

Marijan Pavnik / Friedrich Lachmayer

Moralisches Verstehen des Rechts

The primary content-related framework we are bound to are basic human rights as established in the constitution. Basic rights may change and develop, yet as a heritage of our political and legal culture they possess such a solid core meaning that only «deliberate scepticism» (G. Radbruch) can doubt it. In societies with plural values, the moral values expressed by the basic human rights are the most solid moral basis of law. — The moral understanding of law is necessarily accompanied by a moral critique of law. Such critique is often not pleasing to the authorities, but it cannot be avoided if one wants to bear responsibility towards nature, society and future generations. A lawyer who is not interested in these issues and only sticks to the letter of the law acts in a fossilized manner and does not enrich life that law is intended for. Legal thought should always have its sense, as Smoles Antigone would say.

Sammlung: Tagungsband IRIS 2015

Kategorie: Beiträge

Rechtsgebiete: Rechtstheorie

Region: Slowenien; Österreich

Zitiervorschlag: Marijan Pavnik / Friedrich Lachmayer, Moralisches Verstehen des Rechts, in: Jusletter IT IRIS

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitende Erläuterung
- 2 Die Frage des Rechtspositivismus
- 3 Grundrechte als modernes Naturrecht
- 4 Grundrechte als Rechtsprinzipien
- 5 Die Bedeutung der menschlichen Freiheit
- 6 Verallgemeinerung als Transformation
- 7 Moralische Aufladung des Rechts
- 8 Lege artis handeln
- 9 Moralische Kritik des Rechts
- 10 Conclusio

1 Einleitende Erläuterung

[Rz 1] BORIS FURLAN stellte einmal fest: «Ethik ist potenzielles Recht — Recht ist aktuelle Ethik».¹ Diesen Gedanken darf man nicht wörtlich verstehen. Wenn man so handelte, würde das bedeuten, dass Recht und Moral innerhalb des Bereichs, wo sie überlappen, identische Eigenschaften haben. Der Gedanke von Moral als möglichem und künftigem Recht und von Recht als gegenwärtiger Moral ist ein Sinnbild, das nicht verdecken darf, dass zwischen Recht und Moral bedeutende Unterschiede bestehen. Der grundlegende Unterschied liegt, wenn man Kant folgt, jedenfalls darin, dass sich das Recht auf das äUSSere Tun und Verhalten des Menschen bezieht (die sog. äUSSere Gesetzgebung), während die Moral verinnerlicht ist und auf der sittlichen Autonomie des Menschen beruht.²

[Rz 2] KANT hebt ausdrücklich hervor, dass man sich eine äUSSere Gesetzgebung denken kann, die nur positive Gesetze enthalten würde, «alsdann aber müsste doch ein natürliches Gesetz vorausgehen, welches die Antwort des Gesetzgebers (d.i. die Befugnis, durch seine bloSSe Willkür andere zu verbinden) begründete».³

[Rz 3] Kommentar: In gewisser Weise kann daher die Moral als mentale Basis des Rechts angesehen werden, wobei die Moral den Menschen zugeordnet wird und das Recht dem Staat.

¹ BORIS FURLAN: Pravo in etika (Recht und Ethik), in: Pravni vestnik, 1 (1921) 3—4, S. 22.

² Siehe IMMANUEL KANT: Die Methaphysik der Sitten. Reclam, Stuttgart 1990, S. 53 [219].

³ IBIDEM, S. 60 [224].

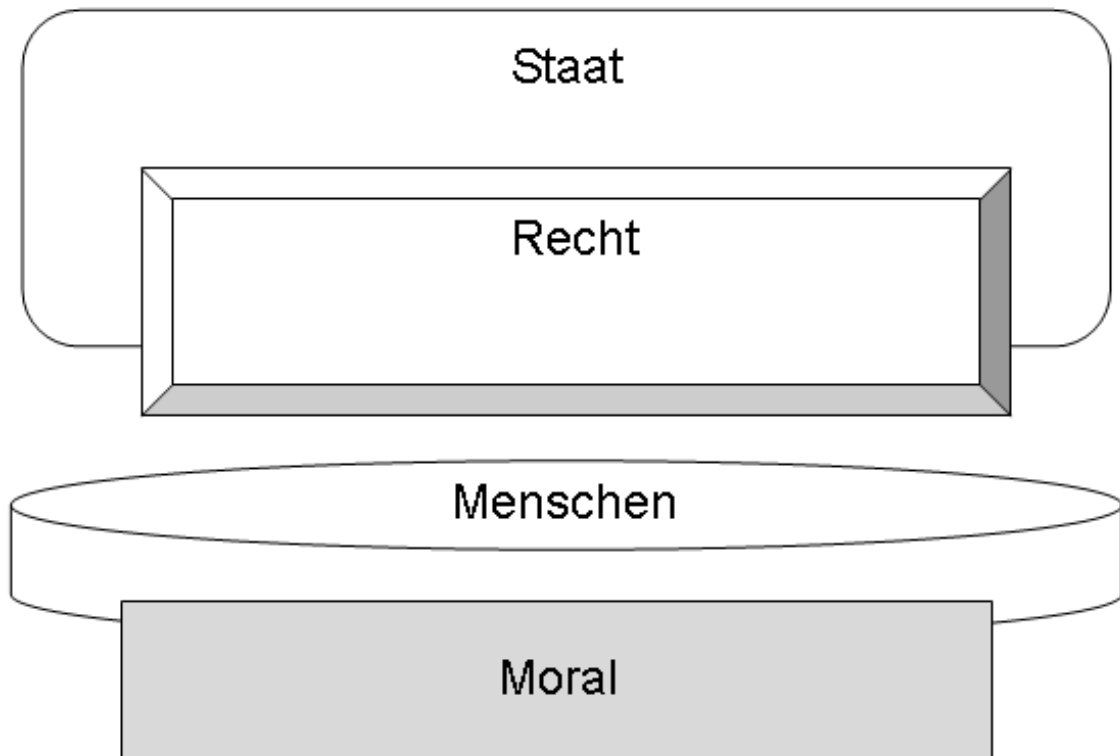


Abbildung 1: Moral als Basis des rechtlichen Denkens

2 Die Frage des Rechtspositivismus

[Rz 4] Dadurch, dass positives Recht sittliche Grundlagen haben soll, um sich zu behaupten und langfristig wirkungsvoll zu sein, wird Rechtspositivismus nicht ausgeschlossen. Dieser trennt zwar Recht von Moral (die sog. Trennungsthese), doch nicht, weil er sich nicht bewusst wäre, dass Recht moralische Grundlagen haben muss, sondern einfach deshalb, weil der Gegenstand seiner Untersuchung lediglich positives Recht ist. Reiner Rechtspositivismus versucht «die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll».⁴

[Rz 5] Rechtspositivismus ist verdorben, wenn er jegliches positive Recht, auch unmoralisches, rechtfertigt. Dabei handelt es sich eigentlich nicht mehr um Rechtspositivismus als Wissenschaft, sondern bereits um einen apologetischen Rechtspositivismus, der ein Diener der Politik ist.

[Rz 6] Die Ambition des wissenschaftlichen Rechtspositivismus ist anders und liegt woanders. Seine Ambition ist es, gültiges Recht freizulegen und es so darzustellen, wie es ist. Es gibt da eine Lichtung, wo man genau sehen kann, wer die Akteure sind und was für Möglichkeiten sie haben, wenn sie Rechtsentscheidungen treffen.

[Rz 7] Wir haben nichts gegen einen solchen Positivismus. Mehr noch: derartiger Positivismus ist auch völlig mit jenen Rechtsansichten vereinbar, die sich mit inhaltlichen Fragen befassen. Eine

⁴ HANS KELSEN: Reine Rechtslehre. 1. Aufl. (1934). Nachdruck: Scientia Verlag, Aalen 1994, S. 1.

Bedingung, um inhaltlich diskutieren zu können, besteht gerade darin, dass man gültiges Recht, seinen Aufbau sowie seine Bedeutungsmöglichkeiten kennt.

[Rz 8] Kommentar: Von der Moral aus gesehen ist es möglich und auch zulässig, das Recht als Gegenstand moralischer Bewertungen zu sehen und zu fragen, inwieweit sich das Recht im Rahmen der Moral bewegt. Dies ändert nichts an der Autonomie des Rechts, stellt aber einen Kontext her.

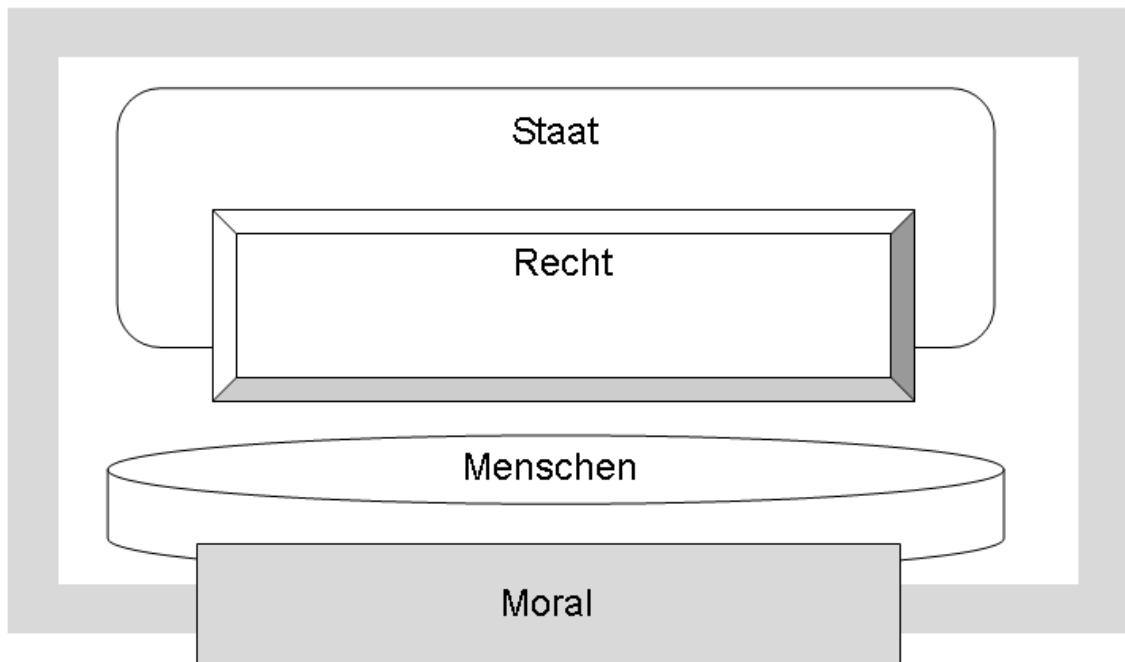


Abbildung 2: Der Geltungsbereich der Moral umfasst die Menschen ebenso wie Staat und Recht

[Rz 9] Kommentar: Umgekehrt kann auch das Recht von sich aus fragen, ob die Moralvorstellungen den Rechtsnormen entsprechen. Dies ist etwa von praktischer Bedeutung, wenn Gruppen ihre Moralvorstellungen mit sich bringen, gleichsam als Personalstatut, und diese aber dem Territorialstatut des Rechts widersprechen.

3 Grundrechte als modernes Naturrecht

[Rz 10] Alle, die — frei nach dem slowenischen Schriftsteller Ivan Cankar — in der Arena des Rechtslebens stehen, können Moralfragen nicht ausweichen. Blind ist, wer denkt, dass man entscheiden kann, ohne auch Moralfragen zu klären.

[Rz 11] Man befindet sich auf einem rutschigen Boden. Der inhaltliche Grundrahmen, an den man gebunden ist, sind verfassungsmässig bestimmte Grundrechte. Die Grundrechte sind eine kulturell-zivilisatorische und rechtliche Überlieferung, über die ein derart festverwurzelter und weitreichender Konsens besteht, dass nur «gewollte Skepsis»⁵ darüber zweifelt. Der Katalog der

⁵ GUSTAV RADBRUCH: Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945), in: *Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie*. Studienausgabe. Hrsg. von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson. Heidelberg 1999, S. 210.

angegebenen Rechte in der Verfassung ist eine Errungenschaft des rationalistischen Naturrechts, das das Verfassungsrecht betrat.⁶ Das Recht der Grundrechte ist kein überpositives Recht, sondern ein integraler Bestandteil des positiven (Verfassungs-) Rechts.

[Rz 12] Es liegt in der Natur der Grundrechte, dass sie als Überlieferung die moralische Grundlage des Rechts sind, während sie als Rechtsakt (Verfassungsakt) einen *inhaltlich* ausreichend *offenen Rahmen* darstellen, der noch fortentwickelt werden kann. Das gilt auch für die Grundprinzipien der Verfassung. Die Grundrechte sind mit diesen Prinzipien (z.B. mit dem Prinzip der Herrschaft des Rechts) verbunden und haben auch selbst in einem hohen Maße den Charakter von Prinzipien.

[Rz 13] Kommentar: In der Entwicklungslinie der Naturrechtslehren gesehen können die modernen Grundrechte als zeitgemäße Fortsetzung des Naturrechts des status civilis angesehen werden:

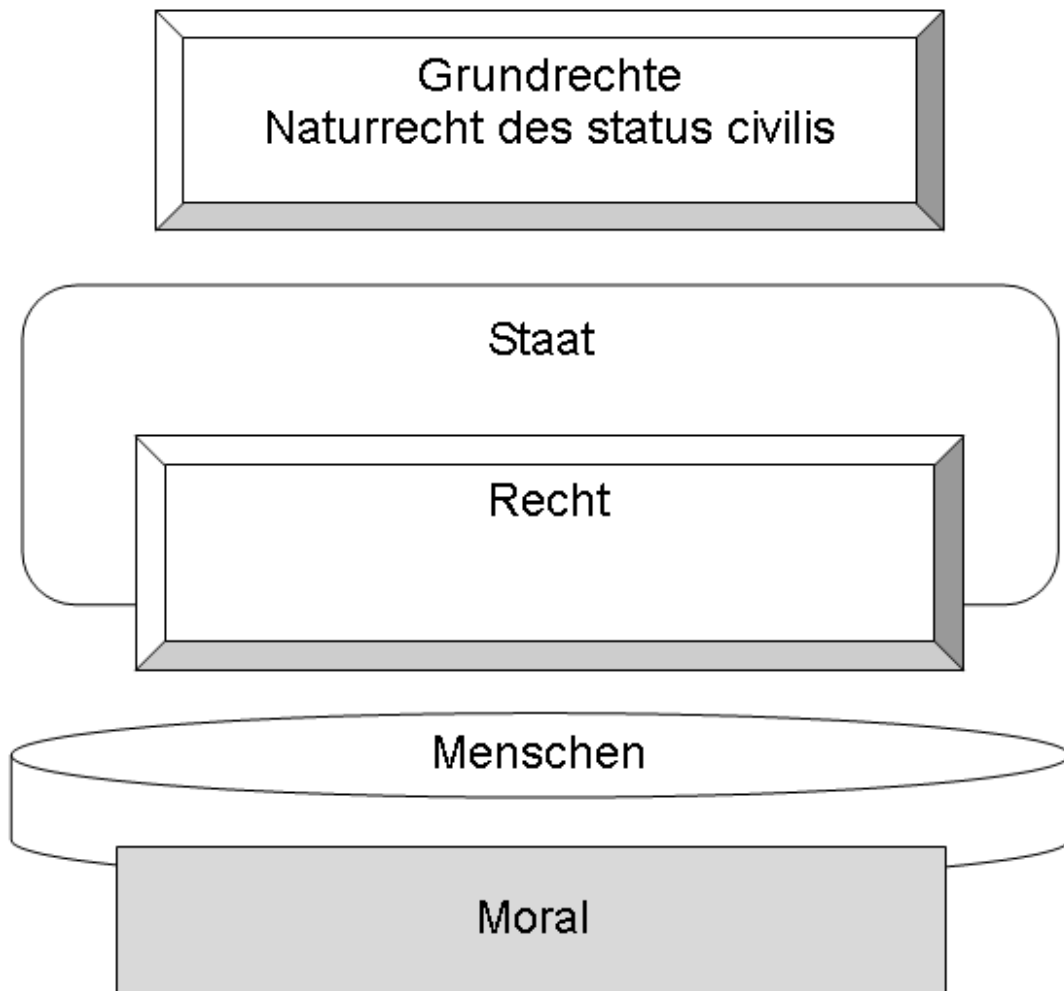


Abbildung 3: Die Grundrechte als Naturrecht des status civilis

⁶ Siehe WINFRIED HASSEMER: Naturrecht im Verfassungsrecht, in: A. Donatsch, M. Forster und Ch. Schwarzenegger (Hrsg.): Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag. Schulthess Verlag. Zürich 2002, S. 135—150.

4 Grundrechte als Rechtsprinzipien

[Rz 14] Über Rechtsprinzipien sagt man, dass sie «Wertmaßstäbe sind, die die inhaltlichen Definitionen der Rechtsnormen, deren Verständnis und die Art deren Durchführung lenken».⁷ In fast allen Grundrechten sind Prinzipien eingebaut, die das *Ziel*, das *Gewicht* und die *Reichweite* einzelner Grundrechte bezeichnen. Das Ziel eines Grundrechts (z.B. des Rechts auf soziale Sicherheit) bestimmt die Richtung, in die dessen verfassungsmäßige und gesetzliche Regelung gehen soll. Wenn die Ausrichtung zum Ziel unter das noch erträgliche Minimum abgeleiten sollte, ist der Inhalt des Rechts bereits verfassungsunvereinbar.

[Rz 15] Von Bedeutung sind auch das Gewicht und die Reichweite der Grundrechte. Das Gewicht der Rechte ist besonders dann empfindlich, wenn es zu einem Konflikt zwischen zwei oder mehreren subjektiven Rechten kommt (z.B. ein Konflikt zwischen dem Schutz der Privatsphäre und der Freiheit der Meinungsäußerung). Vom Gewicht der Rechte hängt es ab, ob ein Recht Priorität gegenüber einem anderen haben soll oder beide Rechte auf eine angemessene Weise miteinander leben können. Und da ist noch die Reichweite der Rechte (z.B. die Reichweite der Pressefreiheit). Ein subjektives Recht wird nur dann verfassungsmäßig ausgeführt, falls es innerhalb des verfassungsmäßigen Bedeutungshofs bleibt. Die Grenze dieses Hofes muss dem Bedeutungskern des Rechts treu sein.⁸ Wenn diese Treue nicht vorhanden ist und etwa die Pressefreiheit (z.B. bei Karikaturen) die Schärfe einer ernstesten Kritik, die ein notwendiger Bestandteil eines kultivierten Umgangs ist, verliert und bereits in eine Herabwürdigung des Anderen übergeht, befindet man sich schon jenseits der verfassungsmäßigen zulässigen Reichweite.

[Rz 16] In wertmäßig pluralen Gesellschaften sind durch Grundrechte ausgedrückte Moralwerte die stabilste moralische Grundlage des Rechts. Diese Grundlage ist zwar vielfältig, doch das Recht als ihr Binder gibt ihr eine ausreichend feste inhaltliche Ausrichtung und Rechtsmittel, mit denen Konflikte gelöst werden sollen, wenn und falls man sie nicht freiwillig lösen kann. Die Wirklichkeit der Grundrechte ist zwar nicht ideal, sie sind jedoch jenes Minimum der Moral, mit dem das Recht steht, wenn es sie schützt und weiterentwickelt, und fällt, wenn es sie außer Acht lässt oder sogar mit Füßen tritt.

5 Die Bedeutung der menschlichen Freiheit

[Rz 17] Die rechtlich geschützten Grundrechte sind, wenn ich es kurz wiederhole, der nötige normative Rahmen, den der Mensch als ein freies Wesen braucht. *Die Freiheit ist die grundlegende existenzielle Voraussetzung* und der Zustand, der dem Menschen ermöglicht, Entscheidungen zu treffen. Neben der Freiheit des Menschen steht die Freiheit des Anderen, die man achten und mit ihr in einem Miteinander leben soll. Wenn dieses Miteinander gar nicht oder nur in einem wesentlich verengten Spielraum gegeben ist, verengt sich auch der Entscheidungsspielraum. Darüber spricht schon Kant auf eine sehr überzeugende Weise: «Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann».⁹

⁷ MARIJAN PAVNIK: *Argumentacija v pravu* (Argumentation im Recht). 3. Aufl. Ljubljana 2013, S. 130.

⁸ Darüber siehe LOTHAR PHILIPPS: *Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen* (2005), in: *Lothar Philipps: Endliche Rechtsbegriffe mit unendlichen Grenzen*. Bern 2012, S. 108.

⁹ KANT (Fn. 4), S. 66–67 [230].

[Rz 18] Eine scharfe Trennung von Moral und Recht ist auf der Begriffsebene möglich, während auf der Ebene der Wirklichkeit das zwei einander beeinflussende Phänomene sind. Für das moralische Verstehen des Rechts ist von besonderer Bedeutung, dass die Achtung vor Recht und seine Wirksamkeit stark von dessen moralischer Wertung abhängen. Ein Recht, das kein Gespür für die Moralwerte der Grundrechte hat, ist im Voraus zum Scheitern verdammt. Von ebensolcher Bedeutung ist es auch, wie man die Verfassung, die Gesetze und andere Rechtsakte auslegt. Es liegt in der Natur der Auslegung, dass sie wertend ist und dass ihr oft ein von Moral bedeutungsmässige mitbestimmter Spielraum zur Verfügung steht.

[Rz 19] In einem Rechtsstaat muss derjenige, der Rechtsentscheidungen trifft, immer so handeln, als ob er eine unbestimmte Anzahl von gleichartigen Fällen vor sich hätte.¹⁰ Ein wesentliches Merkmal solcher Entscheidungsfindung ist es, dass der Entscheider (z.B. der Richter) den Standpunkt in einer konkreten Sache *verallgemeinert* und dass der so gebildete Standpunkt auch für neue Fälle gilt, die im Wesentlichen mit dem (den) bereits entschiedenen übereinstimmen. Vom angenommenen Standpunkt kann man ablassen, wenn man für die Änderung der Rechtspraxis neue und überzeugende (bessere) Gründe hat. Sie müssen in der Begründung der Rechtsentscheidung ausdrücklich und kohärent angeführt werden.

6 Verallgemeinerung als Transformation

[Rz 20] Das erwähnte Problem der Verallgemeinerung ist eine eigenartige *Transformation*, wie sie durchgehend in der Rechts- und Gerichtspraxis stattfinden.¹¹ Wenn der zentrale Antrieb der Transformation ein Moralwert ist, der vom Inhaltsrahmen des Entscheidens zugelassen wird, handelt es sich um eine Beeinflussung des Rechts durch Moral, also um einen Einfluss, wo Moral das Recht inhaltlich mitbestimmt. Die stattfindende Transformation erwacht zu einem selbstständigen Leben und hebt sich irgendwie von den Moralwerten ab, die sie mitgestaltet haben. Neue Bedeutungen und deren moralische Bewertung regen neue Bedeutungsvarianten an, sie können jedoch auch dazu führen, dass man die einheitliche und etablierte Rechtspraxis (z.B. Gerichtspraxis) ergänzen und ändern muss.

7 Moralische Aufladung des Rechts

[Rz 21] Eine besondere Frage sind die Wert- und Prozesselemente des Rechts, die moralisch aufgeladen sind. Wenn ich die Ausdrucksweise von *VIŠKOVİ* benutze, ziele ich auf jene Wert- und Prozesselemente, die den Inhalt der Rechtsregulierung rechtfertigen¹² und zugleich das Fällen von Rechtsentscheidungen möglich machen.

[Rz 22] Nehmen wir also die Merkmale von typischen (allgemeinen und abstrakten) Rechtsnormen, die Rechtsgleichheit, Rechtsvorhersehbarkeit und Rechtssicherheit sicherstellen können.

¹⁰ Siehe Art. 3/3 des slowenischen Gerichtsgesetzes: «Der Richter handelt immer so, als ob er eine unbestimmte Anzahl von gleichartigen Fällen vor sich hätte».

¹¹ Über die Transformationen im Recht siehe z.B. ALEKSANDER PECZENIK: Grundlagen der juristischen Argumentation. Wien, New York 1983, S. 5 ff., S. 55 ff., und STEPHAN KIRSTE: Recht als Transformation, in: *Wienfrid Brugger, Ulfrid Neumann und Stephan Kirste* (Hrsg.): Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert. Frankfurt am Main 2008, S. 134–156.

¹² Siehe NIKOLA VIŠKOVİ: Pojam prava (Begriff des Rechts). 2. Aufl. Split 1981, S. 135. Siehe auch MARIJAN PAVNIK: Teorija prava (Theorie des Rechts). 4. Aufl. Ljubljana 2011, S. 452 ff.

Gleichheit, Vorhersehbarkeit und Sicherheit sind sicherlich auch Moralwerte. Nehmen wir weiter an, dass Rechtsquellen veröffentlicht werden müssen, dass sie in der Regel nicht rückwirkend sein dürfen und dass die subjektiven Rechte und Pflichten von Rechtssubjekten relativ bestimmt definiert werden müssen. *Mutatis mutandis* gilt das auch für die Zuständigkeit von Staatsorganen und für all jene Beschränkungen und Verbote, die es unmöglich machen sollten, dass Staatsorgane beliebig und willkürlich handelten. Und da sind nicht zuletzt noch die Verfahrensnormen, die dem Rechtsspiel einen Rahmen geben und die dazu beitragen können, dass es ein Fair Play ist. Ein Beispiel eines ehrlichen Rechtsspiels ist auch die juristische Begründungslehre, für die sich die Theorie der Argumentation im Recht einsetzt.¹³

8 Lege artis handeln

[Rz 23] Es ist falsch, wenn man von strukturell-verfahrensmässigen Eigenschaften des Rechts erwartet, dass sie automatisch ein (auch moralisch) hochwertiges Recht hervorbringen. Die strukturell-verfahrensmässigen Eigenschaften des Rechts haben diese Kraft nicht, sie können jedoch sicher intensiv dazu beitragen, dass Rechtsentscheidungen von hoher Qualität sind. Und gerade hier liegt der Schwerpunkt. Die professionelle Moral des Juristen erfordert es, dass er lege artis handelt und somit all jene Eigenschaften und Gesetzmäßigkeiten des Rechts berücksichtigt, die eine unabdingbare Voraussetzung (*Conditio sine qua non*) dafür sind, dass Rechtsakte (z.B. Gesetze) inhaltlich ausgewogen und normtechnisch feingeschliffen sein können.¹⁴

9 Moralische Kritik des Rechts

[Rz 24] Alles andere als unwichtig ist auch die moralische Kritik des Rechts, die immer dann notwendig ist, wenn positives Recht und seine Lösungen mit den allgemein akzeptierten Moralwerten, moralischer Toleranz und moralischer Freiheit, die auch von Recht geschützt werden soll, nicht in Einklang stehen. Die moralische Kritik des Rechts ist für die Machthaber oft unangenehm, sie kann jedoch nicht vermieden werden, wenn man der Natur, der Gesellschaft und den künftigen Geschlechtern gegenüber verantwortungsvoll handeln möchte. Ein Jurist, der für all das kein Interesse hat und sich am Buchstaben des Gesetzes festklammert, wirkt verknöchert und trägt nichts zum Leben bei, für das das Recht bestimmt ist. Der Rechtsgedanke soll, wie SMOLES Antigone sagen würde, immer auch seinen Sinn haben.¹⁵

[Rz 25] Kommentar: Das moderne Naturrecht ist aber ein zweigeteiltes: Zu dem Naturrecht des status civilis, den Grundrechten, tritt das Naturrecht des status naturalis, treten die Power Politics, das Naturrecht des Stärkeren, das Naturrecht der angestrebten grundrechtsfreien Effektivität.

¹³ Vgl. mit MaSSstäben, die als Elemente der inneren Moralität von LON L. FULLER behandelt werden: *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven, London 1972, S. 33 ff.

¹⁴ Siehe z.B. PETER NOLL: *Gesetzgebungslehre*. Reinbeck bei Hamburg 1973; THEO ÖHLINGER (Hrsg.): *Methodik der Gesetzgebung*. Wien, New York 1982 und ALBIN IGLIAR: *The Outline of Sociology of Law*. Saarbrücken 2013, S. 107 ff., S. 118 ff.

¹⁵ DOMINIK SMOLE: *Zbrano delo* (Gesammelte Werke). II (Dramski spisi I, Antigona). Ljubljana 2009, S. 14, Vers 118: « beharrlich sucht sie den Sinn eines Gedankens».

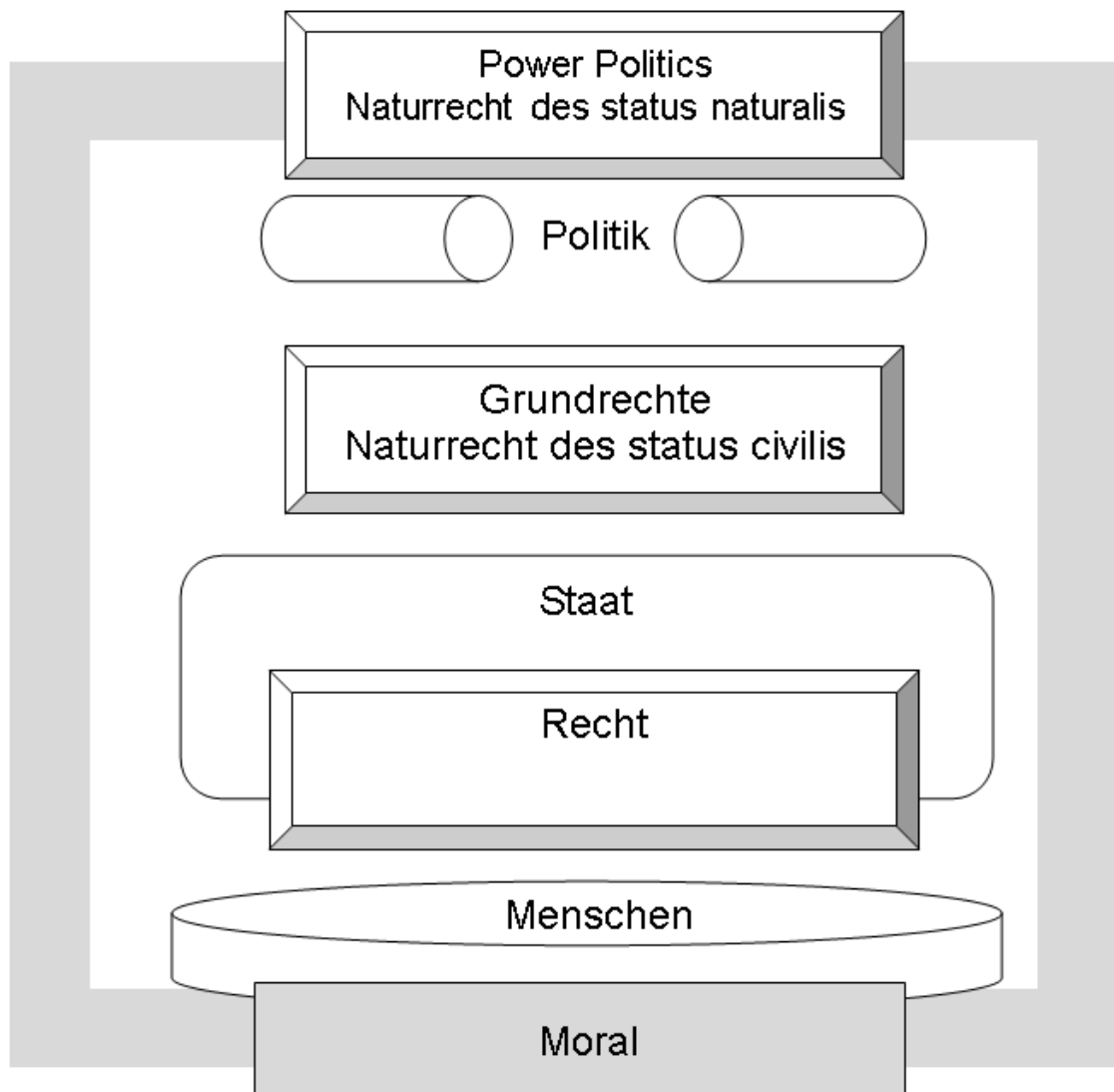


Abbildung 4: Power Politics als Naturrecht des status naturalis und ebenfalls Gegenstand der Moral

[Rz 26] Kommentar: Die globale Politik ist meist durch strikte Freund-Feind-Schemata gekennzeichnet und eines der zentralen Prinzipien des damit angestrebten grundrechtsfreien Raumes geht dahin, dass der Zweck die Mittel vermeintlich legitimiert.

10 Conclusio

[Rz 27] Es zeigt sich, dass die verschiedenen Handlungssphären sehr wohl Gegenstand der moralischen wie der rechtlichen Bewertung sind, insbesondere Gegenstand der Grundrechtsbewertung, wenngleich auch zeitweilig das Wollen der Macht das Sollen des Rechts wie das Sollen der Moral zu überlagern scheint.

MARIJAN PAVNIK, Pravna fakulteta (Juristische Fakultät), Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, SI,
Marijan.Pavcnik@pf.uni-lj.si

FRIEDRICH LACHMAYER, Universitätsprofessor und Ministerialrat i.R., Universität Innsbruck, Tiggergasse 12/12, 1080 Wien, AT, Friedrich.Lachmayer@uibk.ac.at; <http://www.legalvisualization.com>