mit ihr – denn um nichts anderes handelt es sich bei der Rechtsphilo-

1 Christian Starck, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das positive Recht, in: Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, hg. v. R. Alexy, R. Dreier u. U. Neumann, Stuttgart 1991, S. 381.

2 Hermann Klenner, Recht und Unrecht, Bielefeld 2004, S. 39.

3 A.a.O., S. 41.

4 Ders., Marxismus und Menschenrechte. Studien zur Rechtsphilosophie, Berlin 1982, S. 149.

sophie überhaupt – zu thematisieren. Dennoch gibt es einen Grund dafür: Kaum ein anderes Fach hat im Lauf seiner Geschichte wohl so häufig seine Daseinsberechtigung unter Beweis zu stellen gehabt wie die Rechtsphilosophie. So lautete, um ein Beispiel zu nennen, das Generalthema einer Tagung, zu dem die Deutsche Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im Oktober 1970 eine Tagung in Freiburg i. Br. veranstaltete: „Wozu Rechtsphilosophie heute?“. Aber nicht erst seitdem, sondern auch davor wurde die Existenz der Rechtsphilosophie immer wieder einmal in Frage gestellt, ihr Dauerzustand ist wohl so zu bezeichnen, wie es im Titel eines 1976 erschienenen Werkes von Hermann Klenner heißt: „Rechtsphilosophie in der Krise“. Bei all dem geht es um mehr als die Aufrechterhaltung einer akademischen Disziplin – es geht um die Sache. Dieser wollen wir uns im Folgenden zuwenden.

I. Begriff und Wesen der Rechtsphilosophie

Der Begriff „Rechtsphilosophie“ ist vergleichsweise jung. Von einzelnen Vorläufern in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts abgesehen, darunter Christian Thomasius' früher Schrift „*Philosophia iuris; ortensa in doctrina de obligationibus et actionibus*“ (1682), ist er verbreitet erst im 18. Jahrhundert anzutreffen. Er trat von dieser Zeit ab an die Stelle einer alten Bezeichnung für dieselbe Sache, nämlich für *Naturrecht*. Deutlich kommt dies im Titel eines Werkes des bekannten Göttinger Juristen Gustav Hugo zum Ausdruck: „Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts“, das 1798 erschienen war: *Naturrecht als Philosophie des positiven Rechts*.⁵

Dem Übergang von der ursprünglichen Bezeichnung zu einer neuen liegt ein entscheidender innerer Wandel der Sache in jener Zeit zugrunde; darauf wird ebenso noch zurückzukommen sein wie auf die eigentliche Unvergleichbarkeit beider Phänomene. Denn während Naturrecht einen im Einzelnen nicht leicht zu ortenden normativen Bereich, ein unabhängig vom Menschen konstant Vorliegendes bezeichnet, verstehen wir unter Philosophie keinen Gegenstand, sondern eine vom Menschen ausgehende Hinwendung zu einer Sache, ein denkerisches Bemühen, eine „Selbsteinkehr des Denkens“.⁶

5 Dietmar von der Pfordten, Die Entstehung des Begriffs „Rechtsphilosophie“ vom 17. bis zum Ausgang des 19. Jahrhunderts, in: *Archiv für Begriffsgeschichte* 41 (1999), S. 151 ff.

6 Joseph van der Ven, *Das juristische Denken und das Juristische denken*, ARSP 1976, S. 45.

So sehen wir uns bei dem Versuch, nach der Herkunft von Rechtsphilosophie zu fragen, auf das *Naturrecht* verwiesen. Dieser Begriff hat nun im Gegensatz zu dem der Rechtsphilosophie eine sehr lange Geschichte – mehr noch: Er kennzeichnet den Anfang.

Oft wird Rechtsphilosophie mit *Ethik* in eins gesetzt, was aber nur sehr bedingt zutrifft. Im Zusammenhang damit kommt es dann zu einer Gegenüberstellung von Recht und Moral, wodurch der Eindruck erweckt wird, dass es sich hierbei um diametrale Gegensätze handelt. Das könnte jedoch irreführend sein, weil es die Problematik ebenso verkürzt wie die Gleichsetzung von Naturrecht mit *Sollen* gegenüber dem positiven Recht als *Sein*.

II. Das Naturrecht: sein Ursprung, seine Veränderung, sein Rückzug

Es ist hier nicht der Ort, die Abfolge und unterschiedliche Ausgestaltung einzelner Naturrechtslehren zu verfolgen, selbst eine Darlegung nur der wichtigsten Versuche, „Naturrecht“ begrifflich einzufangen, würde den vorgegebenen Rahmen sprengen. Versucht werden soll ein anderes. Ein Blick auf die Anfänge und das nachfolgende Geschick von Naturrecht wird zeigen, dass dieses Phänomen über Jahrhunderte abendländischer Geistesgeschichte hinweg nicht gleich bleibend präsent war, sondern dass es Zeiten gab, in denen es zurückgedrängt wurde, gelegentlich so weit, dass es sich ganz dem Blick entzog. Es wird dabei aber auch deutlich werden, dass sein Verblässen, seine Abwesenheit niemals von langer Dauer und, bei genauerem Hinsehen, zu keiner Zeit ein *restloses* Verschwinden war, dass es vielmehr irgendwann zurückkehrte. Diesen Vorgängen des Daseins, des Sich-Entziehens und Wiederkommens von Naturrecht wollen wir uns im Folgenden zuwenden, da wir in ihnen nicht nur einen Bezug zur Leitfrage unserer Untersuchung sehen, sondern auch den Ausgangsort für eine Antwort vermuten.

Das Wesen von Naturrecht als eines übergeordneten, für den Menschen unverfügbaren Normenbereichs, dem er Weisungen für das von ihm geschaffene Recht, das Maß für Gerechtigkeit, entnehmen konnte, bestimmte sich nach demjenigen, das jeweils unter „Natur“ verstanden wurde. Im anfänglichen Naturrecht war Natur, „*physis*“, etwas unendlich Umgreifenderes als etwa dasjenige, was wir als das Naturale im engeren Sinne heute verstehen: Notwendigkeit und Unabänderlichkeit in dem, was ist und wie es ist. Leitend war die Idee einer geordneten Welt, in die der Mensch *vollkommen einbezogen* war. Das griechische Denken kannte weder das absolute Nichts noch den allordnenden Schöpfergott. Bei der Gestaltung des Chaotischen vermochte der Mensch den Anrufen jener „*physis*“ zu folgen, den ihr inne wohnenden

Regeln, die unverstellt wahrzunehmen er befähigt war. Denken war seiner Struktur nach ein Hinnehmen.⁷ „Physis“ bedeutete letztlich das Seiende im Ganzen als das Sich-selber-in-Stand-Bringende – *creatio ex nihilo*.

Das „physei dikaion“, die mythische Ur-Gestalt des Naturrechts, war dem Menschen verborgen, jedoch in einer Weise, dass es sich dem Suchenden sowohl in seinem Sein mit Anderen: in der Polis, als auch in seinem Sein mit der außermenschlichen Welt zu erkennen gab. Das „von Natur Rechte“ war das *Gute*, und zwar im Sinne des Tauglichen, nicht des Moralischen im heutigen Verständnis, war Ziel und Maß, deren Einhaltung Dike, Tochter der Göttin der Gerechtigkeit Themis, bewachte. Das galt für alles Seiende: „Die Sonne wird ihre Maße nicht überschreiten; wenn aber doch, dann werden die Erinnyen, der Dike Helferinnen, sie zu fassen wissen“, lesen wir bei Heraklit im 6. Jahrhundert ante.⁸

Wie weit wir von einer so verstandenen Natur, die das *einzig wahre* „Naturrecht“ ausmachte, das Naturrecht, dem es seinen Namen verdankt, entfernt sind, mag man daran erkennen, dass wir angesichts unseres leichtfertigen Umgangs mit unserer Umwelt, im wesentlichen also mit der Natur, wie wir sie heute verstehen, überlegen, ob wir in unserer Zeit dieser Natur, statt ein Maß für das Recht in ihr zu suchen, zu ihrem eigenen Schutz nicht selbst ein Recht zuerkennen sollen, das sie vor den Eingriffen der Menschen schützen soll.

Erstmals in der Sophistik traten dann aus der „physis“, dieser umfassenden Einheit von Mensch und Kosmos im anfänglichen Seinsverständnis, heraus gelöste „nomoi“ dem Naturrecht gegenüber, freilich noch keine Gesetze im heutigen Sinne, eher so etwas wie Brauch.⁹ Und im Denken Platons erhielt alles Naturrecht dann eine neue Gestalt: Es erschien als „idea“ und wurde als ein von irdischer Wirklichkeit Abgehobenes in der Folgezeit der Ort für alle ideellen Naturrechtslehren: „Natur“ als ewige Musterordnung, an der der Mensch, der jetzt bewusster seinen gebrochenen Bezug zur Welt wahrnahm, sich bei der Gestaltung seines Lebens orientieren konnte. Aristoteles, im Gegensatz zu seinem Lehrer Platon, den Blick mehr auf die Erde statt zum Himmel gerichtet, sprach dann klar aus, dass das für die menschliche Gemeinschaft geltende Recht in das natürliche, überzeitliche und das gesetzliche, von Menschen auf begrenzte Zeit geschaffene, zerfalle.¹⁰

7 Walter Schulz, *Der gebrochene Weltbezug*, Pfullingen 1994, S. 139.

8 Fragment 94; Wilhelm Capelle, *Die Vorsokratiker*, Berlin 1958, S. 140.

9 Hierzu eingehender: Gerhard Sprenger, *Naturrecht und Natur der Sache*, Berlin 1976, S. 17.

10 *Nikomachische Ethik* 1134 b.

Eine solche ideelle Ordnung blieb lange bestehen. Während sie bei Cicero als *lex aeterna* nicht nur im göttlichen Geist, sondern auch noch in der menschlichen Vernunft (als *recta ratio*) erschien, war diese Einstiftung des Göttlichen in die menschliche Kreatur 400 Jahre später nicht mehr zu finden. Augustinus, mit den Schriften Ciceros gut vertraut, stufte ab: Gott als das höchste Wesen, das Sein schlechthin, gab zwar „den Dingen, die er aus nichts erschaffen hat, ein Sein, jedoch kein Sein, wie er selbst ist. Und den einen gab er mehr davon und den anderen weniger und ordnete so stufenweise die Naturen der Wesen.“¹¹ So blieb die *lex aeterna* nur auf der göttlichen Ebene eine *ordo ordinans*, während beim Menschen ein bloßes Abbild von ihr als *ordo ordinata* oder *lex naturalis* „in ratione“ erschien. Die Idee des Schöpfergotts war beherrschend geworden, die Vorstellung, dass sich im Naturrecht der weltordnende Wille Gottes offenbare. In einem der wenigen überkommenen Gesetzeswerke aus dem Mittelalter, dem Sachsenspiegel (13. Jhd.), liest sich dies so: „Got ist selber recht.“ (Prolog)

Keine Gewissheit ohne Zweifel. Zur nämlichen Zeit, als das mittelalterliche, dem Schöpfergott-Gedanken verpflichtete Recht galt und auch praktiziert wurde, bereitete sich hintergründig bereits die Befreiung der menschlichen Ratio aus der Umklammerung aller Vorgegebenheiten vor. Der zugunsten der Franziskanermönche Johannes Duns Scotus und Wilhelm von Ockham entschiedene Universalienstreit hatte die Auffassung der *universalia post res* auf den Schild gehoben. Mit der darin zum Ausdruck kommenden Hinwendung zum Einzelding, der Voransetzung des Individuellen, der „Person“werdung, begann die Säkularisierung des bis dahin als Gottesrecht verstandenen Naturrechts sichtbar zu werden. Dies war ein lang andauernder Prozess, eine nur sehr zögerlich sich vollziehende Abwendung von der Vorstellung eines allumfassenden Übergeordneten. Noch bis in das späte 18. Jahrhundert hinein wurde Gott, anders als dann bei Kant, *vor* die Vernunft und nicht *mittels* ihrer gesetzt. Immerhin: ein erstarktes eigenes Denken begann, das Geheimnis der Gesetzmäßigkeit „Natur“ zu ergründen.

Den Durchbruch brachte dann das Aufkommen des mathematischen Weltbildes. In seiner Folge bot sich eine vollkommen neue Sicht von „Natur“ an, die am Ende auch auf das Naturrechtsdenken ausstrahlte. Konnte im Verständnis der Natur als „*physis*“ alles Seiende beim Menschen in ursprünglicher, unverstellter Weise ankommen, war Natur fortan nur dasjenige, was sie „im Lichte des begründenden Begriffs und je nach Reichweite einer sol-

11 Der Gottesstaat, Berlin 1911-1916, 12. Buch, 2. Abschnitt, S. 231.

chen Begründung“ war. Ein bestimmter *Entwurf* von Natur lag schon immer vor. In das Betrachten des Seienden und in den Umgang mit den Dingen hatte der Mensch im Voraus etwas eingebracht: ein Raum-Zeit-Gebilde, innerhalb dessen auf jeden Gegenstand nunmehr Maß, Regel und Gesetz angesetzt werden konnten. Hatte sich nach der Physik des Aristoteles, die das Denken bis dahin beherrscht hatte, jeder Körper nach *seiner* Natur bewegt, so war bei Newton, in dessen Werk das neuzeitliche Geschehen in gewisser Weise einen ersten systematischen Abschluss gefunden hatte, die Bewegung eines Körpers einbezogen in einen geschlossenen Bewegungszusammenhang raumzeitlich begegnender Massepunkte, so dass Bewegung hier *Ortsveränderung*, und nur diese, bedeutete. Es wurde nicht länger gefragt, *was* sie war, sondern *wie* sie vor sich ging. Natur wurde nicht mehr qualitativ, sondern ausschließlich quantitativ erklärt.¹²

Dieser tief greifende Umbruch vollzog sich in einem langen, vom Ringen mit der überkommenen aristotelisch-scholastischen Auffassung gekennzeichneten Zeitraum. Kopernikus, der das Weltbild des Ptolemäus zerstörte, stand noch so im Banne der Physik des Stagiriten, dass er sich die Umläufe der Sonne und der Planeten nicht anders als in Kreisbahnen mit gleich bleibender Geschwindigkeit vorstellen konnte, weil ihm nur eine solche Bewegung der Vollkommenheit der himmlischen Objekte angemessen erschien.¹³

Der mathematischen Umbruchphase folgte die geisteswissenschaftliche, als deren Begründer Descartes gilt. Erfahrung kann täuschen, Deduktion nicht, erläuterte er am Beispiel der Sonne, die das menschliche Auge als klein, die Berechnung der Astronomie dagegen als „vielmal größer als die Erde“ auswies.¹⁴ Nur die *Vernunft* vermochte zu überzeugen: „Natur“ war zu einer Erscheinung geworden, die berechnen- und beweisbar war. Aus der zunehmenden Festigung menschlicher Erkenntnisgewissheit entfaltete sich ein veränderter Blick nun auch auf den Menschen selbst, der nicht länger nur angesehen wurde als ein auf ewige Bestimmung entworfenen, Gott ebenbildliches Geschöpf, sondern als Teil einer naturgesetzlich begreifbaren Welt. Und es wurden Anläufe unternommen, diese neuartige Erkenntnis von „Natur“ auf das Wesen von Gesellschaft, Recht und Staat zu übertragen. Auch hier sollten Gesetze von derselben unabänderlichen Gewissheit des logischen Schlusses formuliert, Naturrecht aus selbstevidenten Prinzipien geschaffen

12 Martin Heidegger, *Die Frage nach dem Ding*, Tübingen 1962, S. 51, 62 ff.

13 Carl Friedrich von Weizsäcker, *Die Tragweite der Wissenschaft I*, Stuttgart 1964, S. 107 f.

14 René Descartes, *Meditationen über die Grundlagen der Philosophie*, Hamburg 1955, S. 32; ders., *Abhandlungen über die Methode*, Hamburg 1952, S. 33.

werden: Moralphilosophie sollte demonstrierbar sein wie Mathematik – in Buchtiteln wie „Ethica ordine geometrico demonstrata“ (Spinoza) oder „Ethica Euclidea“ (Erhard Weigel) kam dies zum Ausdruck.¹⁵

Hinter der Anleihe bei den exakten Naturwissenschaften, hinter dem Versuch, auch die Regeln für menschliches Verhalten *mathematisch* zu fassen, war letztlich nichts anderes zu sehen als die Suche nach einer neuen Orientierung. Wo die Strahlkraft ewiger Gesetze nachzulassen, das Gefühl einer Geborgenheit in einer Schöpferordnung zu schwinden begann, musste eine andere Gewissheit her, damit man nicht den Boden unter den Füßen verlor. Dies war die Stunde des Logischen: seine Exaktheit ließ launenhafter Kontingenz keinen Raum, die Faszination rechnerischer Stimmigkeit verhiess neue Wahrheit, eine Wahrheit, mit der die andere, die göttliche, allerdings nicht gleich vertrieben werden sollte – im Gegenteil: Diese sollte *rational verifiziert* werden. Das neue Naturrecht sollte gelten können, selbst wenn man annahme, dass es keinen Gott gäbe („was freilich ohne größte Sünde nicht geschehen könnte“, wie es bei Hugo Grotius hieß) oder er sich nicht um die Angelegenheiten der Menschen kümmerte¹⁶.

Das konnte freilich nur funktionieren, wenn es gelang, der „wert“blinden kausalen Methodik und Systematik eine die jetzt deutlicher wahrgenommene menschliche *Freiheit* und ihre notwendige Einbindung in die *Socialitas* berücksichtigende Sichtweise an die Seite zu stellen. Es war unter anderen das große Verdienst Samuel Pufendorfs, dies in seiner Unterscheidung der „entia moralia“ von den „entia physica“ zum Ausdruck gebracht zu haben. Er sah die Gefahr einer Naturalisierung des Naturrechts unter dem Einfluss der modernen Naturwissenschaften und unterschied daher zutreffend von den „entia physica“ die „entia moralia“, die *nicht* ihre Eigengesetzlichkeit mitbrachten, vielmehr stets von Neuem mit Hilfe der menschlichen Vernunft untergelegt werden mussten, der, anders als zur Zeit des klassischen Naturrechts reinen oder abgestuften metaphysischen Zuschnitts, nunmehr der eigenverantwortliche Gebrauch von Freiheit zugetraut und zugemutet wurde und dabei auch Maßstäbe für das menschliche Recht bereitzustellen.¹⁷

Abschluss und zugleich Höhepunkt dieser Entwicklung finden sich dann bei Kant ausgesprochen, der erstmals den menschlichen Verstand selbst auf

15 Vgl. hierzu: Gerhard Sprenger, Der Einfluß der Naturwissenschaften auf das Denken Samuel Pufendorfs, in: Samuel Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit, hg. v. B. Geyer u. H. Goerlich, Baden-Baden 1996, S. 172.

16 De jure belli ac pacis (1625), Tübingen 1950, Prolegomena 11.

17 Sprenger, Der Einfluß (Fn. 15), S. 187.

sein Leistungsvermögen hin befragte hatte und dabei zu einer Antwort gelangt war, die „Natur“ im herkömmlichen Naturrecht vollends entzauberte. „Die Ordnung und Regelmäßigkeit an den Erscheinungen, die wir Natur nennen, bringen wir selbst hinein, und würden sie auch nicht darin finden können, hätten wir sie nicht, oder die Natur unseres Gemüts ursprünglich hineingelegt.“ Natur wird so vorgestellt, „als ob ein Verstand den Grund der Einheit des Mannigfaltigen ihrer empirischen Gesetze enthalte.“¹⁸ Eine solche „nachgebildete“ Natur (*natura ectypa*)¹⁹ aber, dies war die neue Einsicht, konnte niemals Grundlage des Naturrechts im Sinne ursprünglich vorgegebener, unverfügbarer Normen sein. Sie wurde in diesem neuen Verständnis in denjenigen Bereich verwiesen, den wir heute Naturwissenschaften nennen, während der Mensch als *homo intelligibilis*, wie Kant es formulierte, als unter *Vernunftgesetzen* stehend erkannt wurde.²⁰ Als vernünftiges Wesen aber konnte er die Kausalität seines eigenen Willens nicht anders als unter der Idee der *Freiheit* denken, denn Unabhängigkeit von den bestimmten und den bestimmenden Ursachen der Sinnenwelt ist Freiheit.²¹ Dies blieb für die Folgezeit bestimmend.

Zentrales Element des modernen nachkantischen Naturrechtsverständnisses ist also die Rolle, die der Freiheit, d. h. der freien, sich selbst bestimmenden Subjektivität, zukommt, und zwar auch bei der Begründung von Recht. An die Stelle traditioneller Fundierung aller Rechte und Pflichten in einer vom Willen des Menschen unabhängigen *lex naturalis* war das Prinzip der *Autonomie* des Menschen getreten. Dieses Grundgesetz der vernünftigen Selbstbestimmung räumte dem Menschen die Möglichkeit ein, sich von allen empirischen Einwirkungen freizumachen für eine auf „reiner“ Vernunft beruhenden Entscheidung. Im Entschluss, nach derjenigen *Maxime* zu handeln, die sich zugleich für ein allgemeines Gesetz eigne, war dann die „innere“ Seite des Rechts aufgezeigt als Voraussetzung für das Zusammen-Bestehen-Können „der Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit“.²²

Konnte Naturrecht bislang als kosmische oder göttliche Wahrheit *ungefragt* hingenommen werden, so bedurfte es nunmehr einer *Suche nach dem wahren Maß für das Recht*. An die Stelle des bloßen Rezipierens war das *Reflektieren* getreten: das Erwägen und Bedenken, das Fragen und Forschen

18 Kritik der Urteilskraft, Werke, hg. v. W. Weischedel, Bd. 5, Wiesbaden 1957, S. 253.

19 Kritik der praktischen Vernunft, Werke (Fn. 18), Bd. 4, 1956, S. 157.

20 Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werke (Fn. 18), Bd. 4, 1956, S. 88.

21 A.a.O., S. 90.

22 Metaphysik der Sitten, Werke (Fn. 18), Bd. 4, 1956, S. 337.

nach dem Letzten, nach dem unhinterfragbaren *Sinn*. Es war der Übergang vom *statischen* zum *dynamischen* Naturrecht und damit zugleich die Geburtsstunde der neuen Bezeichnung, in der dieses Suchen und Erwägen zum Ausdruck kam: „Philosophie des Rechts“ oder „Rechtsphilosophie“. Denn Philosophieren vollzieht sich als Fraglichmachen und Infragestellen.²³

Bei der Suche nach dem Maß nun zeigte sich, wie Geschichtliches mit Überzeitlichem verschlungen war, es kam, deutlicher als zuvor, ein kleinerer, für den Menschen überschaubarer Bereich in den Blick: Man argumentierte in jener Übergangszeit häufig aus dem Begriff der „Natur der Sache“. Der Wortteil „Natur“ war beibehalten: ein sprachlicher Abglanz von dem Ewigen und Unverfügbaren, das Naturrecht immer umgeben hatte, war offenbar unter dem Gesichtspunkt der *Geltung* als unverzichtbar empfunden worden. Allgemein bekannte man sich jedoch zu mehr Flexibilität (zu „beweglichem Naturrecht“, wie Hermann Klenner es nannte),²⁴ später zu einem „Naturrecht mit wechselndem Inhalt“ (Rudolf Stammler). Naturrecht als ewiger, unveränderlich vorgegebener Normenbereich jedenfalls trat sachlich und sprachlich zurück, die Phase des „Vernunftrechts“ hatte begonnen. Welche Bedeutung und welche Auswirkungen dieser Neuanfang hatte, kam darin zum Ausdruck, dass man seinerzeit sogar daran dachte, die herkömmlichen naturrechtlichen Lehrstühle ganz abzuschaffen.²⁵

Dieses Vernunftrecht nun wurde seit der Mitte des 18. Jahrhunderts zur Grundlage für eine Neuordnung des Rechts – und zwar europaweit. Eine gewaltige Kodifizierungswelle setzte ein: in Preußen das Allgemeine Landrecht von 1794, in Frankreich der Code civil de Français (1804), in Österreich das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die deutschen Erbländer (1811), um nur einige zu nennen. Diese Codices stellten „Triumphe einer praktisch-moralischen Rechtskultur“²⁶ dar, ihnen lag die Erkenntnis zugrunde, dass der Mensch das ursprünglichste aller Rechte, das Naturrecht, in den Griff bekommen hatte, indem er es für den „homo noumenon“ aus kosmischer, göttlicher und natural-kausaler Notwendigkeit herausgelöst hatte. Unter Zugrundelegung der Erkenntnis-Prinzipien der Vernunft und im Vertrauen auf ihre Gestaltungskraft sollte von nun an das Recht ein für allemal in *Gesetzen*

23 Wilhelm Weischedel, *Skeptische Ethik*, Frankfurt am Main 1976, S. 38.

24 Hermann Klenner/Karl-Heinz Schöneburg, *Vom ewigen zum beweglichen Naturrecht, Staat und Recht* 1956, S. 485-497.

25 Vgl. Diethelm Klippel, *Kant im Kontext. Der naturrechtliche Diskurs um 1800*, in: *Jahrbuch des Historischen Kollegs* 2001, hg. im Auftrag der Stiftung Historisches Kolleg v. L. Gall unter Mitarbeit von E. Müller-Luckner, München 2002, S. 107.

26 Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 348.

festgeschrieben und in der Überzeugung von der Gerechtigkeit seines Inhalts vor etwaigen Kommentierungen geschützt werden. Selbst Auslegungen durch Gerichte wurden nur in den engsten Grenzen gestattet. Naturrecht, einst außerhalb der Reichweite des Menschen, war handhabbar geworden mit der Folge, dass *Gerechtigkeitsvorstellungen der Zeit* an seine Stelle getreten waren.

Hatte aber in einer solchen Transformation die aufgeklärte Vernunft mit dem ihr wesenseigenen unbedingten überzeitlich-verpflichtenden Sollen am Ende nicht ihren eigenen Gesinnungskern verraten?²⁷ Oder waren diese Gerechtigkeitsvorstellungen der Zeit eine „in die Idealität verlängerte Realität“, Utopie als „Nochnichtort“ statt Illusion?²⁸ An der Lesart von Kants Entwurf „Zum ewigen Frieden“ etwa scheiden sich hier die Geister. Es wird sich kaum noch feststellen lassen, ob man wirklich geglaubt hatte, mit positiven Normen unwandelbares Recht geschaffen zu haben. Jedenfalls war von einem Naturrecht außerhalb der genannten großen Codices und anderer Gesetze fortan keine Rede mehr.

III. Die Herrschaft des Positivismus

Diesem Umbruch folgte eine eineinhalb Jahrhunderte währende Zeit des Gesetzes- und Rechtspositivismus, d. h. für mehrere Juristengenerationen galt „unumstößlich die Wahrheit, dass die Rechtsmacht (Gesetzgeber, Staat, souveräne Macht) jeden beliebigen Rechtssatz setzen“ könne.“²⁹ Und diese Auffassung wurde auch praktiziert, was zusätzlich dadurch gefördert wurde, dass dem Recht mit der eigengesetzlichen Strenge naturwissenschaftlicher Prägung eine Systemstruktur unterlegt worden war.³⁰ So blieb nichts als die bedingungslose Unterwerfung unter den Willen einer Rechtsnorm, die auch äußerlich durch ein relativ gefestigtes Staatswesen im 19. Jahrhundert mitbestimmt wurde.

Für die philosophische oder theoretische Befassung mit dem Recht bedeutete dies eine Beschränkung auf das „Tatsächliche, in der Realität Existente“, eine ausschließliche Hinwendung zum positiven Recht als dem Recht, dem „eine kompetente, rechtsbildende Macht durch einen geeigneten, äußerlich wahrnehmbaren Vorgang ... die Rechtsqualität verlieh.“³¹ Letzten Endes

27 A.a.O., S. 349, 612.

28 Hermann Klenner, Kants Entwurf „Zum ewigen Frieden“ – Illusion oder Utopie? NJ 1996, S. 3.

29 Felix Somlo, Juristische Grundlehre, Leipzig 1917, S. 309.

30 Hermann Klenner, in: Probleme einer Strukturtheorie des Rechts, hg. v. Karl A. Mollnau, Berlin 1985, S. 21 f.

31 Karl Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892, S. 539, 549.

schien Rechtsphilosophie entbehrlich zu sein, denn auf den Wert des Rechts, seine inhaltliche Gerechtigkeit, kam es nicht an: „Die Existenz des Rechts ist ein Ding, sein Wert oder Unwert ein anderes ... Ein Gesetz, das besteht, ist ein Gesetz, obgleich es unsere Missbilligung erregt.“³² Dies ging soweit, dass man von einer „wissenschaftliche(n) Todsünde“ dessen sprach, der die positiv-rechtliche Ebene verließ.³³ Es wurde eine Spaltung des Individuums empfohlen: Eine Hälfte, nämlich „Menschenfreund[e], Weltverbesserer, Politiker“, könnte allen Idealen nachstreben, während allein die andere, nämlich die des „rechtsunterthänigen Bürger(s)“, als Beamter, Jurist, „falls er ein solcher zu sein übernommen, ... der mit diesen Eigenschaften verknüpften Pflicht gerecht werden könne, die eigene Vernunftkenntnis von der Aussage des Rechts fein säuberlich zu trennen.“³⁴ Denn gerade „dem um seiner Schädlichkeit oder Inhumanität missfälligen Recht gegenüber“ bewähre sich erst, wie es hieß, „des reinen Juristen vornehmste Tugend: die Fähigkeit, seinen Verstand jeder Beeinflussung selbst durch die tiefsten persönlichen Überzeugungen und heißesten Herzenswünsche zu entziehen, die Befriedigung desselben nur auf dem Wege der Rechtsumbildung erwartend“.³⁵

Hinter dem, was hier mit der Emphase tief eingewurzelt und zu keiner Zeit eigenverantwortlich reflektierten spätbürgerlichen Ordnungsempfindens ausgesprochen wurde, stand die Überzeugung, dass dasjenige, was es je und je an natur- und später vernunftrechtlichem überpositiven Leitideen gegeben haben mochte, inzwischen erschöpfend in kodifizierter Form vorlag. Noch im Jahr 1927 hieß es in einer Entscheidung des Reichsgerichts: „Der Gesetzgeber ist selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden als diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung oder in anderen Gesetzen gezogen hat.“³⁶ Die Richter waren nicht befugt, einem ordnungsgemäß erlassenen Gesetz wegen seines Inhalts die Anwendbarkeit abzusprechen.³⁷

Rückblickend auf die Epoche des Rechtspositivismus wird man allerdings sagen müssen, dass das „Naturrecht“ zwar über einen beachtlichen Zeitraum verdrängt werden konnte, dabei aber nie gänzlich aufgehört hatte, zu existieren. Dies hatte selbst ein so eingeschworener Positivist wie Karl Bergbohm in den achtziger Jahren des 19. Jahrhunderts bedauernd zugeben müssen, indem er feststellte, das Naturrecht habe „nicht einmal die Namen, unter denen

32 A.a.O., S. 398.

33 A.a.O., S. 109.

34 A.a.O., S. 144.

35 A.a.O., S. 398.

36 RGZ 118, 327.

37 RGZ 107, 317; 125, 279.

es einst in Blüte gestanden, aufgegeben, geschweige denn aufgehört, ... sein verwirrendes Wesen zu treiben.“ „Man hat der Hydra einen ihrer Köpfe abgeschlagen – an seiner Stelle sind zehn nachgewachsen.“³⁸ Dietrich Schindler sprach sogar davon, dass die Herrschaft des Positivismus im 19. Jahrhundert, genau besehen, nur eine Verdunklung des „ewigen und unvermeidlichen“ naturrechtlichen Gedankens gewesen sei;³⁹ und: „... durch die Lücken im Zeltdach des positiven Rechts erblicken wir den blauen Himmel des Naturrechts.“⁴⁰ Eben diese Lücken waren es, deren Schließen nur durch eine Besinnung auf das „Rechtsganze“ möglich war. Das aber wiederum war vielfach das Einfallstor für naturrechtliches Gedankengut.⁴¹

IV. Die Wiedergeburt des Naturrechts

Es sollten keine zwei Jahrzehnte vergehen, als diese im Vorstehenden erwähnte Selbstherrlichkeit ein jähes Ende erfuhr. In einer Entscheidung des Amtsgerichts Wiesbaden vom 13. November 1945, in der die entschädigungslose Enteignung jüdischen Eigentums auf Grund entsprechender, in der Zeit der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft ergangener, Gesetze für rechtswidrig erklärt wurde, hieß es in den Urteilsgründen, dass es „nach naturrechtlicher Lehre Rechte des Menschen [gebe], die auch der Staat durch seine Gesetzgebung nicht aufheben kann. Es sind dies Rechte, die mit der Natur und dem Wesen des Menschen so im innersten verbunden sind, dass mit ihrer Aufhebung die geistig-sittliche Natur des Menschen zerstört würde. ... Die Gesetze, die das Eigentum der Juden dem Staat für verfallen erklärten,

38 Karl Bergbohm (Fn. 31), S. 111.

39 Dietrich Schindler, *Der Kampf ums Recht in der neueren Staatsrechtslehre*, 1928, S. 27.

40 Ders., *Recht, Staat, Völkergemeinschaft*, Zürich 1948, S. 66.

41 Hierzu eingehend: Gerhard Sprenger, *Rechtsbesserung um 1900 im Spannungsfeld von Positivismus und Idealismus*, in: *Kulturwissenschaften um 1900 II: Idealismus und Positivismus*, hg. v. G. Hübinger, R. vom Bruch u. F. W. Graf, Stuttgart 1997, S. 147 ff.

Die geschichtliche Entwicklung der Rechtsphilosophie ist Gegenstand einer großen Zahl von Untersuchungen aus der Feder Hermann Klenners. Sie sind überdies in vielen Fällen mit der Edition und Kommentierung bedeutender Werke der einzelnen Denker verbunden: Hugo Grotius, Thomas Hobbes, John Milton, James Harrington, Samuel Pufendorf, John Locke und Baruch de Spinoza aus der Vor- und Frühaufklärung, Montesquieu, Edmund Burke und Friedrich Gentz, Ludwig Feuerbach, Kant, Fichte, Schelling, Hegel und seine Nachfolger und dann natürlich Marx und Engels – um nur einige Namen zu nennen. Die rechtsphilosophisch-geschichtlichen Darstellungen Klenners verharren nicht nur im Kontext ihrer Zeit, sie stellen vielmehr in nicht wenigen Fällen auch eine Auseinandersetzung mit aktuellen Problemen dar, wobei diese denen gegenüber in geschickter Weise kaschiert wurden, die ein offenes Wort nicht zuließen.

stehen daher mit dem Naturrecht in Widerspruch und waren schon zur Zeit ihres Erlasses nichtig.⁴²

Dieser Entscheidung folgten zahlreiche andere, die sich ebenfalls auf das Naturrecht beriefen. Es setzte das ein, was später im Rückblick eine „Naturrechtsrenaissance“ genannt wurde. Überwiegend lagen den Urteilen Fälle zugrunde, in denen nationalsozialistische Gesetze, Verordnungen oder Befehle rückwirkend für ungültig erklärt wurden, um begangenes, zumeist strafbares, Unrecht ahnden zu können. Solchem „Recht“ sei immer dann, wie es beispielhaft in der Begründung eines Urteils des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) zu lesen war, die Geltung zu versagen, „wenn es mit Forderungen in Widerstreit tritt, die als Naturrecht bezeichnet werden.“⁴³ In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes schließlich, der in der Nachfolge des Reichsgerichts 1950 seine Arbeit aufgenommen hatte, wurde eine solche Heranziehung von Naturrechtsgedanken bestätigt und weiter ausgedehnt. Später folgte hierin dann auch das Bundesverfassungsgericht.⁴⁴

Wie war dieser „Rückfall“ in das Naturrecht, die plötzliche Berufung auf einen vor dem Hintergrund des Rechtspositivismus längst für tot erklärten Normenbereich jenseits aller menschlichen Verfügbarkeit zu erklären? Zweifellos war diese neue Rechtsprechung von dem Schrecken diktiert, den die beispiellose Perversion von Recht durch die nationalsozialistische Willkürherrschaft in den Jahren von 1933 bis 1945 hervorgerufen hatte. Man wird dabei von einer Sprachnot ausgehen dürfen, in der die Richter sich bei der Suche und der Kennzeichnung einer neuen unerschütterlichen Grundlage für das Recht befanden. In der Zielrichtung mag Einigkeit bestanden haben: Weg von einem Recht, das menschlicher Willkür überlassen war – was daraus werden konnte, hatte die gerade erst überwundene Zeit gezeigt – weg von allem Subjektiven, hin zu einem *objektiven, überzeitlichen* Maß, einem Maß, an das der Mensch nicht heranreichte: So kam es, dass man sich in diesen ersten Jahren eines Neuanfangs hinsichtlich der Legitimation von Recht auch nicht vor einem öffentlichen Bekenntnis zum Göttlichen scheute.⁴⁵ Die Muße für aka-

42 Süddt. Juristenzeitung 1946, S. 36.

43 Süddt. Juristenzeitung 1947, S. 622.

44 Eingehend hierzu: Kristian Kühl, Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts, in: Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste. Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren, hg. v. K. Acham, K. W. Nörr und B. Schefold, Stuttgart 1998, S. 605-658.

45 Hierzu mit Beispielen: Gerhard Sprenger, Das „Sittengesetz“ als Freiheitsschranke, in: Gesetz, Recht, Rechtsgeschichte. Festschrift für Gerhard Otte, hg. v. W. Baumann, H.-J. von Dickhuth-Harrach u. W. Marotzke, München 2005, S. 402 f.

demische Auseinandersetzungen um ein neues Maß für Gerechtigkeit und seine Benennung fehlte, die Zeit drängte: es galt, Unrecht wieder gutzumachen. So kam es, dass man in dieser Sprach- und Denknote eine Anleihe bei jener Aura des Integren und Erhabenen machte, die nicht nur den Begriff des Göttlichen, sondern auch den von „Naturrecht“ von Anfang an umgeben hatte.

V. Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

Noch in die Zeit dieses Wiedererwachens des Naturrechts-Gedankens fielen die Vorbereitungen zur Schaffung einer neuen Verfassung für Deutschland. Auch hier wurde nach all dem, was in den Jahren von 1933 bis 1945 geschehen war, um neue Leitideen und dauerhafte Orientierungsmale für „gerechtes“ Recht gerungen. Die Beratungen in den Ausschüssen fanden dabei, wie es übereinstimmend hieß, in einer „naturrechtsfreundlichen Atmosphäre“ statt. Entsprechendes galt für den Entstehungsprozess der Verfassungen der einzelnen deutschen Bundesländer.⁴⁶ Damit ist folgendes gemeint: Nach den furchtbaren Erschütterungen und Zerstörungen durch die nationalsozialistische Gewaltherrschaft drängte sich verständlicher Weise eine Auffassung von Grundrechten in Gestalt allgemeiner Menschenrechte nach vorn.⁴⁷ In den Beratungen hieß es, dass dies vor- und überstaatliche Rechte sein müssten, Rechte, „die sich aus der Natur und dem Wesen des Menschen ergeben“, auch war von „natürlichen gottgewollten Rechten“ die Rede.⁴⁸ In einer über das weitgehend nur formale Rechtsstaatsverständnis der Weimarer Reichsverfassung hinausreichenden, sehr entschiedenen Hinwendung zu einer sittlich gehaltvollen Auffassung vom Menschen als Person und Mittelpunkt einer sittlichen Ordnung bekannte man sich schließlich zur „Würde“ des Menschen, die nun in der neuen Verfassung unter besonderen Schutz gestellt wurde.

Den Protokollen über die Beratungen zum Grundgesetz lässt sich entnehmen, dass auch bei der Erarbeitung des „Würde“-Konzepts einmal mehr der Gedanke des *Naturrechts* Pate gestanden hatte. Da heißt es etwa, dass die Würde des Menschen „auf ewigen, einem Jeden von Natur aus eigenen Rech-

46 Jerzy Zajadlo, Überwindung des Rechtspositivismus als Grundwert des Grundgesetzes, *Der Staat* 1987, S. 219.

47 Klaus Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hg. v. J. Isensee u. P. Kirchhoff, Bd. V, Heidelberg 1992, Rn 6 zu § 109.

48 Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, *Jb. d. öffentlichen Rechts*, NF 1 (1951), S. 42.

ten“ beruhe und dass man auf dem „Naturrecht aufbauen“ wolle. Es solle zum Ausdruck kommen, dass „die Rechtsprechung diesen Urgrund des Naturrechts bei der Auslegung heranziehen kann“. In den Grundrechten sah man den Gedanken des „natürlichen Rechts“ unmittelbar verkörpert; an anderer Stelle ist von den „natürliche[n] Lebensrechte[n] des Einzelmenschen“ als vorstaatlichem Recht die Rede.⁴⁹

Es hatte sich also nicht nur in der Rechtsprechung nach 1945, im Ethos der Richter, das Naturrecht wieder gemeldet, sondern auch in der Vorstellung der Mitglieder des Parlamentarischen Rates (delegiert von den Landtagen der westdeutschen Länder und Berlins), die zur Erarbeitung einer deutschen Verfassung zusammengekommen waren.

Indessen: Am Ende gelangten weder das nach dem Krieg vorübergehend wieder sichtbar gewordene Naturrecht noch der ebenfalls nach 1945 mehrfach öffentlich wieder benannte christliche Schöpfergott namentlich in das Grundgesetz. Der Staatsrechtler Günter Dürig fasste die Situation zusammen: „In der Erkenntnis, dass die Verbindlichkeit und die verpflichtende Kraft auch einer Verfassung letztlich nur in objektiven Werten begründet sein kann, hat sich der Grundgesetzgeber, nachdem ein Hinweis auf Gott als den Urgrund alles Geschaffenen nicht durchgesetzt werden konnte, zum sittlichen Wert der *Menschenwürde* bekannt. Durch die Übernahme des sittlichen Wertes der Menschenwürde in das positive Verfassungswerk ist er ... gleichzeitig Rechtswert geworden, so dass seine ... rechtliche Erfassung positiv rechtliches Gebot ist.“⁵⁰ Die Verfassung stelle, wie es weiter hieß, einen „wertausfüllenden Maßstab für alles staatliche Handeln“ bereit, der die Legitimität von Recht und Staat aus den Werten personaler Ethik bestimme.⁵¹

Was damit gemeint war, erhielt dann in der Folgezeit, vor allem durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, etwas deutlichere Konturen. Menschliche Würde wurde unter anderem als oberster Wert einer *Wertordnung* erkannt. Das Grundgesetz wolle, so hieß es in dem bekannt gewordenen sog. „Lüth“-Urteil, keine neutrale Wertordnung sein, in seinem Grundrechtsabschnitt habe es vielmehr eine *objektive* Wertordnung aufgerichtet, die ihren Mittelpunkt „in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde finde“⁵². Von einer solchen „allgemeinen Wertordnung der Verfassung“,⁵³ einem „grundrechtlichen

49 A.a.O., S. 42, 48 ff.

50 Günter Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, A6R 1956, S. 117.

51 A.a.O., S. 123.

52 BVerfGE 7, 198 ff., 204 f.

Wertsystem“,⁵⁴ „wertgebundener Ordnung“ mit Blick auf das Grundgesetz und darüber hinaus⁵⁵ und anderen Synonyma für „Wertordnung“ war dann und ist bis heute die Rede.

Die Annahme einer Wertordnung im Grundgesetz führte schließlich dazu, dass gegen Ende der fünfziger Jahre eine Anrufung des Naturrechts als des Fundaments einer neuen Ordnung, als Maßstab für Gerechtigkeit, in Rechtsprechung und Lehre zurückging. In dem Maße, indem sich verfassungsrechtliche Garantien für „gerechtes“ Recht auszuwirken begannen, trat das „frische Naturrechtserlebnis“ der Anfangszeit nach 1945 in den Hintergrund:⁵⁶ die naturrechtlichen Postulate schienen, einmal mehr, „herabgeholt“ und in den Grundrechten verankert.

VI. Die Wertordnung

Die Erkenntnis der Verfassung als einer Wertordnung war nicht neu. Zwar war sie mit Bezug auf die Vorgängerin des Grundgesetzes (soweit man sie als solche bezeichnen kann), nämlich die Weimarer Reichsverfassung, schon etwas Neues, indessen führt ihre Ahnenleite weiter zurück. Bevor wir uns der Frage zuwenden, welche Rolle eine solche wertverfasste Ordnung wie das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland für Staat und Recht unseres Landes spielt, sei daher ein Blick auf die Herkunft von „Wert“ als neue Metapher für rechtsstaatliche Legitimation getan. Der Begriff ist ursprünglich aus einer philosophischen Auseinandersetzung über die Fundamente von Wissenschaft hervorgegangen.

1. Die Herkunft von Wert

Wert ist eine Kampfansage. Wo immer dieser Begriff erscheint, soll mit ihm ein antipositivistisches Gegengewicht gesetzt werden – nicht nur im Recht.

Schon frühzeitig hatte es immer wieder einmal Anläufe gegeben, Korrekturen an dem sog. positiven, im ursprünglichen Sinn des Wortes „gesetzten“ und als solches ausschließliche Geltung beanspruchenden, Recht vorzunehmen: sozusagen von „außen“ nachzubessern. So lassen sich die ersten Spuren bereits in der Blütezeit des Positivismus im 19. Jahrhundert finden. Zu nennen sind etwa: von einem realistischen Verständnishintergrund aus, wenn auch mit einigem Vorbehalt, die Zweck- (Rudolf von Jhering) und Interessen-

53 BVerfGE 10, 59 ff., 81.

54 BVerfGE 25, 167 ff., 179.

55 BVerfGE 28, 36 ff.

56 Gebhard Müller, Naturrecht und Grundgesetz, Würzburg 1967, S. 15.

jurisprudenz (Phillip Heck und Heinrich Stoll), ferner die Freirechtsschule (Hermann Kantorowicz und Ernst Fuchs) sowie Otto von Gierkes sozialethische Kritik.⁵⁷ Diese Ansätze, so originell sie sich teilweise gaben, hatten jedoch nicht vermocht, die damals betont anti-metaphysische Grundeinstellung des Rechtspositivismus entscheidend zu beeinflussen.

Ernster zu nehmen waren die Angriffe, die auf einer Wiederaufnahme von Gedankengut aus dem deutschen Idealismus beruhten: aus dem Neukantianismus, der nach und nach auch für das Recht aufbereitet wurde und „Richtigkeits“-maßstäbe anbot, die *außerhalb* des gesetzten Rechts lagen. Ungeahnt folgenreich sollte insbesondere eine aus der südwestdeutschen Schule des Neukantianismus (Wilhelm Windelband und Heinrich Rickert) stammende erkenntnistheoretische Neubesinnung auf das Wesen des Wirklichen werden. Der für die Naturwissenschaften maßgebende Begriff der „Natur“ war als eine Wirklichkeit „in Rücksicht auf das Allgemeine“ erkannt worden.⁵⁸ Das bedeutete, dass nur dasjenige an den Objekten ins Blickfeld geriet, was sie zu Exemplaren einer Gattung machte. Unberücksichtigt blieb in einer solchen Sichtweise, so die Argumentation Rickerts, alles Individuelle in seiner unendlichen Vielfalt, in Gestalt und Ereignis, geprägt und selbst prägend vor dem Hintergrund von *Sinn*, der am tatsächlichen geschichtlichen Leben haftete, der nicht weg-zudenken war. Dieser Sinn war mit den Methoden der exakten Wissenschaften *nicht* zu ermitteln, er ergab sich vielmehr aus der *Beziehung der Individualität zu einer Wirklichkeit*, die diejenige der Naturwissenschaften *ergänzte*. Erscheinungsform dieses Sinnes war nun der „Wert“. Werte waren Phänomene allgemeinen Interesses, deren Bedeutsamkeit offenkundig vorlag. Sie waren in jeder Kulturgemeinschaft entweder faktisch allgemein anerkannt, oder es konnte ihre Anerkennung jedem zugemutet werden.⁵⁹ In einer solchen Betrachtungsweise war zugleich der Versuch einer Rehabilitation der Philosophie zu sehen, die unter den Auswirkungen des, wie es schien, realitätsfernen Kantianismus ihren guten Ruf verloren hatte.⁶⁰

Auf diese Weise gelangte der von Wilhelm Lotze ein Vierteljahrhundert zuvor philosophisch „salonfähig“ gemachte, ursprünglich aus der Nationalökonomie stammende, Begriff des „Wertes“ in die mit Hilfe seiner Wirklich-

57 Hierzu: Sprenger (Fn.41), S. 152 ff.

58 Heinrich Rickert, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, 5. Aufl., Tübingen 1929, S. 248.

59 A.a.O., S. 627.

60 José Llompant, *Von der Wertlosigkeit der Wertabstinz in der Philosophie und Theorie des Rechts*, in: *Recht und Ideologie*, FS für Hermann Klenner zum 70. Geburtstag, hg. v. G. Haney, W. Maihofer u. G. Sprenger, Bd. 1, Berlin 1996, S. 151.

keitskomplementierung methodisch selbstbewusster werdenden Geisteswissenschaften, die sich seitdem in einem sichtbaren Gegensatz zu den Naturwissenschaften präsentieren.⁶¹

Länger als ein halbes Jahrhundert spielte der so erkannte „Wert“ in den Geistes- und Sozialwissenschaften eine bedeutende Rolle. Er galt als einer der Hauptbegriffe der neueren Philosophie: der *Wertlehre*. Nietzsches provozierende Forderung nach einer „Umwertung aller Werte“ (aus dem von ihm selbst später wieder eliminierten Untertitel seines Hauptwerkes „Der Wille zur Macht“), die werttheoretische Unterlegung der sog. Kulturwissenschaften sowie der Werturteilsstreit in den Sozialwissenschaften haben schon in der damaligen Zeit zu einer außerordentlichen, man kann fast sagen: sensationellen Bedeutung des Phänomens „Wert“ geführt. „Die Euphorie war so groß wie bei der Entdeckung eines neuen Kontinents.“⁶²

Emil Lask war es dann vor allem, der in der Folge Rickerts diese neue axiomatische Sichtweise in das Recht überführte. Sein Ansatz wurde von Gustav Radbruch übernommen und weiterführend zu einer Rechtsphilosophie ausgebaut, in der Recht im Sinne der philosophischen Wertlehre als Kulturercheinung begriffen wurde.⁶³ Auch im Recht sollte sich über das bloße Vorhandensein einer normativen Erwartung hinaus *Sinn* offenbaren. Zur gleichen Zeit legte Max Scheler, der große Wanderer „von einer metaphysischen Dunkelheit in die andere“⁶⁴ in Absage an das bloß formale Sittengesetz Kants, jene „furchtbar erhabene Formel in ihrer Leere“, *seine materiale Wertethik* vor,⁶⁵ mit der alles Wertdenken einen so greifbaren wie angreifbaren Höhepunkt erreichen sollte.

Die von Scheler geschaffene und später von Nicolai Hartmann weiter entwickelte sog. *materiale Wertethik* entfaltete eine heute kaum noch vorstellbare Wirkkraft, die am deutlichsten in einem zeitgenössischen Bericht zum Ausdruck kommt:

„Da nahm mich eines Abends mein Freund Paul Ludwig Landsberg in eine öffentliche Vorlesung Max Schelers nach Köln mit. Scheler las in der

61 Zur Entwicklung des Wertbegriffs vgl. Gerhard Sprenger, Legitimation des Grundgesetzes als Wertordnung, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, hg. v. W. Brugger, Baden-Baden 1996, S. 236.

62 Llompart (Fn. 52), S. 152.

63 Rechtsphilosophie, 5. Aufl., hg. v. Erik Wolf, Stuttgart 1956, § 1; so bereits in der Erstauflage von 1914 (Leipzig): „Grundzüge der Rechtsphilosophie“, S. 83 ff.

64 So Hermann Klenner, Marxismus... (Fn.3), S. 96.

65 Der Formalismus in der Ethik und die Materiale Wertethik, 3. Aufl. Halle an der Saale 1927, S. 2.

Aula der ehemaligen Handelshochschule. Der Hörsaal stieg amphitheatralisch an, als ob Experimente vorgeführt werden sollten. Im überfüllten Saal lauschten die Hörer atemlos. In einer Epoche, die nach dem fast unglaublichen Zusammenbruch der Monarchie und der Armee Inflation, Hunger, Armut, Verwirrung und Verzweiflung erfuhr, hob dort unten der Mann eine Ordnung aus dem Chaos empor; wo das Auge nur Trümmer sah, errichtete er den Bau des Geistes – geräumig, fest, schön durch den Reichtum neu erkannter Wirklichkeit.“⁶⁶

Während nun nach dem Ende des Ersten Weltkriegs die philosophisch-geistesgeschichtliche Situation in Deutschland vorübergehend von einer großen Unübersichtlichkeit gekennzeichnet war, zumal alle geistigen Auseinandersetzungen nach dem unmittelbar vorausgegangenen politischen und gesellschaftlichen Umbruch, zunächst jedenfalls, eng mit den politisch-ideologischen verknüpft waren, brachte sich das Wertdenken in der sog. „geisteswissenschaftlichen Richtung“ der Staatsrechtslehre jener Zeit zum Ausdruck. Man ging auch hier von überindividuellen Sinngehalten aus, die von einer wechselseitigen Verschränkung des Einzelnen zugunsten einer objektiven Gemeinsamkeit gekennzeichnet waren. Eine solche „Vergemeinschaftung“ aber war nur durch gemeinsame Werte zu erreichen. Alles Rechts- und Staatsleben beruhe notwendiger Weise auf einem „metajuristischen Wertsystem“,⁶⁷ das in den Grundrechten positiviert vorliege, argumentierte man. Recht sei in seinem Wesenskern die Verwirklichung bestimmter Wertprinzipien,⁶⁸ der Staat könne seinen Herrschaftsanspruch nur auf Grund der Legitimation durch Werte durchsetzen.⁶⁹

Der geisteswissenschaftliche Ansatz der Staatsrechtslehre in der Zeit der Weimarer Republik konnte sich am Ende aber nicht behaupten. Der staatsrechtliche Positivismus, entscheidend geprägt vor allem von Laband („die Rechtsordnung kann so wenig eine Lücke haben, wie die Ordnung der Natur“⁷⁰), hatte dem Angriff standgehalten und einer transzendentalen Legiti-

66 Zit. n. Wilhelm Mader, Max Scheler, Reinbek bei Hamburg 1980, S. 7.

67 So Hans Gerber, *Die weltanschaulichen Grundlagen des Staates*, Stuttgart 1930.

68 Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. IV, Stuttgart 1981, S. 16.

69 Zu all dem: Gerhard Sprenger, *Die Wertlehre des Badener Neukantianismus*, in: *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, hg. v. R. Alexy, L. H. Meyer, S.L. Paulson u. G. Sprenger, Baden-Baden 2002, S. 169 ff.

70 Zit. n. Stefan Koriath, *Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich*, AöR 117 (1992), S. 215.

mierung des Rechts – denn darum ging es in diesem Zweig der Staatsrechtslehre – jede Anerkennung versagt.

Soweit zur Herkunft des Begriffes „Wert“.

Eine weitere Entfaltung dieser sich gegen eine ausschließlich positivistische Orientierung wendenden Denkrichtung war am Ende dadurch unmöglich geworden, dass es in Deutschland zur Machtübernahme durch die Nationalsozialisten gekommen war. Dieses Ereignis bedeutete einen radikalen Abbruch aller bisherigen Ansätze. Der Nationalsozialismus selbst hat keine Rechtsphilosophie hervorgebracht, die diesen Namen verdient hätte. Seine Ideologie war geprägt durch eine Ausrichtung des Rechts an völkisch-rassistischen Gesichtspunkten, als Rechtsquelle galt vielfach ein „gesundes Volksempfinden“. „Konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken“ (Carl Schmitt, Karl Larenz) verblieb in Ansätzen und, wo Gesetzesrecht den Parteiinteressen entgegenstand, wurde einfach dem „Geist“ der Vorrang vor dem „Buchstaben“ gegeben, in letzter Instanz war der Führerwille verbindlich.

Zurück zur Situation in den späten fünfziger Jahren: Die Wiederaufnahme der Begriffe „Wert“ und „Wertordnung“ in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland knüpfte, daran bestehen heute keine Zweifel, an die badische Schule des Neukantianismus an.⁷¹ Um es mit einem Bild zu sagen: Karlsruhe liegt in der Nähe von Heidelberg – nicht nur geographisch. Helmut Coing, der es als Erster nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs unternahm, eine neue Rechtsphilosophie vorzulegen, schrieb bereits 1947 in ihrem Vorläufer, den „Obersten Grundsätze[n] des Rechts“: „Dass die Rechtswissenschaft sich vom Positivismus befreien und wieder einer an die Rechtsidee gebundenen Auffassung von Recht zuwenden müsse, ist heute eine Selbstverständlichkeit geworden, die man sich beinahe scheut auszusprechen. Es ist auch verständlich, dass die Erschütterungen unserer Zeit, wo sie nicht zur Verzweiflung und Skepsis gegenüber dem Recht überhaupt führen, zu naturrechtlichen Überzeugungen drängen ...“. Er berief sich ausdrücklich auf die „geisteswissenschaftliche Methode“: es gelte, den Sinn der geistigen Kräfte aufzuweisen, aus denen Recht sich bildet. „Nach ihm ... zu fragen, bedeutet aber die Werte suchen, denen diese Kräfte zustreben, und ihren Gehalt so genau wie möglich erfassen. Aus dieser Analyse wird sich notwendig die weitere Frage ergeben, ob nicht von diesen Werten ganz bestimmte Forderungen hinsichtlich der Gestaltung der positiven

71 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt am Main 1991, S. 129.

Rechtsordnung ausgehen, Forderungen, die sich als Leitsätze wahrer Rechtsbildung, als oberste Rechtsprinzipien darstellen.“⁷²

2. *Verfasstes Naturrecht?*

In einer Zeit, in der man nach all dem unmittelbar davor Erlebten auf breiter Basis skeptisch geworden war, ob positives Recht allein den Gerechtigkeitsanforderungen zu genügen vermochte, erschien die moderne Wertbegründung des Rechts als eine Form der Abwendung vom Rechtspositivismus, die nicht unbedingt zu einer Rückkehr zum Naturrecht nötigte. Mit der Figur der objektiven Wertordnung war keine verfassungsrechtliche Reprise einer vorgegebenen naturrechtlichen, überzeitlichen Ordnung behauptet worden, jedenfalls nicht ausdrücklich. Die Art ihrer Darstellung freilich ließ und lässt mitunter die Vorstellung zu, als streife sie zumindest das Transzendente, als öffne sich so etwas wie ein „kleiner Himmel“.

Stellt eine solche Wertordnung das in zeitgenössischer Form positiviert Naturrecht dar, so dass die Rechtsphilosophie entbehrlich erscheint? Ist das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland „die Frucht einer mehr als zwei Jahrtausende überspannenden rechtsphilosophischen Entwicklung“⁷³ und so zu einem Naturrecht im *Endstand*, gar eine Art „Religionsersatz“, wie zu lesen war,⁷⁴ geworden?

In der Tat gehen einige Meinungen davon aus, dass das Naturrecht herkömmlicher Art nun endgültig keine Legitimation mehr habe und damit auch die Rechtsphilosophie überflüssig geworden sei, da alles Metaphysische in den Werten des Grundgesetzes wie Menschenwürde, Menschenrechte, Freiheit, Gleichheit und anderen aufgegangen sei.⁷⁵ Die Verfassungsrechtsprechung, diese Auffassung mehr oder weniger festschreibend, habe, so Christian Starck, ein Übriges getan, um die Rechtsphilosophie zu verdrängen.⁷⁶ Hatte sich also verwirklicht, was Rudolf Smend aus der Sicht der geis-

72 Die Erneuerung des Rechts, in: Die Wandlung, 1947, S. 8 f.

73 Konrad Löw, Bedarf unsere gesellschafts-politische Ordnung mehr denn je sinnstiftender Werte und Prinzipien? Zur Wertordnung des Grundgesetzes, in: Werte, Leitbilder, Tugenden. Zur Erneuerung politischer Kultur, hg. v. Klaus Weigelt, Mainz 1985, S. 313-328.

74 Josef Isensee weist zutreffend darauf hin, dass die „emotionale Bindung der Bevölkerung an Recht und Verfassung einem Bedürfnis entspricht, das weder unterschätzt noch vernachlässigt werden darf“ (Tabu im freiheitlichen Staat, Paderborn u.a. 2003, S. 48 f.); s. a. Gerhard Robbers, Zur Verteidigung einer Wertorientierung in der Rechtsdogmatik, in: Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, hg. v. R. Dreier, Stuttgart 1988, S. 166 f.

75 Jan Schröder, Verzichtet unser Rechtssystem auf Gerechtigkeit?, Baden-Baden 2005, S. 12, 28, ebenso Löw (wie Fn 66), der sogar eine Hierarchie innerhalb dieser Wertordnung im Grundrechtskatalog erkennt, a.a.O., S. 318 f., 323.

76 Christian Starck (Fn 1), S. 386.

teswissenschaftlichen Richtung der Staatsrechtslehre bereits 1928 gefordert hatte, dass nämlich die positive Ordnung des Rechts ein für allemal „im Namen des Wertesystems“ legitim sein sollte?⁷⁷

Andere Stimmen sind vorsichtiger und sprechen nach all den Erfahrungen mit dem überraschenden Auftauchen von Naturrecht von einer *weitgehenden* Identität des in eine Wertordnung gekleideten Naturrechts mit dem verfassten Recht. Bei Arthur Kaufmann heißt es, dass das Naturrecht „in erfreulich hohem Maße“ integrierender Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung geworden sei, so dass der Jurist sich heute weitgehend wieder in das Gehege des positiven Rechts zurückziehen dürfe,⁷⁸ und bei Horst Dreier lesen wir, dass die Gehalte philosophischer Reflexion und Postulate ethisch bestimmten Denkens zu „rechtsverbindlichen, normativen Leitlinien, Staatsstruktur- und Staatszielbestimmungen der Ranghöchsten staatlichen Normebene geworden“ seien – die Verfassung vermöge so geradezu als „institutionalisierte Verbürgung für einen gewissen ethischen Grund- oder Mindestgehalt des Rechts erscheinen“.⁷⁹

3. Die Kritik

Die Annahme des gänzlichen oder überwiegenden Aufgehens von Naturrecht in den Normen der Verfassung unter weitgehender Absage an einen darüber hinaus existierenden metaphysischen Hintergrund kommt einem Unbehagen entgegen, das von Beginn an die Vorstellung einer Wertordnung begleitet hat. Dieses Unbehagen äußerte sich in einer Kritik, vor allem an der angeblichen *Objektivität* der Werte. Eine Legitimation durch Wertbehauptung – so war etwa zu lesen – bedeute die Einnahme einer argumentativ unangreifbaren Position, da Werte wiederum nur durch Werte relativiert werden könnten; der durch und durch *subjektive* Vorgang des Vorziehens bzw. Nachsetzens von Werten aber entziehe sich logischer Begriffsanstrengung. Die behauptete Wertordnung habe „Arkancharakter“ und erscheine so als eine „apokryphe ranghöhere Ordnung, die als Geist frei über den Wassern schwebt“. Ein Rechtsgut- und Abwägungdenken, das sich den Mantel angeblicher Evidenz dieser Werte umhänge, gefährde tendenziell die freiheitliche Ordnung.⁸⁰ Hermann Klenner spricht von der Gefahr einer Aushöhlung des Rechts durch die

77 Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2. Aufl., Berlin 1968, S. 260.

78 Arthur Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen 1957, S. 5.

79 Horst Dreier, *Gesellschaft, Recht, Moral*, Universitas 1993, S. 388.

80 Nachweise bei Gerhard Sprenger, *Legitimation des Grundgesetzes* (Fn. 61), S. 229. Zur Kritik ausführlich: Helmut Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden 1973, S. 65, 187.

Moral und gar einer Ausweitung der Jurisprudenz in theologische Dimensionen, sofern die Wertungen dort beginnen, wo das Wissen aufhört.⁸¹

In der Kritik, die durchaus ernst zu nehmen ist, bleibt manches offen. So ist nicht mit letzter Deutlichkeit auszumachen, ob sie sich jeweils gegen die Möglichkeit überpositiver Legitimation des Rechts *überhaupt* wendet oder nur gegen ihre Gestalt als einer im Grundgesetz verfassten Wertordnung. In ihrem Kern zielt sie, wie erwähnt, auf die fragwürdige Herkunft der als *objektiv* ausgegebenen Werte: Werte seien ihrem Wesen nach etwas *Subjektives*. Wo immer man sich auf sie berufe, komme der *persönlichen Werterfahrung* eine entscheidende Rolle zu. Die aber könne niemals das Fundament einer objektiven rechtlichen oder gar verfassungsmäßigen Ordnung sein.⁸² Mit dem Wert-Begriff gehe stets die Versuchung zu „subjektiv-irrationaler Wertung und Abwägung“ einher.⁸³ Die Annahme einer von Menschen geschaffenen Wertordnung führe die Gefahr eines grenzenlosen Subjektivismus und orientierungslosen Relativismus mit sich.

Es ist in diesem Zusammenhang wiederholt auch von den Werten als „Leerformeln“ gesprochen worden, „Worthülsen, deren Beliebtheit und universaler Gebrauch letzten Endes gerade in ihrer Unbestimmtheit ihre Ursachen haben“.⁸⁴ Darin liege, so Hans Kelsen, eine Gefahr, denn auf diese Weise könnten Gerechtigkeitsformeln wie etwa „Jedem das Seine“ zur Rechtfertigung jeder beliebigen Gesellschaftsordnung dienen, „mag es sich um eine kapitalistische oder sozialistische, eine demokratische oder autokratische Ordnung handeln. Nach allen diesen Ordnungen wird jedem das Seine gewährt, nur dass eben ‚das Seine‘ nach jeder Ordnung verschieden ist.“⁸⁵ Die behaupteten Wesenheiten entzögen sich jeder intersubjektiven Nachprüfbarkeit; ihrem Charakter nach entsprächen sie „Chimären, die sich spätestens dann in ein Nichts auflösen, wenn man sie erreicht oder verwirklicht zu haben meint.“⁸⁶

81 Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts, Berlin 1984, S. 161.

82 Vgl. Gerhard Sprenger, Recht und Werte, Der Staat, 2000, S. 11.

83 Friedrich Müller, Juristische Methodik, 3. Aufl. Berlin 1989, S. 89.

84 Ernst Topitsch/Kurt Salumun, Ideologie. Herrschaft des Vor-Urteils, München/Wien 1972, S. 118.

85 Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit? Wien 1953, S. 23; Hermann Klenner, Gerechtigkeit – eine rechtsphilosophische Kategorie? Deutsche Zeitschrift für Philosophie 1979, S. 794.

86 Topitsch (Fn. 76), S. 124; vgl. aber auch die Kritik an diesem Leerformel-Vorwurf bei Heinz Wagner, Recht / Gerechtigkeit oder: Ist die deutsche Rechtswissenschaft nur rechtspositivistisch? In: Recht und Ideologie (Fn 52), S. 225 ff., und ders., Juristische „Leerformeln“ oder: Die leere Ideologiekritik, in: Wahrheit und Wahrhaftigkeit in der Rechtsphilosophie, hg. v. K.-H. Schöneburg, Berlin 1987, S. 223 ff.

Als diese zur Legitimierung von Recht herangezogene Wertordnung in einer grundlegenden und viel beachteten Studie schließlich als die materiale Wertordnung Max Schelers in der Gestalt, die ihr später Nicolai Hartmann gegeben hatte, nämlich als ein ins Christliche umgewandelter Platonismus, entlarvt und damit deutlich gemacht wurde, dass in dieser Wertlehre letztlich religiöses Bekenntnis an die Stelle rationaler Erkenntnis getreten war,⁸⁷ gingen die Gerichte dazu über, neutralere, „vom Pathos der Wertordnung befreite“ Formulierungen zu verwenden. Statt von „Wertordnung“ sprach man nun vom „objektiv-rechtlichen Gehalt“ der Grundrechte oder von „Elementen objektiver Ordnung“. Bei genauem Hinsehen war jedoch zu erkennen, dass es sich hier lediglich um sprachliche, keineswegs aber um sachliche Korrekturen handelte. Der Begriff des Wertes, so Niklas Luhmann, schien für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Zusammenhang mit der Legitimation des Grundgesetzes unentbehrlich zu sein.⁸⁸

Dieses Kommen und Gehen naturrechtlichen Gedankenguts, seine Annahme und seine Verwerfung, „ein unübersehbarer Meinungsstreit“,⁸⁹ bestimmen seit einem halben Jahrhundert die Diskussion in der Rechtsphilosophie. Ein Blick auf die Titel einiger Veröffentlichungen macht dies deutlich. Da war schon frühzeitig von der „ewigen Wiederkehr des Naturrechts“⁹⁰ die Rede, aber auch von der „ewigen Wiederkehr des Positivismus“⁹¹. Überwiegend wurde die Debatte von der *Gegensätzlichkeit* beider Phänomene bestimmt: „Naturrecht oder Rechtspositivismus?“ lautet dann auch der Titel eines Bandes, der die wichtigsten Meinungen in diesem Streit nach 1945 vereinigte. In der in diesem Band enthaltenen Bibliographie zum Naturrechtsschrifttum werden allein für den Zeitraum zwischen 1945 und 1960 mehr als 600 Schriften angezeigt, unter denen einige bereits im Titel die Schärfe der Auseinandersetzung anzeigen. Da wird etwa vor der Wiederkehr des Naturrechts „gewarnt“, in einem anderen Fall wird es als „metaphysisches Luftschloss“ bezeichnet; im Gegenzug sind Überlegungen der Art anzutreffen, ob man „heute überhaupt noch Rechtspositivist sein“ kann. Nur vereinzelt ist eine komplementäre Sichtweise anzutreffen.⁹²

87 Wilhelm Weischedel, *Recht und Ethik*, Frankfurt am Main 1956.

88 Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen? Heidelberg 1993, S. 18.

89 Hermann Klenner, *Zur Gegenwartsfrage bürgerlicher Rechtsphilosophie*, NJ 1974, S. 589.

90 Heinrich Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* (1. Aufl. Leipzig 1936), 2. Aufl. München 1947.

91 Dietrich Lang-Hinrichsen, *Zur ewigen Wiederkehr des Rechtspositivismus*, in: FS für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, in Gemeinschaft mit P. Bockelmann hg. v. K. Engisch u. R. Maurach, München 1954, S. 1-69.

An dieser Stelle fragen wir noch einmal nachhaltiger: Hat sich mit der Berufung auf eine objektive Wertordnung, repräsentiert vor allem in der Verfassung, das Naturrecht verbraucht? Oder hatte es sich, um eine frühe Formulierung Rommens aufzunehmen, nur „hinter den Vorhang des positiven Rechts“ zurückgezogen?⁹³ Wenn wir bei diesem Bild bleiben – und es spricht vieles dafür, dass wir dabei bleiben – so ist zu sagen, dass dieser Vorhang überraschend noch ein weiteres Mal aufging.

4. Die erneute „Selbstmeldung“ naturrechtlichen Gedankenguts

Es geschah dies vor erst einem guten Jahrzehnt im Zusammenhang mit den sog. „Mauerschützen“-Prozessen. Bei der Entscheidung darüber, ob sich bei den Vorfällen an der deutsch-deutschen Grenze die Schützen auf die ihr Handeln rechtfertigende Vorschrift des § 27 Grenzgesetz der DDR (mit der Folge der Straffreiheit bei der Tötung von „Republikflüchtlingen“) berufen könnten, beschworen die Gerichte so etwas wie „allgemein anerkannte Grundsätze von Recht und Gerechtigkeit“⁹⁴ oder „allen Völkern gemeinsame, auf Wert und Würde bezogene[n] Rechtsüberzeugungen“⁹⁵, „Verletzung allgemeiner Rechtsprinzipien“⁹⁶ u. a. m. herauf, um deutlich zu machen, dass es sich bei der vorerwähnten Bestimmung des Grenzgesetzes um gesetzliches Unrecht handele.

Darin wurde nun übereinstimmend eine erneute „Berufung auf naturrechtliche Ewigkeitswerte“ gesehen, auf etwas, das weder in der Verfassung noch sonst im positiven Recht zu finden war.⁹⁷ Und sogleich meldete sich wiederum Kritik. „Ist ein Rückgriff auf das Naturrecht heute noch notwendig?“, fragte man.⁹⁸ Die Vorwürfe, vor allem an der Rechtsprechung des BGH, gipfelten darin, dass man ein solches Hinüberwechseln in einen „Bereich des Unangreifbaren“ als einen „Offenbarungseid“ des Gerichts ansehen müsse, das mit den Mitteln des geltenden Rechts offensichtlich nicht weiter-

92 Naturrecht oder Rechtspositivismus? Hg. v. W. Maihofer, Darmstadt 1972, hier: S. 580, 603, 611. Ein 1988 in Göttingen durchgeführter Kongress der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) stand unter dem Thema „Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts“.

93 Wie Fn. 90, 2. Aufl., S. 251.

94 LG Berlin, NJ 1992, S. 269 (272).

95 BGHSt 39, 1 (15 ff.); auch BGHSt 41, 101 (108).

96 BGHSt 39, 1, 14.

97 Vgl. etwa: Knut Amelung, Anmerkungen zu BGHSt 40, 241 ff., NStZ 1995, S. 29-30.

98 Hans-Joachim Faller, Ist ein Rückgriff auf das Naturrecht heute noch notwendig? Entwicklung bis zu den „Mauerschützen-Urteilen“ des Bundesgerichtshofs, in: Die Macht des Geistes. FS für Hartmut Schiedermaier, hg. v. Ch. Hillgruber, B. Kempen u. D. Murswiek, Heidelberg 2001, S. 3 ff.

komme.⁹⁹ Und einmal mehr gingen die Gerichte angesichts derartiger Einwände daraufhin einen Schritt zurück und zeigten sich bemüht, Argumente weniger dem naturrechtlichen als dem positiv-rechtlichen Bereich zu entnehmen, um mit ihrer Hilfe die inhaltliche Unrechtmäßigkeit der in Frage kommenden Bestimmung des Grenzgesetzes der DDR zu begründen. Erneut war zu beobachten, dass, wie es Arthur Kaufmann formuliert hat, die Richter, wie Juristen allgemein, wegen des ihnen eingeborenen „horror iuris naturalis“ im Grunde ihres Herzens froh über die Möglichkeit waren, die ihnen gestellten Aufgaben „ohne Zuhilfenahme naturrechtlicher Erwägungen lösen“ zu können.¹⁰⁰ So berief man sich in späteren Entscheidungen vor allem auf den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) von 1966, dem die DDR beigetreten war (auch wenn für diesen Beitritt die Bestätigung der Volkskammer der DDR noch fehlte).¹⁰¹

Das erneute Aufflackern des Naturrechts-Gedankens hielt freilich nur kurz an und war nicht vergleichbar mit der Situation nach 1945, in der Gustav Radbruch damals noch unter dem Eindruck der zurückliegenden 12 Jahre gefordert hatte, dass sich „die Rechtswissenschaft ... wieder auf die Jahrtausend alte gemeinsame Weisheit der Antike, des christlichen Mittelalters und des Zeitalters der Aufklärung besinnen [müsse], dass es ein höheres Recht gebe als das Gesetz, ein Naturrecht, ein Gottesrecht, ein Vernunftrecht, kurz ein übergesetzliches Recht, an dem gemessen das Unrecht Unrecht bleibt, auch wenn es in die Form des Gesetzes gegossen ist.“¹⁰² Ein derartiges Pathos war in den neuesten Auseinandersetzungen nicht zu finden. Immerhin bleibt festzuhalten, dass es vor erst einem Jahrzehnt offenkundig erneut einen Bedarf gegeben hatte, überpositive Aspekte von Recht für die Begründung von Entscheidungen in existenziellen Konflikten heranzuziehen.

Um ein weiteres Beispiel aus jüngster Zeit zu nennen: Flackert nicht ein Schimmer von diesem unverstellten naturrechtlichen Licht auch hinter den unzähligen Versuchen, herauszufinden, was denn eigentlich den Gehalt des obersten Wertes unserer Wertordnung: das Wesen der menschlichen Würde, ausmache? Gewiss: da ist Pico della Mirandolas unvergleichliches Bild vom Menschen, der sich als „frei entscheidender schöpferischer Bildhauer“ selbst

99 Walter Gropp, Naturrecht oder Rückwirkungsverbot? Zur Strafbarkeit der Berliner „Mauerschützen“, NJ 1996, S. 393 ff.

100 Rechtsphilosophie im Wandel, Frankfurt am Main 1972, S. 1.

101 Zu all dem ausführlich neuerdings: Hanno Siekmann, Das Unrechtsbewusstsein der DDR-„Mauerschützen“, Berlin 2005.

102 Gustav Radbruch, Die Erneuerung des Rechts, Die Wandlung, 1947, S. 8 ff., zit. n. d. Wiederabdruck in: Naturrecht oder Rechtspositivismus? (Fn. 92), S. 2.

die Gestalt zu geben vermag, die er bevorzugt.¹⁰³ Das ist die Idee der Freiheit in der Würde, die Grundlage des Gebots der Unantastbarkeit oder, versteht man es deskriptiv, gar ihres Wesens. Dann aber sind da die Anstrengungen, vor allem in den Bereichen der modernen Biotechnologie und Fortpflanzungsmedizin, die Forschung zu bremsen, die auf dem besten Wege zu sein scheint, uns das letzte Schicksalhafte zu nehmen, wenn sie daran arbeitet, die Selbstregulierbarkeit des menschlichen Lebens immer mehr zu perfektionieren. Bedeutet ein solches Einhaltgeboten der Defatalisierung letztlich etwas Anderes als den Kampf darum, Unverfügbares, Metaphysisches, zu retten, das wir – so muss man daraus folgern – offensichtlich nicht entbehren können?

VII. Naturrecht heute und morgen: die bleibende Frage der Rechtsphilosophie

Diese Frage scheint eine bejahende Antwort zu finden in dem in unterschiedlichen Zeitabständen sich wiederholenden Auftauchen naturrechtlichen Gedankenguts als Zeichen dafür, dass sich das Metaphysische uns von Zeit zu Zeit jeweils nur *scheinbar* entzogen hat. Sein bislang letztes erneutes Sichtbarwerden in den so genannten Mauerschützenprozessen, das zwar vergleichsweise kurz war, sich aber doch in einer Weise ereignete, als hätte es die anhaltende, fundamentale Kritik, von der oben die Rede war, nie gegeben, veranlasst uns jetzt, uns dem Rätselhaften dieses Phänomens einmal von anderer Seite her zu nähern. Wir fragen nicht länger von der *Sache* her, wir fragen vom *Menschen* und seinen schicksalhaften existenziellen Vorgegebenheiten her. Wir fragen: Kann es eine Orientierung für menschliches Handeln überhaupt geben ohne wenigstens die *Annahme* einer Transzendenz, d. h. von etwas, das den Menschen und seine Welt übersteigt? Ist mit dem immer wieder erklärten Verschwinden des Metaphysischen auch der menschliche *Bezug zum Metaphysischen* verloren gegangen?

I. Das innere Maß für die Gerechtigkeit

Wir erinnern uns: Naturrecht wurde immer dann angerufen, wenn sich das positive Recht als unzureichend im Sinne des Erfordernisses der Gerechtigkeit erwiesen hatte, als „unerträglich“ im Sinne der Radbruchschen Formel.¹⁰⁴ Dieser Feststellung entnehmen wir einen wichtigen Hinweis. *Dass* das Recht als unzureichend und unerträglich empfunden werden konnte, lässt darauf

103 Giovanni Pico della Mirandola, Über die Würde des Menschen, Hamburg 1990, S. 7.

104 Hierzu Gerhard Sprenger, 50 Jahre Radbruchsche Formel oder Von der Sprachnot der Juristen, NJ 1997, S. 3 ff.

schließen, dass der Mensch offenbar ein Maß für das Gerechte in sich trägt. Mochte alles übergreifend Vorgegebene, mochte all dasjenige, das je und je unter Naturrecht verstanden wurde, sich entzogen haben, sein *Korrelat im Menschen*, die Möglichkeit der *Annahme* einer solchen Vorgegebenheit, scheint geblieben zu sein. Das heißt: Bei aller heute vorherrschenden Infragestellung des Metaphysischen, in welcher Gestalt auch immer: Kosmos, Natur, Gott oder objektive Wertordnung, darf nicht übersehen werden, dass der Mensch über das Vermögen eines *metaphysisch ausgerichteten Bewusstseins* verfügt.

Das wird in einem anderen grundlegenden Zusammenhang deutlich. Der Mensch ist dasjenige Wesen, das prinzipiell auf das „Gute“ ausgerichtet ist,¹⁰⁵ wobei „gut“ hier nicht ein bloß „menschlich Gutes“, d.h. personale Vollkommenheit oder gar einen moralischen Akt meint, sondern die grundlegende Fähigkeit des Menschen, „sich selbst erkennend in ihm, dem Guten, zu gründen“ (oder auch es selbstzerstörerisch zu verfehlen). Erkenntnis des Guten im Sinne der Seinerfüllung ist ein Strebensziel, das als das im Grunde all seines Begehrens verborgene wahrhaft Begehrte ständig *über sich selbst hinaus drängt*.¹⁰⁶ Da nun aber dieses Gute der alltäglichen Lebenspraxis strukturell nicht eignet, ist der Mensch aufgerufen, sich in seinem lebensbejahenden Ausgerichtet-Sein auf dieses Ziel hin *nicht* mit dem Unvollkommenen zu begnügen, sondern sich vielmehr auf ein Nicht-Wirkliches, ein Nicht- oder Noch-nicht-Mögliches, aber Vollkommenes, an dem er sein eigenes Wesen erfährt,¹⁰⁷ hin zu entwerfen. Dazu bedarf es eines metaphysisch ausgerichteten Bewusstseins.

2. *Naturrecht als Orientierung*

So erscheint, *anthropologisch bedingt*, normative Orientierung *prinzipiell* als Orientierung an etwas *Absolutem*.¹⁰⁸ Seine Unerreichbarkeit wird als Ideal, als Ziel, genommen, auf das hin ausgerichtet sich das Leben über den gegenwärtigen Zeitpunkt hinaus in die Möglichkeit der Zukunft entwirft. Auch wenn der aufgeklärte Mensch gegenüber den von Religionen, Kirchen, Staaten, Ideologien ausgehenden Normerwartungen eine kritische Haltung einzunehmen vermag, so bleibt doch das der Notwendigkeit und der Wirksamkeit solcher Institutionen zugrunde liegende Faktum bestehen, dass das metaphy-

105 Aristoteles, Nikomachische Ethik, Erstes Buch.

106 Helmut Kuhn, Werte – eine Urgegebenheit, in: Neue Anthropologie, hg. v. H.-G. Gadamer u. P. Vogler, Bd. 7, Stuttgart 1975, S. 357.

107 Hans Ryffel, Philosophische Wurzeln der Menschenrechte, ARSP 1988, S. 404 f.

108 A.a.O., S. 405.

sische Bewusstsein des Menschen ständig auf der Suche nach einem Sinn vermittelnden Ziel von regulativer Autorität ist,¹⁰⁹ das von solchen Institutionen erwartet oder wenigstens erhofft wird. Nur so ist der in der Natur des Menschen liegende Drang zu verstehen, sich an ein leitendes Über-Ich zu binden.¹¹⁰ In dieser Tendenz zum Über-Subjektiven, die letztlich die Suche nach einem Halt bedeutet, schwingt zugleich das Bewusstsein mit, dass das, was dieser Halt verspricht, ein ganz Anderes als der Mensch selbst sein muss, mehr und mächtiger als er.¹¹¹

Der in den Denkgewohnheiten des modernen Säkularismus Befangene mag in der Behauptung einer strukturellen Hinordnung des Menschen zur Transzendenz eine Zumutung und geradezu eine Herausforderung erblicken. Dies lässt sich wiederholt auch aus den Schriften Hermann Klenner herauslesen. Indessen: man muss genau lesen. Seine Kritik richtet sich nicht grundsätzlich gegen das „nur“ Ideale, das Naturrecht, die Wertordnung. Sie richtet sich in erster Linie gegen die mangelhafte Umsetzung des normativ Propagierten, das dabei selbst allzu oft als eine verbale Fälschung demaskiert wird, als eine unechte, aus materiellem oder politischem Interesse vorgetäuschte Weltanschauung. Als Kriterium – so seine ständige Forderung – hat die Lebensdienlichkeit zu gelten, die Konkordanz mit den gesellschaftlichen Gesetzmäßigkeiten.¹¹² Um dies deutlich zu machen, hat er es nie versäumt, die *Wirklichkeit* neben die Werte zu stellen und so auf ihren vielfältigen Missbrauch hinzuweisen: „Die Unberechenbarkeit der Werte hat berechenbare Verwendung“, heißt es bei ihm.¹¹³ „Nicht himmlischer Gehorsam, sondern irdische Bedürfnisse stehen in der Hierarchie der Werte oben an.“

„Jede Meinung, jede Theorie und Überzeugung will wahr sein – d.h. sie will ein Sein ausdrücken, das den Anspruch macht, von jedem Einsichtigen zu jeder Zeit und unter allen Umständen als das erkannt zu werden, was es in

109 Klenner spricht vom „Hunger nach Weltanschauung“, der auf „irrational-reaktionäre Weise befriedigt werden soll“. Seine Interpretation übersieht u.E. die anthropologische Notwendigkeit des Wertens. H. Klenner, Fragen eines Rechtswissenschaftlers an die Liebhaber der Moral unter den Juristen, Wiss. Zeitschrift. Friedrich-Schiller-Universität Jena, Ges.- u. Sprachwiss. R., 28. Jg. (1979), H.1, S. 24.

110 Gerhard Szczesny, Das sogenannte Gute. Vom Unvermögen der Ideologen, Reinbek bei Hamburg 1971, S. 212 f.

111 Walter Schulz, Der gebrochene Weltbezug, Pfullingen 1994, S. 248.

112 Hermann Klenner, Zur ideologischen Natur des Rechts, in: Staat und Recht im Lichte des Großen Oktober, Berlin 1957, S. 84; ders., Juristische Gesetzlichkeit und gesellschaftliche Gesetzmäßigkeit, in: Objektive Gesetzmäßigkeit und bewußtes Handeln, Berlin 1975, S. 240.

113 Hermann Klenner, Marxismus ... (Fn.4), S. 92.

Wahrheit ist.“¹¹⁴ Diese Wahrheit, die ganze Wahrheit – für das Recht: *seine* ganze Wahrheit, nämlich die *Gerechtigkeit* – hat notgedrungen diesen Aspekt von Transzendenz.¹¹⁵ Die Wahrheit, d.h. hier: die Gerechtigkeit, ist dem Streben selbst immanent, mag der Mensch sich dann und wann auch über den Inhalt des als gerecht oder ungerecht Empfundene irren. Denn: Zur Orientierung können nicht Ziele dienen, die wiederum selbst als Mittel für andere Ziele funktionieren, vielmehr hat Orientierung an dem zu erfolgen, das selbst den Charakter von Telos hat: den eines endgültigen, um seiner selbst willen erstrebten Zieles. Der Rückgriff auf ein Transzendentes dient dazu, die Grundwerte einem Bereich zu entziehen, über den man abstimmen kann. Dies geht nur um den Preis ihrer Inhaltsleere, wie Hermann Klenner zutreffend ausführt.¹¹⁶ Diesen Inhalt erhalten die Werte im Zusammenspiel mit den lebensweltlichen Unabdingbarkeiten.¹¹⁷

Schließlich gilt: Nur ein die menschliche Ebene, alles Erdlastige Übersteigendes, das unsere Vernunft sich vorzustellen durchaus gerüstet ist, vermag den *Aufschwung* zu bewirken, vermag als eine richtung-weisende Dynamik „mitzureißen“ bei der notwendigen Überwindung einer in der Regel alltagspragmatisch, an Bedürfnis und Interesse orientierten Lebensweise. Und eine solche Funktion – dies erscheint beinahe wie eine „List“ der Natur – kann dort, wo ein tatsächlich Objektives fehlen sollte, auch ein nur *angenommenes*, ein scheinbar Objektives erfüllen.¹¹⁸ So sind die Wahrheiten „Illusionen, von denen man vergessen hat, dass sie welche sind“.¹¹⁹

Wenn sich auch alle die Horizonte der jeweiligen Situation und der individuellen Lebenswelt übersteigenden Ideen, Ideale, Leitbilder, Gerechtigkeitsvorstellungen, Werte in ihrer Reinheit niemals durchzusetzen vermögen, weil die Gegenkräfte des ungebändigten Lebens stärker sind und bleiben, wenn alles eigentlich Hohe und Wertvolle nicht ungeschmälert übernommen werden kann in eine lebendige Praxis bei der Bewältigung konkreter Situationen – und darauf hinzuweisen, ist Hermann Klenner nicht müde geworden –, so kommt nach dem soeben Festgestellten einer solchen übergreifenden Orientierungsebene, zuletzt in Gestalt einer Wertordnung, wie sie oben ge-

114 Helmut Kuhn, *Das Sein und das Gute*, München 1961, S. 340.

115 A.a.O., S. 51.

116 *Recht und Unrecht* (Fn.2), S. 42.

117 *Recht und Werte* (Fn. 82), S. 1ff.

118 Hierzu Gerhard Sprenger, *Über echte und scheinbare Objektivität von Werten bei der Legitimation von Recht*, in: *Law, Justice and the State*, ed by A. Soeteman and M. Karlsson, Stuttgart 1995, S. 38 ff.

119 Friedrich Nietzsche, *Über Wahrheit und Lüge im außermoralischen Sinn*, Werke (Taschenbuch-Ausgabe) Leipzig o. J., Bd. I, S. 512.

nannt wurde, doch die enorm wichtige Funktion eines „mahnden Appells“ zu.¹²⁰ Die großen Aufgebote eines sittlich-normativen Bewusstseins haben Rede- und Anrufcharakter, sie vermögen auf das Ethos der Menschen, der sich ihnen gegenüber, wenn sie denn einmal vorhanden sind, in ein rezeptives Verhältnis gesetzt sieht, einzuwirken. Ihre Forderungen greifen formend in das menschliche Leben ein.

Sie werden erfahren in unserem *Gewissen*.¹²¹ In der Stimme seines Gewissens wird der Mensch konfrontiert mit seinem *Seinkönnen*. Er kann diese Stimme überhören, er kann sie verdrängen, aber ihm eignet keine Macht darüber, das Gewissen anders reden zu lassen, als es von sich aus sprechen will, d. h. das Gewissen ist, zumindest im Innenaspekt, in der konkreten Gewissenserfahrung, dem ontologischen Korrelat der Freiheit, *absolut*,¹²² ist letzte Instanz. Das „Richtige“ kann nur im persönlichen Einsatz und mit dem Risiko des Scheiterns geleistet werden –¹²³ Bekenntnis tritt an die Stelle von Erkenntnis.¹²⁴

Wenn Werten auch subjektiven Ursprungs ist und grundsätzlich eine Universalisierbarkeit nicht zulässt, so können doch – und dies wird nun aller Skepsis entgegenzuhalten sein – bestimmte, die Subjektivität überschreitende Evidenzen dort beobachtet werden, wo Werte eine überwiegende gesellschaftliche Anerkennung gefunden haben und so prägend für das individuelle Handeln, aber auch für die Gesetzgebung im Staat geworden sind.¹²⁵ Von breiter Zustimmung getragene, intersubjektiv nachvollziehbare Gerechtigkeitsvorstellungen heben sich wie Inseln aus dem Feld bloß individueller Werterfahrungen hervor.¹²⁶

3. Die Notwendigkeit des Wertens

Halten wir einen Augenblick inne und fassen zusammen. In unserem kurzen Rückblick auf die Herkunft und das Walten von Naturrecht hatte sich eine Entwicklung gezeigt, ein Fort-Schreiten vom ursprünglichen Verständnis dieses einst allumfassenden Maßes für Gerechtigkeit. Der antiken Seinsart

120 Walter Schulz, Grundprobleme der Ethik, Pfullingen 1989, S. 349.

121 Kuhn (Fn. 114), S. 51.

122 A.a.O., S. 170; Helmut Kuhn, Ideologie – Hydra der Staatenwelt, Köln u.a. 1985, S. 520.

123 Peter Schneider, Naturrechtliche Strömungen in deutscher Rechtsprechung, ARSP 1956, S. 98 ff.

124 Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 63), S. 100.

125 Gerhard Luf, Zur Problematik des Wertbegriffs in der Rechtsphilosophie, in: IUS HUMANITAS, FS zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross, Wien 1980, S. 143.

126 Reinhold Zippelius, Verlust der Orientierungsgewissheit? In: Recht und Gesellschaft. FS für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag, hg. v. F. Kaulbach u. W. Krawietz, Berlin 1978, S. 520.

des Menschen, einem Hinnehmen ohne jeden eigenen Zugriff, einem Sich-Öffnen-Können gegenüber den Weisungen einer kosmischen Ordnung, war im Abendland eine lange Epoche gefolgt, in der sich der Mensch demütig vor den Dingen der Welt als den Geschenken eines Schöpfers beugte: Naturrecht wurde zu Gottesrecht. In beiden Epochen, in der Antike und dem Mittelalter, fand der Mensch den Maßstab für das Recht: die Gerechtigkeit *vorgegeben* – einmal durch die kosmische Ordnung und sodann durch Gottes Gebote.

Dann erfolgte ein fundamentaler Umbruch im Verständnis des Seins und in der Auslegung von Welt. Der Mensch wurde sich der Kraft seines Verstandes und eines vorher nie wahrgenommenen Vermögens seiner Vernunft bewusst, mit deren Hilfe er sich von allen kosmischen und theonomen Vorgaben befreite. Er war, wie Kant es formulierte, herausgetreten aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit und verstand sich fortan als derjenige, der das Verbindliche *selbst* zu setzen vermochte – er war autonom. Das Verbindliche hieß auch: Maßstab für das Recht, die Gerechtigkeit. Was in ursprünglicher antiker Seinsentfaltung und danach mittelalterlicher Heilserfahrung dem Menschen als Verbindliches vorgegeben war, war nunmehr seiner Vernunft *aufgegeben*: Naturrecht war Vernunftrecht geworden.

Seit Descartes hat sich das Bekenntnis des Menschen zur Freiheit als der ihrer selbst gewissen Eigenbestimmung einen Grund gelegt, von dem aus das Seiende als *Gegenständlichkeit* und *die Wahrheit als Gewissheit des Vorstellens* erkannt wird. In der Befreiung des Menschen zur „Vernunft“ liegt der Anspruch, *selbst das Verbindliche zu setzen*.

Das bedeutete nichts Geringeres als dass der neuzeitliche Mensch aufgerufen ist, das – wie erkannt worden war – für seine Lebensausrichtung unverzichtbar Übergreifende, also auch dasjenige, was als *gerecht* gelten soll, *selbst zu inszenieren, um es dann als ein ihm Überlegenes anzuerkennen*. Eine solche Dialektik ist nur vorstellbar und von der Praxis her erklärbar, wenn die Subjektivität sich nicht in ihrer Einzelheit und Willkür zur eigenständigen Instanz aufschwingt, sondern wenn sie im Bewusstsein ihrer „Doppelrolle“ (als Absender *und* Empfänger) nach *übersubjektiven* Bedingungen sucht, die objektive Verbindlichkeit fundieren können. Hinter all dem steht jenes oben erwähnte, dem menschlichen Bewusstsein entsprechende, untülgbare Bedürfnis an Metaphysik, das offensichtlich verlangt, dass, wenn ein solch Festes, Halt Gewährendes erstrebt, aber „nicht vorgegeben ist als Ordnung der Natur oder von Gott, [der Mensch] ... in die Bresche springen“ muss, um das Angezielte zu objektivieren. „Die Sicherung des Gegenstandes und des Subjekts sind ein identischer Vorgang.“¹²⁷ Die Wahrheit im Sinne

der Selbstgewissheit der Subjektivität besteht in der Weise der Rechtfertigung sowohl des Vorstellens als auch des Vorgestellten. Die Rechtfertigung ist der Vollzug der Gerechtigkeit und so sie selbst: Das Subjekt rechtfertigt sich vor dem vor ihm selbst gesetzten Anspruch auf Gerechtigkeit.¹²⁸

Wenn nun das Vorstellen und sein Vorgestelltes heute durch das Werten und die Werte geleistet wird, so darf nichts darüber hinwegtäuschen, dass dieser im Zeichen aufgegebener Normativität gefundene moderne Begriff für das Objektive mit Blick auf die Verschlungenheit des Subjekts in seine Schaffung, von außen gesehen, gewiss immer nur ein unzureichender Ersatz des einzig wahren Guten bleiben wird. Das eigentliche Prinzip der Wertordnung stellt eben keine aus sich selber heraus evidente Einsicht dar, sondern ist die jeweilige Werterkenntnis des wertenden Subjekts. Auch hier ist indessen der Blick noch einmal auf eine *anthropologische* Notwendigkeit zu lenken.

Der Mensch existiert als *geschichtliches Wesen* nur zu einem geringen Teil aus sich selber heraus, zum überwiegenden Teil aus dem, was er übernommen hat. Aus dieser „Geworfenheit“ heraus geschieht sein Werten, formt sich sein Ethos. Er ist seiner Tradition verpflichtet und, will er nicht ins Leere stürzen, angewiesen, auf sie zu hören. Aber er ist in gleicher Weise aufgerufen, offen zu sein für den geschichtlichen Wandel und in Anbetracht seiner das Künftige zu gestalten, das als Aufgabe an ihn herantritt. Für das Neue, Zukünftige mögen in aller Regel die Maßstäbe, die aus der Tradition heraus bestehen, keine Gültigkeit mehr haben, so dass es gilt, nach neuen Maßstäben zu suchen. Das ist zweifellos ein Wagnis, da man damit die Ebene fragloser Gewissheit verlässt. Gleichwohl muss nicht bloße Willkür an die Stelle der aufgegebenen Sicherheit treten. Wer auf die Zeichen der Zeit achtet und im skeptischen Fragen aushält, d.h. sich der ungewissen Gewissheit, aus der alle großen Entschlüsse des Menschen erwachsen, anvertraut, darf sicher sein, aus der „im Geschick des Menschen ruhenden Notwendigkeit“ heraus zu handeln.¹²⁹

So wird deutlich: Alles faktische Verhalten des Menschen enthält ein wertendes Moment. Dass er überhaupt graduelle Unterscheidungen zu machen in der Lage ist, zeigt einmal mehr, dass jedes Werten darauf hin tendiert, *richtiges Werten* zu sein und dass dem Menschen ein ursprüngliches, wenn auch

127 Walter Schulz (Fn.100), S. 118.

128 Gerhard Sprenger, Über den Ort des Rechts in der Fundamentalontologie Martin Heideggers, in: Rechtsstaat und Menschenwürde, FS. für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, hg. v. A. Kaufmann, E.-J. Mestmäcker u. K.F. Zacher, Frankfurt am Main 1988, S. 566.

129 Wilhelm Weischedel, Recht und Ethik, Karlsruhe 1956, S. 36.

nicht immer reflexiv entfaltetes Wissen um den Wert des Seienden und die Wertordnung im Ganzen in eins mit dem Wissen um den Wert und die Rangfolge seiner eigenen Handlungen gegeben ist.¹³⁰

Zusammenfassend ist daher zu sagen: Die Verklammerung von Sein und Menschsein, die vom Begriff des Guten bewirkt wird, kann von seinem modernen Statthalter, dem Begriff des Wertes, nicht geleistet werden. Gleichwohl stellt die moderne Werttheorie den äußersten Versuch dar, die Frage zu beantworten, worin Inhalt und Rechtfertigung des Anspruchs bestehen, der uns zu ständiger Rechtfertigung vor uns selbst und anderen nötigt.¹³¹

So konnte Nietzsche sagen: „Werth ist das höchste Quantum Macht, das der Mensch sich einzuverleiben vermag ... Die Worte des Werthes sind Fahnen dort aufgepflanzt, wo eine neue Seligkeit erfunden wurde“.¹³²

3. *Die Notwendigkeit des Fragens*

Das Entscheidende vollzieht sich, wie erkannt worden war, im Werten zum Richtigen hin, das freilich nicht ein für allemal formuliert werden kann, sondern je und je einer neuen Bestimmung bedarf. Das *Maß* des Gerechten bleibt gleich, sein *Inhalt* jedoch ändert sich. In diesem Wandel normativer Strukturen und eines Pluralismus an Daseingestaltungen ist der Mensch unentwegt zu skeptischer Prüfung aufgerufen.

Diesem Aufruf zu folgen, heißt vor allem: *fragen*. Fragen ist zwar auf Antwort aus, muss jedoch in seinem Vollzug immer wieder erfahren, dass die Antworten zerschellen. Das kritische Fragen hört hier nicht auf, denn es ist aus seinem Wesen heraus *unbegrenzt*. Es ist vielleicht das einzige Grenzlose im rings begrenzten Dasein des Menschen. Ein kritisch Fragender kann nicht zur Ruhe kommen, wenn ihm von außen eine Grenze gesetzt wird – eine äußerliche Grenze anzuerkennen, hieße: dem kritischen Fragen ganz zu entsagen.¹³³

Man hat wiederholt versucht, Hermann Klenner eine solche Grenze des Fragens zu setzen, und zwar immer dann, wenn er mit der ihm eigenen Deutlichkeit darauf hingewiesen hat, dass das Recht nicht nur als Instrument, sondern auch als *Maß* von Macht zu verstehen ist und auf diese Weise Rechtsstaatlichkeit eingefordert und davor gewarnt hat, die Rechtswissen-

130 Helmut Kuhn (Fn. 106), S. 352.

131 Helmut Kuhn (Fn. 106), S. 358 f.

132 Friedrich Nietzsche, *Der Wille zur Macht. Versuch der Umwertung aller Werte*. Werke (Taschen-Ausgabe), Bd. IX, Leipzig 1919, n. 714.

133 Wilhelm Weischedel, *Grenzen des kritischen Fragens?* In: ders., *Philosophische Grenzgänge*, Stuttgart u.a. 1967, S. 48.

schaft zugunsten politischer Interessen zu entmündigen.¹³⁴ Hermann Klenner hat für seine Skepsis und sein kritisches Engagement nie ein solches von außen kommendes Limit anerkannt – mit all den Folgen, die seine Zeit für solch aufrichtig Standhafte bereit hielt.¹³⁵ Alle Versuche, ihm, wie es genannt wurde, „die Sucht des Denkens auszutreiben“, waren vergeblich, er galt, um eine andere in Umlauf gebrachte Kennzeichnung aufzugreifen, als „notorischer Überzeugungstäter“.¹³⁶ Das hat ihm nicht immer Sympathien eingetragen, ebenso wenig ein anderes. Wie eine gute Speise sich dem rechten Würzen verdankt, so eine gute Rede dem Ton, den man ihr beilegt. Klenners meisterhafter Sprach- und Schreibstil ist durch ein Herausforderndes gekennzeichnet, weil er erkannt hat, dass es Wahrheiten gibt, die nur im Gewande der Provokation überzeugen. Das aber missfällt denen, die Wahrheiten nicht recht vertragen.

Rechtsphilosophie hatte sich als ein Bedenken dessen erwiesen, was einst Naturrecht genannt worden war. In seiner Idee ist, wie Theodor W. Adorno einmal gesagt hat, die Unwahrheit des positiven Rechts kritisch bewahrt¹³⁷. Das Naturrecht wird eine „ewige Herausforderung für das Staatsrecht bleiben; mit jedem Unrechtsstaat und nach ihm wird es wieder kommen, von den Feuern des Rechtsstaats geschützt mag es dagegen auf fernen Felsen schlafen“.¹³⁸ So ist die Geschichte des Naturrechts nichts anderes als die „notwendige, aber nie zu Ende kommende Entfaltung der einen großen Aufgabe der Rechtsphilosophie: das wahre und richtige Recht zu finden“.¹³⁹

Sie ist unverzichtbar, denn kritisches Fragen und anhaltende Skepsis machen ihr Wesen aus – sie stellt ein „bewusstes Medium gesellschaftlicher Auseinandersetzung nach vorn“ dar,¹⁴⁰ eine „Denkweise“,¹⁴¹ ein fortdauerndes Bemühen um „effektive Rechtsbesserung“.¹⁴² Und sie bezeugt, wie

134 Vgl. etwa Hermann Klenner in: Babelsdorf 1958. Voreingenommene Bemerkungen zu einer voreingenommenen Konferenz, *Der Staat* 1992, S. 617 ff.

135 Nachzulesen neuestens bei Hermann Klenner, Vorwärts, doch nicht vergessen: Die Babelsberger Konferenz von 1958, *UTOPIEKreativ*, H.174 (2005), S. 291 ff.

136 Jürgen Marten, Die Maßlosigkeit der Macht und das Recht. Anmerkungen zu einem folgenreichen und doch mißglückten Versuch, dem Rechtswissenschaftler H. K. die Sucht des Denkens auszutreiben, in: *Recht und Ideologie* (Fn. 60), S. 385 ff.

137 Theodor W. Adorno, *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main 1970, S. 385, 394.

138 Walter Leisner, „Werteverlust“, „Wertewandel“ und Verfassungsrecht, *JZ* 2002, S. 318.

139 Arthur Kaufmann (Fn. 78), S. 20, und in *JZ* 1971, S. 36.

140 Hermann Klenner (Fn. 81), S. 170.

141 Robert Spaemann, Die Aktualität des Naturrechts, in: *Naturrecht in der Kritik*, hg. v. F. Böckle u. E.-W. Böckenförde, Mainz 1973, S. 276.

deutlich zu machen versucht wurde, dass auch für sie gilt, was für die Wahrheit kennzeichnend ist: die ständige verantwortliche Suche nach ihr ist die einzige Weise, in der der endliche Mensch sich zu ihr verhalten kann: zur Gerechtigkeit gehört auch der Weg zu ihr. Auf diesem Weg ist Hermann Klenner unbeirrbar ein langes Leben als Gelehrter und als Mensch gegangen. Wir haben allen Grund, ihm dafür zu danken.