

## **Einige Grundlagen der Rechtstheorie**

### **Hans Kelsen und Niklas Luhmann**

Kelsen                    HANS KELSEN, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. Leipzig/Wien  
1881-1973                1934, 2. Aufl. Wien **1960** (Ndr. Verlag Österreich 2000)

Luhmann                 NIKLAS LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, Frank-  
1927-1998                furt/M **1993** (Lizenzausgabe WBG Darmstadt 2002)

## **I. Geltungsgrund und Geltung des Rechts**

### **Kelsen, 1960**

#### **1**

„Dass eine sich auf das Verhalten eines Menschen beziehende Norm »gilt«, bedeutet, dass sie verbindlich ist, dass sich der Mensch in der von der Norm bestimmten Weise verhalten soll. . . . Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein. . . . Aber die Suche nach dem Geltungsgrund einer Norm kann nicht, wie die Suche nach der Ursache einer Wirkung, ins Endlose gehen. Sie muss bei einer Norm enden, die als letzte, höchste vorausgesetzt wird. Als höchste Norm muss sie *vorausgesetzt* sein, da sie nicht von einer Autorität *gesetzt* sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müsste. Ihre Geltung kann nicht mehr von einer höheren Norm abgeleitet, der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden. Eine solche als höchste vorausgesetzte Norm wird hier als Grundnorm bezeichnet.“ (196)

#### **2**

„Dass eine bestimmte Norm zu einer bestimmten Ordnung gehört, beruht darauf, dass ihr letzter Geltungsgrund die Grundnorm dieser Ordnung ist. Diese Grundnorm ist es, die die Einheit einer Vielheit von Normen konstituiert, indem sie den Grund für die Geltung aller zu dieser Ordnung gehörigen Normen darstellt.“ (197)

### 3

„Eine Norm gehört zu einer auf einer solchen Grundnorm beruhenden Ordnung, weil sie auf die durch die Grundnorm bestimmte Weise erzeugt ist – und nicht, weil sie einen bestimmten Inhalt hat. Die Grundnorm liefert nur den Geltungsgrund, nicht aber auch den Inhalt der dieses System bildenden Normen.“ (199f.)

### 4

„Die Normen einer Rechtsordnung müssen durch einen besonderen Setzungsakt erzeugt werden. Es sind gesetzte, das heisst positive Normen, Elemente einer positiven Ordnung.

Die Grundnorm ist nicht in einer positiven Rechtsordnung »enthalten«, denn sie ist nicht eine positive, das heisst: gesetzte, sondern eine im juristischen Denken vorausgesetzte Norm.“ (201 mit Anm. \*).

### 5

„Man hat der positivistischen Rechtstheorie der Reinen Rechtslehre entgegengehalten, dass sie selbst nur eine Naturrechtslehre sei, da sie den Geltungsgrund des positiven Rechts in der von ihr so genannten Grundnorm, das heisst aber in einer Norm erkennt, die ausserhalb des positiven Rechts selbst liegt. Es ist richtig, dass die Grundnorm nicht eine Norm des positiven Rechts, das heisst einer durch Gesetzgebung oder Gewohnheit gesetzten, im grossen und ganzen wirksamen Zwangsordnung ist. Das ist aber auch der einzige Punkt, in dem eine gewisse Ähnlichkeit zwischen der Lehre von der Grundnorm und der Naturrechtslehre besteht. In allen anderen Punkten stehen die beiden Theorien einander diametral entgegen. Die Naturrechtslehre fragt nach dem Geltungsgrund des positiven Rechts, das heisst: ob und warum eine positive Rechtsordnung gilt. . . . Das positive Recht gilt, weil es einen bestimmten Inhalt hat und darum gerecht ist; es gilt nicht, weil es den gegenteiligen Inhalt hat und darum ungerecht ist. . . . Die Grundnorm bestimmt lediglich den Geltungs*grund*, nicht den Geltungs*inhalt* des positiven Rechts. Dieser Geltungsgrund ist vom Geltungsinhalt völlig unabhängig. Den Inhalt des positiven Rechts zu bestimmen, überlässt die Grundnorm dem durch die Verfassung bestimmten Prozess der positiven Rechtserzeugung. . . . Die von der Reinen Rechtslehre festgestellte Grundnorm ist

kein von dem positiven Recht verschiedenes Recht, sie ist nur sein Geltungsgrund, die transzendental-logische Bedingung seiner Geltung und hat als solche keinen ethisch-politischen, sondern einen erkenntnistheoretischen Charakter.“ (442-444 = Anhang II.: Die Naturrechtslehre)

### **Luhmann, 1993**

#### **6**

„Aus allgemeinen erkenntnistheoretischen Gründen gehen wir davon aus, dass jede Beobachtung und Beschreibung eine Unterscheidung zugrunde legen muss.“ (26)

#### **7**

„Die basale Operation, die soziale Systeme aus ihrer Umwelt ausgrenzt, kann als Kommunikation begriffen werden.“ (54f.)

#### **8**

„Ins Rechtssystem selbst gehört nur eine code-orientierte Kommunikation, nur eine Kommunikation, die eine Zuordnung der Werte »Recht« und »Unrecht« behauptet; denn nur eine solche Kommunikation sucht und behauptet eine rekurrente Vernetzung im Rechtssystem.“ (67)

#### **9**

„Der Code selbst ist keine Norm. Er ist nichts anderes als die Struktur eines Erkennungs- und Zuordnungsverfahrens der gesellschaftlichen Autopoiesis. Immer wenn auf Recht bzw. Unrecht referiert wird, ordnet sich eine solche Kommunikation dem Rechtssystem zu. Sie ist anders nicht als zugehörig erkennbar, anders nicht anschlussfähig. Das Recht der Gesellschaft realisiert sich durch die Codereferenz – und nicht über eine (wie immer hypothetische oder kategorische, vernünftige oder faktische) Erzeugungsregel.“ (70)

#### **10**

„Anders als Logiker es fordern müssten und anders als Kelsen meinte, ist die *Einheit* des Rechtssystems *keine operative Prämisse* des Rechtssystems. Sie kann

weder als Prinzip noch als Norm begriffen werden. Kein Urteil muss sie erwähnen, geschweige denn nachweisen. Kein Gesetz nennt sie als Bestandteil seiner Regulierungen. Die Einheit wird mit jeder Operation, sofern sie gelingt, reproduziert wie die Einheit eines lebenden Systems durch den Austausch von Zellen. Sie kann jedoch nicht selbst eine Operation des Systems *sein*, weil eine solche Operation das, was zur Einheit gehört, durch ihren eigenen Vollzug schon wieder verändern würde. Deshalb benötigt das Recht für seinen operativen Vollzug auch keine hierarchische Struktur mit der Funktion, die Einheit des Rechts durch eine referenzfähige oberste Norm (Grundnorm), ein oberstes Gesetz (Verfassung) oder eine oberste Instanz zu garantieren. Solche Darstellungen mögen als Beschreibungen des Systems im System sinnvoll sein . . . Aber von ihnen hängt nicht ab, dass die Kommunikationen im Rechtssystem gelingen . . .“ (73)

## 12

„Ebenso wie andere Funktionssysteme verfügt auch das Rechtssystem über ein Symbol, das die Einheit des Systems im Wechsel seiner Operationen erzeugt. . . Den Begriff »Symbol« wählen wir deshalb, weil es darum geht, in der Verschiedenheit der Operation die *Einheit* des Systems zu wahren und zu reproduzieren. Dies leistet im Rechtssystem das Symbol der *Rechtsgeltung*.“ (98)

## 13

„Theoriegeschichtlich gesehen ersetzt diese Auffassung von Geltung als Symbol der Einheit des Rechts die Frage nach den Rechtsquellen und damit den Ausgangspunkt aller »positivistischen« Rechtstheorien. . . . [D]er Begriff der Rechtsquelle (suggeriert) eine externe Referenz (für Savigny »Volk« . . .), für die frühe Rechtssoziologie eher so etwas wie . . . »lebendes Recht«“. . . . Das operative Symbol Rechtsgeltung bezieht sich dagegen auf Änderungen des Rechtszustandes. Denn eine Änderung, sei es durch Gesetzgebung, sei es durch Vertrag, kann ja nur vollzogen werden, wenn man davon ausgeht, dass bestimmtes Recht bisher *nicht* gilt. (100f.)

## 14

„Auch wenn der Begriff der Rechtsquelle von Juristen noch gebraucht wird: in der Rechtstheorie ist er seit langem abgelöst worden durch Figuren, die man als

Paradoxieauflösung [Recht ist Unrecht, MThF] (oder: Tautologieentfaltung [Recht ist Recht, MThF] bezeichnen könnte. . . . Kelsens »Grundnorm« ist ein solches Theorieangebot. . . . Der Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist: Alles Recht ist geltendes Recht. Nicht geltendes Recht ist kein Recht. Also kann die Regel, die Geltung erkennbar macht, nicht eine der geltenden Regeln sein.“ (101f.)

## 15

„Wir verlagern das Problem deshalb auf die operative Ebene und sehen im Symbol der Rechtsgeltung nur den Vollzug des Übergangs von einem Rechtszustand in einen anderen, also nur die Einheit der Differenz eines vorher und nachher geltenden Rechtszustands.“ (102)

## 16

„Ebensowenig ist Geltung eine Norm, auch keine Grundnorm, auch keine Metanorm. . . . Das, was im Rechtssystem gilt, soll nicht gelten: es gilt – oder eben nicht. Daher kann das Rechtssystem das, was gilt, ändern, ohne gegen eigene Normen zu verstossen. Jedenfalls wird die Rechtsänderung nicht durch den Geltungsanspruch des Rechts schon blockiert, sondern allenfalls durch Verfahrensnormen, die regeln, und dadurch einschränken, wie Rechtsgeltung erzeugt, das heisst: Recht geändert werden kann. Im Verfassungsrecht gibt es sogar Normen, die festlegen, dass bestimmte Normen, sie selbst eingeschlossen, nicht geändert werden können. Das läuft auf eine viel diskutierte Paradoxie hinaus. Das Änderungsverbot könnte seinerseits geändert werden – und so weiter in infinitem Regress. Das Problem lässt sich also normativ nicht kontrollieren. Man muss es in Richtung auf Politik »gödelisieren«. Das heisst: Es erfordert politische Wachsamkeit.“ (103f.)

## **II. Recht, Staat und Rechtsstaat**

### **Kelsen, 1960**

## 17

„Der traditionelle Dualismus von Staat und Recht. . . . Wenn die traditionelle Rechts- und Staatslehre den Staat als ein vom Recht verschiedenes Wesen diesem

gegenüberstellt und doch zugleich als ein Rechtswesen behauptet, so bewerkstelligt sie dies dadurch, dass sie den Staat als Subjekt von Rechtspflichten und Berechtigungen, das heisst als eine Person ansieht und ihm zugleich eine von der Rechtsordnung unabhängige Existenz zuspricht. . . . Die traditionelle Staats- und Rechtslehre kann auf diese Theorie, kann auf den in ihr sich manifestierenden Dualismus von Staat und Recht nicht verzichten. Denn er leistet eine ideologische Funktion von ausserordentlicher, gar nicht zu überschätzender Bedeutung. Der Staat muss als eine vom Recht verschiedene Person vorgestellt werden, damit das Recht den – dieses Recht erzeugenden und sich ihm unterwerfenden – Staat rechtfertigen könne. Und das Recht kann den Staat nur rechtfertigen, wenn es als eine vom Staat wesensverschiedene, dessen ursprüngliche Natur: der Macht, entgegengesetzte und darum in irgendeinem Sinne richtige oder gerechte Ordnung vorausgesetzt wird. So wird der Staat aus einem blossen Faktum der Gewalt zum Rechtsstaat, der sich dadurch rechtfertigt, dass er das Recht fertigt.“ (288)

## **18**

„Zunächst muss festgestellt werden, dass ein dem Recht nicht unterworfenen Staat undenkbar ist. Denn der Staat ist existent nur in Staatsakten, das sind von Menschen gesetzte Akte, die dem Staate als juristischer Person zugeschrieben werden. Und solche Zuschreibung ist nur auf Grund von Rechtsnormen möglich, die diese Akte in spezifischer Weise bestimmen. Dass der Staat das Recht schafft, bedeutet nur, dass Menschen, deren Akte dem Staat auf Grund des Rechtes zugeschrieben werden, das Recht erzeugen. Das heisst aber, dass das Recht seine eigene Erzeugung regelt. Ein Vorgang, in dem ein dem Recht in seiner Existenz vorangehender Staat das Recht schafft und sich dann dem Recht unterwirft, findet nicht statt und kann nicht stattfinden.“ (314)

## **19**

„Ist der Staat als eine Rechtsordnung erkannt, ist jeder Staat ein Rechts-Staat, stellt dieses Wort einen Pleonasmus dar. Tatsächlich wird er aber zur Bezeichnung eines besonderen Staatstypus verwendet, nämlich jenes, der den Forderungen der Demokratie und der Rechtssicherheit entspricht . . .“ (314)

## 20

„Die schon erwähnte Einschränkung des Begriffs des Rechtsstaates auf einen Staat, der den Forderungen der Demokratie und der Rechtssicherheit entspricht, involviert die Annahme, dass nur eine so geartete Zwangsordnung als eine »wahre« Rechts-Ordnung angesehen werden kann. Eine solche Annahme ist aber ein naturrechtliches Vorurteil. Auch eine relativ zentralisierte Zwangsordnung, die autokratischen Charakter hat und bei unbeschränkter Flexibilität keinerlei Rechtssicherheit bietet, ist eine Rechtsordnung, – und sofern man Ordnung und Gemeinschaft differenziert – ist die durch eine solche Zwangsordnung konstituierte Gemeinschaft eine Rechtsgemeinschaft und als solche ein Staat. Vom Standpunkt eines konsequenten Rechtspositivismus kann das Recht, ganz ebenso wie der Staat, als nichts anderes erkannt werden denn als eine Zwangsordnung menschlichen Verhaltens, über deren Moral- oder Gerechtigkeitswert damit nichts ausgesagt ist. Dann lässt sich der Staat nicht mehr und nicht weniger juristisch begreifen als das Recht selbst.

Diese methodenkritische Auflösung des Dualismus Recht – Staat ist zugleich die rücksichtslose Vernichtung einer der wirksamsten Legitimitäts-Ideologien; daher der leidenschaftliche Widerstand, den die traditionelle Rechts- und Staatstheorie der von der Reinen Rechtslehre begründeten These der Identität von Staat und Recht entgegensetzt.“ (320)

## 21

[In der 1. Auflage, 1934, 128, schliesst an:]

„Wenn die Reine Rechtslehre eine Legitimierung des Staates durch das Recht ablehnt, so nicht etwa darum, weil sie jede Legitimierung des Staates für unmöglich erklärt. Sie leugnet nur, dass die Rechtswissenschaft eine Rechtfertigung des Staates durch das Recht oder – was dasselbe ist – des Rechts durch den Staat zu leisten vermag. Und sie leugnet insbesondere, dass es die Aufgabe der Rechtswissenschaft sein kann, irgend etwas zu rechtfertigen. Rechtfertigung bedeutet Wertung; und Wertungen – stets subjektiven Charakters – sind Sache der Ethik und Politik, nicht aber der objektiven Erkenntnis. Nur ihr hat auch die Rechtswissenschaft zu dienen, wenn sie Wissenschaft sein will und nicht Politik.“

## Luhmann, 1993

### 22

„Systemtheoretiker gehen im allgemeinen davon aus, dass man zwischen Rechtssystem und politischem System unterscheiden müsse. . . . Von anderer, wohl überwiegender Seite wird dies jedoch wegen der engen und offensichtlichen Zusammenhänge zwischen Politik und Recht bestritten. . . . Eine lange, seit der frühen Neuzeit gefestigte Tradition motiviert uns, hier nur ein einheitliches politisch-rechtliches System zu sehen. Das liegt sehr wesentlich am zugleich politischen und juristischen Begriff des Staates.“ (407)

### 23

„Gegen starke traditionsgefestigte Plausibilität soll . . . davon ausgegangen werden, dass es sich nicht um ein einziges, mit dem Staatsbegriff zu bezeichnendes System handele, sondern um zwei verschiedene, je für sich operativ geschlossene Systeme mit je verschiedenen Funktionen, je verschiedenen Codierungen und je verschiedenen codeabhängigen Programmen. Die im Begriff des Staates und speziell im Schema »Rechtsstaat« konzipierte Einheitssicht ist historisch verständlich.“ (417)

### 24

„Wir müssen uns nunmehr den Klammerbegriff des »Rechtsstaates« etwas genauer ansehen. Dieser Begriff dient als Schema, das es ermöglicht, zwei *gegenläufige* Perspektiven als *Einheit* zu bezeichnen und als zivilisatorische Errungenschaft zu feiern: die juristische Fesselung politischer Gewalt und die politische Instrumentierung des Rechts.“ (422)

### 25

„Vom Rechtssystem und seiner Funktion aus gesehen, darf es keine rechtsfreien Räume geben, keine Verhaltensweisen, die durch das Recht nicht erreichbar sind, keine Enklaven der unregulierbaren Willkür und Gewalttätigkeit. . . . Wenn rechtliche Unbestimmbarkeit zugelassen werden muss, muss sie doch rechtlich qualifizierbar sein. Sie wird dann als vom Recht vorgesehene Freiheit deklariert – sei es als Freiheit des wirtschaftlichen Verhaltens (Eigentumsverwendung,

Vertragsschluss) von Privaten; sei es als Freiheit der politischen Entscheidung, zum Beispiel in der Form der sog. »political questions«-Doktrin; sei es schliesslich in der Form der Freiheit des Rechts im Umgang mit sich selber, nämlich der Entscheidung, Rechte einzuklagen oder nicht. Vom Recht aus gesehen ist der Rechtsstaat also die Konsequenz der universellen gesellschaftlichen Relevanz des Rechts (oder in anderen Formulierungen: der Autonomie des Rechts, der Ausdifferenzierung des Rechtssystems).“ (422f.)

## 26

„Das politische System bewegt sich auf einem ganz anderen Terrain. Es versucht, Meinungsbildungen so zu kondensieren, dass kollektiv bindende Entscheidungen getroffen werden können. Diese suchen im Medium des politisch Möglichen nach politischen Kriterien eine Form, in der die Politik ihr Problem lösen, das heisst loswerden kann. Das Recht stellt dank seiner Positivität = Änderbarkeit diese Möglichkeit der Formfestlegung und der Entpolitisierung von Problemen bereit.“ (424)

## 27

„[So] ist vom politischen System aus gesehen das Recht ein Instrument der Ermöglichung und Verwirklichung politischer Ziele. Der Ermöglichung und Verwirklichung – damit soll gesagt sein, dass das politische System in der uns bekannten Form gar nicht existieren würde, wenn nicht das Rechtssystem eine Differenz von Medium und Form bereithielte, in der auf Grund von politischen Anstössen Formen als geltendes Recht festgelegt und geändert werden können. Obwohl das Recht in dieser Hinsicht autonom funktioniert, also nur tut, was es selbst tut, ist es neben dem Geld der Wirtschaft die wichtigste Bedingung der Möglichkeit, Politik zu machen, das heisst: politisch zu entscheiden, welches Recht gelten soll . . .“ (424f.)

## 28

„Die Bezugnahme [des Rechts auf den Staat] weist darauf hin, dass das Recht (und vor allem: das Privatrecht) sich nur entwickeln kann, wenn politisch Frieden gesichert, also freie Gewaltausübung verhindert werden kann. . . .“

Für das politische System, das sich als Staat bezeichnet, bringt die Rechtsstaatformel ebenfalls eine Bedingung der Steigerung von Komplexität zum Ausdruck. Das Recht steht als politisches Betätigungsfeld nur zur Verfügung, wenn und soweit das politische System Recht Recht sein lässt und sich daran hält, also Gewalt nicht rechtswidrig einsetzt.“ (425f.)

### **29**

„Die Rechtsstaatformel, könnte man zusammenfassend auch sagen, bringt ein wechselseitig-parasitäres Verhältnis von Politik und Recht zum Ausdruck. Das politische System profitiert davon, dass anderswo, nämlich im Recht, die Differenz von Recht und Unrecht codiert ist und verwaltet wird. Und umgekehrt gesehen profitiert das Rechtssystem davon, dass der Friede, die eindeutig fixierte Machtdifferenz und mit ihr die Erzwingbarkeit von Entscheidungen anderswo, nämlich im politischen System, gesichert ist. Mit »parasitär« ist dabei nichts anderes gemeint als die Möglichkeit, an einer externen Differenz zu wachsen.“ (426)

### **30**

„Demokratisierung des politischen Systems und Positivierung des Rechts haben sich nur in gegenseitiger Ermöglichung und Stimulation entwickeln können.“ (439)

### **31**

„Von strukturellen Kopplungen soll . . . die Rede sein, wenn ein System bestimmte Eigenarten seiner Umwelt dauerhaft voraussetzt und sich strukturell darauf verlässt.“ (441)

### **32**

„Da das System durch seine eigenen Strukturen determiniert ist und sich nur durch eigene Operationen digitalisieren = spezifizieren kann, können Umweltereignisse . . . nicht als »Inputs« in das System eingreifen, auch nicht im Bereich struktureller Kopplungen. Oder anders gesagt: Das System ist keine Transformationsfunktion, die Inputs auf immer gleiche Weise in Outputs transformiert . . .“ (442)

### 33

„Erst gegen Ende des 18. Jahrhunderts erfindet man – an der Peripherie Europas, in den nordamerikanischen Staaten – diejenige Form, die auf neuartige Weise eine strukturelle Kopplung von Rechtssystem und politischem System garantiert, nämlich das, was seitdem »Verfassung« heisst. Als reale Errungenschaften (im Unterschied zu blossen Texten) existieren Verfassungen, wenn es gelingt, die wechselseitige Beeinflussung von Recht und Politik auf die in der Verfassung vorgesehenen Kanäle zu beschränken . . .“ (470)

### 34

„Entscheidend ist – und das macht der Begriff »strukturelle Kopplung« sichtbar –, dass die Verstärkung der wechselseitigen Irritation abhängig bleibt vom Ausschliessungseffekt desselben Mechanismus. Nur wechselseitige Indifferenz macht es möglich, dass eine spezifische wechselseitige Abhängigkeit gesteigert wird. Unter dieser Bedingung, die mit Bezug auf das Gesellschaftssystem als funktionale Differenzierung zu begreifen ist, lösen die Systeme die zirkuläre Struktur ihrer Selbstreferenz durch Externalisierung auf. Das Rechtssystem setzt sich selbst durch Bereitstellung von Möglichkeiten der Gesetzgebung politischen Einflüssen aus. Das politische System setzt sich selbst durch Demokratisierung den Verlockungen aus, Initiativen zur Änderung des Rechts zur Entscheidung zu bringen. Die Selbstreferenz der Systeme nimmt dann den Umweg über Einbeziehung der Umwelt in das System. Auf diese Weise werden hierarchische Asymmetrisierungen entbehrlich, nachdem ohnehin der Blick nach oben jeden Halt verloren hat.“ (480)

### 35

„Diese Darstellung hat noch ganz ausser acht gelassen, dass es immer auch strukturelle Kopplungen für die Aussenbeziehungen des Gesellschaftssystems gibt, also für das Verhältnis des Gesellschaftssystems zu den psychischen Systemen, deren Bewusstsein eine für Kommunikation notwendige Umwelt ist.“ (482)

### III. Recht und Moral

#### Kelsen, 1960

**36**

„Ein Unterschied zwischen Recht und Moral kann nicht darin erkannt werden, *was* die beiden sozialen Ordnungen gebieten oder verbieten, sondern nur darin, *wie* sie ein bestimmtes menschliches Verhalten gebieten oder verbieten. Das Recht kann von der Moral nur dann wesentlich unterschieden werden, wenn man . . . das Recht als Zwangsordnung . . . begreift.“ (64)

**37**

„Lehnt man aber vom Standpunkt einer wissenschaftlichen Erkenntnis die Annahme von absoluten Werten im allgemeinen und eines absoluten Moralwertes im besonderen ab . . ., dann kann die Behauptung, soziale Normen müssen einen moralischen Inhalt haben, müssen gerecht sein, um als Recht angesehen zu werden, nur bedeuten, dass diese Normen etwas enthalten müssen, das allen möglichen Moral- als Gerechtigkeits-Systemen gemeinsam ist. Angesichts der ausserordentlichen Verschiedenheit dessen, was die Menschen tatsächlich zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten für gut und böse, gerecht und ungerecht halten, lässt sich aber kein den Inhalten der verschiedenen Moralordnungen gemeinsames Element feststellen.“ (65f.)

**38**

„Eine relativistische Wertlehre bedeutet nicht – wie vielfach missverstanden wird –, dass es keine Werte und insbesondere keine Gerechtigkeit gebe, sondern dass es keine absoluten, dass es nur relative Werte, keine absolute, sondern nur eine relative Gerechtigkeit gibt . . .“ (69)

#### Luhmann, 1993

**39**

„Die These normativer Geschlossenheit richtet sich vor allem gegen die Vorstellung, Moral könne im Rechtssystem unmittelbar gelten. . . . Das Rechtssystem muss hinreichende Konsistenz seines Entscheidens sicherstellen,

also insoweit als Einheit fungieren können. Moralische Bewertungen sind dagegen typisch pluralistisch gegeben, und man kann sich, wo Konsens fehlt, mit Fragmentierung und Gruppenbildung helfen. Dies gilt aber nur unter der Bedingung, dass Moralisten sich nicht selbst mit Rechtsmacht ausstatten können. . . . Etwas genauer gesagt, muss das Rechtssystem der Tatsache Rechnung tragen, dass zwar der *Moralcode* als binärer Schematismus gesellschaftsweit derselbe ist, aber die *Moralprogramme*, also die Kriterien der Unterscheidung von gut und schlecht bzw. gut und böse, nicht mehr konsensfähig sind. Eine moralische Rechtskritik bleibt möglich . . . Aber daraus folgt nicht schon, dass entsprechende Argumente rechtlich überzeugen; und vor allem darf man nicht unterstellen, dass eine Moral, die sich gegen das Recht stellt, universellen Konsens findet.“ (78f.)

#### 40

„Klar ist, dass die Methode empirischer Meinungsforschung nicht angewandt wird, es also nur darum geht, dass der Richter *sich selber* fragt, was er für die moralische Auffassung *anderer* hält. Der Testfall wäre (und hier kann man nur paradox formulieren), ob das Recht moralische Schranken des Rechtsgehorsams anerkennt, die sich nicht aus dem Recht selbst ergeben. Aber wenn es sie anerkennt, ergeben sie sich damit aus dem Recht; und wenn nicht, dann erkennt es sie auch nicht an.“ (89)

## IV. Recht und Gerechtigkeit

Kelsen, 1960

#### 41

„Dies [die Beurteilung des positiven Rechts nach Maßstäben der Gerechtigkeit] setzt voraus, dass die Gerechtigkeitsnorm und die Norm des positiven Rechts zu gleicher Zeit als gültig angesehen werden. Dies ist aber nicht möglich, wenn beide Normen zueinander in Widerspruch, das heißt: miteinander in Konflikt stehen. Dann kann nur eine von beiden als gültig angesehen werden. Einer als gültig vorausgesetzten Gerechtigkeitsnorm gegenüber kann eine ihr widersprechende Norm des positiven Rechts nicht als gültig, einer als gültig vorausgesetzten Norm

des positiven Rechts gegenüber kann eine ihr widersprechende Gerechtigkeitsnorm nicht als gültig angesehen werden.“ (358f.)

**42**

„Die am häufigsten gebrauchte Gerechtigkeitsformel ist das bekannte *suum cuique*, die Norm, dass jedem das Seine, das heisst: das ihm Gebührende, das, worauf er Anspruch, ein Recht hat, zugeteilt werden soll. Es ist leicht einzusehen, dass die für die Anwendung dieser Norm entscheidende Frage: was das «Seine», das einem jeden Gebührende, sein Recht ist, durch diese Norm nicht bestimmt wird. Da das einem jeden Gebührende das ist, was ihm zugeteilt werden soll, läuft die Formel des *suum cuique* auf die Tautologie hinaus, dass jedem zugeteilt werden soll, was ihm zugeteilt werden soll.“ (366)

### **Luhmann, 1993**

**43**

„Sie [die Gerechtigkeit] kann weder als dritter Wert neben Recht und Unrecht hinzugefügt werden, noch bezeichnet sie eines der Programme des Systems – so als ob es neben dem Baurecht und dem Straßenverkehrsrecht, dem Erbrecht und dem Urheberrecht auch noch ein gerechtes Recht gäbe.“ (216)

**44**

„Das Rechtssystem will sich selbst, was immer die Fakten, als gerecht. Mit dem Thema «Gerechtigkeit» ist denn auch derjenige Gesichtspunkt bezeichnet, an dem die Differenz von naturrechtlichen und positivistischen Rechtstheorien traditionellen Typs überwunden werden kann mit der Frage nach der Form einer *rechtseigenen* ... Selbstkontrolle des Rechtssystems.“ (217f.)

**45**

„Das aristotelische Konzept der distributiven Gerechtigkeit setzt zum Beispiel eine stratifizierte Gesellschaft voraus, in der unbestritten ist, dass Menschen sich durch ihre Geburt nach Freiheit/Unfreiheit sowie nach ihrem sozialen Rang

unterscheiden. Wenn davon ausgegangen werden kann, gibt es deutliche Kriterien dafür, was einem Menschen zusteht. Dann machen auch Formulierungen wie «suum cuique» Sinn, weil das einem Menschen Zustehende nicht für alle dasselbe ist. Entfällt diese strukturelle Voraussetzung ..“ (224)

#### 46

„Aber deshalb muss das Rechtssystem nicht auf die Idee der Gerechtigkeit verzichten. Nur die theoretische Placierung dieser Idee muss neu überlegt werden.“ (217)

...

[Dazu wird in der Vorlesung ein Ausschnitt aus einem noch unpublizierten Buch von M.Th. Fögen verteilt.]

#### **Literatur**

Die Literatur zu Kelsen ist ebenso umfangreich wie die zu Luhmann. Deshalb hier, ausser den zwei zitierten Hauptwerken, nur einige Hinweise auf weitere Literatur:

##### *Zu Kelsen:*

DREIER, RALF, Sein und Sollen. Bemerkungen zur Reinen Rechtslehre Kelsens, JZ 1972, 329-335, Ndr. in ders., Recht – Moral – Ideologie, Frankfurt am Main 1981 (stw), 217-240.

DREIER, HORST, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Baden-Baden 1986.

MÉTALL, RUDOLF ALADÁR, Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969.

OTT, WALTER, Der Rechtspositivismus, 2. Aufl. Berlin 1992.

##### *Zu Luhmann:*

DREIER, RALF, Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, Rechtstheorie 5 (1974) 189-200, Ndr. in ders., Recht – Moral – Ideologie, Frankfurt am Main 1981 (stw), 270-285.

TEUBNER, GUNTHER, Dreiers Luhmann, in: Robert Alexy (Hrsg.), Integratives Verstehen: Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers, Tübingen 2005, 199-211.

OSTERKAMP, THOMAS, Juristische Gerechtigkeit, Tübingen 2004, 121ff.

CALLIESS, GERALF-PETER, Systemtheorie: Luhmann / Teubner, in: S.Buckel u.a.

(Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, Stuttgart 2006, 57-75.

BERGHAUS, MARGOT, Luhmann leicht gemacht, Köln, Weimar, Wien 2003.

LUHMANN, NIKLAS, Einführung in die Systemtheorie, hrsg. von Dirk Baecker,  
Heidelberg 2002.

LUHMANN, NIKLAS, Positivität als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in:  
Rechtstheorie 1 (1970) 175-202, Ndr. in: DERS., Ausdifferenzierung des  
Rechts, Frankfurt am Main 1981, 113-153.

*Zu Kelsen - Luhmann*

DREIER, HORST, Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus  
rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive, in:  
Rechtstheorie 14 (1983) 419-458.