

## **Lösungsskizze Prüfung Rechtsphilosophie (Master) vom 5. Januar 2022**

Stefano Statunato

**Vorbemerkungen:** Die nachfolgende Lösungsskizze stellt ein Muster für die Bearbeitung der Prüfung dar. Selbstverständlich konnten die Fragen aber auch in abweichender Weise richtig beantwortet werden. Aus didaktischen Gründen geht die Musterlösung deutlich über das Geforderte hinaus. Es wurden keine Antworten in dieser Ausführlichkeit oder Detailliertheit erwartet, um die volle Punktzahl zu erhalten. Inhaltlich richtete sich die Bewertung danach, zu welchem Grad die wesentlichen, von der Vorlesung abgedeckten und für die Frage relevanten Positionen oder Argumente erwähnt, klar und präzise rekonstruiert, soweit geboten in ihrem Kontext verortet und zueinander in Beziehung gesetzt worden sind. Eigene selbstständige Argumente, erläuternde Beispiele und Stellungnahmen wurden, wo angebracht, besonders positiv bewertet. Neben inhaltlichen Aspekten wurden auch Form und Ausdruck Ihrer Antworten berücksichtigt. Positiv bewertet haben wir namentlich sprachlich korrekt und pointiert formulierte Gedankengänge, sowie eine zusammenhängende, einleuchtend respektive überzeugend strukturierte Darstellung.

### **Aufgabe 1 (25% der Totalpunktzahl)**

Bitte erläutern Sie zwei Ihnen aus der Ideengeschichte geläufige Bestimmungen des Inhalts des «Begriffs des Rechts».

#### **Mögliche Antwort:**

[Gefragt war grds. nach *zwei* Bestimmungen. Dieser Anforderung entsprechende, substantielle Ausführungen wurden daher besser bewertet als allfällig oberflächlich bleibende tours d'horizon. Nachfolgend wird ausschliesslich aus didaktischen Gründen auf mehrere verschiedene Bestimmungen des Inhalts des «Begriffs des Rechts» eingegangen.]

Die Idee einer unabhängig von menschlicher Setzung universal geltenden, für ebenjene Menschen aber erkennbaren und verbindlichen normativen Ordnung existiert bereits seit sehr langer Zeit. Ursprünge dieser Naturrechtstradition lassen sich schon im antiken Griechenland

identifizieren. Eine zentrale Unterscheidung bildete dabei jene zwischen Nomos (Gesetz) und Physis (Natur). Bei Hippias findet sich etwa eine auf der Annahme einer faktischen, natürlichen Gleichheit von Menschen basierende Reflexion. Er erhob die Natur (Gleichheit und Verbundenheit aller Menschen) demnach von einer blossen faktischen Gegebenheit zu einem normativen Orientierungspunkt, wobei er allerdings auch feststellte, dass das von Menschen geschaffene Gesetz oftmals von diesen Grundannahmen abweiche und gar vieles erzwingt, was jener Natur gerade widerspreche. Eine noch explizitere Differenzierung zwischen einem überpositiven Recht der Natur und dem von Menschen geschaffenen Recht findet sich bei Antiphon, welcher ebenfalls die faktische Gleichheit der Menschen zum Ausgangspunkt seiner Reflexion machte. Bemerkenswert erscheint dabei insbesondere, dass er – in einer Zeit weitverbreiteter Ungleichheit – die genannten Annahmen überaus konsequent anwandte, indem er etwa auch die Barbaren (nicht-Hellenen) als von Natur aus den Hellenen hinlänglich ähnlich bezeichnete, womit Antiphon de facto ein kulturübergreifendes bzw. universalistisches Gleichheitskonzept postulierte, welches wiederum – wie auch bei Hippias – normative Orientierungslinien für das vom Menschen gesetzte Recht enthielt.

Mit Blick auf die naturrechtlichen Überlegungen des Mittelalters dürfte insbesondere die überaus differenzierte Normenhierarchie des nicht zuletzt auch wesentlich von Aristoteles beeinflussten Philosophen und Theologen Thomas von Aquin – dem wichtigsten Autor der Scholastik – von herausragender Relevanz sein. Er unterschied zwischen einem ewigen Gesetz (*lex aeterna*), einem natürlichen Gesetz (*lex naturalis*), einem menschlichen Gesetz (*lex humana*) und einem göttlichen Gesetz (*lex divina*). Besonders interessant erscheint dabei das Verhältnis zwischen der *lex naturalis* und der *lex humana*: Erstens hielt Thomas fest, dass sich das natürliche Gesetz durch die menschliche Vernunft erkennen liesse, womit die Vernunft zum Schlüssel für die Teilhabe des Menschen am ewigen Gesetz werde, da letzteres in der *lex naturalis* seinen Ausdruck finde. Dieser Umstand ist nicht zuletzt auch aufgrund der grundsätzlich religiösen Fundierung der Konzeption von Thomas bemerkenswert, da dadurch – ohne Negierung jener zutiefst christlichen Grundlage besagter Konzeption – der praktischen Einsicht grosses Gewicht beigemessen wird. Zweitens käme der *lex humana* – aufgrund des allgemeinen und abstrakten Charakters der *lex naturalis* – eine konkretisierende Rolle zu, wobei besagte Konkretisierung über den Weg einer von den allgemeinen Prinzipien der menschlichen Vernunft ausgehenden Deduktion zu erreichen sei, demnach quasi vom überpositiven Allgemeinen und Abstrakten auf das sich dann in Form von menschlichen Gesetzen manifestierende Konkrete geschlossen werden solle. Das natürliche Gesetz bilde dabei einen

grundsätzlich verbindlichen Rahmen für die *lex humana*, was aber einen bestimmten Gestaltungsspielraum nicht ausschliesse, insbesondere in den «naturrechtsneutralen» Bereichen. Die verpflichtende Kraft des menschlichen Gesetzes entfalle allerdings in jenen Fällen, in welchen eine entsprechende Norm im Widerspruch zu den durch die Vernunft erkennbaren normativen Vorgaben einer von der *lex naturalis* determinierten Sphäre stehe. In solchen Konstellationen sei dem natürlichen Gesetz demnach Vorrang vor dem jenen normativen Massstäben widersprechenden menschlichen Gesetz einzuräumen, letzteres werde zur *lex corrupta* (verdorbenes Gesetz).

Ein zentraler Bezugspunkt für die naturrechtlichen Reflexionen der Vertreter der spanischen Spätscholastik bildete die sog. Conquista, also die Eroberung Süd- und Mittelamerikas durch die Spanier. Anlass für substanzielle Überlegungen und Debatten bot dabei insbesondere das Ausmass der mit jenem Unterfangen einhergehenden Gewalt und Grausamkeit gegenüber der indigenen Bevölkerung. Der Gründer der Schule von Salamanca, Francisco de Vitoria, befasste sich unter anderem mit der Frage, ob den Ureinwohnern Amerikas *dominium* – eine Voraussetzung für das Zugestehen von natürlichen Rechten – zukomme oder ob es legitime Gründe dafür gäbe, jenen Menschen das *Dominium* zu versagen. Fundament für Vitorias das Zugestehen von *Dominium* befürwortende Argumentation bildeten grundlegende Annahmen seinerseits zur Frage, was Menschsein eigentlich ausmache und ob diese Eigenschaften auch von den infrage stehenden Ureinwohnern geteilt würden. Vitoria stellte sich auf den Standpunkt, dass es keine plausiblen Gründe für die Annahme einer normativ relevanten «Andersartigkeit» besagter indigenen Bevölkerung gäbe, welche eine Verweigerung der aus dem natürlichen Gesetz erwachsenden natürlichen, universell geltenden Rechte legitimieren könnte. Wer als Mensch qualifiziert werden könne, besitze von Natur aus Rechte. Auf dieser Grundlage widersprach er – wie später beispielsweise auch Francisco Suárez – jener als Argument der Apologeten der Conquista benutzten Annahme einer von Natur aus gegebenen Sklavenexistenz der Ureinwohner und verwarf die Vorstellung einer rechtfertigbaren spanischen Herrschaft auf amerikanischem Boden. Bei Bartolomé de Las Casas findet sich erneut eine leidenschaftlich verteidigte Ähnlichkeitsbehauptung, welche wiederum als Grundlage für eine Argumentation gegen die beschriebene Behandlung der Menschen in Amerika diene. Die von ihm als kostbarstes und höchstes Gut gepriesene Freiheit erachtete er als natürliches Recht des als Selbstzweck verstandenen, vernunftbegabten Individuums. Diese sich aus dem Naturrecht ableitende Freiheit stand seiner Meinung nach einerseits im Widerspruch zur Idee eines «natürlichen Sklaven» (auch wenn er die Sklaverei davor für eine

gewisse Zeit als durchaus rechtfertigbar erachtet hatte), andererseits leitete er daraus aber etwa auch ein Recht auf politische Selbstbestimmung ab, womit er – wie bereits Vitoria – der nicht dem Willen der Ureinwohner entsprungenen Herrschaft der Spanier in Amerika die Legitimität absprach. Ähnliche Überlegungen lassen sich auch bei Francisco Suárez finden, welcher unter anderem – analog zu Las Casas – ebenfalls einen unauflösbaren Widerspruch zwischen der Idee einer natürlichen Sklaverei und der von ihm verteidigten Annahme einer von Natur aus gegebenen Freiheit des Menschen erkannte, wiederum basierend auf der grundsätzlichen Vorstellung einer alle Völker und Königreiche transzendierenden Einheit der Spezies Mensch.

Die sich von den vielfach noch stark religiösen Einflüssen des Naturrechtsdenkens emanzipierende Vernunftrechtstradition erreichte während der Aufklärung ihren Höhepunkt mit Immanuel Kant, welcher seinen Rechtsbegriff mit folgender Formulierung auf den Nenner brachte: *«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»*. Ausgangspunkt bildet bei Kant eine grundsätzliche Trennung zwischen Recht und Moral. Unterschiede bestünden etwa mit Blick auf den Modus der Verbindlichkeit: während die Gebote der Moral innerlich als verpflichtend empfunden und somit massgeblich auf den subjektiven Willen des Individuums einwirken würden, sei dieses innerlich verpflichtende Sollensgebot kein essenzielles Element des Rechts, da letzteres nur äussere Konformität verlange, die innere Einstellung des Adressaten dabei aber nicht tangiere. Gesetzmässiges Verhalten (Legalität) könne demnach aus allen möglichen Motivationen erfolgen, besagte innere Einstellung sei dabei nicht von Relevanz. Ein Mensch kann diesem Verständnis gemäss beispielsweise die gesetzlich verankerte Versicherungspflicht innerlich verteufeln und verfluchen und sich trotzdem gesetzmässig verhalten, sofern jene Person ihre Krankenkassenprämien oder Kostenbeteiligungen stets fristgerecht bezahlt. Das Handeln gemäss einer ethischen Pflicht hingegen entspringe einem inneren Antrieb, die Pflicht an sich werde zur Triebfeder. Damit wird allerdings auch klar, dass juridisches und ethisches Handeln von aussen betrachtet ununterscheidbar erscheinen können. Die Trennung von Recht und Moral hat unter anderem auch zutiefst politische Konsequenzen: Sie verhindert eine Moralisierung des Rechts, indem sie den Menschen von jener teils insbesondere auch in autoritär regierten Staaten propagierten Vorstellung befreit, die Befolgung rechtlicher Regelungen jeglicher Art als ethische Pflicht auffassen zu müssen, um somit die Unterscheidung zwischen innerer und äusserlicher Verbindlichkeit aufzuheben.

Die Freiheit des Einzelnen – gemäss Kant das einzige angeborene Recht – ist jener Konzeption gemäss nicht grenzenlos. Die jeweilige «Willkür» der Menschen ist dem oben zitierten Rechtsbegriff gemäss gerade koordinationsbedürftig. Das zu diesem Zwecke benötigte Instrument oder Mittel findet sich in einem «allgemeinen Gesetz der Freiheit» und damit im Universalisierungsgebot des von Kant als Faktum der Vernunft bezeichneten kategorischen Imperativs, welcher in seiner ersten Fassung lautet: «Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde». Dadurch wird die Handlungsfreiheit des Einzelnen auf jenes Mass begrenzt, in welchem sie mit der Handlungsfreiheit eines jeden anderen vereinbar ist. Das Recht, welches gemäss Kant jene Bedingungen der Vereinbarkeit individueller Handlungsfreiheit formuliere, wird demnach an materiale Massstäbe gebunden. Es muss in inhaltlich Hinsicht den Anforderungen des Universalisierungsgebots genügen, um als Recht zu gelten. Bemerkenswert ist dabei insbesondere, dass besagtes Universalisierungserfordernis einerseits die Freiheit, andererseits aber auch normative Gleichheit und Selbstzweckhaftigkeit von Menschen bereits implizit voraussetzt. Schliesslich erscheint die Freiheit eines anderen ja nur berücksichtigungswürdig, sofern jener Person ein gewisser Eigenwert attestiert wird. Die Bedeutung jener Grundannahme lässt sich auch deutlich an der zweiten Fassung des kategorischen Imperativs illustrieren, in welcher auf der Grundlage besagter Annahme einer Selbstzweckhaftigkeit von Menschen ein Instrumentalisierungsverbot formuliert wird.

Ein sich von Kants Konzeption stark unterscheidender Rechtsbegriff findet sich bei Hegel, welcher formulierte: «Dies, dass ein Dasein überhaupt Dasein des freien Willens ist, ist das Recht. – Es ist somit überhaupt die Freiheit, als Idee». In methodischer Hinsicht greift Hegel auf die Dialektik in einem spezifischen Sinne zurück, wobei sich der Inhalt von Begriffen in einem vom Widerspruch zwischen These und Antithese getragenen Prozess von selbst entfalte. So auch beim Rechtsbegriff, bei welchem sich besagte dialektische Selbstentfaltung in drei Momenten vollziehe, namentlich in den Kategorien des abstrakten Rechts (These), der Moralität (Antithese) und der Sittlichkeit (Synthese), wobei letztere als eine die Moralität und das abstrakte Recht in gewisser Weise zusammenfassende – und damit: aufhebende –, höhere Ebene zu verstehen ist. Der Staat wird dabei als Inbegriff dieser sittlichen Ordnung verstanden. Neben den beispielsweise auch fundamental divergenten erkenntnistheoretischen Vorstellungen von Kant und Hegel liegt – mit Blick auf ihren jeweiligen Rechtsbegriff – ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Konzeptionen insbesondere auch darin, dass Hegel dem Individuum an sich keinen vom Wert des Staates gänzlich abstrahierten Eigenwert

attestierten, d.h. die insbesondere auch in der zweiten Fassung des kategorischen Imperativs explizit vermittelte Idee einer Selbstzweckhaftigkeit des Menschen in seinem Werk demnach nicht präsent ist. Damit einhergehend ist des Weiteren zu bemerken, dass bei Hegel nicht etwa die aus der praktischen Urteilskraft des Individuums erwachsende Moralität, sondern eine sich in der Konzeption der Sittlichkeit manifestierende, explizit überindividuelle Wirklichkeit – spezifischer: die sozialen Institutionen (Familienordnung, bürgerliche Gesellschaft, Staat) – zum zentralen normativen Orientierungspunkt erklärt wird. Von besonderer Relevanz in diesem Zusammenhang dürfte auch die von Hegel postulierte Annahme einer Situiertheit moralischer und rechtlicher Prinzipien in spezifischen Gemeinschaften und deren jeweiligen Werthorizonten sein, d.h. die Behauptung, dass man Sittlichkeit nur aus einer spezifischen räumlichen und zeitlichen Dimension heraus denken könne bzw. entsprechende Vorstellungen bloss die ethischen Prinzipien einer konkreten Gemeinschaft zu einer konkreten Zeit widerspiegeln würden.

Zentrales Merkmal des Positivismus bildet die Beschränkung der als geltend angesehenen Rechtsnormen auf das tatsächlich gesetzte, positive Recht. In den zwei klassischen Theorien des Rechtspositivismus wird ebenjene Geltung jeweils entweder von einer sog. Grundnorm (Kelsen) abgeleitet oder mithilfe einer rule of recognition (H.L.A. Hart) attestiert. Auf den konkreten Inhalt einer Norm kommt es diesen Ansichten folgend demnach nicht an, ganz im Gegenteil: Recht sei strikt von der Moral zu trennen und könne demnach jeden beliebigen – auch unmenschlichen – Inhalt haben. Kelsen begründete dies mit der Behauptung, dass moralische Urteile nicht wahrheitsfähig und damit notwendig subjektiv seien. Die Frage der Geltung des Rechts könne daher – aufgrund jenes von ihm behaupteten relativen Charakters sämtlicher Moralvorstellungen – nicht von einer Vereinbarkeit des positiven Rechts mit Mindestanforderungen eines subjektiven Moralsystems abhängig gemacht werden. Dies sei die notwendige Konsequenz der Feststellung, «dass es keine absoluten, sondern nur relative Werte, keine absolute, sondern nur eine relative Gerechtigkeit» gäbe. Kelsen illustrierte dies am Beispiel von Augustinus, der das «gerechte» so definiert habe, dass viele im Laufe der Geschichte entstandenen Rechtsordnungen diesem (subjektiven) Gerechtigkeitsideal nicht mehr entsprochen hätten (wie beispielsweise das römische Recht), wodurch man ihnen konsequenterweise den Rechtscharakter hätte absprechen müssen. Aus rechtspositivistischer Sicht sei dieser Schluss inakzeptabel. In seinem Hauptwerk führte er dazu aus: ««Eine Rechtsordnung mag vom Standpunkt einer bestimmten Gerechtigkeitsnorm aus als ungerecht beurteilt werden. Aber die Tatsache, dass der Inhalt einer wirksamen Zwangsordnung als

ungerecht beurteilt werden kann, ist jedenfalls kein Grund, diese Zwangsordnung nicht als Rechtsordnung gelten zu lassen». Vor dem Hintergrund seiner nonkognitivistischen und relativistischen Sichtweise wird deutlich, worin die Essenz seines Anliegens einer «reinen» Rechtslehre liegt: Das Recht sei von ausserrechtlichen Bezügen (Religion, Politik, Moral etc.) zu befreien. Der Jurisprudenz seiner Zeit warf er eine weitestgehend «unwissenschaftliche», rechtspolitischem Raisonement verfallene Vorgehensweise vor und formulierte damit einhergehend das Ziel der Hebung der Rechtswissenschaft «auf die Höhe einer echten Wissenschaft, einer Geisteswissenschaft», welche sich der Objektivität und Exaktheit zu verpflichten habe. Insbesondere Kelsens strikte Trennung des Rechtsbegriffs von materialen Mindestanforderungen im Rahmen einer generellen Abkopplung seines Rechtspositivismus von «ausserrechtlichen» Überlegungen bildete somit einen direkten Gegensatz zur Natur- und Vernunftrechtstradition

H.L.A. Hart hat insb. Kelsens Konzept der Grundnorm kritisiert und sie, wie bereits angetönt, durch eine sekundäre Rechtserkenntnisregel, der sog. rule of recognition, ersetzt. Recht liesse sich demnach als solches identifizieren, indem man feststelle, was etwa von Richtern, Anwälten, Beamten etc. (d.h. von denjenigen, die darüber bestimmen was Recht in einer Gesellschaft ist) faktisch als Recht anerkannt werde, ohne die dadurch implizierte Geltung bestimmter Normen zusätzlich noch in grösserem Ausmass von der Vereinbarkeit mit inhaltlichen Massstäben abhängig zu machen. Anders als Kelsen und ungeachtet der auch von ihm postulierten Trennung von Recht und Moral bemerkte Hart allerdings, dass besagte Geltung dennoch an die Erfüllung gewisser materialer Mindestanforderungen gebunden sei.

In der Gegenwart wird grds. zwischen einem inklusiven und einem exklusiven Positivismus unterschieden: Während die Vertreter der exklusiven Variante darauf beharren, dass moralischen Normen keinen Teil des Rechts bilden können, sind inklusive Positivisten der Ansicht, dass das Recht moralische Normen insb. durch im positiven Recht auffindbare Verweise auf entsprechende Prinzipien integrieren könne.

Im diametralen Gegensatz zu den klassischen positivistischen Sichtweisen betonen die Vertreter moderner Verbindungstheorien gerade die notwendige Verbindung von Recht und Moral. Gustav Radbruch brachte dies in seiner insb. auch vielfach in zentralen Urteilen deutscher Gerichte eingegangenen und fortan auch in internationaler Hinsicht erhebliche Ausstrahlung entfaltenden Radbruch-Formel auf den Nenner. Zuvor noch ein Verfechter des ethischen Relativismus, vollzog er nach dem Krieg eine bemerkenswerte Wende, indem er seinen revidierten Rechtsbegriff fortan an nun nicht mehr als relativ angesehene Rechtswerte

band. In seiner berühmt gewordenen Formel brachte er einerseits die Relevanz der Rechtssicherheit zum Ausdruck, begrenzte die Geltung des positiven Rechts im gleichen Zuge allerdings auf die mit materialen Mindeststandards vereinbaren Normen. Sollte der in besagter Formel thematisierte, potenzielle Widerspruch zwischen positivem Recht und Gerechtigkeit das ertragbare Mass überschreiten, so werde das Gesetz zu unrichtigem Recht oder verliere gar – so insb. im Falle einer bei der Setzung des positiven Rechts von vorherein verleugneten Gleichheit der Menschen – seine Rechtsnatur.

Ronald Dworkin verstand Recht gar als Teil der politischen Moral, wobei jene wiederum Teil der allgemeinen Ethik bilde. Zentral ist in diesem Zusammenhang die im Zuge seiner Kritik am Positivismus (insb. an jenem von H.L.A. Hart) formulierte Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien: Regeln zeichne aus, dass sie in einer alles-oder-nichts-Weise gälten und definite Rechtspositionen lieferten. Prinzipien käme hingegen Gewicht oder Wichtigkeit zu, was im Konfliktfall – anders als bei Konflikten zwischen Regeln – Abwägungen erlaube. Dworkin betonte, dass besagten Prinzipien insb. in schwierigen bzw. strittigen Fällen (sog. hard cases) eine elementare Rolle zukomme, d.h. namentlich in Fällen, in welchen sich aus den Regeln mit ihrem (von Dworkin behaupteten) alles-oder-nichts-Charakter keine eindeutige Lösung destillieren lasse. Anstelle einer willkürlichen Entscheidung trete in entsprechenden Konstellationen demnach ein auf Prinzipien basierendes Urteil, womit ein aus einem historisch gewachsenen, öffentlichen Sinn für moralische Angemessenheit entsprungenes, den diversen Dimensionen der Moral (Gerechtigkeit, Fairness etc.) dienendes Element unmittelbar Einfluss auf die Rechtsanwendung nähme, stets getragen vom Gebot der Achtung der Würde des Menschen als Kern und Grundlage des Rechts. Mit Blick auf das Verhältnis von Recht und Moral formulierte Dworkin dann auch programmatisch: «Law is effectively integrated with morality: lawyers and judges are working political philosophers of a democratic state».



## **Aufgabe 2 (25% der Totalpunktzahl)**

Kann man Menschenrechte aus menschlichen Interessen herleiten, wie es einflussreiche Theorien der Menschenrechtsphilosophie der Gegenwart versuchen? Bitte erläutern Sie, welche Stärken und Schwächen diese Theorien besitzen.

### **Mögliche Antwort:**

Die Auseinandersetzung mit der Frage nach der Legitimation von Menschenrechten ist Gegenstand zahlreicher theoretischer Ansätze der Gegenwart: Theorien der Handlungsfähigkeit rechtfertigen entsprechende Rechte durch das Verweisen auf die Notwendigkeit gewisser – durch ebenjene Menschenrechte garantierter – Freiräume für autonomes menschliches Handeln, wobei besagtes menschliches Handeln als unausweichlich aufgefasst wird, da Menschen nicht nicht handeln könnten. Befähigungstheorien destillieren Menschenrechte aus den realen Möglichkeiten der Lebensgestaltung, beziehen sich also auf die Bedingungen der Verwirklichung legitimer Rechtspositionen. Politische Konzeptionen leiten ihren Begriff der Menschenrechte aus der – wie behauptet wird – gegebenen und hinreichend klar bestimmten Praxis der internationalen Menschenrechte ab. Weitere Legitimationsversuche finden sich beispielsweise auch in diversen Ansätzen systemtheoretischer, poststrukturalistischer, feministischer oder postkolonialer Natur.

Die Grundidee von Interessentheorien lautet, dass es bestimmte, ausreichend gewichtig erscheinende menschlichen Interessen gibt, aus welchen ein Anspruch auf Schutz durch Rechte abgeleitet werden kann. Von den verwandten Bedürfnistheorien unterscheiden sich jene Ansätze dahingehend, als dass sie den Kreis der zum Objekt von entsprechenden Rechten werdenden menschlichen Güter zusätzlich noch auf solche erweitern, welche sich nicht unbedingt – so wird zumindest behauptet – aus Bedürfnissen destillieren lassen (wie z.B. das Wahlrecht). Gemeinsam ist beiden Ansätzen – darin liegt eine Parallele zu anderen, z.B. zu den erwähnten Befähigungstheorien – dass nicht jedem Interesse oder Bedürfnis erhebliches Gewicht beigemessen wird, sondern ein den einschlägigen Kreis eingrenzendes Schwellenkriterium zur Anwendung kommt.

Eine Stärke der Interessentheorien liegt sicherlich darin, dass sie – wie auch die Bedürfnistheorien – den Fokus auf die Schutzgüter von Menschenrechten legen. Sinnvoll erscheint auch die Anwendung eines Schwellenkriteriums und die damit einhergehende

Berücksichtigung der tatsächlichen Möglichkeit der Verwirklichung entsprechender Rechte durch Aufbürdung von Pflichten gegenüber den Adressaten. Das Identifizieren und anschliessende Gewichten potenziell schutzwürdiger Güter stellt ein sehr wesentliches Element einer Legitimationstheorie der Menschenrechte dar.

Ein denkbarer Kritikpunkt betrifft die bewusst vorgenommene Abgrenzung zum als zu eng aufgefassten Begriff des Bedürfnisses. Interessentheorien versuchen durch die von ihnen gewählte Begrifflichkeit den Kreis der schutzwürdigen menschlichen Güter zu erweitern, da sich gemäss jener von entsprechenden Theorien vertretenen Ansicht – wie oben erwähnt – nicht alle relevanten Interessen aus Bedürfnissen ableiten liessen. Diese Argumentation erscheint nicht unangreifbar. Letztendlich dürfte es in vielen Fällen schwerfallen konkrete Interessen ohne Rückgriff auf fundamentale menschliche Bedürfnisse zu begründen. In diesem Sinne könnten Interessen auch als blosses Ergebnis eines von existentiellen Bedürfnissen ausgehenden, mehrstufigen Destillierungsprozesses interpretiert werden, was die klare Abgrenzung zu besagtem Begriff des Bedürfnisses und die damit einhergehende Behauptung einer Erweiterung des Kreises der als schutzwürdig angesehenen Güter problematisch erscheinen liesse.

Eine zentrale Frage betrifft den Übergang vom Interesse zum subjektiven Recht. Problematisch erscheint hier in erster Linie die mangelhafte Begründung: Reicht das Vorhandenseins eines als gewichtig qualifizierten Interesses bereits aus, um ein entsprechendes Recht und damit auch einschlägige Pflichten zu begründen? Bei einer Bejahung jener Frage würde damit letztendlich eine normative Schlussfolgerung in konkreter Gestalt eines als notwendige Folge aufgefassten Menschenrechts (d.h. ein Sollen) – ohne weitere Zwischenschritte – direkt aus einer faktischen Gegebenheit in Gestalt eines gewichtigen Interesses (d.h. einem Sein) abgeleitet werden, womit allerdings – wie beispielsweise auch bei den Theorien der Handlungsfähigkeit – etwa noch nicht erklärt wäre, weshalb eine andere Person zur Erfüllung jener Interessen verpflichtet werden sollte. Vor dem Hintergrund des im Falle eines solchen Vorgehens begangenen Kategorienfehlers wird klar, dass sich die von den Interessentheorien vorgeschlagene Art und Weise der Legitimierung von Menschenrechten ohne Rückgriff auf normative Prinzipien nur schwerlich rechtfertigen lässt. Das erwähnte Schwellenkriterium kann dabei nicht als Surrogat zur Bestimmung normativer Relevanz dienen, da ein als gewichtig eingestuftes Interesse etwa noch nichts darüber aussagt, inwiefern sich besagtes Interesse in vertretbarer Weise zu den Interessen von anderen Menschen ins Verhältnis setzen lässt. Zur Beantwortung jener Fragen muss in einem ersten Schritt bestimmt werden, welche normativen Prinzipien mit Blick auf ein konkretes Interesse von Relevanz sind (z.B. das Grundprinzip der Gleichheit der Rechtsträger),

um dann in einen weiteren Schritt aus der Anwendung jener Prinzipien legitim ableitbare Schlussfolgerungen – etwa die rechtfertigbare Forderung nach einem spezifischen Menschenrecht – destillieren zu können.

### **Aufgabe 3 (25% der Totalpunktzahl)**

Bitte nennen Sie Kernargumente einer rechtsphilosophischen Legitimationstheorie der Demokratie.

#### **Mögliche Antwort:**

[In diesem Zusammenhang konnte begleitend etwa auf unterschiedliche Demokratietheorien eingegangen werden]

Die Grundidee von Demokratie liegt grundsätzlich darin, dass die Subjekte der politischen Entscheidungsfindung gleichzeitig auch die Objekte jener Entscheidungsfindung sein sollen. Rechtsunterworfenen und Rechtserzeugern sind dieser Konzeption gemäss identisch. Die dadurch u.a. implizierte Gleichberechtigung aller Menschen in politischer Hinsicht stellt dabei keineswegs eine historische Selbstverständlichkeit dar. Dies trifft mit Blick auf die Geschichte auch auf Herrschaftsformen zu, denen auch aus heutiger Perspektive regelmässig demokratische Elemente nachgesagt werden. Als Beispiel kann etwa die politische Ordnung des antiken Athens (*isonomia*) dienen, welche einer bestimmten Gruppe von Personen zwar ebenfalls gleiche politische Rechte gewährte, gleichzeitig allerdings etwa Frauen und Sklaven von entsprechenden Privilegien ausschloss.

Als zentrales Argument gegen einen entsprechenden Ausschluss bestimmter Personengruppen muss insbesondere die Idee einer sämtlichen Menschen zukommenden Würde genannt werden. Durch jenen Begriff wird zum Ausdruck gebracht, dass Menschen einen Selbstzweck bilden. Der Wert des Individuums bestimmt sich demnach nicht etwa relativ zu seinen Talenten, seiner optischen Erscheinung, seiner Nützlichkeit für die Gesellschaft oder ähnlichem. Er kommt stattdessen allen Menschen bedingungslos – d.h. bereits aufgrund ihres Menschseins – und in gleicher Weise zu. Die Menschenwürde setzt der Staatsräson enge Grenzen. Sie lässt sich nicht mit einem politischen System vereinbaren, in welchem der Schutz des Einzelnen und seiner Entfaltungsmöglichkeiten gerade nicht als Zweck ebenjenes Staates aufgefasst wird.

Ausgehend von der skizzierten Idee einer sämtlichen Menschen in gleicher Weise zukommenden Würde kann in legitimationstheoretischer Hinsicht beispielsweise kaum für eine Herrschaft einer ausgewählten Elite argumentiert werden, wie sie etwa von Platon propagiert wurde. Wer die Idee der Selbstzweckhaftigkeit als von allen Menschen geteiltes Kernelement ihres Daseins ernst nimmt, wird daraus ein Recht auf Autonomie und damit ein Recht auf Selbstbestimmung ableiten. Wer ein über ebenjene Autonomie verfügendes Subjekt ist, kann nicht auf die Rolle des stimmlosen Empfängers der Entscheidungen anderer reduziert werden. Demokratie kann demnach als Versuch zur Verwirklichung der Selbstbestimmung autonomer Menschen beschrieben werden. Die damit einhergehende Annahme des Vorhandenseins einer entsprechenden Fähigkeit der Individuen zur Mitbestimmung in politischen Angelegenheiten wurde – nicht zuletzt auch vom erwähnten Platon – immer wieder bezweifelt [Hier kann ggf. auch auf Elitentheorien eingegangen werden]. Gegen entsprechende Ansichten sprechen u.a. allerdings etwa – insbesondere auch mit Blick auf die Geschichte – durchaus berechtigt anmutende Zweifel am Erkenntnisprivileg bestimmter Personen oder Gruppen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Wahrung eines Bewusstseins für die Möglichkeit eigenen Irrs als die erkenntnistheoretisch fundiertere Haltung. Letztendlich geht es in einem gewissen Masse auch um Selbstrelativierung, welche Hand in Hand mit einer politischen Respektskultur zu gehen hat, in welcher sich die Achtung vor dem Selbstbestimmungswunsch und der Selbstbestimmungsfähigkeit anderer manifestiert. In der Demokratie verbindet sich diese Haltung mit einer Rationalisierungshoffnung: Entscheidungen sollen auf der Grundlage eines informierten und von der Wahrheit getragenen Austauschs von Meinungen getroffen werden. Die der Wahrheit zugemessene, elementare Rolle kann mit Blick auf die Auswirkungen einer von Täuschung und Wahn getragenen Politik erklärt werden: In einem von mehrheitlich post-faktischer Propaganda vergifteten politischen System wird der Einzelne als Subjekte nicht ernstgenommen, da ihm mit der Wahrheit eine Grundbedingung für eine gelungene Selbstbestimmung entzogen wird.

Damit einhergehend kann insbesondere auch betont werden, dass sich in der demokratischen Form der Organisation jener politischen Autonomie eines jeden Einzelnen auch ein Grundprinzip politischer Gerechtigkeit verwirklicht, indem besagtes Recht auf Selbstbestimmung nicht nur einer ausgewählten Gruppe oder gar nur einem einzigen Individuum, sondern sämtlichen Menschen aufgrund ihrer Selbstzweckhaftigkeit gewährt wird. Der Einzelne wird aufgrund seiner Würde politisch ermächtigt. In der Demokratie drückt sich demnach die jedem Menschen zustehende Achtung vor dem aus ebenjener Würde fliessenden Recht auf autonome Selbstbestimmung aus. Damit ist auch gesagt, dass sich etwa in mehr oder

weniger offen autoritären Systemen oder in Fassadendemokratien, in welchen der Einzelne jeweils nichts oder nur scheinbar etwas zu sagen hat, gerade die Missachtung jener Selbstzweckhaftigkeit widerspiegelt. Gleichzeitig stellt diese Verleugnung der Gleichheit zwischen Rechtsunterworfenen und Rechtserzeugenden auch eine Ungerechtigkeit dar, da das Recht zur politischen Selbstbestimmung nur einigen Wenigen statt allen gewährt wird.

#### **Aufgabe 4 (25% der Totalpunktzahl)**

Was kann unser Rechtssystem von den verschiedenen Strömungen der feministischen Rechtstheorie lernen? Gehört dazu auch die Notwendigkeit, Recht überhaupt als wesensmässig patriarchales Herrschaftsinstrument durch andere Mittel gesellschaftlicher Organisation abzulösen?

#### **Mögliche Antwort:**

Aus der Fülle der diversen feministischen Theorien lassen sich grob drei verschiedene Grundströmungen unterscheiden: Gleichheitsorientierte Ansätze (etwa von Mary Wollstonecraft, Olympe de Gouges oder Harriet Taylor Mill) betonen – wenig überraschend – die Gleichheit der Geschlechter. Entsprechende Annahmen beziehen sich auf grundlegende Aspekte menschlichen Daseins, mit Blick auf welche keine normativ relevanten Unterschiede zwischen den Geschlechtern festzustellen seien, auf deren Grundlage man politische oder rechtliche Ungleichstellung rechtfertigen könnte. Den Erkenntnissen einer als Folge der Benachteiligung von Frauen primär von Männern geprägten Ideengeschichte wird demnach nicht pauschal die inhaltliche Sinnhaftigkeit abgesprochen. Viel eher wird gefordert, entsprechende Ethikkonzepte in gleicher Weise und konsequent auch auf Frauen anzuwenden. Davon abzugrenzen sind differenzorientierte Ansätze, welche ihren Fokus auf die Unterschiede zwischen den Geschlechtern legen. Diese Perspektive interpretiert den konkreten Gehalt erwähnter Ethikkonzepte in erster Linie als Produkte einer spezifisch männlichen Denkweise, was einer Erstreckung entsprechender Inhalte auf Frauen entgegenstehe. Die aus besagter Ansicht destillierten Schlussfolgerungen variieren zwischen der Forderung nach gänzlich neuen moralischen Systemen bis hin zur Postulierung der Notwendigkeit einer getrennten, d.h. spezifisch weiblichen bzw. männlichen Ethik. Die dritte Strömung hat sich – unter wesentlicher

Beeinflussung durch die Postmoderne – der Dekonstruktion von Geschlechterrollen bzw. Geschlechteridentitäten verschrieben.

Auf dieser Grundlage kann spezifisch mit Blick auf die Rechtstheorie und -philosophie eine weitere Unterscheidung vorgenommen werden: die erste Grundströmung formuliert eine reformorientierte immanente Rechtskritik. Besagte Form der Kritik hat in der Vergangenheit erfolgreich zahlreiche Impulse für sehr wesentliche rechtliche Entwicklungen geliefert. Das Identifizieren und offene Hinterfragen der Legitimität von Diskriminierung und Ungleichheit befördernden Regelungen als Ausgangspunkt für die Modifizierung von Recht kann als grosser Gewinn bezeichnet werden. Eine entsprechende Perspektive kann das Rechtssystem demnach durch kritisches Verweisen auf (offen oder verdeckt) einseitig benachteiligend wirkende und in grundlegendem Widerspruch zu zentralen normativen Prinzipien stehende Normen über wesentliche Mängel aufklären und somit zur Verwirklichung rechtlicher Gleichheit durch subsequeunte Anpassung des Rechts beitragen. Gleichzeitig lassen sich aus besagtem Blickwinkel Argumente für eine über die rein rechtliche Gleichstellung hinausgehende faktische Gleichstellung finden, wobei – so die Forderung – auch ein Anliegen dieser Art mit den Instrumenten des Rechts (etwa durch rechtliche Gleichstellungsaufträge) befördert werden soll.

Erwähnt werden muss damit einhergehend wohl insbesondere auch folgendes: Auch wenn für die teilweise vertretene Ansicht einer in ihrem Gehalt grundlegend voneinander abweichenden «männlichen» und «weiblichen» Denkweise kaum etwas spricht – die bis anhin vorgebrachten normativen Argumente sind wohl schwerlich ein blosser Ausdruck männlicher Rationalität –, so dürfte die zumindest partielle Verschiedenheit der Erfahrungsräume eine Realität darstellen. Durch das Transparentmachen entsprechender Differenzen kann mit Blick auf das Rechtssystem eine gewisse Sensibilisierung erreicht werden, durch welche diesen Gegebenheiten auch im Recht auf differenziertere Art und Weise Rechnung getragen werden kann.

Von besonderer Relevanz im Zusammenhang mit den soeben dargelegten Punkten dürfte die Feststellung sein, dass jene Form der immanenten Rechtskritik ebenjenes Recht nicht nur als Objekt der Kritik, sondern auch als Instrument zur Beseitigung von Diskriminierung und Ungleichheit auffasst. Recht an sich wird demnach gerade nicht als intrinsisch patriarchales und somit von vornherein abzulehnendes bzw. zu ersetzendes Herrschaftsinstrument verstanden. Damit lässt sich die reformorientierte immanente Rechtskritik in grundsätzlicher

Weise von der radikal feministischen Kritik der Rechtsform abgrenzen. Dieser zweiten rechtsphilosophischen Grundströmung gemäss gefährde eine von ebenjener Rechtsform definierte – sich in als männlich aufgefassten, generell-abstrakten Normen manifestierende – Normalität das Besondere bzw. das Abweichende, welches von ebenjener durch Regulierungen festgelegten Normalität nicht angemessen erfasst werde.

Für das Festhalten an der Rechtsform an sich sprechen allerdings mehrere Gründe: Der Vorwurf der Gefährdung des Besonderen durch eine angeblich von Regulierungen festgelegte Normalität verkennt den Sinn generell-abstrakter Normen in fundamentaler Weise: Der Zweck allgemeiner und genereller Normen liegt gerade in der dadurch erreichten Abstrahierung der Sicherung bestimmter Freiräume von der Bindung an (geschlechts-) spezifische bzw. normativ nicht relevante Eigenschaften. Einschlägige Normen können demnach einen wesentlichen Beitrag zur Bekämpfung von Diskriminierung leisten, indem sie durch ihre allgemeine und generelle Form – geradezu diametral entgegengesetzt zum Vorwurf einer durch besagte Form postulierten, exkludierend wirkenden «Normalität» – bewusst inkludierend wirken. Der Rechtsform kommt damit ein rational erfassbarer Sinn zu. Jenen Sinn pauschal als Ausprägung einer sich in den konkreten Normen manifestierenden männlichen Rationalität zu diskreditieren, dürfte sich als folgenreicher Fehlschluss erweisen. Erstens würde dies einen nicht belegbaren Zusammenhang zwischen biologischem Geschlecht und Rationalität implizieren und damit – in veränderter Ausrichtung – ein nicht haltbares Argument aufleben lassen, welches in der Vergangenheit des Öfteren gerade zur Diskriminierung von Frauen missbraucht wurde, indem man ihnen die Fähigkeit zum Denken absprach. Zweitens würde die Postulierung einer geschlechterspezifischen Rationalität bzw. Denkstruktur einer unbewussten Reproduktion patriarchaler Muster und Blickwinkel auf Frauen und Männer Tür und Tor öffnen und dadurch dem Ziel einer sich – nicht nur, aber auch mithilfe des Rechts – verwirklichenden, auf dem Fundament eines Bewusstseins für und einer Fokussierung auf die wesentlichen menschlichen Gemeinsamkeiten zu erreichenden Gleichstellung der Menschen entgegenstehen. Der feministischen Rechtslehre kommt somit eine zentrale Rolle im Zusammenhang mit der Schaffung eines differenzierten Gleichstellungsrechts zu. Voraussetzung dafür bildet eine reformorientierte, die Rechtsform an sich in ihrem Sinn erfassende, immanente Rechtskritik. Mit Blick auf dieses Bestreben erscheint ein auf die Gleichheit der Menschen in normativ relevanten Aspekten fokussierender Ansatz als vielversprechendster Ausgangspunkt für weitergehende Reflexionen.