

# „Fortschritt“ im Recht

*Gunnar Duttge*

*Georg-August Universität Göttingen, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht  
Platz der Göttinger Sieben 6, D-37073 Göttingen  
gduttge@uni-goettingen.de*

**Schlagworte:** Geschichtsphilosophie, Konservatismus, Aufklärung, Gleichheitssatz, Sterbehilfe, Patientenverfügung, Embryonenforschung, „Absprachen“ im Strafprozess

**Abstract:** Der folgenden Beitrag nimmt seinen Ausgang mit der Beobachtung, dass vielen oder gar den meisten juristischen Argumentationen unausgesprochen die dezidierte Vorstellung von einer evolutionären Entwicklung des Rechts immanent ist. Nicht selten findet sich die Fortschrittsidee geradezu instrumentell im Sinne eines Begründungsplacebos zugunsten der eigenen Sichtweise gebraucht. Anhand von aktuellen Beispielen wird die Wirk- und Verwendungsweise des Fortschrittsgedankens im Recht „rückblickend“ auf seine philosophischen Fundamente analysiert.

## 1. Befund

Von *Samuel Butler*, einem englischen Philosophen und Essayisten aus dem Jahrhundert der industriellen Revolution, stammt der vermutlich für jene Zeit bemerkenswerte Ausspruch, dass aller Fortschritt auf dem Bedürfnis des Menschen beruhe, „über seine Verhältnisse zu leben“. Dies zum Maßstab genommen ließe sich wohl ein Vorhaben durchaus als „fortschrittlich“ bezeichnen, das sich zum Ziel setzte, innerhalb eines raum-zeitlich sehr begrenzten Beitrages wie dem vorliegenden die geradezu fundamentale Frage zu klären, ob es im „Recht“ – was immer man darunter im einzelnen verstehe – so etwas wie einen Fortschritt gebe. Ein solches Unternehmen wäre nämlich offensichtlich unmäßig und realitätsfern; der Autor könnte von vornherein mit dem Vorhalt rechnen, er übernehme sich, lebe gänzlich über seine Verhältnisse und sei offenbar von übertriebenem Ehrgeiz zerfressen. Mit Bedacht ist deshalb das hiesige Thema *nicht* überschrieben im Sinne einer Suche nach einem Fortschritt „des“ Rechts, sondern vielmehr nach einem solchen „im“ Recht.

Dem liegt die im folgenden exemplarisch zu behandelnde Beobachtung zugrunde, dass in vielen oder gar den meisten juristischen Argumentationen unausgesprochen die dezidierte Vorstellung von

einer evolutionären Entwicklung des Rechts konsentiert ist und die klärungsbedürftige Frage nur noch darin besteht, welche Seite sich die „Fahne des Fortschritts“ ans Revers heften darf. Den einen erscheint etwa die Ersatzfähigkeit eines misslungenen, da zur Geburt eines lebensfähigen Kindes führenden Schwangerschaftsabbruchs (Stichwort: „Kind als Schaden“?) als konsequente Fortschreibung der Zivilrechtsdogmatik,<sup>1</sup> den anderen ganz im Gegenteil als „zivilisatorischer Rückschritt“<sup>2</sup> ohnegleichen. Nicht selten findet sich der Fortschrittsgedanke geradezu instrumentell im Sinne eines nicht mehr weiter begründungsbedürftigen Belegs für die Vorzugswürdigkeit der eigenen Sichtweise oder die eigenen Leistungen verwendet. So zieht etwa auf der Internetseite des (deutschen) Bundesjustizministeriums die Ministerin eine „positive Jahresbilanz der Rechtspolitik“ für 2004 mit den Worten, es seien auf „allen Feldern der Justizpolitik ... wesentliche Fortschritte erzielt“ worden<sup>3</sup> – blickt man auf die in Bezug genommenen Gesetzesnovellen, etwa zum Europäischen Haftbefehl<sup>4</sup> oder zur nachträglichen Sicherungsverwahrung<sup>5</sup>, wird diese Einschätzung allerdings nicht jeder in demselben Maße teilen.

Denn mit dem Begriff des „Fortschritts“ verbindet sich nicht etwa nur mechanistisch der Gedanke *irgendeiner* Bewegung, sondern selbstverständlich – dem französischen „progrès“<sup>6</sup> entsprechend – die Qualität einer Veränderung zum Besseren, einer „Höherentwicklung“ in Richtung einer Vervollkommnung des Bisherigen,<sup>7</sup> so wie es schon in der Summa Theologica des *Aquinaten* heißt: „Es scheint ... der Vernunft natürlich zu sein, ... schrittweise vom Unvollkommenen zum

---

<sup>1</sup> Vgl BVerfGE 96, 375; BGHZ 76, 249.

<sup>2</sup> *Picker*, AcP 195 (1995), 483; sa BVerfGE 88, 203 ff. Verstoß gegen Art 1 GG.

<sup>3</sup> <http://www.bmj.de> (Pressemitteilung v 29.12.2004).

<sup>4</sup> Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union v 21.07.2004 (BGBl I, 1748); vgl die Kritik bei *Schünemann*, ZRP 2003, 185; tendenziell positiv dagegen von *Bubnoff*, Der Europäische Haftbefehl, 2005.

<sup>5</sup> Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung v 23.07.2004 (BGBl I, 1838); kritisch zB *Braun*, ZRP 2004, 105; *Kinzig*, NSTZ 2004, 655; grundsätzlich positive Bewertung dagegen bei *Poseck*, NJW 2004, 2559.

<sup>6</sup> Vgl *Micro-Robert*: „changement d'état qui consiste en un passage à un degré supérieur“; zur Etymologie des Begriffs „Fortschritt“ vgl näher *Elsener*, in: FS 500 Jahre Tübinger Juristenfakultät, 1977, 53; vgl weiterhin den Hinweis bei *Ritter* (in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2, 1972, Sp. 1053), dass im Jahre 1842 ein Wörterbuch der politischen Sprache „progrès“ als Wort der Revolution verzeichnet hat.

<sup>7</sup> Siehe etwa *Ritter* (o Fn 6), Sp 1032.

Vollkommenen fortzugehen“<sup>8</sup>. In diesem Lichte liegt es nahe, dass für denjenigen, der im Rahmen einer rechtswissenschaftlichen Diskussion recht behalten möchte, offenbar nichts untunlicher und diskreditierender ist, als dezidiert für eine konservative Position einzutreten. Das „Elend des Konservatismus“ wirkt spürbar nach: Wem das Odium des „Bremsers“ anhaftet, gilt meist schon deshalb als rückständig, meist gar „von vorgestern“.<sup>9</sup>

Durchaus animiert durch eigene Erfahrungen interessieren mich die tiefer liegenden ideologischen und geistesgeschichtlichen Zusammenhänge, die das in Rechtsdiskursen offenbar noch immer weithin ungebrochene „Hohelied“ des Rechtsfortschritts tragen, ungeachtet jenes doch gerade dem Juristenstand – und häufig mit unüberhörbar pejorativem Unterton – nachgesagten „Konservatismus“. Woher rührt die Selbstgewissheit jener, die den Fortschrittsgedanken für sich reklamieren, und welche notwendigen Implikationen verbinden sich mit einer gedanklichen Prämisse, wonach sich „das Volk des kategorischen Imperativs ... nicht angezogen fühlen (könne) von einer Lehre, welche untätige Ruhe als das höchste anzustrebende Ziel predige“ – so *Georg Jellinek*s Schlusswort in seiner Dissertation zu den „Weltanschauungen Leibniz' und Schopenhauers“, wonach vielmehr „unermüdliche rastlose Tätigkeit, unaufhaltsam fortschreitende Entwicklung, unaufhörlich ringendes Streben nach Vervollkommnung das innerste Wesen der Welt bilde, ... verwirklicht in der Geschichte ihrer Taten und ihrer Gedanken“<sup>10</sup>.

## 2. Vorder- und Hintergründe

In der gebotenen Kürze seien zur Veranschaulichung zunächst drei Beispiele aus aktuellen rechtspolitischen Diskussionszusammenhängen benannt, natürlich höchst subjektiv erwählt nach Themen der eigenen Interessengebiete – *erstens* zur verbrauchenden Embryonenforschung, *zweitens* zur Sterbehilfeproblematik und schließlich *drittens* – als wichtigstes strafprozessrechtliches Thema unserer Tage – die Frage nach einer „konsensualen“ Erledigung von Strafsachen (der sog. „Deal“)<sup>11</sup>. Mit ersterem beginnend braucht freilich nur an des (deut-

---

<sup>8</sup> Summe der Theologie, Band II, 3. Auflage 1954, 97. Untersuchung, 1. mit Fn 1.

<sup>9</sup> Treffend *Westermann*, NJW 1997, 1, 3.

<sup>10</sup> *Jellinek*, Weltanschauungen..., 1872, 31.

<sup>11</sup> Dazu rechtsgrundsätzlich *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539.

schen) Bundeskanzlers Wort von den „ideologischen Scheuklappen“<sup>12</sup> erinnert zu werden, was sonst etwas feiner und ins Positive gewendet in die Formel von der nötigen „Offenheit für die Zukunft“ gekleidet wird, mit der sich Forschungsverbote oder selbst -beschränkungen – insbesondere auch mit Rücksicht auf den internationalen Kontext – als bloßer Ausdruck irrationalen Denkens nicht vereinbaren lassen sollen. Ein „princiipiis obsta“ sei unhaltbar und könne in einem „ernsthaften (!) ethischen Diskurs“ keinen Bestand mehr haben, „wenn andere Schutzzäune bereits niedergerissen sind“, weshalb etwa der Staatsrechtler *Jörn Ipsen* die „Zukunft der Embryonenforschung“ justament an jenem Horizont erkennen möchte, wo sich das Abtreibungsrecht heute schon befindet.<sup>13</sup>

Hinsichtlich der Reichweite erlaubter Sterbehilfe wähen sich natürlich jene buchstäblich auf dem „Zug der Zeit“, die Patientenverfügungen (gerichtet auf das Stadium der späteren Handlungs- und Einwilligungsunfähigkeit) ohne jedwede formelle und verfahrensmäßige Kautelen mit bindender Wirkung zulassen wollen<sup>14</sup> – ungeachtet der bei fehlender ärztlicher Beratung sicherlich nicht selten zweifelhaften „Autonomie“ des Betroffenen, ungeachtet vor allem der sehenden Auges in Kauf genommenen Fehlverständnis- und Missbrauchsrisiken im Zuge der bei sog „mündlichen Patientenverfügungen“ aus unvordenklicher Zeit dem ärztlichen Behandlungsteam angesonnenen „Beweisaufnahme vor dem Krankenbett“ (und das Ganze im Falle eines „Konsenses“ zwischen Arzt und Betreuer auch noch ohne jedwede öffentliche Kontrolle, so der bis vor kurzem aktuelle deutsche Gesetzentwurf)<sup>15</sup>. Noch grundstürzender, nach eigenem Verständnis freilich weitaus „zukunftsträchtiger“, ist der Vorschlag des Hallenser Medizinrechtlers *Lilie*, der die gesamte Sterbehilfeproblematik allein aus der Perspektive eines – allerdings nicht näher konkretisierten – „Patienteninteresses“ gelöst sehen möchte, mit Folgen nicht zuletzt auch für die Konstellation der Fremdtötung auf Verlangen gem § 216 StGB (der

<sup>12</sup> *Schröder*, Der neue Mensch, in: Die Woche v 20.12.2000, auch abrufbar unter: [http://www.bundesregierung.de/dokumente/Artikel/ix\\_26979.htm](http://www.bundesregierung.de/dokumente/Artikel/ix_26979.htm).

<sup>13</sup> Vgl *Ipsen*, NJW 2004, 268; zur Kritik am geltenden Abtreibungsrecht statt vieler: *Hillgruber*, ZfL 02/2003; *Tröndle*, FS Müller-Dietz 2001, 919.

<sup>14</sup> In diesem Sinne insbesondere der – freilich inzwischen wieder zurückgezogene – Referentenentwurf eines 3. Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts (abrufbar: <http://www.betreuungsrecht.org/pafiledb3/uploads/04-11-01%20RefE.pdf>); ähnlich die Grundsätze der Bundesärztekammer zur Sterbebegleitung v 07.05.2004 (<http://www.bundesaerztekammer.de/30/Richtlinien/Empfidx/Sterbebegl2004.pdf>).

<sup>15</sup> Weiterführend *Duttge ua*, Preis der Freiheit. Zum Abschlußbericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“, 2004, 10 ff.

sog „aktiv-direkten Sterbehilfe“): Das diesbezüglich angenommene Dunkelfeld werde durch die geltende Dogmatik nicht erhellt; vielmehr herrsche noch immer eine „unglückliche Verknüpfung von medizinischem Fortschritt und verharrender juristischer Dogmatik“<sup>16</sup> – ein wenig zynisch könnte man auch formulieren: Wenn schon getötet wird, dann wenigstens mit dem „Segen“ des Rechts, damit sich niemand mehr in die Illegalität getrieben sehen muss.

Ähnliche Argumentationsstrategien begegnen bei den „Absprachen“ im Strafprozess, die der Bundesgerichtshof bekanntlich mit wenig Erfolg in rechtsstaatliche Bahnen zurückzuführen sich bemüht hat,<sup>17</sup> was manchen Beobachter nunmehr veranlasst, selbige als „neues strafprozessuales Paradigma“<sup>18</sup> auszuweisen, geeignet, den praktischen Problemen sowohl effizienter wie auch viel gerechter als „mit einer im wesentlichen unpraktikablen StPO zu begegnen“<sup>19</sup>, so dass der armselige § 257b StPO des Diskussionsentwurfs für eine Reform des Strafverfahrens<sup>20</sup> – der lediglich auf die vermeintlich gesicherten Ergebnisse der höchstrichterlichen Rechtsprechung verweist<sup>21</sup> – in diesem Lichte plötzlich als zentrale Weichenstellung „für die Zukunft des deutschen Strafprozessrechts“ erscheint<sup>22</sup> – bleibt nur zu hoffen, dass es nicht eine Reise in eine längst überwunden geglaubte Vergangenheit wird.

Es sind nur wenige Beispiele von vielen, die darauf schließen lassen, dass im rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskurs der Gegenwart einer „Veränderung“ des Bestehenden offenbar ein hoher Eigenwert zugemessen wird. Dieser soll – auch das illustrieren

---

<sup>16</sup> *Lilie*, Vortrag vor dem Nationalen Ethikrat, Sitzung v. 24.11.2004, Wortprotokoll, 26, abrufbar unter: [http://www.ethikrat.org/veranstaltungen/pdf/Wortprotokoll\\_Muenster\\_2004-11-24.pdf](http://www.ethikrat.org/veranstaltungen/pdf/Wortprotokoll_Muenster_2004-11-24.pdf).

<sup>17</sup> Vgl BGHSt 43, 195 ff; dies räumt auch *Meyer-Goßner*, der seinerzeitige Vorsitzende des 4. Strafsenats, durchaus ein, vgl in: ZRP 2004, 187, 191: „Die einschränkende Rechtsprechung des BGH ... stößt in der Praxis vielfach auf Ablehnung, teilweise auf offenen Widerstand“; weiterhin statt vieler nur *Schünemann*, Strafprozessuale Absprachen in Deutschland. Der Rechtsstaat auf dem Weg in die „Bananenrepublik“?, 2005, 4: „klassische Kompromissentscheidung“.

<sup>18</sup> *Jahn*, GA 2004, 272: „Zurück in die Zukunft – Die Diskurstheorie des Rechts als Paradigma des neuen konsensualen Strafverfahrens“.

<sup>19</sup> *Schmitt*, GA 2001, 411, 426.

<sup>20</sup> <http://sirius.soldan.de/anwaltverein/01/depesche/texte04/Disk-entw.pdf>.

<sup>21</sup> Ebd, 42: „Die gesetzliche Normierung der Verständigung im Strafverfahren ... soll in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs die dabei zu beachtenden rechtsstaatlichen Anforderungen gewährleisten...“.

<sup>22</sup> Vgl *Jahn*, GA 2004, 272, 287.

die skizzierten Beispiele nachdrücklich – das Eingehen nicht nur geringer Risiken (für die Rechtsordnung, aber ebenso für die in Bezug genommene Lebenswelt) legitimieren und es erlauben, optimistisch auf den guten Ausgang vertrauend jenen die Rechtfertigungslast aufzubürden, die sich *gegen* die intendierte „Reform“ stellen. – Nun lässt sich die Vorstellung, dass ein Stillstand der Rechtsentwicklung per se als Rückschritt aufzufassen sei, insofern leicht nachvollziehen, als sich die Lebenswelt ja fortlaufend verändert und demzufolge jene für die Bereitstellung und Interpretation der rechtlichen Regeln zuständigen Organe beständig zur Prüfung berufen sind, ob das geltende Recht noch sachadäquat oder nicht vielleicht schon überholt und somit in der Tat „von gestern“ ist: „Alles fließt“ (*Heraklit*), „alles wandelt sich“ (*Brecht*), dann doch denknötwendig auch das Recht! Bekanntlich war es vor allem dieser Befund, der *v Kirchmanns* fundamentalen Zweifel an der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz geweckt hat: „...drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“<sup>23</sup>. Allerdings geht es bei derartigen Veränderungen des Rechts, wie die angeführte Wendung von der „Sachadäquanz“ andeutet, stets um das Bestreben nach einer *Erneuerung* der Rechtsordnung, also einer Modifikation nicht lediglich in horizontaler Dimension eines bloßen „Nacheinanders von gestern, heute und morgen“, sondern um eine – freilich eigenwertende, nicht etwa die Lebenswirklichkeit nur sklavisch nachvollziehende<sup>24</sup> – Anpassungsleistung zwecks Sicherung des nötigen Akzeptanzminimums, systemtheoretisch gedacht „von außen“ veranlasst, durch den Wandel der sozialen Welt. „Erneuerung“ in diesem Sinne hebt die Identität ihres Gegenstandes aber nicht auf, sondern bestätigt ihn im Vorgang der Aktualisierung, was nicht ohne Rücksicht auf das Vergangene denkbar ist. *Robert Scheying* bezeichnet diesen Vorgang treffend als „Maßnahmen an den Ursprüngen“<sup>25</sup>; *Anna Leisner* spricht von einem „Wandel in Beständigkeit“<sup>26</sup>. Und was ist das Ziel, die Richtung solchen Fortschreitens? Eben darin liegt das Problem!

Denn der „Fortschrittsgedanke“ impliziert notwendig die Vorstellung von einer auf ein Endziel hin „gerichteten Geschichte“<sup>27</sup>, also von einer *linearen* Auffassung der Zeit und der in ihr zutage kommenden Ereignis-

<sup>23</sup> *v Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, 19 ([http://www.jura.uni-osnabrueck.de/prof/schulz/mat/Kirchmann\\_Wertlosigkeit.pdf](http://www.jura.uni-osnabrueck.de/prof/schulz/mat/Kirchmann_Wertlosigkeit.pdf)).

<sup>24</sup> Treffend *Dürig*, in: FS 500 Jahre Tübinger Juristenfakultät (o Fn 6), 21, 28: Recht als „reine Kopie“ der jeweiligen Wirklichkeit „ist eigentlich gar kein Recht“.

<sup>25</sup> *Scheying*, in: FS 500 Jahre Tübinger Juristenfakultät (o Fn 6), 1, 17.

<sup>26</sup> *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, Vorwort (Seite V).

<sup>27</sup> *Saladin*, in: Svilar (Hrsg), Was ist Fortschritt?, 1979, 131, 132.

nisse, wie sie schon im Ethikkonzept der Stoa mit Blick auf eine sittliche Vervollkommnung des tugendhaften Menschen begegnet, hernach aber sozusagen verobjektiviert in der jüdisch-christlichen Heilsgeschichte und schließlich vor allem in der neuzeitlichen „Aufklärung“ mit ihrer den Menschen als einzelnes Subjekt vom Naturgeschehen ebenso wie von den vorgefundenen gesellschaftlichen Zwängen radikal emanzipierenden Wirkung, die im Postulat individueller „Selbstbestimmung“ bis heute unvermindert anhält.<sup>28</sup> So sehr der Gedanke einer Befreiung des Menschen aus seiner „selbstverschuldeten Unmündigkeit“<sup>29</sup> bestehende Verkrustungen und Blockaden im revolutionären Akt zu brechen vermag, so wenig findet sich hierin schon das Leitbild einer irgendwie näher bestimmten, notwendig auf Dauer gestellten, da definitionsgemäß Sicherheit verbürgenden Ordnung der *societas*. So muss die Willkür des einen doch zunächst mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit vereinigt werden unter Bedingungen, deren Inbegriff erst als „Recht“ Geltung beanspruchen kann.<sup>30</sup> Dies im jeweils konkreten Problemfeld nach den jeweiligen potentiellen Folgen für alle möglicherweise Betroffenen im einzelnen wiederum nach bestimmten Regeln zu verhandeln, könnte man sich allenfalls dann ersparen, wenn der Rechtsentwicklung von vornherein, also geschichtsmetaphysisch, ein schon determinierter Verlauf immanent wäre. Sieht man etwa den „Fortschritt der Aufklärung“ bereits in der Natur des Menschen angelegt, im Sinne eines „verborgenen Plans der Natur“, dass der Mensch seine auf den Gebrauch seiner Vernunft gerichteten Anlagen beharrlich fortentwickeln und sich aus dem ehemaligen Stand „der größten Rohigkeit dereinst zur größten ...inneren Vollkommenheit der Denkungsart und ...dadurch zur Glückseligkeit emporarbeiten“ wird,<sup>31</sup> eingeschlossen die Schaffung einer „gerechten bürgerlichen Verfassung“ nicht nur innerhalb des einen Gemeinwesens, sondern zuletzt auch im äußeren Verhältnis der Staaten zuei-

---

<sup>28</sup> Geschichtlicher Überblick bei *Huber*, in: *Svilar* (o Fn 27), S. 9 ff; häufig wird das moderne Fortschrittsdenken als Weiterentwicklung christlichen Gedankenguts verstanden, klassisch etwa *Schlegel*, *Athenäum-Fragmente*, 1798, in: *Behler* (Hrsg.), *Kritische Ausgabe*, Bd 2, 201 (§ 222): „Der revolutionäre Wunsch, das Reich Gottes zu realisieren, ist der elastische Punkt aller progressiven Bildung und der Anfang der modernen Geschichte“.

<sup>29</sup> *Kant*, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, in: *Weischedel* (Hrsg), *Werke in zehn Bänden*, Bd 9, 1983, 53.

<sup>30</sup> *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, in: *Werke* (o Fn 29), Bd 7, 337.

<sup>31</sup> *Kant*, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, in: *Werke* (o Fn 29), Bd 9, 33, 36.

ander,<sup>32</sup> so gewinnt der Fortschrittsgeist als manifester Ausdruck des „Progressiven“ expansive Züge<sup>33</sup> und drängt eine zu Vorsicht und Zurückhaltung mahnende Position leicht unter das Verdikt eines Verbrechens gegen die „Idee des Menschen“, das die „heiligen Rechte der Menschheit verletzt und mit Füßen tritt“<sup>34</sup>.

*Michael Pauen* hat freilich nachgewiesen, dass eine solche Geschichtsphilosophie wie hier die kantische – selbiges würde natürlich mindestens ebenso für die hegelianische gelten<sup>35</sup> – gar nicht empirisch fundiert ist, sondern primär systematische Gründe hat: „Die Geschichte *muss sich* als ein sinnvoll geordnetes Ganzes bestimmen lassen, weil sonst die praktische Philosophie Kants keinen Ort mehr in ihr fände“<sup>36</sup>. Könnte man einen solcherart sinnvollen Verlauf der menschlichen Geschichte nicht erwarten, dann wären wir genötigt, „... unsere Augen mit Unwillen wegzuwenden, und, indem wir verzweifeln, niemals darin eine vollendete vernünftige Absicht anzutreffen, ... sie nur in einer andern Welt zu hoffen“<sup>37</sup>. Bestimmt aber nicht die Empirie den Glauben an eine „Vorsehung“<sup>38</sup>, setzt vielmehr dieser Glaube selbst den Rahmen, innerhalb dessen die Erfahrung gedeutet werden muss, dann zeigt sich hierin eine „optimistische Metaphysik“<sup>39</sup>, die letztlich in jener theologischen Tradition steht, die sie eigentlich kritisch zu überwinden glaubte. Mit dem Zusammenbruch der traditionellen Metaphysik fehlt es heute jedoch an jedweder Berechtigung für die Annahme eines *sich selbst tragenden* Fortschrittsoptimismus'. Mit *Thomas Kuhn*: „Was als Fortschritt aufweisbar ist, führt zwar von der jeweils erreichten Stufe weg, aber ... nicht (mehr) auf ein vorweg schon bestehendes Ziel hin“<sup>40</sup>. Der Gedanke des Fortschritts lässt sich daher allein heuristisch, als Leitbild nur der Form nach, noch ohne näheren Inhalt akzeptieren, nur als Aufruf, fortwährend nach einer Verbesserung der Ver-

<sup>32</sup> Vgl. dazu näher *Kant*, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, 1795, in: Werke (o Fn 29), Bd 9, 191.

<sup>33</sup> Treffend *Löwith*, in: Kuhn/Wiedmann (Hrsg.), Die Philosophie und die Frage des Fortschritts, 1964, 23: „Der Fortschritt ist in sich selbst maßlos und unersättlich; denn je mehr erreicht wird, desto mehr wird gefordert und erstrebt“.

<sup>34</sup> *Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? (o Fn 29), 53, 58.

<sup>35</sup> In einem Brief an Schiller schreibt *Hegel* 1795: „Das Reich Gottes komme, und unsre Hände seien nicht müßig im Schoß!“

<sup>36</sup> *Pauen*, Pessimismus. Geschichtsphilosophie, Metaphysik und Moderne von Nietzsche bis Spengler, 1997, 69.

<sup>37</sup> *Kant*, Idee zu einer allgemeinen Geschichte... (o Fn 31), 33, 49.

<sup>38</sup> Ebd.

<sup>39</sup> *Pauen*, Pessimismus (o Fn 36), 81.

<sup>40</sup> *Kuhn*, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 1976, 175.

hältnisse zu streben, ohne bereits die konkrete Richtung zu kennen, und ohne letztlich zu wissen, ob sich der Weltlauf am Ende nicht doch als zyklisch erweist, im Sinne eines den Naturvorgängen entsprechenden Auf und Ab, eine „ewige Wiederkehr des Gleichen“<sup>41</sup>.

Übertragen auf das Recht bedeutet dies, dass seine „Idee“ – mithin die der Gerechtigkeit<sup>42</sup> – zwar als Heuristikum nicht nur nützlich, sondern insoweit sogar unverzichtbar ist; daraus lassen sich jedoch keinerlei *inhaltliche* Folgerungen ziehen, sofern man nicht das eigene Dasein als moderner Sisyphos beschließen will bei dem wohl vergeblichen Versuch, den Untergang jedenfalls des hergebrachten – in der Terminologie *Arthur Kaufmanns* „substanzontologischen“<sup>43</sup> – „Naturrechts“ wieder rückgängig zu machen. Die Schwierigkeiten im Ausweis eines „positiven“ Gehalts der Menschenwürdegarantie belegen mE nachdrücklich, dass ein solches Unterfangen wohl für immer zum Scheitern verurteilt und der längst eingeschlagene Weg zu einer – jedenfalls im Kern – prozeduralen Konzeption von Gerechtigkeit nicht mehr reversibel sein dürfte. Mit anderen Worten verbindet sich mit einer Hochschätzung des Rechtsfortschritts allein schon um des Fortschritts willen – also ohne Ansehung der konkreten Gründe – ein unreflektiert-optimistischer Glaube an ein inhaltserfülltes Naturrecht in evolutionärer Gestalt<sup>44</sup> qua Implementierung des Absoluten in die Geschichte – was nichts weiter als ein naiver Kinderglaube ohne belastbare und tragfähige Basis ist. In ihm „lauert die konformistische Bestätigung dessen, was bloß ist“<sup>45</sup>. In Wahrheit ist natürlich jedem „Reformentwurf“ und jeder Rechtsfortbildung lediglich die *Behauptung* eines „Fortschritts“ immanent, den es in kritischer Auseinandersetzung mit dem Bestehenden im einzelnen erst nachzuweisen gilt. Mit dem Universalhistoriker und Kulturphilosophen *Arnold Toynbee* kann man dieses Verfahren auch als solches nach der Formel von „challenge and response“<sup>46</sup> verstehen oder – wem dies näher liegt – unter Fruchtbarmachung der *Hegelschen* Dialektik. Nur bedarf es stets einer

<sup>41</sup> *Nietzsche*, in: *Werke* (hrsg von Karl Schlechta), Bd II, 1994, Also sprach Zarathustra, Dritter Teil, Der Genesende, . 463.

<sup>42</sup> Zur Gerechtigkeit als „Rechtsidee“ vgl *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl 1932, 30, in: Kaufmann, A. (Hrsg), *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, Bd 2, 1993, 256: „Die Idee des Rechts kann nun keine andere sein als die der Gerechtigkeit“.

<sup>43</sup> *Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl 1997, 22, 34 uö.

<sup>44</sup> Der Versuch von *Zemen*, „Evolutionprinzipien des Rechts“ als „Emporentwicklung“ (*Evolution des Rechts*, 1983, 123) aufzuweisen, räumt die „starke Verbindung ... , wenn nicht sogar Einbindung in das Naturrecht“ (Vorw, VII) offen ein.

<sup>45</sup> *Adorno*, in: *Kuhn/Wiedmann* (o Fn 33), 33.

<sup>46</sup> *A study of history*, 1987 (Nachdruck).

sorgfältigen und differenzierten „Rechtsänderungsfolgenabschätzung“ anhand eines umfassenden und realistischen Vergleichs einerseits der erhofften positiven Auswirkungen der Reform mit dem Status quo in seinen jeweiligen Vorzügen und Nachteilen, nicht ohne dabei andererseits auch die nicht auszuschließenden Nachteile der Neuerung in die Gesamtprognose gebührend einzubeziehen.

Bezogen auf die erwähnten Beispiele ist etwa im Kontext der verbrauchenden Embryonenforschung eine Auseinandersetzung mit dem rechtsmoralischen Status des Embryos – und wer die Vergleichbarkeit mit dem Abtreibungsrecht bejaht, auch eine Bewertung und nicht nur rechtspositivistische Hinnahe der §§ 218 ff StGB – ebenso unverzichtbar<sup>47</sup> wie bei der Sterbehilfe die Einbeziehung der Risiken einer Verabsolutierung wie auch Simplifizierung des Selbstbestimmungsgedankens,<sup>48</sup> entsprechend bei den „Absprachen“ im Strafprozess die Berücksichtigung möglicher Einbußen bei der grundlegenden Sinngebung eines Strafverfahrens, insbesondere mit Blick auf den tatvergeltenden Schuldausgleich und die Generalprävention,<sup>49</sup> ganz abgesehen von den zu befürchtenden Auswirkungen auf die Unschuldvermutung und letztlich auf den Subjektstatus des Angeklagten. Dies einfach auszublenden käme einer Haltung des blinden Gehorsams gegenüber dem „Ersatzgott“<sup>50</sup> Fortschritt gleich, den zu verherrlichen *Arthur Schopenhauer* nur „einfältigen Realisten ... (und) platten Gesellen“ zugetraut hat.<sup>51</sup> Geht man davon aus, dass sich dem Bestehenden die „Sachangemessenheit“ nicht rundweg, sondern nur mit Gründen absprechen lässt,<sup>52</sup> müssen nach der Beweislastverteilungsregel *Joachim Ritters* die besseren Gründe – und das meint mehr als nur den Ausweis von „Originalität“<sup>53</sup> – stets auf Seiten der Reformer liegen.<sup>54</sup> Erst daraus resultiert die dem Phänomen „Recht“ zutiefst eigene innere Spannung einer *zugleich* beharrenden und doch sich wandelnden Entität. Dafür ist schon an anderer Stelle<sup>55</sup> ein vortreffliches

<sup>47</sup> Dazu näher *Duttge*, ZRph 2004, 67.

<sup>48</sup> Im einzelnen *Duttge ua*, Preis der Freiheit (o Fn 15), 11 ff.

<sup>49</sup> Vgl *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539.

<sup>50</sup> *Beck*, Risikogesellschaft auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, 345.

<sup>51</sup> *Schopenhauer*, Die Welt als Wille und Vorstellung, in: Sämtliche Werke (hrsg von Frhr von Löhneysen), Bd II, 3. Aufl 1993, Kap 38 (Über Geschichte), 569.

<sup>52</sup> Vgl *Lübbe*, in: ders (Hrsg), Fortschritt als Orientierungsproblem, 1975.

<sup>53</sup> Hierauf beschränkt aber *Oppermann*, in: FS 500 Jahre Tübinger Juristenfakultät (o Fn 6), 415, 417: „Originalität, Fruchtbarkeit und Sinngebung“.

<sup>54</sup> Ähnlich *Marquardt*, Abschied vom Prinzipiellen, 1981, 16.

<sup>55</sup> Vgl *Osterkamp*, Legitimation durch Wandel. Zur Philosophie des Rechtswandels, in: <http://www.humboldt-forum-recht.de/2-1999/>.

Bild gezeichnet worden: nicht von einem „flinken Wiesel, das fortlaufend Haken schlägt“, sondern von einem „etwas behäbigen Elefanten, der äußere Reize nur sehr eigenwillig verarbeitet“. Erst eine Besinnung auf die Tradition, ein „Aneignen“ des Bestehenden, eröffnet die Möglichkeit, sich dem „Zwang der Zeit“, welcher „Geist“ auch gerade herrschen möge, zu entziehen.

Ganz und gar nicht falsch liegt, wer in diesem Plädoyer für die Eigenwertigkeit der konservativen Position im Rechtsdiskurs deutliche Bezüge zur „negativen Ethik“ des Münchener Philosophen *Henning Ottmann* erkennt. Dieser sieht in einer Ethik, die sich von den Fesseln einer einseitigen Interpretation der kantischen Grundfrage praktischer Vernunft („Was sollen wir *turn*“?)<sup>56</sup> befreien und um die Vorzüge des *Nicht-Handelns* besorgt ist, nicht weniger als eine „kopernikanische Wende“ und fordert zu wahrer „Gelassenheit“ auf, wo etwas schon besser oder durch andere getan worden ist, wo das Erstrebte sich bereits aus sich selbst heraus entwickeln kann oder wo etwas nicht zu ändern ist oder überwiegend negative Folgen nach sich ziehen würde (= „fünf Imperative der negativen Ethik“).<sup>57</sup> Von größter Wichtigkeit erscheint mir dabei, dass *Ottmann* sein Ethikkonzept anhand der „deontischen Modalitäten“ des Verboten- bzw des Gebotenseins entwickelt – vergleichbar also den „Sperr“- bzw „Zielgebieten“ nach *Lothar Philipps*.<sup>58</sup> Aus *rechtlicher* Perspektive kommt nämlich dem Handlungsverbot ein „normativer Vorsprung“<sup>59</sup> zu, weil es den Verhaltensspielraum des Adressaten in aller Regel weniger weitreichend verengt als die Überantwortung einer dem Handlungsgebot entsprechenden „aktiven Rolle“ im Sinne der *Schopenhauerschen* „Liebespflichten“, die dem Normadressaten jedenfalls regelmäßig nur bei Bestehen einer *besonderen* „Verpflichtung“ „zuzumuten“ sind.<sup>60</sup> Für unsere „Beweislastverteilungsregel“ ergibt sich hieraus ein weiteres – nun rechtstheoretisches – Argument: Wenn unsere Rechtsordnung das Schwergewicht ihrer normativen Entscheidungsmacht auf Handlungsverbote legt, dann dürfte darin das erfahrungsfundierte Grundpostulat einbegriffen sein, daß Veränderungen wegen ihres (dem aktiv Handelnden zurechenbaren) Schädigungspotentials eher rechtfertigungsbedürftig

<sup>56</sup> *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, in: Schmidt, R (Hrsg), Die drei Kritiken, Bd 1, 3. Aufl 1993, Transzendente Methodenlehre, Der Kanon der reinen Vernunft, 728.

<sup>57</sup> *Ottmann*, in: Schirmacher, Schopenhauer in der Postmoderne, 1989, 125.

<sup>58</sup> Vgl *Philipps*, Normentheorie, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl 2004, 321.

<sup>59</sup> *Kargl*, GA 1999, 459, 462.

<sup>60</sup> Vgl *Schopenhauer*, Die Welt als Wille und Vorstellung, in: Sämtliche Werke (o Fn 51), Bd I, 5. Aufl 1995, § 62, 473.

sind als das Untätigbleiben und Geschehenlassen von Naturverläufen oder Handlungen anderer. Die Ambivalenz menschlichen *Handelns* ist eben in gleicher Weise unhintergebar wie die des Menschen selbst.

Auf einer nochmals anderen – nunmehr dezidiert rechtlichen – Ebene liegt das Argument des Gleichheitssatzes, das *Dürig* in die Diskussion um den Fortschrittsgedanken im Recht eingeführt hat: Hält man den Gleichheitssatz – oder jedenfalls seine „Idee“ – für anwendbar auch in der geschichtlichen Dimension des Rechts,<sup>61</sup> so „zeitigt“ jede Rechtsänderung ab einem Stichtag eine rechtfertigungsbedürftige Rechtsungleichheit<sup>62</sup>. Dies gilt im übrigen völlig unabhängig davon, ob der Regelungsgeber aktiv in den Rechtsbestand eingreift oder die Änderung sich durch eine Befristung ergibt, wie sie den in den letzten Jahren vorgeschlagenen „Gesetzen auf Probe“ oder „auf Bewährung“ eigen ist.<sup>63</sup> Die nach der lex-posterior-Regel bestehende Vermutung einer höheren „Richtigkeit“ des späteren Rechts bedarf jedoch einer materiellen Grundlage, soll sie nicht bloß leere Hülse sein.

### 3. Ausblick

Um nicht missverstanden zu werden: Das „Fortschreiten“ aller Dinge ist Teil, ist sogar schlechthin Wesensmerkmal unserer Lebenswelt. Nur macht es einen entscheidenden Unterschied, ob wir uns dem „Zeitgeist“ – selten „Geist“, meist nur Signum und Symbol der jeweiligen „Zeit“ – wehrlos ausliefern oder ihn kritisch begleiten. Es scheint mir heute triftiger Anlass zu bestehen, jenes – zunächst mythische, dann klassische – Lehrstück unserer Geistesgeschichte wieder in Erinnerung zu rufen, das sich den Gegensatz zwischen dem Tatleben einerseits und einem Leben in der Betrachtung andererseits wie auch der Versöhnung beider Haltungen auf einzigartige Weise zum Thema gemacht hat: der „Pandora“, und dort – in *Goethes* Fassung – an die Mahnung des *Prometheus* (also der Figur der *vita activa!*): „(Sie) schreiten ... mit Kinderleichtsinn und mit rohem Tasten in den Tag hin. Möchten Sie Vergangnes mehr beherz`gen, Gegenwärt`ges formend, mehr sich eignen, wär` es gut für alle; solches wünscht` ich“<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Ausführlich und lehrreich zum allgemeinen Gleichheitssatz „als zentrale Rechtsgrundlage der Rechtskontinuität“: *Leisner*, Kontinuität (o Fn 26), 199 ff.

<sup>62</sup> *Dürig*, in: FS 500 Jahre Tübinger Juristenfakultät (o Fn 6), 21.

<sup>63</sup> Zu Recht ablehnend etwa *Benda*, NJW 1996, 2282 ff; v *Münch*, NJW 2000, 1, 4.

<sup>64</sup> *Goethe*, Pandora, 1810, abrufbar unter: <http://www.kuehnle-online.de/literatur/goethe/pandora/01.htm>.