

Paul Tiedemann

Zur Relevanz der Rechtsphilosophie für die gerichtliche Praxis*

1. Einleitung - drei Fälle

1.1 Flüchtlingsfall

Zwei junge Menschen, der eine aus dem fernen Land A, der andere aus dem fernen Land B, fliehen nach Deutschland, weil sie in ihrer Heimat mit dem Tode bedroht werden. Für beide sieht das deutsche Recht eine Bleibemöglichkeit vor. Sie sind in Sicherheit. Nachdem beide in Deutschland nicht nur die deutsche Sprache perfekt gelernt, sondern auch ihre Schulausbildung mit exzellenten Ergebnissen abgeschlossen und die Hochschulreife erlangt haben, wollen sie Medizin studieren. Während der eine von den beiden ohne weiteres die Studienzulassung erhält, wird sie dem anderen verweigert. Denn es gibt einen entscheidenden Unterschied zwischen den beiden: der eine wurde in der Heimat von der Regierung mit dem Tode bedroht, weil er einer bekannten Dissidentenfamilie entstammt. Der andere wurde in seinem Land von seinen Nachbarn mit dem Tode bedroht, weil er einer dort verhassten Bevölkerungsgruppe angehört. Er musste fliehen, weil der Staat sich in Auflösung befand und ihn nicht schützen konnte. Der eine genießt wegen der Verfolgung durch die Regierung den Flüchtlingsstatus nach der Genfer Flüchtlingskonvention, der andere, weil er bloß „nicht-staatlich“ verfolgt wird, bloßen Abschiebungsschutz nach § 53 Abs. 6 des deutschen Ausländergesetzes. Der eine lebt aufgrund seines Flüchtlingsstatus legal in Deutschland und genießt die Rechte aus seinem Status, zu dem auch das Recht auf einen Studienplatz nach den gleichen Bedingungen wie für Inlän-

* Gastvortrag an der Universität des Saarlandes am 10. Februar 2004. Der Autor (www.dr-tiedemann.de) ist Richter am Verwaltungsgericht Frankfurt am Main. Der veröffentlichte Text ist das gekürzte und um Fußnoten ergänzte Manuskript des Vortrages.

der gehört, der andere lebt illegal in Deutschland und ist gesetzlich zur Ausreise verpflichtet, wobei aber die Verwaltungsvollstreckung dieser Ausreisepflicht im Wege der Duldung ausgesetzt ist. Wegen der materiellen Illegalität seines Aufenthaltes darf er aber nicht studieren.

Das Genfer Flüchtlingsabkommen verpflichtet die Vertragsstaaten zur Anerkennung des Flüchtlingsstatus für jeden Menschen, der aus begründeter Furcht vor Verfolgung Zuflucht im Lande seines Aufenthalts gesucht hat. Das Abkommen schweigt darüber, von wem die Verfolgung ausgehen muss. Schweigt es, weil es selbstverständlich von staatlicher Verfolgung ausging oder schweigt es, weil es auf den Urheber der Verfolgung nicht ankommen sollte? Das Bundesverwaltungsgericht ist der ersteren Meinung, weshalb nach heute noch geltendem Recht in Deutschland nicht-staatliche Verfolgung keinen Flüchtlingsstatus begründen kann.¹

1.2 Schwangerschaftsfall

Es sei mir als einem Verwaltungsrichter nachgesehen, dass ich mit einer Geschichte aus dem Verwaltungsrecht begonnen habe. Damit sich die Zivilrechtler unter Ihnen aber nicht diskriminiert fühlen, lassen sie mich noch eine andere Geschichte erzählen:

Der Arbeitgeber A, Betreiber einer Wäscherei, will eine neue Arbeitnehmerin einstellen, und zwar für einen Arbeitsplatz, für den nach dem Mutterschutzgesetz für Schwangere ein gesetzliches Beschäftigungsverbot besteht. Er will die Bewerberinnen deshalb danach fragen, ob sie schwanger sind. Weil er sich nicht sicher ist, ob eine solche Frage erlaubt ist, studiert er die Rechtsprechung und stößt auf Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, wonach die Frage nach der Schwangerschaft zwar grundsätzlich unzulässig ist, ausnahmsweise aber gerade in dem Fall gestellt werden darf, wenn für Arbeitnehmerinnen von vorneherein ein gesetzliches Beschäftigungsverbot besteht.² Schließlich stellt er eine junge Frau ein, die ihm schriftlich versi-

¹ BVerwGE 104, 254; vgl. auch zu Art. 16 II 2 GG aF: BVerfGE 80, 315 [333]

² vgl. BAG, Urt. v. 1.7.1993 - 2 AZR 25/93 -, NJW 94, 148

chert hat, nicht schwanger zu sein. Vierzehn Tage nach der Einstellung stellt sich heraus, dass sie bereits zum Zeitpunkt des Bewerbungsgesprächs schwanger war und auch schon davon wusste. Er erklärt die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung. Dagegen klagt die Arbeitnehmerin und bleibt in allen Instanzen erfolgreich. Das BAG³ erklärt, dass es seine bisherige Rechtsprechung aufgeben und es nunmehr für richtig halte, dass auch im Falle eines von vorneherein bestehenden Beschäftigungsverbotes die Frage nach der Schwangerschaft unzulässig sei. Dafür gibt es zwei Gründe an, nämlich erstens § 611a BGB, wo geschrieben steht, dass ein Arbeitgeber bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses niemanden wegen seines Geschlechts benachteiligen darf, und zweitens, dass der EuGH es genauso sehe.

1.3 Missbrauchsfall

Damit auch den Strafrechtlern unter Ihnen die gebotene Beachtung zukomme, darf ich Ihnen noch eine dritte Geschichte erzählen:

Das Kind A ist von seinem Vater viele Jahre lang missbraucht worden und schwer traumatisiert. Irgendwann kommt es in näheren Kontakt zu einem Priester, dem es sich anvertraut. Es entwickelt sich eine intensive Beziehung, die es dem Kind ermöglicht, sein Trauma zu verarbeiten, so dass bereits bestehende psychosomatische Symptome verschwinden und das Kind wieder Zutrauen zum Leben bekommt. Auch das Kind B ist von seinem Vater viele Jahre lang missbraucht worden und schwer traumatisiert. Irgendwann kommt es in näheren Kontakt zu einem Sozialarbeiter, dem es sich anvertraut. Es entwickelt sich eine intensive Beziehung, die es dem Kind ermöglicht, sein Trauma zu verarbeiten, so dass bereits bestehende psychosomatische Symptome verschwinden und das Kind wieder Zutrauen zum Leben bekommt.

Später werden sowohl dem Vater von A als auch dem Vater von B der Prozess gemacht. In beiden Fällen rät ein gerichtlich bestellter Gutachter dringend von einer Vernehmung der Kinder als Zeugen ab. Das führt dazu, dass

³ vgl. BAG, Urt. v. 6.2.2003 - 2 AZR 621/01 -, NZA 03, 848

die Angeklagten nur überführt werden könnten, wenn der Priester bzw. der Sozialarbeiter als Zeugen vernommen werden und wenn sie über ihre Gespräche mit den Opfern aussagen. Da der Priester sich aber auf sein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 I Nr. 1 StPO beruft, kann im ersten Falle der Beweis nicht geführt werden. Der Vater wird freigesprochen. Im zweiten Falle verweigert der Sozialarbeiter ebenfalls unter Berufung auf die Vertraulichkeit, die er dem Kind zugesagt hatte, die Aussage. Er wird darauf mit den Sanktionen der § 70 StPO zur Aussage genötigt. Das Vertrauensverhältnis zu dem Kind ist damit zerstört und das sich langsam wieder entwickelnde Vertrauen des Kindes zu seiner Mitwelt vernichtet. Das Kind B erleidet eine Retraumatisierung. Der Vater wird jedoch dank der Zeugenaussage des Sozialarbeiters seiner gerechten Strafe zugeführt.⁴

2. Vorverständnis und Entscheidungsfindung

2.1 Juristische Argumentationstechnik

Meine sehr geehrten Damen und Herrn,

das Thema, über das ich heute zu Ihnen sprechen darf, betrifft die gerichtliche Praxis und die Rechtsphilosophie. Dass die drei beschriebenen Fälle etwas mit der gerichtlichen Praxis zu tun haben, dürfte klar sein. Aber haben sie auch etwas mit Rechtsphilosophie zu tun? – Gemeinsam ist ihnen jedenfalls, dass rechtsphilosophische Erwägungen bei ihrer juristischen Erörterung und gerichtlichen Entscheidung keine Rolle spielt oder gespielt hat. Zumindest den ersten beiden Fällen ist ferner gemeinsam, dass mit Hilfe juristischer Argumentationstechnik jeweils sowohl das gefundene als auch das gegenteilige Ergebnis gut begründet werden könnte. Für das Ergebnis im Flüchtlingsfall spricht tatsächlich die Entstehungsgeschichte. Gegen dieses Ergebnis spricht zum einen, dass das Abkommen selbst über den Verursacher der Verfolgung nichts sagt und die Gerichte in vielen Vertragsstaaten auch die nicht-staatliche Verfolgung anerkennen.

⁴ vgl. zu diesem Fall: BVerfGE 33, 367

Im Schwangerschaftsfall zeigt schon die Tatsache, dass das BAG früher anders entschieden hat, dass die juristische Argumentationstechnik verschiedene sich gegenseitig ausschließende Ergebnisse ermöglicht.

Im Missbrauchsfall spricht der Wortlaut des § 53 I Nr.1 StPO klar für die gefundene Lösung, also dafür, dass zwar der Priester, nicht aber der Sozialarbeiter ein Zeugnisverweigerungsrecht hat. Um das gegenteilige Ergebnis zu erzielen, kann sich der gewitzte Jurist allerdings der Argumentationsfigur des Analogieschlusses bedienen, wird sich dann allerdings mit dem Einwand beschäftigen müssen, dass Ausnahmeregelungen nicht analogiefähig seien. Über die Frage, was im Falle des Zeugnisverweigerungsrechts Regel und was Ausnahme ist, kann man lange streiten. Das Ergebnis wird ein Patt sein.

2.2 Der transzendente Charakter von Vorverständnissen

Letztlich wird das Ergebnis, das weiß man spätestens seit der rechtssoziologischen und hermeneutischen Aufklärungsbewegung der 70er Jahre, von den jeweiligen Vorverständnissen, d.h. von den außer- und vorjuristischen Vorstellungen der letztlich entscheidenden Richter abhängen. Das heutige juristische Bewusstsein weiß um diese Vorverständnisse, hält sie aber für ein transzendentes Mysterium, mit dem man sich inhaltlich nicht befassen kann. Richterliche Vorverständnisse oder vermutete richterliche Vorverständnisse spielen deshalb allenfalls bei der Rekrutierung und Karrieresteuerung des richterlichen Personals eine Rolle. Im Übrigen werden die Vorverständnisse zu den unveränderlichen Randbedingungen richterlicher Arbeit gerechnet. Bei Gerichten, deren Spruchkörper aus mehreren Mitgliedern besteht, kann man bei langjähriger Beobachtung noch feststellen, dass Vorverständnisse früher oder später zur geistesverwandten Besetzung der einzelnen Kammern und Senate führen. Denn Mitglieder mit einem fremden Vorverständnis werden von Geschäftsjahr zu Geschäftsjahr versuchen, den unwirtlichen Spruchkörper zu verlassen und Zuflucht in geistesverwandten Spruchkörpern zu suchen. Dabei wird der wahre Grund des Veränderungswunsches, nämlich die Disharmonie und die Sehnsucht nach Harmonie der Vorverständnisse natürlich niemals thematisiert. Vielmehr wird geltend gemacht, man habe sich nun lange genug mit bestimmten Sachgebieten beschäftigt,

fühle sich durch die Routine unterfordert und suche Herausforderung in neuen Aufgaben. In dienstlichen Beurteilungen werden solche Veränderungswünsche vor, während oder kurz nach ihrer Erfüllung deshalb auch meist sehr positiv bewertet, weil sie geistige und persönliche Beweglichkeit zu dokumentieren scheinen. In Wahrheit dokumentieren solche Veränderungswünsche häufig das Gegenteil auf Seiten aller Beteiligten. Denn sie bezeugen, dass die Vorverständnisse selbst nicht in Frage gestellt oder dem Risiko einer Veränderung ausgesetzt werden. Es geht nur darum, dem Widerstand gegen die eigenen Vorverständnisse dadurch zu entgehen, dass man die Zusammenarbeit mit Gleichgesinnten sucht.

Die geistige Beweglichkeit, die erforderlich wäre, um innerhalb eines heterogen besetzten Spruchkörpers Vorverständnisse aufzuarbeiten, scheitert daran, dass der deutsche Jurist hierfür nicht mit den nötigen Instrumentarien und Kompetenzen ausgestattet worden ist.

3. Philosophische Klärung von Vorverständnissen

Meine These ist: Die rationale Klärung von Vorverständnissen ist nicht ohne Philosophie möglich. Das bedeutet nicht, dass die Philosophie hierfür hinreichend ist, wohl aber, dass sie notwendig ist.

3.1 Philosophie als „Orchideenfach“

Philosophische Schulung findet nach meiner Beobachtung an vielen Universitäten innerhalb des juristischen Studiums entweder überhaupt nicht statt oder aber in Form einer gewöhnlich im ersten oder zweiten Semester stattfindenden Grundlagenveranstaltung, in der schon deshalb das notwendige Rüstzeug nicht vermittelt werden kann, weil es den Studierenden noch an der Kenntnis des rechtlichen Materials fehlt, das Gegenstand der philosophischen Reflexion sein müsste. Rechtsphilosophie wird also häufig in einer Weise gelehrt, die völlig abgekoppelt ist von der juristischen Praxis und sich deshalb nur mit abstrakten, praxisfernen Themata beschäftigen kann wie etwa der aporetischen Frage nach dem Wesen der Gerechtigkeit. Im Bewusstsein der Studierenden und damit auch im Bewusstsein der Juristen

überhaupt gilt Rechtsphilosophie deshalb ähnlich wie Rechtsgeschichte als ein Orchideenfach, das bestenfalls der Abrundung der Allgemeinbildung dient, aber für die Ausübung des juristischen Handwerks ohne Bedeutung ist.

3.2 Philosophie als Gefahr

Ist das Verhältnis der Juristen zur Philosophie an den Universitäten somit also mehr oder weniger durch Desinteresse gekennzeichnet, weil man Philosophie in der Rechtspraxis für irrelevant hält, begegnet uns in der juristischen Literatur wie auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Einstellung zur Philosophie, die nicht nur durch Gleichgültigkeit, sondern nachgerade durch Feindseligkeit gekennzeichnet ist, weil man Philosophie nicht einfach nur für irrelevant, sondern sogar für gefährlich hält.

Exemplarisch dafür ist ein Aufsatz von Peter Badura aus dem Jahre 1964, in dem, wenn ich es recht sehe, erstmals vorgeschlagen wurde, den Begriff der Menschenwürde in Art. 1 GG nicht auf der Grundlage einer philosophischen Konzeption, sondern „vom Verletzungsvorgang her“ auszulegen.⁵ In seiner Abhörentscheidung aus dem Jahre 1970 hat sich das Bundesverfassungsgericht diesen Vorschlag zueigen gemacht.⁶

An Baduras Argumentation fällt zunächst auf, dass er Philosophie und Theologie in einem Atemzug nennt. Sein entscheidendes Argument dafür, dass der Begriff der Menschenwürde nicht vor dem Hintergrund eines bestimmten *theologischen oder philosophischen* Konzepts ausgelegt werden dürfe, ist, dass es mehr als ein solches Konzept gibt und dass das Grundgesetz keinerlei Hinweise darauf enthalte, welchem dieser Konzepte zu folgen sei. Deshalb sei es willkürlich, nach Belieben eines davon zu wählen und auf dieser Grundlage eine Auslegung vorzunehmen, die Allgemeinverbindlich-

⁵ Peter Badura: Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, 337

⁶ BVerfGE 30, 1 [25f.]

keit beanspruche. Der Sinn des Menschenwürdesatzes lasse sich deshalb nur aus einer „Kasuistik klarer Verletzungstatbestände“ gewinnen.⁷

Badura diskutiert nicht die Frage, ob es möglich sein könnte, eines der konkurrierenden Konzepte oder ein völlig anderes Konzept mit rationalen Gründen als das richtige auszuweisen und für verbindlich zu erklären. Ebenso wenig wie der religiös neutrale Staat ein bestimmtes religiöses Bekenntnis zur Grundlage seines Rechtsverständnisses machen könne, dürfe er eine bestimmte Philosophie als verbindlich auszeichnen. Badura stellt damit die philosophische Reflexion, insofern sie es unternimmt, ethische Prinzipien zu klären, den religiösen Bekenntnissen gleich. Er unterstellt, dass man sie nicht intersubjektiv vermitteln, sondern nur an sie glauben kann.

Die Auffassung, dass sich philosophische Fragen nicht vernünftig, d.h. für alle Betroffenen nachvollziehbar entscheiden lassen, entspricht der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts in einer Entscheidung aus dem Jahre 1960, in der es um das Grundrecht der Gewissensfreiheit ging. Der Begriff des Gewissens, so das Gericht, müsse im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs verstanden werden und nicht in Abhängigkeit zu bestimmten Bekenntnissen, Weltanschauungen oder philosophischen Lehren. Eine Auseinandersetzung mit theologischen und philosophischen Lehren über Begriff, Wesen und Ursprung des Gewissens sei daher nicht zielführend. Sie liege auch jenseits der Kompetenz des Richters und wäre wegen den in diesen Disziplinen tief greifenden Meinungsverschiedenheiten auch rechtlich unergiebig.⁸

Nun gibt es durchaus auch in anderen Fachgebieten erhebliche Meinungsverschiedenheiten unter den Fachleuten, ohne dass sich die Richter davon abhalten ließen, sich mit diesen Meinungen auseinanderzusetzen und einen eigenen Standpunkt zu erarbeiten. Man denke nur an die unzähligen Kontroversen im Bereich der Psychiatrie, die kein Gericht davon abhält, psychiatrische Gutachten einzuholen, oder an den verwirrenden Meinungsstand im

⁷ Badura a.a.O. S. 341

⁸ BVerfGE 12, 45 [54]

Bereich der Bewertung bestimmter Vermögensgüter, die kein Gericht davon abhält, Wertgutachten einzuholen.

3.3 Philosophie als Quasi-Religion

Dass eine solche Auseinandersetzung mit philosophischen Konzepten nicht möglich erscheint, beruht auf der Annahme, dass es sich dabei um quasi religiöse, einer vernünftigen Beurteilung nicht zugängliche Überzeugungen handelt, die vom religiös und weltanschaulich neutralen Staat zu tolerieren sind, die er sich aber nicht zu eigen machen darf. Doch die systematische Weigerung, Antworten auf Fragen einzuholen, die sich dem Richter nun einmal stellen, führt nicht zu einem Mehr an Rationalität, sondern zwangsläufig zu Entscheidungen, die sich intersubjektiv und rational nicht vermitteln lassen. Rechtliche Begriffe, die eindeutig einen philosophischen Hintergrund haben oder rechtliche Regelungen, die sich nur vor dem Hintergrund einer rational ausgewiesenen philosophischen Konzeption nachvollziehbar auslegen lassen, werden beim Verzicht auf philosophische Reflexion zu bloßen Leerformeln, die die Gerichte mit ihren eigenen Vorverständnissen füllen können, ohne darüber näher Rechenschaft ablegen zu müssen. Das hatte beispielsweise für die Frage der Auslegung des Gewissensbegriffs in Art. 4 GG zur Folge, dass das Bundesverwaltungsgericht ein Konzept von Gewissensentscheidung entwickelte, das nur noch von Zwangsneurotikern erfüllbar war.⁹

Die Gleichsetzung von Philosophie mit Theologie und Weltanschauung ist freilich nicht ganz grundlos. Denn unter dem Namen der Philosophie operieren tatsächlich zahllose Weltanschauungen und metaphysische Konzepte, deren Überzeugungskraft für ihre Anhänger in der Autorität der Begründer liegt und nicht in einer rational nachvollziehbaren Argumentation. Philosophische Werke dieser Art haben mit solchen der Religion oder der Poesie oft gemeinsam, dass sie Intuitionen der Autoren autoritativ verkünden. Sie lassen sich von der Poesie häufig nur durch ihr schlechtes Deutsch unterschei-

⁹ Dazu kritisch: Paul Tiedemann: Der Gewissensbegriff in der höchstrichterlichen Rechtsprechung DÖV 1984, 61ff.

den. Ihre Anziehungskraft beruht für ihre Anhänger nicht zuletzt auf der Dunkelheit der Sprache, deren systematische Unverständlichkeit das *Unverfügbare* geradezu sinnlich erfahrbar macht und auf diese Weise religiöse Erfahrungen vermittelt und religiöse Bindungen hervorruft. Diese Art Philosophie mit Religion gleichzusetzen, ist deshalb keineswegs abwegig. Es ist klar, dass diese Philosophie juristisch nicht brauchbar ist.

3.4 Philosophie als Vernunftgebrauch

Seit den Tagen des Aristoteles oder eigentlich schon seit Sokrates gibt es aber auch eine andere philosophische Tradition – und das ist die eigentliche philosophische Tradition, weil sie von Anbeginn an ihr Selbstverständnis gerade in der Abgrenzung zu Religion, Mythos und Poesie gesucht hat. Diese eigentliche Philosophie ist nichts anderem als dem rationalen Argument verpflichtet. Sie erklärt die Vernunft zur Quelle ihrer Erkenntnisse. Und sie versteht unter Vernunft nicht eine dunkle metaphysische Autorität, von der sie ihre Offenbarungen erhält, sondern eine geistige Anstrengung, die grundsätzlich jeder Mensch kraft seiner Vernunftbegabung leisten und nachvollziehen kann und die deshalb allein geeignet ist, Ergebnisse so zu begründen, dass sie von anderen Menschen in *eigener* Verantwortung vor ihrer *eigenen* Vernunft, also mit *eigenen* guten Gründen, nachvollzogen, anerkannt oder auch verworfen werden können.

Doch nun kommt etwas Entscheidendes: Diese Art der Philosophie beantwortet keine Frage, die darauf gerichtet ist, was der Fall ist, was wertvoll ist oder was wir tun sollen. Ihre Leistung besteht einzig in einer Klärung unserer Gedanken – und das ist, wie wir spätestens seit dem linguistic turn der analytischen Philosophie des 20. Jahrhunderts wissen sollten, eine Klärung unserer Sprache und unserer Begriffe. Klar reden und klar denken ist die Voraussetzung dafür, dass uns die Alternativen klar vor Augen stehen, zwischen denen wir entscheiden müssen. Nur wenn uns die Alternativen klar vor Augen stehen, können wir im eigentlichen Sinne für unsere Entscheidung die Verantwortung übernehmen. Die Klarheit der Rede und die Klarheit der Gedanken ermöglicht somit überhaupt erst verantwortliche Entscheidung. Philosophie nimmt uns diese Verantwortung nicht ab, aber sie

macht die Übernahme von Verantwortung überhaupt erst möglich. Weil Richter für ihre Entscheidungen die Verantwortung zu übernehmen haben, ist Philosophie für die richterliche Praxis unverzichtbar.

4. Praxisrelevanz der Philosophie

Lassen Sie mich das an den eingangs geschilderten Fällen demonstrieren.

4.1 Flüchtlingsfall

Die Philosophie gibt uns keine Antwort auf die Frage, ob staatlich verfolgte Flüchtlinge und nicht-staatlich verfolgte Flüchtlinge unterschiedlich behandelt werden sollten oder nicht. Aber sie lässt uns die Alternative, vor der wir bei der diesbezüglichen Auslegung der Genfer Konvention stehen, klarer sehen: Es ist dies die Alternative zwischen zwei Sichtweisen der Funktion des Völkerrechts. Wenn wir als einzige relevante Subjekte des Völkerrechts die souveränen Staaten betrachten, die ihrerseits rechtliche Beziehungen zu ihren Bürgern unterhalten, dann kann man die Vertragsstaaten der Genfer Flüchtlingskonvention als eine Art Gefährdungshaftungsgemeinschaft für die betriebstypischen Gefahren staatlicher Macht auffassen. Es würde sich dann so ähnlich verhalten wie bei der Gemeinschaft aller Autofahrer, die für die Schäden gegenüber Dritten haften, die ein einzelner Autofahrer beim Betrieb eines besonders gefahrenträchtigen Instrumentes, nämlich eines Autos, angerichtet hat. Ebenso haften die Vertragsstaaten des Flüchtlingsabkommens nach diesem Modell für den Schaden, den ein einzelner Staat beim Gebrauch eines besonders gefahrenträchtigen Instrumentes, nämlich staatlicher Macht, angerichtet hat, indem er diese Macht missbraucht und damit eine betriebstypische Gefahr realisiert hat. Wenn die Haftungsgemeinschaft der Mächtigen für die betriebstypischen Gefahren staatlicher Macht haftet, dann heißt das zugleich, dass sie für Gewalttaten nichtstaatlicher Akteure natürlich nicht haftet.

Man kann die Dinge aber auch anders sehen. Und diese andere Sichtweise ist von dem Philosophen Immanuel Kant erstmals in die Debatte geworfen worden, in seiner Schrift *Zum ewigen Frieden*. Diese Sichtweise legt es na-

he, die Staaten als Unterabteilungen einer globalen Friedensordnung zu betrachten, die als solche weltumspannend jedem menschlichen Individuum sein Menschenrecht schützen soll, dann kann es nur um die Schutzbedürftigkeit des Individuums gehen und nicht darum, von wem die Bedrohung ausgeht. Die Entscheidung dieser Frage ist weder durch das Völkerrecht zwingend vorgegeben noch durch die Philosophie. Die Philosophie vermag aber, losgelöst von juristischen Texten und hinter diese zurückfragend die Alternativen benennen, zwischen denen zu entscheiden ist.

4.2 Schwangerschaftsfall

Das gilt auch für den Schwangerschaftsfall. Hier stellt sich just jene philosophische Frage, die Immanuel Kant einmal in einem kleinen Aufsatz unter dem Titel „Über ein vermeintliches Recht, aus Menschenliebe zu lügen“ erörtert hat. Man muss den Ergebnissen, zu denen Kant in diesem Aufsatz kommt, nicht unbedingt zustimmen. Aber es ist durchaus eine schwerwiegende Frage, ob und unter welchen Umständen Lügen legitimiert werden können. Natürlich kann man durch ein Gesetz die Spielregeln hinsichtlich Wahrhaftigkeit und Lüge modifizieren und bestimmen, dass bestimmte Lügen zulässig sein sollen, so dass jeder weiß, dass er nicht mit einer wahrheitsgemäßen Antwort rechnen kann, wenn er bestimmte Fragen stellt. Aber darf man auch lügen, wenn es solche Regeln nicht gibt, darf man es vielleicht jedenfalls dann, wenn man dadurch einen Beitrag zu einer besseren Welt leistet, in der auch schwangere Frauen Zugang zum Arbeitsmarkt haben? Heiligt also unter bestimmten Bedingungen der Zweck die Mittel? – Das sind eminent philosophische Fragen und diese beantwortet jedenfalls nicht, wer, wie das BAG nur die Rechtsprechung des EuGH nachbetet.

4.3 Missbrauchsfall

Auch im Missbrauchsfall ist es die Philosophie, welche die Alternativen formuliert, nämlich die zwischen der Priorität staatlicher Strafhoheit und der Vorstellung, dass das Strafrecht dem Schutz des Bürgers dient und sich deshalb keiner Mittel bedienen darf, die auf andere Weise gerade jene Schäden anrichten, vor denen das Strafrecht schützen soll. Vielleicht kann hier die

Alternative auch anders lauten: nämlich ob der Bruch der Vertraulichkeit eine Verletzung der Menschenwürde des Kindes ist und ob der Strafanspruch des Staates dem Schutz der Menschenwürde vorgehen kann.

4.4 Beispiel Menschenwürde

Apropos Menschenwürde: An diesem Begriff lässt sich besonders gut die Relevanz der Philosophie für die juristische Praxis aufzeigen. Das Thema ist allerdings sehr komplex und ich muss mich deshalb hier auf Andeutungen beschränken.

Erstens: Die Philosophiegeschichte kann uns darüber belehren, dass es sich bei dem Begriff der Menschenwürde um einen genuin philosophischen Begriff handelt, der schon deshalb nicht unabhängig von der Philosophie verstanden werden kann, so wenig wie die Formeln im Anhang zur 18. BIm-SchVO (SportanlagenlärmVO) ohne Bezug zu den Lehren der Akustik verstanden werden können.

Zweitens: Die philosophische Begriffsanalyse kann uns darüber informieren, dass Menschenwürde keinen empirischen Sachverhalt bezeichnet, also keinen Zustand in der realen Welt, der Gegenstand von Schutznormen sein könnte. Das Wort „Menschenwürde“ bezeichnet also keinen Schutzbereich. Deshalb kann es sich bei der Menschenwürdeklausel auch nicht einfach um ein weiteres Grundrecht handeln, das neben denen auf Freizügigkeit, auf Versammlungsfreiheit oder auf Leben steht. Wer, wie viele juristische Kommentatoren die Menschenwürdeklausel gleichwohl zu einem weiteren Grundrecht erklärt, begeht das, was Philosophen einen Kategorienfehler nennen.

Drittens: Die philosophische Analyse kann uns weiterhin darüber belehren, dass „Würde“ ein anderes Wort für „absoluter Wert“ ist. Es geht also in der Menschenwürdeklausel nicht um Sachverhalte, sondern um Werte, und zwar um absolute Werte. Absolute Werte unterscheiden sich von relativen Werten unter anderem dadurch, dass sie nicht einer Abwägung mit anderen konkurrierenden Werten zugänglich sind, bzw. dass sie stets anderen konkurrierenden Werten vorgehen – in diesem Sinne also unhintergebar sind.

Viertens: Die philosophische Analyse kann uns darüber belehren, dass Werte stets subjektive Präferenzen sind. Die Annahme objektiver Werte, die unabhängig von der subjektiven Stellungnahme „an sich“ existieren, beruht auf einem Denkfehler, den Philosophie aufklären kann.

Fünftens: Die philosophische Analyse kann uns darüber informieren, dass mit Menschenwürde ein universaler kollektiver Wert gemeint ist, also eine zwar subjektive Präferenz, die aber grundsätzlich von allen Menschen geteilt wird.

Sechstens: Wenn dem Menschen eine solche absolute universale subjektive Präferenz zugesprochen werden soll, dann zeigt uns die philosophische Analyse die Notwendigkeit auf, den Maßstab für eine solche Bewertung zu identifizieren. Mit Hilfe der Philosophie kann uns auffallen, dass dieser Bewertungsmaßstab in den einschlägigen positivierten Menschenwürdeklauseln ungenannt bleibt. Diese behaupten nur, dass dem Menschen ein (absoluter) Wert zukommt, sagen aber nicht, an Hand welchen Bewertungsmaßstabes das festgestellt werden kann.

Siebtens: Die Philosophie führt uns schließlich zu der Frage, ob es eine subjektive Präferenz gibt, die normalerweise alle Menschen teilen, die für jeden Menschen, der sie teilt, absoluten Charakter hat, also unhintergebar ist, und derzufolge dieser absolute Wert gerade *dem* Menschen zukommt. Die Frage, was Menschen präferieren, ist eine Frage nach Tatsachen. Die Philosophie belehrt uns nicht über solche Tatsachen, sie klärt nur die Fragestellung. Die Frage nach Tatsachen ist eine empirische Frage, die nur mit den Mitteln empirischer Wissenschaft beantwortet werden kann.

Ich will an dieser Stelle nicht verschweigen, dass die Menschenwürde derzeit im Mittelpunkt meines wissenschaftlichen Interesses steht, und dass ich von Tag zu Tag mehr die Vermutung hege, dass die empirische Frage nach der Existenz einer universalen absoluten subjektiven Präferenz mit „Ja“ zu beantworten ist. Doch das ist nicht das Thema dieses Vortrages.

Ich will stattdessen einmal kurz überlegen, wie es wäre, wenn die empirischen Wissenschaften die Frage mit „Nein“ beantworten müssten, wenn es also in der Welt der Tatsachen solche universalen absoluten subjektiven Präferenzen nicht gäbe. – Dann wäre es wohl wieder eine philosophische

Frage, wie mit diesem Befund umgegangen werden sollte. Ich glaube, es gäbe in diesem Falle gute philosophische Argumente dafür, dass wir nicht berechtigt sind, die so als bloße Leerformel oder Scheinbegriff entlarvte Menschenwürdeklausel mit beliebigen Inhalten zu füllen. Wenn Richter das trotzdem tun, missbrauchen sie ihre Macht und es läge an einer philosophisch informierten Rechtswissenschaft, dies aufzudecken und die studentische Jugend insofern zur Wahrhaftigkeit zu erziehen. Die Wahrhaftigkeit würde dann aber verlangen, dass man die Menschenwürdeklausel für obsolet erklärt und bei der juristischen Arbeit ignoriert.

Misst man die einschlägigen rechtswissenschaftlichen Kommentare zu Artikel 1 GG an diesem Maßstab, dann wird man zu dem Schluss kommen müssen, dass sie entweder Unsinn verbreiten, weil sie philosophisch uninformiert sind, oder dass sie nicht der Wahrhaftigkeit, sondern einem verabscheuenswürdigen Zynismus verpflichtet sind, weil sie keinerlei Kritik daran üben, wenn die Rechtsprechung die Menschenwürdeklausel mit beliebigen Inhalten füllt.¹⁰

4.5 Was Philosophie leistet

Diese Alternative zwischen Wahrhaftigkeit und Zynismus zeigt uns erneut, was Philosophie leisten kann: Sie kann unsere Vorverständnisse klären; sie kann uns die Alternativen bewusst machen, zwischen denen wir wählen können. Aber Philosophie ersetzt diese Wahl nicht. In letzter Konsequenz stellt uns die philosophische Reflexion die Frage, was für ein Mensch wir sein wollen, ob die Entscheidung, die wir präferieren, mit dem Persönlichkeitsbild verträglich ist, das wir von uns selbst haben und dem wir genügen wollen; in letzter Konsequenz also: ob uns die Entscheidung, die wir jetzt treffen wollen, auch auf unserem Sterbebett noch gerechtfertigt erscheinen wird.

Philosophie schärft die Gedanken und damit die Fähigkeit, Verantwortung zu übernehmen. Indem uns die Philosophie zur Verantwortlichkeit befähigt,

legt uns zugleich auch die Bürde der Verantwortung auf. Insofern ist Philosophie auch durchaus ein riskantes Unternehmen, denn die Bürde kann bisweilen schwer wiegen. Der einzige Grund, dieses Risiko der Philosophie auf sich zu nehmen, mag darin zu sehen sein, dass wir als vernunftbegabte Wesen die Bewusstheit der Bewusstlosigkeit vorziehen und uns schuldig fühlen, wenn wir absichtlich auf Bewusstheit verzichten.

¹⁰ Das scheint mir etwa im Falle der neuesten Kommentierung von Art. 1 GG durch Herdegen in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, 42. Lfg. 2003 Fall zu sein.

