



ONLINE via OLAT

Rechtsethik

Vorlesung im Doktoratsstudium SS 2020 – Teil 4 (11.11.2020)

von

Karl Heinz Auer

Gegründet im Jahr 1669, ist die Universität Innsbruck heute mit mehr als 28.000 Studierenden und über 4.500 Mitarbeitenden die größte und wichtigste Forschungs- und Bildungseinrichtung in Westösterreich. **Alle weiteren Informationen finden Sie im Internet unter: www.uibk.ac.at.**

Thema: Der Rechtsbegriff

In der Vorwoche haben wir uns mit Begriffsklärungen im Kontext von Ethik und Recht, Moral und Moralität sowie mit Standards moralischer Entwicklung und dem Verhältnis von Recht und Moral auseinandergesetzt. Die zentralen Quellen waren Thomas Zoglauer (Die Methode des Überlegungsgleichgewichts in der moralischen Urteilsbildung) und Gustav Radbruch (Recht und Moral). Radbruch sprengt dabei das gängige Korsett von „Äußerlichkeit des Rechts – Innerlichkeit der Moral“ und postuliert, dass es kein Gebiet inneren und äußeren Verhaltens gibt, das nicht sowohl moralischer als auch rechtlicher Wertung unterzogen werden kann.

Heute wenden wir uns dem Rechtsbegriff zu. Der Blick in die Geschichte auf der Suche nach dem Wesen des Rechts verdeutlicht, was uns als Juristen im Grunde bewegt. Sowohl der Radbruch'sche Rechtsbegriff als auch der berühmte Aufsatz von Ralf Dreier über das Wesen des Rechts zeigen auf, dass der rechtspositivistische Ansatz zu eng gefasst ist. Nach einem historischen (nicht prüfungsrelevanten) Exkurs in die Entwicklung der Frage nach dem Wesen des Rechts werden auf Folie 29 Strukturen des Rechtsdenkens vorgestellt, die diese Suche nicht im zeitlichen Ablauf, sondern thematisch strukturiert darlegen. Den Abschluss der heutigen Einheit bilden kritische Überlegungen zu Selbst- und Fremdbestimmung durch Recht und Moral. Ergänzt durch kritische Anmerkungen zur Gesinnung.

Zur Pflichtlektüre gehören heute Radbruch (Der Begriff des Rechts) und dann – nach Ihrer Wahl – entweder Ralf Dreier (Der Begriff des Rechts) ODER Johann Braun (Selbstbestimmung und Fremdbestimmung). Dreier ist mehr rechtstheoretisch konnotiert, Braun mehr rechtsethisch.

Thema: Der Rechtsbegriff

- Rechtsbegriff – Definitionsversuche
 - Ulpian – Wesel – Kant – Weber – Kelsen – Alexy – Mayer-Maly – Radbruch
 - Ralf Dreier: Adäquatheit des Rechtsbegriffs
- Auf der Suche nach dem Wesen des Rechts
 - Tour d'Horizon (Exkurs)
 - Strukturen des Rechtsdenkens
- Selbst- und Fremdbestimmung durch Recht und Moral
- Gesinnung zwischen Haltung und Zwang

Literatur

Radbruch Gustav, Rechtsphilosophie (1932). Studienausgabe. Hg v Ralf Dreier / Stanley I. Paulson. Heidelberg 1999, 34-40: [§ 4: Der Begriff des Rechts](#)

Braun Johann, [Selbstbestimmung und Fremdbestimmung](#). Über die Schwierigkeit autonomen Handelns in einer heteronom bestimmten Gesellschaft. In: Rechtstheorie 43 (2012) 159-175 **ODER**

Dreier Ralf, [Der Begriff des Rechts](#). In NJW 14 (1986) 890-896.

Zur Vertiefung (nicht direkt prüfungsrelevant):

Zur Unterscheidung von Sein und Sollen: Auer, Das Menschenbild als rechtsethische Dimension der Jurisprudenz. Wien 2005, [73-79](#) (= Kap. 2.2.2)

Braun Johann, [Recht und Moral im demokratischen Rechtsstaat](#). In: Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte. Bd 11 (2010) 3-14.

„ius est ars boni et aequi“ oder der Mythos vom objektiven Recht?

Ulpian (D 1,1,1): Wer mit dem Studium des Rechts beginnen will, muss vorher wissen, woher das Wort stammt. Es ist nämlich von Gerechtigkeit abgeleitet. Denn, wie Celsus virtuos formuliert hat, *das Recht ist die Kunst des Guten und Richtigen*. Man könnte uns zu Recht seine Priester nennen, denn wir hegen die Gerechtigkeit und verkünden, was gut und richtig ist, indem wir das Gerechte vom Ungerechten scheiden und das Erlaubte vom Verbotenen, uns bemühen, die Menschen nicht nur durch Drohung mit Strafen, sondern auch durch Ermunterung mit Belohnungen zum Guten zu bringen, und uns um die wahre Philosophie bemühen, wenn ich es richtig sehe, und nicht um eine geheuchelte.

Uwe Wesel: Mythos vom objektiven Recht (Wesel, Aufklärungen über Recht, Frankfurt 1982, 10.)

„Das ist der Mythos vom objektiven Recht. Eine Kunst ist es oder ein Kult, dem die Juristen als seine Priester leben, im Gottesdienst einer wahren Philosophie und in einiger Entfernung vom übrigen Teil der Menschheit. ... Aber auch das kennen wir von der Religion. Les Dieux sont bons, les prêtres sont cruels, schrieb Voltaire, die Götter sind gut, die Priester grausam. ... Argumentieren ist da schwer, von draußen hineinzusehen durch die enge Tür des Tempels ...“

Die Frage nach dem Recht - eine Verlegenheitsfrage?

Kant (Metaphysik der Sitten, § B): „**Diese Frage möchte wohl dem Rechtsgelehrten**, wenn er nicht in Tautologie verfallen, oder, statt einer allgemeinen Auflösung, auf das, was in irgend einem Lande die Gesetze zu irgend einer Zeit wollen, verweisen will, **eben so in Verlegenheit setzen, als die berufene Aufforderung: Was ist Wahrheit? den Logiker**. Was rechtens sei (quid sit iuris), d.i. was die Gesetze an einem gewissen Ort und zu einer gewissen Zeit sagen oder gesagt haben, kann er wohl noch angeben; ...aber, ob das, was sie wollen, auch recht sei, und das allgemeine Kriterium, woran man überhaupt Recht sowohl als Unrecht (iustum et iniustum) erkennen könne, bleibt ihm wohl verborgen, wenn er nicht eine Zeitlang jene empirischen Prinzipien verläßt, die Quellen jener Urteile in der bloßen Vernunft sucht (wiewohl ihm dazu jene Gesetze vortrefflich zum Leitfaden dienen können), um zu einer möglichen positiven Gesetzgebung die Grundlage zu errichten. Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! daß er kein Gehirn hat. ... **Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.**“

Recht als Basis von Wohlfahrt?

Recht als Zwang?

Westgalizisches Gesetzbuch, Ende 18. Jh:

„Recht ist alles, was an sich selbst gut ist, was nach seinen Verhältnissen und Folgen etwas Gutes enthält oder hervorbringt, und zur allgemeinen Wohlfahrt beyträgt.“

Max Weber: Recht ist eine durch die Chance von physischem oder psychischem Zwang garantierte Ordnung.

Hans Kelsen (RR 1960): Eine Definition des Rechts, die dieses nicht als Zwangsordnung begreift, ist abzulehnen. Recht ist eine normative Zwangsordnung für menschliches Verhalten, der zufolge man einer tatsächlich gesetzten, im großen und ganzen wirksamen Verfassung und den gemäß dieser Verfassung gesetzten, im großen und ganzen wirksamen Normen entsprechen soll.

Hans Kelsen (RR 1934): Um für den gewöhnlichen Juristen „Recht“ zu sein, „muss die positiv-staatliche Ordnung irgendeinen Anteil an der Gerechtigkeit haben ...; um ‚Recht‘ zu sein, muss das positive Recht in irgendeinem wenn auch noch so bescheidenem Maße der Rechtsidee entsprechen.“

Exkurs zur Unterscheidung von Sein und Sollen in Auer, Das Menschenbild als rechtsethische Dimension der Jurisprudenz. Wien 2005, [73-79](#) (= Kap. 2.2.2)

Moralisch rechtfertigungsfähiges Recht

Recht mit ethischem Minimum

Robert Alexy: Verbindung von Richtigkeits- und Unrechtskriterium aus der Perspektive des Teilnehmers am Rechtsleben

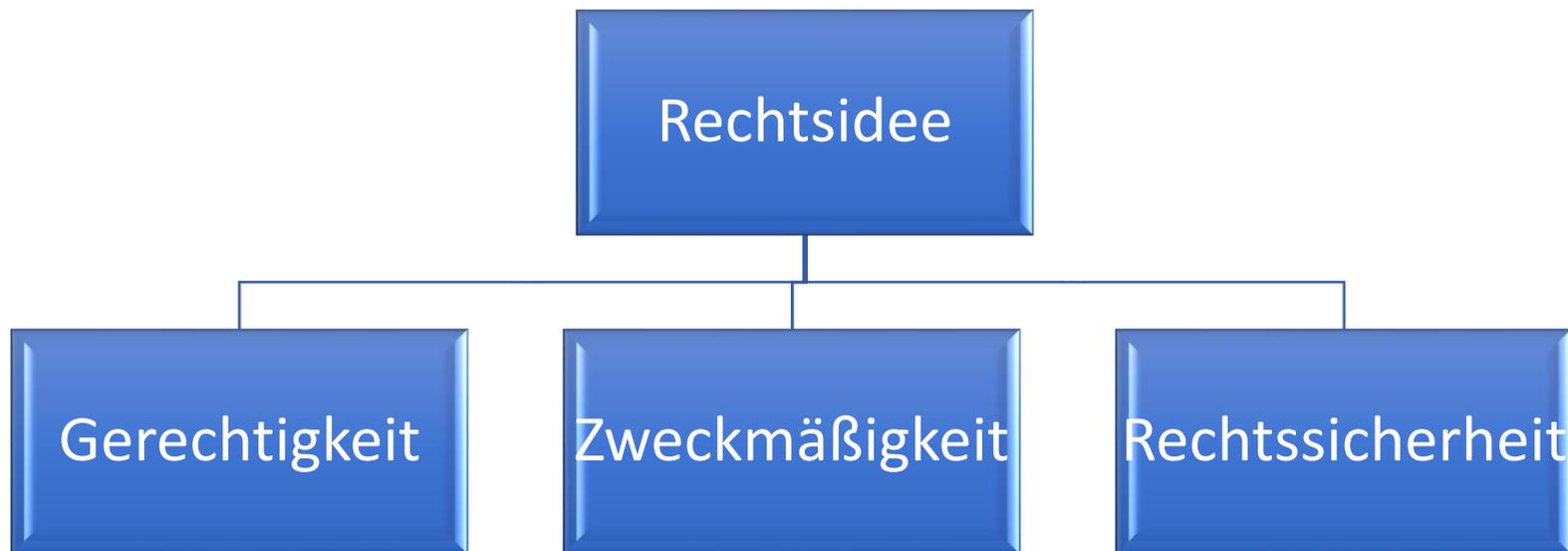
„Das Recht ist ein Normensystem, das einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, aus der Gesamtheit der Normen besteht, die zu einer im großen und ganzen sozial wirksamen Verfassung gehören und nicht extrem ungerecht sind, sowie aus der Gesamtheit der Normen, die gemäß dieser Verfassung gesetzt sind, ein Minimum an sozialer Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance aufweisen und nicht extrem ungerecht sind, und zu dem die Prinzipien und die sonstigen normativen Argumente gehören, auf die sich die Prozedur der Rechtsanwendung stützt und/oder stützen muss, um den Anspruch auf Richtigkeit zu erfüllen.“

Mayer-Maly: „Recht ist eine im großen und ganzen wirksame, Richtigkeit anstrebende Ordnung menschlichen Verhaltens, die einem ethischen Minimum genügt. Eine solche Definition des Rechts erscheint mir angemessen.“

Ausdrücklich sei der Begriff der Legitimität in einer Rechtsdefinition abzulehnen, da dieser von den Intentionen des Definierenden abhängt und zu einem „schlimmen Subjektivismus“ führen könnte.

Der Rechtsbegriff bei Radbruch

Gustav Radbruch (RPh 1932/1999): „Der Begriff des Rechts ist ein Kulturbegriff, d. h. ein Begriff von einer wertbezogenen Wirklichkeit, einer Wirklichkeit, die den Sinn hat, einem Werte zu dienen. *Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.* Der Begriff ist also ausgerichtet an der Rechtsidee.“



Die Radbruch'sche Formel

Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946): „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“

Zum Nachdenken: *In welchen aktuellen Kontexten hat die Radbruch'sche Formel heute Relevanz?*

Positives Recht im Kontext der Radbruch'schen Formel

Normgeber strebt
Gerechtigkeit an

nicht unerträglich
ungerecht

gültig

Gehorsamspflicht

unerträglich
ungerecht

nicht gültig

keine
Gehorsamspflicht

Normgeber strebt
Gerechtigkeit nicht an

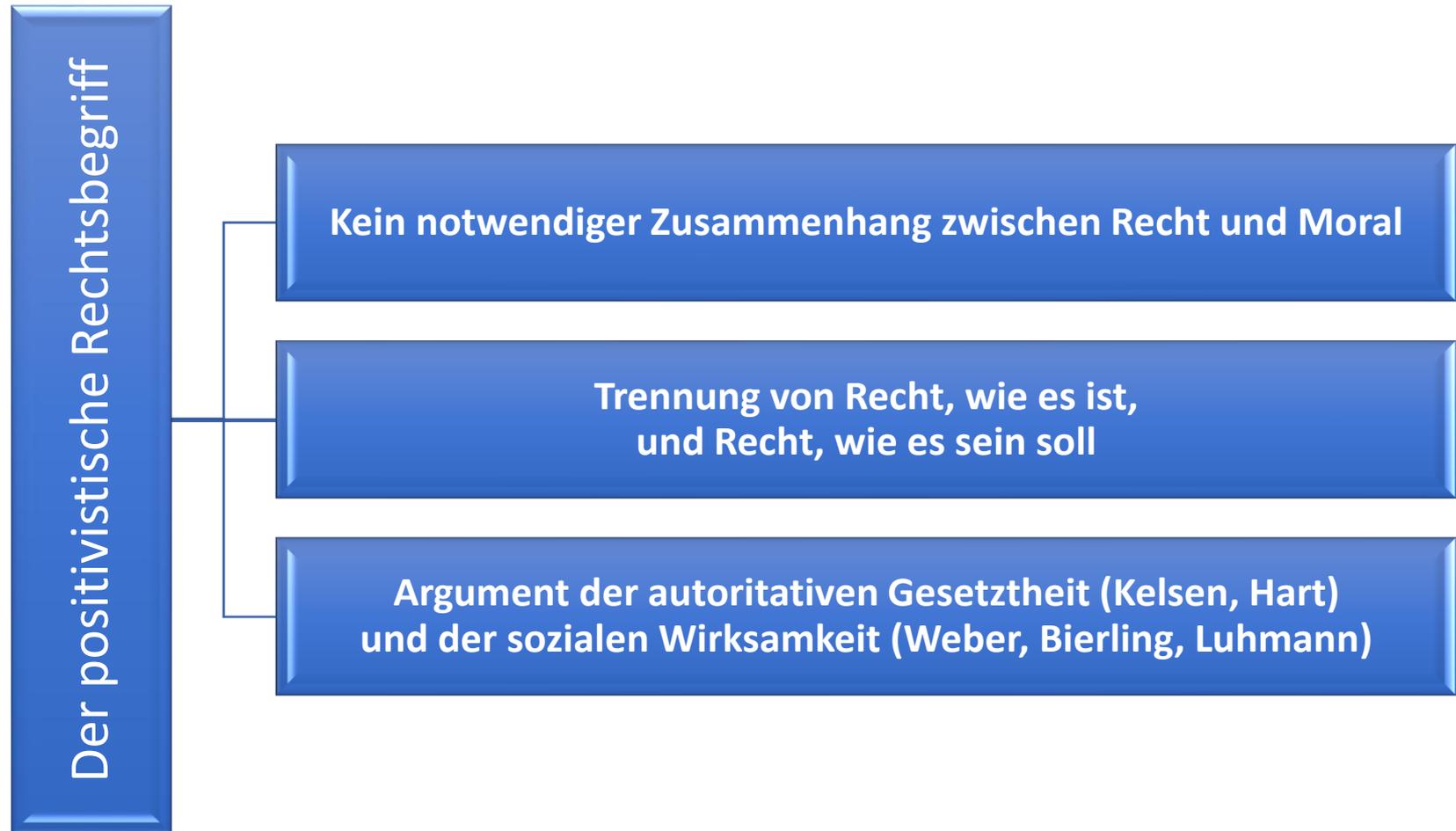
kein Recht

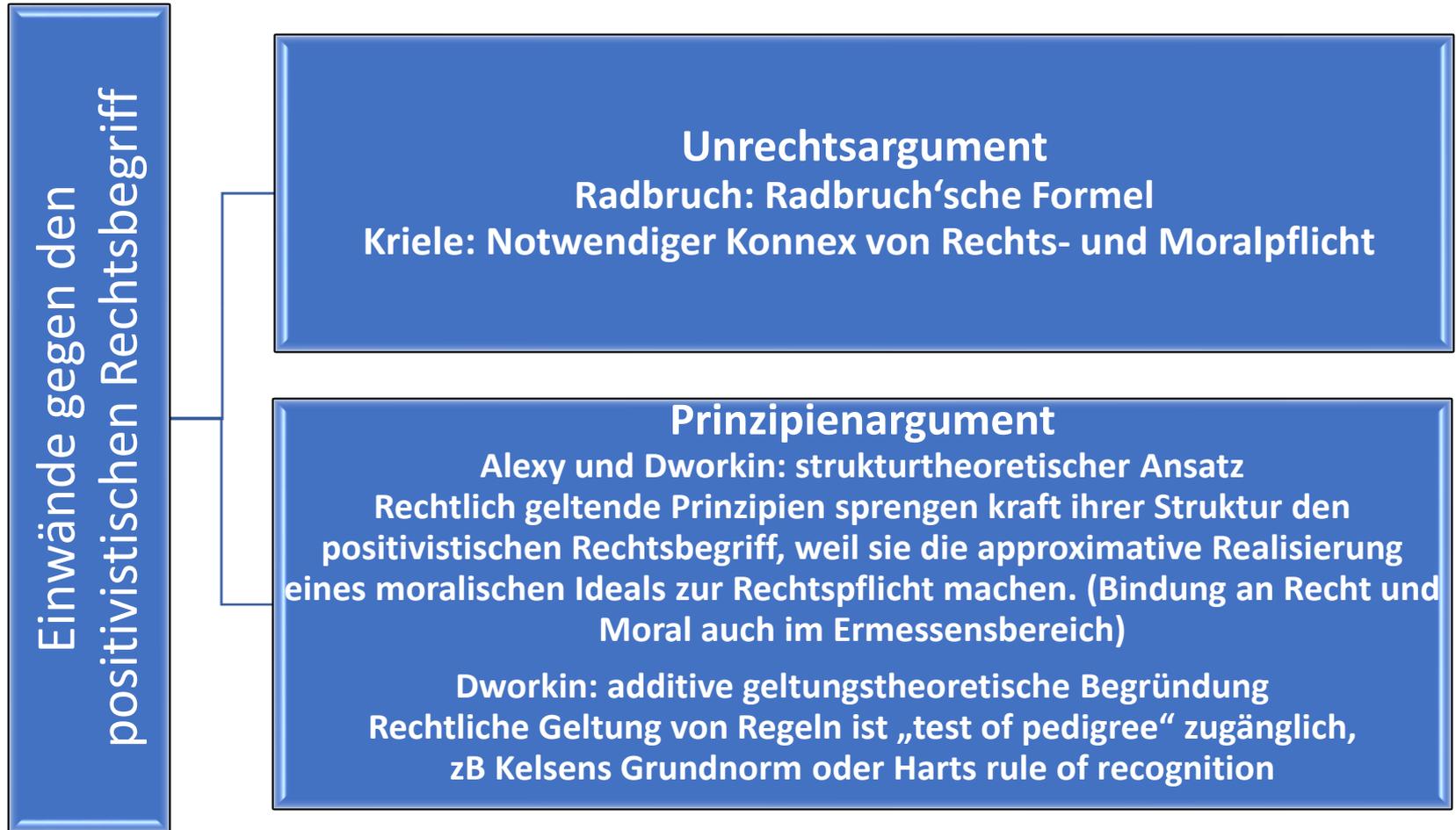
nicht gültig

keine
Gehorsamspflicht

Unrechts- und Prinzipienargument als Kritik am positivistischen Rechtsbegriff

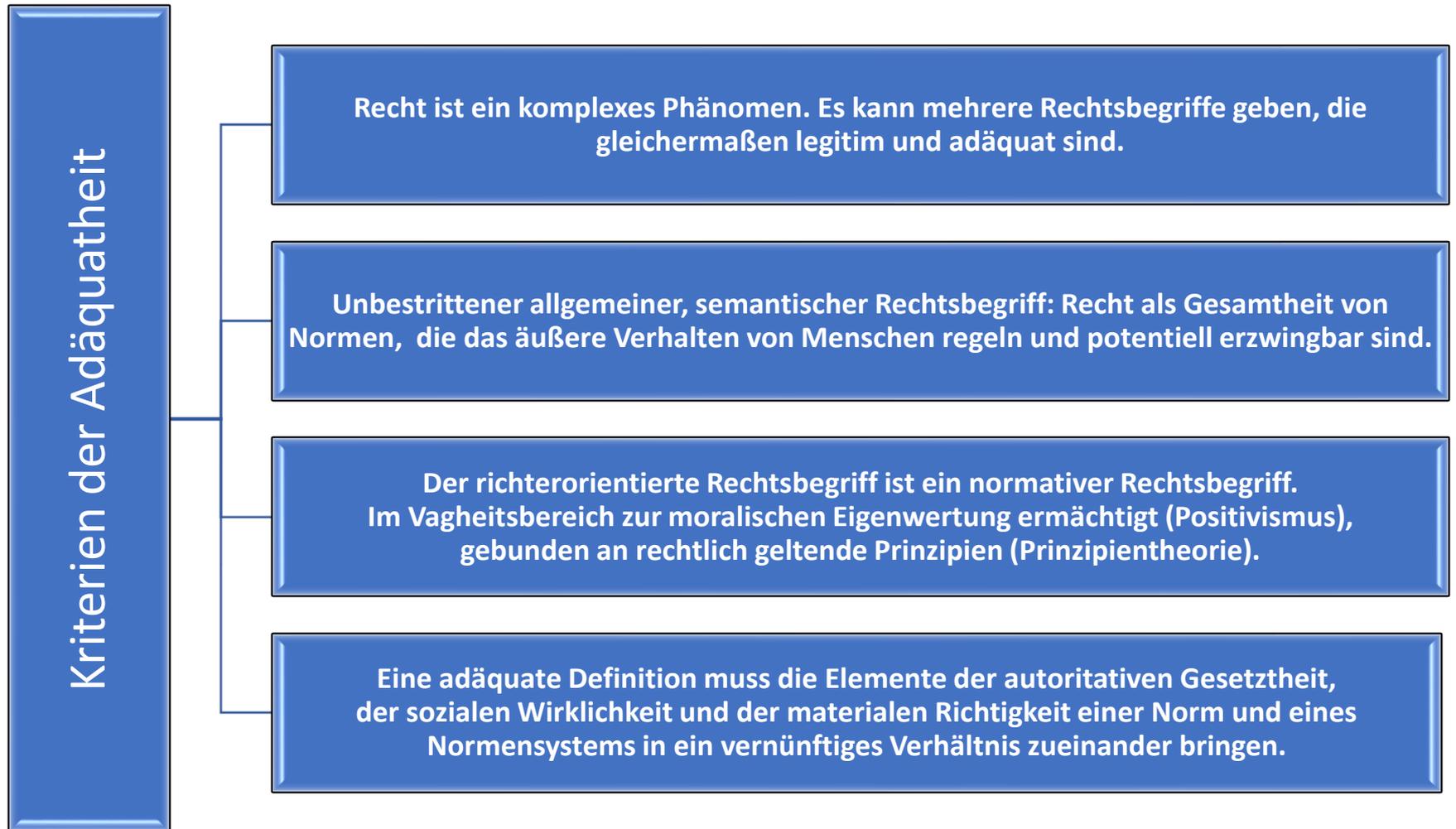
Vgl. Ralf Dreier, [Der Begriff des Rechts](#) in NJW 14 (1986) 890-896





Adäquatheit des Rechtsbegriffs

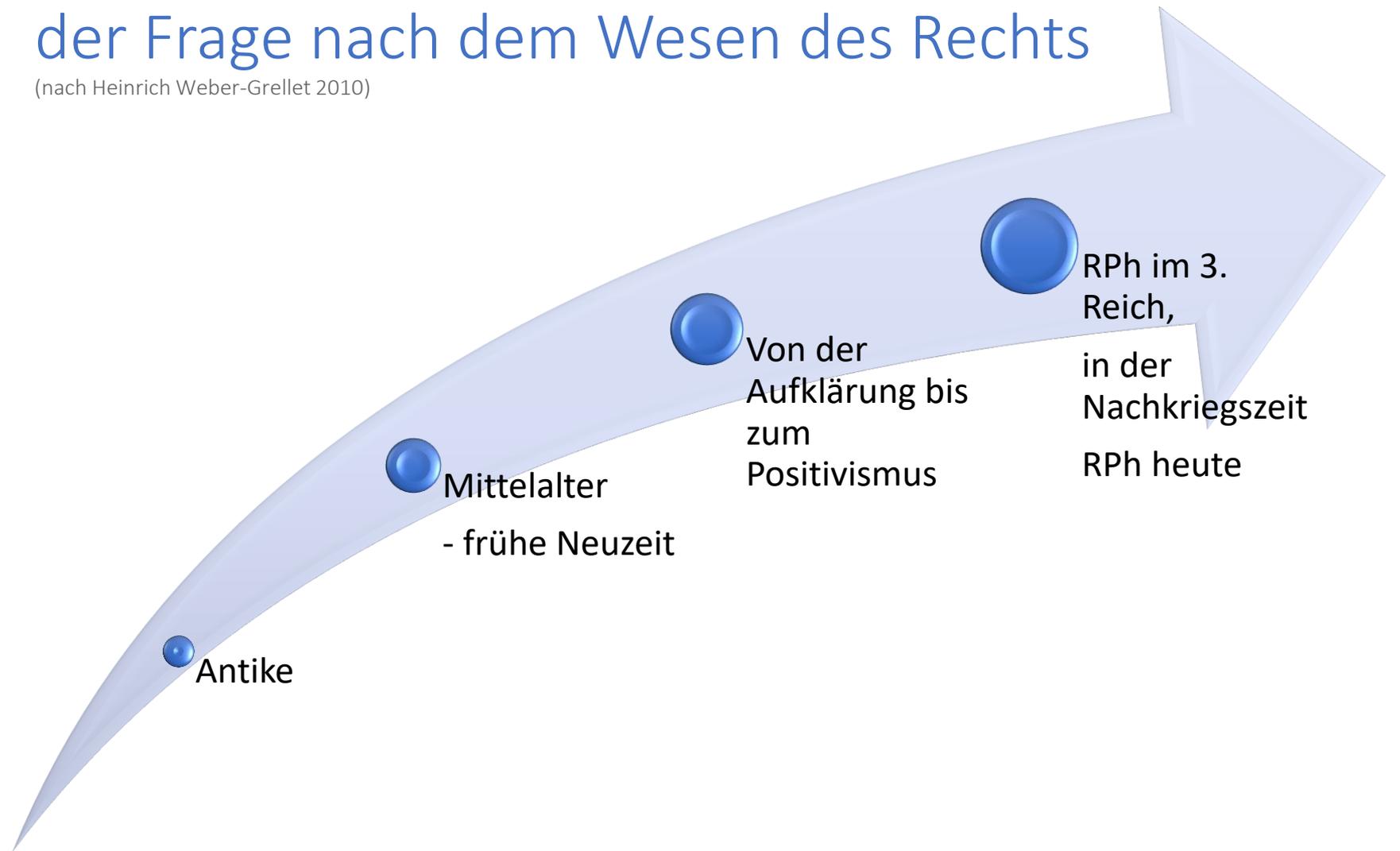
Vgl. Ralf Dreier, [Der Begriff des Rechts](#) in NJW 14 (1986) 890-896



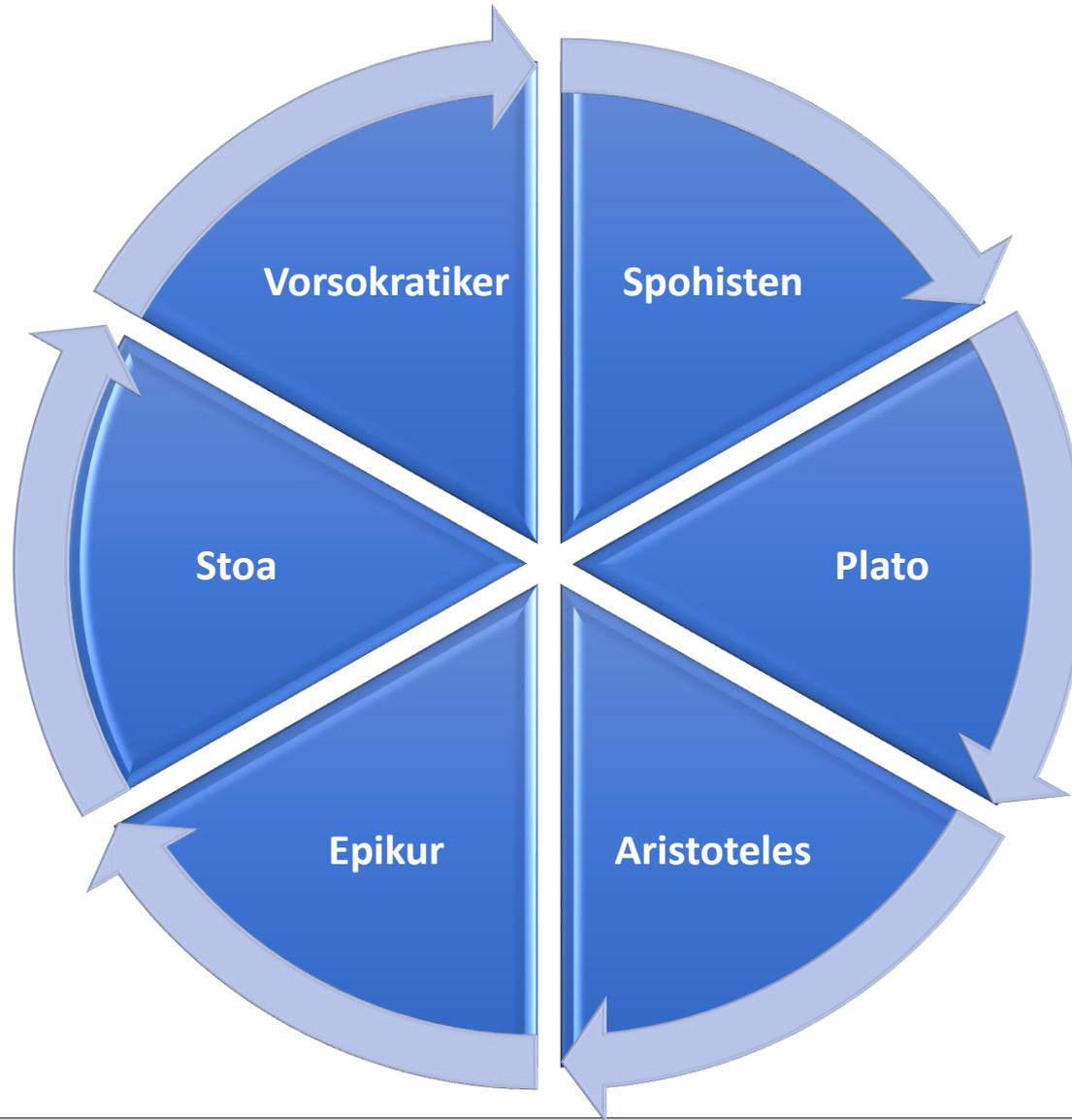
Exkurs

Entwicklung der Frage nach dem Wesen des Rechts

(nach Heinrich Weber-Grellet 2010)



Antike



Vorsokratiker (6. Jh v Chr)

- Heraklit: aus der Natur lassen sich gewisse allgemeine Normen des Handelns entnehmen

Sophisten (5. Jh v Chr)

- Gesetztes Recht hat nichts wesentlich Gutes oder Bleibendes an sich
- Es beruht auf Satzung und Übereinkunft,
- dient bestimmten Zwecken und Interessen.

Plato (427-347)

- Recht besteht unabhängig von positiver Gesetzgebung
- Das in Ideen gegründete Naturrecht

Aristoteles (384-322)

- Gerechtigkeit als soziale Tugend (austeilende/ausgleichende G./Epikie)
- In der Sozietät zeigt sich Gerechtigkeit in der Gleichheit

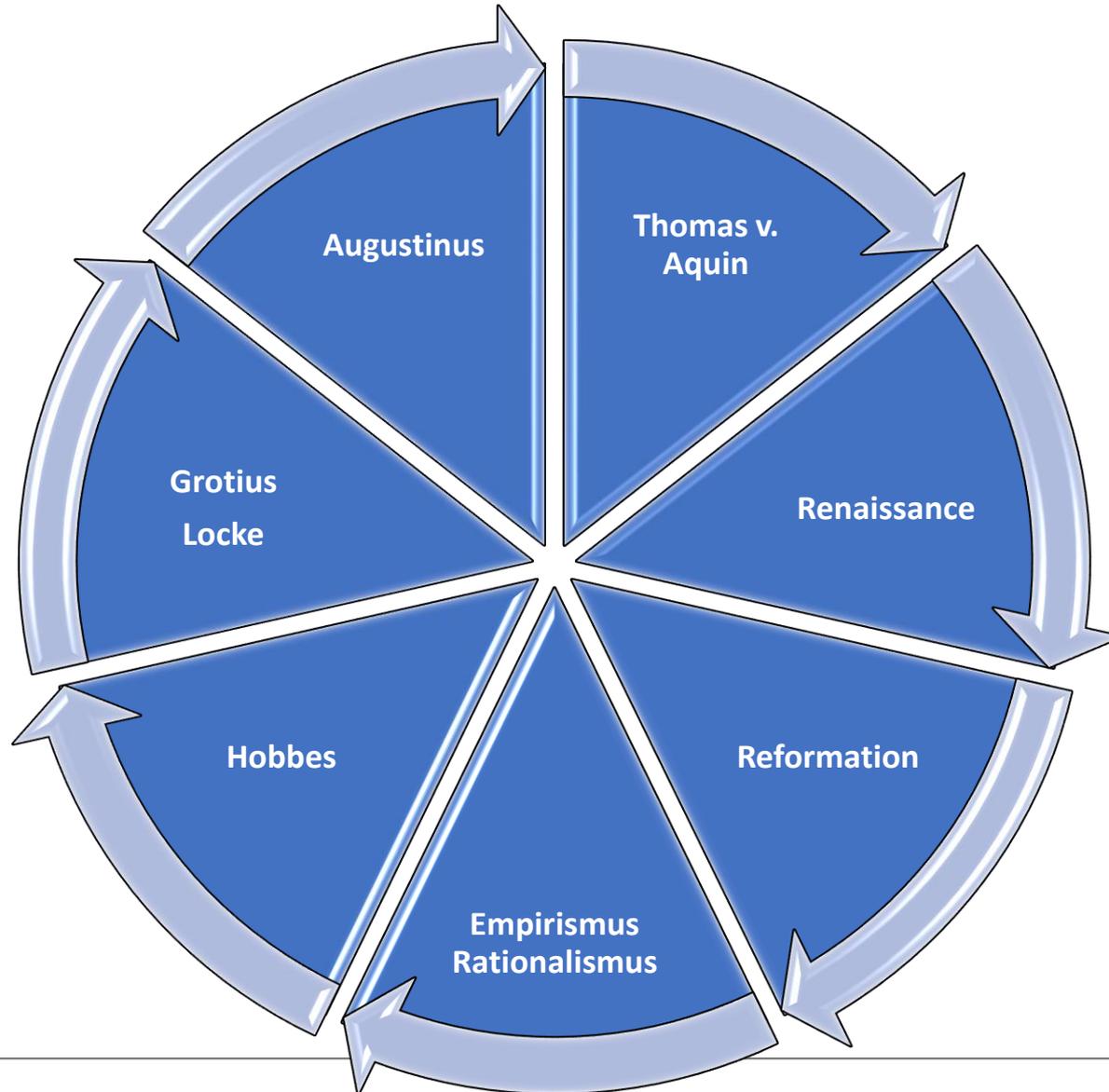
Epikur (342-270)

- Vertraglich festgelegte Rechtsordnung
- In Sozietät ist Gerechtigkeit für alle dasselbe

Stoa (ca. 200 v Chr bis 200 n Chr)

- Ideal: der Weltstaat
- Stoisches Naturrecht: Basis ist die frei und gleiche Natur aller Menschen
- Wurzeln der Franz. Revolution: Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit

Mittelalter und frühe Neuzeit



Mittelalter und frühe Neuzeit

Augustinus
(354-430)

- **Zwei-Reiche-Lehre**
- **Staat als Räuberbande**
- **Plato-Rezeption**

Thomas v. Aquin
(1226-1274)

- **Christl. Naturrechtslehre**
- **Aristoteles-Rezeption**
- **Menschliches Recht aus Naturgesetz ableitbar**

Renaissance
(15./16. Jh.)

- **Neuer Wissenschaftsbegriff**
- **Paradigmenwechsel im Weltbild**
- **Wiederentdeckung der Stoa**

Reformation
(Luther 1483- 1546)

- **Recht als Teil weltlicher Obrigkeit**
- **Wegbereiter eines apolitischen Positivismus**

Mittelalter und frühe Neuzeit

**Empirismus
Rationalismus
(1600-1800)**

- **Empirismus setzt auf Erfahrung**
- **Rationalismus auf Verstand**
- **Säkularisierung des Naturrechts**

**Hobbes
(1588-1679)**

- **Materialist**
- **Negatives Menschenbild (homo homini lupus)**
- **Auctoritas non veritas facit legem**

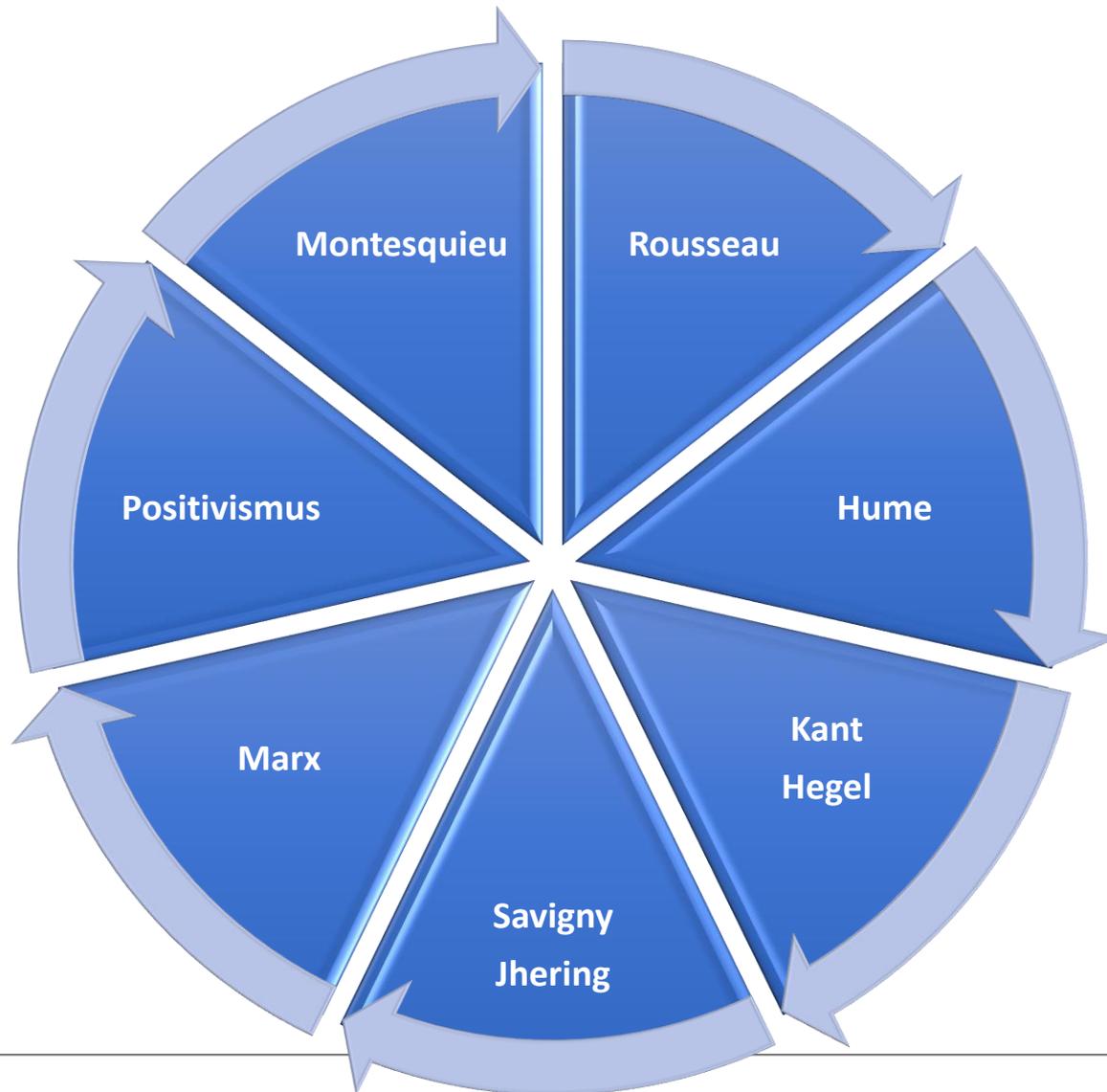
**Grotius
(1583-1645)**

- **Begründer des neuzeitlichen / rationalistischen Naturrechts**
- **Gedanke der Volkssouveränität**

**Locke
(1632-1704)**

- **Vorrangiges Naturrecht**
- **Der Mensch ist von Natur aus frei, gleich, unabhängig.**
- **Staat als Garant persönlicher Freiheit und Habe.**

Von der Aufklärung zum Positivismus



Von der Aufklärung zum Positivismus

**Montesquieu
(1689-1755)**

- Geist der Gesetze bedingt durch Natur der Dinge, Natur der Menschen und äußere Bedingungen

**Rousseau
(1712-1778)**

- Lehre vom gerechten Gesellschaftsvertrag
- Neue Gesellschaftsordnung durch Eliminierung von Ungleichheit und Unfreiheit

**Hume
(1711-1773)**

- „Naturalistische Anthropologie“
- Der Mensch als affektbestimmtes Wesen

**Kant
(1724-1804)**

- Verbindung von Rationalismus und Empirismus
- Formales Vernunftrecht (Maß: kategorischer Imperativ)
- Rechtszweck: Gewährleistung äußerer Freiheit

Von der Aufklärung zum Positivismus

Hegel
(1770-1831)

- Idealismus als Reaktion auf Empirismus / Rationalismus
- Es gibt nur eine Welt, die des Geistes.
- Rechtssystem = das Reich verwirklichter Freiheit

Savigny
(1779-1861)

- Historische Rechtsschule
- Gegen Aufklärung, Naturrecht und Idealismus
- Recht als Ergebnis eines geschichtlichen Prozesses

Marx
(1818-1883)

- Rechtsordnung als Ausdruck der Klassensituation

Jehring
(1818-1892)

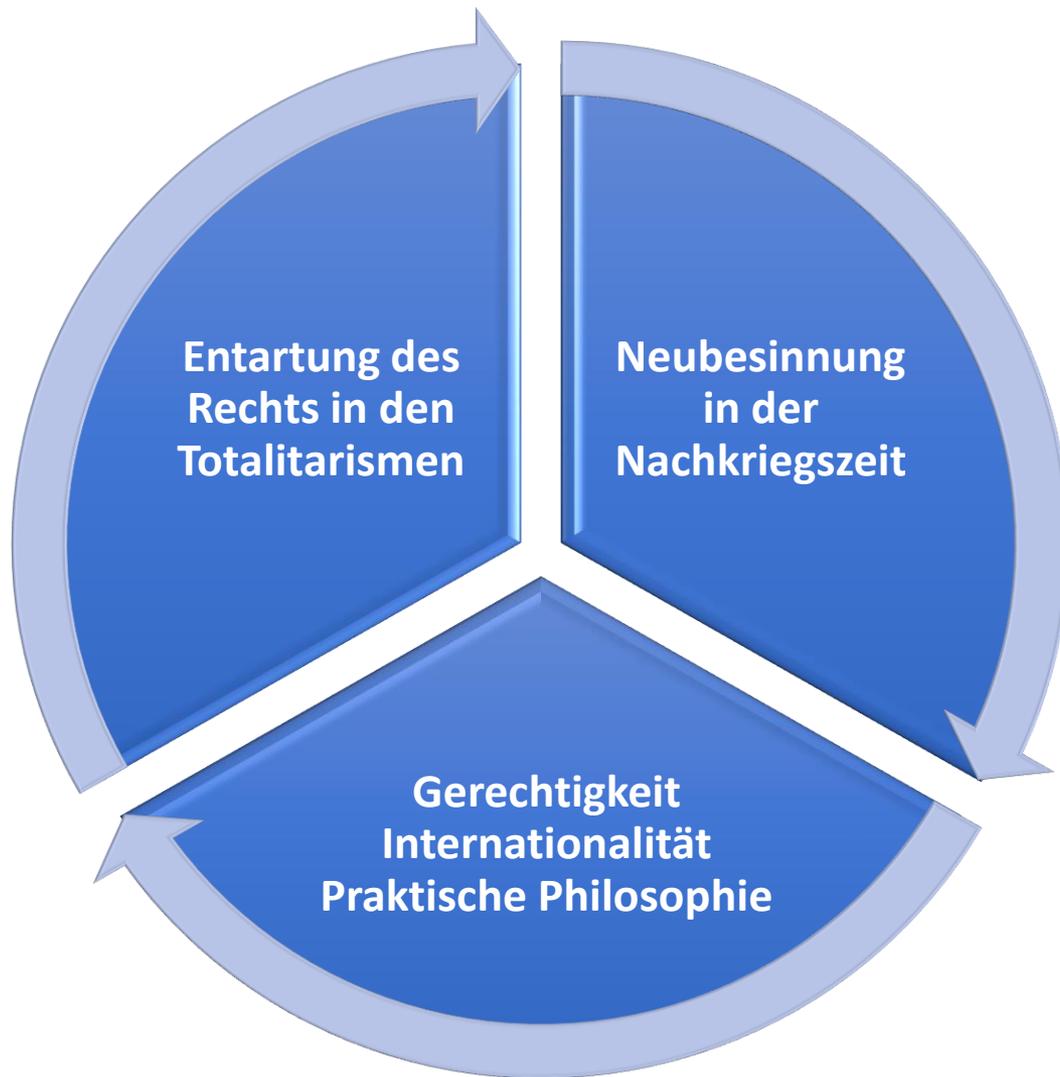
- Interessensjurisprudenz
- Recht als Ergebnis der um Anerkennung ringenden Interessen materieller, nationaler, religiöser und ethischer Art

Von der Aufklärung zum Positivismus

Positivismus (ab 1850)

- **Lehrt die Einheit von Recht und Staat**
- **Trennung von Recht und Moral**
- **Gehorsam gegenüber dem Gesetz**
- **auch Bindung an unrechte Gesetze**
- **Naturrecht und Rechtsphilosophie (Rechtsethik) verlieren ihre Existenzberechtigung**
- **Langsamer Prozess der Überwindung des rein positivistischen Rechtsverständnisses durch Bindung an Menschenrechte**

Rechtsphilosophie im 20./21. Jh.



Rechtsphilosophie im 20./21. Jh. (Exkursende)

Entartung des Rechts in den Totalitarismen

- **Ideologische Doktrin in Nationalsozialismus und Kommunismus als oberste Norm der Rechtsordnung und übergesetzliche Rechtsquelle**
- **Außergesetzliche Generalklauseln („gesundes Volksempfinden“)**
- **Gemeinnutz vor Eigennutz; Rassenideologie**

Neubesinnung in der Nachkriegszeit

- **Renaissance des Naturrechts: Radbruch'sche Formel**
- **Wiederentdeckung und Fortbildung analytischer Philosophie führt zu Renaissance des Positivismus**
- **Reduktion von Rechtsphilosophie zu Rechtstheorie**

Rechtsphilosophie Rechtsethik heute

- **Wiederentdeckung der normativen Dimension: Gerechtigkeit**
- **Instrumentalisierung des Rechts durch „Gesinnung“**
- **Internationaler Austausch**
- **Hinwendung zu praktischer Philosophie**

Strukturen des Rechtsdenkens

(nach Braun, Einführung in die Rechtsphilosophie, Tübingen 2006, §§ 8-28)



Vgl. S. 85

Utopisches Rechtsdenken

- Thomas Morus
- T. Campanella
- G. Winstanley
- J.G. Fichte
- Marxismus
- Nationalsozialismus

- Reflexion der Wirklichkeit durch Utopien. Daraus folgt Rückwirkung auf Realität.
- Vorstellung des Gemeinwesen als große Familie



Vgl. S. 174

Rationalistisches Rechtsdenken

- Machiavelli
- Thomas Hobbes
- John Locke
- J.J. Rousseau
- I. Kant
- Hans Kelsen
- John Rawls

- Der entzweite und isolierte Mensch als Grundbefindlichkeit der Gesellschaft.
- Es geht um Sicherung der Gegenwart
- Der Einzelne als Mittelpunkt des Staates – Egozentrik als Einengung des Ganzen



Vgl. S. 165

Institutionelles Rechtsdenken

- Hugo Grotius
- S. Pufendorf
- Christian Wolff
- Montesquieu
- Hist. Rechtsschule
- G.W.F. Hegel
- Niklas Luhmann

- Recht als Vorgegebenheit ist verwurzelt in Kultur und Geschichte, im Denken u. Handeln der Menschen
- Recht findet Ausdruck in gewachsenen Institutionen

Selbst- und Fremdbestimmung von Moral und Recht

(nach Johann Braun)

Über die Schwierigkeit autonomen Handelns in einer heteronom bestimmten Gesellschaft

- **Recht und Moral als Mittel der Verhaltenslenkung**
 - Verallgemeinerbarkeit des Handelns und der Motive bei Kant
 - Recht als Fremd- und Moral als Selbstbestimmung im Rechtspositivismus
 - Fremdbestimmung des Rechts und der moralischen Selbstbestimmung
- **Der Rechtsstaat als limitierte rechtliche Fremdbestimmung**
 - Formeller und materieller Rechtsstaat
 - Zweifelhafter Grund der Grundrechte
- **Instrumentalisierung der Moral**
 - Geschlossene Gesellschaften
 - Sozialmoral in der offenen Gesellschaft
 - Steuerung der Moral in der postmodernen Gesellschaft: „Political ,Correctness““
- **Institutionelle Defizite in der postmodernen Gesellschaft**

Gesinnung zwischen Haltung und Zwang

Sprachregelungen: Orientierungshilfe oder Indoktrinierung?

Steuerung durch wen/was?

Offene und versteckte Motive von Interessensgruppen

Tabuisierungen im Kontext gesellschaftssensibler Themen?

Instrumentalisierung der Sozialmoral durch Medien

Instrumentalisierung der Sozialmoral durch Staatsgewalt?

„In der postmodernen Gesellschaft genügt es nicht mehr, sich richtig zu verhalten; man muss auch richtig reden und denken, wenn man unbehelligt bleiben will. Die eigene Gesinnung ist nicht mehr allein vor dem internen Forum des eigenen Gewissens, sondern darüber hinausvor dem Forum öffentlicher Instanzen zu verantworten. Wie in Diktaturen finden sich zunehmend selbsternannte Aufseher, Denunzianten und Zuträger, die es für ihre staatsbürgerliche Pflicht halten, Ansehen, Ehre und berufliches Fortkommen von Bürgern zu zerstören, die sich dem Konformitätsdruck offen widersetzen. Eine solche Gesellschaft ist totalitär, mag auch in der Verfassung das Gegenteil stehen.“

(Johann Braun, [Recht und Moral im demokratischen Rechtsstaat](#). In Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte [2010] 3-14, hier 13.)

„Neusprech“ in George Orwells dystopischem Roman 1984

Neusprech wird im übertragenen Sinne als Bezeichnung für Sprachformen oder sprachliche Mittel gebraucht, die durch Sprachmanipulation bewusst verändert werden, um Tatsachen zu verbergen und die Ziele oder Ideologien der Anwender zu verschleiern.

Diese sprachpolitischen Maßnahmen haben das Ziel, über die Kommunikations- und Ausdrucksmöglichkeiten der Individuen die Gedankenfreiheit und damit die persönliche Identität, den Ausdruck der persönlichen Meinung und letztlich den freien Willen einzuschränken und zu steuern. In der individuellen Freiheit sieht die staatliche Führung eine Gefährdung der angeblich dem gesellschaftlichen Wohl dienenden Ideologie, der inneren Sicherheit und der Abwehr des möglicherweise fiktiven außenpolitischen Gegners und damit der Machtstellung der Regierung von *Big Brother* und der Partei. Abweichende Sprachformen werden sanktioniert und kriminalisiert, etwa als Gedankenverbrechen. Die den „falschen Worten“ entsprechenden „falschen“ Gedanken sollen durch Verhinderung ihrer Ausdrucksmöglichkeiten psychologisch unmöglich gemacht werden. Durch die Sprachregelung soll die Bevölkerung so manipuliert werden, dass sie nicht einmal an Aufstand *denken* kann, weil ihr die Wörter dazu fehlen. Damit zeigt das Regime seinen totalitären Anspruch, nicht nur das Verhalten von Menschen äußerlich durch Gesetze einzuschränken (autoritär), sondern einen neuen Menschen in einer neuen Gesellschaft zu erschaffen, der glaubt, selbst denken und tun zu *wollen*, was er denken und tun *soll*.

Quelle: Wikipedia.org

George Orwell, 1984. Das Buch heute zu lesen (bzw den verlinkten [Film](#) anzusehen) führt zu einem beklemmenden Wirklichkeitsbezug.

Vorschau auf die Vorlesung am 18.11.2020

Nächste Woche, am 18.11.2020, wenden wir uns der zentralen Thematik des Menschenbildes als rechtsethischer Dimension zu. Der Mensch im Recht ist denn auch der rote Faden, der sich durch die weiteren Themen angewandter Rechtsethik ziehen wird.

Weiterhin angesichts der SARS-CoV-2-Krise: **Take care, keep calm, stay safe!**

MfG

Karl Heinz Auer

