

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Christoph Brenn, Richard Hargassner, Herbert Painsi,

Eckart Ratz, Martina Weixelbraun-Mohr, Jörg Ziegelbauer

Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

Oktober 2022 **20a**

1013 – 1072

Gerhard Hopf zum 80. Geburtstag

Worum es im Grunde geht

Nachdenken über Recht als Schutz vor Vereinnahmungen und Totalitarismen

Fragt man den Juristen, worum es im Recht im Grunde geht, kommt man früher oder später zur Antwort: um den Menschen, der dem Recht vorgegeben und dem Recht aufgegeben ist. Vorgegeben als Grund und aufgegeben als Ziel allen Rechts.¹⁾ Das Recht ist vom Menschen her zu denken und nicht umgekehrt. Diese grundlegende Prämisse schützt sowohl vor einer Instrumentalisierung des Rechts als auch vor Totalitarismen, in welcher Form sie auch immer daherkommen, die mit dem freiheitlich demokratischen Verfassungsstaat nicht vereinbar sind.

Von Karl Heinz Auer

ÖJZ 2022/127

A. Am Puls der Gegenwart

Erfahrungen mit Enttäuschungen oder Unzulänglichkeiten im Rechtsleben finden häufig in Witzen ihre Ausdrucksform. Ein in juristischen Bereichen bekanntes Bonmot hat einen Menschen zum Inhalt, der den Richter anfleht: „*Ich will doch nur Gerechtigkeit!*“, und von diesem die Antwort erhält: „*Ein Urteil können Sie haben!*“ Die Pointe eines anderen Witzes lautet, in zwei Bereichen sei es besser, ihre Entstehung nicht zu kennen – bei Würsten und Gesetzen. Auch die pointierte Empfehlung an den Vermieter, zur Vermeidung von Schadenersatz die Wohnung nicht der Familie mit drei Kindern zu vermieten, sondern an jemanden, der einen Diskriminierungsschutz geltend machen könnte, schlägt in diese Kerbe.

Es ist hier nicht der Ort, auf die hintergründige Bedeutung von Witzen einzugehen, aber die Beispiele zeigen deutlich Wahrnehmungen auf, die eng mit der Frage nach dem Recht und seiner Aufgabe zusammenhängen. Sei es die weitgehende Absenz des Gerechtigkeitsanspruchs der Rechtsordnung im 20. Jahrhundert, seien es Probleme, die mit der sogenannten Anlassgesetzgebung einhergehen, oder seien es weltanschauliche Entwicklungen, die in das gesetzte Recht Eingang gefunden haben oder *praeter legem* und *contra legem* Gültigkeit beanspruchen.

Worum es dem Recht im Grunde geht, ist eine ganz basale Frage, der sich jeder stellen muss, der damit zu tun hat, sei es als Norm-Unterworfener oder Norm-Schaffender, als Recht-Suchender oder Recht-Sprechender. Nachdenken über Rechtliches beschränkt sich dabei nicht auf den dogmatischen Argumentationshorizont einer bestimmten geltenden Rechtsordnung, sondern berücksichtigt zudem als Quellen Vernunft und Erfahrung,²⁾ rationale Erkenntnis und die Tradition von Philosophie- und Rechtsgeschichte. Es erschöpft sich nicht in Mikrologien und meidet juristische Petitessen. Das Recht selbst wird reflexiv und sucht nach dem Maßstab für sich selbst.³⁾ Damit verbindet sich die Frage nach dem Ethos der Juristen. Dieses ist anthropologisch fundiert und orientiert sich im Grundgehalt an gegebenen Recht und der Suche nach dem, was hier und jetzt konkret Recht ist.⁴⁾ Die Rechtspflege hat beides zu berücksichtigen: den Menschen als personales und soziales Wesen und die Rechtsordnung als konkreten Rahmen, in dem er sich verwirklichen und entfalten kann. Das personale Menschenbild, verankert im Recht gleichermaßen wie auch – mehr oder weniger – im gesellschaftlichen Bewusstsein, vermag, zum Schutz vor menschenverachtenden Tendenzen im Mikro- wie im Makrobereich beizutragen und den Blick auf das Wesentliche zu schärfen und zu wahren.⁵⁾ Weil aber mit dem Wandel der Geschichte auch ein Wandel des Menschenbildes einhergeht, geht es

im Hinblick auf die vielen aktuellen Herausforderungen darum, den Puls der Gegenwart zu ertasten und Weichenstellungen für die Zukunft vorzunehmen. Davon abzugrenzen sind jene Stimmen, die lediglich auf dem Klavier des Zeitgeistes klimpern und durch die rigorose Ausgrenzung anders Denkender eher einem totalitären System denn einem freiheitlich demokratischen Gemeinwesen zuzuordnen sind.

B. Moralismus contra legem

Die Frage nach dem Wesen des Rechts reicht bis in die Anfänge der menschlichen Geschichte zurück, verläuft durchaus nicht linear und bringt auch Paradigmenwechsel mit sich, die nicht nur die betroffene Sozietät in einem anderen Licht erscheinen lassen, sondern auch den individuellen Menschen und das Recht. Man denke nur an den Beginn der Neuzeit, als das mittelalterliche theozentrische Weltbild vom anthropozentrischen Weltbild des Humanismus abgelöst und zur Grundlage der weiteren Entwicklung vor allem im Kontext der Aufklärung wurde, deren Geist die großen menschenrechtlichen Kodifikationen der Gegenwart nach wie vor atmen. Im Streit der unterschiedlichen Schulen und Richtungen ging es seither immer auch um die Frage der Gemeinsamkeiten bzw. Abgrenzungen von Recht und Moral. Die einen sehen sich mit dem Vorwurf konfrontiert, zu bloßen Rechtstechnikern degeneriert zu sein, die die Gerechtigkeit aus den Augen verloren haben. Die anderen haben mit dem Vorwurf zu kämpfen, mit moralischen und sittlichen Elementen das Recht zu verfremden. Der *Kant'sche* Erklärungsansatz, dass Moral Moralität fordere, das Recht hingegen Legalität, greift aus heutiger Perspektive ebenso zu kurz wie der Gegensatz von der Äußerlichkeit des Rechts und der Innerlichkeit der Moral⁶⁾ oder der Selbstbestimmung der Moral und der Fremdbestimmung des Rechts.⁷⁾ Denn äußeres und inneres Verhalten sind sowohl moralischer als auch rechtlicher Wertung zugänglich. Und auch Selbst- und Fremdbestimmung sind Merkmale beider Disziplinen. Mit der Möglichkeit der Fremdbestimmung durch Recht und Moral besteht die Gefahr der Instrumentalisierung. Nicht nur durch politische

1) Vgl. Radbruch, *Der Mensch im Recht II* (1993) 467.

2) Vgl. Mayer-Maly, *Rechtsphilosophie* (2001) 1.

3) Vgl. Braun, *Einführung in die Rechtsphilosophie* (2006) 3.

4) Vgl. Böckenförde, *Vom Ethos der Juristen*, in: *Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte Bd 60* (2011).

5) Vgl. Auer, *Das Menschenbild als rechtsethische Dimension der Jurisprudenz* (2005) 265.

6) Vgl. Radbruch, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe* (1999) 43.

7) Vgl. Braun, *Selbstbestimmung und Fremdbestimmung. Rechtstheorie 2012*, 159.

Machthaber, auch durch die Medien, deren Rolle als de facto vierte Macht im Staat immer deutlicher hervortritt. Wer sich dem propagierten Moralismus nicht unterwirft, dem droht der soziale Boykott,⁸⁾ wird mundtot gemacht zB durch „Cancel Culture“ und andere offene und verdeckte Repressalien. Der Rechtsstaat mit seinen Grund- und Freiheitsrechten scheint da ausgehebelt. Der Mensch kommt unter die Räder. *George Orwells* dystopischer Roman 1984, in dem nicht nur abweichende Sprachformen sanktioniert und kriminalisiert werden, sondern vielmehr auch falsche Gedanken, hat heute einen geradezu beklemmenden Wirklichkeitsbezug.

C. Gegenseitig bedingt: Recht und Gesellschaft

Vor allem seit Begründung der modernen Rechtssoziologie wird die Unterscheidung zwischen lebendem Recht und Gesetzesrecht getroffen.⁹⁾ Während die Rechtsdogmatik als die Wissenschaft vom objektiven Sinn positiver Rechtsordnungen gilt, wird die Frage nach verursacher und ursächlich wirkender Tatsache der Sozialtheorie des Rechts zugeordnet.¹⁰⁾ Diese analysiert die gegenseitige Bedingtheit von Recht und Gesellschaft. Die Gesellschaft ist normativ bedingt durch das Recht, das Recht ist faktisch bedingt durch die Gesellschaft. Differenzen ergeben sich aus dem Widerspruch zwischen dem, was als Recht in einer Gesellschaft faktisch gelebt wird und dem, was normativ als Recht für diese Gesellschaft gesetzt ist. Differenzen ergeben sich aber auch, wenn das gesellschaftliche Bewusstsein der Laien signifikant vom rechtlichen Bewusstsein der Juristen abweicht.¹¹⁾ Aus diesem Spannungsverhältnis heraus sind immer wieder Klarstellungen erforderlich. So stellte der OGH aus gegebenem Anlass – es ging um die Frage, ob die Vereinbarung zwischen einer Prostituierten und ihrem Kunden nicht generell sittenwidrig sei – zB fest, dass die guten Sitten zwar der Inbegriff des Rechts, aber nur insoweit relevant sind, als sie in der Rechtsordnung ihren Niederschlag gefunden haben.¹²⁾ Daran ist zu erinnern angesichts der die gegenwärtigen Diskurse prägenden Moralismen, die Gültigkeit und Gefolgschaft auch abseits jenen Rechts für sich beanspruchen.

D. Totes Recht in Krisenzeiten?

Gerade in Krisenzeiten zeigt sich, wie unzulänglich der Umgang mit dem Recht ist. Dass die Gesetze schweigen, wenn die Waffen sprechen, wusste schon Cicero: „*Silent leges inter arma.*“ Die Aussage ist aber nicht nur für Kriege, sondern für Krisen generell zutreffend.

Als 2015 die Flüchtlingsproblematik die mitteleuropäischen Länder in einem ungeahnten Ausmaß dominierte,¹³⁾ war die Staatsgewalt rat- und tatlos. „*Der Rechtsstaat verzichtet auf die Durchsetzung des geltenden Rechts, Regierung und Exekutive treffen ihre Entscheidungen am demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbei, staatsfinanzierte Medien üben sich in Hofberichterstattung, das Volk wird stummer Zeuge der Erosion seiner kollektiven Identität.*“¹⁴⁾ Da war nicht nur von der Krise des Verfassungsstaates die Rede, sondern sogar von der „Herrschaft des Unrechts“.¹⁵⁾

Ähnlich verhielt es sich beim islamistischen Terror, den der österr wie auch der deutsche Verfassungsschutzbericht 2016 als größte Gefahr nannte. Dem ging eine ganze Reihe von Terroranschlägen voraus, vor allem im Zusammenhang mit al-Qaida und dem IS, der nicht nur ein beachtliches Herrschaftsgebiet erobern, sondern auch junge Menschen aus vielen, auch europäischen Ländern rekrutieren konnte. Die Ursachen der kollektiven und individuellen Radikalisierung kamen nur langsam in den Blick, Möglichkeiten der Radikalisierungsprävention und der Deradikalisierung

auf psychologischer und Strafvollzugsebene standen erst am Anfang. Die Gesetzgeber modifizierten das Strafrecht – ungeachtet der Einwände betreffend Verhältnismäßigkeit und Rechtsstaatlichkeit – in dem Sinn, dass sie die Strafbarkeit terroristischer Handlungen auf Vorbereitungshandlungen vorverlagerten.¹⁶⁾

Das Schweigen des Rechts oder das Lavieren am Rande des Rechts, gar praeter und contra legem, zeigt sich auch in vielen anderen Bereichen: in den Finanzmarktkrisen der Euro-Länder und den mandatsüberschreitenden Maßnahmen der Europäischen Zentralbank; in den No-go-Areas und Parallel- bzw Gegengesellschaften, die sich der Exekutive und Judikative weitgehend zu entziehen wissen; in den Medienberichten, die öffentliche Verurteilungen enthalten und sich am Schluss lapidar mit dem Hinweis auf die zur hohlen Floskel degradierten Unschuldsvermutung absichern; in anonymen Anzeigen an die Staatsanwaltschaft, die mangels Substanz früher oder später zurückgelegt werden, den Betroffenen aber massiv schaden; in Ad-hoc-Verordnungen im Gesundheitsbereich, die weniger im Dienst der Sache stehen als um Wohlwollen bestimmter Gruppen buhlen; in Universitäten, in denen anstelle der Freiheit der Lehre und Forschung die „richtige Gesinnung“ getreten ist usw usf.

E. Im Dienst des sozialen Friedens

Den genannten Beispielen ist gemeinsam, dass sie andauern und ein hohes Konfliktpotenzial bergen. Die Differenz zwischen dem Recht, wie es normativ gesetzt ist, und dem, wie es faktisch gehandhabt wird, kann nur im Rahmen der Rechtsordnung des freiheitlich demokratischen Verfassungsstaates überbrückt werden. Einer Rechtsordnung, in deren Zentrum der Mensch als Person steht. Einer Rechtsordnung, die stark genug ist, Missbrauch, Instrumentalisierungen und Totalitarismen abzuwehren. Einer Rechtsordnung im Dienst des sozialen Friedens.

8) Vgl *Bolz*, Keine Macht der Moral! (2021) 16.

9) Vgl *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913).

10) Vgl *Radbruch*, Rechtsphilosophie. Studienausgabe 106f.

11) Vgl *Maihofer*, Die gesellschaftliche Funktion des Rechts, in *Maihofer/Schelsky* (Hrsg), Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie I (1970) 11.

12) Vgl OGH 18. 4. 2012, 3 Ob 45/12g, 4.6.1.

13) Vgl *Auer*, Der Mensch im Recht. Interpretationsmuster im Spannungsfeld gesellschaftlicher Entwicklungen, ÖJZ 2016, 1045.

14) *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hrsg), Der Staat in der Flüchtlingskrise (2016) Umschlagklappe.

15) *Vosgerau*, Die Herrschaft des Unrechts (BoD).

16) Vgl *Auer*, Radikalisierung als Folge von Vergangenheitsverlust ohne Zukunftsgewinn. Herausforderung für den freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat, ÖJZ 2018, 16.