

Zur Einleitung: Das «Grundlagenfach»

§ 1. Sein und Schein

Die Philosophie ist in der alten Welt angesichts der Herausforderung entstanden, die Wirklichkeit vom bloßen Schein zu unterscheiden. Im Hintergrund stand dabei die in der griechischen Tragödie öffentlich sichtbar gemachte Erfahrung, dass Menschen furchtbare Dinge tun, wenn sie nicht wissen, wer sie selbst oder ihre Mitmenschen sind (wie Ödipus bei Sophokles), oder wenn sie von Halluzinationen heimgesucht werden (wie Agaue in Euripides Bakchen). Ausgehend von der Erfahrung von Irrtum und Trug nimmt die Philosophie sich vor, den Schein zu durchschauen. Dazu muss sie genauer hinsehen. Die Alten bedachten diesen prüfenden Blick mit dem Namen «Skepsis».

Heute erfüllen hauptsächlich die empirischen Wissenschaften die Funktion, den Schein oder – was nur dessen Kehrseite ist – das scheinbare Wissen zu eliminieren. Sie stoßen dabei aber verschiedentlich an eine Grenze. Markiert ist diese mit «Grundbegriffen».

§ 2. Grundbegriffe

Die Grundbegriffe einer Wissenschaft sind jene, die sie beständig wie selbstverständlich gebraucht, deren Bestimmung aber ihren Horizont übersteigt (wie etwa im Fall der Physik die «Materie» oder die «Kausalität»). Die Auseinandersetzung mit Grundbegriffen verbleibt damit im Zuständigkeitskreis der Philosophie. Nach wie vor steht die Beschäftigung mit ihnen dort unter dem Vorzeichen der Frage nach Sein und Schein («Was ist die Kausalität wirklich?»).

Auch die positive Rechtswissenschaft basiert auf Grundbegriffen. Sie widmet sich dem «positiven Recht», kann aber weder durch eine Auslegung von Rechtsnormen noch durch die Analyse eines Sachverhalts («juristische Konstruktion») angeben, was dieses überhaupt ist. Immer wieder taucht etwa die Frage auf, ob ein Arrangement «gerecht» sei, aber die Bestimmung dessen, was gerecht ist, übersteigt den Gesichtskreis der juristischen Analyse. Die positive Rechtswissenschaft verfährt weitestgehend aufgrund eines «Vorverständnisses» von Grundbegriffen, ohne deren Bedeutung explizit zu machen oder zu ergründen.

Man mag meinen, das empirische Wissen über einen Gegenstandsbereich sei das eine und die philosophische Bestimmung von Grundbegriffen etwas anderes, gerade so, als ob sie in zwei verschiedenen Sphären stattfänden. Doch bereits bei den Naturwissenschaften muss

man daran zweifeln, ob es sich so verhält. Die Physik und die Biologie sind von jeher aufs Engste mit der Philosophie verwoben. Die Mechanik fällt in «Raum» und «Zeit», in der Biologie geht es unter anderem um das «Leben». Die Philosophie fragt danach, was diese Begriffe «eigentlich» bedeuten.

Auch die Wissenschaft vom positiven Recht geht von sich aus in die Philosophie über. Sie anerkennt zwar die Grenze zwischen der Befassung mit dem geltenden Recht und der philosophischen Reflexion von Grundbegriffen, allerdings bloß, um diese, wenn es notwendig ist, zu überschreiten. Dennoch ist es sinnvoll, diese Grenze im Auge zu behalten, weil es, sobald man sich Grundbegriffe vornimmt, nicht mehr um das positive Recht geht, sondern um Recht «überhaupt», also um Recht, wo und wie auch immer es auftreten mag.

Dass die Befassung mit dem positiven Recht die Befassung mit Recht «überhaupt» im Auge behält, erkennt man daran, dass die Grundbegriffe der Rechtswissenschaft – wie «Recht», «Rechtsordnung», «Institut», «subjektives Recht», «Gerechtigkeit», «Menschenwürde», «Schuld», «Zurechnung», «Rechtsstaat», «Demokratie», «Freiheit» oder «Gleichheit» – deutungsbedürftige Begriffe sind. Der amerikanische Rechtsphilosoph Ronald Dworkin (1931–2013) erkannte die zentrale Rolle solcher *interpretive concepts* an. Mit seiner berühmten Behauptung, dass jede richterliche Urteilsbegründung ein Stück Rechtsphilosophie ist, wollte er darauf hinweisen, dass die philosophische Reflexion zur Theoriebildung in der Rechtswissenschaft dazugehört.

§ 3. Theorien

Die Deutungsbedürftigkeit von Begriffen ist kein Anzeichen eines ihnen anhaftenden Makels. Die Begriffe laden vielmehr ein und fordern geradezu heraus, ihren Inhalt bestmöglich – möglichst überzeugend – zu bestimmen.

Deutungen dieser Art werden in Philosophie und Rechtswissenschaft als «Theorien» bezeichnet. Zum Grundbegriff «Gerechtigkeit» erhält man solcherart die eine oder andere Theorie. Bei der Theoriebildung wird zumeist der Zweck der Praxis ins Auge gefasst, die durch den Begriff bezeichnet wird. Wenn eine theoretische Deutung gelingt (sie also überzeugend und «gültig» ist), wissen wir, was das Gedeutete *wirklich* bedeutet. Wenn wir beispielsweise etwas als «gerecht» klassifizieren, dann gehen wir davon aus, dass Menschen etwas gebührt oder zusteht (siehe unten § 49). Offenbar ist die Verteilung gemessen am

«Verdienst» der Zweck der Gerechtigkeit. Eine diesem Umstand gewidmete Theorie versucht sodann aufzuklären, wovon diese Verdienstlichkeit wirklich abhängt.

Die Rechtswissenschaft ist also so beschaffen, dass sie sich «von innen» auf die Philosophie hin überschreitet. Das geschieht aus der Mitte der dogmatischen Analyse heraus. Das gilt jedenfalls für elementare Grundbegriffe wie die «Freiheit», den «Zwang» oder die «Rechtsnorm». Aber auch Rechtsbegriffe, die im positiven Recht verankert sind, lassen sich wie Grundbegriffe behandeln, indem man ihre Bedeutung mit Blick auf die am attraktivsten erscheinenden Zwecke bestimmt, denen das Bezeichnete dient. Die Redefreiheit lässt sich solcherart mit Blick auf ihre Funktion in einer demokratischen Gesellschaft deuten.

Warum man so verfahren mag, wird sich sogleich ergeben. Es hängt mit der Funktion des Rechts zusammen, unser Verhalten gegenüber anderen zu rechtfertigen.

Die Philosophie ist deshalb ein integraler Bestandteil des juristischen Studiums. Der Rechtswissenschaft ist es inhärent, sich mitunter in Philosophie zu verwandeln. Es entspringt daher keinem Zufall, dass in der Rechtswissenschaft immer wieder «Schulen» auftreten, die einem bestimmten philosophischen Ansatz huldigen. Wegen der Nähe, in welche die Philosophie zur Rechtsdogmatik damit gerät, besteht die Gefahr, dass das Denken sich in ein bloßes Voraussetzen verwandelt.

§ 4. Zwang und Gewalt

Die Begegnung mit deutungsbedürftigen Begriffen ist bloß ein Indiz für die soeben skizzierte «Transzendenz von innen» (Jürgen Habermas, ★1929). Ihre Notwendigkeit ergibt sich daraus, dass das Recht die bedeutsamste Form ist, unser Verhalten gegenüber anderen zu rechtfertigen und uns füreinander berechenbar zu machen.

Beim Recht geht es nämlich um etwas durchaus Ernstes. Das Recht autorisiert die Ausübung von Zwang und Gewalt. Die Rechtfertigung solcher Akte darf nicht leichtfertig geschehen. Sie setzt nicht zuletzt die Existenz von positiven Rechtsordnungen voraus.

Die Deutung von Grundbegriffen und anderen Begriffen des Rechts ist also immer in dem Kontext dieser Rechtfertigungsfunktion zu sehen.

Jede Rechtfertigung unseres Verhaltens ist ein Ausdruck unserer praktischen Vernunft.

Die Bestimmung der Funktion und der Grenzen der Vernunft ist aber das Geschäft der Philosophie.

§ 5. Mit welcher Frage zu beginnen sei

Die Unterscheidung zwischen Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie ist daher in gewisser Weise künstlich. Dennoch lässt sich die Rechtsphilosophie als Grundlagenfach mit Blick auf die Analyse einiger zentraler Grundbegriffe betrachten.

Aus philosophischer Sicht ist die erste Frage, die sich uns stellt, was in Wahrheit Recht ist und was bloß *scheinbar* Recht ist, also etwas, das wie Recht aussieht, ohne dies *wirklich* zu sein. Jeder Mensch wird diese Frage implizit aufwerfen, wenn ihm das Recht missfällt. Der erste Grundbegriff der Rechtswissenschaft ist der Begriff des Rechts selbst in seinem Verhältnis zur Moral.

Rechtsgeltung und moralisches Urteil

I. Verbindlichkeit

§ 6. Die Grundfrage

Die Rechtsphilosophie beginnt mit einer Frage, die zwei Fragen in sich enthält:

- Kann das positive Recht verbindlich sein, auch wenn wir es für moralisch schlecht halten?
- Kann es eine Form der Verbindlichkeit geben, die von der Moral verschieden ist?

Mit «verbindlich» ist gemeint, dass man sich an etwas halten muss. Dieses «Etwas» ist der Maßstab, dem das Verhalten genügen soll. Gute Gründe bieten solche Maßstäbe und zu diesen gehören auch Regeln oder Prinzipien. Die Gründe, die angeben, was wir sollen, dulden müssen, dürfen oder nicht dürfen, sind moralischer Art.

Grundsätzlich ist die Feststellung von Verbindlichkeit eine Frage des moralischen Urteils. Die moralische Überlegung gibt an, was wir tun sollen, weil es «gut» ist. «Gut» nennen wir Ziele und ihnen zugeordnete Mittel oder den richtigen Umgang mit anderen Menschen. Wir behandeln eine andere Person «gut», wenn wir ihre berechtigten Interessen respektieren oder ihre Würde achten. Wenn wir das nicht tun, behandeln wir sie «schlecht».

Moralische Gründe schließen die Orientierung am eigenen Interesse ein. Das eigene Interesse zu verfolgen, ist an sich nichts Schlechtes. Allerdings steht es nicht immer – und nicht von sich aus – in einem ausgewogenen Verhältnis zu den Interessen anderer.

§ 7. Drei Antworten

Wenn das moralische Urteil bestimmt, was wir tun sollen, wie verhält es sich mit der Rechtsgeltung?

Auf diese Frage gibt es drei Antworten.

- Das positive Recht und das, was das moralische Urteil fordert, sind verschiedene Phänomene. Das Recht ist nicht moralisch verbindlich.
- Das positive Recht gilt vorbehaltlich des moralischen Urteils. Seine Verbindlichkeit – die Rechtsgeltung – hängt davon ab, ob es sich moralisch rechtfertigen lässt.
- Die Rechtsgeltung ist der Ausdruck einer inhaltlichen Selbsteinschränkung des moralischen Urteils.

II. Rechtsgeltung ohne Verbindlichkeit

Der amerikanische Rechtswissenschaftler und Richter Oliver Wendell Holmes Jr. (1841–1935) ist für die These berühmt geworden, wonach wir, wenn wir uns für das Recht interessieren, danach fragen, mit welchem Verhalten der Staatsorgane wir zu rechnen haben. Diejenigen, die wissen, was Recht ist, wissen, was die Gerichte und Behörden entscheiden und mit Zwang vollstrecken werden. Was rechtens ist, zeigt sich aus der Perspektive einer Person, die ihre eigenen Interessen verfolgt. Sie will die Kosten ihres Verhaltens minimieren. Rechtliche Sanktionen sind Teil dieser Kosten. Da eine solche Person ausschließlich von ihrem Selbstinteresse bestimmt und anderen gegenüber prinzipiell gleichgültig eingestellt ist, nennt Holmes sie einen «bad man».

Das Recht mag zwar so auftreten, als ob es ein Verhaltensmaßstab wäre, aber das geht den «bad man» nichts an. Wer genug Geld hat, Strafmandate für Falschparken zu bezahlen, der betrachtet die Sanktion eben als Abgabe oder Entgelt. Für den «bad man» ist das rechtlich bestimmte Organverhalten ein mehr oder minder verlässlich vorhersehbares Ereignis – ähnlich dem Wetter oder der Routine eines Spaziergängers.

§ 8. Rechtsrealismus

Der amerikanische Rechtsrealismus, der zu den bedeutendsten rechtsphilosophischen Strömungen des zwanzigsten Jahrhunderts zählt, hat sich von diesem Verständnis des Rechts inspirieren lassen.

Nach Felix Cohen (1907–1953) manifestiert sich das Recht in den Verhaltensmustern (*patterns of behavior*) der Staatsorgane. Es wird von ihm auf Fakten zurückgeführt (Cohen verfährt insofern «reduktionistisch»). Über die Verbindlichkeit des Rechts für das individuelle Verhalten wird keine Aussage gemacht. Wie und ob man sich klug auf die Reaktionen der Staatsorgane einstellt oder diese strategisch beeinflusst, ist letztlich dem eigenen Urteil überlassen. Auch als Organ (etwa als RichterIn) ist man am Ende nur dem eigenen moralischen Gewissen verantwortlich.

Aus rechtsrealistischer Sicht sind auch die Denkweisen der Rechtswissenschaft nichts anderes als ein intellektuelles Gehabe, auf das man sich trainieren lassen kann und dessen man sich bedient, um sich im Raum des juristischen Argumentierens Gehör zu verschaffen. Sie sind von rein strategischer Bedeutung und vermitteln keine Einsicht.

§ 9. Rechtspositivismus

Der Rechtspositivismus ist in seinen Hauptströmungen ebenfalls reduktionistisch. Das bedeutet, dass er das Recht von der Moral trennt und die Geltung des Rechts auf etwas Faktisches zurückführt («reduziert»). Dieses Faktum wird etwa erblickt in

- der Macht des Befehle erlassenden Souveräns (bei John Austin, 1790–1859)
- der *de facto* Anerkennung der Rechtsordnung (bei Ernst-Rudolf Bierling, 1841–1919)
- einer Konvention, die von rechtsanwendenden Organen beachtet wird, wenn sie positives Recht identifizieren (bei H.L.A. Hart, 1907–1992).

Somit ist für den Rechtsrealismus und den Rechtspositivismus die Grundfrage der Rechtsphilosophie schnell beantwortet. Denn beide entledigen sich der Frage. Das auf faktische Zusammenhänge reduzierte Recht kann ohnedies keine Verbindlichkeit beanspruchen. Es kann bestenfalls zum Verhalten nötigen. Man gelangt aus der Sphäre der Tatsachen, wo die Dinge sich so und so verhalten, gar nicht erst zur Sphäre der Normen, wo es darum geht, was man tun soll. Man kommt also nicht vom «Sein» zum «Sollen».

Einer der bedeutendsten Rechtspositivisten des zwanzigsten Jahrhunderts, Hans Kelsen (1881–1973), nimmt eine Sonderstellung ein. Er wollte am «Sollenscharakter» des Rechts festhalten, aber ohne an die moralische Verbindlichkeit anzuknüpfen. Was er damit wollte, ist nicht leicht zu verstehen. Kelsen könnte damit gemeint haben, dass das Recht uns mit Verhaltensgründen ausstattet («Du musst das tun, weil das Recht es angeordnet hat»). Diese Sichtweise ist aber aus der Perspektive von Kelsens eigenem Ansatz wenig plausibel. Denn der Geltungsgrund des Rechts ist nach Kelsen eine «gedachte» oder «hypothetische» Grundnorm. Aus einer solchen Norm kann keine Verhaltenspflicht abgeleitet werden. Eine solche Pflicht bliebe nämlich ebenso «gedacht» oder «hypothetisch» wie dieser Geltungsgrund. Oder aber Kelsen meinte, das Recht schreibe etwas vor oder ermächtige zu etwas, lasse dessen Verbindlichkeit aber offen. Der Geltungsanspruch bliebe somit unbestimmt. Diese Unbestimmtheit begegnet uns in der Vorstellung, die «Geltung» einer Rechtsnorm bedeute, sie sei ein Element der Rechtsordnung. Damit wird aber eigentlich nichts über Geltung ausgesagt. Ob etwas ein Element von etwas anderem ist, ist eine rein mengentheoretische Frage.

Im kontinentaleuropäischen Raum wird mit dem Rechtspositivismus das Ethos der moralisch distanzierten «Beschreibung» des positiven Rechts verbunden. Es schärft unseren kritischen Sinn dafür, dass die «Vermengung» von positivem Recht und Moral bei der vorgeblichen «Auslegung» des Rechts stattfindet und an der Auswahl der als relevant erachteten Rechtsnormen und der auf sie angewendeten Interpretationsmethoden manifest wird. Der deutsche Jurist Josef Esser (1910–1999) sprach in diesem Sinne davon, dass das «Vorverständnis» über das, was man als das richtige Ergebnis erachtet, die «Methodenwahl» bestimme.

Die amerikanischen Rechtsrealisten haben das ähnlich gesehen.

III. Die Rechtsgeltung vorbehaltlich des moralischen Urteils

§ 10. Moral

Wir haben schon gesehen (siehe oben § 6), dass unser moralisches Überlegen sich mit potenziellen Handlungsgründen auseinandersetzt. Es ist das Medium der Verhaltensorientierung. Wenn wir Gründe für gut halten und sie beachten, handeln wir aus Einsicht. Wir bestimmen somit selbst, was wir für richtig oder falsch halten. Die Fähigkeit, aufgrund derer wir bestimmen, was wir tun sollen oder tun dürfen, also die Fähigkeit zur Rechtfertigung und Bewertung unseres Handelns, ist unsere praktische Vernunft.

Aus der Perspektive der moralischen Überlegung stellen Rechtsfragen einen Unterfall von moralischen Fragen dar. Die Normen des positiven Rechts werden in diese Überlegung einbezogen. Aber das bedeutet nicht, dass solche Normen ohne Weiteres Vorrang vor anderen Gründen genießen. Sie können von Gründen, das eigene Wohl zu befördern, verdrängt werden (wenn man sich etwa unbeobachtet glaubt). Es mag aber auch sein, dass dem Recht aus moralischen Gründen die Gefolgschaft versagt wird.

§ 11. Gesetzliches Unrecht

Aus moralischer Sicht ist zu klären, ob das positive Recht generell Vorrang vor dem moralischen Urteil genießt und – unter der Voraussetzung, dass die erste Frage bejaht wird – bis zu welcher Grenze dies der Fall ist.

Für den unbedingten Vorrang des positiven Rechts sprach sich etwa Immanuel Kant (1724–1804) aus. Seines Erachtens sticht die Er-

haltung des Rechtsfriedens alle anderen Werte aus («Räsoniert, aber gehorcht!«).

Einen berühmten Versuch zur Bestimmung eines bedingten Vorrangs hat Gustav Radbruch (1878–1949) angesichts der Erfahrung mit dem Nationalsozialismus unternommen. Er wollte zeigen, dass selbst ordnungsgemäß erlassene Gesetze unter Umständen wegen ihres gravierend ungerechten Inhalts als «gesetzliches Unrecht» – und damit als null und nichtig – zu betrachten seien.

Nach Radbruch erfüllt das positive Recht eine wichtige Funktion. Aufgrund seiner Existenz realisiert es Rechtssicherheit. Wenn Gesetze gelten, wissen wir immerhin, woran wir sind.

Allerdings ist die Rechtssicherheit nicht der einzige Wert, dem das Recht verpflichtet ist. Das Recht soll auch gerecht sein. Der Kern der Gerechtigkeit ist laut Radbruch die Gleichheit.

Wenn jeder aufgrund seiner individuellen moralischen Überlegung den Geltungsanspruch von Gesetzen zurückweisen könnte, weil er sie für ungerecht hält, hätte dies ein Aushöhlen der Rechtssicherheit zur Folge. Es könnte kein positives Recht geben. Also muss der Rechtssicherheit im Verhältnis zu dem, was wir für gerecht oder ungerecht halten mögen, der Vorrang gebühren. Allerdings kommt dieser Vorrang an sein Ende, wenn das Recht gravierend ungerecht ist. Dann lässt sich der Geltungsanspruch des Rechts auch nicht mehr unter Rekurs auf die Rechtssicherheit aufrechterhalten.

Die Umstände, unter denen das Recht, obwohl es ordnungsgemäß erzeugt worden ist, wegen seines Inhalts nicht gilt, hat Radbruch auf zweierlei Arten charakterisiert:

- einerseits kann das positive Recht die Gerechtigkeit bewusst verleugnen;
- andererseits kann der Widerspruch zur Gerechtigkeit unerträglich werden.

Der Befund der «Verleugnung» ist einleuchtend in Fällen, in denen bestimmte Gruppen von Menschen gezielt als «Untermenschen» behandelt werden. Aber auch die Zulässigkeit der Folter zählt nach Radbruch zum «gesetzlichen Unrecht». Gesetze, die grob ungerecht sind, gelten nicht.

Weil es auf den Grad der Ungerechtigkeit im Verhältnis zum Gewicht der Rechtssicherheit ankommt, setzt die Feststellung von gesetzlichem Unrecht also eine Abwägung voraus.

Die Radbruchsche Lehre und ihre Formeln haben in der deutschen Rechtsprechung der Nachkriegszeit eine erstaunliche Karriere ge-

macht – und dies gleich zweimal: Einmal in der Auseinandersetzung mit dem Recht des Nationalsozialismus und das andere Mal in der Auseinandersetzung mit dem Recht der DDR. Der deutsche Bundesgerichtshof hat verschiedentlich Rechtsnormen aus dieser Zeit wegen eines gravierenden Verstoßes gegen die Gerechtigkeit den Rechtscharakter abgesprochen. So waren z.B. Grenzschutzsoldaten der DDR wegen Totschlags angeklagt worden, weil sie «Republikflüchtlinge» mit Waffengewalt am Verlassen der DDR gehindert hatten. Sie beriefen sich darauf, dass der Gebrauch von Schusswaffen damals gesetzlich gedeckt war. Der Bundesgerichtshof erklärte im Ergebnis diese gesetzliche Deckung unter Berufung auf Radbruchs Lehre für null und nichtig.

IV. Das moralische Urteil vorbehaltlich der Rechtsgeltung

§ 12. Der Verzicht auf das inhaltliche moralische Urteil

Radbruchs Überlegungen enthalten implizit den Gedanken, dass der Rechtsgeltung ein Verzicht auf das individuelle moralische Urteil in der Sache innewohnt. Gewohnheiten oder Anordnungen wird ohne Rücksicht auf ihre inhaltliche Richtigkeit Rechtsgeltung zugestanden, wenigstens solange sie nicht grob ungerecht sind.

Radbruch erklärt aber nicht, wie und weshalb die Rechtsgeltung – die Autorität des Rechts – aus dem Verzicht auf das inhaltliche moralische Urteil hervorgeht. Vielmehr hält er bloß fest, dass der Rechtsgewehrsam Werten diene (Friede, Loyalität), die zumeist von größerem Gewicht seien als die Gerechtigkeit.

Der von Radbruch vernachlässigte Verzicht wird im Folgenden ins Auge gefasst. Die Frage ist, warum – und unter welchen Bedingungen – wir diesen Verzicht leisten. Aus der Antwort darauf erklärt sich die Rechtsgeltung.

§ 13. Die «Bürden der Urteilskraft»

Die moralischen Urteile der Menschen können voneinander abweichen. Unterschiedliche Einschätzungen und Kontroversen treten selbst dann auf, wenn sich Menschen über die moralische Relevanz von Prinzipien wie Eigentum oder Gleichheit grundsätzlich einig sind. Viele Menschen meinen, im Hinblick auf die Schaffung leistbarer Wohnverhältnisse sei es notwendig, Mietzinsobergrenzen vorzusehen. Das Eigentum würde dadurch nicht angetastet, aber der