

Karl Heinz Auer

## **Rechtsphilosophie und Empirie im Kontext der Differenz zwischen Recht und Gesellschaft**

*„Wenn man Recht und praktische Vernunft ... trennt, so versteht man weder das Recht noch die Vernunft. Das Recht schrumpft auf Dezierionen, Normen und logische Ableitungen. Die Vernunft wird aus der Wirklichkeit in die subjektive Moralität verbannt.“*  
Martin Kriele (1979, 9)

*„An sich sind Idee und Wirklichkeit des Rechts Gegensätze. Damit sie zusammenkommen, muss das Objektive subjektiv und das Subjektive objektiv werden oder anders formuliert: der Gedanke muss zur Wirklichkeit kommen und die Wirklichkeit muss sich ihm öffnen.“*  
Johann Braun (2006, 367)

Es war eigentlich eine Nebenbemerkung bei der letztjährigen Tagung zur Rechtstatsachenforschung, die mir noch lange nachgegangen ist: „Wenn es nicht gelingt, dies zu vermitteln und plausibel zu machen, bin ich nicht handlungsrelevant.“ Dieser Satz von *Christa Pelikan* hat bei mir eine Eigendynamik entfaltet, und vermutlich hängt dies damit zusammen, dass die Frage nach der konkreten Relevanz eine Art Gewissensfrage ist für jeden, der im Bildungsbereich tätig ist und Bildung vermitteln will. Als ich dann angefragt wurde, ob ich im Rahmen der diesjährigen Tagung zur „Rechtstatsachenforschung heute“ über Rechtsphilosophie und Empirie sprechen könnte, ist mir die Äußerung von Frau *Pelikan* gleich wieder eingefallen. Was soll vermittelt, was soll plausibel gemacht werden, um Handlungsrelevanz zu erreichen? Was bedeutet diese Frage mit ihrem didaktischen und epistemologischen Charakter gleichermaßen für Rechtsphilosophie und Empirie im Kontext von Recht und Gesellschaft? Sind Rechtsphilosophie und Empirie die Disziplinen, die in der Lage sind, die Differenz zwischen Recht und Gesellschaft zu überbrücken? Als *Anselm Feuerbach* 1804 an der Universität Landshut seine Antrittsvorlesung hielt, widmete er sich der Philosophie und der Empirie, und zwar in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft.<sup>1</sup> In meinen Ausführungen möchte ich der Bedeutung von Rechtsphilosophie und Empirie im gesellschaftlichen Kontext nachgehen, in Wahrnehmung der Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, vor allem im Blick auf die Differenz zwischen Recht und Gesellschaft.

---

<sup>1</sup> Vgl. *Pawlik*, 2009, 6.

## A. Begriffliche Annäherungen und Abgrenzungen

Vorerst ist es angebracht, Begriffe abzuklären und voneinander abzugrenzen.

*Gustav Radbruch* (1878-1949) erläutert in seiner Rechtsphilosophie (1932) das Wesen der Wissenschaften, die das Recht zu ihrem Gegenstand haben, und ihr Verhältnis zueinander. Er definiert „die systematische, dogmatische Rechtswissenschaft“ als die „*Wissenschaft vom objektiven Sinn positiver Rechtsordnungen*“. Diese handelt im engeren Sinn von „*Rechtsordnungen*, nicht vom Rechtsleben, von Rechtsnormen, nicht von Rechtstatsachen“ und ist derart abgegrenzt gegenüber der Rechtstatsachenforschung in den unterschiedlichen Bereichen. Als Wissenschaft vom objektiven und nicht vom subjektiven Sinn des Rechts stellt sie fest, „wie das Recht zu verstehen ist, nicht notwendig, wie es gemeint war“. Die Fragestellung nach dem Wesen des Rechts, nach der Differenz zwischen dem, was seine Urheber intendierten, und dem, was ihm die Ausleger entnahmen, die Frage nach dem Recht „als verursachter und ursächlich weiterwirkender Tatsache“ ordnet *Radbruch* der „Sozialtheorie des Rechts“, der Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, der Rechtssoziologie zu.<sup>2</sup> Schon aus dieser *Radbruch'schen* Abgrenzung heraus wird deutlich, wie sehr die einzelnen Disziplinen aufeinander bezogen und vom Wesen her komplementär sind.

Die Unterscheidung zwischen „lebendem Recht“ und Gesetzesrecht, zwischen gesetzlichem und gesellschaftlichem Recht, betont auch *Eugen Ehrlich* (1862-1922). Er, der Alt-Österreicher aus Czernowitz in der heutigen Ukraine, gilt neben *Max Weber* als Begründer der modernen Rechtssoziologie und der Rechtstatsachenforschung. Letztere ist für ihn als praktisch-empirischer Bereich untrennbar mit der Rechtssoziologie verbunden. So ist er davon überzeugt, dass der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung nicht in der Gesetzgebung, nicht in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung liegt, „sondern in der Gesellschaft selbst“, wie er in der Vorrede zu seinem Buch „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ am 25. Dezember 1912 geschrieben hat.<sup>3</sup>

Ganz in diesem Sinn bezeichnet auch *Werner Maihofer* (Rechtsphilosoph und deutscher Innenminister unter den Kanzlern *Brandt* und *Schmidt*) Rechtstatsachenforschung als empirische Rechtssoziologie, wenn sie die wechselseitige faktische und normative Bedingtheit von Recht und Gesellschaft im Blick auf das bestimmte Recht einer bestimmten Gesellschaft „tat-

<sup>2</sup> Vgl. *Radbruch*, 1999, 106 f.

<sup>3</sup> Vgl. *Ehrlich*, 1913, Vorrede, sowie *Barta* 2004<sup>2</sup> II 1061. Auch *Braun*, 2006, 392, schlägt in diese Kerbe, wenn er sagt, dass sich die Entwicklung des Rechts nur vordergründig betrachtet durch den Wandel der Verfassungen, der Gesetze und der Judikatur vollzieht.

sächlich“ untersucht. Er umschreibt Rechtssoziologie „als die methodische und systematische Analyse der faktischen Bedingtheit des Rechts durch die Gesellschaft und der normativen Bedingtheit der Gesellschaft durch das Recht“, bezogen aber nicht auf eine Gesellschaft als Abstraktum, sondern konkret auf die Menschen als gesellschaftlich lebende Individuen.<sup>4</sup> Gegenstand der Soziologie ist der „homo sociologicus“ unter dem Blickwinkel der Sozialität der Person. Demnach betrachtet die Rechtssoziologie den Menschen „nicht in seinem Verhältnis zur Natur, sondern in seinem Verhältnis zum Menschen“.<sup>5</sup>

Und die Rechtsphilosophie? Bei ihr handelt es sich „um *die* Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft überhaupt“<sup>6</sup>. Dieses Wörtchen „überhaupt“ ist es, das, so *Arthur Kaufmann*, das Wesen der Philosophie ausmacht. Rechtsphilosophie reflektiert, diskutiert und beantwortet, wenn möglich, juristische Grundsatzfragen und Grundprobleme „auf *philosophische* Manier“, wobei für den Rechtsphilosophen die fundierte Kenntnis beider Disziplinen unabdingbar ist. Während die Rechtsdogmatik stets systemimmanent argumentiert und das geltende System unangetastet bleibt, ist es Aufgabe der Rechtsphilosophie, systemtranszendent zu agieren.<sup>7</sup> Sie hat eine normative, eine analytische und eine holistische Dimension, und ihr unterscheidendes Kriterium zur Philosophie liegt im Gegenstand, den sie untersucht, im Recht. So definiert *Robert Alexy* Rechtsphilosophie als „Argumentation über die Natur des Rechts“, die sich einerseits mit dem Begriff der Norm und des Normensystems auseinandersetzen muss, andererseits mit der Frage nach der Geltung des Rechts und der Legitimität des Rechts.<sup>8</sup> Während die Rechtssoziologie Zusammenhänge aufzeigt und die wechselseitige faktische und normative Bedingtheit von Recht und Gesellschaft untersucht, wird in der Rechtsphilosophie „*das Recht reflexiv* und sucht nach einem Maßstab für den Maßstab, den es selbst zu sein beansprucht“.<sup>9</sup> Die Übergänge sind durchaus fließend. Eine Rechtsdogmatik, die die Frage nach der *gerechten* Lösung eines Falles stellt, hat schon den Boden der Rechtsphilosophie betreten, und wenn zudem Fragen der gesellschaftlichen Bedingtheit des Falles fokussiert werden, auch den der Rechtssoziologie.<sup>10</sup>

---

<sup>4</sup> Vgl. *Maihofer*, 1970, 20.

<sup>5</sup> Vgl. ebd. 13 f.

<sup>6</sup> *Braun*, 2006, V.

<sup>7</sup> Vgl. *Kaufmann*, 1997<sup>2</sup>, 7 f.

<sup>8</sup> Vgl. *Alexy*, 2008, 13-16.

<sup>9</sup> Vgl. *Braun*, 2006, 4.

<sup>10</sup> Vgl. *Hilgendorf*, 2008, 113.

## B. Zur Unterscheidung von Sein und Sollen

Freilich, wenn man das, was ist, und das, was sein soll, als strikt zu trennende Gegensätze behandelt und zwischen Sein und Sollen mit kompromissloser Schärfe unterschieden wird, wie dies im Neukantianismus der Fall war und der Rechtspositivismus zu fragwürdiger Blüte gebracht hat, wird man die der Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie inhärenten Fragestellungen gar nicht erst verstehen.<sup>11</sup> Nach dem Versuch, begriffliche Annäherungen und Abgrenzungen durchzuführen, müssen wir uns kurz mit dem Verhältnis von Sein und Sollen beschäftigen. Allzu lange und allzu dominant wurden ganze Juristengenerationen mit der Trennungsthese indoktriniert und glauben gemacht, dass die Gerechtigkeitsfrage für die Rechtswissenschaft letztlich irrelevant sei. Mein Lehrer der Rechtsphilosophie, *Theo Mayer-Maly*, meinte dazu schlicht: „Auf einem Irrweg umzukehren, ist nie zu spät. Was zu Beginn des 20. Jhs. über die Irrelevanz der Gerechtigkeit für das Recht geschrieben wurde, war Dokument eines Irrwegs.“<sup>12</sup> Und es ist wohl kein Zufall, wenn *Jürgen Habermas* *John Rawls*' Ansatz, dass niemand in einer ungerechten Gesellschaft leben will, als ungeniertes Anknüpfen an Theoreme des 18. Jahrhunderts bezeichnet.<sup>13</sup> *Eric Hilgendorf* schlägt in die gleiche Kerbe, wenn er sagt, dass „viele von dem, was in den USA als rechtsphilosophische Innovation auf den Markt kommt, in Deutschland schon vor 100 Jahren diskutiert wurde“.<sup>14</sup>

Der kategoriale Unterschied von Sein und Sollen als letzte und nicht weiter ableitbare Kategorien ist bekanntlich Grundlage und Kernpunkt der Reinen Rechtslehre, deren oberstes Postulat die Methodenreinheit ist. Die Kontroverse zwischen *Alexander Hold-Ferneck* (1875-1955) und *Hans Kelsen* (1881-1973) vermag zu veranschaulichen, mit welcher Härte in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts die Auseinandersetzung um den Rechtsbegriff geführt wurde. Während *Kelsen* *Hold-Ferneck* die Vermengung psychologisch-genetischer und normativer Fragen vorwarf und ihn als „einen der konsequentesten Vertreter der psychologisch-deterministischen Methode innerhalb der Jurisprudenz“ bezeichnete, warf *Hold-Ferneck Kelsen* formalistischen Normativismus vor sowie verfehlte Rechtssatztheorie und einen in einer unhaltbaren Grundnormtheorie verankerten „monotheistischen Kultus des Sollens“.<sup>15</sup> Die Antipoden haben sich auch in Bezug auf den Stil der Kontroverse nichts geschenkt. „Da ist er ein spindeldürrer, bis auf den letzten Blutstropfen ausgepreßtes Männchen, das den Doktorhut

---

<sup>11</sup> Vgl. *Auer*, 2005, 77.

<sup>12</sup> *Mayer-Maly*, 2001, 11.

<sup>13</sup> Vgl. ebd.

<sup>14</sup> Vgl. *Hilgendorf*, 2008, 119.

<sup>15</sup> Vgl. *Goller*, 200 f.

tief ins pergamentene Antlitz drückt, auf daß die Welt der Tatsachen es nicht störe in der Versunkenheit in ideelle Normen. Man gebe ihm den Laufpaß. Wir brauchen keine ‚juristische Erkenntnis‘, die sich auf die Frage, was denn das Recht sei, auf ihre ‚Reinheit‘ ausredet. Wir brauchen soziologische Erkenntnis.“<sup>16</sup> Ähnlich kontroversiell und leidenschaftlich verließ – nicht weiter überraschend – die Auseinandersetzung zwischen *Kelsen* und *Ehrlich*, die zwischen 1915 und 1917 im Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie publiziert wurde<sup>17</sup>, wo im vergangenen Jahr auch meine Ausführungen zum Menschenbild als rechtsethische Dimension veröffentlicht worden sind<sup>18</sup>.

Die absolute Trennung von Recht und Moral, von Seinskategorie und Sollenskategorie, führt als zwingende Folge dazu, „dass dem traditionellen Anspruch, wonach das Recht im Prinzip *gerecht* sein soll, die Grundlage entzogen“ und Gerechtigkeit in den außerrechtlichen Bereich abgedrängt wird. Noch in der 2. Auflage seiner Reinen Rechtslehre 1960 – nach der Tragödie des 2. Weltkriegs – postuliert *Kelsen*, dass das reine Sollen keinerlei Inhalt habe und daher „jeden beliebigen Inhalt“ annehmen könne. Die Rechtsphilosophie *Kelsens* degradiert so zu einer „Rechtstheorie“, die sich als „*Rechtsphilosophie minus Gerechtigkeit*“ versteht.<sup>19</sup> Zwischenzeitlich hat der neukantianische Dualismus an Bedeutung eingebüßt. Im Hinblick darauf, dass der Streit zwischen dem Rechtspositivismus mit seiner Trennungsthese und den antipositivistischen Gegenströmungen mit ihrer Verbindungsthese von Recht und Moral zu keinem Ende kommt, weil er die fundamentale philosophische Frage zum Gegenstand hat, „was denn das Recht überhaupt ist“, versucht *Peter Koller* eine Annäherung der gegensätzlichen Auffassungen dadurch zu erreichen, dass er einen „schwachen Rechtsmoralismus“ mit einem „schwachen Rechtspositivismus“ in Einklang bringt.<sup>20</sup> Die Vorteile, aber auch die Probleme, die der Einschluss von Moral ins Recht mit sich bringt, erfordert eine Theorie im Sinne einer Rechtsethik, deren Gegenstand per definitionem Recht und Moral gleichermaßen sind.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> Vgl. ebd. 201.

<sup>17</sup> Vgl. *Paulson*, 1992, 839 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Auer*, 2007.

<sup>19</sup> Vgl. *Kelsen*, 1960, 200 f. und *Braun*, 2001, 21.

<sup>20</sup> Vgl. *Koller*, 2008, 175-180. Mit der mE nicht ganz glücklich gewählten Bezeichnung „Rechtsmoralismus“ – sie impliziert von vornherein eine negative Konnotation – fasst *Koller* die unterschiedlichen antipositivistischen Strömungen zusammen. (Vgl. 158.) Im Bemühen um einen allgemeinen Rechtsbegriff setzt er auf die Merkmale der autorisierten Macht, des organisierten Zwangs und den Anspruch auf Legitimität. Insbesondere der Aspekt der Legitimität ist äußerst umstritten (Vgl. zB *Mayer-Maly*, 2001, 3.). *Koller* begründet dies mit dem Umstand, dass die Legitimität einerseits die Normativität des Rechts erklären soll, gleichzeitig aber „das umkämpfte Terrain der Beziehung von Recht und Moral“ betreten wird. (Vgl. *Koller*, 2008, 175 f.)

<sup>21</sup> Vgl. dazu *Alexy*, 2008, 23-25. In der Verwendung des Begriffs der Ethik orientiere ich mich an der in der ethischen Literatur der Gegenwart dominanten Auffassung, wonach die Moral Gegenstand der Ethik als rationaler Wissenschaft ist. Vgl. zB *Julian Nida-Rümelin*, 2005<sup>2</sup>, 4. Zu verweisen ist auch auf *Dietmar von der Pford-*

Eine weithin überzeugende Konzeption, die von dem banal klingenden, in Wirklichkeit aber fundamentalen Postulat ausgeht, dass das Recht menschengemäß sein muss, legt *Winfried Brugger* mit seinem „anthropologischen Kreuz der Entscheidung“ vor.<sup>22</sup> Die Horizontale des Kreuzes der Entscheidung fokussiert den handelnden Menschen in der Zeitspanne von Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft. Die Vertikale umfasst die „Qual der Wahl“ von Mitteln, Wegen und Zielen als Charakteristikum menschlichen Handelns. Wo sich horizontale und vertikale Abwägungsschiene mit ihren spannungsgeladenen Polen kreuzen, steht das *Ich* oder *Selbst*. Das anthropologische Kreuz enthält eine *analytische* Dimension, die es ermöglicht, den „Input menschlicher Entscheidungen“ zu entschlüsseln, und eine *normative* Dimension, die eine Handlung als „gelingen“ ausweist, wenn sie einen strukturellen Bezug auf alle vier Perspektiven des anthropologischen Kreuzes der Entscheidung aufweist.<sup>23</sup> Aus dieser aktionsbezogenen Perspektive menschlichen Handelns lässt sich die „Strukturierung eines Deutungs-, Wertungs- und Entscheidungsfeldes“<sup>24</sup> gewinnen, die für die Erörterung der Stellung des Menschen im Recht bedeutsam ist.

Eine beachtenswerte Definition des Rechts in Überwindung der Altlast von Sein und Sollen bietet *Arthur Kaufmann*: Recht ist etwas Relationales, Recht ist „die Entsprechung von Sollen und Sein“. Oder, wie es *Edgar Bodenheimer* formuliert: „Law is a Bridge between Is and Ought“.<sup>25</sup> Recht ist mehr als nur eine Funktion der Wirklichkeit und mehr als nur ein Faktum der Macht. So lässt sich auch das gesetzte Recht nur durch das dahinter stehende Rechtsbewusstsein verstehen. Losgelöst davon verliert das Recht bald seinen Bezug zur Gerechtigkeit, und wer nicht mehr – zumindest annähernd – sagen kann, was Recht ist, wird in der Folge auch nicht mehr sagen können, was Unrecht ist. *Kaufmann* ortet im Bewusstsein der heutigen Rechtsphilosophie, dass man eigentlich nicht mehr weiß, was Recht ist, einen „Reflex der noch tiefer liegenden Ratlosigkeit, was denn überhaupt der Mensch ist“ und verweist damit auf die philosophische Anthropologie als unabdingbaren Topos jeder Rechtsphilosophie.<sup>26</sup>

---

*ten*, 2001, 55, der wegen der uneinheitlichen Verwendung des Moralbegriffs vorschlägt, „die in einer Gesellschaft *tatsächlich bestehenden* nicht-rechtlichen Normen als ‚Moral‘ zu bezeichnen und die Unterscheidung von Recht und Moral als Unterscheidung auf der Ebene *tatsächlich bestehender* Normen von vornherein um einen Pol zu ergänzen, der den *ethischen* Rechtfertigungsaspekt – dem beide Typen von Normen unterliegen – verdeutlicht.“

<sup>22</sup> Vgl. *Brugger*, 2008<sup>2</sup>.

<sup>23</sup> Vgl. *Brugger*, 2008, 50-53.

<sup>24</sup> Ebd. 71.

<sup>25</sup> Vgl. *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997<sup>2</sup>, 137.

<sup>26</sup> Vgl. ebd. 144 und 189 sowie *Braun*, 2006, 358 und 365, und meine Ausführungen in *Auer*, 2005, 13-54.

### C. Das Verhältnis von Recht und Gesellschaft als empirischer und rechtsphilosophischer Topos

Wenn wir uns dem Verhältnis von Recht und Gesellschaft und deren Differenz zuwenden, haben wir es sowohl mit einer empirischen als auch rechtsphilosophischen Fragestellung zu tun. Aus der Kritik an der positivistischen Jurisprudenz heraus betrachtet *Ehrlich* die Rechtssoziologie als die wahre Rechtswissenschaft. In seiner „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ (1913) wird deutlich, dass die Rechtswissenschaft für ihn in besonderem Maß eine Sozialwissenschaft ist, während die herkömmliche Jurisprudenz lediglich juristische Handwerkstechnik darstelle. Die Erforschung des lebenden Rechts ist es, womit die Soziologie des Rechts beginnen muss.<sup>27</sup> Angesichts der Unzulänglichkeit eines Rechtsbegriffs, der sich in der Regel nur auf das Gesetzesrecht bezieht, unterscheidet *Ehrlich* drei Arten von Recht: 1. *Organisationsnormen*. Diese enthalten das gesellschaftliche Recht: Familien-, Vereins-, Gesellschaftsrecht etc. 2. *Entscheidungsnormen*. Diese sind das Juristenrecht: die Rechtssätze und das Verfahrensrecht. 3. *Eingriffsnormen*. Diese beinhalten das staatliche Recht: die Steuer-, Sicherheits-, Sozialgesetze etc. Den Juristen obliegt es, zwischen den drei Arten zu vermitteln. Vor allem deswegen misst *Ehrlich* den Juristen eine bedeutende gesellschaftliche Funktion zu. Denn aus der Synthese der Gegensätze folgt die Gerechtigkeit.<sup>28</sup>

Rechtssoziologie erschöpft sich nicht in deskriptiven soziologischen Definitionen des objektiven und des subjektiven Rechts, sondern muss die gegenseitige Bedingtheit von Recht und Gesellschaft in all ihren Erscheinungsformen zum Inhalt haben. Besteht ein Widerspruch „zwischen dem, was als Recht faktisch in einer Gesellschaft gelebt wird, und dem, was normativ als Recht für diese Gesellschaft gesetzt ist“, liegt eine *soziologische* Differenz vor. Von einer *ideologischen* Differenz spricht man, wenn ein Widerspruch besteht „zwischen dem gesellschaftlichen Bewußtsein der betroffenen Laien und dem rechtlichen Bewußtsein der zuständigen Juristen“.<sup>29</sup> Zu letzterem gehören vor allem die weltanschaulich umstrittenen Themen. Man denke zB an die Suchtmittelproblematik, den Schwangerschaftsabbruch, Tötung auf Verlangen und Beihilfe zum Selbstmord, Sexualstrafgesetzgebung, Lebensgemeinschaften von Personen unterschiedlichen und gleichen Geschlechts. Aber auch das Patientenverfügungsgesetz, die Kollisionen zwischen Grundrechtsschutz und Sicherheitsgesetzgebung, Schul- und Hochschulrecht uvam. gehören hierher.

---

<sup>27</sup> Vgl. *Ehrlich*, 1913, 405.

<sup>28</sup> Vgl. *Barta*, 2004<sup>2</sup>, 1065.

<sup>29</sup> Vgl. *Maihofer*, 1970, 15-20.

Spätestens hier wird klar, dass die Rechtssoziologie alleine nicht in der Lage ist, die Differenz zwischen Recht und Gesellschaft zu überbrücken. Rechtssoziologie zeigt die Wirklichkeit des Rechts und deren Rückwirkung auf das soziale Leben auf. Dies zu *bewerten*, die Frage nach dem *richtigen* Recht, ist Aufgabe der Rechtsphilosophie. Sie bleibt dabei nicht stehen bei dem augenblicklich gerade geltenden Recht, sondern fragt weiter.<sup>30</sup> Die Methoden einer „Differentialdiagnose zwischen Gesellschaft und Recht“ sind trotz ihrer sozial-, ideologie- und rechtskritischen Intention noch den Bereichen der empirischen Rechtssoziologie, der Rechtstatsachenforschung, und der empirischen Rechtstheorie, der Rechtsdogmatik, zuzuordnen. Wo aber die Frage reflektiert wird, ob solches widersprechendes Recht nicht „Ausdruck und Werkzeug falschen Bewußtseins oder falscher Verhältnisse“ ist, haben wir es mit transzendenter Sozial- und Ideologiekritik und sohin mit Rechtsphilosophie zu tun.<sup>31</sup> Letztlich geht es dabei darum, ein Recht zu verwirklichen, das im Dienst des Menschen steht und immun ist gegen Missbrauch durch Machthaber und Vereinnahmung durch Ideologien.

Hat *Ehrlich* vor einer Degradierung der Rechtswissenschaft zum bloßen juristischen Handwerk gewarnt, wenn man die Rechtssoziologie außer Acht lässt, tut dies *Mayer-Maly* in Bezug auf die Rechtsphilosophie. „Dem, der meint, Jurisprudenz ohne Besinnung auf Geschichte und Philosophie betreiben zu können, gerät diese alsbald zum Handwerk.“<sup>32</sup> Es sind die im wahrsten Sinn des Wortes grundlegenden Rechtsfragen, mit denen sich die Rechtsphilosophie beschäftigt. Dem entsprechend sind auch Postulate der Rechtsphilosophie immer wieder von grundlegender Bedeutung. So zB die Aussagen *Radbruchs*: „*Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen*“<sup>33</sup>, wobei die Rechtsidee bekanntermaßen Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit umfasst. Oder auch die These vom Menschen als Grund und Ziel allen Rechts<sup>34</sup> in Fortführung des *protagoräischen* Homo-Mensura-Gedankens. Auf dieser Linie liegt auch Art. 1 Abs. 1 Herrenchiemseer Entwurf für ein deutsches Grundgesetz: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“ In der Tat ist die Stellung des Menschen in Recht und Gesellschaft von zentraler Bedeutung. In Anlehnung an *Radbruch* möchte ich sagen, der Mensch ist *Grund, Maß und Ziel* allen Rechts, aller (Human-)Wissenschaften, der Gesellschaft überhaupt. Viele Probleme, mit denen wir heute zu kämpfen haben, wären gar nicht erst entstanden, wenn man dieses Grundpostulat nicht aus den Augen verloren hätte: man denke nur an die internationale

---

<sup>30</sup> Vgl. *Braun*, 2006, 4.

<sup>31</sup> Vgl. *Maihofer*, 1970, 21.

<sup>32</sup> *Mayer-Maly*, 2001, 5 f.

<sup>33</sup> *Radbruch*, 1999, 34.

<sup>34</sup> Vgl. *Kaufmann*, 1994<sup>6</sup>, 117.



Finanzkrise, an die Weltwirtschaftspolitik, an die vielen und sehr unterschiedlichen Bereiche, in denen der Mensch zurück- und abgedrängt wird zugunsten einer bestimmten Technologie, eines bestimmten Ablaufs, einer bestimmten Ideologie oder Politik! Im Folgenden soll das Verhältnis von Recht und Gesellschaft als empirischer und rechtsphilosophischer Topos anhand einiger ausgewählter Paradigmen von grundlegender gesellschaftlicher Bedeutung skizziert werden.

## 1. Leben

Der Schutz des menschlichen Lebens ist zentrales Element der Rechtsordnung, verankert in der Verfassung ebenso wie in der Strafrechtsordnung und im Zivilrecht. Grundgelegt ist dies vor allem in § 16 ABGB: „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten.“ § 16 ABGB schützt damit „die Person als Kristallisationspunkt der menschlichen Identität und einer sich lebenslang weiter entwickelnden Selbstdefinition“ (*E.H. Erikson*).<sup>35</sup> Als Generalklausel der Persönlichkeitsrechte hat § 16 ABGB für das gesamte Recht Geltung, nicht nur für das Privatrecht.<sup>36</sup> Und im Hinblick auf pränatales menschliches Leben normiert § 22 ABGB, dass selbst ungeborene Kinder „von dem Zeitpunkte ihrer Empfängnis an“ einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze haben. Nicht zuletzt durch die strafrechtlichen Normen zur Fristenlösung – in Österreich in § 97 StGB normiert, in Deutschland in § 218a und in der Schweiz in Art. 119 des jeweiligen Strafgesetzbuchs – ist dieses Bewusstsein in den Hintergrund getreten. *Straffreiheit* unter bestimmten Voraussetzungen wird im gesellschaftlichen Bewusstsein als *Erlaubnis* wahrgenommen. In einer Gesellschaft, die sich in weiten Bereichen über materielle Werte definiert, kann es nicht verwundern, dass auch menschliches Leben, zumal wenn es noch ungeboren ist, nur ein Wert unter anderen ist und seine herausragende Bedeutung im gesellschaftlichen Bewusstsein verliert. Unabhängig vom jeweiligen weltanschaulichen oder konfessionellen Hintergrund kann aber wohl niemand gleichgültig bleiben angesichts der hohen Zahl an Abtreibungen.<sup>37</sup> Diese Problematik in den Griff zu bekommen, kann zur Überlebensfrage der Sozietät werden. Einen zeitlichen Ablauf als unterscheidendes Kriterium für die Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruchs zu bestimmen, ist auf alle Fälle unzureichend. Die Differenzierung des straf-

<sup>35</sup> Vgl. *Barta*, 2004<sup>2</sup>, 248.

<sup>36</sup> Vgl. *Mayer-Maly*, 2001, 37, 41.

<sup>37</sup> Nach Angaben der WHO werden pro Jahr rund 45 Mio. Abtreibungen vorgenommen, bei denen 60.000 Mütter ums Leben kommen. (Vgl. Hilfe für Mutter und Kind e.V. Online in Internet. URL: <http://www.hmk-leben.de/schwerpunkte/sachthemen/abtreibung/index.html>. Stand: 03.01.2009). Es ist kaum möglich, Zahlenangaben zu überprüfen, zumal die Dunkelziffern deutlich von offiziellen statistischen Angaben abweichen dürften. In Mitteleuropa kommt nach offiziellen Zahlen durchschnittlich auf jedes dritte Kind eine Abtreibung, Schätzungen unter Berücksichtigung der Dunkelziffer liegen weit höher.

rechtlichen Lebensschutzes lediglich nach einer Frist lässt sich in unserer anthropozentrischen Rechtsordnung weder rechtsphilosophisch noch rechtsdogmatisch rechtfertigen.<sup>38</sup> Zu welchen – teils kurios anmutenden – Ergebnissen der Mangel an Bewusstsein für den Stellenwert menschlichen Lebens in Verbindung mit den gesetzlichen Normen zum Schwangerschaftsabbruch und mit dem Schadenersatzrecht führt, zeigen die Fälle, die mit dem Begriff „wrongful birth“ umschrieben werden. Der OGH (1 Ob 91/99k) hat erstmals 1999 grundsätzlich eine Schadenersatzpflicht für den Mehrbedarf durch Behinderung zugebilligt. In der Entscheidung 5 Ob 165/05h stellte der OGH 2006 eine Haftung des behandelnden Arztes fest und sprach der Klägerin den Ersatz des *gesamten* Unterhalts des Kindes zu, womit in der österreichischen Rechtsprechung zum ersten Mal die Geburt eines Kindes an sich als Schaden klassifiziert wurde.<sup>39</sup> Dies ungeachtet der Verfassungsbestimmung in Art. 7 Abs. 1 B-VG, wonach niemand wegen einer Behinderung benachteiligt werden darf und die Republik sich dazu bekennt, „die Gleichbehandlung von behinderten Menschen und nicht behinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten“. Im Regierungsprogramm 2008-2013 der gegenwärtigen österreichischen Bundesregierung wird darauf ausdrücklich Bezug genommen und unzweideutig außer Streit gestellt, „dass selbstverständlich die Geburt und Existenz eines Kindes mit Behinderung kein Schaden ist, wie groß die Betroffenheit und Trauer der Eltern über die Tatsache der Behinderung ihres Kindes auch sein mögen“.<sup>40</sup> Es ist eine Aufgabe der juristischen Grundlagenfächer, vor allem der Rechtsphilosophie, die soziologische und ideologische Differenz im interdisziplinären Austausch mit korrelierenden Wissenschaften zumindest zu mindern und das Menschenbild, das unserer Rechtsordnung zugrunde liegt, herauszuarbeiten und zu verdeutlichen. Dies kann aber nur dann gelingen, wenn auch die anderen wissenschaftlichen Disziplinen mit ausgewiesenem gesellschaftlichem Bezug – zB Philosophie, Medizin, Bildungswissenschaften – ihren Beitrag leisten und ideologische Engführungen überwunden werden.

## 2. Sicherheit

Auch im zweiten Beispiel geht es um die Bedeutung und den Schutz menschlichen Lebens, nun allerdings im Kontext der Terrorabwehr und der damit verbundenen Aushöhlung der Grund- und Freiheitsrechte. Ausgangspunkt ist das deutsche Luftsicherheitsgesetz 2005, das

---

<sup>38</sup> Vgl. dazu vertiefend *Auer*, 2005, 184-186.

<sup>39</sup> Vgl. Podiumsdiskussion: Schadenersatz für unerwünschtes Leben. Online in Internet. URL: <http://www.bizeps.or.at/news.php?nr=7307> (Stand: 22.12.2008).

<sup>40</sup> Vgl. Regierungsprogramm 2008-2013, 125. Online in Internet. URL: <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=32965> (Stand: 21.01.2009).

es ermöglicht hatte, Luftfahrzeuge mit tatunbeteiligten Passagieren an Bord abzuschießen und deren vorsätzliche Tötung in Kauf zu nehmen, um eine größere Katastrophe zu verhindern. Mit Urteil<sup>41</sup> vom 15.02.2006 hat das BVerfG diese Bestimmung<sup>42</sup> für nichtig erklärt. In der Tat liegt auch hier eine Differenz zwischen einem nicht unbeachtlichen Teil gesellschaftlichen intuitiven Bewusstseins und der Rechtsordnung mit dem ihr inhärenten Staats- und Menschenbild vor. Die Auffassung, dass Unschuldige getötet werden dürfen, wenn dadurch eine unverhältnismäßig große Anzahl von Menschen gerettet werden kann, scheint weit verbreitet zu sein.<sup>43</sup> Das Bewusstsein des Lebensschutzes als zentraler Topos der Rechtsordnung hingegen weniger. Das reicht offensichtlich hinein bis in die Parlamente. Begünstigt wurde diese Situation durch „9/11“, die terroristischen Angriffe vom 11.09.2001 auf das World Trade Center in New York und das Pentagon in Washington, D.C., in deren Folge es leichter möglich war, Grund- und Freiheitsrechte zugunsten einer Sicherheitsgesetzgebung zur Terrorabwehr zu marginalisieren. Dies ist zB in den USA mit Gesetzen und Verordnungen in der Folge von „9/11“ geschehen, auch wenn sie den Normunterworfenen und der Weltöffentlichkeit euphemistisch als „Patriot Act“ mit dem Ziel „Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism“ schmackhaft gemacht werden sollen.<sup>44</sup> Die *military order*, die Präsident *Bush* am 13.11.2001 erlassen hat<sup>45</sup>, ist eine „Anordnung“, die den rechtlichen Status der betroffenen Individuen radikal auslöscht und damit gleichzeitig Wesen hervorbringt, die juristisch weder eingeordnet noch benannt werden können.<sup>46</sup>

Auch das deutsche Luftsicherheitsgesetz 2005 ist als Reaktion auf die Terroranschläge vom 09.11.2001 verabschiedet worden. Es lohnt sich, die Urteilsbegründung des BVerfG<sup>47</sup>, mit der der umstrittene § 14 Abs. 3 LuftSiG als mit dem Grundgesetz unvereinbar und für nichtig erklärt worden ist, näher anzusehen. In engagierten und deutlichen Worten machen die Höchstrichter in Karlsruhe klar, dass die Bestimmung, die den Verteidigungsminister ermächtigen sollte, eine entführte Passagiermaschine abschießen zu lassen, einen Verstoß gegen die

---

<sup>41</sup> BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006.

<sup>42</sup> § 14 Abs. 3 LuftSiG.

<sup>43</sup> Vgl. *Fritze*, 2004, VI.

<sup>44</sup> Vgl. HR 3162 Senate of the United States 24.10.2002 sowie USA Department of Justice, *Domestic Security Enhancement Act of 2003*. Dieses auch „Patriot Act II“ genannte Gesetz markiert den Übergang vom Rechts- zum Ausnahmezustand. Vgl. *Paye*, 2005, 48.

<sup>45</sup> *George W. Bush, Military Order. Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*. Online in Internet. URL: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html> (Stand: 14.03.2006)

<sup>46</sup> Vgl. *Auer*, 2007, 501.

<sup>47</sup> BVerfG, 1 BvR 357/05 vom 15.2.2006.

Menschenwürde der Entführungsoffer darstellt. Die Betroffenen werden als Subjekte mit unveräußerlichen Rechten missachtet, und die von Staats wegen einseitig getroffene Verfügung über ihr Leben konstituiert eine Verdinglichung und Entrechtlichung, die weder mit dem Grundgesetz noch mit der EMRK vereinbar ist.<sup>48</sup> Als mit entsprechender Verzögerung auch in Österreich die Frage diskutiert wurde, diesmal im Zusammenhang mit dem umstrittenen Ankauf der Eurofighter, ob österreichische Eurofighter-Piloten „notfalls“ mit dem Abschuss eines entführten Passagierflugzeugs über das Leben Unschuldiger entscheiden dürfen, kam es zu Äußerungen hochrangiger Vertreter des Bundesministeriums für Landesverteidigung, die die Letztentscheidung den betroffenen Piloten aufbürdeten. Dabei zeigt der rechtliche Befund, dass es in Österreich derzeit überhaupt keine gesetzliche Grundlage für den Abschuss eines als Waffe missbrauchten Passagierflugzeuges gibt. Die militärische Luftraumüberwachung beschränkt sich auf den Bereich der militärischen Landesverteidigung und damit auf die Abwehr äußerer Feinde. Mit dem von Terroristen entführten Passagierflugzeug liegt ein Fall der sicherheitspolizeilichen Assistenz vor, die der Beschränkung der polizeilichen Befugnisse nach dem Waffengebrauchsgesetz 1969 unterliegt. Äußerungen von Verantwortungsträgern, die das – in Kenntnis oder Unkenntnis der Sachlage – nicht berücksichtigen und die Last der Entscheidung unter Missachtung der tragenden Grundsätze des europäischen Staats- und Menschenbildes den Piloten aufbürden, kann man wohl zu recht als einfalls- und verantwortungslos bezeichnen.<sup>49</sup> Versuche, ein um die Erlaubnis der Tötung unbeteiligter Dritter erweitertes Notwehr-, Nothilfe- oder Widerstandsrecht zu begründen, wie dies im nichtig erklärten § 14 Abs. 3 LuftSiG normiert worden war, stehen zudem in diametralem Gegensatz zur völkerrechtlichen Verpflichtung der EMRK.<sup>50</sup> Die Differenz zwischen Teilen des gesellschaftlichen Bewusstseins und der Rechtsordnung zu überbrücken kann nur gelingen, wenn der Wert und die Rechtsidee des umfassenden Lebensschutzes in Kooperation mit allen relevanten Wissenschaftsgebieten, allen voran mit der Ethik und den Humanwissenschaften, immer neu plausibel gemacht und im individuellen Bewusstsein verankert werden. Dazu gehört das Wissen um die tragenden Fundamente des der Rechtsordnung inhärenten personalen Menschenbildes. Dazu gehört das Wissen darum, dass menschliches Leben nie gegen anderes menschliches Leben ausgespielt werden darf, auch nicht unter quantitativen Gesichtspunkten, schon gar nicht unter qualitativen.<sup>51</sup> Und letztlich gehört dazu das Wissen, dass der Staat im Sinne

<sup>48</sup> Vgl. ebd. sowie *Leidenmühler*, 2006, 35.

<sup>49</sup> Vgl. ebd.

<sup>50</sup> Vgl. *Leidenmühler*, 2007, 31.

<sup>51</sup> ZB in dem Sinn, dass eine Abschussdebatte davon bestimmt wird, *wessen* Leben gefährdet ist, das von bekannten Persönlichkeiten oder „nur“ das von unbekanntem Personen. Vgl. dazu auch *Lewis*, 1993, 187: Wäh-

seiner Selbstverpflichtung eben gerade das nicht tun darf, was Terroristen unter Missachtung aller Rechte für die Durchsetzung ihrer Ziele in Anspruch nehmen.

### 3. Interkulturalität

Es ist nicht zu übersehen. Das Aufeinandertreffen unterschiedlicher Kulturen und damit unterschiedlicher Wert- und Rechtsauffassungen ist nicht mehr nur eine Erfahrung von Menschen, die privat oder beruflich viel reisen und sich mit anderen Kulturen beschäftigen, sondern zur Alltagserfahrung geworden. Migration und Globalisierung vor allem der letzten fünf Jahrzehnte haben dazu geführt, dass unterschiedliche Wert- und Rechtsvorstellungen aufeinanderprallen. Dass dies mit nicht zu unterschätzenden sozialen Konflikten verbunden ist, muss nicht eigens erläutert werden. Im täglichen Leben, in den Medien und in der Literatur werden wir ständig damit konfrontiert. Angesichts der großen gesellschaftlichen Bedeutung dieses Bereiches ist es verwunderlich, dass die Vermittlung interkultureller Kompetenz in der juristischen Ausbildung bislang keine Rolle spielt. Es steht aber außer Frage, dass gerade die juristischen Grundlagendisziplinen Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie Beiträge leisten können, die zu einem Gewinn sowohl für die juristische Arbeit als auch für die Gesellschaft überhaupt führen.<sup>52</sup>

Als vor zwei Jahren eine deutsche Richterin in einem Scheidungsverfahren gegen eine 26-jährige aus Marokko stammende Deutsche, die von ihrem ebenfalls aus Marokko stammenden Mann geschlagen und mit dem Tod bedroht worden war, eine vorzeitige Scheidung unter Bezugnahme auf den Koran und das im Kulturkreis der Eheleute nicht unübliche Züchtigungsrecht abgewiesen hatte, zog das Amtsgericht Frankfurt die Richterin in Stattgebung eines Befangenheitsantrages von dem Fall ab.<sup>53</sup> Der Richterin wurde ua. vorgeworfen, sie missachte die Menschenrechte. Dieses Beispiel steht exemplarisch für einen Problembereich aus sehr vielen anderen, in denen Wert- und Rechtsvorstellungen – oft unversöhnlich – miteinander kollidieren, wenn unterschiedliche Kulturen aufeinander treffen. Die kulturelle Pluralisierung der Gesellschaft erfordert zweifellos eine verstärkte Reflexion der Unterschiede, im Sinne eines zielorientierten Dialogs mehr noch der Gemeinsamkeiten der kulturellen Wurzeln. Dies

---

rend es dem Gesetzgeber möglich und sogar aufgetragen ist, in der Behandlung der Menschen sachliche Abstufungen zB nach Alter (Handlungs- und Deliktfähigkeit) oder wirtschaftlichem Status (Steuerrecht) vorzunehmen, so ist es ihm aber verwehrt, dort zu differenzieren, „wo der Mensch als Person und in seinem Wert und seiner Qualität getroffen wird. Die Gleichheit aller Menschen als Menschen bildet eine normative Sperre gegenüber Differenzierungen, die den Menschen in diesem Mensch-sein ungleich behandeln.“

<sup>52</sup> Vgl. *Hilgendorf*, 2008, 126 f.

<sup>53</sup> Vgl. Beschluss 460 F 9405/06 S online in Internet. URL: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,472966,00.html> (Stand: 21.01.2009).

nicht nur im Schnittbereich von Einheimischen und Migranten, Ansässigen und Zuwanderern, sondern auch innerhalb der jeweiligen kulturellen Bereiche. Die freiheitlichen Demokratien, die den großen Menschenrechtskodifikationen verpflichtet sind, verfügen durch die grund- bzw. verfassungsrechtliche Verankerung der menschlichen Würde, des Gleichheitsgrundsatzes, des Diskriminierungsverbotes, der Gewissens-, Religions- und Weltanschauungsfreiheit, des staatlichen Gewaltmonopols und weiterer verfassungsrechtlicher Determinanten über eine ideale Basis, um diesen Dialog konstruktiv zu führen. Schon von daher ist es evident, dass eine Assimilation, durch die Einwanderer ihre abweichende kulturelle Identität aufgeben und sich gänzlich den Ansässigen anpassen, ebenso wenig ein erstrebenswertes Modell sein kann wie die Segregation, die letztlich zu Parallelgesellschaften führt, die ihre eigene kulturelle Identität in Abgrenzung zu den jeweils anderen wahren wollen.<sup>54</sup> Die europäischen Rechtsordnungen ermöglichen innerhalb eines festen äußeren Rahmens zwar kulturelle Vielfalt, sind aber insofern nicht multikulturell, als sie den Anspruch erheben, dass alle Menschen, die sich auf dem Territorium des Staates aufhalten, im Grundsatz denselben Rechtsregeln unterliegen. Sohin gibt es auf der Ebene der obersten Rechtssätze „keine Gleichberechtigung mit Rechtsgrundsätzen anderer Herkunft“, und es liegt im Kompetenzbereich des jeweiligen Aufenthaltsstaates zu entscheiden, „ob und inwieweit ‚fremdes‘ Recht Anwendung finden kann“.<sup>55</sup> Es liegt in der Natur der Sache, dass auf dem Migranten eine größere Anpassungsbürde lastet als auf dem Ansässigen, der in der Rechtsordnung jener Gesellschaft sozialisiert wurde, die der Migrant erst kennen lernen muss. Die Themenfelder und Problembereiche sind vielfältig und finden sich in den verschiedenen Bereichen der Rechtsordnung in unterschiedlicher Gewichtung: im Strafrecht ebenso wie im öffentlichen Recht und im nationalen und internationalen Privatrecht. Aufgabe der Rechtssoziologie in diesem Zusammenhang ist es, die faktische Bedingtheit des Rechts durch die Gesellschaft und die normative Bedingtheit der Gesellschaft durch das Recht<sup>56</sup> am Beispiel der Interkulturalität möglichst systematisch zu analysieren. Empirische Daten aus jenen Bereichen, in denen gelebte kulturelle Traditionen einerseits im Gegensatz zur Rechtsordnung des Aufenthaltsstaates stehen, andererseits mit dieser kompatibel erscheinen, sind wichtiges Hintergrundwissen vor allem für rechtspolitische Entscheidungen. Aufgabe der Rechtsphilosophie ist es, die unerlässlichen Maßstäbe der Rechtsordnung so zu verdeutlichen, dass sowohl ansässige als auch zugewanderte Menschen darin ihre Basis und ihren Schutz als Rechtssubjekte sehen können, und andererseits sozial- und ideologiekritisch zu hinterfragen, ob Recht da oder dort nicht auch als „Ausdruck und Werkzeug falschen

---

<sup>54</sup> Vgl. *Rohe*, 2002, 5.

<sup>55</sup> Vgl. ebd. 6-7.

<sup>56</sup> Vgl. *Maihofer*, 1970, 20.

Bewußtseins oder falscher Verhältnisse“<sup>57</sup> missbraucht wird.

#### D. Schlussfolgerungen

Wenn wir aus den dargelegten Überlegungen nun Schlussfolgerungen ziehen, dann müssen wir uns neben dem wissenschaftlichen Diskurs vor allem der juristischen Bildung und Ausbildung zuwenden. Dies ist sowohl angesichts mancher überholter universitärer Strukturen als auch angesichts der durch *Bologna* initiierten gesamteuropäischen Reform des Hochschulwesens von Bedeutung. In einem System, in dem bei Habilitations- und Berufungsverfahren die Qualität von Forschung und Lehre nur *ein* Aspekt unter vielen zum Teil undurchsichtigen anderen ist, in einem System, das Bildung auf Ausbildung reduziert, wo Universitäten von Forschungs- zu Lehranstalten mutieren und das, was gelehrt wird, „in nie gekanntem Maße unter dem Diktat der praktischen Verwertbarkeit“ steht<sup>58</sup>, in einem System, in dem die Wissenschaften mit ihrer spezifischen Systematik und Methodik dem quantifizierenden und vereinheitlichenden Prinzip der Modularisierung der Studien geopfert werden<sup>59</sup>, klingt die Forderung nach mehr und qualifizierter Berücksichtigung von Grundlagenfächern wie die Stimme eines Rufers in der Wüste.

Der Befund von *Arthur Kaufmann* bringt es auf den Punkt: „Schon der Rechtsstudent sieht sich angesichts des von ihm im Examen verlangten Wissensschatzes genötigt, vorgefertigte Problemlösungen auswendig zu lernen und sich auf fremde Autoritäten zu berufen, statt selber rational zu argumentieren. Das führt dazu, dass der Jurist – schon während der Ausbildung, erst recht dann im Beruf – in den Grundlagenfächern: Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie, einen ‚Luxus‘ sieht, den er sich nicht leisten kann. Kein Wunder also, dass gebildete Juristen immer seltener werden.“<sup>60</sup> Um dem entgegenzuwirken und um mehr Handlungsrelevanz im Sinn der dargelegten Überlegungen zu erreichen, gebe ich die Hoffnung nicht auf, dass die Grundlagenfächer an unseren juristischen Fakultäten den Platz einnehmen, der für eine gediegene juristische Bildung und Ausbildung unabdingbar ist. Mit der Schaffung eigener Institute für juristische Grundlagendisziplinen haben uns die Universitäten in Luzern, Leipzig und Würzburg gezeigt, wie es geht.

---

<sup>57</sup> Ebd. 21.

<sup>58</sup> Vgl. *Braun*, 2008, 188-190.

<sup>59</sup> Vgl. *Liessmann*, 2006, 112-115.

<sup>60</sup> *Kaufmann*, 1997<sup>2</sup>, 1.

Wenn es in der Wissenschaft allein auf die Erkenntnis dessen ankommt, „was wirklich ist“<sup>61</sup>, dann muss sich die Rechtswissenschaft verstärkt der Rechtsphilosophie und der Empirie öffnen, will sie sich nicht dem Vorwurf aussetzen, ihr eigenes Wesen aus den Augen verloren zu haben und de facto abseits vom Menschen in ausgewählten Nischen zu existieren, nur noch da, um sich den Interessen anderer anzudienen. Im Zentrum rechtsphilosophischen Denkens steht der Gedanke des Rechts. Im Zentrum der Rechtssoziologie die tatsächlichen Umstände und Bedingungen im Verhältnis des Menschen zum Recht. Geht der Gedanke des Rechts verloren, kommt dem Recht sein Fundament abhanden.<sup>62</sup> Gerät der Bezug zur sozialen Wirklichkeit außer Augen, verliert es seine Legitimität.

### **Zum Autor:**

*Karl Heinz Auer*, Mag.phil. Dr.theol. Dr.iur., ist Professor an der Pädagogischen Hochschule Tirol. Studium der Germanistik, Fachtheologie und Rechtswissenschaften in Innsbruck und Washington DC/USA. Lehraufträge und Gastvorlesungen an der Universität Innsbruck, der Catholic University of America, Washington DC/USA, am „Foreign Study Innsbruck Program“ der University of Notre Dame, Indiana/USA, an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, an der Universität Split/Kroatien und an der Donau Universität Krems. Sein rechtswissenschaftlicher Forschungsschwerpunkt liegt in der Rechtsphilosophie und gilt im Besonderen dem Verhältnis von Ethik und Recht.

### **Literatur:**

*Alexy Robert*, Die Natur der Rechtsphilosophie. In *Brugger Winfried / Neumann Ulfrid / Kirste Stephan* (Hg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert. Frankfurt/Main 2008.

*Auer Karl Heinz*, Das Menschenbild als rechtsethische Dimension der Jurisprudenz. Wien 2005.

*Auer Karl Heinz*, Das Menschenbild als rechtsethische Dimension. In ARSP 93 (2007) 493-518.

*Barta Heinz*, Zivilrecht, Teil 2. Wien <sup>2</sup>2004.

*Braun Johann*, Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert. Die Rückkehr der Gerechtigkeit. München 2001.

*Braun Johann*, Einführung in die Rechtsphilosophie. Tübingen 2006.

*Braun Johann*, Wahn und Wirklichkeit. Über die innere Verfassung der Bundesrepublik Deutschland. Tübingen 2008.

*Brugger Winfried*, Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht. Baden-Baden 2008<sup>2</sup>.

*Brugger Winfried / Neumann Ulfrid / Kirste Stephan* (Hg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert. Frankfurt/Main 2008.

*Brugger Winfried*, Würde, Rechte und Rechtsphilosophie im anthropologischen Kreuz der Entscheidung. In *Brugger Winfried / Neumann Ulfrid / Kirste Stephan* (Hg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert. Frankfurt/Main 2008, 26-71.

*Ehrlich Eugen*, Grundlegung der Soziologie des Rechts. München-Leipzig 1913.

---

<sup>61</sup> Vgl. *Braun*, 2006, 392.

<sup>62</sup> Vgl. ebd. 403.



*Fechner Erich*, Rechtsphilosophie. Tübingen 1962<sup>2</sup>.

*Fechner Erich*, Die Bedeutung der Gesellschaftswissenschaft für die Grundfrage des Rechts. In *Werner Maihofer* (Hg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus? Darmstadt 1962, 257-280.

*Fritze Lothar*, Die Tötung Unschuldiger. Ein Dogma auf dem Prüfstand. Berlin-New York 2004.

*Goller Peter*, Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtslehre? Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848-1945), Frankfurt/Main 1997.

*Hilgendorf Eric*, Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland heute. In *Brugger Winfried / Neumann Ulfrid / Kirste Stephan* (Hg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert. Frankfurt/Main 2008, 111-133.

*Kaufmann Arthur*, Rechtsphilosophie. München <sup>2</sup>1997.

*Kaufmann Arthur*, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie. In *A. Kaufmann/Hassemer* (Hg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart. Heidelberg 1994<sup>6</sup>, 30-178.

*Kelsen Hans*, Reine Rechtslehre, Wien 1960<sup>2</sup>.

*Koller Peter*, Der Begriff des Rechts und seine Konzeption. In *Brugger Winfried / Neumann Ulfrid / Kirste Stephan* (Hg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert. Frankfurt/Main 2008, 157-180.

*Kriete Martin*, Recht und praktische Vernunft. Göttingen 1979.

*Kriete Martin*, Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Münster-Hamburg-London 2003.

*Leidenmühler Franz*, Ohne Rücksicht auf Verluste. In *Der Standard*, 06.12.2006, 35.

*Leidenmühler Franz*, Piloten ist nichts verboten? Rechtskundige Anmerkungen zur Abschluss-Debatte. In *Der Standard*, 20.07.2007, 31.

*Lewisch Peter*, Verfassung und Strafrecht. Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung. Wien 1993.

*Liessmann Konrad Paul*, Theorie der Unbildung. Die Irrtümer der Wissensgesellschaft. Wien 2006.

*Mayer-Maly Theo*, Rechtsphilosophie. Wien-New York 2001.

*Maihofer Werner*, Die gesellschaftliche Funktion des Rechts. In *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Hg. v. *Maihofer/Schelsky*. Band 1. Bielefeld 1970, 11-36.

*Nida-Rümelin Julian*, Theoretische und angewandte Ethik: Paradigmen, Begründungen, Bereiche. In *ders.* (Hg.), *Angewandte Ethik. Die Bereichsethiken und ihre theoretische Fundierung*. Stuttgart 2005<sup>2</sup>.

*Paye Jean-Claude*, Das Ende des Rechtsstaats. Demokratie im Ausnahmezustand. Zürich 2005.

*Paulson Stanley L.* (Hg.), *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie*. Aalen 1992.

*Pawlik Michael*, Bloße Begriffsanalyse ist ausgereizt. In *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 3 (05.01.2009) 6.

*von der Pfordten Michael*, *Rechtsethik*. München 2001.

*Radbruch Gustav*, *Rechtsphilosophie*. Studienausgabe. Hg. v. *R. Dreier/Paulson*. Heidelberg 1999.

Regierungsprogramm der österreichischen Bundesregierung 2008-2013. Online in Internet. URL: <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=32965> (Stand: 21.01.2009)

*Rohe Mathias*, Auswirkungen der Migration auf die Rechtsordnungen in Europa. In *Helmut Neuhaus* (Hg.), *Migration und Integration - Atzelsberger Gespräche* 2001. Erlangen 2002, 69-94. Online in Internet. URL: <http://www.zr2.jura.uni-erlangen.de/islamedia/publikation/Atzelsberger.pdf> (Stand 22.01.2009), 1-25. (Die Seitenangaben in den Fußnoten beziehen sich auf die angeführte Internetquelle.)