

RECHTSGELTUNG UND MORALISCHES URTEIL

I. Verbindlichkeit

Sie wollen eine Wohnung mieten und entdecken ein geeignetes Objekt. Leider ist die Miete, die dafür verlangt wird, exorbitant hoch. Sie erfahren, dass die Vermieterin über tausend Mietobjekte zu eigen hat und ansehnliche Profite macht. Im Vergleich dazu haben Sie nichts.

Sie denken: „Das darf doch nicht sein. Der Reichtum darf doch nicht so ungleich verteilt sein. Und selbst wenn er so ungleich verteilt sein dürfte, müssten die Mieten doch leistbar sein. Eigentum verpflichtet. Warum sollte jemand seinen Reichtum mehren dürfen, indem er arme Schweine finanziell auspresst? Das darf doch nicht sein.“

Natürlich darf das nicht sein. Aber das Recht sagt etwas anderes. Die Vermieterin darf die hohe Miete verlangen und behalten. Die Moral sagt: „Pfui!“ Das Recht erwidert achselzuckend: „Na und?“

§ 1. Die Grundfrage

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

- Kann das positive Recht verbindlich sein, auch wenn es uns unmoralisch dünkt?
- 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 (dazu gehören 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 die richtige **Behandlung anderer**. Wir behandeln eine andere Person „gut“, wenn wir ihre legitimen Interessen respektieren oder ihre Würde achten.

§ 2. 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 mo-

ralisch verbindlich. Die Rechtsgeltung ist davon verschieden. Sie ist im Wesentlichen ein Ausdruck von Übermacht oder von anderen sozialen Tatsachen, an denen keiner allein etwas ändern kann. Sie beruht etwa auf dem „Recht“ des Stärkeren (alles Recht ist „Faustrecht“).

- Das positive Recht gilt **vorbehaltlich des moralischen Urteils**. Seine Verbindlichkeit – die Rechtsgeltung – hängt davon ab, ob es sich rechtfertigen lässt.
- Das moralische Urteil gilt **vorbehaltlich des Raums, der von diesem selbst für das Recht freigegeben wird**. 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, dass 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 gehören zu diesen 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 sei, 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.

§ 3. 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. Über die Verbindlichkeit des Rechts für das individuelle Verhalten wird keine Aussage gemacht. Wie und ob man sich klug auf die Reaktionen der Staatsorgane einstelle oder diese strategisch beeinflusse, sei letztlich dem eigenen Urteil überlassen. Auch als Organ (etwa als RichterIn) sei man letztlich 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.

§ 4. Rechtspositivismus

Der Rechtspositivismus ist in seinen Hauptströmungen ebenfalls **reduktionistisch**. Das bedeutet, dass er zwischen Recht und Moral unterscheidet 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, nicht zur Sphäre der Normen, wo es darum geht, was man tun soll. Man kommt nicht vom „Sein“ zum „Sollen“.

Hans Kelsen (1881-1973), der einer der bedeutendsten Vertreter des Rechtspositivismus war, wollte indes am „Sollenscharakter“ des Rechts festhalten, ohne gleichzeitig auf moralische Verbindlichkeit zu rekurrieren. Kelsen könnte damit gemeint haben, dass das Recht uns mit Verhaltensgründen ausstatte („Du musst das

tun, weil das Recht es angeordnet hat“). Diese Sichtweise ist aber aus der Perspektive von Kelsens eigenem Ansatz unplausibel. Denn der Geltungsgrund des Rechts ist nach Kelsen eine „gedachte“ oder „hypothetische“ Grundnorm. Aus einer solchen Norm kann keine Verhaltenspflicht abgeleitet werden, denn eine solche Pflicht bliebe ebenso „gedacht“ oder „hypothetisch“ wie dieser Geltungsgrund. Oder aber Kelsen meinte, das Recht schreibe etwas vor oder ermächtige zu etwas, dessen Verbindlichkeit es aber offen lasse. Damit würde das Recht zu einem reichlich seltsamen sozialen Phänomen. Sein Geltungsanspruch bliebe unbestimmt.

III. Die Rechtsgeltung vorbehaltlich des moralischen Urteils

§ 5. Moral

Unser moralisches Überlegen setzt sich mit potenziellen Handlungsgründen auseinander. Es dient der Verhaltensorientierung. Wenn wir Gründe für gut halten und sie beachten, handeln wir aus Einsicht. Wir bestimmen selbst, was richtig und was falsch ist. Die Fähigkeit, aufgrund derer wir bestimmen, was wir tun sollen oder tun dürfen, 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 (etwa im Fall von „Überzeugungstätern“).

§ 6. Zwei Dimensionen

Was wir tun sollen, beurteilen wir auf unterschiedliche Weise. Unsere moralischen Überzeugungen reflektieren oft **Konventionen des richtigen Verhaltens** und damit das, was „man“ tun soll, damit „man“ als Mensch als gelungen („gut“) gelten kann. Das moralische Überlegen rekuriert aber auch auf **universelle Prinzipien**, aufgrund derer sich solche Konventionen kritisch beurteilen lassen.

Unser moralisches Denken hat daher eine konventionelle und eine postkonventionelle Dimension. **Konventionell** ist in der Moral alles, was als traditionell oder gemeinhin als maßgeblich hingenommen wird. In **postkonventioneller** Form manifestiert sich der Anspruch der Moral in der Anwendung eines universellen und unparteilich anzuwendenden Moralprinzips. Dieses dient auch dazu, unsere konventionellen moralischen Anschauungen auf ihre Stichhaltigkeit zu überprüfen (zu „kritisieren“). Unsere moralischen Überzeugungen sind aus **konventionellen** und **postkonventionellen** Elementen zusammengesetzt. Die Grundlage unseres moralischen Urteils ist ein Bestand an moralischen Überzeugungen, die im Kollisionsfall einer kritischen Reflexion unterzogen werden.

§ 7. Beispiele für postkonventionelle Moralprinzipien

Universelle Grundsätze der postkonventionellen Moral sind etwa das Nutzenprinzip, der kategorische Imperativ oder das Diskursprinzip. In diesen Prinzipien manifestiert sich der Grundgedanke, unser moralisches Urteil habe unparteilich und verallgemeinerungsfähig zu sein. Sie versuchen, diesem Gedanken eine genauere Fassung zu verleihen.

Die **Unparteilichkeit** verlangt die gleichmäßige Berücksichtigung aller Interessen ohne Ansehen der (insbesondere eigenen) Person.

Wer von vornherein den Interessen von Inländern größeres Gewicht beimisst als den Interessen von Ausländern, urteilt nicht unparteilich.

Die **Verallgemeinerungsfähigkeit** erfordert die Bereitschaft, eine Regel, die man auf andere anwendet, auch gegen sich selbst gelten zu lassen, wenn man sich in derselben Situation wie diese befände.

Der Hartherzige lehnt es ab, Arbeitslose zu unterstützen. Er darf sich daher keine Unterstützung im Fall der eigenen Arbeitslosigkeit erwarten.

Stark vereinfacht gesagt fordert das **Nutzenprinzip**, dass man so handeln soll, dass die Befriedigung von Präferenzen (oder „das Glück“) auf dieser Welt maximiert wird. Dieses Prinzip ist prägend für den sogenannten Utilitarismus (siehe dazu unten § 53).

Wenn, was naheliegend erscheint, eine staatlich garantierte Krankenversicherung insgesamt zu größerer Volksgesundheit führt als ein privates Versicherungssystem, ist eine staatliche Versicherung vom Nutzenprinzip gefordert.

Der **kategorische Imperativ** fordert, ebenfalls vereinfacht gesagt, dass die Regel des individuellen Handelns als ein allgemeines Gesetz gedacht oder gewollt werden kann. Dieses Prinzip steht im Zentrum der Moralphilosophie Immanuel Kants (1724-1804).

Als ein allgemeines Gesetz kann man eine Regel nicht denken, die besagt, dass man ein Darlehen zwar aufnehmen kann, es aber nicht zurückzahlen muss. Das Rechtsinstitut des Darlehens würde damit ad absurdum geführt. Als allgemeines Gesetz kann man nicht wollen, dass in einer Notlage niemandem außer einem selbst geholfen wird. Die Bevorzugung der eigenen Person kann kein allgemeines Gesetz sein, denn wenn sie dies wäre, würden alle gleichermaßen bevorzugt sein.

Das **Diskursprinzip** fordert, so zu handeln, als ob alle vom Handeln potenziell Betroffenen aufgrund einer freien und unparteilichen Debatte der Ausführung der Handlung hätten zustimmen können. Es ist von Jürgen Habermas (*1928) entwickelt worden.

Die Beschränkung der Verehelichung auf Paare unterschiedlichen Geschlechts lässt sich unter dem Vorzeichen dieses Prinzips wohl nicht rechtfertigen. Jedenfalls müsste man sich, wenn man das Diskursprinzip ernst nähme, fragen, welche Argumente denn gleichgeschlechtliche Paare davon überzeugen könnten, dass es die Ehe für sie nicht geben dürfe: Die Tradition? Die Religion? Die Fortpflanzungsfunktion der Ehe?

§ 8. Ein komplexeres Bild

Moralisch ist, wer ein guter Mensch ist. Ein guter Mensch ist dazu geneigt, das moralisch Richtige zu tun, und tut es aufgrund dieser Neigung. Bei der Moral geht es also sowohl um **Haltungen** als auch um **Inhalte**.

Das Verhältnis von Rechtsgeltung und moralischem Urteil betrifft daher entweder die durch das Recht unterstützte Ausbildung guter individueller Haltungen oder die Erzeugung von moralisch akzeptablem Recht.

Die funktionellen und die inhaltlichen Beziehungen zwischen Recht und Moral lassen sich mit der konventionellen und der postkonventionellen Dimension unserer moralischen Überzeugungen kombinieren.

	Inhalt	Erziehung
Konventionell	Überlappung mit konventionellen moralischen Standards	Das Recht dient der Ausbildung von moralischen Tugenden
Postkonventionell	Das Recht darf inhaltlich nicht gegen ein universelles Moralprinzip verstoßen	Das Recht soll die Haltung universellen unparteiischen Respekts fördern

§ 9. Haltungen: Der ordentliche Mensch

Andere dazu zu bewegen, gute Haltungen auszubilden, bedeutet nichts anderes, als sie zu **erziehen**. Es ist denkbar, das Recht aus der Sicht der umfassenden politischen Aufgabe zu sehen, gute Menschen hervorzubringen (siehe unten § 67). Diese Auffassung findet sich prominent bei Aristoteles (384-322 v. Chr.) ausformuliert.

Nach Aristoteles ist die Erziehung der Prozess, wodurch wir uns an Handlungen gewöhnen und damit die Einstellung annehmen, aufgrund derer diese Handlungen freiwillig ausgeführt werden. Da Erziehung nicht notwendig wäre, wenn es ausreichte, an die Einsicht der Zöglinge zu appellieren, bedarf sie der Unterstützung durch Sanktionen und Anreize. Das äußerliche Einwirken auf den Handelnden ist für die Erziehung essentiell. Das Recht verleiht den äußerlichen Mitteln, mit denen Kinder erzogen werden (durch Sanktionen wie Liebesentzug, Ermahnungen, Beschämungen etc.), eine über die Kindheit hinausgehende Relevanz (allerdings durch Sanktionen wie Geld- und Haftstrafen).

Es ist einerlei, ob das Recht konventionell auf traditionelle Tugenden (wie Ehrliche, Großzügigkeit, Tapferkeit oder Wohlwollen) oder postkonventionell auf die Haltung universellen unparteilichen Respekts (Achtung anderer unabhängig von ihrer Herkunft, ihrem Glauben oder ihrem Geschlecht) abzielt. Denn in seiner erzieherischen Funktion bezweckt es, die Menschen durch die äußerliche Veranlassung von gutem Verhalten innerlich tugendhaft zu machen (oder umgekehrt dem Verderben ihres Charakters vorzubeugen). Gleich wie bei der familiären Erziehung sollen durch Strafe und Anreize gelungene („gute“) Menschen geschaffen werden.

Dem Recht eine solche Funktion zuzubilligen, ist sinnvoll, wenn man meint, dass das gedeihliche menschliche Zusammenleben moralisch gute Menschen voraussetzt. Das war von der Antike bis ins Mittelalter eine allseits gemachte Unterstellung.

Mit der Renaissance und in der Moderne wird das anders. Schon Niccolò Machiavelli (1469-1527) sieht das Wohlergehen des Gemeinwesens vom moralisch skrupellosen Geschick eines populistischen **Führers** abhängig, der das Wohl seines Untertanen durch politische Winkelzüge befördert, die seiner eigenen Machtsteigerung – und damit der Macht des Gemeinwesens – dienen. Nach Bernard Mandevilles (1670-1733) berühmter **Bienenfabel** befördert gerade das individuelle Laster – das eigennützige Verhalten – das Gemeinwohl („Wenn jeder an sich selbst denkt, ist an alle gedacht“).

Das Verhältnis des Rechts zu Tugenden hat eine weitere Dimension. Die Rechtsfindung muss verschiedentlich auf den **Typus des umsichtigen und fairen Menschen** zurückgreifen, um Probleme lösen zu können. Zu denken ist dabei an die Relevanz des Verhaltens eines „sorgfältigen Menschen“ oder an den Verständnishorizont eines „redlichen Erklärungsempfängers“ im Zivilrecht.

Im Schadenersatzrecht ist es zur Beurteilung der Fahrlässigkeit des Verhaltens erforderlich zu überlegen, wie ein sorgfältiger Mensch sich in einer Situation verhalten hätte. Sorgfalt ist eine Tugend. Das Recht verlangt von uns also ein Urteil darüber, was ein Mensch getan hätte, der zur Sorgfalt disponiert ist.

Ob das Recht zum tugendhaften Verhalten überhaupt anhalten darf oder dies vermag, ist eine andere Frage. Kant hebt zutreffend hervor, dass in einem Rechtsverhältnis nur die **Legalität** des Verhaltens gefordert sein kann. Man muss sich an Vorgaben halten. Ob man die Vorgaben für gut oder schlecht hält, ist unerheblich. Ebenso ist einerlei, ob die Schuldnerinnen ihre Schulden freudig und pflichtbewusst begleichen oder nicht. Die Menschen, die in einer Rechtsbeziehung stehen, wirken **äußerlich** aufeinander ein. Keiner muss versuchen, den anderen zu verstehen oder zu überzeugen (das wäre die „innerliche“ Einwirkung). Selbst wenn das Recht Handlungs- und Tugendbeweise erzwingen wollte, könnte es nie sicher sein, ob es nicht Heuchelei erntet.

§ 10. Inhalte: Gesetzliches Unrecht

Das Verhältnis von Rechtsgeltung und moralischem Urteil betrifft nicht nur Haltungen, sondern auch den Inhalt des Rechts.

Inhaltlich kann das Recht konventionelle oder postkonventionell bestimmte moralische Überzeugungen in sich aufnehmen.

Aus moralischer Sicht ist zu klären, ob das positive Recht generell Vorrang vor dem moralischen Urteil genießt oder bis zu welcher Grenze dies der Fall ist.

Für den **generellen Vorrang** sprach sich etwa Immanuel Kant aus. Seines Erachtens sticht die Erhaltung des Rechtsfriedens alle anderen Werte aus („Räsoniert, aber gehorcht!“).

Einen berühmten Versuch zur **Grenzziehung** hat Gustav Radbruch (1878–1949) angesichts der Erfahrung mit dem nationalsozialistischen Recht unternommen. Er wollte zeigen, dass selbst ordnungsgemäß erlassene Gesetze 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, wäre es mit der Rechtssicherheit nichts. 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 aufgrund der in ihm enthaltenen Ungerechtigkeit nicht gilt, hat Radbruch auf zweierlei Arten charakterisiert:

- einerseits könne das positive Recht die Gerechtigkeit **bewusst verleugnen**;
- andererseits könne 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 gemacht – und dies gleich zweimal: Einmal in der Auseinandersetzung mit dem Recht des Nationalsozialismus und das andere Mal in der Auseinandersetzung mit dem Recht der vormaligen 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 vormaligen 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 Effekt diese gesetzliche Deckung unter Berufung auf Radbruchs Lehre für null und nichtig.

IV. Das moralische Urteil vorbehaltlich der Rechtsgeltung

§ 11. Der Verzicht auf das inhaltliche moralische Urteil

Radbruchs Überlegungen enthalten **implizit** den Gedanken, dass die Rechtsgeltung sich einem Verzicht auf das individuelle moralische Urteil in der Sache verdankt. Sozialen Phänomenen wie Gewohnheiten oder Befehlen wird ohne Rücksicht auf ihre inhaltliche Richtigkeit Rechtsgeltung zugestanden, wenigstens solange sie nicht grob ungerecht sind.

Radbruch erklärt aber nicht, **weshalb** die Rechtsgeltung aus dem Verzicht auf das inhaltliche moralische Urteil hervorgeht. Vielmehr hält er bloß fest, dass der Rechtsgehorsam 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.