

Erstes Kapitel

Vom Recht, von den Juristen und von der Juristensprache

I. Annäherung an den Rechtsbegriff

„Das Gesetz (*nomos*) ist König über alle göttlichen und menschlichen Dinge.

Es soll über Gutem und Bösem stehen, es soll Herrscher und Führer der Lebewesen sein, die ihrer Natur nach in Staaten leben, und daher soll es der Maßstab für Recht und Unrecht sein, indem es gebietet, was zu tun, und verbietet, was zu unterlassen ist.“

Chrysipp (281 – 208 v Chr), stoischer Philosoph

A. Recht als Friedensordnung

Ohne „Recht“ wäre unsere Gesellschaft nicht denkbar. Rechtsnormen bestimmen unser Leben. Sie dienen dazu, das Zusammenleben in der Gemeinschaft zu regeln, dem Einzelnen bestimmte Rechtspositionen (Befugnisse und Pflichten) zuzuweisen und für den Fall des Streites **Konfliktlösungsverfahren** zur Verfügung zu stellen. Wesentliche Aufgabe des Rechts ist damit die Etablierung und die Aufrechterhaltung einer Friedensordnung durch rechtliche Mechanismen.

Die Notwendigkeit einer geregelten Ordnung hat *Thomas Hobbes* (1588 – 1679) in einem berühmten Gedankenexperiment herausgearbeitet: Wie können wir uns das Leben in einem Urzustand ohne Existenz einer staatlichen Ordnung vorstellen? Jeder und jede könnten nach Belieben ihren Bedürfnissen nachgehen, die Freiheit des Einzelnen kennt zunächst keine Schranken. Da jeder ein Recht auf Alles beanspruchen kann, die Güter, die beansprucht werden, aber begrenzt sind, gerät man notwendigerweise aneinander. Aufgrund des Fehlens einer übergeordneten Instanz kommt es bald zum handgreiflichen Streit. Der Stärkere versucht, den Schwächeren zu unterdrücken. Gewalttätigkeit bricht aus und so herrscht in diesem hypothetischen Naturzustand ohne Ordnungssystem ein „Krieg Aller gegen Alle“ (*bellum omnium contra omnes*). Der Ausweg aus dieser Situation besteht in der Annahme eines „Gesellschaftsvertrags“, in dem alle Einschränkungen ihres „Rechts auf Alles“ zugunsten einer übergeordneten Instanz zustimmen. Für *Hobbes* folgt daraus die Notwendigkeit der Einsetzung eines Souveräns, einer Regierung (*government*), deren primäre Aufgabe die Aufrechterhaltung des Friedens und die Gewährleistung der Selbsterhaltung der Bürger ist.¹⁾

¹⁾ Zur Staatstheorie *Hobbes* siehe etwa *Rawls*, Geschichte der politischen Philosophie (2008) 53 ff.

B. Zur historischen Entwicklung des Rechtsbegriffs

Von Juristen erwartet man im Allgemeinen präzise und klare Aussagen. Fragt man aber, was denn das Wesen von „Recht“ sei und was genau den Gegenstand von Rechtswissenschaft bildet, so stellt man fest, dass die Antworten darauf sehr unterschiedlich ausfallen. Die Rechtsordnung selbst kann uns dazu nicht weiterhelfen. Eine gesetzliche Definition dessen, was „Recht“ ist, sucht man vergeblich.

Unsere Rechtsordnung enthält unzählige Rechtsvorschriften, die Rechtsbeziehungen regeln und insofern wird oft formuliert, das **Recht im objektiven Sinn²⁾** sei die **Summe aller geltenden Rechtsnormen**. Aber auch diese Definition führt nur zur nächsten Frage, nämlich jener nach dem Geltungsgrund dieser Normen. Diese Probleme beschäftigt seit langer Zeit Philosophie und Rechtswissenschaft, auch Ethnologie und Soziologie haben dazu interessante Beiträge geliefert, ohne dass man aber Einigkeit über die zugrunde zu legenden Definitionsmerkmale erzielen konnte.

Wichtige Impulse zur Entwicklung unserer gegenwärtigen Rechtsbegrifflichkeit stammen insbesondere von *Immanuel Kant* (Trennung von Legalität und Moralität, Recht als System äußerer Freiheitssphären), von den positivistischen Rechtslehren des 19. und 20. Jahrhunderts („Befehlstheorie“ *John Austins*, Theorie des Rechts als zwangsbewehrte Ordnung bei *Max Weber*, die „Reine Rechtslehre“ *Hans Kelsens* und seiner Schüler, die Stufenbautheorie *Adolf Julius Merkl*s), von der soziologischen Rechtstheorie (*Eugen Ehrlich*, *Roscoe Pound*), der vor allem im Privatrecht vorherrschenden Interessen- bzw Wertungsjurisprudenz (*Rudolf von Jhering*, *Philipp Heck*, *Josef Esser*, *Karl Larenz*, *Franz Bydlinski*), der Systemtheorie (*Niklas Luhmann*) sowie der Diskurstheorie (*Jürgen Habermas*, *Robert Alexy*). Diese Autoren haben sehr unterschiedliche und zT miteinander inkompatible Ansätze verfolgt; dennoch lässt sich behaupten, dass sie alle zu unserem Mainstream-Verständnis von Recht wichtige Bausteine geliefert haben. Eine genauere Diskussion der jeweiligen Beiträge und Schilderung der Kontroversen dieser unterschiedlichen Konzeptionen erfolgt insbesondere im Rahmen des Gegenstands Rechtsphilosophie.³⁾

Die Problematik des Rechtsbegriffs kann hier nur angedeutet werden. Deshalb wollen wir im Folgenden von dem historisch gewachsenen, konventionellen Rechtsbegriff ausgehen, der heute in der österreichischen Rechtswissenschaft regelmäßig zugrunde gelegt wird.

²⁾ Vom „Recht im objektiven Sinn“ unterscheidet man die aus diesem abgeleiteten „Rechte im subjektiven Sinn“; mit letzteren meint man die Befugnisse von Rechtsunterworfenen, die von diesen auch rechtsförmig durchgesetzt werden können; siehe dazu unten.

³⁾ Dazu siehe etwa *Luf*, Grundfragen der Rechtsphilosophie und Rechtsethik (Manz Skriptum); *Koller*, Theorie des Rechts² (1997) insb 131 ff; *Mayer-Maly*, Rechtsphilosophie (2001).

C. Eine Lehrbuchdefinition des Rechts

Als Ausgangspunkt für unsere Annäherung an den Rechtsbegriff dient uns eine – auf die Reine Rechtslehre⁴⁾ zurückgehende – **Lehrbuchdefinition** des geltenden Rechts:

„Unter positivem Recht wird jedes von Menschen für Menschen gesetzte, regelmäßig wirksame (effektive), organisierten Zwang androhende Regulationssystem verstanden.“⁵⁾

1. Von Menschen erzeugtes Recht

a. Das von Menschen „gesetzte“ (dh erzeugte) Recht wird von Juristen als **positives Recht** (*ius positivum*) bezeichnet und häufig mit dem „geltenden Recht“ gleichgesetzt. Das Adjektiv „positiv“ impliziert keine Wertungskomponente, sondern leitet sich sprachlich von lateinisch *ponere* („setzen“) ab.

Der Ausdruck positives Recht dient vor allem der Abgrenzung von solchen Konzeptionen des Rechts, in denen das Recht nicht auf einen menschlichen Rechtserzeugungsvorgang zurückgeführt wird, sondern auf einen „überpositiven“ Geltungsgrund. So wurde von verschiedenen naturrechtlichen Theorien als oberster Geltungsgrund etwa die kosmische Schöpfungsordnung (*Logos* in der stoischen Philosophie), eine göttliche Ordnung (die *lex divina* im christlichen Naturrecht) oder aber die Vernunft (*ratio* im Vernunftrecht der Aufklärung) angenommen. Die Ableitung der Rechtsgeltung von solchen überpositiven Normen wird von *Kelsen* und seinen Schülern als Proponenten eines Rechtspositivismus strikt abgelehnt.

Historisch betrachtet haben Naturrechtskonzeptionen unterschiedliche Funktionen gehabt. Auf der einen Seite kann ihnen eine legitimierende Funktion zukommen, indem sie zB Rechtsregeln auf eine „überpositive“ Geltungsquelle wie „Gott“ oder „die Vernunft“ zurückführen, damit gleichsam überhöhen und gegenüber Kritik abschotten. Die positivistische Ablehnung des Naturrechts ist demgegenüber vom Bestreben nach Aufdeckung solcher „ideologischer Prämissen“ naturrechtlicher Positionen bemüht.

Auf der anderen Seite haben naturrechtliche Konzeptionen auch immer wieder dazu gedient, Rechtsregeln im Hinblick auf religiöse, philosophische und ideologische Wertungen zu kritisieren oder aber bewusst vom geltenden Recht unabhängige „Gegenentwürfe“ zu liefern. So hat etwa für die Herausarbeitung des nach wie vor in Österreich geltenden Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) von 1811 das rationalistische Naturrecht (*Karl Anton von Martini* und *Franz von Zeiller*) wichtige Impulse geliefert. Da das rationalistische Naturrecht als wichtigste

⁴⁾ *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960).

⁵⁾ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 2.

Quelle des Rechts schlechthin die Vernunft und nicht das bis dahin geltende *ius commune* ansah, konnte es das Material des *ius commune* neu ordnen und systematisieren sowie in eine aufklärerisch-liberale Grundauffassung des Privatrechts integrieren.

b. Rechtserzeugung durch Menschen geschieht durch eine **Anordnung der zur Rechtserzeugung befugten Autorität** („Gesetzgebung“ in einem weiten Sinn). Führt die Rechtserzeugung zu niedergeschriebenem Recht, so spricht man auch von „gesetztem Recht“.

c. In manchen Rechtsordnungen ist auch die Rechtserzeugung in Form von **Gewohnheitsrecht** (*consuetudo*) anerkannt. Auch hier liegt insofern ein von Menschen geschaffenes Recht vor, als das Gewohnheitsrecht eine lang andauernde Übung (*usus*) und die Überzeugung der Rechtsgemeinschaft (Rechtsüberzeugung, *opinio iuris ac necessitatis*) darstellt, dass es sich dabei um rechtlich gebotenes Verhalten handle.

Eine Anerkennung von Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle enthält zB Art 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB), aber auch im Völkerrecht wird das Völkergewohnheitsrecht als Rechtsquelle angesehen.

2. Organisierten Zwang androhend

Als wesentliches Merkmal einer Rechtsnorm wird die der Norm inhärente Sanktionsandrohung angesehen. Im Fall der Nichtbefolgung treten Rechtsfolgen ein, die letztlich durch organisierten Zwang durchsetzbar sind. In unserer Rechtsordnung wird dieser organisierte **Zwang durch staatliche Organe** vollzogen.

Unter rechtlichen **Sanktionen** sind nicht nur **Vollstreckungsmaßnahmen** (Androhung von Zwangsmitteln zur Durchsetzung von Pflichten) und **Strafen** (Geldstrafen, Freiheitsstrafen, strafweiser Vermögensverfall) zu verstehen, sondern auch andere für den Normadressaten unangenehme Folgen wie die **Entziehung von Befugnissen** (zB Führerscheinentzug, Verlust der Berechtigung für ein bestimmtes Gewerbe) oder die **Nichterreichung eines gewünschten Rechtserfolges** (zB Nichtzuerkennung einer angestrebten Baugenehmigung, Unwirksamkeit eines beabsichtigten Rechtsgeschäftes).

Die Sanktionsbewehrung des Rechts findet sich nicht bei allen rechtlichen Phänomenen. So gibt es manchmal Verbote, die nicht mit einer unmittelbaren Sanktion verbunden sind, man spricht hier von einer *lex imperfecta*. Vor allem im Bereich internationalen Rechts spielt auch das sog *soft law* eine große Rolle, darunter versteht man nicht rechtsverbindliche Resolutionen, Absichtserklärungen und Leitlinien (*codes of conduct*). Rechtliche Relevanz kommt dem *soft law* insbesondere im Hinblick darauf zu, dass sich aus ihm im Laufe der Zeit verbindliches *hard law* entwickeln kann.

3. Effektivität

Die Geltung von Recht setzt nach der zitierten Definition voraus, dass dem zur Rechtssetzung berufenen Organ im Allgemeinen von den Normadressaten Gehorsam geleistet wird und die von ihm geschaffenen Regeln tatsächlich im **Großen und Ganzen befolgt** werden. Damit ist ein Aspekt der Rechtsbefolgung bzw -akzeptanz angesprochen.

Obwohl die Reine Rechtslehre die Geltung der Rechtsordnung streng normativ deuten möchte und auf die vorausgesetzte sog „Grundnorm“ zurückführt, deren Inhalt darin besteht, die geltende Verfassung zu befolgen, so konzediert sie doch, dass ein Normensystem, dem keinerlei faktische Wirksamkeit zukommt, auch nicht als Rechtsordnung beschrieben werden kann.

Die tatsächliche Wirksamkeit von Rechtsnormen stellt sich nicht nur als eine Funktion der Gewaltandrohung durch einen, über entsprechende Durchsetzungsmacht verfügenden Rechtserzeuger dar, sondern beruht in der Regel auf der **Plausibilität** und „Akzeptanz-Eignung“ der Rechtsnormen. Hervorzuheben ist aber, dass es nicht auf die Effektivität einer einzelnen Regel, sondern auf die **Effektivität der Rechtsordnung insgesamt** ankommen soll.

Dass etwas gesollt ist, ist nicht damit gleichzusetzen, dass dieses Sollen auch tatsächlich befolgt wird. Zwischen **Sein und Sollen** ist begrifflich zu unterscheiden. So betont insbesondere die „Reine Rechtslehre“, dass sich die Rechtswissenschaft nur mit der Beschreibung der Rechtsnormen (dessen, was „gesollt“ ist) beschäftigt; der Inhalt dieser Normen könne nur aus Analyse des Normensystems, nie aber aus einem Sein abgeleitet werden. Aus der Tatsache, dass manche Menschen die Sonntagszeitung entnehmen, ohne sie zu bezahlen, folgt nicht, dass dieses Verhalten rechtlich gesollt ist. Umgekehrt kann man aus der Rechtspflicht, für die Zeitung den entsprechenden Preis zu entrichten, nicht schließen, dass alle auch tatsächlich zahlen. Die Existenz einer Rechtsnorm kann auch nicht empirisch erhoben werden, sondern wird als normative Größe mit dem Begriff „**Geltung**“ erfasst.

4. Und die Gerechtigkeit?

a. Vergleichen wir damit nun die Definition, die sich im führenden Zivilrechtslehrbuch findet. *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht Band I¹⁴ (2014) definieren das Recht als:

„die für eine Rechtsgemeinschaft verbindliche Ordnung des menschlichen Zusammenlebens, die unter der Anforderung der Gerechtigkeit steht und allenfalls mit Zwang durchgesetzt wird.“

Auffallend ist, dass in dieser Definition explizit auf ein materiales (inhaltliches) Kriterium abgestellt wird, dessen Erfüllung die Qualifikation einer Norm als Rechtsnorm bestimmt: die „Anforderung der Gerechtigkeit“. Damit ist eine **Rechtsidee** angesprochen, der zufolge Recht nicht rein formal be-

stimmt werden kann, sondern auch Gerechtigkeitspostulaten entsprechen muss. Angesichts der häufig ins Treffen geführten Schwierigkeit der Bestimmung dessen, was unter Gerechtigkeit zu verstehen sei, wird in dieser Definition nicht schlechthin Gerechtigkeit als notwendiges Element des Rechts genannt, immerhin aber eine **Orientierung an einer Gerechtigkeitsidee** als immanente Voraussetzung der Rechtsgeltung postuliert.

b. Der Gegensatz zwischen beiden Definitionen erscheint nicht gar so weitgehend, wie man glauben könnte, bezieht man ihn auf unsere geltende Rechtsordnung. Die positivistische Rechtslehre anerkennt, dass die geltende österreichische Verfassung für die Gesetzgebung **inhaltliche Postulate** aufstellt (Garantie von Grundrechten und insbesondere Gleichheitssatz als Sachlichkeitsgebot auch für die Gesetzgebung), die man durchaus als „Anforderungen der Gerechtigkeit“ interpretieren mag. Bestritten wird von den positivistischen Autoren allerdings, dass „die Gerechtigkeit“ schlechthin ein Kriterium für die Rechtsqualität darstellt, zumal keine wissenschaftliche Klarheit dahingehend zu erzielen sei, was unter Gerechtigkeit genau zu verstehen sei (eine Frage, die nach Meinung *Kelsens* nicht wissenschaftlich beantwortbar ist).

Umgekehrt ist auch für jene Autoren, die das Recht als „unter Gerechtigkeitsanspruch stehend“ beschreiben, unbestritten, dass Recht und Gerechtigkeit nicht einfach gleichzusetzen sind und dass die bloße Qualifikation einer Regel als „unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten wünschenswert“ diese noch lange nicht zu einer geltenden Rechtsnorm macht. Die **Erlassung durch das zur Normerlassung kompetente Organ** erscheint für sie vielmehr als eine notwendige (wenngleich nicht zwingend zureichende) Voraussetzung der Rechtsgeltung.

c. Auf die Nikomachische Ethik des *Aristoteles* (384 – 322 v Chr) geht die Unterscheidung zweier Arten von Gerechtigkeit zurück: die austeilende und die ausgleichende Gerechtigkeit.

(i) Gegenstand der **austeilenden Gerechtigkeit** (*iustitia distributiva*) ist die **Zuteilung** von Rechten und Gütern. Als Anwendungsfall der austeilenden Gerechtigkeit kann man den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) sehen, demgemäß grundsätzlich alle StaatsbürgerInnen vor dem Gesetz gleich sind und ihnen insofern gleiche formale Freiheiten zukommen. Aus dem Gleichheitssatz resultiert die Verpflichtung, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Differenzierung ist demnach dort zulässig, wo es sachlich gerechtfertigt ist („Sachlichkeitsgebot“).

Art 7 Abs 1 B-VG: „Alle Bundesbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechts, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. ...“

Beachte: Verfassungsrechtlich sind auch bestimmte Bevorzugungen zulässig, zB um die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern zu erzielen. Vgl dazu Art 7 Abs 2 B-VG: „Bund, Länder und Gemeinden bekennen sich zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau. Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichstellung von Frauen und Männern insbesondere durch Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten sind zulässig.“

(ii) Ausgehend von einer existierenden Güterzuweisung stellt sich die Frage der Gerechtigkeit für die durch die Interaktion von Menschen verursachten **Veränderungen der Güterzuordnung**. Solche Veränderungen können durch Verträge (Tausch im weiten Sinn), aber auch durch rechtswidrigen Eingriff in fremde Güter zB durch Schädigung einer fremden Sache zustande kommen. Dies wirft typischerweise folgende Fragen auf: Unter welchen Voraussetzungen ist ein Tausch von Gütern als gerecht anzusehen? Oder: Wie kann der Schaden in gerechter Weise wieder gut gemacht werden? Diese Probleme gehören in den Bereich der Austauschgerechtigkeit (*iustitia commutativa*) bzw der ausgleichenden Gerechtigkeit (*iustitia correctiva*).

Als Manifestationen der **Austauschgerechtigkeit** sind zB jene Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu sehen, die sittenwidrige Vereinbarungen für unwirksam erklären (§ 879 ABGB) sowie speziell die Bestimmungen über Wucher einerseits (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) und Verkürzung über die Hälfte (*laesio enormis*, §§ 934 f ABGB) andererseits, welche grobe Äquivalenzstörungen in Austauschbeziehungen verhindern sollen.

§ 879 Abs 1 ABGB: „Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“

§ 879 Abs 2 ABGB: „Insbesondere sind folgende Verträge nichtig: ...

4. wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren lässt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Missverhältnis steht.“

§ 934 ABGB: „Hat bei zweiseitig verbindlichen Geschäften ein Teil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werte erhalten, so räumt das Gesetz dem verletzten Teile das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern. Dem andern Teile steht aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, dass er den Abgang bis zum gemeinen Werte zu ersetzen bereit ist. Das Missverhältnis des Wertes wird nach dem Zeitpunkte des geschlossenen Geschäftes bestimmt.“

Die **ausgleichende Gerechtigkeit** liegt insbesondere den Prinzipien des Schadenersatzrechts (§§ 1293 ff ABGB) zugrunde, demzufolge grundsätzlich der rechtswidrig und schuldhaft handelnde Schädiger zum Ausgleich des Schadens verpflichtet ist.

Vgl § 1295 Abs 1 ABGB: „Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.“

D. Das Proprium des Rechts

1. Das Recht stellt in unserer Gesellschaft nicht das einzige Normensystem dar, das menschliches Verhalten zu steuern sucht. So gibt es neben rechtlichen Vorschriften auch solche der Religion („Du sollst Gottes Gebote achten!“), der Moral bzw Ethik („Du sollst Deinem Gewissen folgen!“) oder der gesellschaftlichen Konvention („Wenn Du begrüßt wirst, sollst Du zurückgrüßen!“, „Wenn jemand Dir die Türe aufhält, sollst Du Dich bedanken!“).

Was ist aber das Eigentümliche des Rechts im Vergleich zu diesen anderen Normensystemen? Dass man nicht stehlen oder töten soll, das lehrt doch auch die Religion und die Moral? Dadurch, dass ein Verhalten rechtlich normiert ist, kann es auch in einem rechtsförmigen Verfahren und unter **Androhung von Zwangsmitteln** durchgesetzt werden. Zur Durchsetzung von Rechtspflichten steht in unserer Rechtsordnung ein breites Instrumentarium staatlicher Mittel zur Verfügung, um Rechtspflichten zu implementieren.

Weigert sich jemand zu Unrecht, dem Eigentümer seine Sache herauszugeben, so kann er vom Eigentümer geklagt werden. Wird er dann auf Herausgabe verurteilt und kommt er dieser Verpflichtung wiederum nicht nach, so kann im Wege der zivilrechtlichen Vollstreckung („Exekution“) die Herausgabe erzwungen werden. Letztlich ist damit der Eigentumsherausgabeanspruch mit Zwangsmitteln durchsetzbar.

Im Gegensatz zur staatlichen Rechtsdurchsetzung erzeugt der Verstoß gegen Normen der Religion, der Moral und der gesellschaftlichen Konventionen andere **Arten der „Sanktion“**. Diese bestehen vielleicht in einer priesterlichen Aufforderung zur Umkehr und zur Buße, einem „schlechten Gewissen“ oder aber „verschnupften Reaktionen der Umwelt“. Unter Umständen sind diese Sanktionen für den Betroffenen sogar unangenehmer als es rechtliche Sanktionen wären, sie werden aber nicht durch staatliche Behörden durchgesetzt.

2. Das Gesagte bezieht sich allerdings nur auf Gesellschaften, die durch eine **Ausdifferenzierung der Normensysteme** gekennzeichnet sind. Dieser Trennung von Recht, Religion und Konvention liegt eine bestimmte säkulare und liberale Konzeption zugrunde, die geschichtlich ein relativ rezentes Phänomen darstellt.

Die heute vorherrschende **Trennung von Legalität und Moralität** geht auf den Philosophen *Immanuel Kant* (1724 – 1804) zurück. Für ihn ist das Recht „der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des

anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann.“ Funktion des Rechts ist es dabei, den **äußeren Freiraum für die Selbstverwirklichung** abzustecken. Die Frage der Moral bzw Ethik betrifft nach *Kant* hingegen die innere Haltung des Menschen. Ethisch handelt, wer einer gewissenbestimmten inneren Pflicht genügt; legales Handeln setzt demgegenüber bloß die äußere Übereinstimmung des Verhaltens mit den rechtlichen Geboten voraus.

In theokratischen Systemen fehlt typischerweise die Trennung von Staat und Religion. In vielen vorstaatlichen Gesellschaften wiederum fällt es schwer, Recht und Brauch zu trennen, weil spezifisch staatliche Durchsetzungsformen von Verhaltensnormen gar nicht feststellbar sind.⁶⁾ Überall aber wird man gewisse Regeln des Zusammenlebens innerhalb der Gemeinschaft und im Verhältnis nach außen feststellen, die man als „Recht“ ansehen kann. In diesem Sinn lässt sich also behaupten, dass jede Gemeinschaft auch über ein „Recht“ verfügt (*ubi societas, ibi ius*), freilich ist dieses Recht je nach Art der Gemeinschaft mehr oder weniger komplex und differenziert.

⁶⁾ Vgl dazu etwa *Wesel, Juristische Weltkunde*¹⁴ (2011) 21 ff; ausführlicher *ders, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften* (1985).

Wiederholungsfragen:

- 1) Welche Funktion kommt dem Recht ganz allgemein zu?
- 2) Woraus leitet Thomas Hobbes die Notwendigkeit eines „Gesellschaftsvertrages“ ab?
- 3) Wodurch unterscheidet sich das Recht von anderen Normensystemen?
- 4) Unter welchen Voraussetzungen ist eine Sollensanordnung als „Recht“ anzusehen?
- 5) Was versteht man unter Gewohnheitsrecht?
- 6) Welche Bedeutung hat Rechtsbefolgung (Effektivität) für die Geltung einer Rechtsnorm?
- 7) Welche unterschiedlichen Auffassungen gibt es zur Bedeutung der Gerechtigkeit für die Frage, ob eine Norm als „Recht“ anzusehen ist?
- 8) Vergleichen Sie das folgende Zitat Ulpians (D 1.1. pr) mit dem positivistischen Rechtsbegriff: „Wer das Recht studieren will, muss zunächst wissen, woher das Wort Recht (*ius*) stammt. Das Recht ist aber nach der Gerechtigkeit (*iustitia*) benannt. Wie nämlich Celsus elegant definiert, ist das Recht die Kunst des Guten und Gerechten (*ius est ars boni et aequi*).“
- 9) Inwiefern kann man den Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) als Manifestation der distributiven Gerechtigkeit sehen?
- 10) Geben Sie Beispiele für die Verwirklichung von Tauschgerechtigkeit (*iustitia commutativa*) im geltenden Recht!
- 11) Anhand welcher Kriterien unterscheidet Immanuel Kant Legalität und Moralität?
- 12) Wie stellt sich das Verhältnis von Recht, Religion und Moral in unterschiedlichen Gesellschaftssystemen dar?