

Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft

Von
Reinhold Zippelius



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 Gerechtigkeitseinsichten ...	49

Kap. 3. Die Entstehung des demokratischen Verfassungsstaates als experimentierender Lernprozeß	51
I. Das Modell der englischen Verfassungsentwicklung	52
II. Beispiele aus der deutschen Verfassungsentwicklung	58
 B. Legitimation in der offenen Gesellschaft 	
Kap. 4. Legitimation im demokratischen Verfassungsstaat	67
I. „Legitimation“ im Sprachgebrauch von Normwissenschaft und Soziologie	67
II. Legitimation in der „offenen Gesellschaft“	68
III. Legitimation durch Kompetenzen und Verfahren	70
IV. Legitimation durch Konsens	71
V. Die „Abklärung“ der Konsensfähigkeit durch Verfahren und Institutionen	73
VI. Demokratische „Rückkoppelung“	76
VII. Gesamtwürdigung	77
Kap. 5. Legitimation durch Verfahren?	79
I. Der systemtheoretische Ansatz	79
II. Begriff und Grund der Legitimation	80
III. Die Legitimation gerichtlicher Entscheidungen	83
IV. Die Legitimation gesetzgebender Akte	86
Kap. 6. Das Gewissen als Legitimationsgrundlage	89
I. Die subjektive Geltungsgrundlage ethischer Einsichten	89
1. Das Gewissen als letztzugängliche Grundlage	89
2. Jeder eine gleichzuachtende moralische Instanz	90
II. Die Überwindung der Subjektivität im Konsens	91
1. Der Konsens als allgemeines Schema der Vergewisserung	91
2. Die Konsensfähigkeit von Gerechtigkeitsvorstellungen	92
III. Die „Rückseite des Spiegels“	93
1. Angeborene Verhaltens- und Wertungsdispositionen	93
2. Erlernte Verhaltens- und Wertungsdispositionen	94

Kap. 7. Die „Rückseite des Spiegels“ — Erträge der Soziobiologie für die Rechtswissenschaft	96
I. Der anthropologische Ansatz	96
II. Grundgegebenheiten der Soziobiologie	97
III. Mögliche Konsequenzen für das Recht	98
IV. Die Unsicherheit der Erfahrungsgrundlagen	100
Kap. 8. Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen	102
I. Die Unabweisbarkeit der Gerechtigkeitsfrage	102
II. Begriff und Funktion eines „Konsenses“ in Gerechtigkeitsfragen ...	103
1. Gewinnung von „Wahrheiten“ durch Konsens?	103
2. Grenzen der Konsensfähigkeit	105
3. Praktische Funktionen eines Konsenses	106
III. Gewinnung konsensfähiger Gerechtigkeitsvorstellungen durch „trial and error“	106
1. Grundgedanken eines „experimentierenden“ Ansatzes	106
2. Die Anwendung dieser Methode im Recht	107
3. Die Unterscheidung der Gerechtigkeitsfragen von bloßer Interessiertheit	109
Kap. 9. Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie	110
I. Nicht nur eine Regel der Staatsräson	110
II. Das Argument der Vernünftigkeit	111
1. Vertrauen in den common sense	111
2. Zweifel an der Vernunft der Menge	112
III. Argumente aus der Idee des Konsenses	113
1. Der Konsens als stabilisierender Faktor	113
2. Der Vertragsgedanke als Ausdruck von Freiheit und Gleichheit	114
IV. Insbesondere das Argument der gleichberechtigten Entscheidungskompetenz aller	115
1. Das Gewissen als letzte moralische Instanz?	115
2. Die Antwort des Protagoras	115
3. Die Antwort Kants	116
4. Demokratietheoretische Folgerungen	116
5. Der Kompromiß zwischen Ordnung und Selbstbestimmung ...	117
V. Freiheitssicherungen gegen die Mehrheit	118
1. Grundrechte: ein mehrheitlich festgesetzter Minderheitsschutz	118
2. Die Menschenwürde als unantastbare Prämisse des Systems	120

VI. Sicherungen gegen die Unvernunft und Manipulierbarkeit der Mehrheitsentscheidungen	120
1. Die „elitäre“ Antwort	120
2. Die Antwort des demokratischen Verfassungsstaates	120
VII. „Souveränitätsrechte“ gegen die Mehrheit?	122
1. Wer entscheidet, was eine Existenzfrage ist?	122
2. Wer entscheidet über Existenzfragen?	123
3. Die äußerste Probe der Selbstbestimmung	124
Kap. 10. Akzeptanz durch Einsicht oder Die Erziehung zum Bürger	126
I. Heranführung an Struktur- und Ordnungsprinzipien politischer Gemeinschaften	126
1. Der Ansatz an schon Bekanntem	126
2. Das Erfahren der Komplexität sozialer Beziehungen und Ordnungsaufgaben	127
3. Die Konfrontation mit normativen Fragen	128
II. Erziehung zum Bürger als Aufgabe und Mittel der Politik	130
1. Klassische Ansätze	130
2. Unterschiedliche Ideen für Eliten und Geführte?	131
Kap. 11. Recht und Moral	133
I. Die unterschiedlichen Geltungsmodalitäten von Normen und Pflichten	133
1. Moralische Geltung	134
2. Mehrheitliche Akzeptanz	135
3. Staatliche Durchsetzungsgarantie	135
II. Konfliktlösungen innerhalb des Rechts	139
1. Spezielle Konfliktlösungen	139
2. Generelle Konfliktlösungen	140
III. Konflikte ohne rechtsimmanente Lösung	143
1. Ungelöste Konflikte	143
2. Der Handlungsbedarf	144
Kap. 12. Weltanschauung und Rechtsgestaltung	147
I. Die anthropologische Bedeutung kulturprägender Ideen	147
1. Sinnorientiertheit als <i>conditio humana</i>	147
2. Die Orientierungsfunktion umfassender Ideen	147
3. Die Befangenheit in Begriffen und Ideen	149
4. Die gesellschaftlich-politische Relevanz der Weltbilder	149

II. Der Einfluß weltanschaulich geprägter Ideen auf die Staats- und Rechtsgestaltung	150
1. Vorverständnis, Motivation, Legitimation	151
2. Die Schaffung von Orientierungsgewißheit	151
3. Beispiele	152
4. Wandel des Zeitgeistes — Wandel des Rechts	156
III. Das Menschenbild als politische und rechtliche Leitidee	158
IV. Zielvorstellungen als politische und rechtliche Leitideen	160
V. Weltanschauung und Rechtsgestaltung in der „offenen Gesellschaft“	160
Kap. 13. Kulturelle Komponenten der Gemeinschaftsordnung im Wandel .	162
I. Die Angewiesenheit auf kulturelle Verhaltensorientierungen	162
1. Die Ergänzungsbedürftigkeit angeborener Verhaltenssteuerungen durch Institutionen	162
2. Die Angewiesenheit auf eine umfassendere Sinnorientierung .	164
II. Auflösung und Wandel kulturbedingter Sinn- und Verhaltensorientierungen	165
1. Die Auflösung integrierender Lebensgemeinschaften	165
2. Weltanschauliche Verunsicherung	168
C. Machtkontrollen	
Kap. 14. Die Zähmung der englischen Staatsgewalt. De Lolmes „Constitution of England“	173
I. Ursachen der englischen Freiheiten	174
1. Das Instrument der Abgabenbewilligung	175
2. Die breite Basis der parlamentarischen Mitwirkung	175
3. Gewährleistungen individueller Freiheiten	175
4. Beharrlichkeit und Augenmaß	177
II. Zum politischen Prozeß im englischen Verfassungssystem	178
1. Die Ungeteiltheit einer starken Exekutive	178
2. Nachteile der unmittelbaren und Vorteile der repräsentativen Demokratie	179
3. Kontrolle durch öffentliche Kritik und Widerstand	182
Kap. 15. Problemfelder der Machtkontrolle	184
I. Die grundsätzliche Aufgabe der Machtkontrolle	184
II. Aktuelle Fragen	186

1. Die Funktionenteilung im Gefüge der Staatsorgane	186
2. Die Schaffung autonomer Teilsysteme	187
3. Balancen im Bereich der sozialen Gewalten	190
4. Das Problem des internationalen Gleichgewichts	191
Kap. 16. Grundstrukturen und Fehlentwicklungen des demokratischen Kräftespiels	192
I. Grundstrukturen	192
1. Demokratische Grundpositionen	192
2. Insbesondere Parteienstaatlichkeit	195
II. Fehlentwicklungen	196
1. Das Ausufern des Parteieneinflusses	196
2. Andere Unausgewogenheiten im pluralistischen Kräftespiel ...	198
3. Das Wuchern von Normen und Bürokratien	199
Kap. 17. Die Modernität des Föderalismus	202
I. Das Programm einer Föderalisierung und seine Reichweite	202
II. Die Bereitstellung überschaubarer Lebens- und Funktionsbereiche	203
1. Die Zurückführung politischer Einheiten auf ein „menschliches Maß“	203
2. Die Erhöhung demokratischen Engagements	203
3. Volkswirtschaftliche Optimierung	205
III. Die Aufwertung von Minderheiten	206
1. Die Aufwertung ethnischer Minderheiten	206
2. Die Aufwertung parteipolitischer Minderheiten	206
IV. Sonstige Vorteile politischer Dezentralisation	207
1. Schaffung politischer Kontrollen	207
2. Gewinnung von Sachnähe und Flexibilität	207
3. Gewinnung begrenzter „Experimentierfelder“	208
V. Nachteile des föderativen Systems	208
VI. Systemtheoretische Aspekte	209
1. Ein Modell abgestufter Konfliktsbereinigung	209
2. Insbesondere die sachgerechte Verteilung der Problem- und Informationsverarbeitung	210
Kap. 18. Das Berufsbeamtentum als „neutrale Gewalt“	212
I. Der Interessenpluralismus und die Aufgabe eines gerechten Interessenausgleichs	212

II. Die Ausdifferenzierung der „staatlichen“ gegenüber den „gesellschaftlichen“ Rollen	213
III. Institutionelle Garantien der Ausdifferenzierung	215
Kap. 19. Kontrolle der Meinungsmacht	220
I. Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit	220
II. Das Ideal freier Meinungsbildung	222
III. Die heutige Rechtslage	225
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	225
2. Monopolisierungstendenzen	225
3. Abhilfen	227

D. Grundrechte

Kap. 20. Grundrechte als Grundlage staatlicher Ordnung	233
I. Das Bekenntnis zu vorgegebenen Menschenrechten	233
1. Die Vorgegebenheit	233
2. Menschenrechte als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft	234
3. Menschenrechte als Grundlage des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt	235
II. Unverletzlichkeit der Menschenrechte	236
1. Grundrechtsimmanente Schranken	236
2. Schutz gegen normative Eingriffe	237
3. Schutz gegen Einzeleingriffe	239
4. Unveräußerlichkeit	240
Kap. 21. Die Garantie der Menschenwürde	242
I. Geistesgeschichtliche Grundlagen	242
1. Christliche Leitbilder der „Menschenwürde“	242
2. Moralische Selbstbestimmung als Ausdruck der Menschenwürde	243
II. Ausgangspunkte der juristischen Auslegung	244
1. Historische Interpretation	245
2. Systematische Interpretation	245
3. Die Aufgabe fortschreitender Konkretisierung	246
III. Rechtswirkungen der Menschenwürdegarantie	249
1. Rechtspflicht zu Achtung und Schutz	249
2. Grundrechtsgarantie	250

3. Richtungsweisende Wertentscheidung	251
4. Reichweite beider Funktionen	252
5. Drittwirkung	252
6. Die Unantastbarkeit der Menschenwürdegarantie	254
Kap. 22. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit	256
I. Geschichtliche Grundlagen	256
1. Zerfall der Glaubenseinheit und Abbau des Staatskirchentums	256
2. Theologische Gründe der Gewissenssachtung	258
3. Philosophische Gründe der Gewissenssachtung	259
4. Demokratietheoretische Folgerungen	260
5. Grundrechtsschutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit	261
II. Ausgestaltung unter dem Grundgesetz	262
1. Die weltanschaulich-religiöse Neutralität des Staates	262
2. Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes	265
3. Glaubens- und Gewissensfreiheit als richtungsweisende Wertent-	
scheidung	270
4. Drittwirkung	271
5. Schranken des Grundrechts	274
6. Glaubens- und Gewissensfreiheit als Ausdruck der Menschen-	
würde	275
Kap. 23. Der Gleichheitssatz	276
I. Zielrichtungen des Gleichheitsanspruches	276
1. Gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt	276
2. Rechtliche Gleichbehandlung durch die Staatsgewalt	278
3. Angleichung der realen Lebensbedingungen	281
4. Gleiche Freiheit	283
5. Fragen des Maßes	284
II. Fragen gerechter Gleichbehandlung	286
1. Gleichheitssatz und Lebenswirklichkeit	287
2. Kriterien der Gleichbehandlung	289
3. Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch den rechtlichen	
Kontext	293
4. Die Dynamik des Gleichheitssatzes	297
Kap. 24. Anfang und Ende des Lebens als juristisches Problem	298
I. Manipulationen des beginnenden Lebens	298

II. Eingriffe in das Leben	299
1. Eingriffe am Lebensbeginn	300
2. Eingriffe am Lebensende	303
Kap. 25. Widerstand gegen die Tyrannei und im demokratischen Rechtsstaat	307

E. Verantwortlichkeit

Kap. 26. Varianten und Gründe rechtlicher Verantwortlichkeit	317
I. Strafrechtliche Verantwortung	317
II. Schuldrechtliche Schadensverantwortung	320
III. Verantwortung für einen kontrollierbaren Lebensbereich	322
IV. Politische Verantwortlichkeit	322
Kap. 27. Erfolgsunrecht oder Handlungsunrecht?	326
I. Der Gegenstand des Unrechtsurteils	326
II. Der Erfolgseintritt und die Erfolgsbezogenheit des Handelns	327
Kap. 28. Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg	330
I. Rechtswidrigkeit als Widerspruch zu einem rechtlichen Gebot ...	330
1. „Rechtswidrigkeit“ ein mehrdeutiger Begriff	330
2. Der Verstoß gegen ein Gebot als allgemeines Deliktsmerkmal	331
II. Das Verhalten als Gegenstand des Unrechtsurteils	332
III. Die Erfolgsbezogenheit der Verhaltensnormen	333
IV. Die Einordnung des tatsächlichen Erfolgseintrittes	334
V. Zusammenfassung	335
Kap. 29. Zum Problem der Willensfreiheit	337
I. Das Problem des naturgesetzlichen Determinismus	338
1. Apriorische Geltung des Kausalgesetzes?	338
2. Bloß empirische Geltung des Kausalgesetzes?	340
II. Das Problem des Motivationsdeterminismus	342
III. Die positive Existenz der Freiheit	343

F. Zur Methode der Rechtsanwendung

Kap. 30. Rechtsphilosophische Aspekte der Rechtsfindung	349
I. Rechtsphilosophische Aspekte der Gesetzesauslegung	350
1. Auslegung mündet in rechtsphilosophische Fragen	350
2. Anhaltspunkte für die mehrheitlich konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen	352
II. Rechtsphilosophische Aspekte der Lückenausfüllung	354
1. Die mehrheitlich konsensfähigen Gerechtigkeitsvorstellungen als kritische Instanz	354
2. Normenstrenge oder konkrete Gerechtigkeit?	355
3. Insbesondere das Problem der Analogie	355
III. Zusammenfassung	357
Kap. 31. Jurisprudenz: eine rationale Wissenschaft?	358
Kap. 32. Auslegung als argumentativer Auswahlprozeß	363
I. Verbale Ausgangsbasis und Spielraum der Gesetzesauslegung ...	363
II. Rechtfertigende Auslegungsargumente	364
1. Auslegung als Legitimationsproblem	364
2. Argumente aus dem Regelungszweck	366
3. Argumente der „Rechtseinheit“	367
4. Argumente der Gerechtigkeit	368
5. Entscheidungsanalysen	369
III. Offene Fragen	370
Kap. 33. Der Denkansatz am konkreten Problem	372
I. Der Vorrang der konkreten Erkenntnis	372
1. Gegen den systematischen Dogmatismus	372
2. Verbleibende Bedeutung systematischen Denkens	374
3. Rechtsentwicklung durch vergleichendes Denken	375
II. Topik	376
1. Zugriff auf schon Bekanntes	377
2. Produktiver Gebrauch der Topik	378
3. Grenzen der topischen Methode	380
Kap. 34. Typisierendes Denken	381
I. Die Eigenart typisierender Betrachtung	381
1. Die „anschauliche“ Basis der Typenbildung	381

2. Die „Ganzheitlichkeit“ des Typus	383
3. Die „Offenheit“ des Typus	385
II. Die Verwendung von Typen in Normen	388
1. Normative Typen	388
2. Anwendungsweisen	388
3. Die Entwicklung normativer Typen	389
III. Typisierende Erfahrungsregeln	391
1. Die Aufstellung typisierender Erfahrungsregeln	392
2. Die Verbesserung typisierender Erfahrungsregeln	393
Kap. 35. Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen	395
I. Argumente für eine verfassungskonforme Auslegung der Gesetze	395
1. Die Verfassung als Kontext der Gesetze	395
2. Das Argument der Normerhaltung („favor legis“)	397
II. Der mögliche Wortsinn als Grenze „verfassungskonformer Auslegung“	398
III. Das „Regelungsermessen“ des Gesetzgebers als Grenze „verfassungskonformer Auslegung“	399
1. Die grundsätzliche Funktion des gesetzgeberischen Regelungsermessens	400
2. Generell zulässige richterliche Präzisierungen und Modifikationen	400
3. Das Überschreiten dieser Grenzen	401
IV. Die Zulässigkeit verfassungskonformer Rechtsergänzung	403
V. Respektierung vertretbarer Verfassungskonkretisierungen des Gesetzgebers?	405
Nachweise	410
Sachverzeichnis	413

