

Lösungsskizze zur Prüfung Rechtstheorie vom 27. Juni 2016

Matthias Hächler, Angela Müller und Julia Stern

Bitte beachten Sie: Die nachfolgende Lösungsskizze stellt ein Muster für die Bearbeitung der Prüfung dar, selbstverständlich konnten die Fragen aber auch in abweichender Weise richtig beantwortet werden; gleichzeitig wurden keine Antworten in dieser Ausführlichkeit oder Detailliertheit erwartet, um die volle Punktzahl zu erhalten. Neben dem Inhalt wurden auch Form und Ausdruck bei der Bewertung Ihrer Antworten berücksichtigt. Positiv bewertet wurden ebenfalls also auch: ausformulierte Gedankengänge anstelle etwa stichwortartiger Aufzählungen, eine zusammenhängende Darstellung und die Richtigkeit des sprachlichen Ausdrucks. Eigene selbstständige Stellungnahmen wurden besonders positiv bewertet.

Aufgabe 1 (20%):

In der Flüchtlingsdebatte wird häufig auf die „bei uns geltenden Werte und Regeln“ Bezug genommen, die zu beachten seien. Was ist unter „Geltung“ von Normen zu verstehen? Bitte erläutern sie die Ihnen bekannten Geltungstheorien. Welche dieser Theorien hat Sie überzeugt und warum?

Mögliche Antwort:

Begriffliche Vorbemerkungen: Naturale oder moralische Entitäten können einen *Wert* bilden. Daraus lassen sich *Normen* begründen, die ein Sollen (Gebot, Verbot, Erlaubnis) ausdrücken und damit handlungsanleitend sind. *Regeln* sind Normen, die ein Gebot oder Verbot ausdrücken.

Die *Geltung von Normen* begründet ihre Existenz: Normen existieren, wenn sie gelten. Der Ausdruck „*bei uns geltende Werte und Regeln*“ (womit Werte/Normen verschiedenster Quellen gemeint sein können, z.B. moralische, rechtliche, kulturelle, religiöse) suggeriert, dass eindeutig ist, welche Normen gelten und welches dafür die Voraussetzungen sind – was durchaus bezweifelt werden kann. ‚Eine Norm gilt‘ kann verstanden werden als ‚die Norm ist faktisch sozial gegeben‘, ‚die Norm wurde rechtlich in Kraft gesetzt‘ oder als ‚die Norm ist gerechtfertigt‘ (was de facto nicht immer miteinander einhergeht). Deswegen ist es sinnvoll, *Geltung* (Verbindlichkeit der Norm) von *Legitimität* (Begründetheit der Norm) zu unterscheiden, wenn auch, wie sich zeigen wird, beide Begriffe in bestimmten Theorien in einander übergehen.

Eine *rechtliche* Norm erlangt gemäss dem klassischen Positivismus ihre Geltung durch eine positive Setzung; die Frage der Legitimität sei keine per se rechtswissenschaftliche Frage. Für Verbindungstheorien ist die Legitimität einer Norm Voraussetzung für ihre rechtliche Geltung (wobei ein bestimmter Grad an Illegitimität zugunsten der Rechtssicherheit in Kauf genommen werden muss).

Die Formulierung „*bei uns*“ impliziert die Auffassung, dass Werte und Normen nur kulturrelative, auf konkrete soziohistorische Umstände begrenzte Geltung erlangten. Dagegen lässt sich einwenden, dass grundlegende Werte aufgrund der moralischen Gleichheit der Menschen (die auf der im moralisch relevanten Kern von allen geteilten menschlichen Natur basiert) universeller Natur sind. Die Legitimität der durch sie begründeten Normen (z.B. Menschenrechte) ist damit kontextübergreifend gerechtfertigt, so dass sie auch entsprechende Geltung beanspruchen. Zudem folgt aus der historischen Genese einer Werteidee im Rahmen eines spezifischen Kontextes nicht, dass sie nur für diesen material gelten soll.

Geltungstheorien

Faktische Normbefolgungstheorien besagen, dass eine Norm dann gilt, wenn sich eine Mehrzahl von den ihr unterworfenen Subjekten tatsächlich ihr gemäss verhält oder wenn bei Nichtbefolgung mit hinreichend hoher Wahrscheinlichkeit Sanktionen drohen. Hierzu gehören auch *soziologische Geltungstheorien* (Geltung durch faktische soziale Wirksamkeit). *Einschätzung:* Aus der Tatsache, dass sich Menschen in einer bestimmten Weise verhalten, folgt noch nicht, dass sie gerechtfertigt sind, sich so zu verhalten: Die Geltung von moralischen Normen besteht unabhängig von ihrer faktischen Befolgung. Für die Geltung von rechtlichen Normen scheint ein Mindestmass an Befolgung zwar notwendig, aber nicht hinreichend, da damit noch nichts über ihren materialen Gehalt der Norm gesagt wird.

Gemäss *Anerkennungstheorien* gelten Normen, wenn ihre Verbindlichkeit von allen Normadressaten/-innen anerkannt wird oder wenn sie von einer von allen anerkannten Autorität gesetzt wurden. Die Anerkennung verleiht einer Norm Legitimität und damit auch Geltung. Ein Beispiel bildet die Diskursethik, welche jene Normen als begründet erachtet, welchen im herrschaftsfreien Diskurs alle zustimmen würden. *Einschätzung:* Anerkennungstheorien respektieren menschliche Autonomie und

die liberal-demokratische Idee, gemäss welcher Personen nur daran gebunden sind, wozu sie zugestimmt haben. Allerdings gelten *legitime* Normen eben genau auch für jene, welche sie nicht anerkennen: Gebundenheit an Normen basiert nicht auf Zustimmung, sondern auf deren inhaltlichen Legitimität. Anerkennung und Geltung sind Folgen der Legitimität, nicht umgekehrt.

Für *Willenstheorien* gelten Normen, weil diese auf dem Wollen einer Autorität beruhen. Eine Untervariante bilden die *dezisionistischen Theorien*, denen gemäss die Geltung einer kollektiven Grundordnung auf die (inhaltlich ungebundene) Grundentscheidung des Souveräns zurückzuführen sei. *Einschätzung*: Legitimität von Normen lässt sich nicht direkt von der sie postulierenden Autorität ableiten. Sie beruht entweder auf der Legitimität der Autorität selbst oder auf der Legitimität der jeweiligen Norm.

Gemäss *Gewalttheorien* basiert die Normgeltung auf einem früheren, herrschaftsstiftenden Akt von Gewalt. *Einschätzung*: Aus der Tatsache, dass sich ein Akteur faktisch mit Gewalt durchsetzen konnte, folgt noch nicht, dass diese Durchsetzung normativ gerechtfertigt ist. Gewalt kann per se nicht die Quelle von Legitimität sein.

Juristische Geltungstheorien knüpfen die Geltung von Normen daran, dass eine Norm gemäss dem juristisch vorgesehenen Prozess erlassen wurde. Auf der grundlegenden Ebene (z.B. der Verfassungsnormen) ist man hierbei jedoch wieder auf eine der anderen Geltungstheorien verwiesen.

Materiale Geltungstheorien machen die Geltung von Normen von deren Legitimität abhängig und entwickeln materiale, d.h. inhaltliche Kriterien für letztere. Diese werden auch als *normative Geltungstheorien* bezeichnet.

Welche dieser Theorien hat Sie überzeugt und warum? – Mögliche Antwortvariante: Materiale Geltungstheorien

Die Legitimität einer Norm folgt nicht aus deren Geltung, sondern umgekehrt ist die Geltung abhängig von ihrer Legitimität. Letztere verlangt nicht nach erklärenden Gründen, warum eine Norm tatsächlich gilt, sondern nach rechtfertigenden Gründen, warum sie gelten soll – und basiert damit auf grundlegenden, materialen moralischen Prinzipien, welche das Gute und Gerechte umfassen.

Die Geltung von Normen kann nicht allein durch faktische Befolgung begründet werden, da erstens das von ihnen ausgedrückte Sollen auch eine innere, handlungsanleitende Verpflichtung und somit mehr als rein äusseres normkonformes Verhalten umfasst, und zweitens *legitime* Normen gerade auch dann gelten sollen, wenn Einzelne sie nicht befolgen. Auch Anerkennung reicht nicht, um Geltung zu begründen: Aus der Tatsache, dass eine Norm befolgt/anerkannt wird, folgt noch nicht, dass sie auch befolgt/anerkannt werden *soll*. Die Verpflichtung basiert auf ihrem materialen Gehalt, welcher das Subjekt unabhängig von dessen Zustimmung innerlich und äusserlich verpflichtet. Dies verweist darauf, dass die die Normen begründenden Werte universell sind, das kulturübergreifende Gute und Gerechte umfassen.

Weitere Antwortoptionen (faktische Befolungs-, Gewalt-, Willens- oder Anerkennungstheorien) sind ebenfalls möglich. Für stringente Argumentationen werden auch dafür Punkte vergeben.

Aufgabe 2 (30%):

Welche zentralen Inhalte hat die Ethik und Rechtstheorie Kants?

Mögliche Antwort:

Kant strebt innerhalb seiner transzendentalen Erkenntnisphilosophie eine Alternative zu einer rein empirischen resp. rationalistischen Perspektive an. Dazu verneint er zwar nicht jegliche Relevanz des Erfahrungsinputs, stellt diesen aber unter die jeweilige Bedingtheit der Wahrnehmungs- und Verstandesoperationen, welche den Erscheinungen eine für den Menschen nachvollziehbare Form geben. Sowohl die Anschauungsformen von Zeit und Raum als auch Verstandeskategorien und -begriffe (bspw. Kausalität) bilden nach Kant notwendige Elemente eines spezifisch menschlichen Zuganges zur Welt; die Erkenntnis des „Dinges an sich“ ist nicht möglich. Weitergehend dient die Vernunft dazu, Verstandesregeln unter Prinzipien zu denken. Als besondere Errungenschaft des kantischen Denkens ist die Kategorie jener Urteile zu nennen, die als *synthetische* (im Unterschied zu analytischen Urteilen) begriffserweiternde Aussagen über das Wesen der Welt enthalten und *a priori* (und somit im Gegensatz zu Urteilen *a posteriori*), d.h. vor jeder Erfahrung, gelten. Dadurch wird es möglich, noch vor der

Berücksichtigung subjektiver Erfahrungen allgemeingültige und notwendige Vernunftschlüsse zu ziehen und irrtumsfreies Wissen zu erlangen.

Vor dem Hintergrund des aufklärerischen Projekts, welches alle Menschen als potenziell mündige Gesellschaftsmitglieder ernst nimmt, formuliert Kant in seiner deontologischen Ethik moralische Gesetze, die ebenfalls *a priori* gelten und durch Vernunfttätigkeit zu erkennen sind. Moral ist dabei weder als ein bestimmtes Gefühl noch als objektive Ordnung der Welt oder als objektiver Sachverhalt in ihr zu charakterisieren. Kant nimmt vielmehr an, dass Menschen nicht automatisch von ihren Neigungen beherrscht werden, sondern ihr Verhalten in autonomer Weise selbst bestimmen können. Diese selbstgegebenen Handlungsanweisungen können entweder als *hypothetische Imperative* erfolgen, also die effektive Anleitung zur Erreichung eines beliebigen Ziels beinhalten, oder als *kategorische Imperative*, deren Umsetzung nur um ihrer selbst willen erfolgt. Der kategorische Imperativ stellt nach Kant dabei ein *Faktum der Vernunft* dar, ist also eine unbestreitbare Wahrheit der menschlichen Existenz. Er wurde in seinen Schriften in drei Varianten festgehalten. Während sich zwei Versionen mit dem *formalen Universalisierbarkeitserfordernis* befassen ((a) „Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde“ resp. „Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Princip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne“ sowie (b) „Handle nach Maximen, die sich selbst zugleich als allgemeine Naturgesetze zum Gegenstande haben können“), stellt eine dritte den materialen Kern der kantischen Ethik in den Vordergrund: „Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.“ Zentral ist somit die Attribuierung *unverlierbarer Selbstzweckhaftigkeit und gleicher Würde sich selbst und allen anderen Menschen gegenüber*. Der kategorische Imperativ ist somit immer dann verletzt, wenn eine Person von einer anderen lediglich als Mittel zur Verwirklichung eines Ziels instrumentalisiert wird (bspw. durch Sklavenhaltung). Die originäre Zweckhaftigkeit eines Menschen hat keinen Preis, sondern gilt absolut und kann daher auch nicht durch andere Güter ausgedrückt werden. Die moralische Gesetzgebung bedarf keiner höheren Instanz als der menschlichen Vernunft selbst; diese Fähigkeit ist auch Quelle der besonderen Würdigkeit, als gleichwertiger Bürger des Reichs der Zwecke geachtet zu werden. Die Moralfähigkeit und das moralische „Sollen“ ist an *Freiheit* geknüpft: Da ein Sollen keine automatische Bestimmung des Willens ausdrückt, sondern eine blosser Nötigung desselben darstellt, kann angenommen werden, dass Moralität notwendigerweise Freiheit voraussetzt – nur durch die Möglichkeit des „Andershandelnskönnens“ hat Moral überhaupt einen Sinn. Gleichzeitig kann von der Existenz von moralischen Normen auf die Realität der Freiheit geschlossen werden. Ein moralisches Leben kann nach Kant kein Lebensglück garantieren, sondern stellt die notwendige Bedingung für die Würdigkeit zum Glück dar.

Kant unterscheidet zwischen den beiden Normsystemen *Moral und Recht*: Während eine moralische Norm erfordert, dass sich die Motivation zur Vornahme einer Handlung nicht aus heteronomen Beweggründen wie bspw. der Vermeidung von Übeln, sondern aus ihrem intrinsischen Wert speist, verlangt das mit äusserem Zwang bewehrte Recht ein bestimmtes *äusseres, normkonformes, gesinnungsunabhängiges Verhalten*. Der kategorische Imperativ ist zwar kein explizites Rechtsprinzip. Dennoch wirkt er in starkem Masse auf das Recht ein, u.a. durch das Postulat der gleichen Menschenwürde und das Instrumentalisierungsverbot, welche die Grundlage für das Erfordernis der Universalisierbarkeit einer Rechtsnorm darstellen¹ – das Recht dient im Kern der Wahrung der moralisch begrenzten Freiheiten; der Rechtsbegriff greift den Kerninhalt des kategorischen Imperativs auf. Das Vernunftrecht zeichnet die individuelle Freiheit, sofern vereinbar mit der Freiheit der Mitmenschen, als ursprüngliches, angeborenes Recht. Kant zeigt in einem *gesellschaftsvertraglichen Legitimationsmodell*, dass innerhalb einer Gesellschaft die grenzenlose Freiheit des Naturzustandes in eine gebundene bürgerliche Freiheit überführt werden soll. Erst die Einhaltung der Prinzipien des Vernunftrechts verleihen dem vom Gesetzgeber gesetzten Recht Autorität. Die Ausgestaltung des *Staatsrechts* beinhaltet das Bestreben zur Errichtung einer Republik, die durch Gewaltenteilung, Reformismus und Repräsentation geprägt ist, nicht jedoch durch ein Widerstandsrecht. Frauen oder Bedienstete stünden die vollen politischen Rechte nicht zu. Im *Völkerrecht* soll eine kosmopolitische Ordnung und ein Staatensystem etabliert werden, welches sich um den Weltfrieden bemüht. Kants *Strafzwecklehre* ist von

¹ Vgl. dazu die Definition „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.“

Vergeltung, der absoluten Wahrung des Sühnegedankens sowie der Möglichkeit der Todesstrafe geprägt. Die Überlegungen zur Koordination von Freiheitssphären schlagen sich schliesslich bspw. dort im *Privatrecht* nieder, wo der Eigentumsbegriff nicht als Rechtsverhältnis zu einer Sache verstanden wird, sondern als Beziehung zu den Mitmenschen, die entsprechend ausgestaltet werden muss.

Aufgabe 3 (50%):

Bitte erläutern Sie den Gehalt einer in der Vorlesung erarbeiteten Gerechtigkeitstheorie, die Sie besonders interessant fanden. Welches sind die Vorzüge dieser Theorie, was bildet einen möglichen Ansatz von Kritik? Welche Bedeutung hat diese Gerechtigkeitstheorie für Ihre persönliche Bewertung der Flüchtlingskrise?

Mögliche Antwort:

Als Beispiel einer Gerechtigkeitstheorie bietet sich zum Beispiel die Theorie von John Rawls an. John Rawls knüpft bei seiner Gerechtigkeitstheorie bewusst an die Tradition der Gesellschaftsvertragstheorien an. Die Übereinkunft von Menschen ist bei ihm die Grundlage für moralische Prinzipien. Gerecht sind diejenigen Vereinbarungen, welche die Menschen in einer Ausgangsposition/*original position* unter bestimmten Bedingungen treffen würden. Zu diesen Bedingungen zählt der Schleier des Nichtwissens/*veil of ignorance*. Er verhindert, dass die Menschen Kenntnis von ihren tatsächlichen Eigenschaften erlangen. Dazu zählen Schichtzugehörigkeit, soziale Stellung, aber auch natürliche Anlagen und Fähigkeiten. Grund für diese Voraussetzung ist die *natural lottery*. Menschliche Eigenschaften werden zufällig verteilt. Es handelt sich um ein Glücksspiel der Natur, welche Talente welchen Menschen zukommen. Unter diesen Bedingungen gelangen die Menschen zu einem gedachten Konsens. Dieser beinhaltet nach Rawls zwei Prinzipien der Gerechtigkeit:

1. Jedermann soll gleiches Recht auf das umfangreichste System gleicher Grundfreiheiten haben, das mit dem gleichen System für alle anderen verträglich ist.
2. Soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten sind so zu gestalten, dass (a) vernünftigerweise zu erwarten ist, dass sie zu jedermanns Vorteil dienen, und (b) sie mit Positionen und Ämtern verbunden sind, die jedem offen stehen.

Dabei hat das erste Prinzip Vorrang vor dem zweiten Prinzip. Von einem System gleicher Freiheiten darf also nicht zugunsten grösserer sozialer oder ökonomischer Vorteilen abgewichen werden. Im zweiten Prinzip hat die *Chancengleichheit* Priorität vor dem Differenzprinzip/*difference principle*. Das *difference principle* besagt, dass ökonomische Ungleichheiten von den Menschen nur dann akzeptiert werden würden, wenn die am schlechtesten Gestellten absolut dabei gewännen. Als Beispiel nennt Rawls die Verteilung von Gütern. Gegenüber einer absolut gleichen Verteilung von 50 Einheiten pro Empfänger würden die Menschen eine ungleiche Verteilung von 100 Einheiten für die besser Gestellten und 60 Einheiten für die schlechter Gestellten bevorzugen, da es auch für letztere besser sei 60 anstelle von 50 Einheiten zu geniessen. Zentral ist deshalb die *Risikoscheuheit* der Beteiligten in der Ausgangsposition. Die Menschen würden nicht auf die Möglichkeit grosser Freiheiten von wenigen Privilegierten spekulieren, da daneben das Risiko bestünde, bei der Verteilung zu den schlechter Gestellten zu zählen. Nach dem *Maximin-Prinzip* wollen sie genau das maximieren, was sie jedenfalls als Minimum bei der Verteilung erreichen können. Das *difference principle* wird dadurch begründet, dass es den sozialen Zusammenhalt einer Gesellschaft befördere. Rawls meint weiter, dass in der *original position* auch bestimmte natürliche Pflichten/*natural duties and obligations* geschaffen würde, die sich etwa auf die Erhaltung der Verfassungsordnung, Respekt vor anderen und Hilfeleistungen bezögen.

Als erstes kann man die Kritik des *Kommunitarismus* anführen. Kritikobjekt ist der individualistische Kontraktualismus, den Rawls entwickelt: Das Individuum besitze Rechte, die es gegen die Gemeinschaft durchsetzen könne. In Anlehnung an Aristoteles und Hegel wird argumentiert, dass ein *ontologisches Primat der Gemeinschaft* vor dem Individuum bestehe. Eine Gemeinschaft konstituiere sich nicht durch die einzelnen Individuen, sondern die Individuen würden umgekehrt erst durch die Gemeinschaft geformt. Deshalb seien die Individuen viel stärker der Gemeinschaft verpflichtet, als es von Rawls' Liberalismus angenommen werde. Dieser Kritik des Kommunitarismus kann entgegengehalten werden, dass Individuen und ihre vielfältigen Arten der Lebensäusserung das reale Substrat einer Gesellschaft bilden. Eine menschliche Identität ist mehr als das Abbild von äusseren gesell-

schaftlichen und kulturellen Einflüssen. Ein Individuum hat zudem das Potential, soziale Prägungen zu überwinden und eine eigenständige Identität auszubilden. Rawls nimmt deshalb aus gutem Grund das Individuum als normativen Orientierungspunkt.

Eine Schwäche der Gerechtigkeitstheorie Rawls' ist, dass seinem Ansatz nach Menschen nur ihre Eigeninteressen verfolgen. Dem kann die Realität des *Altruismus* entgegengehalten werden. Menschen berücksichtigen in vielerlei Hinsicht nicht nur ihr eigenes Wohl, sondern auch das Wohl anderer. Diese Erkenntnis darf in einer grundlegenden Gerechtigkeitstheorie nicht vernachlässigt werden.

Weiter ist fraglich, ob der Vorrang der Freiheit gegenüber anderen Gütern gerechtfertigt ist. Freiheit sollte nicht nur um der Freiheit willen beschränkt werden können, sondern auch um andere Rechtsgüter, wie etwa Persönlichkeitsrechte, zu verwirklichen. Bei der Kollision von Freiheiten ist zudem nicht nur die Quantität der betroffenen Freiheiten entscheidend, sondern auch deren Qualität. Die für eine Abwägung notwendigen Massstäbe werden durch die Gerechtigkeitstheorie nicht begründet.

Als Hauptkritikpunkt an Rawls' Theorie kann angefügt werden, dass sie die grundsätzliche Problematik mit den klassischen Gesellschaftsvertragstheorien teilt: Es handelt sich um eine hilfreiche Veranschaulichung von moralischen Prinzipien, deren Ursprung jedoch nicht geklärt wird. Es werden normative Prämissen durch die Konzeption der Ausgangsposition gesetzt, die selbst nicht gerechtfertigt werden. So werden Freiheit und Gleichheit der Menschen in der Ausgangsposition vorausgesetzt, um die Anwendung des *veil of ignorance* überhaupt zu legitimieren. Die eigentlichen normativen Kernfragen der Theorie der Gerechtigkeit werden nicht beantwortet: Wird Gerechtigkeit überhaupt, wenn ja, warum und in welcher Weise durch Gleichheit konstituiert? Die nichtkontraktualistischen Voraussetzungen des Rawls'schen Kontraktualismus bleiben so ungeklärt.

Für korrekte Ausführungen zu anderen Gerechtigkeitstheorien – wie z.B. jene von Platon oder Aristoteles – wurden selbstverständlich ebenfalls Punkte verteilt.

Anmerkung:

Bei den Ausführungen zur Bedeutung der Gerechtigkeitstheorie für die Flüchtlingskrise wurde jede zusammenhängende Argumentation positiv bewertet.