

5. Der Mensch als Aufgegebenheit des Rechts

Mit dem Menschen als *Vorgegebenheit des Rechts* hat die Arbeit über das Menschenbild als rechtsethische Dimension der Jurisprudenz begonnen, mit dem Menschen als *Aufgegebenheit des Rechts* findet sie ihren Abschluss. Diese Klammer von Vorgegebenheit und Aufgegebenheit, die sich in der Formulierung an *Henkel* anlehnt, vermag die Komplexität des Themas, das wiederum in der Komplexität des Menschen gründet, zu veranschaulichen. Der Mensch als „Grund und Ziel allen Rechts“¹ soll hier in der zweitgenannten Qualifikation angesprochen werden.

5.1 Der Mensch im Spannungsfeld von Recht und Moral

Das Menschenbild als Einheitsbezug von Ethik und Recht² impliziert deren unabdingbare Verbindung zueinander. Beide sind soziokulturell geprägt, beide erheben auf je ihre Weise Anspruch auf Verbindlichkeit³, beide stehen in einem dynamischen Verhältnis zur Gesellschaft und deren Wandel. In diesem Sinn geht *Jørgensen* davon aus, dass „Recht ein der Entwicklung unterliegendes und der beständigen Anpassung an den Kultur- und Sozialwandel bedürftiges soziales Phänomen ist: nämlich ein Steuerungs- und Stabilisierungssystem zur Erhaltung der Lebensbedingungen des Menschen“.⁴ Ähnlich stehen auch Werte in einer engen Wechselbeziehung zum Kultur- und Sozialwandel, wie die Geschichte eindrucksvoll zeigt. Gesellschaftspolitische Konzeptionen, die auf die gesellschaftliche Entwicklung reagieren und diese auch prägen, gehen allesamt von Wertvorstellungen aus, die ihrerseits in der konkreten historischen Situation ihren Ursprung haben. Allen Thesen des logischen Empirismus zum Trotz, Wertungen als subjektiv und somit als für eine rationale wissenschaftliche Behandlung ungeeignet zu klassifizieren, „ist es aber gerade die

¹ Vgl. *Kaufmann* in *Kaufmann/Hassemer* 117 unter Bezugnahme auf *Radbruchs* Gerechtigkeitslehre.

² Vgl. *Pernthaler*, Grundrechtsreform 40 sowie oben 2.2.

³ Vgl. *Kriele*, Recht und praktische Vernunft 25.

⁴ Vgl. *Wieacker* in *Jørgensen* 5.

Eigentümlichkeit der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung, dass sie es – wie die Moralwissenschaft – fast ausschließlich mit Wertungen zu tun haben. Denn das Recht existiert nicht ... außerhalb der menschlichen Sphäre, sondern ist eine Abstraktion, die menschliches Denken geschaffen und in Worten ausgedrückt hat, die nicht identisch sind mit der einzelnen Regel oder Norm.⁵ Während Verletzungen der Sittlichkeit und anderer außerrechtlicher Sollensordnungen „nur“ gesellschaftliche Sanktionen auslösen, begnügt sich das Recht nicht damit, sondern setzt seine Entscheidungen mit Zwangsgewalt bis hin zum Freiheitsentzug – in vielen Ländern der Erde sogar bis zur Todesstrafe – durch.⁶ Zwar sind seit *Christian Thomasius* und *Immanuel Kant* Moral und Recht begrifflich voneinander getrennt, um dem Menschen als Individuum die Möglichkeit zu geben, sich selbst und ohne Zwang durch das Recht für das moralisch Gute zu entscheiden, „letztlich“ kann man aber Recht und Moral nicht voneinander trennen⁷ ohne Gefahr zulaufen, dass einerseits das Recht auf Dezierungen, Normen und logische Ableitungen „schrumpft“, während andererseits die Vernunft „aus der Wirklichkeit in die subjektive Moralität verbannt“ wird und sich in einen „Pluralismus einander ausschließender Wertsysteme“ verflüchtigt.⁸ So bezeichnet *Bydlinski* „radikal ‚realistische‘ Vorstellungen, die alles Recht in reale Verhältnisse und ... Realprognosen ... auflösen wollen“ als für normative Fragestellungen „ganz ungeeignet“. Derart wird nämlich die normative Aufgabenstellung der Jurisprudenz „verdunkelt“, für den gegebenen Fall danach zu suchen, was „rechters“ ist.⁹ Immer mehr setzt sich das Bewusstsein durch, dass die scharfe Trennung von Recht und Moral „nichts mit wissenschaftlich gebotener Begrenzung auf real feststellbare Objekte und

⁵ Vgl. *Jørgensen* 8.

⁶ Vgl. *Kriele*, *Recht und praktische Vernunft* 26 f.

⁷ Vgl. *Wesel*, *Geschichte des Rechts* Rz 39.

⁸ Vgl. *Kriele*, *Recht und praktische Vernunft* 9. (Vgl. *Bydlinski*, *Themenschwerpunkte* 363.)

⁹ Vgl. *Bydlinski*, *Themenschwerpunkte* 363 sowie oben 2.2.4 FN 176. *Bydlinski* weist unter Bezugnahme auf *N. Luhmann* darauf hin, dass das Reformpostulat nur scheinbar wertneutral ist und zudem auf verschiedene soziale Entwicklungen „scharf gegensätzlich“ reagiert.

Ausschaltungen metaphysischer Spekulationen zu tun hat“.¹⁰ Auch Radbruchs Rechtsbegriff ist wertbezogen. Er unterscheidet „die *wertfreie Haltung* der Naturwissenschaften, die *wertende Haltung* der Ethik, dazwischen die *wertbeziehende Haltung* der Kulturwissenschaften und darüber die *wertüberwindende Haltung* der Religion. Das Recht, das der Kultur angehört, ist ‚wertbezogen‘: *Es ist ‚die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen‘.*“¹¹

Zutreffend betont Mayer-Maly, „dass hinter jeder Rechtsordnung ein Wertekatalog steht, der sich der Beliebigkeit, also einem extremen Relativismus entzieht. Nicht ‚jenseits von Gut und Böse‘, sondern im Spannungsfeld zwischen diesen Polen waren alle erfahrbaren Rechtsordnungen angesiedelt.“¹² Das Postulat der Wertfreiheit ist schon deswegen auf Rechtsordnung und Jurisprudenz nicht anwendbar, weil das Recht selbst „geronnene Politik, also Wertung“ ist und eine am Postulat der Wertfreiheit orientierte Rechtsordnung „nichts als ein Komplex technischer Maximen und eine Anwendung von Spielregeln“ wäre.¹³ Der in vielen Sozietäten vorhandene Pluralismus von zum Teil konträren Werthaltungen „zwingt aber nicht dazu, die Rechtsordnungen auf bloße Spielregeln wie die Respektierung demokratischer Prozesse zurückzunehmen“, denn einerseits sind fundamentale Wertungen, wie sie in den Menschenrechten enthalten sind, der Disposition von Mehrheiten entzogen, andererseits ist „Pluralismus ein System des Geltens und Gelten-Lassens möglichst vieler differenter Wertungen in einer Sozietät“, das unter der Voraussetzung von Toleranz und Fairness durchaus funktionstüchtig ist.¹⁴ In pluralistischen und multikulturellen Sozietäten ist die Förderung dieser Grundhaltungen unabdingbar.¹⁵

Recht und Moral stehen einerseits in einem Beziehungsgefüge wesensmäßiger Zusammengehörigkeit zueinander und verkörpern andererseits eine Polarität eines „relativen Gegensatzes, der einen engen

¹⁰ Vgl ebd 365 sowie oben 2.2.2.

¹¹ Zit n Kaufmann, Rechtsphilosophie 42.

¹² Vgl Mayer-Maly, Rechtsphilosophie 23.

¹³ Vgl ebd 24.

¹⁴ Vgl ebd 26 unter Bezugnahme auf Zacher, Kaufmann und Rawls.

¹⁵ Vgl dazu oben 1.3.3 insb FN 156.

sachlichen Zusammenhang nicht aus-, sondern einschließt“.¹⁶ Die „klassischen“ Versuche, das Verhältnis von Recht und Moral zu bestimmen, haben jeweils nur Teilaspekte behandelt: dazu gehören die Trennungs- und Identitätsthese¹⁷; die Unterscheidung nach dem Zwecksobjekt, wonach das Recht „die mitmenschlichen Beziehungen“ zum Gegenstand habe, „die Moral dagegen den Menschen als Einzelwesen“¹⁸; die Abgrenzung nach Autonomie und Heteronomie, wobei vielfach behauptet wird, dass jene der Moral, diese dem Recht entspreche¹⁹; die Unterscheidung nach Äußerlichkeit und Innerlichkeit, deren erstere Qualifizierung auf das Recht, die zweite auf die Moral zutrefte²⁰; die Unterscheidung nach Legalität und Moralität²¹. All diese Versuche, Recht und Moral in ihrer Beziehung zueinander zu bestimmen, führen zu unterschiedlichen mehr oder weniger zutreffen-

¹⁶ Vgl. Kaufmann, Rechtsphilosophie 214.

¹⁷ Vgl. dazu oben 2.2.1 und 2.2.2 sowie Kaufmann, Rechtsphilosophie 214. Kaufmann resümiert bescheiden, aber zutreffend: „Moral und Recht sind wohl in mancher Hinsicht verschieden, aber nicht voneinander geschieden.“

¹⁸ Vgl. Kaufmann, Rechtsphilosophie 214-216.

¹⁹ Vgl. ebd. 216 f. Kaufmann stellt dies entschieden in Abrede und betont ua: „Seit der Rechtspositivismus seine Unschuld verloren hat, sind nicht mehr ausschließlich Imperium oder Konsens als Geltungsgrund des Rechts zitierbar.“ Nach Kaufmann ist auch der Versuch Kelsens „zum Scheitern verurteilt“, das Recht „unabhängig von jedem moralischen Sollen als ein ‚juristisches Sollen‘ zu begründen“, da die „Grundnorm“ ..., in der er dieses Sollen verankern will, ... nach eigener Aussage ‚wie eine Norm des Naturrechts‘ zu denken und somit eine moralische Kategorie“ ist. Nach Mayer-Maly entspringt der Wertrelativismus Kelsens einer „Haltung wissenschaftlicher Bescheidenheit ...“, die die Möglichkeit wissenschaftlicher Aussagen ziemlich eng, meines Erachtens gewiss zu begrenzt sieht“. Unter Berücksichtigung auch des späten Kelsen bezeichnet Mayer-Maly dessen Rechtsphilosophie „für die Einführung von Werten offen; sie besteht nur darauf, dass diese nicht mit Absolutheitsanspruch vorausgesetzt werden“. (Vgl. Mayer-Maly, Rechtsphilosophie 25.)

²⁰ Vgl. Kaufmann, Rechtsphilosophie 219. Dass diese Unterscheidung nicht geeignet ist, einen Wesensunterschied zwischen Recht und Moral herauszuarbeiten, zeigt schon ein Blick auf jene rechtlichen Normen, die auf das Innere des Menschen abstellen: Vorsatz, Fahrlässigkeit, Dissens etc. Kaufmann formuliert treffend, dass der Unterschied „nur ein gradueller in der Blickrichtung“ ist. „Im Recht wird das Innere vom Äußeren her, in der Moral das Äußere vom Inneren her bewertet.“

²¹ Vgl. ebd. Auch diese Unterscheidung, die mit der Behauptung einhergeht, „das Recht begnüge sich mit bloßer Legalität, auf die Moralität der Gesinnung komme es nicht an“, ist letztlich verfehlt, weil die Grundstruktur des Rechtssatzes kein Imperativ ist, „sondern eine Norm, der Imperativ ist nur das Mittel, um den in der Norm enthaltenen Wert zu verwirklichen“.

den Teilergebnissen, sie treffen aber nicht das Ganze. Allgemeingültige oder allgemeinverbindliche Thesen sind einerseits wegen des hohen Komplexitätsniveaus der beiden Begriffe nicht möglich, andererseits wegen der pluralistischen Gesellschaftsstruktur, die auch in der Rechtswissenschaft unterschiedliche Interpretationsmuster fördert, die kaum oder nur auf der Basis eines kleinsten gemeinsamen Nenners kompatibel sind.

Eine Vermischung von Recht und Moral, die ihnen ihre Eigenständigkeit und ihren je eigenen Charakter nimmt, ist ebenso verfehlt wie deren absolute Trennung. Ersteres könnte zu einem „Gesinnungsterror“ führen²², letzteres zu einer „geradezu substantiellen Verelendung der Sozietät“.²³ *Henkel* ortet nach Auseinandersetzung mit den bekannten Unterscheidungsmerkmalen, die nach seiner Ansicht „im Hinblick auf die Gewissensethik und die Systeme der Hochethik vorwiegend Momente der Trennung und Verschiedenheit“ beinhalten, im „*Verhältnis des Rechts zur Sozialmoral*“ bedeutsame „strukturelle Übereinstimmungen beider Bereiche“.²⁴ Um das funktionale Gefüge der „weitgehend strukturell konformen Normenbereiche“ Sozialmoral und Recht zu veranschaulichen, stellt *Henkel* das Bild zweier einander schneidender Kreise vor, die teilweise auseinander fallen, teilweise eine Schnittmenge ergeben. Dem nur vom Kreis des Rechts ausgefüllten Raum ordnet *Henkel* den „Bereich moral-indifferenter Verhaltensweisen und Beziehungen“ zu, während der nur vom Kreis der Sozialmoral ausgefüllte Raum die „lediglich von Moralnormen erfassten, in den rechtsfreien Raum fallenden Verhaltensweisen“ betrifft. Die Schnittmenge, also jener „Bereich, in dem Moral und Recht zur Deckung kommen“, enthält die „inhaltlich im Wesentlichen gleichen Verhaltensnormen beider Gebiete. Die hier betroffenen Verstöße sind solche moralischer und rechtlicher Art zugleich.“²⁵ Die „schwierige Problematik ..., in welchem *Ausmaß* Recht und Sozialmoral in der Einzelgestaltung des positiven Rechts zur Deckung gebracht werden

²² Vgl. *Henkel* 85 f. *Henkel* zitiert in diesem Zusammenhang *Otto von Gierke*, der „die grundsätzliche Verschmelzung von Rechtsvorschriften mit Moraleboten für eine von der modernen Welt überwundene Entwicklungsstufe“ klassifiziert.

²³ Vgl. ebd. 87 unter Bezugnahme auf *Engisch*.

²⁴ Vgl. ebd. 86.

²⁵ Vgl. ebd. 88.

sollen“, ist Aufgabe der Rechtspolitik. Die Rechtsphilosophie kann nur allgemeine Richtlinien vorgeben.²⁶ Das Wissen um die Schnittmenge von Recht und Sozialmoral ändert nichts an deren Verschiedenheit und der „*Verschiedenheit von Rechtspflicht und moralischer Pflicht*“. Weder wird ein Urteil zur moralischen Missbilligung noch ein Richter zum Sittenrichter. Weder ist es „Sache des Rechts, das Niveau der sittlichen Haltung in der Sozietät zu heben oder zu überwachen“, noch Aufgabe der Gerichte, „für die Erhaltung des sittlichen Niveaus zu sorgen“.²⁷ Was das „Verhältnis von Recht und Sozialethik“ kennzeichnet, ist ein „*gegenseitiges Tragen und Getragenwerden*“. Zutreffend führt *Henkel* aus, dass der Normgeber wesentlich aus dem „Gemeingeist der Sozietät“ schöpft und die „Verhaltensanforderungen der Sozialmoral“ weitgehend „*Vorformen der Rechtsnormen*“ darstellen und „als ‚Kulturnormen‘ in das positive Recht eingehen“.²⁸ Als weiteren Bezugspunkt zum Recht nennt *Henkel* die *Humanmoral*, deren Grundsätze er als „*offene Prinzipien*“ bezeichnet, die „der *Ausfüllung* bedürfen“. Als „allgemeine Richtweisungen, die von den Grundsätzen der Humanmoral ausstrahlen“, finden sie „in konkretisierter Form“ Eingang in das Recht. Die Grundsätze der Humanmoral gehen den Normen des Rechts voraus, sie stellen „das *ethische Apriori des Rechts*“ dar und sind zugleich „dessen *legitimierender Grund*“ und dessen Schranken.²⁹ Die „Verwandtschaft“ dieses Ansatzes zu Art 1 HCHE, zu *Radbruchs* Postulat vom Menschen als „Grund und Ziele allen Rechts“ oder *Kaufmanns* Identifikation der Idee des Rechts mit der Idee des personalen Menschen ist evident. Das Spannungsverhältnis von Recht und Moral – Unterschiede wie Gemeinsamkeiten – bleibt. Als Leitlinien richtigen Handelns sind sie unabdingbare Bezugspunkte des personalen Menschenbildes.

5.2 Das Menschenbild als „Schlüsselkategorie“

Die rechtstheoretisch präzise Einordnung des Menschenbildes ist wegen dessen Komplexität nicht einfach. Dem Begriff ist eine innere

²⁶ Vgl ebd 87 f.

²⁷ Vgl ebd 89.

²⁸ Vgl ebd unter Bezugnahme auf *M.E. Mayer*. Vgl dazu auch oben 2.2.4 sowie 2.2.1.

²⁹ Vgl *Henkel* 91 f.

Weite eigen, die auch zu methodologisch unterschiedlichen Zugängen führt. Es ist vom „Strukturprinzip der Verfassung“ (*Geiger*) ebenso die Rede wie vom „zentralen Begriff im Sinne einer verbindlichen Richtschnur“ (*Kopp*), vom „legitimierenden Einheitsbezug allen Rechts“ (*Pernthaler*) wie vom „generalklauselartigen Rahmenbegriff“ (*Häberle*) und vom „Rechtsgrundsatz“ im Sinne eines „Optimierungsgebotes“ und eines „fundamentalen Rechtsprinzips“ (*Schünemann*).³⁰ Im „Versuch einer rechtstheoretischen Präzisierung“ des Menschenbildes postuliert *Häberle* zutreffend, dass die „Kategorie ‚Menschenbild‘ viele der genannten Eigenschaften *verknüpft* und sich kaum auf ein Entweder/Oder des herkömmlichen Alternativen-Denkens reduzieren lässt“. Aufgrund der „Komplexität seiner Dimensionen, Geltungsebenen, Inhalte und Funktionen“ beschränkt sich *Häberle* nach eigenen Angaben auf eine Skizze³¹, tatsächlich wirken die Aussagen im Rahmen der rechtstheoretischen Determinierungsversuche fast überschwänglich.³² Vom Formalbegriff, „insofern er zunächst nur Aussagen über den Menschen meint“, unterscheidet er das Menschenbild als „*kulturelle Kategorie*“, die das Menschenbild unter dem Aspekt der Kulturbedingtheit und historischen Wandelbarkeit fokussiert.³³ Als kulturelle Kategorie ist das Menschenbild Gegenstand aller Wissenschaften, „die sich ausdrücklich oder der Sache nach mit *Kultur* befassen“, und vermag insofern Teildisziplinen im Blick auf „Idee und Wirklichkeit des Menschen zu bündeln, ohne ihnen die Eigenständigkeit zu nehmen“. Derart wird das Menschenbild zum „interdisziplinären und integrierenden ‚Brückenbegriff‘“ und – im Blick auf

³⁰ Vgl dazu oben 2.1.

³¹ Vgl *Häberle* 71.

³² Daraus abzuleiten, dass das Menschenbild in der Beschreibung *Häberles* mehr „Gedankenlyrik“ sei denn methodologische Analyse, ein „Gemeinplatz“, ist mE nicht zutreffend. (Vgl *Schünemann* in *Schünemann/Müller/Philipps* 5.) Die grundlegende Bedeutung, die *Häberle* dem Menschenbild auf allen Ebenen der Rechtsordnung beimisst, führt zwangsläufig zu einer Fülle von Determinanten, die aus einer Einzeldisziplin heraus nicht erfasst und gewürdigt werden kann. In diesem Sinn wird das Menschenbild bei *Häberle* vielleicht wirklich zum „Gemeinplatz“, zumal in der Bedeutung der 1770 von *Wieland* geprägten Übersetzung von *locus communis* als „altbekannte, selbstverständl. und nicht bezweifelte Weisheit“, nicht jedoch in der heute abwertenden Bedeutung als „abgegriffene, nichtssagende Redensart“. (Vgl Brockhaus 8, 267.)

³³ Vgl *Häberle* 71.

die interdisziplinäre Offenheit – zum „*Synthese-Begriff*“. Während das Menschenbild als kulturelle Kategorie die Teildisziplinen der Geistes-, Sozial- und Naturwissenschaften zusammenführt, werden durch das Menschenbild als „Schlüsselkategorie“ des Typus ‚Verfassungsstaat‘ Zusammenhänge juristischer Teildisziplinen sichtbar, so zB im Zivil- und Umweltschutzrecht, im Straf- und im Arbeitsrecht, im Bildungs- und im Sozialrecht.³⁴ Als „Zentralbegriff des Verfassungsstaates“ ist das Menschenbild ein „Leitbild“ in teils vorrechtlichem, teils rechtlichem „Aggregatzustand“. Einerseits in einzelnen Artikeln des GG „rezipiert und positiviert“³⁵, ist es „entsprechend ganzheitlich ... zu interpretieren und auch fortzuentwickeln“. Nach Häberle ist das Menschenbild Verfassungsprinzip und Gerechtigkeitsmaxime, es bedarf der „Sicherung durch den Staat“ und ist dem GG immanent und transzendent zugleich. Als „Konnex“-Begriff wirkt es „mit positivem Recht auf allen Ebenen ... der Rechtsordnung“ und „prägt die soziale Wirklichkeit mit“. Als „Entwurf, wie der Mensch sein soll“, zugleich aber auch „wie er ‚wirklich‘ ist“, hat der Jurist das ideelle und das reale Menschenbild gleichermaßen im Auge. Im pluralistischen Verfassungsstaat hängt die Beantwortung der Frage, „welche inhaltlichen ‚Partikel‘ dieser in einer offenen Gesellschaft präsenten Menschenbilder *in der Weise des Rechts* wie *verbindlich* werden, bleiben oder sich wandeln“, letztlich von Dissens und Konsens ab.³⁶ Die multiplen Dimensionen des Menschenbildes auf der legislativen, judikativen und exekutiven Ebene machen es zur Schlüsselkategorie der gesamten Rechtsordnung. Im Folgenden sollen zwei grundlegende Aspekte dazu näher behandelt werden.

³⁴ Vgl ebd 71 f.

³⁵ Häberle nennt als Beispiele des deutschen Verfassungsrechtes Menschenwürde (Art 1 GG), Gleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot (Art 3 GG), das demokratische und soziale Staatsverständnis (Art 20 Abs 1 GG) und das Volk als Souverän aller Staatsgewalt (Art 20 Abs 2 GG), Bindung der verfassungsmäßigen Ordnung der Länder an die Grundsätze des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates (Art 28 Abs 1 GG) sowie Subsidiarität und Eigenverantwortlichkeit auf Gemeindeebene im Rahmen definierter Kompetenzen (Art 29 Abs 2 GG).

³⁶ Vgl Häberle 72 f.

5.2.1 Das Menschenbild als rechtsethisches Prinzip

Im Blick auf die Akzentuierungen des Rechtsbegriffs im Lauf der Geschichte gibt es „zeitlich bedingte Präferenzen“ und epochale Unterschiede.³⁷ Während das 17. und 18. Jahrhundert vom neuzeitlichen Naturrecht mit einer ideellen Rechtsauffassung geprägt war, setzte sich im 19. Jahrhundert ein „*realistisches* Rechtsverständnis“ durch. Weil in dieser neuen positivistischen Rechtsauffassung Recht nicht „erst noch verwirklicht werden müsse“, sondern „im Wesentlichen bereits verwirklicht sei“, kommt in dieser Präferenz der Rechtswirklichkeit ein erhöhter Stellenwert zu, was aber – bedingt durch die konkrete Gesellschaftsordnung und die Vorherrschaft des Bürgertums – nicht zu einer neuen durch die soziale Frage geprägten Rechtsidee führt. Rechtswissenschaft wird als „Wirklichkeitswissenschaft“ verstanden, die Allgemeine Rechtslehre zielt auf die „begriffliche Analyse des gegebenen Materials“ auf der Basis der „überkommenen Rechtsdogmatik“. ³⁸ *Kelsen* radikalisiert diesen „wissenschaftstheoretischen Ansatz“ und damit zugleich den Rechtspositivismus mit eiserner Konsequenz bis zu dem Punkt ..., an dem die Unhaltbarkeit einer solchen Verabsolutierung selbst vielen seiner Anhänger offenbar geworden ist.³⁹ Nach der Dominanz der rechtspositivistischen Trennungsthese, die ganze Juristengenerationen geprägt und die absolute Trennung von Recht und Moral, Recht und Gerechtigkeit vollzogen hat, tritt nun deren grundsätzliche und notwendige Beziehung zueinander wieder zutage.⁴⁰ Dass es dabei nicht um eine unsachliche Vermengung von Recht und Moral geht, ist schon weiter oben ausgeführt worden. Vielmehr geht es darum, dass das positive Recht „notwendig be-

³⁷ Vgl *Braun* 3 sowie oben 2.2.1.

³⁸ Vgl *Braun* 3-5.

³⁹ Vgl ebd 7.

⁴⁰ *Kriele* sieht gerade in diesem Aspekt die Funktion der „Rechtsphilosophie als politische Aufklärung“. Sie weist den „Weg zu Gerechtigkeit, Frieden und menschenwürdigeren Lebensverhältnissen. Wir verdanken ihr die Überwindung z.B. von Despotie und Sklaverei, von Hexenwahn und Religionskriegen, von Folter und anderen Barbareien, wähen sich der Mangel an Aufklärung in den großen Katastrophen des 20. Jahrhunderts niederschlug: in totalitären Systemen mit Konzentrations- und Vernichtungslagern, in Weltkriegen mit Massenvernichtungswaffen und in der Gefährdung der Umwelt.“ Dem ist nichts hinzuzufügen. (Vgl *Kriele*, Grundprobleme der Rechtsphilosophie 3.)

stimmt moralischen Mindestanforderungen entsprechen und vor allem das Recht ... bestimmte, nämlich fundamentale moralische Maximen enthalten“ muss.⁴¹

Wenn hier von rechtsethischen Prinzipien die Rede ist, dann wird diese grundsätzliche und notwendige Beziehung von Recht und Moral vorausgesetzt. So fordert *Bydlinski*, zur Überwindung positivistischer Methoden der Rechtsgewinnung „gewisse rechtsethische Prinzipien, und zwar Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit ... neben der ‚positiven‘ Zwangsordnung zusätzlich für die Zwecke der Rechtsgewinnung aus dem geltenden Recht in den Rechtsbegriff aufzunehmen“. *Bydlinski* lässt keinen Zweifel daran, wo die rechtsethischen Prinzipien im Recht ihre Verortung haben, nämlich „als eine oberste, der höchsten Stufe des ‚positiven Rechts‘ im üblichen Verständnis noch übergeordnete Rechtsschicht; als ... die rechtsethische Dimension im Recht“.⁴² Was *Bydlinski* mit dieser Qualifikation über die rechtsethischen Prinzipien im Allgemeinen sagt, trifft auch auf das Menschenbild im Besonderen zu. Das Menschenbild selbst ist rechtsethisches Prinzip und rechtsethische Dimension, Grundlegung und Grenze des Rechts, Orientierungspunkt und Maßstab im Besonderen der Jurisprudenz. Die Schicht „rechtsethischer Maximen“ im Recht verschafft diesem den „notwendigen ethischen Mindestgehalt“ und führt in der Folge dazu, dass Regeln der positiven Zwangsordnung daher „nur zum ‚Recht‘ gezählt“ werden können, „wenn sie dessen fundamentalen rechtsethischen Bestandteilen nicht ... widersprechen“.⁴³ Für den Begriff der „Rechtsethik“ definiert *Bydlinski* „nur solche (zugleich) moralische Prinzipien ... als rechtsethische (und damit zugleich als rechtliche) ..., die sich gerade oder doch in erster Linie auf spezifisch ‚positivrechtliches‘ Verhalten, nämlich auf Rechtssetzung und Rechtsanwendung beziehen und die an solches Verhalten bestimmte Anforderungen stellen“. Ferner sind jene moralischen Prinzipien als rechtsethische zu qualifizieren, „die die elemen-

⁴¹ Vgl. *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze 128.

⁴² Vgl. ebd. 26.

⁴³ Vgl. ebd. 129.

tarsten Anforderungen an menschliches Sozialverhalten überhaupt betreffen“.⁴⁴

Die Funktion von Prinzipien bei der Entscheidungsfindung hat schon *Josef Esser* 1956 in seinem Buch „Grundsatz und Norm“ behandelt. Indessen hat *Ronald Dworkin* herausgearbeitet, „wie sich die Rechtsfindung mit Hilfe von Rechtsprinzipien tatsächlich vollzieht“.⁴⁵ Als klarer Gegner des konsequenten Rechtspositivismus, dessen juristische Entscheidungsfindung aus der Sicht *Dworkins* auf ein *Regelmodell* in Form von Wenn-dann-Sätzen reduziert ist, plädiert er für *Rechtsprinzipien*, die den „Hintergrund der positiv ausgeformten Regeln bilden und auf die bei der Rechtsfindung ständig zurückgegriffen werden muss, um die Schwächen des Regelmodells zu kompensieren“.⁴⁶ Während Regeln eine „zwingend rechtliche Konsequenz“ ergeben, wenn ihre festgesetzten Bedingungen erfüllt sind, geben Prinzipien „einen Grund an, der ein Argument in eine bestimmte Richtung ist, der aber nicht eine bestimmte Entscheidung notwendig macht“.⁴⁷ Zwar sind Regeln und Prinzipien gleichermaßen Bausteine und Maßstäbe des Rechts, aber ihr Unterschied ist unübersehbar. Regeln finden in Prinzipien ihren Geltungsgrund, aber nicht umgekehrt. Als abstrakte Maßstäbe müssen Prinzipien, wie die Gerechtigkeit, immer neu konkretisiert werden.⁴⁸ Mit seiner These, dass „moralische Prinzipienfragen gerade den Kern der rechtswissenschaftlichen Problematik“ ausmachen, nehmen rechtsethische Prinzipien eine zentrale Stellung in *Dworkins* Rechtsphilosophie ein. Nach *Dworkin* kann dabei nur in der Person eines Menschen, „nur in ihm, durch seine Subjektivität hindurch ... das objektiv Richtige wirklich werden“. *Braun* bringt die Verknüpfung zwischen Menschenbild und rechtsethischem Prinzip auf den Punkt, wenn er mit Bezug auf *Dworkins* These vom Subjekt als Medium der Objektivität schreibt: „Wie alle Ideen wird auch die Idee des richtigen Rechts nur da fassbar, wo sie die Wirklichkeit berührt.

⁴⁴ Vgl ebd 130.

⁴⁵ Vgl *Braun* 197.

⁴⁶ Vgl ebd 215.

⁴⁷ Vgl ebd 198.

⁴⁸ Vgl ebd 200 f.

Das aber geschieht allein in der Person eines Menschen, der von der Idee des richtigen Rechts ergriffen ist.“⁴⁹

Für *Alexy* ist die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien im Kontext strukturtheoretischer Unterscheidungen der Grundrechte ein „Grundpfeiler des Gebäudes der Grundrechtstheorie“.⁵⁰ Während *Alexy* sowohl Regeln als auch Prinzipien als Normen klassifiziert, unterscheidet er im Hinblick auf die Generalität Prinzipien als „Normen relativ hohen und Regeln [als] Normen relativ geringen Generalitätsgrades“. Zutreffend betont er, dass zwischen Regeln und Prinzipien „nicht bloß ein gradueller, sondern ein *qualitativer* Unterschied“ besteht.⁵¹ Als Normen, „die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird“, sind Prinzipien „Optimierungsgebote“, die sowohl Erlaubnisse als auch Verbote umfassen können. Während Regeln „stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können“, sind Optimierungsgebote dadurch charakterisiert, „dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können“.⁵² Im Gegensatz zu *Dworkins* engerem Prinzipienbegriff, der nur solche Normen umfasst, „die als Gründe für individuelle Rechte angeführt werden können“, umfasst *Alexys* Verständnis auch kollektive Güter.⁵³ In der Bestimmung des engen Verhältnisses von Prinzip und Wert sieht *Alexy* den entscheidenden Unterschied darin, dass Prinzipien als Optimierungsgebote dem deontologischen Bereich angehören, während Werte der axiologischen Ebene zuzuordnen sind.⁵⁴ „Was im Wertemodell prima facie das Beste ist, ist im Prinzipienmodell prima facie gesollt. ... Im Recht geht es darum, was gesollt ist.“⁵⁵ Da sich Prinzipien und Werte nur wegen ihres einerseits deontologischen bzw andererseits axiologischen Charakters unterscheiden, postuliert *Alexy* ein Prinzipienmodell, das das Wertemodell gleichsam mit einschließt.

⁴⁹ Ebd 211.

⁵⁰ Vgl *Alexy* 71.

⁵¹ Vgl ebd 75.

⁵² Vgl ebd 75 f.

⁵³ Vgl ebd 98 f.

⁵⁴ Vgl ebd 127.

⁵⁵ Ebd 133.

Hinter den die verschiedenen Rechtsmaterien leitenden rechtsethischen Grundsätzen stehen die letzten ihnen zugrunde liegenden Prinzipien: „hinter den Regeln über Schuldverhältnisse die Grundsätze über Gegenseitigkeit und Universalisierbarkeit, hinter den Regeln über den Vertragsschluss die Abwägung zwischen Verlässlichkeit der Selbstverpflichtung und gegenseitigen Rücksichtspflichten, hinter familienrechtlichen Vorschriften die elterliche Verantwortung, hinter Regeln des Prozessrechts die Verfahrensbedingungen der Wahrheitsfindung, hinter den Regeln über den Instanzenweg und Rechtskraft die Abwägung zwischen Problemoffenheit und Entscheidungsbedürftigkeit, hinter verwaltungsrechtlichen Leistungsansprüchen die Anerkennung sozialer Grundbedürfnisse, hinter den Regeln über Rückwirkung die Abwägung zwischen Rechtssicherheit und Vertrauensschutz usw.“⁵⁶ Das letzte, alle rechtsethischen Prinzipien integrierende Grundprinzip postuliert *Kriele* mit dem Satz: „Jeder hat gleichen Anspruch auf Freiheit und Anerkennung seiner Würde.“⁵⁷ Zutreffend bezeichnet er diesen Satz als den „induktiv gefundenen Endpunkt der die Rechtsentwicklung der westlichen Rechtskultur leitenden Prinzipien“.⁵⁸ Im Bestreben, den „gesammelten Schatz“ einer an Menschenwürde, Freiheit und Gleichberechtigung ausgerichteten Rechtskultur zu bewahren, liegt „das innerste Motiv für die Rechtsentwicklung der rechtsstaatlichen Demokratien der letzten 200 Jahre“.⁵⁹ Eine an Menschenwürde, Freiheit und Gleichberechtigung ausgerichtete Rechtskultur ist eine am personalen Menschenbild ausgerichtete Rechtskultur. Im Blick auf die vielfachen Herausforderungen von Gegenwart und Zukunft gilt es, die rechtsethischen Prinzipien und das personale Menschenbild als deren Einheitsbezug und als *das* rechtsethische *Grundprinzip* fortzuentwickeln und für die Jurisprudenz fruchtbar zu machen.

⁵⁶ Vgl. *Kriele*, Grundprobleme der Rechtsphilosophie 19.

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ Vgl. ebd.

⁵⁹ Vgl. ebd. 21.

5.2.2 Das Menschenbild im Kontext fundamentaler Rechtsgrundsätze

In dem 1988 erschienenen Buch „Fundamentale Rechtsgrundsätze“ mit dem Untertitel „Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät“ fasst *Bydlinski* seine Bemühungen um die „Wiedererstreckung des Rechtsdenkens auf die rechtsethische Dimension“ zusammen.⁶⁰ Die Überzeugung der „Unentbehrlichkeit einer prinzipiellen rechtsethischen Dimension im Rechtsdenken“⁶¹ zieht sich wie ein roter Faden durch diese Schrift und ist zugleich Anliegen auch der gegenständlichen Arbeit. Während *Bydlinski* in seinem Werk „Fundamentale Rechtsgrundsätze“ Maximen herausarbeitet, „die in jeder Rechtsordnung zur Geltung kommen“⁶², und dazu über den umfassenden Fokus von Bedarf und Begründung fundamentaler rechtsethischer Prinzipien zum Postulat fundamentaler Rechtsgrundsätze gelangt, die die gesamte Rechtsordnung und nicht nur das ursprünglich ins Auge gefasste Privatrecht tangieren⁶³, beschränkt sich diese Arbeit darauf, das Menschenbild als rechtsethische Dimension darzulegen.

Beide Perspektiven bemängeln den reinen Rechtspositivismus für alle praktischen Fragen der Gesetzgebung und Rechtsanwendung infolge des unzureichenden Interesses für die materiellen Fragen des Rechtsinhalts als „völlig steril“, zumal er einen „inhaltlichen ‚Stufenaufbau‘“ im Sinne einer systematischen Herausarbeitung inhaltlicher Begründungszusammenhänge zwischen den vorfindlichen normativen Größen „gar nicht ernstlich anstrebt“.⁶⁴ Gerade darum geht es aber in der rechtsethischen Dimension, wie sie sich im Menschenbild und in den fundamentalen Rechtsgrundsätzen zeigt. Die rechtsethische Dimension gewährleistet eine Sicht vom Menschen, die weder durch eine weltanschaulich-ideologische noch durch eine formaljuridisch-

⁶⁰ Vgl. *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze 23. Dieses Werk ist der zweite Teil einer Trilogie, an deren Anfang „Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff“ (1991) steht und die durch „System und Prinzipien des Privatrechts“ (1996) abgeschlossen wird. *Mayer-Maly* bezeichnet das Buch „Fundamentale Rechtsgrundsätze“ als „Hauptwerk moderner Naturrechtslehre“. (Vgl. *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 11.)

⁶¹ Vgl. *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze VII.

⁶² Vgl. *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie 11.

⁶³ Vgl. *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze 317.

⁶⁴ Vgl. ebd. 25 f.

rechtstheoretische Engführung eingeschränkt ist.⁶⁵ Ihre Einbeziehung in das Rechtsdenken erschließt „normative Maximen“, die, weil sie nicht von einer bestimmten Rechtsautorität gesetzt sind, sondern ihre Genese in konkreten Gegebenheiten und Entwicklungen der Sozietät haben, im Rechtsvergleich von Rechtsordnungen ebenso große Übereinstimmungen aufweisen wie auf der „Ebene der grundlegenden Institute und der allgemeinen Rechtsprinzipien“. Diese entstammen, wie *Bydlinski* richtig hervorhebt, „eben nicht dem autonomen Willen irgendjemandes“, sondern sie „beziehen sich vielmehr auf umfassende und allgemein als normativ regelungsbedürftig empfundene Sachverhalte und orientieren sich an allgemein verbreiteten Wertprinzipien, die sich zum Teil wohl schon aus der anthropologischen Konstitution überhaupt, teilweise aus der kulturellen und sozialen Entwicklung ergeben“.⁶⁶ Der grenzüberschreitende Charakter typischer regelungsbedürftiger Sachverhalte und allgemeiner Wertprinzipien belegt einerseits die Gleichsetzung von Recht und Staat als „verfehltes Axiom“⁶⁷

⁶⁵ So hat schon *Hegel* gegen *Kants* hoch renommierte „Metaphysik der Sitten“ geltend gemacht, eine Moral des reinen Sollens, in der jede Beeinflussung von außen her als Fremdbestimmung gilt, bleibe ohne Kontakt mit der Wirklichkeit und sei darum im Grunde unfruchtbar: „Die Lorbeeren des bloßen Wollens sind trockene Blätter, die nie gegrünt haben.“ (*Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, zit n *Alfons Auer*, Weitergabe der Moral an die kommende Generation. Überlegungen über die Plausibilität des Sittlichen. Unveröffentlichtes Manuskript.) Noch schärfer das Urteil von *Dilthey*: „In den Adern des erkennenden Subjekts, das *Locke*, *Hume* und *Kant* konstruierten, rinnt nicht wirkliches Blut, sondern der verdünnte Saft von Vernunft als bloßer Denktätigkeit.“ (*Dilthey*, Einleitung in die Geisteswissenschaften. Zit n ebd.)

⁶⁶ Vgl *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze 29.

⁶⁷ Vgl ebd 30. *Bydlinski* führt aus, dass der praktische Unterschied zwischen Rechtspositivismus und rationalem Naturrechtsdenken „nicht ... in unterschiedlicher ‚Wissenschaftlichkeit‘“ liegt, sondern „vielmehr darin, dass der erstere (in seinen gängigen Spielarten) ‚Recht‘ allein staatsbezogen sieht und damit einen Teil für das Ganze nimmt, während das Naturrechtsdenken die Sozietät insgesamt als Bezugsrahmen hat“. Nicht Metaphysik sei es, die „unabweislich für die umfassendere ... Sicht“ spreche, sondern „das praktische Bedürfnis“. Die „hypothetische Grundnorm“, deren Qualifizierung als ‚rechtslogisches Naturrecht‘ ihr Schöpfer *Kelsen* (freilich unwillig) akzeptierte“, klassifiziert *Bydlinski* als „eine gewisse Anerkennung der Notwendigkeit, dem Rechtsdenken eine Dimension außerhalb des formal gebildeten ‚Staatswillens‘ zu erhalten“. Angesichts der Notwendigkeit einer inhaltlichen Orientierung repräsentiert die inhaltslose hypothetische Grundnorm *Kelsens* für *Bydlinski* „drastisch den rechtspositivistischen Reduktionismus“. (Vgl ebd 30 f.) Im Blick auf die Situation in Österreich konstatiert *Bydlinski* – vor allem bedingt durch die „etatistisch-bürokratischen Elemente der Wirtschaftsordnung ... in

und weist andererseits die rechtsethischen Dimension des Rechts als übergeordnete Rechtsschicht aus, die dem Zugriff staatlicher Rechtssetzung letztlich entzogen ist. Die grundsätzliche *inhaltliche* normative Analyse bestehender Ordnungen führt ebenso zu allgemeinen rechtsethischen Prinzipien wie die „Ermittlung von *inhaltlichen* Begründungszusammenhängen zwischen den normativen Größen ..., die einer solchen Ordnung zugehören“.⁶⁸ In diesem Bemühen erweist sich das Menschenbild als *die* zentrale rechtsethische Dimension, in der sich die rechtsethischen Prinzipien und die fundamentalen Rechtsgrundsätze bündeln. In diesem Sinn erstreckt sich das Menschenbild auch auf „die allgemeinsten Voraussetzungen normativen Denkens überhaupt“⁶⁹ und wird so zur – ausdrücklich nicht inhaltslosen – Grundnorm.⁷⁰ In ihr verbinden sich Vorgegebenheiten und Aufgegebenheiten des Rechts, jene als „*Bedingung für richtiges Recht*“, diese als dessen Realisierung.⁷¹

direkter Fortführung von Vorbildern aus der absoluten Monarchie und vor allem aus der kriegswirtschaftlichen Phase des Naziregimes“ – eine „formalistische stufentheoretische Reduktion des Rechtsdenkens mit größter, zeitweise geradezu monopolistischer Breitenwirkung“. In Deutschland hingegen kritisiert er die Übung, „jede materiell wichtige Frage sogleich als Verfassungsproblem zu überhöhen“, auch wenn dadurch kein Beitrag zur Lösung erwartet werden kann und Lösungsregeln der einfachgesetzlichen Ebene verdrängt werden. (Vgl ebd 68 f.)

⁶⁸ Vgl ebd 69.

⁶⁹ Vgl ebd 99.

⁷⁰ Die von *Bydlinski* postulierten fundamentalen Rechtsgrundsätze sind wie die Grund- und Freiheitsrechte (mit denen sie sich im Wesentlichen überschneiden) besonders geeignet, den grundlegend normativen Charakter des Menschenbildes zu veranschaulichen. Im Einzelnen – verkürzt angeführt – sind dies: 1. Anspruch auf Respektierung des Lebens und der Personwürde; 2. Anspruch auf das größte Maß an Freiheit; 3. austeilende Gerechtigkeit; 4. Existenzminimum-Prinzip; 5. modifiziertes Umverteilungsprinzip; 6. ausgleichende Gerechtigkeit; 7. allgemeine Rechtssicherheit; 8. Rechtssicherheit durch Schutz wohlverborener Rechte; 9. Rechtssicherheit durch staatliche Organisation; 10. Zweckmäßigkeit als Geeignetheit; 11. Zweckmäßigkeit als Utilität; 12. Zweckmäßigkeit als wirtschaftliche Effektivität. (Vgl ebd 291-295.)

⁷¹ Vgl *Henkel* 389.

5.3 Das personale Menschenbild als Paradigma des Rechts

Die Rechtsidee als Trias von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit ist zentraler Bestandteil der Rechtsphilosophie bei *Henkel* ebenso wie bei *Radbruch* und *Bydlinski*. Sie ist Ausdruck der Überzeugung, dass es im Akt der Rechtssetzung ebenso wie in der Rechtsanwendung Aufgegebenheit des Rechts ist, „gewisse Werte“ zu verwirklichen. Während die Vorgegebenheiten des Rechts die „*Bedingung für richtiges Recht*“ setzen, enthält die Rechtsidee die „aus dem *Ethos des Rechts* erwachsende *Verpflichtung*“, die Aufgegebenheiten des Rechts entsprechend diesem Leitgedanken zu lösen.⁷² Die Rechtsidee ist „dem positiven Recht vor- und übergeordnet“ und ein „*Leitprinzip*, an dem das positive und zu positivierende Recht auszurichten ist“.⁷³ Im Blick auf die Auseinandersetzung grundlegend unterschiedlicher Rechtsverständnisse postuliert *Henkel* die „*Idee des richtigen Rechts*“ zutreffend als „dauernden Kerngehalt“, der rechtstheoretische Engführungen und Absolutsetzungen überwindet.⁷⁴ Um zu diesem zu gelangen, sind all jene „*Topoi des zu findenden richtigen Rechts*“ zu berücksichtigen, die einerseits als „*Vorgegebenheiten des Rechts zu den Realfaktoren der Rechtsbildung*“ gehören, andererseits in den Leitgedanken und „*Wertideen des Rechts*“ enthalten sind.⁷⁵ Sucht man den Einheitsbezug zwischen Vor- und Aufgegebenheiten des Rechts, den „dauernden Kerngehalt“ rechtswissenschaftlichen Erkenntnisinteresses, sind wir wieder beim *Radbruch'schen* Menschen als Grund und Ziel allen Rechts angelangt, und damit beim Men-

⁷² Vgl ebd.

⁷³ Vgl ebd 390.

⁷⁴ Vgl ebd 521.

⁷⁵ Vgl ebd 523-525. Zu den Vorgegebenheiten zählt *Henkel* vor allem die „*anthropologische Grundbestimmung*“ mit der „*Personhaftigkeit des Menschen*“, die Sozial-, Zweck- und Interessensstrukturen, die „*Sitten und Gebräuche*“ als Muster sozialrichtigen Verhaltens“, die „aus den Anschauungen der Sozietät erwachsende *soziale Wertordnung*“, „*Institutionen*“ als vorrechtliche Gebilde, „*sachlogische Strukturen*“ sowie die „mannigfaltigen und wechselnden ‚*Realien*‘ des Soziallebens. Zu den Aufgegebenheiten des Rechts nennt er – und *Henkel* deckt sich damit in wesentlichen Bereichen mit *Bydlinski* – das „*Gerechtigkeitsprinzip*“ mit seinen inhärenten „*materiale Richtliniengehalten*“ sowie die Prinzipien von Billigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit.

schenbild, das das Wesen des Menschen und dessen Bezug zum Recht im Allgemeinen sowie zur Jurisprudenz im Besonderen aufzuzeigen versucht.

Auf der Suche nach *dem* Bild vom Menschen, das diesem am meisten entspricht, zeigt es sich, dass einzelwissenschaftliche Zugänge nicht ausreichen, um dieses Erkenntnisinteresse zu befriedigen. Deswegen ist es notwendig, erst einmal Wissenschaften zu befragen, die nicht von vornherein mit der Jurisprudenz in Beziehung gebracht werden, von dieser aber immer häufiger befragt werden, wenn es um Grundsatzfragen geht. So haben sich die Zugänge der philosophischen Anthropologie, der Biologie und der Psychologie sowie der Kultur-anthropologie auf der Spurensuche nach dem Menschen im Recht als hilfreich erwiesen. Es hat sich bestätigt, dass es nicht fertige und in sich abgeschlossene, gar statische Menschenbilder sind, die das Recht prägen und vom Recht geprägt werden, sondern viele unterschiedliche Einzelelemente, die letztlich ein Gesamtmosaik ergeben. Wie es in der Auseinandersetzung kontradiktorischer rechtstheoretischer Ansätze nicht möglich ist, der einen Seite nur die Wahrheit und der anderen nur den Irrtum zuzuordnen, ist auch die Absolutsetzung von Menschenbildern nicht möglich, zumal sie je nach Blickwinkel und Kontext sehr polymorphe Züge annehmen können. Wenn sich im Ergebnis dieser Auseinandersetzung dennoch das *personale* Menschenbild als zentrales Element der Rechtsordnung herauskristallisiert hat, dann nicht als doktrinaire These, sondern als Paradigma des Rechts, das primär personal geprägt ist, aber auch die Elemente der anderen untersuchten Menschenbildansätze mit berücksichtigt, namentlich der normativen sowie der ideal- und realtypischen Menschenbild-Elemente. Während sich diese Elemente allein allesamt als unzulänglich erweisen, um das Menschenbild in holistischer Perspektive als rechtsethische Dimension zu verdeutlichen, hat das personale Menschenbild paradigmatische Funktion. Es vereinigt in sich sowohl den aristotelischen Bezug auf die Sozietät als auch das freie und autonome Individuum der Aufklärung. Die Personhaftigkeit begründet die unantastbare Würde eines jeden Menschen und sein Recht auf Selbstbestimmung ebenso wie seine Pflicht zur Verantwortung gegenüber Sozietät und Mitwelt. War bei *Protagoras* noch vom Menschen als *μέτρον*

πάντων⁷⁶ die Rede, kann die Gültigkeit dieses Satzes heute nur im Sinne der der Personalität inhärenten Bedeutung des Ausschlusses jedweder Instrumentalisierung des Menschen sowie der Verortung des Menschen *in* der Mitwelt – nicht gegen die Mitwelt – postuliert werden. Das Menschenbild des Grundgesetzes in der Exegese der Rechtsprechung des BVerfG und das Menschenbild des *homo oecologicus* schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern haben komplementären Charakter.

Als Fazit aus seinen problemgeschichtlichen Erörterungen der Rechtsphilosophie hat *Kaufmann* den pointierten Schluss gezogen, dass die Idee des Rechts die Idee des personalen Menschen ist oder gar nichts.⁷⁷ Diese Identifikation ist auch Teil des personalen Menschenbildes. *Uwe Wesel* stellt im abschließenden Kapitel seiner „Geschichte des Rechts“, dem den Titel „Der langen Rede kurzer Sinn“ gibt, die These auf, dass das Recht „nur selten Motor von Fortschritt“ war, vielmehr ist es „Anpassung“ und Tradierung „herrschender Meinung“. Es gibt aber auch die Tradition, in der Recht und Juristen „Motor für Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit und Widerstand gegen juristische Verwüstung“ waren.⁷⁸ Juristen, die er in diesem Kontext nennt, kommen auch in diesem Buch über das Menschenbild im Recht zu Wort. „Kritik und Mut zum Risiko im Namen von Gerechtigkeit, Freiheit und Gleichheit“ prägen diese Linie und sind notwendig auch für die Zukunft, wenn Europa kein Defizit an Demokratie, Freiheit und sozialer Gerechtigkeit und ökologischer Substanz erleben will.⁷⁹ Kritik und Mut zum Risiko alleine sind aber zu wenig, um diesen Gefahren zu begegnen.

Angesichts der vielen von der Sozietät zu lösenden Probleme bedarf es des personalen Menschenbildes als Leitlinie und Grundnorm, verankert im Recht gleichermaßen wie im gesellschaftlichen Bewusstsein zum Schutz gegen menschenverachtende Tendenzen im Mikro- wie im Makrobereich, offen für Weiterentwicklungen im Zusammen-

⁷⁶ Maß aller Dinge

⁷⁷ Vgl *Kaufmann* in *Kaufmann/Hassemer* 177.

⁷⁸ Vgl *Wesel*, *Geschichte des Rechts* Rz 350.

⁷⁹ Vgl ebd.

spiel mit den soziokulturellen, wirtschaftlichen, ökologischen Veränderungen und Notwendigkeiten, mit Blick auf das Wesentliche.