
Musterlösung Rechtsphilosophie II (Master)

4. Januar 2016

Dauer: 120 Minuten

Hinweise zur Bewertung

Bei der Bewertung kommt den Aufgaben unterschiedliches Gewicht zu.
Die Punkte verteilen sich wie folgt auf die einzelnen Aufgaben:

Aufgabe 1	24 Punkte	54.5% des Totals
Aufgabe 2	20 Punkte	45.5% des Totals
Total	<hr/> 44 Punkte	<hr/> 100%

TEXT:

- 1** Vernimm nun, du Großarmiger, die fünf Prinzipien noch von mir,
Die die Sânkhya-Lehre kündigt, zur Vollendung jedweden Tuns:
- 2** Wissen, Tat sowie auch Täter sind dreifach nach der Qualität;
Die Qualitätenlehre zeigt's; nun höre, wie sich das verhält:
- 3** Wodurch in allen Wesen man das eine, ew'ge Sein erblickt,
Ungeteilt in den geteilten – solch Wissen ist von guter Art.
- 4** Doch wenn in allen Wesen man verschiedene Wesenheiten sieht,
Ganz für sich und streng gesondert – so sieht die Leidenschaft es an.
- 5** Doch wenn, getrieben von Begier, von Ichbewusstsein ganz erfüllt,
Hart sich mühend die Tat man tut – das ist die Art der Leidenschaft.
- 6** Wenn, ohne Rücksicht auf die Kraft, auf Folgen, Schädigung, Verlust,
Blindlings die Tat begonnen wird – das ist die Art der Finsternis.
- 7** Die pflichtgemässe Tat, die frei von Weltlust, Leidenschaft und Hass
Getan ist ohne Rücksicht auf Erfolg – die ist von guter Art.
- 8** Wer Erfolg begehrt, habsüchtig, andre verletzend, unrein ist,
Bald froh, bald traurig – der gehört dem Reich der Leidenschaften an.
- 9** Wie sie auch sei, die eigne Pflicht ist besser stets als fremde Pflicht;
Bleibt man treu dem eignen Wesen, dann bleibt man frei von aller Schuld.
- 10** Wer mit dem Geist an nichts mehr hängt, sich selbst besiegt und nichts
begehrt, Zur Vollendung der Tatfreiheit kommt er durch der Entsagung Kraft.
- 11** Mit gereinigtem Geist versehn, sich bezähmend mit Festigkeit,
Verzichtend auf die Sinnenwelt, Neigung und Hass abwerfend ganz;
- 12** Einsam lebend, wenig essend, bezähmend Worte, Leib und Geist,
Ganz Andacht und Kontemplation, der Entsagung ergeben ganz;
- 13** Selbstbewusstsein, Gewaltsamkeit, Stolz, Zorn, Begierde und Besitz
aufgebend, selbstlos, friedevoll – so wird er reif zum Brahman-Sein.
- 14** Brahman-geworden, heitern Geists, trauert er nicht und wünschet nicht,
Gegen alle Geschöpfe gleich, fasst höchste Liebe er zu mir.

A. Fragen zum Text

24 P.

A1.	Welcher rechts- und gesellschaftsphilosophischen Strömung ist dieser Text zuzuordnen und aus welcher Zeit stammt er?	2 P.
	Der Text ist dem Kulturraum Indien bzw. dem Hinduismus zuzuordnen. Es liegt ein Auszug aus der Bhagavad Gita («der Gesang des Erhabenen») vor. Der Text entstand vermutlich zwischen dem 5. und dem 2. vorchristlichen Jahrhundert und ist Teil des Mahabharata Epos (Indien, Bhagavad Gita oder Mahabharata und Hinduismus).	
A2.	<p>a) Was versteht man unter den Begriffen <i>Karma</i> und <i>Dharma</i>? (je 1 P.)</p> <p>b) Erklären Sie ferner vor dem Hintergrund dieser Begriffe, welche rechtsphilosophische Handlungsanweisung der Text im 7. Vers gibt, wenn er von einer «pflichtgemässen Tat [...] ohne Rücksicht auf Erfolg» spricht? (2 P.)</p>	4 P.
	<p>a) <i>Karma</i> (sanskrit: Handlung, Opfer, Schicksal) ist ein Grundbegriff der indischen Geistesgeschichte und beinhaltet die Lehre von der Tatvergeltung. Karma ist die Summe aller moralischen Taten einer Person; mit diesen Taten wird die einzelne Person in ihrem Leben (bzw. in einer Inkarnation) belastet.¹ Durch jedes Handeln entsteht Karma im Sinne eines Ursache-Wirkungszusammenhangs. Es kann gut oder schlecht sein. Dieses Karma wirkt sich demnach nicht nur im derzeitigen Leben eines Menschen aus, sondern hat Konsequenzen für die Qualität des nächsten Lebens, resp. für den Kreislauf der Wiedergeburten (<i>samsara</i>). Damit entsteht für das Individuum eine Selbstverantwortung auch für das nächste Leben.²</p> <p>Der Begriff <i>Dharma</i> (sanskrit: tragendes Prinzip, Recht, Gerechtigkeit, Tugend, Lehre) benennt das im Veda festgelegte Ordnungsprinzip und beinhaltet die Elemente Recht, Gesetz, Sitte sowie ethische und religiöse Verpflichtungen im allgemeinen. Der Dharma korrespondiert aber auch mit dem Karma und ist die aus den bisherigen körperlichen und mentalen Handlungen sowie der gesellschaftlichen Stellung³ sich konstituierende ethische Handlungspflicht für den Einzelnen. Der Begriff beschreibt somit den individuellen Lebenspfad mit Aufgaben, die es zu erfüllen gilt; folglich handelt es sich um ein individuelles Gesetz, das sich nach den bisherigen Taten des einzelnen Menschen bemisst⁴. Die menschliche und die kosmische Ordnung gehen in dem Sinne ineinander über. Der unveränderliche</p>	

¹ Marcel Senn: Rechts- und Gesellschaftsphilosophie, Dike Verlag, Zürich / St. Gallen 2012, S. 172.

² Senn (Fn. 1), S. 181.

³ Senn (Fn. 1), S. 180.

⁴ Senn (Fn. 1), S. 179, inkl. Fn. 668.

	<p>Dharma steht für die kosmische Ordnung, der neben den Menschen auch Tiere und Pflanzen und das gesamte Universum unterliegen.</p> <p>b) Die «pflichtgemässe Tat ohne Rücksicht auf Erfolg» spricht zunächst die Handlungspflichten aus dem Dharma an. Es gibt individuelle Pflichten (<i>sadharanadharmā</i>) und Pflichten entsprechend der Gesellschaftsschicht (<i>svādharmā</i>).⁵ Während die individuellen Pflichten wie Gewaltlosigkeit (<i>ahimsā</i>), Wahrhaftigkeit (<i>satya</i>), Geduld (<i>ksanti</i>), Selbstkontrolle (<i>dama</i>), Milde (<i>danam</i>), Gastfreundschaft (<i>ahithi</i>) für jedermann gelten, richten sich die gesellschaftlichen Pflichten nach der Kaste und den jeweiligen Aufgaben bzw. korrespondierenden Tätigkeiten.⁶ Für Brahmanen ist dies das Priesteramt und das Studium der Schriften; für die Kshatriyas sind es Kriegsdienste oder jene Aufgaben, die Fürsten oder höhere Beamte wahrzunehmen haben; für die Vaiśyas sind dies die Tätigkeiten von Händlern, Kaufleuten, Grundbesitzern oder freien Bauern; bei den Shudras sind es Aufgaben als Dienstleute. Wenn der Einzelne nach diesen Pflichten lebt, begünstigt dies nach den Veden den Abbau von negativem Karma.⁷ Erst wenn sich das Karma abgebaut hat, kann man sich aus dem Kreislauf der Wiedergeburt (<i>samsāra</i>) befreien.⁸ Auch ein zurückgezogenes Leben mit Askese und Meditation vermag Karma abzubauen und kein neues entstehen zu lassen, weil insofern keine Anhaftung am Leben mehr besteht.⁹ Mit der Textpassage «ohne Rücksicht auf Erfolg» wird vor dem begrenzten (unreflektierten) Bewusstsein des irdischen Menschen gewarnt. Dieses haftet sich ohne Einsicht in diese Gesetzmässigkeiten an bloss äussere Aspekte des Lebens an.¹⁰ Eine Anhaftung an die Folgen oder den Erfolg der Tat bewirkt aber wiederum Karma und Inkarnation («Weltlust»). Der Mensch rennt dem äusseren Erfolg wie Geld und dergleichen nach, anstatt die ethischen Pflichten gemäss dem Dharma zu erfüllen.¹¹ Erst die Einsicht in das Gesetz, wonach alle Ereignisse im Leben Aufgaben sind, die sich aus den bisherigen physischen und psychischen Handlungen der Person (Karma) ergeben, schafft Befreiung.¹² Diese Einsicht bringt aber keinen äusseren Reichtum oder dergleichen.</p>	
<p>A3.</p>	<p>Im 13. Vers des Texts wird das Prinzip der Gewaltlosigkeit («Gewaltlosigkeit [...] aufgebend») thematisiert. Umschreiben Sie dieses Prinzip aus der Sicht des kontextuell gegebenen Kulturraumes und erklären Sie dessen Bedeutung mit Blick auf die heutige Verfassungsrechtsprechung jenes Staates, woher der Text stammt.</p>	<p>2 P.</p>

⁵ Folien vom 26.10.2015.

⁶ Folien 26.10.2015.

⁷ Senn (Fn. 1), S. 181; Folien vom 26.10.2015.

⁸ Senn (Fn. 1), S. 181.

⁹ Folien vom 26.10.2015.

¹⁰ Senn (Fn. 1), S. 180.

¹¹ Senn (Fn. 1), S. 181.

¹² Senn (Fn. 1), S. 181.

	<p>Angesprochen ist das Prinzip der Gewaltlosigkeit (Ahimsa-Prinzip) aus den individuellen Dharma-Pflichten (<i>sadhara nadharma</i>)¹³. Diese Verhaltensregeln werden in den überlieferten Schriften des Hinduismus (<i>shruti</i> und <i>smriti</i>) erörtert.¹⁴ Die bindende Verhaltensregel untersagte ursprünglich die Verletzung oder die Tötung von Lebewesen respektive reglementierte und beschränkte sie auf das absolut notwendige Minimum, wobei das Prinzip der Gewaltlosigkeit teilweise auch eine Ausweitung auf weitere Lebensbereiche erfuhr. Der Zweck dieser Verhaltensregeln richtet sich darauf, kein schädliches Karma anzusammeln. Das Konzept der Gewaltlosigkeit findet im Rahmen der Gesetzesauslegung und u.a. im sog. Compassion Article der Indischen Verfassung seine Geltungsgrundlage (Art. 51A g der indischen Verfassung¹⁵). Der Wortlaut des Verfassungsartikels definiert die «<i>fundamental duties</i>» des Staates und der Bürger wie folgt: «<i>to protect and improve the natural environment including forests, lakes, rivers and wild life, and to have compassion for living creatures</i>». Dieses Prinzip und der dazugehörige Verfassungsartikel werden durch den Indischen Supreme Court etwa in Tierschutzfällen oder im Bereich des Umweltrechts angerufen.¹⁶ Als Beispiel herangezogen werden kann auch der vierte Teil der Verfassung, wonach in Art. 48 unter dem Titel «<i>Organisation of agriculture and animal husbandry</i>» die Zulässigkeit und Unterstützung von Landwirtschaftsbetrieben an die folgenden Bedingungen geknüpft wird: «<i>The State shall endeavour to organise agriculture and animal husbandry on modern and scientific lines and shall, in particular, take steps for preserving and improving the breeds, and prohibiting the slaughter, of cows and calves and other milk and draught cattle</i>». Die bereits in den Veden als heilig umschriebenen Tiere stehen demnach im Vergleich zu westlichen Verfassungsordnungen unter einem Lebensschutz.¹⁷</p>	
<p>A4.</p>	<p>Erklären Sie die rechts- und gesellschaftsphilosophische Bedeutung der im Text verwendeten Stichworte «ungeteiltes/geteiltes Wissen» und (3. Vers), «Brahman-Sein» (13. Vers).</p>	<p>3 P.</p>
	<p>Ungeteiltes und geteiltes Wissen widerspiegelt das Verhältnis von «Brahman» zu «Atman»:¹⁸ Das Ichbewusstsein umschreibt das begrenzte Bewusstsein des einzelnen irdischen Menschen (<i>atman, sanskrit: Selbst, Einzelseele, Hauch</i>).¹⁹ Brahman ist der Erlösungszustand, den es für die Einzelseele (<i>atman</i>) zu erreichen gilt; er überwindet das Ichbewusstsein als Verschmelzung bzw. Identifikation des Ich mit der Weltseele bzw. dem Urgrund.²⁰ Brahman, die Weltseele bzw. das Eine im Sinne einer höchsten, absoluten und unveränderlichen Wirklichkeit in allem zu erkennen, ist «ungeteiltes Wissen» (vgl. in der griech. Philosophie das</p>	

¹³ Folien vom 26.10.2015.

¹⁴ Senn (Fn. 1), S. 178.

¹⁵ Senn (Fn. 1), S. 173 Fn. 649.

¹⁶ Z.B. Verfassungsgerichtsentscheid Civil Appell No 5387 OF 2014; Folien 2.11.2015.

¹⁷ Abgegebener Text Urteil des Supreme Court Delhi, publiziert am 2.11.2015.

¹⁸ Senn (Fn. 1), S. 177–181; Folien 19.10.15.

¹⁹ Senn (Fn. 1), S. 180 f.

²⁰ Senn (Fn. 1), S. 180.

	<p>Parmenides-Denken). Es wird als etwas Positives gesehen, das Befreiung vom Rad der Wiedergeburt (<i>samsara</i>), d.h. von Leid und Vergänglichkeit bringt. Sind hingegen die Geschöpfe als etwas wesensmässig Unterschiedliches im Sinne eines Heraklit-Denkens zu sehen,²¹ wird dies entsprechend als «geteiltes Wissen» aufgefasst und negativ bewertet. Solange der Mensch die geteilte Wirklichkeit als wahr erachtet, und sich so nur mit Teilen der Weltseele identifiziert, respektive die Wesensgleichheit von <i>atman</i> und <i>brahman</i> nicht erkennt, verschliesst er sein Sein und sein Bewusstsein höherer Erkenntnis.²²</p>	
A5.	<p>Inwiefern kann die Interpretation und die Umsetzung solcher Texte ins gesellschaftliche Leben mit dem heute in diesem Staat in Kraft stehenden Recht Konflikte auslösen?</p> <p>a) Nennen Sie zwei Beispiele. (2 P.)</p> <p>b) Wie werden diese Konflikte in der modernen staatlichen Rechtsordnung gelöst? (2 P.)</p>	4 P.
	<p>Die Gesellschaft hat aus den Veden und den in ihr umschriebenen Gesellschaftsschichten (Kasten) zum Beispiel die Verweigerung des Tempelzutritts gegenüber Unberührbaren hergeleitet. Dies muss nach der gegenwärtigen Rechtslage in Indien als Verstoss gegen das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot angesehen werden.²³</p> <p>Ein weiteres Beispiel betrifft die religiös untermauerten Rollenbilder von Frauen (beispielsweise die Gottheit Sita im Ramayana Epos) und deren praktische Legitimierungsfunktion in Bezug auf die geschlechterspezifische Hierarchisierung auf gesellschaftlicher Ebene. Die verfassungsmässig garantierten Rechte finden für Frauen – insbesondere auch in den ländlichen Gebieten – zu wenig Beachtung. [Beispiele, die hierzu angeführt werden können: selektive Abreibung weiblicher Föten, noch immer sterben überproportional viele Mädchen an Unterernährung, in Einzelfällen finden trotz gesetzlichem Verbot Witwenverbrennungen statt, sexuelle Gewalt gegen Mädchen und Ehefrauen wird verharmlost.] Solche Praktiken stehen im Widerspruch zur Verfassung, die ein allgemeines Diskriminierungsverbot enthält. [Auch andere Beispiele können angeführt werden: Verstösse gegen den Hindu Marriage Act von 1955,²⁴ das Problem der Mitgift. Hier gab es 1911 einen Gesetzeserlass der Briten, die den Zugriff des Ehegatten auf das Vermögen der Frau nach europäischer Tradition ermöglichte und das soziale Problem der Mitgift wesentlich verschärfte. Daraus resultieren ebenfalls Verstösse gegen den Gleichstellungsgrundsatz der indischen Verfassung.²⁵]</p>	

²¹ Folien 14.9.2015.

²² Folien 2.11.2015.

²³ Senn (Fn. 1), Quelle 92, S. 447; Folien vom 2.11.2015.

²⁴ Senn (Fn. 1), Quelle 94, S. 451 f.

²⁵ Senn (Fn. 1), S. 172; Folien vom 25.10.2015. Akt von 1911 wurde nur mündlich in der Vorlesung besprochen

A6.	Der Text verbindet in seinem 11. Vers den «gereinigten Geist» mit «verzichtend [bzw. Verzicht] auf die Sinnenwelt». Erklären Sie die diesem Vers zugrunde liegende Erkenntnislehre.	3 P.
	<p>Der Ausdruck «Verzichtend auf die Sinnenwelt» weist auf das hinduistische Verständnis der äusseren Welt der Erscheinungen als Illusion «<i>a subjective misperception of the world as ultimately real</i>» (Sarvepalli Radhakrishnan²⁶). Die äussere Welt der Erscheinung wird im Hinduismus durch die Schöpfergöttin Maya (weibliche Darstellung des Brahma) symbolhaft dargestellt («Schleier der Maya»). Die Sinne täuschen uns jedoch in der Wahrnehmung der Wirklichkeit, indem sie die äusseren Gegebenheiten als scheinbar objektiv vermitteln. Indessen ist nur schon die Beobachtung einer Blume vom (Seh-)Spektrum und damit von den Prämissen des Betrachters abhängig; die Sinne täuschen und die Gegenstände erscheinen je nach den physiologischen Voraussetzungen des Betrachters unterschiedlich (z.B. Betrachtung im VIS-, UV- oder Infrarot-Bereich)²⁷. Anstatt auf die sinnliche Wahrnehmung abzustellen, wird daher das Ziel definiert, die äussere Welt als Illusion zu durchschauen: Diese ist im Hinduismus nur ein Gleichnis und insofern Gelegenheit, die (geteilte, polare) Struktur von Wirklichkeit als Ursprung von Leiden zu verstehen und karmische Pflichten abzubauen. Erkenntnis («gereinigter Geist») erfolgt durch das Entlarven der äusseren Welt als scheinbar objektive Wirklichkeit²⁸ und durch die Wieder-Identifikation des <i>Atman</i> mit der Weltseele (<i>Brahman</i>).</p>	
A7.	Nennen und erklären Sie Gemeinsamkeiten der Handlungs- und Erkenntnislehre gemäss Text mit der mit derjenigen der Philosophie Platons.	3 P.
	<p>Gerade diese vorerwähnte Unterscheidung zwischen äusserer und objektiviert erkannter Welt im Hinduismus zeigt eine Verwandtschaft zu Platons Erkenntnis- und Handlungslehre. Der Hinduismus hat mit der platonischen Philosophie das Konzept der unsterblichen Seele als Voraussetzung der richtigen Erkenntnis gemeinsam.²⁹ Ausgangspunkt sowohl der hinduistischen Philosophie wie auch der Philosophie Platons ist die Einzelseele. Die Seele durchläuft als unzerstörbarer Teil des Individuums im Hinduismus als auch in der Erkenntnislehre Platons zahlreiche Inkarnationen. Ihr Ziel ist es, durch Erkenntnis in die Struktur von Wirklichkeit (bei Platon auch durch Wiedererinnerung) in den Zustand zu gelangen, aus dem sie stammt;³⁰ durch verschiedene Inkarnationen im Sinne eines Rückerinnerungsprozesses wird sie zu dem, was sie einst war. Es besteht demnach eine Parallele zur oben geschilderten <i>Atman-Lehre</i> und ihrer Identifikation mit dem Urgrund/der Weltseele <i>Brahman</i>.</p>	

²⁶ Folien 26.10.2015.

²⁷ Folien 14.9.2015.

²⁸ Senn (Fn. 1), S. 181.

²⁹ Senn (Fn. 1), S. 20 ff.; Folien 14.9.2015.

³⁰ Senn (Fn. 1), S. 20 inkl. Fn. 54.

	<p>Ziel der Erkenntnis des einzelnen Menschen ist bei Platon das Verstehen einer beständigen Wahrheit im Sinne einer immanenten Gleichheit der Ideen als materielle Richtigkeits-/Gerechtigkeitsprinzipien, die sich der sinnlichen Wahrnehmung des Menschen nur in Aspekten zeigen. Ebenso besteht in diesem Punkt eine Parallele zum Hinduismus, indem Platon gleichermaßen vom Täuschungscharakter der Wirklichkeit ausgeht: Sinnlich wahrnehmbare Dinge stehen nach seiner Erkenntnislehre «zwischen Sein und Nicht-Sein»;³¹ die sinnlichen Dinge sind für Platon nur Symbol, Schatten der Idee, der erst eigentliche Wirklichkeit zukommt. Damit ist ein Naturrecht angelegt, das den symbolhaften Charakter der Wirklichkeit bestimmt: Wie Parmenides und Sokrates sucht auch Platon hinter der Scheinwelt des Vergänglichen nach jener Wahrheit, die allgemein und somit immer verbindlich ist.³² Dies bedeutet eine Abgrenzung zu allen Formen des Subjektivismus und des Relativismus.³³ Im Höhlengleichnis wird die Struktur von Wirklichkeit bildlich dargestellt. Die Menschen sehen, gefesselt an das Glauben bzw. Meinen (sog. <i>doxa</i>) und an ihren Körper (<i>soma-sema-Lehre</i>), nur Abbilder der Grundformen der Wirklichkeit, die jedoch als Vernunftwahrheit in einem ewigen Kosmos existieren, in den sich die Seele zurücksehnt und auch wiederzuerkennen vermag.³⁴</p> <p>Eine weitere Parallele ergibt sich mit Blick auf die Funktion der Götter: Die Seele ist bei Platon wie im Hinduismus sich selbst verpflichtet und verantwortlich für Ihre Erkenntnis; wie für <i>atman</i> gibt es für die platonische Seele keinen Gott oder Weltenrichter, der die Einzelseele von den notwendigen Erkenntnisschritten befreien und in den ewigen Kosmos oder den <i>Brahman</i>-Zustand erlösen könnte. Die Seele ist in diesem Sinne selbst Weltenrichter.</p>	
<p>A8.</p>	<p>Vergleichen Sie und grenzen Sie sodann die dem Text zugrunde liegende Handlungs- und Erkenntnislehre von der Rechtstheorie der Law & Economics-Strömung ab. Worin liegen die Hauptunterschiede? Benennen und erklären Sie die Grundannahmen der «Ökonomischen Analyse des Rechts».</p>	<p>3 P.</p>
	<p>Die Lehrsysteme, Sozialformen und die religiöse Praktiken, die unter der Sammelbezeichnung «Hinduismus» auf dem südasiatischen Subkontinent entstanden, zeichnen sich durch eine Vielfalt der Erscheinungsformen in der Verwirklichung des Grundanliegens des Hinduismus aus, ein wahrhaftiges Leben zu führen, das möglichst wenig belastendes Karma erzeugt. Unter diesem Vorbehalt kann von einem Rechtsrelativismus gesprochen werden, weil sich die normativen Ordnungen (<i>dharma</i>) nach Herkunft, Geschlecht, Lebensstadium und Region unterscheiden und dennoch ein heilsbezogenes und moralisch sowie ethisch richtiges Leben ermöglichen. Die religiös-ethische Weisheitslehre zielt auf Erlösung (<i>moksa</i>) und Heilung.³⁵</p>	

³¹ Folien 14.9.2015.

³² Senn (Fn. 1), S. 20.

³³ Senn (Fn. 1), S. 20.

³⁴ Senn (Fn. 1), S. 263 ff.

³⁵ Senn (Fn. 1), S. 180 ff.

Im Gegensatz zur hinduistischen Rechtsphilosophie trennt die «Ökonomische Analyse des Rechts» durch ihren positivistischen Ansatz die einzelne Handlung vollständig von einer moralisch-ethischen Richtigkeit. Der Ansatz der *economic analysis of law* ist auf Vorteilsstrategien und eine empirische Markteffizienz gerichtet. Das Heil liegt – modern gesprochen – somit in der Vorteilsstrategie und der Markteffizienz. Die Vorteilsstrategie und der Markt «ersetzen» ein System von Wahrheit und Richtigkeit im Sinne einer Weisheitslehre, auf das sich die hinduistische Rechtsphilosophie beruft.

Die zentralen Ideen und Begriffe der nordamerikanischen Law & Economics-Strömung (insbesondere der Chicagoer Schule) stammen aus der Ökonomie (*economic analysis of law*). Das Eigentum (*property rights*) und die gesicherten Verfügungsrechte über das Eigentum sind unabdingbare Voraussetzungen dieser Theorie, die universelle Geltung beansprucht und die auch auf den Abbau institutioneller und transaktionskostenbedingter Handlungseinschränkungen zielt. Die Rechtssubjekte können dabei jederzeit entscheiden, ob es sich für sie nach dem Kosten-Nutzen-Kalkül lohnt, am Markt mitzuwirken oder nicht.³⁶ Dieser Ansatz nimmt sich die ökonomische Betrachtung aller Handlungen von Marktteilnehmern und die damit verbundenen Kosten zum Ausgangspunkt. Ebenso bildet die ökonomische Analyse der Wirkungszusammenhänge und Folgebetrachtungen das entscheidende Kriterium für die «richtige» rechtliche Entscheidung: Aus den Kostenkalkulationen ergibt sich die Handlungsempfehlung für den Gesetzgeber, für einen vertretenen Klienten oder für ein Gericht.³⁷ Dem Rechtssystem kommt auf diese Weise die Funktion eines (unter dem Gesichtspunkt des utilitaristischen Kosten-Nutzen-Kalküls) rationalen Steuerungselements der Gesellschaft zu.³⁸ Das an Kosten- und Nutzen orientierte Effizienztheorem verkürzt durch den monokausalen Erklärungsansatz die Komplexität der Lebenssachverhalte und des Rechtssystems, indem dessen Kernaufgabe, die Herstellung von kommutativer und von distributiver Gerechtigkeit, einseitig auf den Nützlichkeitsaspekt beschränkt wird.

³⁶ Senn (Fn. 1), S. 143 ff.

³⁷ Folien vom 5.10.2015.

³⁸ Senn (Fn. 1), S. 144.

B. Fragen unabhängig vom vorliegenden Prüfungstext

Total 20 Punkte

<p>B1.</p>	<p>Umschreiben Sie George Santayanas erkenntnis- und handlungstheoretische Sicht in «<i>Handling on the Torch of Life</i>».</p>	<p>2 P.</p>
	<p>Die Rechtsphilosophie von Santayana³⁹ nimmt sich die Wirklichkeit zum Ausgangspunkt, jedoch auf grundlegend andere Weise als in der «Ökonomischen Analyse des Rechts». Santayana als Vertreter des Pragmatismus stellt die gesellschaftliche Realität und die sich hier zeigenden gemeinsamen Interessen der Menschen ins Zentrum seiner Rechtsphilosophie. Diese Interessen, die intellektuelle und humane Ziele verfolgen, halten nach Santayana die Gesellschaft zusammen. Er grenzt sich in seinem Werk demnach von den zeitgenössischen Rassenlehren («Kitt des Blutes»), aber auch von gesellschaftlich weit verbreiteten Vorurteilen in Bezug auf Geschlecht und Herkunft deutlich ab. Die gemeinsamen Interessen bezeichnet Santayana als die Vernunft der Gesellschaft und des Lebens (<i>Reason in Society</i>); sie seien zentral, wenn eine neue Gemeinschaft mit Lebensmoral erschaffen werde.⁴⁰</p> <p>Es geht also in seinem Werk um eine Rechtsphilosophie im Sinne einer Erkenntnis- und Handlungslehre, die sich am Leben in der Gesellschaft orientiert, wobei der Mensch (im Unterschied zu totalitären Systemen) im Vordergrund steht und sich anhand einer Orientierung an einem <i>common sense</i> (im Sinne einer Verknüpfung von Instinkt und Vernunft) eine neue gemeinsame Lebensmoral schaffen kann.⁴¹</p>	
<p>B2.</p>	<p>a) Erklären Sie den Begriff der «institutionellen Gerechtigkeit» im Sinne der nordamerikanischen Rechtsphilosophie (2 P.) und erläutern Sie kurz, welche Theorie den Gedanken der institutionellen Gerechtigkeit aufnimmt. (2 P.)</p> <p>b) Wie grenzt sich diese Theorie (lit. a) vom Utilitarismus ab (3 P.)?</p> <p>d) Erklären Sie Gemeinsamkeiten und Unterschiede dieser Theorie zur politischen Philosophie von John Locke (3 P.).</p>	<p>10 P.</p>
	<p>a) Der «Institutionelle Ansatz» markiert unter dem Gesichtspunkt einer Gerechtigkeitstheorie den Wechsel von der interaktionellen Ebene (Handlungsebene der Individuen) zu einer moralischen Beurteilung der gesellschaftlichen Institutionen. Dabei soll insbesondere die Verteilung der Güter (Grundgüter; <i>primary goods</i>) durch die Institutionen (Verfassung, staatliche Stellen etc.) Gegenstand der politischen (Rechts-)Philosophie sein. Die Gerechtigkeit fusst nach diesem Ansatz nicht mehr primär auf die konkrete Handlung eines Einzelnen im Sinne einer Handlungsethik; vielmehr ist ein einzelnes Gesellschaftsmitglied zusammen mit den anderen Gesellschaftsmitgliedern verantwortlich, in einem Urzustand der Unkenntnis der eigenen</p>	

³⁹ Senn (Fn. 1), S. 131 ff.

⁴⁰ Senn (Fn. 1), S. 132.

⁴¹ Folien vom 28. September 2015.

gesellschaftlichen Stellung eine gerechte soziale Ordnung zu entwerfen. Diesen Ansatz begründet für die nordamerikanische Rechtsphilosophie John Rawls mit seinem Werk *A Theory of Justice*.⁴² Im hypothetischen Urzustand, den Rawls als Gedankenexperiment versteht, kennt niemand seine konkrete Situation in der Gesellschaft noch wissen die Akteure etwas über ihre Fähigkeiten und Eigenschaften. Der erste Gerechtigkeitsgrundsatz besagt, dass jedem Mensch das Recht auf alle Grundfreiheiten zusteht. Dieser Grundsatz bezieht sich sowohl auf die Freiheitsrechte als auch auf die Rechtsgleichheit. Das erste Prinzip genießt gegenüber dem zweiten Gerechtigkeitsgrundsatz Vorrang. Der zweite Gerechtigkeitsgrundsatz erklärt erstens wirtschaftliche und soziale Ungleichheiten nur dann für zulässig, falls die Möglichkeit, Vorteile zu erlangen, allen offensteht (Prinzip der Chancengleichheit) und zweitens, wenn diese Vorteile auch die am wenigsten Begünstigten besser stellen (Differenzprinzip). Innerhalb des zweiten Gerechtigkeitsgrundsatzes hat die Chancengleichheit gegenüber dem Differenzprinzip Priorität. Die Grundsätze der Gerechtigkeit sind demnach das Ergebnis einer fairen Verhandlung (*prozedurale Fairness*).⁴³

- b) Die Abgrenzung zum Utilitarismus ergibt sich in dieser Theorie insbesondere durch den zweiten Gerechtigkeitsgrundsatz bzw. das Maximin-Prinzip: Gemäss Rawls würden sich die Gesellschaftsmitglieder im Urzustand darauf einigen, Ungleichheiten so zu verteilen, dass die den am schlechtesten gestellten Gesellschaftsmitgliedern die relativ beste Chance böten. Beim Utilitarismus dagegen richtet sich das Kriterium der richtigen Handlungen an den Folgen der Handlung, die die Richtigkeit dadurch belegt, dass sie das grösste Glück für die grösste Anzahl von Personen erzeugt⁴⁴ (*«the greatest happiness of the greatest number is the foundation of morals»*; so der Utilitarist Jeremy Bentham). Eine einzelne Person kann dabei dann schlecht gestellt werden, wenn sich die Summe des Glücks der grössten Anzahl Personen dabei maximiert, was aber im Widerspruch steht zum zweiten Gerechtigkeitsgrundsatz der Chancengleichheit.
- c) Rawls selbst sieht seine Theorie in einem engen Bezug zu John Locke. Die Gemeinsamkeiten könnten wie folgt umschrieben werden: Ebenso wie Locke entwirft Rawls eine Gesellschaftsvertragstheorie. Im Gegensatz zu Locke nimmt Rawls jedoch nicht einen nativen Urzustand einzelner (nordamerikanischer) Völker zum Ausgangspunkt seiner Reflexion über Gerechtigkeit, sondern vielmehr ein Gedankenexperiment, das von den konkreten materiellen Interessen abstrahieren soll und zwar wie folgt: Wenn wir Gerechtigkeit materiell zu bestimmen versuchen, so gehen wir stets von realen Verhältnissen wie Armut, Reichtum, Bildung oder Fähigkeiten und unserer diesbezüglichen Position aus. Auf dieser Basis lässt sich indessen, nach

⁴² Senn (Fn. 1), S. 149 ff.; Folien 12.10.15.

⁴³ vgl. Senn (Fn. 1), S. 150 ff., 437 ff.

⁴⁴ vgl. Senn (Fn. 1), S. 437 ff., 440.

Rawls, keine objektivierbare Diskussion über Gerechtigkeit führen. Vielmehr müssten sich die Menschen in einen Urzustand versetzen, in dem sie frei und gleich gedacht werden können, um sich auf dieser Grundlage auf eine konkrete gerechte Staats- und Gesellschaftsordnung zu einigen⁴⁵. Dabei setzt Rawls wie Locke Freiheit und Gleichheit als dem Menschen inhärente, seiner Natur nach zustehende Rechte voraus. Diese Rechte sind für Rawls Voraussetzung, damit die Bürger sich in einer «fairen» Ausgangssituation einigen können, wie die für den Wohlstand relevanten Güter («*primary goods*») in der Gesellschaft verteilt werden sollen («prozedurale Fairness»⁴⁶). Die Freiheit setzt Rawls ebenso dadurch voraus, dass er davon ausgeht, die Individuen würden sich in dieser Situation des Urzustands, in dem sie die eigenen Position in der Gesellschaft gar nicht kennen (*behind the veil*), auf einen ersten Gerechtigkeitsgrundsatz einigen, wonach die Güter zur grösstmöglichen Freiheit aller verteilt werden sollen (Erster Gerechtigkeitsgrundsatz⁴⁷). Locke leitet demgegenüber aus den Prämissen der Gleichheit und Freiheit im Urzustand ein Staatsmodell ab, das den primären Mangel des Naturzustands, nämlich dass jeder seine Rechte selbst durchsetzen kann, kompensieren soll. Zu diesem Zweck werden sich die Bürger freiwillig einer rechtsetzenden und vollziehenden Gewalt unterziehen. Der einzige Sinn der staatlichen Gesellschaft ist es, das Leben, die Freiheit, das Eigentum und die Gesundheit des Einzelnen besser zu sichern. Locke schlägt eine Staatsordnung vor, bei der der Einzelne nicht mehr preis gibt als dies für das Funktionieren dieses Staates erforderlich ist (sog. Nachwächterstaat); bei Locke finden sich aus ähnlichen anthropologischen Prämissen jedoch keine Umverteilungsgrundsätze wie im zweiten Gerechtigkeitsgrundsatz von Rawls. Der Staat ist allerdings dem Naturrecht verpflichtet; die dem Menschen von Natur aus zustehenden Rechte der Freiheit und der Gleichheit müssen durch den Staat respektiert und durchgesetzt werden; zur Kontrolle darüber steht den Bürgern aus der Sicht von Locke ein Widerstandsrecht zu. Als zentrales Element des Staates sieht Locke neben dem Widerstandsrecht das Toleranzgebot; der Staat soll sich um die äusseren Angelegenheiten kümmern, hingegen die inneren Glaubensansichten der Bürger nicht zum Regelungsgegenstand nehmen. Der Staat soll insbesondere auch das Eigentum der Bürger schützen, das sich diese durch ihre eigene Arbeit erwerben.⁴⁸ Rawls geht seinerseits auch von einem (reduzierten) Grundrechtskatalog aus, der den Menschen insbesondere die Meinungsäusserungsfreiheit, körperliche Unversehrtheit und das Eigentum garantiert. Hinzu kommen jedoch – basierend auf ähnlichen anthropologischen Prämissen, jedoch im Gegensatz zur Staatsordnung von Locke – die im zweiten Gerechtigkeitsgrundsatz vorgeschlagenen Umverteilungsgrundsätze⁴⁹.

⁴⁵ Senn (Fn. 1), S. 151.

⁴⁶ Senn (Fn. 1), S. 151.

⁴⁷ Folien 21.9.2015.

⁴⁸ Folien vom 21.9.2015.

⁴⁹ Senn (Fn. 1), S. 150 ff.; Folien vom 5.10.2015.

B3.	Inwiefern unterscheidet sich das chinesische Wort für «Recht» inhaltlich vom deutschen Wort «Recht»?	3 P.
	<p>a) Das chinesische Wort für Recht, Aussprache «<i>fa</i>», das im chinesischen Begriff für «Rechtsphilosophie» verwendet wird, bedeutet ursprünglich «Strafe». Bis zum heutigen Tag denken Chinesinnen und Chinesen beim chinesischen Wort für «Recht» in erster Linie an Strafrecht. Das chinesische Wort für «Recht» ruft daher tendenziell negative Gedankenassoziationen (Gefängnisstrafe, Todesstrafe; ja sogar Folter etc.) hervor. Demgegenüber sind mit dem deutschen Wort «Recht» meist positive Assoziationen verknüpft. Spricht man also mit einem/einer Deutschsprachigen beispielsweise über den «Rechtsstaat», dann erweckt dieses Wort eine gute Resonanz, wogegen einer Chinesin/einem Chinesen beim chinesischen Wort für «Rechtsstaat» nicht unbedingt nur gute Gedanken in den Sinn kommen.</p> <p>b) So wie das englische «<i>law</i>» bezieht sich «<i>fa</i>», das chinesische Wort für «Recht», nur auf das objektive Recht. In der Volksrepublik China wird das chinesische Wort für «Recht» in der Regel nur auf das positive staatliche Gesetzesrecht bezogen. Anders als das deutsche Wort «Recht» bedeutet das chinesische Wort für «Recht» nicht auch noch das subjektive Recht. Für «subjektives Recht» wird ein anderes chinesisches Wort benutzt, so wie ja auch im Englischen für «subjektives Recht» ein anderes Wort («<i>rights</i>») eingesetzt wird.</p> <p>c) Das deutsche Wort «Recht» bedeutet sowohl «objektives Recht» als auch «subjektives Recht». Dazu lässt das deutsche Wort «Recht» noch an die Formulierung «recht haben» denken. Das chinesische «<i>fa</i>» für «Recht» hat ausser «Recht» noch viele andere Bedeutungen, wie zum Beispiel «Methode», «Zauberei», «buddhistische Doktrin» und «Frankreich» u.a. Wenn man auf Chinesisch «recht haben» sagt, benutzt man nicht das Wort «<i>fa</i>».⁵⁰</p>	
B4.	Wie werden in der Volksrepublik China (VRCh) seitens der offiziellen Ebene und auf Grundlage des Marxismus-Leninismus die von westlich-liberalen Staaten vertretenen Losungen «Freiheit und Gleichheit» beurteilt?	5 P.
	<p>Nach den einschlägigen Bestimmungen der Satzung der Kommunistischen Partei Chinas (KPCh) gilt der Marxismus-Leninismus als politische Leitlinie. Unter Marxismus-Leninismus wird die Gesamtheit der politischen Theorien verstanden, die aus den Lehren und in der Nachfolge von Karl Marx, Friedrich Engels sowie u.a. von Wladimir Iljitsch Lenin als wissenschaftliche Weltanschauung der Klasse der Proletarier ab der zweiten Hälfte des 19 Jh. entstanden sind. Der wird n einemm grundlegenden</p>	

⁵⁰ Harro von Senger, Vorlesungsskript: «China: Autochthone Rechtsphilosophie I», S. 4–5; Unterlage 8 (Aufsatz von Robert Heuser).

	<p>Sinn als erweiterungsfähiges Konzept gedacht und umfasst nach chinesischem Verständnis die in unterschiedlichen historischen Etappen in der Praxis entstandenen Theorien wie den Leninismus in der ehemaligen Sowjetunion oder die Mao-Zedong-Ideen einschliesslich der Positionen eines Sozialismus mit chinesischen Besonderheiten.⁵¹ Lenin bildete insbesondere die Lehren von Marx mit Blick auf die weitgehend noch agrarisch strukturierten Verhältnisse in Russland um, was in China, das sich in einer sozioökonomisch ähnlichen Lage befand, rezipiert werden konnte.</p> <p>Nach marxistischer Sicht handelt es sich beim «Proletariat» um eine Klasse in der kapitalistischen Wirtschaftsordnung, die mit der Industrialisierung entstand und die aufgrund des Fehlens von Produktionsmitteln in eigener Hand Opfer von Unterdrückung und Ausbeutung wird. Ihr dialektischer Gegenspieler ist die Bourgeoisie, die sich von Seiten des Marxismus-Leninismus dem Vorwurf ausgesetzt sieht, die Forderungen der Französischen Revolution nach Freiheit und Gleichheit nur für einen Teil der Bevölkerung eingelöst zu haben.⁵²</p> <p>Ausgehend vom «proletarischen Standort» verknüpfen offizielle Kreise der VRCh ein ausgeprägtes Misstrauen gegenüber der «Bourgeoisie» bzw. westlich-liberalen Staaten.⁵³ So dient unter den marxistischen Klassikern – etwa Lenin – als Lehrmeister mit Thesen wie: «die Losungen Freiheit und Gleichheit» seien ein «Volksbetrug», «das Niveau der simplen Lüge, Verleumdung und Beschimpfung ... ist für alle Organe der Bourgeoisie charakteristisch» und:</p> <ul style="list-style-type: none"> - «Die Bourgeoisie muss notgedrungen heucheln und die (bürgerliche) demokratische Republik, die in Wirklichkeit eine Diktatur der Bourgeoisie, eine Diktatur der Ausbeuter über die schaffenden Massen ist, als «Volksmacht» oder als Demokratie überhaupt oder als reine Demokratie hinstellen. - [...] die Marxisten [...] entlarven [...] [diese Lüge und Heuchelei] und sagen den Arbeitern und den werktätigen Massen offen die ganze Wahrheit, dass nämlich demokratische Republik, Nationalversammlung, allgemeine Wahlen usw. in Wirklichkeit Diktatur der Bourgeoisie bedeuten... - Allein die Diktatur des Proletariats ist imstande, die Menschheit vom Joch des Kapitals, von Lug und Trug, von der Heuchelei der bürgerlichen Demokratie, dieser Demokratie für die Reichen, zu befreien, sie allein ist imstande, eine Demokratie für die Armen zu errichten... ». Deshalb gelte es, die «Bourgeoisie ohne Illusionen und unbarmherzig zu entlarven».⁵⁴ <p>Als beispielhafter Fall kann der Friedensnobelpreisträger von 2010, Liu Xiaobo angeführt werden. Die Verfassung und das Strafgesetz der VRCh schränken die politischen Rechte in einem so starken Mass ein, dass für Aktivitäten wie diejenigen von Liu Xiaobo kein rechtmässiger Freiraum besteht.⁵⁵</p>	
--	---	--

⁵¹ Harro von Senger, Sinomarxismus, in: Senn (Fn. 1), S. 222 ff.

⁵² Senn (Fn. 1), S. 84 ff.

⁵³ Harro von Senger, Sinomarxismus, in: Senn (Fn. 1), S. 230 f.

⁵⁴ Harro von Senger, Sinomarxismus, in: Senn (Fn. 1), S. 231 f.

⁵⁵ Harro von Senger, Sinomarxismus, in: Senn (Fn. 1), S. 230 f.