

Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft

Von
Reinhold Zippelius

Zweite, erweiterte Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

A. Experimentierende Praxis

Kap. 1. Die experimentierende Methode im Recht	21
I. Grundgedanken	21
1. Das Experiment als Methode	21
2. Anwendbarkeit auf das Recht	22
3. Schritte experimentierender Praxis	24
II. Die Probe der Wirksamkeit	27
1. Wirksamkeit im engeren Sinn	28
2. Wirksamkeit im weiteren Sinn	30
3. Vermeidung unerwünschter Nebenwirkungen	30
III. Die Probe der Gerechtigkeit	31
1. Das Kriterium der Konsensfähigkeit	31
2. Abklärung der Konsensfähigkeit	34
IV. Die Probe der „Systemverträglichkeit“	35
1. Verträglichkeit mit dem rechtlichen Kontext	35
2. Verträglichkeit mit den Leitideen der Kultur	37
Kap. 2. Im Irrgarten der Gerechtigkeit	39
I. Klassische Lösungsansätze	40
1. Versuch: Das Naturrecht	40
2. Versuch: Der philosophische Ansatz Hegels	41
3. Versuch: Der Eudämonismus	43
4. Versuch: Das Prinzip der Gleichbehandlung	44
5. Versuch: Der ethische Formalismus	45
II. Die Suche nach konsensfähigen Einsichten des Rechtsgefühls ...	46
1. Das Gewissen als Grundlage der Gerechtigkeitseinsicht	46
2. Grundgedanken eines „experimentierenden“ Ansatzes	48
3. Die Abklärung konsensfähiger Gerechtigkeitsvorstellungen ...	49
Kap. 3. Die Entstehung des demokratischen Verfassungsstaates als experi- mentierender Lernprozeß	51
I. Das Modell der englischen Verfassungsentwicklung	52
II. Beispiele aus der deutschen Verfassungsentwicklung	58

Kap. 4. Auf der Suche nach dem legitimen Staat	65
I. Demokratische Legitimität	65
1. Bürgerliche Selbstbestimmung	65
2. Rechtsstaatliche Komponenten	66
II. Strukturierung des demokratischen Prozesses	67
1. Kultivierung durch Repräsentation	67
2. Der Politik ein menschliches Maß geben	68
3. Ausgewogenheit der sozialen Gewalten	69
4. „Entstrüpfung“ und Transparenz	71
III. Wir lernen nicht aus	71
 B. Legitimation in der offenen Gesellschaft 	
Kap. 5. Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat	75
I. „Legitimation“ im Sprachgebrauch von Normwissenschaft und Soziologie	75
II. Legitimation in der „offenen Gesellschaft“	76
III. Legitimation durch Kompetenzen und Verfahren	78
IV. Legitimation durch Konsens	79
V. Die „Abklärung“ der Konsensfähigkeit durch Verfahren und Institutionen	81
VI. Demokratische „Rückkoppelung“	84
VII. Gesamtwürdigung	85
Kap. 6. Legitimation durch Verfahren?	87
I. Der systemtheoretische Ansatz	87
II. Begriff und Grund der Legitimation	88
III. Die Legitimation gerichtlicher Entscheidungen	91
IV. Die Legitimation gesetzgebender Akte	94
Kap. 7. Das Gewissen als Legitimationsgrundlage	97
I. Die subjektive Geltungsgrundlage ethischer Einsichten	97
1. Das Gewissen als letztzugängliche Grundlage	97
2. Jeder eine gleichzuachtende moralische Instanz	98
II. Die Überwindung der Subjektivität im Konsens	99
1. Der Konsens als allgemeines Schema der Vergewisserung	99
2. Die Konsensfähigkeit von Gerechtigkeitsvorstellungen	100
III. Die „Rückseite des Spiegels“	101
1. Angeborene Verhaltens- und Wertungsdispositionen	101
2. Erlernete Verhaltens- und Wertungsdispositionen	102

Kap. 8. Die „Rückseite des Spiegels“ — Erträge der Soziobiologie für die Rechtswissenschaft	104
I. Der anthropologische Ansatz	104
II. Grundgegebenheiten der Soziobiologie	105
III. Mögliche Konsequenzen für das Recht	106
IV. Die Unsicherheit der Erfahrungsgrundlagen	108
Kap. 9. Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen	110
I. Die Unabweisbarkeit der Gerechtigkeitsfrage	110
II. Begriff und Funktion eines „Konsenses“ in Gerechtigkeitsfragen ...	111
1. Gewinnung von „Wahrheiten“ durch Konsens?	111
2. Grenzen der Konsensfähigkeit	112
3. Praktische Funktionen eines Konsenses	113
III. Gewinnung konsensfähiger Gerechtigkeitsvorstellungen durch „trial and error“	114
1. Grundgedanken eines „experimentierenden“ Ansatzes	114
2. Die Anwendung dieser Methode im Recht	115
3. Die Unterscheidung der Gerechtigkeitsfragen von bloßer Interessiertheit	116
Kap. 10. Über die Wahrheit von Werturteilen	118
I. Zum Begriff der Wahrheit	119
1. Wahrheit als zutreffende Feststellung an sich bestehender Sachverhalte	119
2. Wahrheit als bloße Aussagenwahrheit	120
3. Intersubjektive Nachprüfbarkeit als Wahrheitskriterium?	121
II. Die empirische Grundlage von Werturteilen	123
1. Faktizität und Erkenntnisgehalt der Wertungen	123
2. Konstanten der individuellen Werterfahrung	124
3. Die intersubjektive Nachvollziehbarkeit von Werturteilen	125
4. Die Nachvollziehbarkeit bedingter Werturteile	126
5. Ergebnis	127
Kap. 11. Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie	129
I. Nicht nur eine Regel der Staatsräson	129
II. Das Argument der Vernünftigkeit	130
1. Vertrauen in den common sense	130
2. Zweifel an der Vernunft der Menge	131
III. Argumente aus der Idee des Konsenses	132
1. Der Konsens als stabilisierender Faktor	132
2. Der Vertragsgedanke als Ausdruck von Freiheit und Gleichheit	133
IV. Insbesondere das Argument der gleichberechtigten Entscheidungskompetenz aller	134
1. Das Gewissen als letzte moralische Instanz?	134
2. Die Antwort des Protagoras	134

3. Die Antwort Kants	135
4. Demokratietheoretische Folgerungen	135
5. Der Kompromiß zwischen Ordnung und Selbstbestimmung ...	136
V. Freiheitssicherungen gegen die Mehrheit	137
1. Grundrechte: ein mehrheitlich festgesetzter Minderheitsschutz	137
2. Die Menschenwürde als unantastbare Prämisse des Systems	139
VI. Sicherungen gegen die Unvernunft und Manipulierbarkeit der Mehrheitsentscheidungen	139
1. Die „elitäre“ Antwort	139
2. Die Antwort des demokratischen Verfassungsstaates	139
VII. „Souveränitätsrechte“ gegen die Mehrheit?	141
1. Wer entscheidet, was eine Existenzfrage ist?	141
2. Wer entscheidet über Existenzfragen?	142
3. Die äußerste Probe der Selbstbestimmung	143
Kap. 12. Akzeptanz durch Einsicht oder Die Erziehung zum Bürger	145
I. Heranführung an Struktur- und Ordnungsprinzipien politischer Gemeinschaften	145
1. Der Ansatz an schon Bekanntem	145
2. Das Erfahren der Komplexität sozialer Beziehungen und Ordnungsaufgaben	146
3. Die Konfrontation mit normativen Fragen	147
II. Erziehung zum Bürger als Aufgabe und Mittel der Politik	149
1. Klassische Ansätze	149
2. Unterschiedliche Ideen für Eliten und Geführte?	150
Kap. 13. Recht und Moral	152
I. Die unterschiedlichen Geltungsmodalitäten von Normen und Pflichten	152
1. Moralische Geltung	153
2. Mehrheitliche Akzeptanz	154
3. Staatliche Durchsetzungsgarantie	154
II. Konfliktlösungen innerhalb des Rechts	158
1. Spezielle Konfliktlösungen	158
2. Generelle Konfliktlösungen	159
III. Konflikte ohne rechtsimmanente Lösung	162
1. Ungelöste Konflikte	162
2. Der Handlungsbedarf	163
Kap. 14. Weltanschauung und Rechtsgestaltung	166
I. Die anthropologische Bedeutung kulturprägender Ideen	166
1. Sinnorientiertheit als <i>conditio humana</i>	166
2. Die Orientierungsfunktion umfassender Ideen	166
3. Die Befangenheit in Begriffen und Ideen	168
4. Die gesellschaftlich-politische Relevanz der Weltbilder	168

II. Der Einfluß weltanschaulich geprägter Ideen auf die Staats- und Rechtsgestaltung	169
1. Vorverständnis, Motivation, Legitimation	170
2. Die Schaffung von Orientierungsgewißheit	170
3. Beispiele	171
4. Wandel des Zeitgeistes — Wandel des Rechts	175
III. Das Menschenbild als politische und rechtliche Leitidee	177
IV. Zielvorstellungen als politische und rechtliche Leitideen	179
V. Weltanschauung und Rechtsgestaltung in der „offenen Gesellschaft“	179
Kap. 15. Kulturelle Komponenten der Gemeinschaftsordnung im Wandel	181
I. Die Angewiesenheit auf kulturelle Verhaltensorientierungen	181
1. Die Ergänzungsbedürftigkeit angeborener Verhaltenssteuerungen durch Institutionen	181
2. Die Angewiesenheit auf eine umfassendere Sinnorientierung	183
II. Auflösung und Wandel kulturbedingter Sinn- und Verhaltensorientierungen	184
1. Die Auflösung integrierender Lebensgemeinschaften	184
2. Weltanschauliche Verunsicherung	187
Kap. 16. Politik und Sachverstand	190
I. Die Utopie vom Regime der Sachverständigen	190
II. Die Unterscheidung von Zielwahl und Sachverstand	192
III. Zusammenhänge zwischen Zielwahl und Sachverstand	194
IV. Grenzen rechtspolitischer Rationalität	196
V. Folgerungen für die Kompetenzenverteilung	198
VI. Das Aufbegehren des Sachverstandes	199

C. Machtkontrollen

Kap. 17. Die Zählung der englischen Staatsgewalt. De Lolmes „Constitution of England“	203
I. Ursachen der englischen Freiheiten	204
1. Das Instrument der Abgabenbewilligung	205
2. Die breite Basis der parlamentarischen Mitwirkung	205
3. Gewährleistungen individueller Freiheiten	205
4. Beharrlichkeit und Augenmaß	207
II. Zum politischen Prozeß im englischen Verfassungssystem	208
1. Die Ungeteiltheit einer starken Exekutive	208
2. Nachteile der unmittelbaren und Vorteile der repräsentativen Demokratie	209
3. Kontrolle durch öffentliche Kritik und Widerstand	212

Kap. 18. Problemfelder der Machtkontrolle	214
I. Die grundsätzliche Aufgabe der Machtkontrolle	214
II. Aktuelle Fragen	216
1. Die Funktionenteilung im Gefüge der Staatsorgane	216
2. Die Schaffung autonomer Teilsysteme	217
3. Balancen im Bereich der sozialen Gewalten	220
4. Das Problem des internationalen Gleichgewichts	221
Kap. 19. Grundstrukturen und Fehlentwicklungen des demokratischen Kräftespiels	222
I. Grundstrukturen	222
1. Demokratische Grundpositionen	222
2. Insbesondere Parteienstaatlichkeit	225
II. Fehlentwicklungen	226
1. Das Ausuferm des Parteieneinflusses	226
2. Andere Unausgewogenheiten im pluralistischen Kräftespiel ...	228
3. Das Wuchern von Normen und Bürokratien	229
Kap. 20. Die Modernität des Föderalismus	232
I. Das Programm einer Föderalisierung und seine Reichweite	232
II. Die Bereitstellung überschaubarer Lebens- und Funktionsbereiche	233
1. Die Zurückführung politischer Einheiten auf ein „menschliches Maß“	233
2. Die Erhöhung demokratischen Engagements	233
3. Volkswirtschaftliche Optimierung	235
III. Die Aufwertung von Minderheiten	236
1. Die Aufwertung ethnischer Minderheiten	236
2. Die Aufwertung parteipolitischer Minderheiten	236
IV. Sonstige Vorteile politischer Dezentralisation	237
1. Schaffung politischer Kontrollen	237
2. Gewinnung von Sachnähe und Flexibilität	237
3. Gewinnung begrenzter „Experimentierfelder“	238
V. Nachteile des föderativen Systems	238
VI. Systemtheoretische Aspekte	239
1. Ein Modell abgestufter Konfliktbereinigung	239
2. Insbesondere die sachgerechte Verteilung der Problem- und Informationsverarbeitung	240
Kap. 21. Das Berufsbeamtentum als „neutrale Gewalt“	242
I. Der Interessenpluralismus und die Aufgabe eines gerechten Interessenausgleichs	242
II. Die Ausdifferenzierung der „staatlichen“ gegenüber den „gesellschaftlichen“ Rollen	243
III. Institutionelle Garantien der Ausdifferenzierung	245

<i>Kap. 22.</i> Kontrolle der Meinungsmacht	250
I. Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit	250
II. Das Ideal freier Meinungsbildung	252
III. Die heutige Rechtslage	255
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	255
2. Monopolisierungstendenzen	255
3. Abhilfen	257

D. Grundrechte

<i>Kap. 23.</i> Grundrechte als Grundlage staatlicher Ordnung	263
I. Das Bekenntnis zu vorgegebenen Menschenrechten	263
1. Die Vorgegebenheit	263
2. Menschenrechte als Grundlage jeder menschlichen Gemein- schaft	264
3. Menschenrechte als Grundlage des Friedens und der Gerechtig- keit in der Welt	266
II. Unverletzlichkeit der Menschenrechte	266
1. Grundrechtsimmanente Schranken	267
2. Schutz gegen normative Eingriffe	268
3. Schutz gegen Einzeleingriffe	269
4. Unveräußerlichkeit	270
<i>Kap. 24.</i> Die Garantie der Menschenwürde	272
I. Geistesgeschichtliche Grundlagen	272
1. Christliche Leitbilder der „Menschenwürde“	272
2. Moralische Selbstbestimmung als Ausdruck der Menschen- würde	273
II. Ausgangspunkte der juristischen Auslegung	274
1. Historische Interpretation	275
2. Systematische Interpretation	275
3. Die Aufgabe fortschreitender Konkretisierung	276
III. Rechtswirkungen der Menschenwürdegarantie	279
1. Rechtspflicht zu Achtung und Schutz	279
2. Grundrechtsgarantie	280
3. Richtungweisende Wertentscheidung	281
4. Reichweite beider Funktionen	282
5. Drittwirkung	282
6. Die Unantastbarkeit der Menschenwürdegarantie	284
<i>Kap. 25.</i> Die Glaubens- und Gewissensfreiheit	286
I. Geschichtliche Grundlagen	286
1. Zerfall der Glaubenseinheit und Abbau des Staatskirchentums	286
2. Theologische Gründe der Gewissensachtung	288
3. Philosophische Gründe der Gewissensachtung	289

4. Demokratietheoretische Folgerungen	290
5. Grundrechtsschutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit	291
II. Ausgestaltung unter dem Grundgesetz	292
1. Die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates	292
2. Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes	295
3. Glaubens- und Gewissensfreiheit als richtungweisende Wertent- scheidung	300
4. Drittwirkung	301
5. Schranken des Grundrechts	304
6. Glaubens- und Gewissensfreiheit als Ausdruck der Menschen- würde	305
Kap. 26. Der Gleichheitssatz	306
I. Zielrichtungen des Gleichheitsanspruches	306
1. Gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt	306
2. Rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt	308
3. Angleichung der realen Lebensbedingungen	311
4. Gleiche Freiheit	313
5. Fragen des Maßes	314
II. Fragen gerechter Gleichbehandlung	316
1. Gleichheitssatz und Lebenswirklichkeit	317
2. Kriterien der Gleichbehandlung	319
3. Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch den rechtlichen Kontext	323
4. Die Dynamik des Gleichheitssatzes	327
Kap. 27. Anfang und Ende des Lebens als juristisches Problem	328
I. Manipulationen des beginnenden Lebens	328
II. Eingriffe in das Leben	329
1. Eingriffe am Lebensbeginn	330
2. Eingriffe am Lebensende	333
Kap. 28. Widerstand gegen die Tyrannei und im demokratischen Rechtsstaat	337
E. Verantwortlichkeit	
Kap. 29. Varianten und Gründe rechtlicher Verantwortlichkeit	347
I. Strafrechtliche Verantwortlichkeit	347
II. Schuldrechtliche Schadensverantwortung	350
III. Verantwortung für einen kontrollierbaren Lebensbereich	352
IV. Politische Verantwortlichkeit	352
Kap. 30. Erfolgsunrecht oder Handlungsunrecht?	356
I. Der Gegenstand des Unrechtsurteils	356
II. Der Erfolgseintritt und die Erfolgsbezogenheit des Handelns	357

Kap. 31. Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg	360
I. Rechtswidrigkeit als Widerspruch zu einem rechtlichen Gebot ...	360
1. „Rechtswidrigkeit“ ein mehrdeutiger Begriff	360
2. Der Verstoß gegen ein Gebot als allgemeines Deliktsmerkmal	361
II. Das Verhalten als Gegenstand des Unrechtsurteils	362
III. Die Erfolgsbezogenheit der Verhaltensnormen	363
IV. Die Einordnung des tatsächlichen Erfolgeintrittes	364
V. Zusammenfassung	365
Kap. 32. Zum Problem der Willensfreiheit	367
I. Das Problem des naturgesetzlichen Determinismus	368
1. Apriorische Geltung des Kausalgesetzes?	368
2. Bloß empirische Geltung des Kausalgesetzes?	370
II. Das Problem des Motivationsdeterminismus	372
III. Die positive Existenz der Freiheit	373
F. Zur Methode der Rechtsanwendung	
Kap. 33. Rechtsphilosophische Aspekte der Rechtsfindung	379
I. Rechtsphilosophische Aspekte der Gesetzesauslegung	380
1. Auslegung mündet in rechtsphilosophische Fragen	380
2. Anhaltspunkte für die mehrheitlich konsensfähigen Gerechtig-	
keitsvorstellungen	382
II. Rechtsphilosophische Aspekte der Lückenausfüllung	384
1. Die mehrheitlich konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen	
als kritische Instanz	384
2. Normenstrenge oder konkrete Gerechtigkeit?	385
3. Insbesondere das Problem der Analogie	385
III. Zusammenfassung	387
Kap. 34. Jurisprudenz: eine rationale Wissenschaft?	388
Kap. 35. Auslegung als argumentativer Auswahlprozeß	393
I. Verbale Ausgangsbasis und Spielraum der Gesetzesauslegung ...	393
II. Rechtfertigende Auslegungsargumente	394
1. Auslegung als Legitimationsproblem	394
2. Argumente aus dem Regelungszweck	396
3. Argumente der „Rechtseinheit“	397
4. Argumente der Gerechtigkeit	398
5. Entscheidungsanalysen	399
III. Offene Fragen	400
Kap. 36. Der Denkansatz am konkreten Problem	402
I. Der Vorrang der konkreten Erkenntnis	402
1. Gegen den systematischen Dogmatismus	402
2. Verbleibende Bedeutung systematischen Denkens	404
3. Rechtsentwicklung durch vergleichendes Denken	405

II. Topik	406
1. Zugriff auf schon Bekanntes	407
2. Produktiver Gebrauch der Topik	408
3. Grenzen der topischen Methode	410
Kap. 37. Typisierendes Denken	411
I. Die Eigenart typisierender Betrachtung	411
1. Die „anschauliche“ Basis der Typenbildung	411
2. Die „Ganzheitlichkeit“ des Typus	413
3. Die „Offenheit“ des Typus	415
II. Die Verwendung von Typen in Normen	418
1. Normative Typen	418
2. Anwendungsweisen	418
3. Die Entwicklung normativer Typen	419
III. Typisierende Erfahrungsregeln	421
1. Die Aufstellung typisierender Erfahrungsregeln	422
2. Die Verbesserung typisierender Erfahrungsregeln	423
Kap. 38. Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen	425
I. Argumente für eine verfassungskonforme Auslegung der Gesetze	425
1. Die Verfassung als Kontext der Gesetze	425
2. Das Argument der Normerhaltung („favor legis“)	427
II. Der mögliche Wortsinn als Grenze „verfassungskonformer Auslegung“	428
III. Das „Regelungsermessen“ des Gesetzgebers als Grenze „verfassungskonformer Auslegung“	429
1. Die grundsätzliche Funktion des gesetzgeberischen Regelungsermessens	430
2. Generell zulässige richterliche Präzisierungen und Modifikationen	430
3. Das Überschreiten dieser Grenzen	431
IV. Die Zulässigkeit verfassungskonformer Rechtsergänzung	433
V. Respektierung vertretbarer Verfassungskonkretisierungen des Gesetzgebers?	435
Nachweise	440
Sachverzeichnis	443