

Zum Verhältnis von Recht und Moral: Grundfragen der Rechtsphilosophie

Josef Franz Lindner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Lindner, Josef Franz. 2016. "Zum Verhältnis von Recht und Moral: Grundfragen der Rechtsphilosophie." *JURA - Juristische Ausbildung* 38 (1): 8–16.
<https://doi.org/10.1515/jura-2016-0003>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Aufsatz ÖR

Professor Dr. Josef Franz Lindner*

Zum Verhältnis von Recht und Moral: Grundfragen der Rechtsphilosophie

DOI 10.1515/jura-2016-0003

Was ist Recht? Warum gilt Recht? Muss Recht »gerecht« sein? Diese Fragen stecken das weite Feld ab, das Gegenstand der Grundlagenfächer »Rechtsphilosophie« und »Rechtstheorie« ist. Der folgende Beitrag will mögliche Antworten auf diese Fragen skizzieren. Im Zentrum steht das klassische Problem des Verhältnisses von Recht und Moral.

I. Einleitung

Eine wichtige Frage, die das mehr als 2.500-Jahre lange Nachdenken¹ über das Wesen des Rechts und seiner Grundlagen prägt, lautet in wechselnd wiederkehrenden Formulierungen: Wie verhalten sich Recht und Moral zu einander?² Setzt man, wie es in der rechtsphilosophischen Diskussion häufig (unausgesprochen) der Fall ist³ und auch im Rahmen dieses Beitrages vertreten wird, Moral mit Gerechtigkeit im Sinne außerrechtlich begründeter und begründbarer Richtigkeitsmaßstäbe gleich⁴, an denen sich das Recht zu orientieren habe, lassen sich die Grundfragen wie folgt formulieren: (1) Muss Recht »gerecht« sein? (2) Welchen Inhalt muss Recht haben, damit es »gerecht« ist? Oder noch anders formuliert: (1) Ist Recht nur dann Recht, wenn es inhaltlich so ist, wie es – gemessen

an Moralvorstellungen – sein sollte? (2) Welchen Inhalt muss Recht haben, damit es so ist, wie es sein sollte? Häufig finden sich diese Grundfragen in den klassischen Antagonismus »Naturrecht und Rechtspositivismus«⁵ eingeordnet: Nach den Vorstellungen des in vielen Varianten⁶ vertretenen Rechtspositivismus⁷ sind Recht und Moral begrifflich und wesensmäßig getrennt: Begriff und Geltung des Rechts sind unabhängig von außerrechtlichen Richtigkeitsmaßstäben. Ob eine bestimmte Rechtsnorm inhaltlich den Anforderungen der Moral entspricht, ist sowohl für ihre Eigenschaft als auch für ihre Geltung als Rechtsnorm irrelevant (wenn und soweit sie nur ordnungsgemäß »gesetzt« ist). Der britische Philosoph *Thomas Hobbes* (1588–1679) hat dies in die Worte gekleidet: »*auctoritas, non veritas facit legem.*« Nichtpositivistische Auffassungen, die in der rechtsphilosophischen Literatur überwiegend auch als »naturrechtliche« bezeichnet werden, widersprechen der rechtspositivistischen Trennungsthese und vertreten Verbindungsmodelle: Recht und Moral, also Recht und Gerechtigkeit, seien notwendigerweise miteinander verbunden: Rechtsnormen seien nicht schon und allein dann Recht, wenn sie ordnungsgemäß gesetzt worden seien, sondern erst, nur dann und insoweit, als sie den Anforderungen der Gerechtigkeit Genüge tun. Die in sehr vielen Varianten vertretenen naturrechtlichen Rechtsmodelle unterscheiden sich vor allem danach, worin sie die Quelle und Begründbarkeit der außerrechtlichen Richtigkeits-, also Gerechtigkeitsmaßstäbe sehen⁸: in der Religion, zu-

¹ Ein lesenswerter Abriss der Problemgeschichte der Rechtsphilosophie findet sich bei *A. Kaufmann* Rechtsphilosophie, 2. Aufl 1997, 3. Kapitel (S. 20 ff.: »Naturrecht und Positivismus«).

² v. d. *Pfordten* Rechtsphilosophie. Eine Einführung, 2013, S. 66 ff.

³ *Horster* Rechtsphilosophie, 2014, S. 10: »Verhältnis von Moral und Recht als das Verhältnis von Gerechtigkeit und Recht«; im Sinne einer Gleichsetzung der Begriffe auch *Kelsen* Reine Rechtslehre, 2. Aufl 1960 (Nachdruck 2000), S. 68; s auch unten III.1.

⁴ Damit sei nicht gesagt, dass Gerechtigkeit und Moral in jeder Hinsicht synonym zu verstehen seien. Gemeinsam ist ihnen jedoch, dass es sich um außerrechtliche Richtigkeitsmaßstäbe handelt und sich bei beiden das Verhältnis zum Recht stellt.

*Kontaktperson: **Josef Franz Lindner**, der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg.

⁵ Instrukтив der Sammelband von *Maihofer* (Hrsg) Naturrecht oder Rechtspositivismus? 1966.

⁶ Auf die unterschiedlichen Varianten an Auffassungen, die dem Rechtspositivismus (nicht selten unkritisch) zugeschrieben werden, weist *Hoerster* in seinem äußerst lesenswerten und auch ohne philosophische Vorkenntnisse verständlichen Buch »Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie«, 2006, S. 65 ff. hin; vgl. auch *ders* Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie, 2013, S. 12.

⁷ Die Begriffe »Rechtspositivismus« und »rechtspositivistisch« sind keine Wertungsbegriffe im Sinne von »positiv« (oder negativ), sondern meinen das gesetzte, eben das positive Recht (ppp von lat. ponere – stellen, setzen, legen).

⁸ Zum Ganzen *Ellscheid* Strukturen naturrechtlichen Denkens, in: *Kaufmann/Hassemer/Neumann* (Hrsg), Einführung in Rechtsphiloso-

mal im christlichen Naturrecht, in der Vernunft oder im Wesen des Menschen, in den formalen Anforderungen an den Begründungsprozess oder in sonstigen prozeduralen Begründungsmodellen.

Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral im Sinn des Verhältnisses von Recht und Gerechtigkeit beschreibt also die elementare Grundlage für die Befassung mit dem Recht überhaupt. Insofern ist sie auch Gegenstand des rechtswissenschaftlichen Studiums, wenn man dieses nicht lediglich als Erlernen des dogmatischen Rechts»handwerks«, sondern als wissenschaftlich reflektierte Befassung mit dem Recht versteht. Vor diesem Hintergrund ist die Zielsetzung dieses einführenden Beitrags zu sehen (II.). Nach einigen begrifflichen und normtheoretischen Vorklärungen (III.) wird die Frage erörtert, ob und inwieweit die Moral möglicher oder notwendiger Bestandteil des Begriffs »Recht« ist (IV.). Davon zu unterscheiden ist das Problem, ob für die Geltung des Rechts dessen Übereinstimmung zumindest mit elementaren Gerechtigkeitsvorstellungen zu fordern ist (V.). Selbst soweit man diese Frage verneinen sollte, bleibt immer noch zu klären, ob es nicht wenigstens anzustreben wäre, dass das Recht außerrechtlichen Gerechtigkeitsmaßstäben entspricht, ihnen zumindest nicht widerspricht (VI.). Dies kann freilich nur dann gefordert werden, wenn es überhaupt *möglich* ist, Moralnormen im Sinne außerrechtlicher Richtigkeitsmaßstäbe in einer Weise zu begründen, dass sie Maßstabsfunktion für die Rechtsordnung entfalten können (VII.).

II. Warum sollte man sich mit dem Verhältnis von Recht und Moral befassen?

1. Die richtigen Fragen stellen

Die Zielsetzung dieses Beitrages ist eine mehrfache: Er versteht sich erstens als Einführung in die Grundfragen der Rechtsphilosophie.⁹ Es soll gezeigt werden, wie man in der

phie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl 2004, S. 148ff.; klassisch die Darstellung bei *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl 1962; lesenswert auch *Künnecke* RPhZ 2015, 94 zur Naturrechtsrenaissance in Deutschland nach 1945.

⁹ Nach hier zu Grunde gelegtem Verständnis ist die »Rechtstheorie« kein von der »Rechtsphilosophie« zu trennendes Fach, vielmehr ist erstere ein Teil letzterer. Viele Darstellungen trennen allerdings beides (vgl. bereits im Titel: *Mahlmann* Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 2. Aufl 2012): (1) Der *Rechtstheorie* werden die Fragen nach Begriff, Wesen und Geltung des Rechts zugeordnet sowie die allge-

Rechtsphilosophie richtig »fragt« und welche Antworten auf diese Fragen möglich sind. Rechtsphilosophie bedeutet nicht assoziativ-unstrukturiertes »Parlieren« über Recht und Gerechtigkeit, sondern verlangt eine systematische Analyse der Grundlagen und Grundbedingungen des Rechts. Es handelt sich insofern um einen Beitrag nicht zum Mitlernen, sondern zum Mitdenken. Präsentiert werden sollen keine reproduzierbaren Versatzstücke zum Auswendiglernen für die Zwischenprüfung, auch keine Anhäufung von Fakten und Namen. Angeboten werden soll vielmehr ein systematisches »Rüstzeug« für die Teilnahme am rechtswissenschaftlichen Diskurs über die Grundfragen des Rechts.

2. Praktische Relevanz des Verhältnisses von Recht und Moral

Gleichwohl ist die Zielsetzung nicht nur eine theoretische. Der Beitrag will vielmehr auch aufzeigen, dass es in der Rechtspraxis auf das Verhältnis von Recht und Moral, von Recht und Gerechtigkeit ankommen kann. Dies in dreifacher Hinsicht:

(1) Zunächst nimmt die geltende Rechtsordnung an vielen Stellen selbst auf außerrechtliche Normen und Maßstäbe Bezug. Dann ist rechtsdogmatisch zu klären, was es mit dieser Bezugnahme auf sich hat, insbesondere ob der Rechtsanwender insoweit eigene sittliche, ethisch-moralische oder gerechtigkeits-theoretische Erwägungen anstellen darf. Als Beispiele seien genannt: Art. 1 II GG (Menschenrechte als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft), §§ 138, 826 BGB (»gute Sitten«). Zudem finden sich in neueren Gesetzen zumal aus dem Bereich der Biomedizin Verweise auf die »ethische Vertretbarkeit« eines Vorhabens¹⁰ oder die Notwendig-

meine Normlehre und teilweise auch die Methodenlehre. Gegenstand der Rechtstheorie ist mithin das, was man früher auch »Allgemeine Rechtslehre« genannt hat; vgl. zur Rechtstheorie etwa *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie (mit Juristischer Methodenlehre), 8. Aufl 2015; *Röhl/Röhl* Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl 2008; *Nawiasky* Allgemeine Rechtslehre (als System der rechtlichen Grundbegriffe), 2. Aufl 1948; *Vesting* Rechtstheorie, 2007; *Zippelius* Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtstheorie, 6. Aufl 2012; *Funke* Rechtstheorie, in: *Krüper* (Hrsg) Grundlagen des Rechts, 2011, § 2 (S. 45ff.). (2) Die *Rechtsphilosophie* befasst sich dem gegenüber weniger mit den formalen (und technischen) Fragen des Rechts als vielmehr mit dessen (gesolltem) Inhalt. Da sich Begriff, Geltung und Inhalt des Rechts nicht trennscharf von einander abschichten lassen (kann doch z.B. die Frage nach dem Begriff und der Geltung des Rechts nicht vollständig isoliert von der Frage nach seinem Inhalt diskutiert werden), gibt es keinen Grund, beide Gebiete von einander zu trennen.

keit eines (zustimmenden) Votums einer Ethikkommission.¹¹

(2) In der rechtspolitischen Diskussion über besonders strittige Themen (z.B. biomedizinische Probleme wie die Fortpflanzungsmedizin, Sterbehilfe, Gentechnologie und -diagnostik etc.) werden rechtliche und moralische Erwägungen nicht selten mit einander vermengt.¹² Insoweit will der Beitrag das begriffliche und analytische Instrumentarium vermitteln, um Diskussionsbeiträge auf ihre Argumentationskraft hin analysieren zu können.

(3) Schließlich ist die Frage des Verhältnisses von Recht und Moral zentral für das Verständnis der deutschen Rechtsgeschichte, insbesondere der Aufarbeitung des nationalsozialistischen Unrechtsstaates, aber auch des DDR-Unrechts. Hier geht es zentral um das Problem, ob schwerste Unrechtsgesetze überhaupt Recht und als solches verbindlich sein konnten. In den Entscheidungen deutscher Gerichte zu diesen Fragen (insbesondere in den »Mauerschützenurteilen« des BGH) spielt letztlich das Verhältnis von Recht und Moral die zentrale Rolle (näher dazu unten bei V.).

10 Beispiele: (1) Die Erteilung der Genehmigung für die Einfuhr und Verwendung embryonaler Stammzellen setzt nach § 6 Abs. 4 Nr. 2 des Stammzellgesetzes (StZG) u.a. voraus, dass das geplante Forschungsvorhaben »ethisch vertretbar« ist. (2) Die nach langer rechtspolitischer Diskussion nunmehr durch § 3a des Embryonenschutzgesetzes (ESchG) zumindest partiell zugelassene Präimplantationsdiagnostik (PID) wird davon abhängig gemacht, dass eine nach Landesrecht zu bildende Ethikkommission eine zustimmende Bewertung abgegeben hat (§ 3a Abs. 3 Nr. 2 ESchG). (3) Des Weiteren sind Ethikkommissionen normiert in §§ 40 ff. des Arzneimittelgesetzes (AMG) für die klinische Prüfung von Arzneimitteln am Menschen, in §§ 20 ff. des Medizinproduktegesetzes (MPG) für die klinische Prüfung von Medizinprodukten, in § 15 (der als solche unverbindlichen) Musterberufungsordnung für Ärzte für medizinische Forschungsvorhaben an Menschen. (4) Vgl. schließlich auch § 7a Abs. 2 Nr. 3 des Tierschutzgesetzes (TierSchG), wo geregelt ist, wann Tierversuche »ethisch vertretbar« sind. In all diesen Fällen stellt sich die (im Ergebnis zu verneinende; dazu unten III.2.b) Frage, ob der Rechtsanwender (also Behörden und Gerichte) oder eine Ethikkommission eigene ethische (also moralische) Erwägungen anstellen dürfen. Vgl. zu den Ethikkommissionen den Überblick bei *Kersten* Technische und ethische Fragen der Medizin, in: *Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.)* Besonderes Verwaltungsrecht, Bd 2, 3. Aufl 2013, § 54 (S. 871 ff.).

11 Vgl. auch Fn. 10; von den fach- und bereichsspezifischen Ethikkommissionen zu unterscheiden ist der auf dem Ethikratgesetz (EthRG) beruhende Deutsche Ethikrat (Nachfolgeeinrichtung des Nationalen Ethikrates).

12 Häufig ist die Vermischung ethisch-moralischer Argumente einerseits und verfassungs-, zumal grundrechtlicher Erwägungen andererseits, von folgender Struktur: Die geplante Norm X ist ethisch auf das Schärfste zu missbilligen und daher als Verstoß gegen die Menschenwürde verfassungswidrig.

3. »Ein guter Jurist ist nur, wer es mit schlechtem Gewissen ist«

Die Erkenntnis von der (potenziellen) Ungerechtigkeit des Rechts ist nicht nur rückwärtsgewandt, sondern auch eine Anfrage an andere gegenwärtig existierende Rechtsordnungen oder Teilrechtsordnungen in der Welt. Und sie ist eine Mahnung an das wache Bewusstsein dafür, dass keine Rechtsordnung, kein Staat davor gefeit ist, die Fratze der Macht zu zeigen, kein Rechtsstaat eine Versicherung dagegen hat, in einen Unrechtsstaat abzugleiten. Die Erkenntnis von der (jederzeit möglichen) Ungerechtigkeit des Rechts hält das »schlechte Gewissen« wach, das einen guten Juristen (gerade in verantwortlichen Positionen) ausmacht.¹³ Die ausbalancierte rechtsstaatliche, grundrechtlich fundierte, zumal durch Presse- und Meinungsfreiheit gesicherte und von einer Verfassungsgerichtsbarkeit flankierte Demokratie ist auf der Schiene der Zeit eher die Ausnahme als die Regel. Die Möglichkeit ihrer Gefährdung durch Machtexzesse – eben auch durch ungerechtes, unmoralisches Recht – ist wohl die wichtigste Lektion der deutschen Rechtsgeschichte.

III. Begriffliche und normtheoretische Grundlagen

Eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Recht und Moral bedarf zumindest einer kurzen begrifflichen und normtheoretischen Orientierung:

13 Die Sentenz »Ein guter Jurist ist nur, wer es mit schlechtem Gewissen ist« wird dem wohl bedeutendsten deutschen Rechtsphilosophen, *Gustav Radbruch* (1878–1849), der uns im Rahmen dieses Beitrags noch begegnen wird, zugeschrieben. Das »schlechte Gewissen«, das jeder Jurist haben sollte, hat neben der (potenziellen) Ungerechtigkeit des Rechts noch zwei andere Bezugspunkte: (1) Zunächst die bis heute nicht geklärte (und wohl auch nicht zu klärende) offene Flanke der Juristischen Methodenlehre, die trotz aller hermeneutischen Informiertheit die Begründung jeglicher juristischer Auslegung und ihres Gegenteils zulässt, also zu einem gewissen Teil willkürlichhaft und damit missbrauchsanfällig ist. (2) Und zweitens die Erkenntnis der begrenzten Steuerungs- und Legitimationskraft des Rechts, die der italienische Philosoph *Giorgio Agamben* Das Geheimnis des Bösen, 2015, S. 11 kürzlich wie folgt (allerdings überspitzt) zum Ausdruck gebracht hat: »Die Hypertrophie des Rechts, die alles gesetzlich zu regeln versucht, lässt durch ihre Exzesse formeller Rechtmäßigkeit den Verlust jeder substanziellen Legitimität umso deutlicher hervortreten. Angesichts des unaufhaltsamen Niedergangs, in dem sich unsere demokratischen Institutionen befinden, muss der Versuch der Moderne, Legalität und Legitimität zur Deckung zu bringen, um die Legitimität der Herrschaft im positiven Recht begründen zu können, als gescheitert betrachtet werden.«

1. Begriffe

Unter dem Begriff »Moral« wird hier die Gesamtheit derjenigen Normen verstanden, in denen sich die Vorstellung der Gesellschaft von Gerechtigkeit, von normativer Richtigkeit manifestiert. Trotz aller Umstrittenheit und ungeachtet seiner vielen normativen, inhaltlichen und empirischen Nuancen lässt sich der Begriff Moral¹⁴ bei einiger Vereinfachung mit dem Begriff »Gerechtigkeit« gleichsetzen. Eine moralische Norm ist nach diesem Verständnis eine Norm, die ein bestimmtes menschliches Verhalten (im weitesten Sinne) als gerecht oder ungerecht wertet und dem entsprechend ge- oder verbietet.¹⁵ Zu trennen von den Begriffen »Moral«, »moralisch« sind die Begriffe »Ethik«, »ethisch«. Mit »Ethik« ist die Wissenschaft gemeint, die sich mit dem Wesen und der Begründung moralischer Normen befasst. Ethik lässt sich auch gleichbedeutend mit »Moralphilosophie« verstehen¹⁶. Jüngst ist auch der missverständliche Begriff der »Rechtsethik« aufgetaucht, der wohl zum Ausdruck bringen soll, dass sich Recht und Moral nicht vollständig voneinander trennen lassen (dürfen).¹⁷

¹⁴ Dazu grundsätzlich *Hoerster* Was ist Moral? Eine philosophische Einführung, 2008.

¹⁵ Von einem so verstandenen, normativ anspruchsvollen Moralbegriff zu unterscheiden ist der Begriff der »Sitte«. Auch darunter sind normative Handlungsanweisungen zu verstehen, in denen sich allerdings weniger Gerechtigkeitsvorstellungen manifestieren, sondern eher Üblichkeiten für ein geordnetes Zusammenleben der Menschen. Insofern weist der Begriff »Sitte« Ähnlichkeit mit dem polizeirechtlichen Begriff der »öffentlichen Ordnung« auf, worunter man die Gesamtheit aller ungeschriebenen Verhaltensweisen ansieht, die für ein geordnetes Zusammenleben als unerlässlich angesehen werden. Davon wiederum zu unterscheiden ist der Begriff »Etikette«, der letztlich »Benimm«-Regeln meint. Zur Veranschaulichung: (1) »Du sollst Menschen in Not helfen« ist eine moralische Norm. (2) »Du sollst in der Öffentlichkeit nicht den Tod eines soeben verstorbenen, umstrittenen Politikers feiern« ist eine sittliche Norm. (3) »Zu einer Einladung sollst du ein Gastgeschenk mitbringen« ist eine Norm der Etikette.

¹⁶ Auf eine Einführung in die Grundbegriffe der Ethik (einschließlich der Metaethik als Theorie der Ethik) muss hier aus Raumgründen verzichtet werden. Wer insoweit Grundlegung sucht, dem seien folgende Bücher zur Lektüre empfohlen: *Hoerster* Ethik und Interesse, 2003; *Birnbacher* Analytische Einführung in die Ethik, 2003; *Höffe* Ethik. Eine Einführung, 2013 sowie *Stemmer* Handeln zu Gunsten anderer. Eine moralphilosophische Untersuchung, 2000; ferner *J. L. Mackie* Ethik. Die Erfindung des moralisch Richtigen und Falschen, 1981.

¹⁷ Vgl. grundsätzlich zur »Rechtsethik« das gleichnamige Buch von *v.d. Pfordten* (2. Aufl 2011).

2. Normtheoretische Grundlagen

a) Recht und Moral als eigenständige, getrennte Sollensordnungen

Im analytischen Ausgangspunkt sind Recht und Moral von einander getrennte Normsysteme und Sollensordnungen. Recht kann als Gesamtheit aller ordnungsgemäß erlassenen Rechtsnormen bezeichnet werden, Moral als Gesamtheit aller Normen der Gerechtigkeit.¹⁸ Beide Normordnungen¹⁹ können zwar dieselben Handlungsanweisungen enthalten; Beispiel: Der Normsatz »Du sollst in Unglücksfällen Hilfe leisten« enthält sowohl eine moralische Norm als auch eine Rechtsnorm (§ 323c StGB) und ist ein Beispiel dafür, dass der Gesetzgeber eine moralische Norm zu einer rechtlichen Norm gemacht hat. Moral- und Rechtsnormen unterscheiden sich wesentlich und in mehrfacher Hinsicht: in der Normbegründung (Moral durch moralphilosophischen Diskurs, Recht durch dazu autorisierte Institutionen wie Parlament oder Gemeinderat), in der Verbindlichkeit (Moralnormen sind nur moralisch, nicht jedoch rechtlich verbindlich, Rechtsnormen sind rechtsverbindlich²⁰), in der Durchsetzung (die Verletzung von Moralnormen ist nur moralisch-gesellschaftlich sanktioniert, Rechtsnormen können zwangsweise durchgesetzt, Verstöße dagegen bestraft oder als Ordnungswidrigkeit geahndet werden).

b) Mögliche Verbindungen zwischen Recht und Moral

Mit der strikten Trennung beider Sollensordnungen als analytischem Ausgangspunkt ist noch nicht gesagt, dass es zwischen Recht und Moral keinerlei Verbindungen oder Bezüge geben kann. Solche sind vielmehr in ganz unterschiedlicher Weise denkbar²¹:

¹⁸ Zur Gleichsetzung von Moral und Gerechtigkeit in der rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Diskussion oben Fn 3.

¹⁹ Auf die Begriffe der Norm, des Normativen und der Normativität kann hier nicht eingegangen werden, vgl. dazu grundlegend *Stemmer* Normativität. Eine ontologische Untersuchung, 2007, S. 155ff. Als Norm sei hier schlicht jede in einem Normsatz zum Ausdruck kommende Handlungsanweisung gemeint.

²⁰ Eine andere, hier nicht näher zu behandelnde Frage lautet, ob es auch eine moralische Pflicht zum Rechtsgehorsam gibt. Das ist nicht rechtlich, sondern nur moralphilosophisch zu beantworten; vgl. dazu den instruktiven Beitrag von *Hoerster* Die moralische Pflicht zum Rechtsgehorsam, in: *ders* Recht und Moral, 2002, S. 129ff.

²¹ Zur ebenfalls systematisch hierher gehörenden Frage, ob es eine moralische Pflicht zum Rechtsgehorsam geben kann, s. bereits vorstehende Fn.; vgl. zum Folgenden auch *Kelsen* (Fn 3), S. 60ff.

(1) Moralische, also außerrechtlich (ggf. religiös oder sonst metaphysisch) als inhaltlich richtige begründete oder begründbare Normen können zugleich Inhalt von Rechtsnormsätzen sein. Dies ist maßgeblich die Vorstellung des klassischen Naturrechts, wonach Normen und Grundsätze (z.B. des christlichen Naturrechts²² oder des Vernunftrechts) zugleich Rechtsnormqualität oder zumindest Maßstabsfunktion für das Recht haben.²³

(2) Eine zweite Beziehungsmodalität besteht darin, dass Normen der Moral zwar nicht selbst – unmittelbar wie bei (1) – als Rechtsnormen gelten, dass der Setzer des positiven Rechts den Inhalt der moralischen Normen aber als Rechtsnormen erlassen oder sich daran zumindest maßgeblich orientiert hat.²⁴ Ein Beispiel ist die bereits erwähnte Hilfeleistungspflicht in § 323 c StGB. Ein weiteres Beispiel sind die Grundrechtsnormen des GG, deren Inhalt auch Inhalt moralisch begründeter Normen ist. In einer rechtsstaatlichen und grundrechtlich geprägten Rechtsordnung dürfte ein großer Teil der Rechtsnormen einen Inhalt aufweisen, wie er auch Gegenstand moralischer Normen ist. Freilich ist dies weder zwingend noch ausnahmslos so: So gibt es Rechtsnormen, die moralisch indifferent sind (z.B. das Rechtsfahrgebot der StVO, Formvorschriften im BGB) sowie solche Rechtsnormen, über deren Inhalt größter moralischer Konflikt besteht (wie z.B. bei der beschränkten Zulassung der PID in § 3 a ESchG oder des Schwangerschaftsabbruchs in §§ 218 ff. StGB).

(3) Eine dritte Modalität der Beziehung zwischen Recht und Moral liegt darin, dass in Rechtsnormen auf den Bereich der Moral oder Ethik verwiesen wird; Beispiele dafür sind bereits unter II.2. genannt.²⁵ Hierbei ist jeweils zu prüfen, ob es sich um eine offene oder eine rechtlich ge-

bundene Verweisung handelt. Eine offene Verweisung liegt dann vor, wenn der Normgeber die in Bezug genommene Normenordnung für rechtlich erheblich erklären wollte. Eine rechtlich gebundene Verweisung liegt vor, wenn der Normgeber selbst bereits die wertende Entscheidung getroffen hat. Ein Beispiel für letzteres ist der bereits erwähnte (o. Fn. 10) § 6 IV Nr. 2 des Stammzellgesetzes, der die Erteilung der Genehmigung für die Einfuhr und Verwendung embryonaler Stammzellen für Forschungsprojekte davon abhängig macht, dass »die Voraussetzungen des § 5 StZG erfüllt sind und das Forschungsvorhaben in diesem Sinne ethisch vertretbar ist«. In der Formulierung »in diesem Sinne« liegt eine rechtlich gebundene Verweisung: denn der Gesetzgeber regelt ja selbst, wann er von einer ethischen Vertretbarkeit ausgeht – nämlich dann, wenn die Voraussetzungen des § 5 StZG, der die inhaltlichen Anforderungen an das Forschungsprojekt normiert, gegeben sind. Liegen diese vor, darf die Behörde die Genehmigung *nicht* mit der Begründung ablehnen, das Forschungsvorhaben sei ethisch nicht vertretbar. Entscheidend ist also: Die Behörde darf nicht etwa eigene moralische Erwägungen darüber anstellen, ob das Vorhaben »ethisch vertretbar« sei. Gleiches gilt im Rahmen der Genehmigung von Tierversuchen für § 7 a II Nr. 3 TierSchG. Schaltet der Gesetzgeber das Votum einer Ethikkommission ein, hat sich diese im Rahmen der gesetzlichen Wertungen zu halten und darf nicht ihre moralischen Überzeugungen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen. So dürfte beispielsweise die Ethikkommission nach § 3 a III ESchG bei der Abgabe ihrer Bewertung zur Vornahme einer PID nur das Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 a II ESchG prüfen, nicht jedoch die zustimmende Bewertung trotz Vorliegens dieser Voraussetzungen deswegen ablehnen, weil sie die PID grundsätzlich für »unmoralisch« halte. Denn diese Entscheidung hat bereits der (demokratisch legitimierte) Gesetzgeber durch die partielle Zulassung der PID entschieden – und darüber darf sich die Ethikkommission unter Berufung auf eigene moralische Überzeugungen schon wegen der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht hinwegsetzen.

(4) Eine letzte Beziehungsmodalität zwischen Recht und Moral verläuft in der umgekehrten Richtung: Das Recht ermöglicht die Diskussion über die Begründung von Moral insbesondere durch die Gewährleistung der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) und der Wissenschaftsfreiheit in Art. 5 III GG. Und es ermöglicht die handlungsleitende Orientierung des Einzelnen an moralischen Normen durch die Gewährleistung der Gewissens- und Weltanschauungsfreiheit durch Art. 4 I GG.

22 Vgl. dazu etwa *Messner* Das Naturrecht, 6. Aufl 1966.

23 Bei der Lektüre naturrechtlicher Texte ist es wichtig zu beachten, dass naturrechtliche Theorien je nach der Funktion naturrechtlich begründeter Normen ganz unterschiedlich konstruiert sein können: (1) Naturrechtsnormen können als solche Rechtsqualität haben, ohne dass die jeweilige Rechtsordnung das ausdrücklich festlegt. (2) Sie können Rechtsqualität haben, weil und soweit der Normgeber sie in die Rechtsordnung durch eine Verweisung einbezieht: Ein Beispiel dafür ist Art. 1 II GG im Hinblick auf die unveräußerlichen Menschenrechte. (3) Drittens besteht die Möglichkeit, dass naturrechtliche Normen Maßstabsfunktion für die Geltung von Rechtsnormen haben können (dazu näher unten bei V.). (4) Schließlich – und in einer schwächsten Form – kann die Moral als Reflexions- und Orientierungsebene für den Setzer des positiven Rechts dienen.

24 Eine andere, hiervon zu trennende Frage ist, ob sich der Setzer positiven Rechts bei dessen inhaltlicher Gestaltung an Normen der Moral und den sich darin manifestierenden Gerechtigkeitsvorstellungen orientieren, also so etwas wie Kongruenz von Recht und Moral herstellen *muss* oder mindestens *sollte* (dazu näher unten bei VI.).

25 o Fn 10.

c) Strukturierung des Verbindungsproblems

Zur stärker analytischen Konturierung des Problems der Beziehung von Recht und Moral werden in der rechtsphilosophischen Diskussion meist drei Aspekte unterschieden: (1) Besteht bereits auf *begrifflicher* Ebene ein notwendiger oder zumindest möglicher Zusammenhang zwischen Recht und Moral (dazu sogleich IV.)? (2) Ist die Orientierung des Rechts an den Richtigkeitsmaßstäben der Moral eine *Geltungsvoraussetzung* für das Recht (dazu unten V.)? (3) Verneint man (1) und (2) stellt sich systematisch die Frage, ob es nicht wenigstens sinnvoll ist, wenn sich der Setzer des positiven Rechts an den Moralnomen orientiert (dazu unten VI.).

IV. Moral als Bestandteil des Begriffs »Recht«

1. »Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriff vom Recht«

Dieses auch heute noch gültige Diktum von *Kant* verweist darauf, dass es bis heute keine allgemeine konsenterte Definition des Begriffs »Recht« gibt. Vielmehr existiert eine unübersehbare Vielfalt an Begriffsverständnissen. Der Grund dafür liegt vor allem im Streit darüber, ob bereits der Begriff »Recht« auf inhaltliche Richtigkeitsmaßstäbe außerhalb des Rechts Bezug nehmen kann oder muss.²⁶

2. Positivistische Rechtsbegriffe

Positivistische Rechtsbegriffe klammern jede Bezugnahme auf außerrechtliche Richtigkeitsmaßstäbe, auf Moral oder Gerechtigkeit aus der Rechtsdefinition aus. Paradigmatisch hat das *Hans Kelsen* in seinem Hauptwerk »Reine Rechtslehre« vorgeführt: »Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein«²⁷. Eine Norm ist begrifflich auch dann eine

Rechtsnorm, wenn ihr Inhalt nicht so ist, wie er nach außerrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen sein sollte.

3. Nichtpositivistische Rechtsbegriffe

Nichtpositivistischen Rechtsbegriffen ist gemeinsam, dass im Rahmen ihrer Definition das Element der inhaltlichen Richtigkeit eine Rolle spielt: Recht ist nicht bereits dann Recht, wenn es ordnungsgemäß gesetzt, anerkannt wird oder sonst wirksam ist, sondern nur dann, wenn es auch bestimmten inhaltlichen Maßstäben entspricht. Hierfür ist beispielhaft²⁸ zu nennen eine Definition von *Radbruch* (1878–1949): »Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, ... der Rechtsidee zu dienen. ... Die Idee des Rechts kann nun keine andere sein als die Gerechtigkeit.«²⁹

V. Moral als Bedingung für die Geltung des Rechts?

Auch auf die Frage »Warum oder unter welchen Voraussetzungen *gilt* Recht« gibt es unzählige Antworten, wobei juristische, soziologische und philosophische Geltungstheorien zu unterscheiden sind.³⁰ Das Problem lautet: Ist die »Gerechtigkeit« des Rechts oder zumindest das Fehlen von Ungerechtigkeit eine Geltungsbedingung des Rechts? Oder: Gilt das Recht auch dann, wenn es inhaltlich nicht so ist, wie es sein sollte? »Naturrechtler« verneinen diese

von Menschen.« *Setzungsorientierte* Rechtsbegriffe finden sich zumal in der analytischen Rechtstheorie, etwa bei *J. Austin* oder *H.L.A. Hart* (Nachweise bei *Alexy*, aaO): *J. Austin* (1790–1859) sieht das Recht als Gesamtheit aller sanktionsbewehrten Befehle eines Souveräns an; *H. L.A. Hart* (1907–1992) versteht das Recht als ein System von Regeln, das sich anhand einer Anerkennungsregel (»rule of recognition«) bestimmen lässt. Für *Kelsen* (1881–1973) ist das Recht eine normative Zwangsordnung, deren Geltung auf einer »Grundnorm« beruht.

28 Nichtpositivistische Rechtsbegriffe werden auch vertreten von *R. Dworkin* (1931–2012), *Lon Fuller* (1902–1978): Nachweise bei *Alexy*, aaO, S. 39ff., der im Anschluss an *R. Dreier* selbst einen nichtpositivistischen Rechtsbegriff vorschlägt: »Das Recht ist ein Normsystem, das (1) einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, (2) aus der Gesamtheit der Normen besteht, die zu einer im großen und ganzen wirksamen Verfassung gehören und nicht extrem ungerecht sind ...« (aaO, S. 201).

29 *Radbruch* Rechtsphilosophie, 2. Aufl 2003 (Studienausgabe), § 4 (S. 34). Zur sog. »Radbruch'schen Formel« s. unten bei V.

30 Diese lange und verwickelte Diskussion kann im Rahmen dieses einführenden Beitrags nicht nachgezeichnet werden. Wer sich einen Überblick verschaffen will, dem sei empfohlen: *Alexy* (Fn 26), S. 137ff. sowie *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn 9), S. 200ff.

²⁶ Vgl. den Versuch der Systematisierung der verschiedenen Rechtsbegriffe bei *Alexy* Begriff und Geltung des Rechts, 5. Aufl 2011, S. 27ff.

²⁷ *Kelsen* Reine Rechtslehre (o Fn 3), S. 201. Zu weiteren positivistischen Rechtsbegriffen s. *Alexy* (o Fn 26), S. 31ff., der wirksamkeitsorientierte Rechtsbegriffe und setzungsorientierte Rechtsbegriffe unterscheidet. Ein *wirksamkeitsorientierter* (also soziologischer) Rechtsbegriff ist der von *Max Weber* (1864–1920), Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl 1976, S. 17 vorgeschlagene: »Eine Ordnung soll heißen: ... Recht, wenn sie äußerlich garantiert ist durch die Chance des ... Zwanges durch ein auf Erzwingung ... oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines *eigens* darauf eingestellten *Stabes*

Frage, Rechtspositivisten bejahen sie. Verneint man sie, ist der Konflikt mit der Rechtssicherheit evident: denn wer entscheidet dann über die Geltung? Der Einzelne? Ein Gericht? Der bereits mehrfach erwähnte *Gustav Radbruch* hat für diesen Konflikt eine nach ihm benannte berühmte Formel gefunden. Trug die erste Phase seines Nachdenkens über das Recht durchaus noch rechtspositivistische Züge³¹, hat *Radbruch* seine Haltung auf Grund der Erfahrungen des Nationalsozialismus weiter entwickelt³²: »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 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.«³³ Aus dieser – allerdings häufig missinterpretierten³⁴ – Formel lassen sich letztlich drei Grundsätze ableiten

(1) Positives Recht gilt auch dann, wenn es inhaltlich ungerecht ist.

(2) Weist die Ungerechtigkeit ein unerträgliches Maß auf, hat es der Gerechtigkeit zu weichen.

(3) Das »Weichen« besteht darin, dass das Recht in diesem Fall nicht gilt (begrifflich jedoch Recht bleibt).³⁵

31 *Radbruch* (Fn 29), S. 84: »Für den Richter ist es Berufspflicht, den Geltungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Rechtsbefehl zu opfern, nur zu fragen, was rechtens ist, und niemals, ob es auch gerecht sei. ... Aber wie ungerecht das Recht seinem Inhalt nach sich gestalten möge, es hat sich gezeigt, dass es einen Zweck stets, schon durch sein Dasein, erfüllt, den der Rechtssicherheit.« Und weiter: »Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predigt, aber wie verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren lässt.«

32 Die häufig zu lesende, pauschale These, *Radbruch* sei anfangs ein Rechtspositivist gewesen, wird seinem Rechtsbegriff (vgl. bereits oben bei IV.3.) und seinem differenzieren Rechtsverständnis zu wenig gerecht; dazu *Radbruch* (Fn 29), S. 73ff., wo drei Elemente der Rechtsidee unterschieden werden: Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit.

33 *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, abgedruckt im Anhang 3 der in Fn 29 genannten Studienausgabe »Rechtsphilosophie«.

34 Vgl. die Klarstellungen bei *Kaufmann* NJW 1995, 81 (*Kaufmann* war Schüler *Radbruchs* und hat eine Gesamtausgabe seiner Werke editiert).

35 *Radbruch* hat der genannten Formel allerdings noch folgenden Satz hinzugefügt: »Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, dann ist das Gesetz nicht etwa nur unrichtiges Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur«. In diesem Fall liegt also bereits begrifflich kein Recht vor.

Diese Formel ist nicht etwa nur Theorie geblieben, sondern hat in der Aufarbeitung des nationalsozialistischen Unrechts und im Rahmen der sog. »Mauerschützen«-Prozesse eine zentrale Rolle gespielt – in direkter Anwendung oder zumindest der Sache nach. Das BVerfG und der BGH haben – auch unter Berufung auf diese Formel – Rechtsnormen aus der NS- und DDR-Zeit die Geltung abgesprochen.³⁶

Nicht verkannt werden darf allerdings das Dilemma, vor dem der Rechtsanwendende steht, wenn er unter Berufung auf die *Radbruch'sche* Formel einer positiven Norm wegen evidenter Ungerechtigkeit die Geltung absprechen will: er riskiert die rechtliche Sanktion für seinen »Rechtsungehorsam«. Die *Radbruch'sche* Formel »funktioniert« also gewissermaßen erst später, bei der juristischen Aufarbeitung von Unrechtsregimen und deren Gesetzen, nicht in der Entscheidungssituation selbst. Der britische Rechtstheoretiker *John Austin* (1790–1859)³⁷ hat dieses Dilemma mit drastischen Worten auf den Punkt gebracht: »Die verwerflichsten ... Gesetze wurden und werden beständig von Gerichten angewandt. Angenommen eine harmlose oder geradezu nützliche Tat wird vom Machthaber bei Todesstrafe verboten. Begehe ich diese Tat, so wird man mich anklagen und verurteilen. Und wenn ich dem Urteil entgegen halte, dass es dem Gesetz Gottes widerspricht, so wird mir das Gericht die Unmaßgeblichkeit meiner Argumentation dadurch beweisen, dass es mich kraft des Gesetzes, dessen Gültigkeit ich angefochten habe, aufhängen lässt.«³⁸ Aus eben diesem Dilemma einen Ausweg zu zeigen (zumindest dies zu versuchen), ist das wichtigste Anliegen des in Art. 20 IV GG normierten Widerstandsrechts.³⁹

36 Die Entscheidungen sollten studiert werden: (1) BVerfGE 23, 98: In dieser Entscheidung hat das BVerfG eine nationalsozialistische Vorschrift, nach der emigrierten Juden die deutsche Staatsangehörigkeit entzogen worden war, für unwirksam erklärt; vgl. auch bereits BVerfGE 6, 132. (2) BGHSt 39, 1; 41, 101 (Strafbarkeit von »Mauerschützen«), wo dem die Todesschüsse rechtfertigenden DDR-Recht die Geltung abgesprochen wurde.

37 Nicht zu verwechseln mit dem Philosophen *John L. Austin* (1911–1960), der als einer der Begründer der analytischen Sprachphilosophie und der auch für die juristische Methodenlehre wichtigen Sprechaktheorie (»how to do things with words«) gilt; hierzu lesenswert E. v. Savigny Die Philosophie der normalen Sprache, 1993, S. 125ff.

38 *J. Austin* The Province of Jurisprudence (Library of Ideas, edition 1954), S. 185. Vgl. dazu den lehrreichen Aufsatz von *H.L.A. Hart* Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral (1957), abgedr. in: *Hoerster*, *H.L.A. Hart – Recht und Moral*, 1971, S. 14ff.

39 Eine rechtsanalytische Aufarbeitung des Verhältnisses zwischen dem Prinzip des Rechtsgehorsams, der *Radbruch'schen* Formel, dem Widerstandsrecht (Art. 20 IV GG) und dem Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts steht noch aus.

VI. Sollte das Recht der Moral (Gerechtigkeit) entsprechen?

Auch derjenige, der im Hinblick auf Begriff und Geltung des Rechts ein striktes (wie *Kelsen*) oder ein eingeschränktes (wie *Radbruch*) Trennungsmodell vertritt, muss nicht zwangsläufig der Auffassung sein, die Frage nach gerechttem, moralisch richtigem Recht sei unzulässig, unangebracht oder sinnlos. Aus den Thesen (1) »Recht ist auch dann Recht, wenn es inhaltlich nicht so ist, wie es sein sollte« und (2) »Recht gilt auch dann, wenn es inhaltlich nicht so ist, wie es sein sollte, oder wenn es so ist, wie es nicht sein sollte« folgt keine These (3), die besagte: »Recht muss nicht so sein, wie es sein sollte«. Ein gängiges (allerdings diskreditierendes) Missverständnis gegenüber rechtspositivistischen Rechtsmodellen geht dahin, dass ihnen auch die These (3) zugeschrieben wird. Dies ist jedoch unzutreffend: Keineswegs muss der Rechtspositivist, also derjenige, der Begriff und Geltung des Rechts von der Moral (also der Gerechtigkeit) streng trennt (wie *Austin*, *Hart*, *Kelsen*, *Hoerster*), der Auffassung sein, Recht sollte nicht gerecht oder dürfe gar ungerecht sein.⁴⁰ Die Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts ist vielmehr auf einer *anderen* Ebene angesiedelt, nämlich nicht auf der rechtswissenschaftlichen (oder gar rechtsdogmatischen), sondern auf der ethisch-moralphilosophischen Ebene. Die Frage, ob Recht gerecht sein sollte, ist keine rechtswissenschaftlich, sondern nur ethisch zu beantwortende Frage, ebenso wie die Frage nach der Begründbarkeit des Inhalts gerechten Rechts. So ist auch der wohl als »härteste«⁴¹ Rechtspositivist apostrophierte *Hans Kelsen* zu verstehen. Sein vor allem im Werk »Reine Rechtslehre« verfolgtes Anliegen war es »die Rechtswissenschaft von allen ihr frem-

⁴⁰ Darauf weist nachdrücklich *Hoerster* (Fn 38), S. 13 hin: »..., dass eine positivistische Rechtsphilosophie, die an der begrifflichen Trennung von Recht und Moral festhält, vor der rechtspolitisch alles entscheidenden Frage nach den sittlichen (gemeint ist wohl: moralischen; Anm. J.F.L.) Maßstäben des Rechts nicht zu kapitulieren braucht. Wer positiv geltendes und sittlich richtiges Recht begrifflich trennt, erleichtert sich gerade damit die Aufgabe, über beides nach den je adäquaten Kriterien rational nachzudenken.«

⁴¹ Dies liegt an Formulierungen wie den folgenden (jeweils im Hauptwerk »Reine Rechtslehre«, Fn 3): (1) »Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein« (S. 201); (2) »Nach dem Recht totalitärer Staaten ist die Regierung ermächtigt, Personen unerwünschter Gesinnung, Religion oder Rasse in Konzentrationslager zu sperren und zu beliebigen Arbeiten zu zwingen, ja zu töten. Solche Maßnahmen mag man moralisch auf das schärfste verurteilen, aber kann sie nicht als außerhalb der Rechtsordnung dieser Staaten stehend ansehen« (S. 42). Letzteres Zitat findet sich noch in der 2. Aufl. der Reinen Rechtslehre aus dem Jahr 1960.

den Elementen befreien« und die »Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll«.⁴² Damit wollte *Kelsen* allerdings keineswegs sagen, dass das Recht – moralphilosophisch gesehen – beliebig sein dürfte oder gar sollte. Zwar kann für *Kelsen* »jeder beliebige Inhalt Recht sein«. Aus dieser These folgt aber eben gerade nicht, dass auch jeder beliebige Inhalt Recht sein *sollte* oder *dürfte*. Nur ist die Begründung gerechten Rechts nicht mehr Sache der Rechtswissenschaft, sondern der Moralphilosophie und der Rechtspolitik. Dass *Kelsen* gegenüber der Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts keineswegs indifferent war, zeigt sich schon daran, dass er sich selbst mit Fragen der Gerechtigkeit und deren Begründung (wenn auch mit erkenntnistheoretischer Skepsis) befasst hat.⁴³

Man könnte also wie folgt systematisieren: (1) Es ist Sache der Ethik und Moralphilosophie, Maßstäbe für die Begründbarkeit richtigen, also gerechten Rechts zu entwickeln und aus diesen Maßstäben verallgemeinerbare Gerechtigkeitsurteile abzuleiten. (2) Es ist Sache der Politik, diese in Rechtsnormen umzusetzen (wobei freilich weite demokratische Entscheidungsspielräume bei ethisch umstrittenen Fragen bestehen). (3) Aufgabe der (dogmatischen) Rechtswissenschaft ist es, die Rechtsnormen zu systematisieren, dogmatisch zu ordnen, Interpretationsmaßstäbe zu entwickeln und diese für die Rechtsanwendung operationabel zu machen.

VII. Ist Gerechtigkeit überhaupt begründbar?

Den vorstehenden Erwägungen könnte man entgegen halten, dass die Frage nach dem gerechten Recht sich schon deswegen nicht stelle, weil es Gerechtigkeitsmaßstäbe gar nicht gebe (gerechtigkeitstheoretischer Nihilismus), solche jedenfalls nicht erkennbar oder begründbar seien (gerechtigkeitstheoretischer Skeptizismus oder Relativismus). Hierin dürfte jedoch eine vorschnelle erkenntnistheoretische Kapitulation liegen. Daraus, dass Gerechtigkeit nicht objektiv⁴⁴ (substanzontologisch) erkennbar, insbesondere aus der Vernunft oder Natur des Menschen nicht begründbar ist, folgt nicht, dass es über die Gerechtigkeit, also über die Inhalte moralischer Normen überhaupt keine begründeten und verallgemeinerbaren, zumindest plausiblen

⁴² *Kelsen* (Fn 3), S. 1.

⁴³ *Kelsen* Was ist Gerechtigkeit? 1953 (Nachdruck bei reclam, 2002).

⁴⁴ *J.L. Mackie* (Fn 16), S. 11: »Es gibt keine objektiven Werte«.

Aussagen geben kann. Vielmehr hat sich im Laufe der Geschichte der Rechts- und Moralphilosophie eine Reihe von Begründungsstrategien herauskristallisiert.⁴⁵ Zudem

⁴⁵ Eine Erörterung der verschiedenen Gerechtigkeitstheorien würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, so dass hier nur einige Literaturhinweise gegeben werden: Ein knapper Überblick findet sich bei *Lindner Rechtswissenschaft* 2011, 1/9 ff. (dort insbes. auch zum anthropologischen Begründungsansatz); s. auch *Höffe Gerechtigkeit. Eine philosophische Einführung*, 2001. Einen guten Überblick über die (heute verbreitet vertretenen) prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit von *Kant* über *Habermas* bis *Rawls* bieten: *Kaufmann* (Fn 1), S. 264 ff.; *Tschentscher Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 2000. Speziell zu den vertragstheoretischen Gerechtigkeitsmodellen sehr

herrscht über wichtige Gerechtigkeitsmaßstäbe wie sie insbesondere in den Grund- und Menschenrechten zum Ausdruck kommen, weitgehender Konsens. Wer die These vertritt »Über Gerechtigkeit lassen sich keine begründbaren Aussagen tätigen, daher muss man auch die Frage nach dem ›gerechten‹ Recht nicht stellen«, dürfte es sich wohl zu leicht machen.

lesenswert: *Kersting Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994 sowie *Höffe Politische Gerechtigkeit*, 1989. Zu den sog. »Wahrheitstheorien« vgl. die Einführung von *Gloy Wahrheitstheorien*, 2004. Vgl. zu den Inhalten einer »materialen Rechtsethik« auch *v.d.Pfordten* (Fn 17), S. 231 ff.