

Musterlösung Rechtstheorie, Prüfung vom 24.6.2014

Hinweis: Die folgende Lösungsskizze soll beispielhaft aufzeigen, wie die Prüfungsfragen hätten beantwortet werden können. Von den Studierenden wurde nicht erwartet, einen Text mit der gleichen Vollständigkeit zu verfassen, sondern vielmehr die Schwerpunkte der Fragen zu erfassen und ihre Antworten mit entsprechend ausformulierten Gedanken und kohärenter Argumentation zu gestalten.

Aufgabe 1

Nennen Sie ein Beispiel für eine positivistische Theorie des Rechts und stellen Sie ihren wesentlichen Gehalt dar. Was spricht für, was gegen eine solche Theorie des Rechts?

30%

Erste Antwortvariante:

Zentraler Autor des rechtswissenschaftlichen Positivismus ist Hans Kelsen. Mit seinem Projekt der „Reinen Rechtslehre“ versuchte er, eine Rechtstheorie ohne Einflüsse aus Politik, Ideologie, Moral und Naturwissenschaften zu etablieren. Kelsen fordert die theoretisch radikale Trennung von Recht und Moral. Die Moral sei subjektiv, die Rechtswissenschaften suche aber einen Gegenstand jenseits subjektiver Willkür und finde ihn im Recht ohne ausserrechtliche Bezüge. Das Recht sei gegenüber der Moral neutral und nicht auf einen bestimmten Inhalt festgelegt. Recht und Moral seien klar zu unterscheiden: Beide operierten zwar mit *Sollen*, das Recht sei aber – anders als die Moral – eine äussere Zwangsordnung mit sanktionsbewehrter Verbindlichkeit. Eine wichtige Unterscheidung Kelsens betrifft den objektiven und subjektiven Sinn von Sollensakten. Der subjektive Sinn sei der vom Akteur vermeinte Sinn, der objektive Sinn der durch eine Norm zugemessene Sinn. Nicht der subjektive Sinn mache einen Akt zum Rechtsakt, sondern sein objektiver Sinn. Die Unterscheidung des objektiven und subjektiven Sinns führt zum „Stufenbau der Rechtsordnung“. Der subjektive Sinn eines Rechtsaktes wird durch eine höherrangige Norm als sein objektiver garantiert. Die Normativität einer Norm muss durch normhierarchisch über ihr angesiedelte weitere Normen gesichert werden. Diese Grundnorm führt vom Gesetz über die Verfassung zur „Grundnorm“. Die Grundnorm wird folgendermassen formuliert: „Zwangsakte sollen gesetzt werden unter den Bedingungen und auf die Weise, die die historisch erste Staatsverfassung und die ihr gemäss gesetztem Normen statuieren“. Mit der „historisch ersten Verfassung“ ist dabei die Verfassung gemeint, durch die nach dem letzten revolutionären Bruch eine Verfassungstradition etabliert wurde, aus der sich neue Verfassungen in legaler Weise ableiten. Ein gewisser Grad an sozialer Wirksamkeit ist dabei Voraussetzung der Geltung. Man soll sich also so verhalten, wie die wirksame Verfassung vorschreibt. Die Grundnorm sei eine notwendige Annahme der Rechtswissenschaft, da nur sie die Stufenordnung des Rechts abrunde. Sie sei eine transzendental-logische Bedingung der Möglichkeit von Recht. In ihr liege die Quelle der Sollensqualität des ganzen Normensystems und damit der objektive Sinn der in ihrem Rahmen vollzogenen Handlungen.

Mögliche Kritikpunkte:

- Der Ausschluss moralischer, politischer oder soziologischer Elemente aus der Rechtswissenschaft führt zu methodischer Verarmung. Die tatsächlichen ausserrechtlichen Einflüsse auf das Recht werden unterschätzt.
- Kelsen verstrickt sich in einem Zirkelschluss, indem er die Grundnorm als Voraussetzung der Normativität der Rechtsordnung sieht und sie als zwingende Annahme ansieht, ohne die diese Normativität keinen Grund hätte. Die Gegebenheit der Normativität der Rechtsordnung wird dabei vorausgesetzt – dabei ist es aber gerade, was in Frage steht. Kelsen leitet die Normativität der Rechtsordnung aus der Grundnorm ab, was aber nicht funktionieren kann, da die Grundnorm ihrerseits sich auf die Normativität der Rechtsordnung stützt.
- Der Hauptkritikpunkt an Kelsen und dem Positivismus allgemein ist der Mangel an inhaltlicher Orientierung. Die Kritik richtet sich also gegen die These, dass Recht jeden beliebigen Inhalt annehmen könne und dabei doch Recht bleibe. Ohne inhaltliche Orientierung kann das Recht inhumane Zwecke missbraucht werden, ist also wehrlos gegen Gesetze willkürlichen oder verbrecherischen Inhalts.

Leistungen:

- Kelsen hat mit seiner Forderung nach Abgrenzung normativer und anderer Fragestellungen einen wichtigen Beitrag geleistet zur klaren Trennung verschiedener Dimensionen der rechtswissenschaftlichen Arbeit.

Zweite Antwortvariante:

H. L. A. Hart will klären, wie sich Recht und Moral unterscheiden, welches das Verhältnis von Recht und moralischer Verpflichtung ist, was Regeln eigentlich sind, und in welchem Verhältnis sie zum Recht stehen. Auch für Hart sind Recht und Moral deutlich getrennt. Die Moral könne – anders als das Recht - nicht absichtlich geändert werden und sei in allen Geboten von zentraler Wichtigkeit. Sie setze Verantwortlichkeit voraus und werde mit psychologischem Druck durchgesetzt. Um die Frage nach der Natur von Regeln zu beantworten, unterscheidet Hart zwischen Regeln (*rules*) und Gewohnheiten (*habits*). Entscheidender Unterschied sei ein interner, subjektiver Aspekt: Regeln ermöglichen Fehleridentifikation, bildeten die Grundlage von Kritik und könnten einen Grund von Handlungen bilden. Gewohnheiten seien dagegen bloss eingeschliffene Handlungsvollzüge. Ein weiterer wichtiger Begriff in Harts Theorie ist „*obligation*“. Hart grenzt sich hier von Sanktionstheorien ab, die Ordnung des Rechts sei nicht deshalb verbindlich, weil sie eine durch Drohungen gestützte Ordnung sei, sondern entscheidend sei 1) sozialer Druck, 2) ein für das öffentliche Leben essentieller Regelinhalt, der 3) von den Wünschen des Handelnden unabhängig sei.

Für die Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis von Regeln und Recht unterscheidet Hart Primär- und Sekundärregeln (*primary and secondary rules*). *Primary rules* seien Regeln, die Handlungsanweisungen gäben, *secondary rules* seien Regeln, die zum Aufstellen von Regeln ermächtigten. Die Moral bestehe nur aus *primary rules*. Rechtsregeln hingegen beruhten auf einer speziellen *secondary rule*: der *rule of recognition*, die bestimme, welche

Regeln Rechtsregeln seien. Die Moral könne nicht absichtlich geändert werden, da ihr die *secondary rules* fehlten.

Hart folgt also wie Kelsen einem rein formalen Rechtsbegriff. Recht müsse, um Recht zu sein, nur formalen - nicht materialen - Massstäben entsprechen. Hart formuliert jedoch dennoch einen Minimalgehalt des Naturrechts (*minimum content of natural law*), gewisse aus der Natur des Menschen sich ergebende materiale Mindestanforderungen.

Mögliche Kritikpunkte:

- Hart kritisiert eine Sanktionstheorie der rechtlichen Verbindlichkeit. Weil aber die rechtliche Verpflichtung auf sozialen Druck zurückgeführt wird, der selbst eine Art Sanktion bildet, führt die Kritik auf Umwegen zu einer Art modifizierten Sanktionstheorie zurück. Eine Verpflichtung ist auf sozialen Druck nicht zu reduzieren, da es auch Verpflichtungen ohne sozialen Druck geben kann.
- Der Status der *rule of recognition* ist nicht klar: Ist diese selbst eine verbindliche Regel oder nur eine faktische Verhaltenspraxis?

Kritik am Rechtspositivismus generell:

1. Extrem Ungerechtes Recht

Auch extrem ungerechtes Recht ist nach positivistischen Theorien Recht, und daher zu befolgen. Hier ist zu differenzieren: Nach Hart bildet die Moral den letzten Massstab und entscheidet also, ob eine Verpflichtung besteht, einem Rechtsakt zu folgen oder nicht. Fälle extremen Unrechts seien jedoch am besten durch offen rückwirkende Gesetze zu lösen, nicht dadurch, dass man faktisch vorhandenes Recht zu Nicht-Recht erkläre.

2. Auslegung von Recht:

Bei der Auslegung von Generalklauseln, abstrakten Normen (z.B. Grundrechten) und sog. *hard cases*, ist die Moral unverzichtbar. Besonders bei Generalklauseln ist die moralische Konkretisierungsbedürftigkeit offensichtlich. Was z.B. „gute Sitten“ oder „Treu und Glauben“ bildet, kann ohne Bezüge auf ethische Prinzipien nicht bestimmt werden. Besonders wichtig sind abstrakte Normen, weil dazu heute in vielen Staaten z.B. die ganzen Grundrechtskataloge gehören, die auch dazu dienen, die Generalklauseln auszulegen und, und auch sonst die ganze Rechtsordnung als zentrale Quelle von Wertungen durchdringen. Grundrechte können nicht ohne Rückgriff auf ethische Prinzipien ausgelegt werden.

3. Rolle der Judikative

Der Positivismus wird als demokratienah verstanden. Demokratie lebe von der Durchsetzung des Mehrheitswillens durch positives Recht. Dieses Recht sei so anzuwenden, wie es erlassen wurde, und nicht moralisch durch Richter im

Auslegungsprozess nach ihren eigenen subjektiven Präferenzen zu überformen. Dagegen wird dem Rechtspositivismus jedoch auch Wehrlosigkeit gegenüber einem totalitären System und barbarischem Recht vorgeworfen, da eben jedes Recht für Positivisten auch Recht ist.

Es kann also abschliessend gesagt werden, dass Recht und Moral verbunden sind. Eine Rechtsordnung muss sich der grundsätzlichen Forderung nach ethischer Legitimität stellen. Das letztinstanzliche Vorrangverhältnis der Moral gegenüber dem positiven Recht muss verteidigt werden. Obwohl das Recht in entscheidenden Hinsichten auf ethischen Grundlagen beruht, ist eine klare sachliche Scheidung der Phänomene Moral und Recht, entscheidend. Von diesem Ausgangspunkt kann man sich an die Problemfälle der Identifikation des Rechts (archaisches Recht, Gewohnheitsrecht etc.) terminologisch herantasten und das Verhältnis von Recht und Moral sinnvoll diskutieren.

Aufgabe 2

Bitte geben Sie ein Beispiel für eine Werttheorie der Freiheit und erläutern Sie ihren Gehalt.

30%

Eine Werttheorie der Freiheit versucht zu klären, warum und in welcher Hinsicht Freiheit ein Wert ist. Dabei stehen zwei Begründungswege offen:

Erste Antwortvariante

Man kann den Wert der Freiheit mit Hinweis auf die vorteilhaften Folgen realisierter politischer Freiheit für das Individuum und die Gesellschaft insgesamt begründen, also den instrumentellen Wert der Freiheit betonen. Gemäss W.v.Humboldt beispielsweise besteht der Wert der Freiheit (ausgehend von einem dynamischen Bildungsideal) darin, dass sie eine Voraussetzung bilde für die eigene Persönlichkeitsentwicklung, also der Entwicklung der einem Individuum eigenen Potentiale zu einem jeweils einzigartigen, ausgewogenen Ganzen. Auch in einem weiteren Sinn sei Freiheit wichtig für die Entwicklung der Menschen: Die freie Entwicklung anderer Menschen sei die Bedingung der Entwicklung jedes Individuums. Freiheit sei nicht nur die Bedingung der Entfaltung der Einzelnen durch die Ermöglichung von Selbstbestimmung. Sie sei auch die Bedingung dafür, dass sich das Subjekt das in ihrem Rahmen entfaltete Ensemble von menschlichen Errungenschaften anderer Personen aneignen könne. J.S. Mill illustriert den Wert der Freiheit anhand der Meinungsfreiheit und führt aus, dass sie wichtig sei für die Beförderung der Wahrheit. Dies sei jedoch nicht die einzige positive Folge realisierter Freiheit: Freiheit sei auch für die menschliche Existenz insgesamt wichtig, andere Lebensweisen seien zu dulden und zu begrüssen, da sie wichtige und interessante neue Impulse geben können. Der Auffassung der Freiheit als instrumentaler Wert nach ist die Freiheit demnach der Schlüssel zu individueller und gesellschaftlicher Persönlichkeitsentfaltung und –entwicklung. Die Freiheit wird hier also als Mittel zur Erreichung anderer Ziele aufgefasst.

Zweite Antwortvariante:

Wird die Freiheit als intrinsischer Wert aufgefasst, bedeutet dies, dass Freiheit nicht nur instrumental einen Wert bildet, sondern intrinsischen Wert hat, also die Freiheit an sich, unabhängig von den Konsequenzen ihrer Existenz ein Lebensgut bildet. Dass die Freiheit um ihrer selbst Willen ein wichtiges Gut ist, zeigt am eindrucklichsten die Erfahrung ihrer Abwesenheit in Kontrast zum positiven Erlebnis gelebter Freiheit. Nach dieser Ansicht bildet Freiheit ein Stück Lebensqualität und gehört zwingend zu den Ansprüchen an ein gelungenes Leben dazu.

Aufgabe 3

Universalisierbarkeit wird in verschiedenen Theorien als wesentliche Bedingung legitimer Inhalte von Rechtsnormen verstanden. Bitte erläutern Sie, was Universalisierbarkeit von normativen Inhalten bedeutet und welche Rolle sie für die Legitimation von Recht aus Ihrer Sicht spielen kann. Bitte nehmen Sie dabei auch Bezug auf Kants Rechtstheorie.

40%

Die Debatte des Universalismus oder Relativismus der Menschenrechte war nicht Teil dieser Frage. Für korrekte Ausführungen zu diesem Thema wurden jedoch trotzdem Punkte gegeben

Unter Universalisierbarkeit von normativen Inhalten versteht man die Verallgemeinerung, also die universale Anwendung einer bestimmten Norm. Im Ergebnis heisst das also, dass auf alle Personen und alle gleiche Situationen die gleichen Normen angewandt werden. Eine einmal aufgestellte Norm, muss dann in allen gleichen Fällen gleich angewandt werden. Im Endeffekt geht es also darum, ob es Normen gibt, die allgemeingültig sind. Wichtig ist deshalb natürlich insbesondere die Frage, ob der Inhalt der Norm sich überhaupt dazu eignet, allgemeingültig zu sein.

Das Gegenteil von Universalismus ist Partikularismus, die Ansicht, dass Werte gruppenabhängige Einstellungen sind, sich die Anwendung einer Norm also je nach Situation unterscheidet, Normen also eben nicht allgemeingültig sind.

Nach Kants – in verschiedenen Varianten formulierten - kategorischem Imperativ soll man nach der Maxime Handeln, die sich selbst zugleich zum allgemeinen Gesetz machen kann. Dieses sog. Gebot der Universalisierung der Maximen besagt, dass nur Maximen, die allgemeine Geltung beanspruchen können, zur Schaffung von moralischen Geboten qualifiziert sind. Führt die Universalisierung jedoch entweder schon zu einer in sich widersprüchlichen Maxime oder dazu, sie nicht wollen zu können, so ist die Maxime zu verwerfen. Als Beispiel wird das Lügen aus Eigeninteresse angeführt. Grundlagen der Verständigung würden dann erschüttert und andere Menschen zu Objekten der Manipulation gemacht. Die Erlaubnis zu Lügen sei deshalb nicht universalisierbar und könne deswegen kein allgemeines Gesetz bilden.

Bei Rawls ergibt sich die Universalisierbarkeit daraus, dass die Teilnehmer in der *original position*, sich auf Grundsätze einigen, die universell anerkannt und befolgt werden sollten, also allgemeingültig sind. Die Urzustandsteilnehmer befinden sich in der *original position* hinter dem *veil of ignorance*, haben also keine Ahnung von ihrer sozialen Stellung oder anderen Eigenschaften. In dieser Situation werden nur solche Normen geschaffen, deren Auswirkungen für alle akzeptierbar sind.

Habermas lehnt sich stark an den kategorischen Imperativ an indem er die Ansicht vertritt, dass jede gültige Norm der Bedingung genügen muss, dass die Folgen und Nebenfolgen, die sich aus der allgemeinen Befolgung der Norm für die Befriedigung der Interessen eines jeden Einzelnen voraussichtlich ergeben, von allen zwanglos akzeptiert werden können.

Für die Legitimität von Recht kann die Universalisierbarkeit normativer Inhalte folgende Rolle spielen

- Ein wichtiges Thema ist insbesondere die Konsequenzen der Universalisierung. Dies impliziert, dass alle Menschen gleich viel zählen und die Auswirkungen, die eine Norm auf bestimmte Menschen hätte, gleich schwer ins Gewicht fallen unabhängig von der sozialen Stellung etc. der in Frage stehenden Personen. Das Gebot der Universalisierung der Maximen berücksichtigt demnach die Auswirkungen einer Norm auf die Interessen sämtlicher Menschen. Eine Durchsetzung von Partikularinteressen auf Kosten anderer ist damit unmöglich.
- Die Person gilt als Selbstzweck. Die Legitimität von Recht wird so an die Gleichheit und Würde von Menschen gebunden.