

KAPITEL 1

Schwierigkeit Recht zu definieren:

Herausforderung **über die Fülle des gegebenen Rechtsmaterials hinauszugehen und zu einer diesem zugrunde liegende Basis zu gelangen** → ist mir rein juristischen Mitteln nicht möglich! Kant spricht in „Metaphysik der Sitten“ vom Ungenügen, den Begriff des Rechts durch die Angabe was „rechtens“ sei zu bestimmen, weil der Rechtsbegriff in diesem Fall nicht begründet wird sondern vorausgesetzt.

Begriffsbestimmung ist abhängig von:

- den jeweiligen **wissenschaftlichen Disziplinen** (versuchen unter unterschiedlichen Perspektiven den Rechtsbegriff auf unterschiedliche Weise zu erfassen)
- dem jeweiligen methodischen Standort (unterschiedliche Auffassungen zur Begründung und Funktion des Rechts)
- Recht ist ein **geschichtliches Phänomen** – als Teil der gesellschaftlichen Wirklichkeit von deren Konflikten, usw. geprägt und somit einem ständigem Wandel unterworfen.

Elemente des Rechtsbegriffs:

Recht als normative Ordnung menschlichen Zusammenlebens:

Man unterscheidet 2 Arten von Gesetzen:

- **Naturgesetze** (versuchen die Welt des „Seienden“ in ihrer Ordnung zu fassen – Natur ist von Gesetzen bestimmt, unabhängig vom menschlichen Dazutun)
- **Rechtsgesetz** (Sollensnormen, die die Anforderung enthalten menschl. Verhalten in der Gesellschaft zu ordnen – haben den menschl. Willen zum Ausgangspunkt)

Recht muss von anderen Formen normativer Verhaltensbestimmung (Sitte, Moral, gesellschaftliche Konventionen) **abgegrenzt** werden – differentia specifica: Möglichkeit des **organisierten Rechtszwanges**.

Recht als „richtige“ Ordnung (Recht und Gerechtigkeit):

Meinungen gehen auseinander ob der Begriff Recht unter der Anforderung der Gerechtigkeit steht.

Rechtspositivismus: Recht ist unabhängig von Anforderungen der Gerechtigkeit, Gegenstand ist das positive Recht dessen Verbindlichkeit davon abhängt, dass es auf entsprechende Weise erzeugt wurde aber es kann jeden beliebigen Inhalt haben – es hat nur eine beschreibende Funktion, keine moralische Rechtfertigungen erforderlich.

Dem stehen andere Auffassungen gegenüber, die eine begriffliche Verknüpfung von Recht und Gerechtigkeit für erforderlich halten. Betonen, dass Recht nicht jeden beliebigen Inhalt haben kann, weil es an oberste sittliche Grundsätze der Gerechtigkeit gebunden sei → Jurist könne sich Gerechtigkeitsabwägungen gar nicht entziehen.

Recht und Zwang:

Zwang hat den Zweck, den rechtlichen Forderungen die Verwirklichung zu sichern.
Auf 2-fache Weise:

- **präventiv** (durch die Anordnung von Zwang sollen die Normunterworfenen zur Normbefolgung motiviert werden)
- **repressiv** (durch die tatsächliche Setzung der Zwangsaktion im Falle der Normverletzung)

Zwangsmoment des Rechts hat ohne Zweifel das Ziel, die Normadressaten zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, das aber primär aufgrund freiwilliger Verfolgung und nicht aus Furcht vor der Sanktion geleistet werden soll denn eine Rechtsordnung die allein vom Gedanken des Zwangs getragen wäre hätte kaum die Chance auf dauerhaften Bestand. Recht ist bloß Mittel zum Zweck.

Recht als Notwendigkeit menschlichen Zusammenlebens:

Verschiedene Auffassungen über die Bedeutung/Notwendigkeit des Rechts für die Gesellschaft:

Aristoteles: ohne Recht kein glückliches Leben

Hobbes: ohne Recht keine Überlebenschance

Kant: Recht nur zur Pflichtausübung

Marx: Recht ist nur Instrument zur Ausbeutung

Aristoteles:

Mensch ist ein **zoon politikon** – ein von Natur aus nach der **staatlichen Gemeinschaft** strebendes Lebewesen. Verfügt als einziges Lebewesen über **Vernunft** und **Sprache** und ist daher auf **Kommunikation** mit den anderen angewiesen – dafür bedarf er dem Zusammenleben mit den anderen in der **Polis** – denn nur dort kann er seine Fähigkeiten ausleben (der Mensch wird nur unter Menschen zum Mensch!) und so ein „**gelingen-geglücktes Leben**“ führen.

Polis bedarf notwendig der Ordnung durch das Recht – braucht eine rechtliche Ordnung – eine **Verfassung**.

Aristoteles entwickelt von der Verfassungslehre Platons 6 Regierungsformen, die einerseits quantitativ nach der Zahl der Herrschenden differenziert werden und andererseits wird die jeweils „geglückte“ Herrschaftsform von der ihr entsprechenden Fehlform angehoben.

Geglückt (zum Nutzen der Regierten):

Monarchie, Aristokratie, Republik („Politie“)

Missglückt (zum Nutzen der Regierenden):

Despotie, Oligarchie (privilegiert einseitig die Interessen der Reichen), **Demokratie**

(Herrschaftsform der Masse, bevorzugt einseitig deren Interessen, evt. Aufstachelung durch Demagogen)

Nach Aristoteles ist die gelungenste Form die **gemischte** Verfassung, die Republik.

Sie ist eine Mischform aus Oligarchie (Schrankenloser Reichtum) und Demokratie (schrankenlose Freiheit).

Verfassung muss sich darüber hinaus auf einem breiten sozialen **Mittelstand** stützen können, denn der mittlere Besitz ist nach Aristoteles von allen das beste (Reichen: übermütig und schlecht im Großen, Armen: bössartig und schlecht im Kleinen).

Jemand der in diesem Optimum lebt kann auch selbst gut regieren. Da aber nicht alle zugleich regieren können sollen sie sich abwechseln.

Aristoteles: man braucht Recht zur Aufrechterhaltung der Verfassung → ohne Verfassung keine Polis → ohne Polis kein gelingen-geglücktes Leben!

Hobbes:

Empiriker, knüpft im Gegensatz zu Aristoteles nicht an die politische Natur des Menschen an, sondern an der Aspekt der **Gefährdung** des Menschen auf Grund seiner Natur.

Sagt aber nicht, dass der Mensch von Natur aus böse ist, sondern gefährlich, unberechenbar, riskant!

Das menschliche Handeln ist durch zwei primäre Antriebe geprägt:

- Streben nach Selbsterhaltung
- Verlangen nach Glück

gedachter Naturzustand: ein Zustand **radikaler Bedrohtheit des Menschen durch den Menschen**. Jeder hat unbeschränkte Freiheit (=Willkürfreiheit) – Jeder hat ein recht auf seine Existenz und auch gegen alles vorgehen, was die Existenz bedroht – jeder hat ein **Recht auf alles**, so kommt es zur Knappheit der lebensnotwendigen Güter weil alles auch von den andren in den gleichen Maßen zur Befriedung ihrer Bedürfnisse beansprucht werden kann → es kommt zu einem **Kampf auf Leben und Tod**, ein **Krieg aller gegen alle** und somit wird das Recht auf alles zum **Recht auf nichts**.

→ Friedenszustand soll gestiftet werden! Da Mensch gefährlich ist bedarf es der **Sicherheit**. Dazu braucht es eine Organisation die diese Sicherheit gewährleisten kann, das ist bei Hobbes der **Staat**. Der Staat hat lediglich die Aufgabe der Sicherstellung der Sicherheit, keine sozialen Ansprüche. Dafür braucht der Staat das **Recht**.

Hobbes: Recht ist ein Instrument zur Aufrechterhaltung der Sicherheit. Es kann jeden beliebigen Inhalt haben.

Ohne Recht kein Staat → ohne Staat keine Sicherheit → ohne Sicherheit kein Leben.

Kant:

Falsch zu sagen, Hobbes und Kant gehen beide von der Freiheit aus denn: Hobbes versteht unter der Freiheit die Mechanische Freiheit, dass jeder Mensch so weit gehen kann wie faktisch möglich während Kant sagt **Freiheit ist Autonomie** – die Selbstbegrenzung.

Kant: Freiheit besteht nicht darin zu tun was man kann, sondern zu tun was man nicht kann - durch Selbstbestimmung: Ich alleine entscheide wie weit ich gehe (=Autonomie).

Autonomie = die jedem Menschen zukommende Fähigkeit, die Regeln seines Handelns unabhängig von Befehlen anderer selbstverantwortlich zu setzen. Darin kommt das negative („Unabhängigkeit von eines anderen Willkür) und das positive Element (Vermögen der verantwortlichen Selbstbestimmung) zum Vorschein.

Diese Freiheit kommt jedem Menschen **a priori** (= unbedingt und unverzichtbar) zu – niemand kann dieser Freiheit entkommen, der Mensch ist zur Autonomie **gezwungen!**

Kant sagt, man muss die Freiheit leben und ist somit ans Leben gebunden, denn man ist verpflichtet, sein Leben zu gestalten (Selbstmord ist eine Sünde) → Freiheit ist untrennbar verbunden mit Verantwortung.

Kant sagt, man muss sich so verhalten, dass andere sich auch noch entfalten können – alle Menschen sind gleich.

Freiheitsbegriff ist gefährdet, weil es Menschen gibt, die trotzdem anders handeln, sich nicht dran halten → **Recht zur Freiheitssicherung!**

Recht = Institution zur Ermöglichung menschlicher Freiheit, ist vom Staat zu sichern!

Rechtsordnung ist eine Zwangsordnung. Wenn sich jemand nicht daran hält, muss es Mittel geben, dagegen vorzugehen → **Freiheit durch Zwang=doppelte Negation:** die Freiheitsbeeinträchtigung wird durch den Rechtszwang selbst wieder negiert. **Der Zwang fällt auf den zurück, der den anderen die Freiheit nimmt!** (wenn einer sich zu viel Freiheit genommen hat, geht der Staat dagegen vor indem er versucht es ihm wieder wegzunehmen um wieder Ausgleich zu schaffen).

Durch die Doppelte Negation soll in adäquater Weise auf Rechtsbruch eingegangen werden können.
→ Das Recht muss **staatlich organisiert** sein im Konzept der **rechtsstaatlichen Republik** (charakterisiert durch Gewaltenteilung, Bindung der staatlichen Organe an die Gesetze, Grundlagen der Gesetzgebung im „vereinigten Willen des Volkes“).

→ ohne rechtsstaatliche Organisation → keine Ermöglichung der Freiheit → ohne diese Freiheit kein moralisches Leben möglich (absolute moralische Pflichterfüllung!)

Marx:

Übt Kritik an bestehenden **Klassengegensätzen** (haben ihre Wurzeln in der Ausbildung der Arbeitsteilung und in der Entstehung des Privateigentums an Produktionsmitteln), Marx sagt, **Recht ist ein Instrument zur Aufrechterhaltung der Klassenherrschaft** (mit Hilfe der Rechtsordnung Proletariat weiter ausbeuten) → Recht ist abhängig von der ökonomischen Struktur einer Gesellschaft – gesellschaftlicher Überbau ist abhängig von der sozio-ökonomischen Basis, ebenso das Recht. Hauptaufgabe des Rechts ist es, die bestehenden Herrschafts- und Produktionsverhältnisse zu sichern und den Anschein einer gerechten Ordnung zu verleihen.

Marx verlangt nach einer radikalen Änderung → **Proletarische Revolution:** Beseitigung des Privateigentums – Klassen müssen abgeschafft werden, will eine **klassenlose Gesellschaft**, in der es keine Ausbeutung des Menschen durch den Menschen mehr gibt. So würden Recht und Staat allmählich überflüssig werden da die Menschen bereit sein werden ihre gesellschaftlichen Pflichten ohne Zwang freiwillig zu befolgen – Recht nur noch zur „Verwaltung von Sachen“ gebraucht.

KAPITEL 2

Beim Begriff Rechtsquelle unterscheidet man:

- **Rechtserzeugungsquellen** (Recht wird erzeugt und ihm wird Geltungskraft als verbindlicher Maßstab menschlichen Verhaltens verliehen – z.B. Gesetze, Verordnungen, Gewohnheitsrecht)
- **Rechtserkenntnisquellen** (jene Grundlagen, aus denen wir die Kenntnis des Rechts schöpfen).

Rechtserzeugungsquellen:

Man unterscheidet:

- Rechtsbildung durch Tradition (=Gewohnheitsrecht)
- Rechtsbildung durch gesetztes Recht
- Rechtsbildung durch die Rechtsprechung

Rechtsbildung durch Tradition:

= Ursprünglichste Form der Rechtsbildung, durch Überlieferung vermittelt

Verlangt Jahrzehnte lange Übung, und, dass es mit Überzeugung getragen wird (Naheverhältnis zu Brauch und Sitte).

Für die Qualifikation eines Brauches zum Gewohnheitsrecht sind 2 Faktoren maßgeblich:

- der **zeitliche Faktor** – es muss sich um einen von der Rechtsgemeinschaft tatsächlich über längere Zeit allgemein und gleichmäßig geübten Brauch handeln
- der **normative Faktor** – Die Übung muss von der Überzeugung der Rechtsgemeinschaft getragen sein, damit einer Forderung des Rechts entsprechen; opinio iuris; opinio necessitatis

Heute:

Gewohnheitsrecht spielt nur **untergeordnete** Rolle.

Statische Verhältnisse: Ist außerstande, sich an die rasch wandelnden, komplexen Bedingungen und Anforderungen der Industriegesellschaft anzupassen – daher Gesetzesrecht im Vordergrund!

Gestattungstheorie: In manchen Rechtsordnungen wird die rechtliche Geltung des Gewohnheitsrechts von seiner Anerkennung durch Gesetz abhängig gemacht.

Übungstheorie: hält eine solche Anerkennung durch das Gesetz nicht für erforderlich.

Gewisse Rolle spielt das Gewohnheitsrecht dort, wo das Gesetz mangelhaft ist – im Bereich der Lückenfüllung.

Bedeutung auch contra legem durch desueto = gewohnheitsrechtliche Außerkraftsetzung von Rechtsnormen – wenn Gesetzesrecht aufgrund gewandelter gesellschaftlicher Bedingungen seinen intendierten Zweck nicht mehr zu erfüllen vermag – man sagt es ist obsolet geworden.

Rechtsbildung durch Gesetzesrecht:

Gesetzesrecht erfordert keine Übung, es wird von gewissen Leuten zu einem bestimmten Zeitpunkt beschlossen, dass es gilt.

Heute steht es im Vordergrund, es ist uns eine Selbstverständlichkeit.

Entwicklung des Gesetzesrechts:

Vorallem durch folgende Faktoren ermöglicht:

- politische Faktor (Souveränität)
- gesellschaftliche Faktor (Beschleunigung)
- rechtsstaatliche Faktor (Legalitätsprinzip – sagt, ganze RO nur aufgrund der Gesetze)

politischer Faktor:

Souveränität = Befugnis, Recht zu erlassen. (Schöpfer des Begriffs: J. Boudin)

Träger der Staatsgewalt gilt als Souverän – heute (man verbindet damit hauptsächlich außenpolitische Unabhängigkeit) dem Volk zugeschrieben (Volkssouveränität), früher (ermöglichte es dem Träger des Rechtstitel altes und partikulares Recht aufzuheben – princeps legibus solutus) dem absolut herrschenden Fürsten (Herrschersouveränität).

Ausbildung des neuzeitlichen Souveränitätsbegriffs:

16.Jhdt.: Glaubensspaltung und Religionskriege (Recht stand bis dahin auf einem religiösen Fundament – galt als Ausdruck eines gottgewollten Ordnungsplans) → Glaubensspaltung bewirkte einen Streit um gerade diesen Inhalt → Bedrohung des gesellschaftlichen Friedens.

Trennung von Politik und Religion → musste eine über den Parteien und deren religiösen Meinungsverschiedenheiten stehende Instanz geben (Fürst), die in der Lage war kraft ihres Machtmonopols eine einheitliche Rechtsordnung in ihrem Staatsgebiet autoritativ durchzusetzen und Frieden zu stiften. Positive Gesetz wird zum Instrument der staatlichen Politik – ein Mittel bewusster und zweckgerichteter Sozialgestaltung.

gesellschaftliche Faktor:

Auflösung der alten Gebilde (Stände,...), – Differenzierung der Gesellschaft nach bestimmten Funktionsbereichen (Wirtschaft, Politik,...) → gesellschaftliche Prozesse wurden beschleunigt: Vertechnisierung, Globalisierung,...

Durch diese komplexer werdenden Sozialbeziehungen erhöhte Anforderungen an das Recht → systematische Neuordnung ganzer Rechtsgebiete (Kodifikationen).

rechtsstaatlicher Faktor:

alles staatliche Handeln nur aufgrund der Gesetze!

Gesetze haben die Aufgabe, im Wege sozialer Schrankenziehung durch allgemeine Normen die gleich Freiheit aller Staatsbürger zu schützen und die gesamte Vollziehung daran zu binden.

Verrechtlichung und ihre Probleme:

Immer mehr und mehr Gesetze, da alles genau geregelt wird (aufgrund der Vertechnisierung, immer größere Kompliziertheit,... → es werden neue Verhältnisse geschaffen, die an das Recht neue und immer zahlreicher werdende Gestaltungsanforderungen stellen), kein „ungeregelter Raum“ mehr: zunehmende **Regelungsdichte** (=das ideell vorgestellte Verhältnis von geregelten und regelungsfreien Räumen) und stärkerer **Regelungsbesatz** (= Summe der rechtsgültigen Normen)

und größere **Regelungstiefe** (=Detaillierungs- und Spezialisierungsgrad der Regelungen).

→ Dramatische Anwachsung des Gesetzesstoffes → Es kommt zur **Gesetzesflut!**

Negative Konsequenzen der Gesetzesflut:

- Vollzugsdefizite der öffentlichen Verwaltung
- Zunehmende Überforderung der Bürger - „Erstickung an den Gesetzen“
- Unübersichtlichkeit, Orientierungsprobleme → Forderung nach Deregulierung = Rechtsbereinigung – Elimination unnötiger Gesetze, verständlichere Gesetze, mehr Systematik,...
- Mangelnde Wirksamkeit von Rechtsvorschriften

Probleme lassen sich also in Probleme des **Funktionierens der Steuerung der Gesellschaft durch Recht** (Unübersichtlichkeit, hohes Maß an Rechtsunkenntnis, mangelndes „Ernstnehmen“, ...) und solche der **Freiheitsbedrohenden Wirkung der Verrechtlichung** (verengte Ermessensspielräume des Handelns, freiheitsbedrohende Wirkung, Verzerrungen in sozialen Beziehungen, ...) unterteilen.

Rechtsbildung durch die Rechtssprechung:

Montesquieu: Richter ist nur **Mund des Gesetzes** (Rechtssprechung sei ein deduktiver Vorgang – Gesetz enthielte Eindeutige Bestimmungen bzw. Anweisungen zur Falllösung und die richterliche Entscheidung bestünde allein darin, den Sachverhalt zu ermitteln und die feststehende gesetzliche Regel zu subsumieren und daraus entsprechende Folgerungen zu ziehen).

Rechtswirklichkeit: eine solche Ansicht nicht zutreffend weil Rechtsanwendung ist ein weit komplizierterer Vorgang → dem Richter kommt sowohl eine **rechtsanwendende** als auch eine **rechtsschöpfende** (konkretisiert und wirkt unmittelbar für diesen bestimmten Fall, kein Gesetz ist im Stande, alle möglichen gegenwärtigen bzw. sich künftig ergebenden Fallvarianten erschöpfend zu regeln) Aufgabe zu.

Wenn der Einzelfall Bedeutung für weitere, künftig zu entscheidende Rechtsfälle erlangt, führt sie zur Rechtsfortbildung → richterliche Entscheidung wird so zum **Präjudiz**.

Bei ihrer Tätigkeit orientiert sich die Gerichtsbarkeit in der überwiegenden Zahl der Fälle an den sogenannten Präjudizien (= Entscheidungen, die zeitlich vorhergehend, bereits in gleichen bzw. ähnlichen Fällen getroffen wurden).

Beim Heranziehen solcher Präjudizien orientiert man sich an den sog. **rationes decidendi** (=leitenden Entscheidungsgründe).

Gründe für das Heranziehen von Präjudizien:

- Gerechtigkeitsprinzipien: Gebot der Gleichbehandlung
- Rechtssicherheit
- Rechtskontinuität
- Vorhersehbarkeit der Entscheidung
- Entlastungsfunktion für den Richter (muss in seiner Entscheidung nicht mehr alle Probleme in seiner Komplexität aufrollen, sondern kann sich auf bereits Entschiedenes und die dahinter stehenden Gründe berufen)

(Anwendung des Kant'schen Kategorischen Imperatives: Richter muss wollen können, dass die Maxime seiner konkreten Entscheidung zur allgemeinen Maxime werde.

In Österreich besitzen Präjudizien keine dem Gesetz entsprechende normative Bindungswirkung.

Verbindlichkeit erlangen sie über die Entscheidungsgründe und deren argumentative Überzeugungskraft → Sie besitzen Autorität.

Präjudizienvermutung: Der Entscheidende ist zwar an die vorliegenden Präjudizien nicht gebunden, aber er kann sich auch nicht beliebig über diese hinwegsetzen, denn man mutet ihnen Richtigkeit zu, solange die Unrichtigkeit eines Präjudizes nicht argumentativ erwiesen wird → Umkehr der Begründungspflicht: Auferlegung einer „Argumentationslast“ für den Fall der Distanzierung vom Präjudiz.

Case Law:

Im englischen Richterrecht wird die Rechtsprechung an Hand der Fallentscheidungen gebildet. Das Gesetz spielt nur eine untergeordnete (ergänzende und korrigierende) Rolle.

Das durch Fallentscheidungen gebildete Recht setzt sich aus **Präzedenzfällen** (=gerichtlich vorentschiedene Fälle, die für die Beurteilung künftiger Fälle als bindend angesehen werden) zusammen.

Gleichgelagerte Fälle sollen gleich entschieden werden = Grundsatz des „**stare decisis**“ (=“bei den Entscheidungen stehenbleiben“).

Es ist aber vorab festzustellen, welcher Teil der Entscheidungsbegründung der Vorentscheidung wesentlich und welcher Teil davon unwesentlich ist:

wesentlich: holding – umfasst die Regel und den Kern der juristischen Ableitung aufgrund derer der Fall entschieden wurde.

unwesentlich: dictum – in diesem Bereich werden zusätzliche Erwägungen angestellt, an die die Gerichte nicht gebunden sind.

„**distinguishing**“: = Abrücken, von einer prinzipiell als richtig anerkannten Regel.

Die alte Entscheidung bleibt für die alten Fälle aufrecht, für den neuen Fall gibt es aber eine neue Entscheidung → die rechtserheblichen Unterschiede zwischen den Fällen sollen aufgezeigt werden → kommt zu einer Verfeinerung und damit zu einer Fortbildung des Rechts → der Bereich des holdings wird **verengt**.

„**overruling**“: = die Überwindung von Präjudizien durch neue Regelbildung.

Ist „radikaler“ - Richter kommt zu der Ansicht, dass das vorliegende Präjudiz sachlich unrichtig ist und es könne am Wege des distinguishing nicht mehr modifiziert werden

→ Vertrauensschutz – Overruling muss angekündigt werden! (Kant, Kat. Imperativ)

Overruling ist gerechtfertigt wenn:

- sich eine im Präjudiz enthaltene Entscheidungsregel als nicht praktikabel erweist
- der Präzedenzfall angesichts der Ausprägung neuer Rechtsprinzipien als veraltet erscheint
- sich die Tatsachen so verändert haben, dass der Rechtfertigung der Regel mittlerweile die Grundlage entzogen wurde
- gegenüber der Aufhebung nicht das Prinzip des Vertrauensschutzes überwiegt.

Stärke der Bindungswirkung eines Präzedenzfalls hängt auch davon ab, ob sich die absolute Mehrheit der Mitglieder eines Richtersenats auf eine gemeinsame Entscheidungsbegründung einigen können oder ob die Richter mehrere miteinander konkurrierende Meinungen (concurring opinions) abgegeben haben, die zwar im Ergebnis konvergieren, aber eine jeweils andere juristische Ableitung enthalten.

KAPITEL 3

Unterscheide: Geltung ↔ Wirksamkeit!

Geltung:

geht um die Normative Existenz → damit eine Norm Geltung erlangt abhängig von 3 Faktoren:

- primär: das zutreffende Organ muss sie erlassen
- sie muss im Zuge eines adäquaten Verfahrens gesetzt werden
- inhaltlich gedeckt

Wirksamkeit:

= das, was sich sozial ereignet

ist die Frage ob die Norm ankommt.

(Gesetz= das was als Norm festgesetzt wurde, unabhängig vom Inhalt.)

Begriff der Geltung:

Geltung einer Norm bedeutet, dass sie für menschliches Handeln Maßgeblichkeit besitzt. Insofern charakterisiert der Begriff der Geltung nicht nur die Existenz praktischer Regeln und der in ihr enthaltenen Sollensanforderungen des Rechts, sondern auch solche der Moral, gesellschaftlichen Konvention,...

„Geltung einer Rechtsnorm“ bedeutet, dass die von ihr angesprochenen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft die Norm beachten **sollen**.

Man unterscheidet bei der Geltung zwischen Aussagesätzen (die Sachverhalte beschrieben) und Normsätzen (die zu einem bestimmten Verhalten auffordern oder es verbieten).

Geltung und soziale Wirklichkeit:

Normen die „gelten“ machen einen sehr bedeutenden Teil der sozialen Realität aus – nicht als gegenständlich fassbare Tatsachen sondern als Normen, die einen Bestand von Sollensanordnungen erfassen, die ihren Ausgang in konkreten Willensakten nehmen.

Geltung besitzen sie aber unabhängig von dieses für ihr Zustandekommen maßgeblichen Willensakt d.h. sie haben einen diesem Willensakt gegenüber verselbstständigten Bestand.

Frage der **spezifischen Realität** der Rechtsnormen wird sehr unterschiedlich abgehandelt (z.B.: Vertreter des Neukantilismus: Strikte Trennung von faktisch Gegebenem um Sollensanordnungen).

Unterscheidung von „Geltung“ und „Wirksamkeit“:

Rechtsnormen haben nicht nur einen normativen Geltungsanspruch, sondern bezwecken auch die gesellschaftliche Realität tatsächlich und erfolgreich zu steuern sprich eine gewisse Wirkung zu entfalten – effektiv zu sein.

Man kann das Geltungsproblem daher in zweifacher Perspektive sehen:

- **normative Geltungsanspruch** von Rechtsnormen: betrifft die **Verbindlichkeit** von Rechtsnormen. Sie **soll** befolgt werden, auch ohne der Einwilligung der Normadressaten – sprich wenn sie faktisch nicht befolgt wird gilt sie normativ dennoch.
- **Faktische Verwirklichung** in der Realität: **Wirksamkeit** (=Effektivität) = die Chance ihrer Durchsetzbarkeit. Effektivität zeigt sich im **Ausmaß der tatsächlichen Normbefolgung** und an der Tatsache, dass im Falle der Normverletzung der „Rechtsstab“ tätig wird.

Zusammenhang von Geltung und Wirksamkeit:

Ziel jeder Rechtsordnung ist es, normative und „faktische“ Geltung in Deckung zu bringen. Das ist aber nicht immer der Fall (z.B. Straßenverkehr).

Theorien über die Grundlagen der Rechtsgeltung:

Stufenbau der Rechtsordnung: Rechtsnorm „gilt“, weil sie auf der Grundlage einer sie ermächtigenden höheren Rechtsnorm erlassen wurde.

Man kann nach R. Dreier bei der Geltungsbegründung 3 Aspekte unterscheiden:

- **juristischen Aspekt:** bezieht sich auf die Form der Rechtserzeugung
- **soziologischen Aspekt:** stellt auf das Kriterium effektiver Durchsetzbarkeit ab
- **ethische Aspekt:** hat die Anforderung an das Recht, grundlegenden Postulaten der Gerechtigkeit zu entsprechen.

Warum hat eine Norm überhaupt Geltung?

→ die verschiedenen Geltungstheorien gewichten diese Aspekte unterschiedlich:

Machttheorien:

Geltung begründet sich auf faktischer Macht → führt zum Recht des Stärkeren!
sehen die Grundlagen der Rechtsgeltung im Faktum der Macht, die eine gesellschaftliche Autorität besitzt – sie ist in der Lage, ihre Anordnungen unter Androhung bzw. nötigenfalls unter Anwendung physischer Gewalt durchzusetzen
→ hier wird das Moment des effektiven Durchsetzungsvermögens zum zentralen Anknüpfungspunkt an die Rechtsgeltung: eine **Rechtsnorm gilt, weil sie von einer obersten Autorität als Imperativ** (Imperativentheorie) **gesetzt wurde**. Inhaltliche Kriterien spielen keine Rolle: „auctoritas, non veritas facit legem“.
Gilt, weil Staat anerkennt!

John Austin:

war einer der maßgeblichsten Vertreter dieser Imperativentheorie – seiner Ansicht nach sind Rechtsnormen als Befehle eines politischen Souveräns zu begreifen (Ethik spielt keine Rolle), wobei folgende Begriffliche Elemente bedeutsam sind:

- Der in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommende Befehl ist eine Willensäußerung. Der Befehl ist eine besondere Art des Wunsches, weil er mit der Androhung eines Übels verbunden ist. Normadressaten werden somit in Pflicht genommen.
- Befehl geht von einer höhergestellten Macht aus, die im Falle der Missachtung Zwang durchsetzen kann.
- Souveränität: Höherstellung des Befehlenden

Kritik an der Theorie: Radbruch – Geltung bedarf einer Rechtfertigung!

Auch Hobbes begründet Geltung der Norm im sozialen Faktum der Macht!

Anerkennungstheorien:

Ohne Anerkennung der Norm durch die Angesprochenen kann man Geltung nicht annehmen!

→ geht um das Verhalten der Rechtsgemeinschaft den Rechtsnormen gegenüber.

Rechtsnormen besitzen nur dann verpflichtende Kraft, wenn sie von der Rechtsgemeinschaft akzeptiert werden – somit wird die **Anerkennung einer Norm durch die Normadressaten** zum entscheidenden Kriterium der Rechtsgeltung.

Gilt weil Volk anerkennt!

→ Konsensbedingungen der Rechtsordnung (Bedeutung dieser Bedingung zeigt sich heute im Phänomen des Terrorismus)

Probleme:

- Was wird überhaupt anerkannt?
- Durch wen konkret soll diese Anerkennung erfolgen?
- Begriff der Anerkennung selbst

Wie auch die Machttheorien gehen sie nicht auf die Frage der „Anerkennungswürdigkeit“ ein, warum soll überhaupt gehorcht werden?

Grundnorm Kelsens:

→ geht um das verfassungsmäßige Zustandekommen einer Norm (frei von ethischen Aspekten)! strikte **Trennung von „sein“ und „sollen“** → weder daraus, dass etwas so „ist“ kann geschlossen werden, dass es auch so sein „soll“ noch umgekehrt.

Für das Geltungsproblem folgt daraus, dass ein Sollen nur auf ein Sollen zurückgeführt werden kann, d.h. der **Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein.**

An der Spitze dieses Regresses steht die **Grundnorm**: Ihre Geltung kann von keiner höheren Norm mehr abgeleitet werden und der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden.

Die Grundnorm als höchste Norm eines Rechtssystems ist also der **Geltungsgrund aller zur Rechtsordnung gehörenden Normen** und begründet die Einheit dieser Ordnung.

Die Grundnorm ist aber anders als die aus ihr abgeleiteten Normen nicht durch einen menschlichen Willensakt gesetzt, sondern sie wird durch einen **Denktakt** vorausgesetzt – ihr Inhalt ist: Man solle sich so verhalten, wie die Verfassung es vorschreibt. Weitere Inhaltliche Anforderungen enthält sie nicht – das positive Recht kann **jeden beliebigen Inhalt** haben.

Geltung liegt in der Grundnorm!

Kritik: Wie soll aus etwas bloß gedachtem eine Verbindlichkeit folgen? Somit auch hier: Problem des Schlusses von einem Sein auf ein Sollen → es stellt sich die Frage, ob Kelsen durch die Grundnorm nicht doch einen Bezug zum „sein“ herstellen könnte.

Eigentlich kann es nach Kelsen kein „gesetzlichen Unrecht“ geben, weil Fragen des Unrechts überhaupt gar nicht thematisiert werden aber abstrakt betrachtet schon, weil es keinerlei Methoden gibt, solch „Unrecht“ auszugrenzen.

Geltung und Rechtsidee:

→ hier ist der Inhalt sehrwohl relevant; Geltung hängt davon ab, dass die Norm nicht horrendes Unrecht zum Inhalt hat!

Geltung von Rechtsnormen solle nicht nur von ihrer normgemäßen Erzeugung abhängen, sondern soll auch den grundlegenden Forderungen der **Gerechtigkeit** entsprechen.

Gilt nur, wenn Grundlagen der Gerechtigkeit nicht verletzt werden!

Radbruch'sche Formel: „Bei Gesetzen, die grundlegenden Forderungen der Gerechtigkeit widersprechen, handle es sich nicht um geltendes Recht, sondern um „gesetzliches Unrecht“, dem man den Rechtscharakter absprechen müsse und demgegenüber man keinen Gehorsam schuldig sei.“

Radbruch'sche Begriff des „gesetzlichen Unrechts“ wurde durch die Unrechtserfahrungen mit dem Nationalsozialismus geprägt - „Horrend ungerechten Gesetzen“ (Folter, Aberkennung der Rechts- und Geschäftsfähigkeit,...) sei daher die Geltung abzusprechen..

Kritik: Die Anwendbarkeit der These Radbruchs sei nur auf den Katastrophenfall bezogen, Rechtsethische Probleme wie sie auch im funktionierenden Verfassungsstaat auftreten bleiben dagegen unberücksichtigt.

Neue Aktualität der Radbruch'schen Formel:

erlangte sie im Zusammenhang mit der Frage der Strafbarkeit von Mitgliedern des nationalen Verteidigungsrates der DDR sowie von Angehörigen der DDR-Grenztruppen wegen der Tötung von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze. Erstere waren nach der Wiedervereinigung zunächst wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zum Totschlag verurteilt worden, die Schützen wegen Totschlags.

Strafrechtliches Rückwirkungsverbot aufgrund der Vertrauensgrundlage – in diesem Fall fehle diese aber (schwerstes kriminelles Unrecht) – das Gesetz als unrichtiges Recht habe der Gerechtigkeit zu weichen – in Deutschland unterschiedliche Auffassungen darüber, ob die Radbruch'sche Formel auf diesen Fall anwendbar sei – europ.GH nimmt zwar nicht explizit auf diese Bezug, bestätigt aber die Verurteilungen.

Bei Problemen mit der Geltung:

- Widerstandsrecht
- Ziviler Ungehorsam

Problematik des Widerstandsrechts:

Widerstandsrecht ist das Recht des einzelnen oder bestimmter Gruppen, sich offenkundig unrechtmäßigen Handlungen der Staatsgewalt durch Verweigerung des Gehorsames (passiver Widerstand) oder durch Anwendung von Gewalt (aktiver Widerstand) zu widersetzen, wenn alle anderen Rechtsbehelfe ausgeschöpft sind oder ihre Inanspruchnahme keine Aussicht auf wirksame Abhilfe verspricht.

→ man folgt dem gesamten Regime nicht mehr, kann gewaltfrei oder gewaltsam sein → geht bis zum Tyrannenmord!

Geistgeschichtliche Grundlagen:

2 geistesgeschichtliche Wurzeln des Widerstandsrechts:

- **germanische lehensrechtliche Treuepflicht** (zwischen Lehensherrn und Lehensmann besteht ein Lehensverhältnis, das bei Treuebruch aufgekündigt werden kann)
- **christliches Obrigkeitsverständnis** (stellt zwar prinzipiell den Gehorsam gegenüber der Obrigkeit aber diese Obrigkeit unter die Strafgewalt der Kirche stellt, wenn sie die Gebote Gottes verletzt).

Widerstand gegenüber ungerechten Obrigkeiten wurde in unterschiedlicher Ausformung vertreten:

- Behauptung des Rechts zum Tyrannenmord
- In der Zeit der Religionskriege – Lehre des Monarchomachen = katholische und protestantische Theoretiker. Ihre Konzeptionen beinhalten in staatsrechtlicher Hinsicht sowohl konservative (staatliche Herrschaft wird auf ein religiöses Fundament gestellt – alle Macht ist an Gottes Gebote gebunden; es wird staatsrechtlich das traditionelle Modell einer ständischen Verfassung vertreten – Gewalt zw. König und Ständen geteilt; das in diesem Zusammenhang konzipierte Widerstandsrecht knüpft an das antike Vorbild des Kampfes gegen den Tyrannen an – 2 Formen der Tyrannei: Tyrannus absque titulo: Usurpator der sich ohne Rechtstitel politische Macht verschafft und Tyrannus exercito: Bruch des Herrschaftsvertrages/der Gesetze durch einen sich legitim eingesetzten Herrscher → Formen daraus gebildeten Widerstandsrechts: Mahnung, Absetzungsverfahren, Tötung)

als auch moderne Elemente (Idee einer verfassungsmäßigen Bindung der Staatsgewalt – Aspekte der Volkssouveränität).

Im Rahmen der Entwicklung des Menschenrechtsgedankens wurde das Recht zum Widerstand als ursprüngliches, jeder politischen Organisation vorgängiges Recht des Menschen angesehen.

Heutige Situation:

Problematik, das Widerstandsrecht zu legalisieren – es kommt erst in Betracht, wenn die „verfassungsmäßige Ordnung schon korrumpiert oder ganz außer Kraft gesetzt ist“

Auch heute **bleibende Aktualität!**

Ziviler Ungehorsam:

Lehre vom Zivilen Ungehorsam wurde in der anglo-amerikanischen Diskussion (u.a. Aus Anlass der Bewegung gegen den Vietnamkrieg) entfaltet. Sie weist gewisse Parallelen zum kontinentaleuropäischen Widerstandsrecht auf, setzt aber doch unterschiedliche Akzente. Hier steht das **Konzept des gewaltlosen Widerstandes im Rechtsstaat** im Vordergrund – auch im dt. Sprachraum im Zuge der Anti-Atombewegung.

→ nicht gegen den ganzen Staat gerichtet, sondern es werden konkrete Akte nicht akzeptiert!

Rawls: Ziviler Ungehorsam = „öffentliche, gewaltlose, gewissenbestimmte, aber politisch gesetzeswidrige Handlung, die gewöhnlich eine Änderung der Gesetze oder der Regierungspolitik herbeiführen soll“.

Der Ungehorsam wird unter folgenden Bedingungen als gerechtfertigt angesehen:

- Vorliegen eindeutiger und schwerwiegender Ungerechtigkeiten
- legale Vorgangsweisen müssen ausgeschöpft sein
- Gewaltfreiheit
- Verhältnismäßigkeit

modernes Recht: Legitimationsprobleme – Überforderung der herkömmlichen Institutionen politischer Entscheidungsfindung.

KAPITEL 4

Verhältnis von Recht und Moral:

= „klippenreiche Kap Horn“ der Rechtswissenschaft (Rudolf von Ihering)

unterschiedliche Moralbegriffe:

divergierende Auffassungen vom Begriff der Moral → Recht und Moral können sich widersprechen!

Konventionelle Moral: Recht und Moral werden häufig als nebeneinander existierende, parallele Normkomplexe gesehen. Ein solches Verständnis **identifiziert Moral mit gesellschaftlicher Sitte und Konvention**.

Kritische „postkonventionelle“ Moral: Differenzierung von Moral und Sitte → moralisches Handeln beansprucht im Unterschied zur Orientierung des Verhaltens an Regeln der Sitte oder Konvention stets den Charakter der **Unbedingtheit menschlicher Handlungsmotivation** → Aufforderung des Menschen zu freier **Selbstbestimmung**.

Verhältnis von Recht und Moral ist ein **geschichtliches Phänomen** – Recht und Moral lassen sich nur in einem je geschichtlichen Horizont begründen, differenzieren und zueinander in Beziehung setzen.

Unterschiedliche Auffassungen über das Verhältnis von Recht und Moral:

- Recht&Moral können völlig getrennt sein: Kelsen (sagt nicht, dass Recht unmoralisch ist, sondern nur, dass Moralität nichts für die Geltung zu bedeuten hat)
- Recht&Moral sind untrennbar: Thomas von Aquin (Recht setzt die Moral durch)
- vermittelnde Position: Kant (sind weder Einheit, noch schließen sie einander aus)

Auffassungen die eine Einheit von Recht und Moral betonen:

Recht und Moral bilden eine Einheit – das Recht ist Teil einer umfassenden moralischen Ordnung!

Auffassung ist charakteristisch für alle **Frühformen** der Rechtsentwicklung → Recht beruht auf eingelebten und eingeübten gesellschaftlichen Verhaltensregeln, deren Geltungsbegründung keiner ausdrücklichen Rechtfertigung unterzogen wird .

Das Recht ist nicht isolierbar, sondern **Teil der vorgegebenen sittlichen Ordnung**, die auf die Verwirklichung des Guten ausgerichtet ist. Aufgabe des Rechts ist es, jenen sittlichen Forderungen Geltung zu verschaffen, die für das gesellschaftlich-politische Zusammenleben der Menschen im Zeichen des Gemeinschaftswohls unabdingbar sind. Primär soll zwar der Mensch diese sittlichen Forderungen aus sich selbst heraus – aus der Entscheidung seines Gewissens – erfüllen doch verfehlt er diese Aufgabe, soll er durch rechtlichen Zwang zur Erfüllung bewegt werden. (Vorausgesetzt wird eine **Homogenität** sittlicher Handlungsziele – klare Abgrenzbarkeit von „gut“ und „böse“ im menschlichen Zusammenleben).

→ reicht bis in die Neuzeit fort, erst in der **Aufklärung** wurde der Aspekt der Trennung betont.

Thomas von Aquin: „Wer sich nur aus Furcht vor der Strafe dem Gesetz beugt **ist nicht gut**, denn aus knechtischer Furcht, das ist Furcht vor der Strafe geschieht nichts gut, mag einer auch etwas gutes tun.

Aquin: „vorformuliert“ Kant → sagt man kann „das Gute“ (bei Kant: Legalität) tun, aber man

handelt deshalb nicht moralisch „gut“ (bei Kant: moralisch)!

Auffassungen, die die völlige Trennung von Recht und Moral betonen:

Recht und Moral sind völlig getrennte Phänomene! Das Recht besitzt einen, von moralischen Forderungen losgelösten, eigenen Verbindlichkeitsanspruch.

Diese Auffassungen sind va im 19./20. Jhd. Entwickelt worden.

Trennungsthese wurde vorallem im Rahmen der verschiedenen Richtungen des **Rechtspositivismus** vertreten.

Demnach erlangt das Recht seine Verpflichtungskraft allein durch die Autorität staatlicher Setzung. Geltungsanspruch unabhängig von moralischen Forderungen, bedürfe keinerlei moralischen Rechtsfertigungen – maßgebliches Unterscheidungsmerkmal von Recht und Moral: der organisierte Zwang.

Standpunkt: moralischer Werterelativismus – es gibt keine allgemein verbindlichen moralischen Grundsätze, sondern nur „relative Moral-Werte“.

Das Bestreben Recht durch Moral rechtfertigen zu wollen, stelle daher eine unzulässige ideologisch Anmaßung dar, für die in der Rechtswissenschaft kein Platz wäre.

Hans Kelsen!

Vermittelnde Auffassungen:

Ein Großteil der in unserem Rechtskreis heute vertretenen Auffassungen bewegt sich zwischen diesen beiden Polen. Man sucht dabei, die Beziehung von Recht und Moral als ein Verhältnis der Spannung, der Trennung wie der notwendigen Bezogenheit zu begreifen.

Recht und Moral sollen deutlicher unterschieden werden, ohne aber dabei den prinzipiellen wechselseitigen Bezug aufzuheben!

Die Unterscheidung von „**Moralität**“ und „**Legalität**“ bei **Kant**:

Legalität=sich äußerlich den Normen entsprechend zu verhalten, aus welchem Anlass auch immer!

Moralität=Gesetzeskonformes Verhalten aus Achtung fürs Gesetz!

→ Staat: hat Moralität zu gewährleisten und Legalität zu erzwingen!

(Hypothetischer Imperativ: „Wenn du das machst dann...“ ist niemals moralisch!)

Kant trifft eine Unterscheidung nach der **Art der Handlungsmotivation** (Stellungnahme des Handelnden Menschen zum Gesetz).

„**Legal**“ handelt jemand, wenn er aus welchen Motiven auch immer, in äußerer Übereinstimmung mit dem Gesetz handelt. Ein solches Verhalten genügt nach Kant für den Bereich des **Rechts**.

Moralität stellt darüber hinausgehend die Anforderung, dass das legale Verhalten „aus Pflicht“, d.h. aus keinem anderen Motiv geleistet wird als um des Gesetzes willen selbst.

Diese besagte moralische Motivation bringt Kant dadurch zum Ausdruck, dass man gemäß dem **kategorischen Imperativ** (=normatives moralisches Grundprinzip) handelt, den er in mehreren unterschiedlichen Formulierungen ausdrückt:

Für die Legitimation von Rechtsprinzipien hat diese Formulierung eine besondere Bedeutung erlangt:

„**Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden**

anderen, jederzeit zugleich als Zweck (an sich selbst), niemals bloß als Mittel brauchest.“

Diese „**Selbstzweckformel**“ verbietet, den Menschen zur bloßen Sache zu degradieren, ihn also zu instrumentalisieren, weil er dadurch in seiner Freiheit verletzt und in seiner Würde bedroht wird.
→ Diese Formel spielt besonders im Menschenrechtsbereich eine bedeutende Rolle (va im Falle lebenslanger Freiheitsstrafen)!

Die gebräuchlichste Formulierung des Kategorischen Imperativs ist die „**Verallgemeinerungsformel**“:

„Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.“

→ Kant geht es direkt oder indirekt immer um das **Prinzip der Verallgemeinerung** – danach soll die **moralische Qualität einer Handlung** nach dem Kriterium beurteilt werden, ob es möglich ist, für die jeweilige individuelle Handlung eine Maxime zu formen, und zu fragen, ob man sie wollen kann, wenn man verallgemeinert. Sowahr diese individuelle Maxime des Handelns auch dann noch widerspruchsfrei Gültigkeit besitzt, wenn man sie als allgemeines Prinzip auffassen kann, ist sie **moralisch gerechtfertigt** und Grundlage für ein **Handeln aus Pflicht**. Lässt sie sich nicht verallgemeinern, so ist sie moralisch verpönt.

Aus dem kategorischen Imperativ lässt sich kein Abschließender Katalog moralischer Normen ableiten, wohl aber ein Beurteilungssystem, dass darüber Auskunft gibt, ob moralisch oder nicht.

Im Unterschied zum moralischen Handeln können beim **rechtlich-legalen Handeln** durchaus andere Motive des Gesetzesgehorsams wirksam sein; man kann eine Rechtsnorm zwar innerlich ablehnen, aber doch befolgen, z.B. aus Furcht vor der angedrohten Strafe bei Nichtbefolgung.

→ Wenn jemand ein Versprechen nur deshalb hält, weil ihm andernfalls die rechtlichen Folgen unangenehm sind, so handelt er zwar legal aber nicht moralisch“. Das tut er nur, wenn er die Regel: „Versprechen sind zu halten“ auch als sinnvoll akzeptiert.

→ Wenn Moralität ein Handeln „aus Pflicht“ erfordert, so ist Zwang in diesem Bereich unzulässig – es gibt quasi keinen „Zwang zum Guten“. Bloß „legales“, d.h. äußerlich pflichtgemäßes Handeln kann durch das Recht erzwungen werden → Möglichkeit des Zwanges ist ein wesentliches **Unterscheidungskriterium** von Recht und Moral!

Diese Unterscheidung von „Moralität“ des Handelns und öffentlich-erzwingbarer „Legalität“ führt daher **„Entmoralisierung des positiven Rechts“**.

Kategorischer Imperativ: Handle aus Pflicht! → Das ist das wahre Prinzip der Moral (Kant weiß aber, dass ein Mensch das 100%ig erfüllen kann)

Kant hat nicht bedacht, dass auch das Gesetz unmoralisch sein kann.

Für Kant folgt daraus aber nicht die völlige Trennung von Recht und Moral. Das Recht bleibt bei ihm auf den sittlichen Zweck verwiesen, die Freiheit des Menschen zu garantieren, und soll an dieser Anforderung geprüft, d.h. Gerechtfertigt oder kritisiert werden.

Die **vermittelnden Auffassungen** streben Lösungen an, der beide Extreme (Identifikation/streikte Trennung) zu vermeiden versuchen.

Kritik an der Einheitsthese:

Unzulässige Verquickung moralischer und rechtlicher Ansprüche → führe zu einer „**Moralisierung des Rechts**“ und hätte damit eine freiheitsbedrohende Wirkung.

Zwang zum moralischen Guten wäre ein Widerspruch in sich selbst. Recht kann und darf Freiheit

nicht erzwingen!

Kritik an der Trennungsthese:

weigere sich, sittliche Grundlagen des Rechts anzuerkennen; sei außerstande, zentrale Fragen des Rechts zureichend zu beantworten – es sei nämlich nicht möglich, den Verbindlichkeitsanspruch allein aus der Tatsache seiner Setzung als positives Recht zu begründen – dies sei eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung seiner Gültigkeit.

Sittliche Grundlagen des Rechts:

- Freiheitsbezug des Rechts (wesentliche Aufgabe des Rechts ist es, die Freiheit des Menschen institutionell zu gewähren)
- Recht ist eine zur Ordnung menschlichen Zusammenlebens notwendige Einrichtung – um menschlichen Frieden garantieren
- soll nach den Anforderungen der Gerechtigkeit gestellt und danach gestaltet werden (heute: Gewährleistung von Menschenrechten, Verwirklichung rechtsstaatlicher Prinzipien, etc.)

Entwicklungstendenzen im Modernen Recht:

Entmoralisierung: Moral „raus“ aus dem Gesetz (konventionelle Moralbestände (=klassische Elemente - „etwas ist moralisch, weils immer schon so war“) kommen raus

Remoralisierung: Moral wieder ins Gesetz „rein“ (postkonventionelle Moralbestände= kritische Elemente, Weiterentwicklungen) kommen wieder ins Gesetzeskonform

Menschenrechte: dienen zur Remoralisierung (sind im Kern Ausfluss aus den Naturrechten).

In der modernen Rechtsentwicklung ist man bemüht „moralnahe Tatbestände“ soweit wie möglich zu reduzieren bzw. mittels differenzierter Regelungen den postkonventionellen moralischen Forderungen nach Freiheit und Gleichheit zu genügen.

Es lässt sich weiters beobachten, dass die „Entmoralisierung des Rechts“ in manchen Bereichen dazu führen kann, die Verantwortung für das Gelingen sozialer Beziehungen wieder mehr auf das moralische Engagement der Beteiligten zu verschieben.

Reduktion „moralnaher Tatbestände“:

Gedanke der **Reduktion „moralnaher Tatbestände“** im Sinne einer „**Entmoralisierung des Rechts**“ kommt zum Ausdruck.

Leitender Gedanke: sittlicher Aspekt trete gegenüber Leistungsansprüchen wie komplexen Bedingungen des modernen Wirtschaftslebens, der technischen Umwelt, etc. möglichst störungsfrei zu regulieren, zurück.

→ häufig Abkehr von überkommenen gesellschaftlichen Standards → „Entmoralisierung des Rechts“ soll einem sittlichen Ziel, der verantwortlichen Selbstbestimmung des Menschen, dienen!

Im modernen Privatrecht:

Hier steht die Forderung im Vordergrund, das Privatrecht sei angesichts der Leitungsanforderungen durch die Industriegesellschaft an das Recht vornehmlich „nach Gesichtspunkten der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit“ auszurichten.

Allerdings wird auch das Privatrecht nicht davon absehen können, auf ethische Standards (wie „gute Sitten“, etc.) Bezug zunehmen.

Eherecht: weitreichende Neuerungen – veränderte Rollenbilder von Mann und Frau –

Zerrüttungsprinzip!

Im **Strafrecht:**

Forderung nach Befreiung des Rechts vom „Knochengerüst der Moral“ - Trennungsthese führt zu Folgerungen, die sowohl den Umfang strafwürdiger Tatbestände (→ es kommt zur Reduktion strafwürdiger Tatbestände, z.B. Homosexualität, Ehebruch, etc.) als auch die Auffassung über Sinn und Zweck der Strafe (Forderung, die Strafe von einem Vergeltungsgedanken zu schützen – die Gesellschaft soll vor dem gefährlichen Täter geschützt werden; auch der Besserung des Täters soll besondere Beachtung geschenkt werden) betreffen.

Die von manchen vertretene Auffassung, der strafrechtliche Schuldvorwurf sei überhaupt der Ausdruck überholten Vergeltungsgedanken, ist allerdings höchst umstritten – es stellt sich nämlich die Frage, ob man mit der Eliminierung des Schuldvorwurfes nicht dem Menschen den Anspruch nimmt, als ein für sein Tun verantwortliches Subjekt anerkannt zu werden. Damit ist auch ausgeschlossen, dass der Mensch als bloßes Objekt des staatlichen Strafanspruchs missverstanden wird (Kant-Selbstzweckformel).

Remoralisierungstendenzen:

„Remoralisierung“ ist daran orientiert, der Freiheit und Gleichheit der Menschen durch Gewährleistung rechtlich-institutioneller Rahmenbedingungen Geltung zu verschaffen und durch gezielte rechtliche Regelungen in verschiedenen Lebensbereichen entsprechend den dort bestehenden Bedürfnissen und realen Konflikten konkret zu ermöglichen.

Anerkennung der gleichen Freiheit des Menschen ist ein zentrales Kriterium der moralischen Rechtsfertigung des Rechts.

Es kommt dabei den Grundrechten als Prinzipien für die Legitimation der modernen Rechtsordnung tragende rechtsethische Bedeutung zu – es werden aus ihnen auch positive Gestaltungsanforderungen an das Recht abgeleitet:

Im **Privatrecht:**

...ist diese Entwicklung vor allem am Konsumentenschutz-, Mieten- und Arbeitsrecht zu beobachten. Dabei steht der Schutz des jeweils sozial-schwächeren im Vordergrund um Realbedingungen gleicher Freiheit zu schaffen. Auch neue Bestimmungen des Ehe- und Scheidungsrechts – Ziel voller Ausgewogenheit

Im **Strafrecht:**

...ist eine Vermehrung und zunehmende Differenzierung der Tatbestände festzustellen, die insbesondere den Schutz der körperlichen und geistigen Integrität gewährleisten sollen (Strafrechtliche Vergewaltigung in der Ehe,...).

KAPITEL 5

Naturrecht = Tradition die bis in die Antike zurückgeht → das Recht hat sich an der Natur des Menschen zu orientieren → radikale Frage: **Was ist die Natur des Menschen?**

Naturzustand: immer Analyse des Problems: wie ist der Mensch ohne staatliche Ordnung (jeder hat ein anderes Menschenbild z.B. Hobbes: Mensch ist gefährlich, daher Sicherheitsstaat,...)

Gesellschaftsvertrag: ist die Antwort auf die Defizite, die im Naturzustand erkannt wurden → um die Defizite „wegzubekommen“: Menschen schließen Gesellschaftsvertrag → Staat!

Bei den versch. **Naturrechtstheorien** geht es um das Bestreben, **sinnvolle, alle Menschen als Vernunftwesen unbedingt verpflichtende Ordnungsprinzipien des Rechts** aufzuweisen.

Charakterisierung durch folgende leitende Prinzipien:

- System rechtlicher Normen, das die **allgemeinverbindlichen** (d.h. Überall und zu jeder Zeit Geltung besitzen) **sittlichen Grundsätze** enthält
- Sittliche Grundsätze der Gerechtigkeit sind grundlegend im Konzept einer **vernünftigen Ordnung der Welt** bzw. in der **Wesensnatur des Menschen**.
- Besitzen **unbedingte Geltung**: sind dem menschlichen Verfügen entzogen und gehen der (wandelbaren) menschlichen Rechtssetzung vor
- können nur mit Hilfe der natürlichen Fähigkeiten der **Vernunft eingesehen** werden und praktisch **verwirklicht** werden

Das Wort „**Natur**“:

vom griech. „**physis**“ (=“von Natur aus Rechte“ - muss in der Entgegensetzung zum „**nomos**“ = das vom Menschen gesetzte Recht gesehen werden → „**physis**“ = das vom Menschen nicht gesetzte)

Vieldeutigkeit des Rekurses auf die „Natur des Menschen“:

Frage, wie die „Natur des Menschen“ zu bestimmen sei war immer schon strittig und führte zu vieldeutigen Ergebnissen!

Gegenüberstellung der Positionen der Sophisten Antiphon und Kallikles:

Antiphon:

sagt: alle Menschen sind gleich, aufgrund ihrer gleichen biologischen Funktionalität!

kritisiert (im Sinne einer Demokratischen Position) die **Ungleichheit der Gesellschaft** und betont, die meisten Gesetze stünden **feindlich zur Natur**, weil sie die natürliche Gleichheit der Menschen verletzen.

Kallikles:

unterteilt die Menschen in „die Starken“ (obsiegen!) und „die Schwachen“ (bleiben zurück) → will dass die Starken weiter stark bleiben → Kritik am Staat, denn dieser ermöglicht es den Schwachen mit Hilfe des Staates gegen die Starken zu obsiegen.

wendet sich im Gegensatz dazu (im Sinne einer Oligarchischen Position) gegen den „**nivellierenden**“ **Charakter der Gesetze**, durch die die große Masse der schwächeren die Stärkeren und Tüchtigeren unterdrücke – es sein nämlich **von „Natur aus richtig“, dem Stärkeren im Rahmen der Gesellschaft Vorrechte einzuräumen**.

Gemeinsamkeit beider Auffassungen: berufen sich beide auf die „Natur“ des Menschen in der Absicht, die Rechtsordnung zu kritisieren – der eine im Sinne der Gleichheit der andre im Sinne der Ungleichheit.

Unterschiedlichkeit: knüpfen an unterschiedliche Gesichtspunkte der menschl. Natur an und ziehen daher unterschiedliche Folgerungen daraus.

Geschichtliche Entwicklung des Naturrechtsdenkens:

Man unterscheidet gewöhnlich zwischen folgenden Epochen:

- griechisch/römische Naturrecht (insb. Platonisches, aristotelisches und stoisches)
- christlich-mittelalterliches Naturrecht (Besondere Bedeutung Thomas von Aquin)
- rationalistisches Naturrecht der Neuzeit („Vernunftrecht“)
- neuere Versuche der Rechtsbegründung (orientieren sich an den unterschiedlichsten philosophischen Strömungen)

Der „Teleologische“ Naturbegriff des griech.-röm. bzw. des christlich-mittelalterlichen Naturrechtsdenkens:

Natur gilt als der Inbegriff einer **hierarchisch gestuften, von Zwecken bewegten Ordnung**, die so die mittelalterliche Vorstellung **von Gott geschaffen** und durch ihn vernünftig **gegliedert** wurde. Jedem ist in dieser Ordnung gemäß seinem Wesen ein Platz zugeordnet – jedes Seiende ist dazu bestimmt seine **spezifische „Vollkommenheit“** - sein vorbestimmtes Wesen zu verwirklichen → man spricht daher von einem **teleologischen Naturbegriff** (telos=Ziel) weil es sich um das Konzept einer auf **ursprüngliche Weise zielgerichtete Ordnung der Wirklichkeit** handelt.

Auch **Mensch** (zeichnet sich durch Vernunft und Freiheit gegenüber anderen Lebewesen aus) ist **Teil** dieser zweckgerichteten Ordnung – er soll diese Ordnung **erkennen**, sich ihr **einfügen** und sich **entfalten** → Das Vermag er nur im Zusammenleben mit den anderen, wozu auch die Einrichtung von Staat und Recht nötig ist.

Auch die Grundlegenden Prinzipien des Rechts sind in dieser Ordnung der Natur zweckhaft vorgegeben – verletzt das pos. Recht diese Prinzipien, so verliert es seinen Rechtscharakter/Verbindlichkeit.

Erkennbarkeit der natürlichen Ordnung durch die menschliche Vernunft war Gegenstand differenzierter Überlegungen

→ Besondere Bedeutung: Thomas von Aquin – unterschied drei Gesetze der natürlichen Weltordnung:

- **lex aeterna:** Gesetz der göttlichen Weltregierung, wie sie sich in der Ordnung der Schöpfung manifestiert
- **lex naturalis:** ist die Teilhabe an diesem Weltgesetz durch den Menschen in deiner Eigenschaft als vernunftbegabtes Wesen – vermittelt Einsichten in grundlegende normative Prinzipien.
- **lex humana:** dient der näheren Bestimmung (determinatio) des in der lex naturalis gelegenen

Bsps solcher Grundrechtsprinzipien:

Goldene Regel (Ulpian), Zweite Tafel der zehn Gebote, Tue das Gute meide das Böse,...

Das rationalistische Naturrecht der Neuzeit als „Vernunftrecht“:

Krise des teleologischen Naturrechtsdenkens → es war nicht mehr möglich, das Recht auf Wesenselemente einer teleologisch verstandenen Naturordnung zu gründen.

U.a. durch politisch-gesellschaftliche Faktoren (Reformationen, Bürgerkriege, etc.): **geändertes Naturverständnis**, sehr durch die neuzeitlichen Naturwissenschaften geprägt.

Naturbegriff der neuzeitlichen Naturwissenschaften:

„Natur“ wird als **wertfreier, mathematisch beschreibbarer Kausalzusammenhang bewegter**

Materie gedeutet – Inbegriff der Gegenstände empirischer Erfahrung – nach Maß, Zahl und Gewicht analysiert → Konsequenzen für das Recht: aus dem Faktum naturgesetzlicher Abläufe lässt sich kein rechtliches Sollen ableiten → aus dem Naturverständnis können somit keine vorgegebenen Rechtszwecke abgeleitet werden!

Das vernünftige Individuum als **Bezugspunkt naturrechtlicher Prinzipien**:

Neuer Bezugspunkt, von dem aus vorbildliche Ordnungsprinzipien abgeleitet werden konnten wurde der **Mensch in seiner Eigenschaft als freies, vernünftiges Individuum** (Aufforderung zur Selbstbestimmung) – Individuum sollte somit zum Maßstab vernunftgeleiteten Zusammenlebens werden und vernünftige Ordnungsbeziehungen des Rechts konstruieren.

Aus der Verbindlichkeit der Natur wird eine **Verbindlichkeit der Vernunft!**

Aufgrund dieser Bezugnahme auf die Vernunft des Menschen als Geltungsgrundlage des Rechts spricht man von „**Vernunftrecht**“ der Neuzeit.

Naturzustand:

ist ein **Gedankenexperiment** – frag sich, was mit dem Menschen wäre, wenn es **keinerlei staatlich-rechtliche Ordnung** gäbe und der Mensch als **vernünftiges Bedürfnis- und Triebwesen** in seinem Verhältnis zu den anderen auf sich allein gestellt wäre.

→ Mensch würde ohne öff. Einschränkung der Gewalt **nur seiner Willkür folgen**, ist permanent der **Gefahr von Konflikten** ausgesetzt, denen er ungeschützt ausgeliefert ist → niemand kann sich seiner elementarsten Güter sicher sein → Bedürfnis den Naturzustand zu **überwinden** und einen **gesicherten Frieden** anzustreben; dies erfordert, die **eigene Willkür einzuschränken** (wechselseitige Beschränkung der Handelssphären) und einen Rechtszustand gesichert durch **übergeordnete staatliche Gewalt** zu errichten. (~ Theorie von Hobbes)

Wechselseitige Beschränkung der Handelssphären in Form der **Selbstbindung durch Vertrag**.

Vertragsprinzip für den Naturzustand charakteristisch: **gleiche Freiheit aller** – mit Hilfe des Vertragsprinzips wird die **Staatsgewalt begründet** – Vertrag gilt vorzüglich als **Beurteilungsprinzip** um zu überprüfen, ob die Rechts- und Autoritätsverhältnisse als das **Resultat vertraglicher Vereinbarung gleicher Menschen** gedacht werden können → Der Vertragsgedanke wird somit zu einem **zentralen normativen Gestaltungsprinzip** aller rechtlich geordneten Sozialbeziehungen.

Wichtige Vertreter des Naturrechtsgedankens (neben Hobbes):

John Locke:

übte speziell auf das rechtlich-politische Denken in Nordamerika und Frankreich großen Einfluss aus.

Knüpft in „Two Treatises of Government“ zwar in mancher Hinsicht an Hobbes an, unterscheidet sich aber ganz wesentlich von ihm, in der Begründung bzw. Ausgestaltung von Staat und Recht.

Locke leitet den **Ursprung politischer Gewalt** aus dem **Naturzustand** her → dort sind **alle** Menschen **gleich**, ist ein **Zustand vollkommener Freiheit** – keiner ist dem anderen unterworfen, jeder kann sich nach dem eigenen Ermessen entfalten → Aber: **keine Regellosigkeit**: es gilt das **Gesetz der Natur** (Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit und Eigentum sind die grundlegenden Rechte, zu deren Anerkennung und Achtung jeder verpflichtet ist und es ist die Aufgabe einjeden für deren Vollstreckung zu sorgen) das für jeden **erkennbar** und **verbindlich** ist.

Formationstheorie:

Begründung von Eigentum an einem Gegenstand liegt für Locke in der Arbeit die man in den Gegenstand investiert hat (beim vorstaatlichen Eigentum: Recht des Schöpfers an seinem Werk) → das im Gemeinbesitz befindliche wird somit durch aufgewandte Arbeit zum individuellen Eigentum = Formationstheorie → 2 Schranken:

- Man darf sich nur soviel aneignen, als man sinnvoll (zur Lebenserhaltung) verbrauchen kann (nichts darf verderben)
- Man darf sich nur soviel aneignen, als dass den andren auch genügend Material überbleibt, um ihrerseits ihre Lebenserhaltung durch Arbeit zu sichern.

Gesellschaftsvertrag:

Durchsetzung dieser grundlegenden Rechte ist keineswegs im Naturzustand gesichert, da es an übergeordneten Instanzen/allgemeinen Gesetzen mangelt ist man stets Übergriffen anderer ausgesetzt → **gesellschaftliche Unsicherheiten/Bedrohungen** → werden noch gesteigert durch **Einführung des Geldes**, denn dieses ermöglicht eine Expansion des Besitzes und somit eine Steigerung der gesellschaftlichen Ungleichheiten → führt zu **Auseinandersetzungen**, die ohne staatliche Hilfe nicht mehr geschlichtet werden können → Menschen wollen einen solch unsicheren Zustand verlassen und sich in einem Vertrag zu einem einheitlichen politischen Körper vereinigen.

Vertrag:

- Menschen verzichten auf ihre Gewalt nach eigenem Dafürhalten für ihre Selbstversorgung zu sorgen
- Rechtsverletzungen haben individuelle Strafgewalt zur Folge
- die Kompetenzen werden obersten Organen (stehen zur Bevölkerung in einem Treuhandverhältnis und sind in ihren Kompetenzen nicht unbeschränkt sondern zum Schutz der natürlichen Freiheitsrecht verpflichtet) übertragen
- wesentlicher Staatszweck: Erhaltung und Genuss des Eigentums (hier: Leben, Freiheit und Besitz) in Frieden und Sicherheit zu gewähren

→ Verletzt die Staatsgewalt diese Verpflichtungen gröblich: Ansatzpunkt des **Widerstandsrechts** gegeben → Locke ist zu einem maßgeblichen liberalen Wegbereiter der Menschenrechte geworden!

Jean-Jaques Rousseau:

– Verstaatlichung (~Marx)

Auch Rousseau knüpft wie vor ihm Hobbes und Locke an die neuzeitliche Tradition an, wonach alle **staatliche Ordnung** nicht mehr teleologisch in einer umfassenden Ordnung vorgegeben sei, sondern durch die **Vernunft des Menschen selbst zu errichten sei**.

Dabei geht auch Rousseau von den **Gedankenexperimenten des Naturzustandes** und dem **Gesellschaftsvertrag** zum **Zweck der Herrschaftslegitimation** aus – Vertragsgedanke verfolgt gleichzeitig das Anliegen der Gegenaufklärung.

Rousseau's Konzeption des Naturzustandes:

Auch er geht von einer, vor der Errichtung einer staatlichen Ordnung gegebenen **Konfliktsituation** konkurrierender Individuen aus, doch **dieser Naturzustand entspricht keineswegs der ursprünglichen Natur des Menschen** – sondern resultiert aus einer geschichtlichen Situation der Konkurrenz- und Klassengesellschaft – diese selbst ist bereits das Resultat eines Verfalls- und Entfremdungsprozesses des Menschen → die daraus abgeleiteten “natürlichen Rechte“ (Leben, Freiheit, Eigentum...) festigen diese Gesellschaftsstruktur bloß weiterhin.

→ Naturzustand ist bereits eine korrumpierte Situation, in der die Menschen aufgrund ihrer Entfremdung ungleich sind!

Der „**homme sauvage**“:

- lebte isoliert
- friedliche Selbstgenügsamkeit

- ungebrochene Harmonie mit der Natur
- folge ausschließlich vorrationalen, instinktähnlichen Impulsen des „amour de soi“ (Selbstliebe) welche auf Selbsterhaltung gerichtet ist und der pitié (=Widerwillen andre leiden zu sehen) die der Arterhaltung dient

bedarf noch nicht der planenden Vernunft und daher **keiner Rechtsordnung** → erst die Verschlechterung und Einschränkung seiner natürlichen Lebensbedingungen durch Naturkatastrophen lassen den Menschen aus seiner natürlichen Harmonie heraustreten → Entstehen von Arbeit (Zukunftgerichtete Produktion) → Ausgangspunkt der „**perfectibilité**“ die ihn **aus seiner Selbstgenügsamkeit hinaustreibt** → dadurch setzt **Entfremdung** von seiner ursprünglichen Natur ein!

Entfremdungsprozesse:

es entsteht eine **denaturierte Gesellschaftigkeit**, die sich auf eine den Menschen in sich selbst entfremdende feindselige Abhängigkeit, in der ursprüngliche Antriebe (pitié und amour de soi) unwirksam geworden sind → **Entfremdung** und **Zerrissenheit** des Menschen als „**bougeois**“ (einerseits auf fremde Hilfe angewiesen, andererseits auf sich selbst bezogen) findet ihren Ausdruck durch **Arbeitsteilung** und **privatem Besitz** → bringt Konkurrenzstreben, materielle Ungleichheit und ungerechtfertigte Herrschaft hervor → Motor dieses Entfremdungsprozesses: **Eigentum!**

→ Auf der Grundlage einer **bereits korrumpierten „Natur des Menschen“ kann es keine vernünftige Rechtsordnung geben** – es genügt daher nicht die wechselseitige Einschränkung der Willkürfreiheit und das Herstellen formaler Rechtsgleichheit, denn das würde zwar Frieden und Überleben sichern aber jedoch gleichzeitig den **Zustand materieller Ungleichheit und sich bekämpfender Privatinteressen festigen.**

(Rückkehr zu „homme sauvage“ auch nicht möglich, da ein Zurückgehen in der Geschichte nicht möglich ist)

Gesellschaftsvertrag:

→ daher „radikalerer“ Schritt um Freiheit und Glück der Bürger zu ermöglichen:

- da aus „amour de soi“ „amour propre“ geworden ist kann eine vernünftige Freiheitsordnung nur dadurch erreicht werden indem die natürliche Freiheit zugunsten einer im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen **politischen Freiheit** aufgehoben werde.
- Es gilt eine zweite „**künstliche Natur**“ des Menschen zu errichten auf Basis von **Vernunft** und **Vaterlandsliebe**
- dazu ist eine „**aliéntation totale**“ notwendig: die völlige Entäußerung jedes Menschen von all seinen vermeintlichen Rechten, die nur Eigeninteresse schützen sollen, an das Gemeinwesen.

Der liberale Gesellschaftsvertrag würde laut Rousseau nur zu einer „volonté de tous“ führen – zu einem Kompromiss entgegengesetzter Sonderinteressen → der durch die „aliéntation totale“ begründete Gesellschaftsvertrag würde hingegen eine „volonté générale“ ermöglichen

→ Grundlage und Maßstab einer rechtsstaatlichen Ordnung ist demnach der alle Lebensbereiche umfassende Zusammenschluss zu einem vernünftigen Gemeinwillen, der „volonté générale“, die erst die Freiheit jedes einzelnen gewährleistet.

Diese Rechtsordnung kann nicht jeden Inhalt haben → aus der „volonté générale“ folgen grundlegende Anforderungen an eine vernünftige, freiheitsverbürgende Gesetzgebung:

- **jeder Bürger muss an der Gesetzgebung wirklich beteiligt sein**, denn die Bürger sind aufgrund des Gesellschaftsvertrages Inhaber unveräußerlicher Souveränität, Gesetzgeber und Untertanen zugleich → damit ist die pol. Willensbildung jedes einzelnen nicht durch pol. Repräsentation übertragbar → Rousseau vertritt hiermit ein **Konzept direkter**

Demokratie und Volkssouveränität.

- Gesetze müssen allgemein sein und alle in gleicher Weise betreffen (formelle Gleichheit ist nicht ausreichend, sondern schließt auch annähernd gleiche materielle Ausgangsbedingungen mit ein).
- „volonté générale“ wird nur dann verwirklicht, wenn die Gesetzgebung **keinem eigennützigen Privatinteresse folgt**, sondern **allgemeine Prinzipien, die Glück und Freiheit der gesamten Gemeinschaft sowie jedes einzelnen als deren Mitglied zum Ziel haben**.

Zur Umsetzung all dessen bedarf es eines erzieherischen Anstoßes von außen → durch das Wirken eines „**législateurs**“ (=idealer Gesetzgeber) → dieser ist kein von der Verfassung vorgesehene Gesetzgebungsorgan, sondern handelt als ihr Schöpfer, dessen Wirken sich im einmaligen Akt der Verfassungsgebung vollendet.

Die Krise des rationalistischen Naturrechts:

das positive Gesetzesrecht trat immer mehr in in Vordergrund (siehe große Kodifikationen des 19.Jhdts.) → befassten sich hauptsächlich mit dem Recht als Inbegriff positiver Normen → Naturrecht immer weiter verdrängt, va durch die Vertreter der historischen Rechtsschule bzw. des Rechtspositivismus.

Die „Renaissance“ des Naturrechts:

dazu kam es im 20.Jhdt. va im deutschsprachigen Raum → besonders durch die Unrechtserfahrungen mit dem Nationalsozialismus („gesetzliches Unrecht“) → man erhob die Forderung, **Recht dürfe keinen beliebigen Inhalt haben, sondern sei auf überpositive, sittliche Grundsätze der Gerechtigkeit verpflichtet**.

Das Naturrechtsdenken der Gegenwart:

Die „Geschichtlichkeit“ naturrechtlicher Prinzipien:

Absage an alle Versuche, von Zeit und Raum unabhängige, absolute Naturrechtssätze ableiten zu wollen.

Geschichtlichkeit des Menschen heißt, dass menschliche Praxis schon immer und notwendig im zeitlichen Bezügen steht.

Naturrechtsdenken: Kritische Funktion – sich all jenen Entscheidungen zuzuwenden, die geeignet sind, Humanität konkret zu bedrohen, und sie der Kritik zu unterziehen → durch kritische Haltung gegenüber Inhumanität nimmt das Naturrechtsdenken Bezug auf das positive Recht und fordert zur Rechtskritik und Rechtserneuerung auf!

Die „Würde des Menschen“ als grundlegendes Naturrechtsprinzip:

Naturrechtstheorien anerkennen den **Pluralitätsgedanken** (Pluralität menschlicher Wertvorstellungen), Pluralität muss aber zu ein unbedingt geltendes sittliches Prinzip fundiert werden um möglich zu sein/bewahrt zu werden.

Pluralität = „**Würde des Menschen**“ → Anspruch des Menschen, in all seinen rechtlichen Bezügen, als Subjekt verantwortender Freiheit anerkannt zu werden – sind keine ausformulierten Rechtssätze, sondern normative Leitprinzipien – bevorzugter Themenbereich dieser neuen Naturrechtsansätze: Fragen des **Menschenrechtsschutzes**.

Verhältnis dieser naturrechtlichen Prinzipien zum positiven Recht:

Naturrecht darf nicht als konkurrierende Rechtsordnung verstanden werden → die naturrechtlichen Leitprinzipien bedürfen notwendig der rechtlichen Positivierung.

Bleibende Verdienste des Naturrechtsdenkens:

- hat unverfügbare, dem Gedanken der Gerechtigkeit verpflichtete sittliche Grundlagen des Rechts aufgewiesen (Recht ist somit nichts inhaltlich Beliebigen, sondern immer schon auf Gerechtigkeit verwiesen)
- wichtige kritische Funktion: bot die Chance, sich im Falle von missbräuchlicher Machtausübung auf verfügbare Rechte des Menschen zu berufen → hat zu Gedanken gleicher Freiheit aller Menschen beigetragen
- großer Einfluss auf die Ausbildung des neuzeitlichen öffentlichen Rechts und Privatrechts → führte zur Entfaltung eines rationalen Staatsmodells, aus dem schließlich der moderne Rechts- und Verfassungsstaat hervorging

KAPITEL 6

Bedeutung der Menschenrechte:

Es kommt die Anerkennung des Menschen als Träger **angeborener, unantastbarer, unveräußerlicher und für die Verwirklichung seines Menschseins fundamentaler Rechte** zum Ausdruck.

= Instrumente des Schutzes gegenüber den unterschiedlichsten Formen der Bedrohung durch obrigkeitliche Willkür bzw. Prinzipien, die die Forderungen der Garantie grundlegender humaner Lebensbedingungen für jeden Menschen zum Inhalt haben → gehören somit zu den normativen Grundlagen der Legitimität staatlicher Herrschaft.

Entwicklung:

- Menschenrechte = Ergebnis, einer wesentlich durch das „**abendländische**“ Denken geprägten Rechtstradition.
- Geistesgeschichtliche Wurzeln: in der griech.-röm. Stoa (Gleichheit aller Menschen) / im Christentum (gleicher Wert aller Menschen vor Gott)
- „juristische Gestalt“ als subjektive Freiheitsrechte: durch neuzeitlich-aufklärerische Begründung von Politik, Recht und Staat

Mittelalter: Freiheiten der Stände (Bsp für diese überwiegend ständischen Rechtsgarantien: Magna Charta 1215) – England: „Rights of Englishmen“ - sehr früh Einschränkungen der königlichen Gewalt durch das Parlament!

Neuzeitlicher Staat: nicht mehr ständische, sondern individualrechtliche Formulierung grundlegender Rechte der Untertanen

Säkularisierung: = Prozess der Ablösung der politischen Ordnung von ihrer geistlich-religiösen Bestimmung und Durchformung → Forderung nach **Toleranz** (Vorstufe der Gewährleistung der Gewissensfreiheit – Duldung minoritärer religiöser Gesinnung), die sich schließlich zu einem **menschlichen Anspruch auf Glaubens- und Gewissensfreiheit** weiterentwickelt.
(Jelinek: Religionsfreiheit = „Urgrundrecht“ → heute widerlegt!)

rationalistische Naturrecht: Idee einer ursprünglichen Gleichheit aller Menschen → Unverzichtbarkeit ursprünglicher Rechte der Individuen (Freiheit, Gleichheit, Eigentum) schon bei Locke

Positivierung der Menschenrechte in der amerikanischen bzw. französischen Rechtstradition:

amerikanische Revolution: Amerikaner knüpfen an „Rights of Englishmen“ an und bekräftigen ihren Anspruch in den „Virginia Bill of Rights“ 1776 – englische Common-Law-Tradition wird dabei mit dem neuen rationalistischen Naturrecht verbunden → so werden Rechte der Engländer der Ausgangspunkt für Rechte, die jedem Menschen aufgrund seines Menschseins zustehen → kommt in der Unabhängigkeitserklärung zum Ausdruck.

Konkretisierungen in den ersten 10 Amendments (bilden bis heute Grundrechtskatalog der USA)

französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 enthält inhaltliche Übernahmen aus den amerikanischen Rechteerklärungen → sollen zur politischen Umgestaltung dienen

→ Menschenrechte dienen neben ihrer Schutzfunktion gegenüber der Bedrohung individueller Freiheit vorallem den Prinzipien vernünftiger Staatsgestaltung → dies änderte sich Mitte des 19.Jhdts: unter dem Einfluss liberaler Vorstellungen wurde sie vornehmlich als subjektive Abwehrrechte gegenüber dem Staat verstanden → Trennung von Gesellschaft und Staat: Aufgabe

der Grundrechte: bürgerliche Freiheit in einem gegenüber der Staatsgewalt aus grenzenden Sinn zu sichern und die Gleichheit aller vor dem Gesetz zu sichern = **klassische Freiheitsrecht** = „**erste Generation**“ der Menschenrechte!

Durch Industrielle Revolution → soziale Frage: Entstehung neuer ökonomischer und sozialer Bedrohungen → liberale Rechte allein können soziale Gerechtigkeit nicht garantieren → Konsequenzen dagegen: im Sozialstaat: Maßnahmen im Falle sozialer Bedrohung von Freiheitschancen durch die **Garantie sozialer Grundrechte** = „**Menschenrechte der 2. Generation**“.

Soziale Grundrechte haben die Aufgabe, Freiheit durch die Gewährleistung grundlegender sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Rechte zu schaffen (zB Recht auf Arbeit, Altersversorgung,...).

„**Menschenrechte 3. Generation**“: „Recht auf Entwicklung“ - ist kein Individualrecht sondern ein „**Kollektivrecht**“, das Staaten gegenüber anderen Staaten zusteht.

Forderung: alle Völker hätten das Recht auf eine eigenständige, wirtschaftliche, soziale, kulturelle und politische Entwicklung.

Rechts- und Staatsphilosophische Perspektiven:

Leitendes normatives Prinzip der Menschenrechte: „**Würde des Menschen**“, die ihren Kerngehalt in der Anerkennung des Menschen als Subjekt verantworteter Freiheit hat – dieses Freiheitsprinzip bedarf der geschichtlichen Konkretisierung und Differenzierung: Menschenrechte stellen in ihrer Entstehung und Weiterentwicklung die **Reaktion auf exemplarische Unrechtserfahrungen** dar und besitzen daher **Antwortcharakter**.

Bei der grundrechtlichen Institutionalisierung von Menschenrechten werden 3 strukturelle Gesichtspunkte unterschieden:

- **Freiheitsrechte**: Forderung nach grundrechtlichen Freiheitsgarantien kommt vor in den klassischen Freiheitsrechten (Recht auf Leben, Freiheit der Person, Meinungsfreiheit, Glaubensfreiheit,...) zur Geltung.
- **Gleichheitsrechte**: Die Freiheitsrechte bedürfen der Ergänzung durch soziale Gleichheitsgarantien, die besonders in den sozialen Grundrechten ihren Ausdruck finden.
- **Teilhaberechte**: Dem Menschen soll als Subjekt von Politik und Recht im Sinne politischer Autonomie die Teilhabe an den Prozessen politischer Willensbildung (Wahlrecht,...) eingeräumt werden.

Internationalität und Universalität der Menschenrechte:

...prägen den heutigen Charakter der Menschenrechte!

Universalität:

→ besteht darin, dass Prinzipien, über ihren Herkunftsbereich hinaus Gültigkeit für jeden Menschen haben, gleich welche Religion, Kultur und Zivilisation.

Häufig: Vorwurf des **Eurozentrismus**: es werde durch die Universalität anderen Kulturen Menschenrechte europäischen Denkens aufgezwungen, ohne deren Besonderheiten zu berücksichtigen (Bsp: Verhältnis Religion/Politik : muslimische Sharia als Grundlage des Rechts; Stellung der Frau).

Gegenargument: eine solche Ablehnung der Menschenrechte sehe über die Tatsache hinweg, dass der moderne Nationalstaat westlicher Prägung über alle Kulturen hinweg zum **globalen Phänomen** geworden sei → er eröffne mit Hilfe von Bürokratie, Polizei, moderner Technik massive Bedrohung für sämtliche Kulturen.

Kernbereich von Menschenrechten (Unabhängig von kulturellen, religiösen,... Bedingungen):

- Recht auf Leben
- Recht auf körperliche und moralische Unversehrtheit
- Verbot von Folter, Sklaverei und willkürlichem Freiheitsentzug
- Recht auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen Gericht

Internationalität:

→ bedeutet, dass deren Garantie mit zunehmender Intensität zur **zentralen Aufgabe der Völkerrechtsgemeinschaft** geworden ist!

Durchsetzung völkerrechtlich verankerter Menschenrechte ist schwierig, da es an zentralen völkerrechtlichen Institutionen mangelt, die ohne Mitwirkung der betroffenen Staaten wirksam werden können (Menschenrechtsverletzende Staaten berufen sich dabei auf ihre Souveränität, wogegen es den internationalen Staatengemeinschaften in dieser Situation nur möglich ist, politischen Druck mit unterschiedlicher Effektivität auszuüben).

Fortschritt: Errichtung des **Internationalen Strafgerichtshofes (ICC)** mit Sitz in Den Haag“:

ICC stellt einen „ständigen Gerichtshof“ dar, der **Völkerrechtspersönlichkeit** hat – ergibt sich aus dem Umstand, dass er „seine Aufgaben und Befugnisse im Hoheitsgebiet eines jeden Vertragsstaats“ wahrnehmen kann → ergänzt so die innerstaatliche Strafgerichtsbarkeit!

Kompetenzen:

ICC ist befugt, Gerichtsbarkeit unmittelbar über Personen auszuüben, die „schwerste Verbrechen“ begangen haben, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren.

Im einzelnen ist der ICC für folgende Tatbestände zuständig:

- Völkermord
- Verbrechen gegen die Menschlichkeit
- Kriegsverbrechen

Rechtspolitisch entscheidend ist, dass diese strafgerichtliche Verantwortung für **alle natürlichen Personen** gilt (inklusive höchster Staatsfunktionäre).

→ Dem ICC kann ein Fall entweder von einem Vertragsstaat vorgelegt werden, oder er kann unmittelbar vom „Ankläger“ anhängig gemacht werden, wenn die nationalstaatliche Strafverfolgung diese Verbrechen nicht angemessen verfolgt.

Sanktionen des ICC:

bestehen in Freiheitsstrafen (inkl. lebenslänglich) und Geldstrafen

KAPITEL 7

Begriff der Gerechtigkeit:

2 verschiedene, aber aufeinander bezogene Grundbedeutungen:

- **„Tugend der Gerechtigkeit“** = bestimmte sittliche Lebenshaltung im Verhältnis zu den Mitmenschen! Es handelt sich um Gerechtigkeit als eine Tugend, **den Menschen nicht auf Grund äußeren Drucks, sondern aus innerer Gesinnung heraus gerecht zu behandeln.**

(zB: handelt man dann gerecht im Sinne dieser Lebenshaltung, wenn er sich zur Maxime gesetzt hat, andere nicht zu übervorteilen, und zwar auch dann, wenn man unter Ausnutzung rechtlicher Möglichkeiten in der Lage wäre – Beispiel Richter - lässt sich stets vom Gedanken der Unparteilichkeit leiten.

Persönliche Haltung der Gerechtigkeit wurde seit alters her als eine der Kardinaltugenden verstanden.)

Diese **subjektive Gerechtigkeit** setzt aber immer schon einen Maßstab voraus, der als **sachliches Kriterium** gerechten bzw. ungerechten Verhaltens dient: **Gerechtigkeit im objektiven Verständnis.**

- **„normatives Prinzip der Gerechtigkeit“** = **grundlegendes normatives Prinzip des Zusammenlebens der Menschen:** Gerechtigkeit fungiert als **fundamentaler Maßstab** für die Verteilung von Rechten und Pflichten, von Gütern und Lasten im Sozialleben → bildet damit das **höchste Kriterium** für die Gestaltung bzw. Beurteilung von menschlichen Handlungen, gesellschaftlichen Institutionen,...Gerechtigkeit besitzt damit eine zentrale Rolle im Hinblick auf die **Rechtfertigung** bzw. **Kritik der Regeln des Zusammenlebens.**

Gleichheit als „Kern der Gerechtigkeit“:

Gerechtigkeit und Prinzip der Gleichheit stehen in sehr engem Zusammenhang (schon Aristoteles: Gerechtigkeit sei eigentlich der „Kern der Gleichheit“).

Grund für diese Verknüpfung:

Wen Rechte und Pflichten, Güter und Lasten **auf gerechte Weise** verteilt werden sollen, bedarf es dazu eines **Maßstabes**, der über den einzelnen Fall hinausreichend, **allgemeine Geltung** besitzt → ihn anwenden bedeutet, die **Menschen in allen gleichgelagerten Fällen auch gleich zu behandeln!**

Kommt besonders deutlich zum Ausdruck in der **Goldenen Regel:** „Was du nicht willst, dass man dir tu', das füg auch keinem andren zu!“

→ besitzt gewisse Ähnlichkeiten mit dem am Kategorischen Imperativ orientierten Prinzip der Verallgemeinerung von Kant, das die Anforderung stellt zu prüfen, ob ein Handeln richtig wäre, wenn jeder unter ähnlichen individuellen Voraussetzungen und unter ähnlichen Handlungsbedingungen so handelte → „Rollenwechsel“: den eigenen Standpunkt als möglichen Standpunkt eines jeden anderen zu sehen.

Gleichheit fungiert als zentrales Kriterium inhaltlicher Rechtsgestaltung:

→ Diskriminierungsverbot – Verbot, „unsachliche Differenzierungen“ vorzunehmen!

zB: „Frauenquoten“: danach sind Frauen bei gleicher Qualifikation bei der Vergabe von beruflichen Positionen vorrangig zu berücksichtigen → sind ein rechtliches Instrument, um struktureller Diskriminierung entgegenzuwirken – sollen dazu dienen, reale Chancengleichheit zwischen Mann und Frau herzustellen.

Recht muss notwendigerweise um die komplexen Sachverhalte zureichend erfassen zu können, eine Fülle von Differenzierungen vornehmen, die auf ungleiche Bedingungen Bezug nehmen und zu

unterschiedlichen Rechtsfolgen führen → Gerechtigkeit fordert, dass dabei aber nicht willkürlich vorgegangen wird, sondern ein sachlich gerechtfertigtes Maß beachtet wird → dieses sachliche Maß bildet dann das Kriterium der Gleich- und Ungleichbehandlungen von Lebenssachverhalten (ist den historischen Wandlungen unterworfen).

Arten der Gerechtigkeit:

austeilende Gerechtigkeit:

bezieht sich auf ein **Verhältnis der Über und Unterordnung** (insb. Staat – Bürger):
Übergeordnete Instanz obliegt es, gegenüber untergeordneten Personen, eine Verteilung von Rechten und Pflichten vorzunehmen; charakterisiert durch das Vorhandensein von mind. 2 Personen)
(Aristoteles: „**Geometrische Gleichheit**“)

Es gilt:

- Güter- und Lastenverteilung nicht willkürlich, sondern nach einem **sachlichen Maß** vorzunehmen
- diesen sachlichen Maßstab in sämtlichen Anwendungsfällen **gleichmäßig durchzuhalten**

→ Regeln der austeilenden Gerechtigkeit betreffen die grundlegende Gestaltung der gesamten RO.
Bsp: Regeln über Rechts- und Handlungsfähigkeit, Garantie von Grund- und Freiheitsrechten, etc.

Verteilung kann nach **egalitären** oder nach **proportionalen** Gesichtspunkten erfolgen.
Egalitär va dann, wenn es sich um die Gewährleistung grundlegender Rechte handelt bzw. um die Verteilung von Gütern, die die Grundbedürfnisse der Menschen befriedigen.
Kriterien der Proportionalität va dann, wenn nach dem Leistungsprinzip Gesichtspunkte des Verdienstes Berücksichtigung finden sollen.

Rawls/Walzer: Ausführungen zum Verhältnis dieser Verteilungskriterien
Kontroversen liegen in den unterschiedlichen ideologischen Positionen und den verschiedensten Interessensstandpunkten.

Ausgleichende Gerechtigkeit = Tauschgerechtigkeit:

bezieht sich auf das **Verhältnis zweier oder mehrerer Personen, die einander als gleichberechtigt gegenüberstehen, und Güter oder Leistungen wechselseitig austauschen.**

Ziel: fairer Austausch von Leistung und Gegenleistung → Äquivalenz herstellen!

(Aristoteles: „**Arithmetische Gleichheit**“)

Bsp: Herstellung von Leistung und Gegenleistung im Vertragsrecht, Ausschluss von Machtungleichgewichten im Geschäftsverkehr, Schadenersatzrecht, etc.

Verfahrensgleichheit:

Da oft kein Meinungskonsens in Fragen der gerechten Lösung von Sachfragen → müssen Entscheidungen über spezifische Verfahren gewonnen werden.

→ allen Beteiligten sollen faire, der Forderung der Gleichheit verpflichtete Teilnahmebedingungen garantiert werden → damit sollen Voraussetzungen geschaffen werden, das Ergebnis dieser Verfahren bei aller Unterschiedlichkeit der Standpunkte doch akzeptabel zu machen → daher nennt man diese Erscheinungsform der Gerechtigkeit „Verfahrensgerechtigkeit“.

→ reicht von der Organisation „Verfahren politischer Willensbildung“ (zB Garantie gleichen Wahlrechts) bis zur fairen Gestaltung des Zivil- oder Strafprozessrechts.

Bsp sog. „vollkommener Verfahrensgleichheit“ von Rawls: Aufteilung einer Torte.

Auch in der mod. Ethik wird dem Gedanken der Normengewinnung und der Normenprüfung besondere Bedeutung zugemessen → Vertreter der sog. Diskursethik /Apel, Habermas) betonen, dass Rechts- und Moralnormen nur kommunikativ begründet werden können, d.h. wenn die Argumentationen unter Bedingungen zwangsfreier Verständigung stattfinden.

Das Problem der Billigkeit:

Recht besitzt eine generalisierende Tendenz → regelt Sachverhalte nach typischen Merkmalen nicht nach individuellen und orientiert sich damit an Durchschnittsannahmen über menschliches Verhalten → aufgrund dessen kann es in Einzelfällen bei der Rechtsanwendung zu unzumutbaren Härten kommen, die nicht dem gesetzgeberischen Plan entsprechen → die allg. Norm und der individuelle Fall stehen dann in einem Konfliktverhältnis → diesen Konflikt zu bereinigen ist die Aufgabe der Billigkeit als Maßstab individualisierender Gerechtigkeit.

Aristoteles: charakterisiert die Schwierigkeit, Gerechtigkeit als das den Gesetzen Gemäße und Billigkeit in ein zureichendes Verhältnis zu bringen → kommt zu dem Schluss, dass das Billige ein Recht ist, aber nicht dem Gesetz nach, sondern als eine Korrektur des gesetzlich Gerechten.

Billigkeitsprinzip seit dem röm. Rechtsdenkens bis heute bestimmend!

Im Zeichen des Legalitätsprinzips gibt es das Bestreben, Billigkeitsgesichtspunkte so weit wie möglich in das positive Recht einzubauen (Bsp. Ermächtigung des Richters durch das Gesetz „nach billigem Ermessen“ zu entscheiden; in der Strafgerichtsbarkeit dienen zB das außerordentliche Milderungsrecht bzw. das Institut der Begnadigung der Berücksichtigung des auf den Einzelfall bezogenen Billigkeitsgedankens).

(Mit der Billigkeit ist auch immer das Risiko des Rechtsmissbrauchs verbunden.)

Gerechtigkeit als Fairness – Theorie der Gerechtigkeit von John Rawls:

Gesellschaft (einerseits geprägt durch eine **Gemeinsamkeit von Interessen** und andererseits durch **Interessenkonflikte**) ist laut Rawls ein System der Zusammenarbeit durch das die Interessen jedes einzelnen Mitgliedes gefördert werden sollen → Konfliktlösung nach allg. Grundsätzen – **va Grundsatz der Fairness** (verlangt, dass alle Mitglieder grundlegende Spielregeln im Zusammenleben akzeptieren und in gleichem Maße an den Vorteilen/Lasten beteiligt sind) ist Aufgabe der **Gerechtigkeit!**

Methodische Grundsätze der Erörterung von Gerechtigkeitsfragen:

Da die Menschen über „wohlüberlegte“ Urteile (wenn sie ohne ungebührlichen Einfluss des Eigeninteresses/unter Bedingungen zustandekommen, die der rationalen Überlegung generell zugänglich sind – mit der Absicht abgegeben, ein moralisch richtiges Urteil zu fällen) verfügen und alle unterschiedliche Ansichten darüber haben, was gerecht ist, da moralische Probleme üblicherweise von verschiedenen Standpunkten betrachtet werden, muss man die Gerechtigkeit probeweise von einem einheitlichen Standpunkt, einer Art „Naturzustand“ ausgehen, der alle Vergesellschaftung vorlausliegt, wo über die gerechte Gestaltung der „Grundstruktur“ einer Gesellschaft Konsens besteht.

→ Weitere Aufgabe der Gerechtigkeitstheorie: Grundsätze der Gerechtigkeit vom gewählten Standpunkt ableiten, die Gestaltung einer Grundstruktur einer Gesellschaft maßgeblich sein sollen.

→ Solcherart Urteile sind mit dem Gehalt bereits bestehender „wohlüberlegter Urteile“ zu konfrontieren – ergibt sich keine Übereinstimmung, dann ist zu entscheiden, ob die betreffenden wohlüberlegten Urteile zu revidieren sind, oder ob die Formulierung des Standpunkts so zu verändern ist, dass andere Grundsätze abgeleitet werden können. → „Hin- und Herwandern“

→ Ziel dieses Verfahrens: „**Überlegungsgleichgewicht**“ **zwischen „wohlüberlegten Urteilen“ und Grundsätzen der Gerechtigkeit herstellen** → ist dieses Überlegungsgleichgewicht erreicht, dann können die solcherart gewonnenen Grundsätze als Gerechtfertigt betrachtet werden.

Um den einheitlichen Standpunkt zu gewinnen, knüpft Rawls methodisch an die klassische Theorie vom Gesellschaftsvertrag (insb. Im Anschluss an Rousseau und Kant) und verbindet sie mit Vorstellungen der speziell in den modernen Wirtschaftlichswissenschaften gebräuchlichen Entscheidungs- und Spieltheorien.

„**Urzustand**“:

=**Zustand ursprünglicher Gleichheit** – wechselseitige Anerkennung als freie und gleiche Personen

→ Gerechtigkeitsgrundsätze sind nach Rawls diejenigen Grundsätze: „die freie und vernünftige Menschen in einer anfänglichen Situation der Gleichheit zur Bestimmung der Grundverhältnisse ihrer Verbindung annehmen würden“.

→ Gerechtigkeitsüberlegungen sollen hinter einem „Schleier des Nichtwissens“ stattfinden – so liegt ein Informationsdefizit bei ihrer Entscheidung vor (kennen ihre Lage nicht, daher veranlasst sie dieses Nichtwissen die Standpunkte aller anderen mitzubersichtigen, die anderen genauso zu behandeln, wie sich selbst – folgt dem Prinzip ihr rationales Selbstinteresse optimal zu Geltung zu bringen → Gedanke der Verallgemeinerung!)

Ergebnis aus dem Urzustand: 2 Prinzipien der Gerechtigkeit:

- **Prinzip gleicher Grundfreiheiten:** formuliert die Forderung nach einem kohärenten, für alle gleichen Grundrechtssystem (ist somit Ausdruck eines egalitären Liberalismus, der jedem Menschen einen entsprechenden Freiheitsraum pers. Lebensgestaltung und öff. Betätigung gewährleistet)
- **Prinzip der Rechtfertigung von Ungleichheiten:** Ungleichheiten sind in sozialökonomischer Hinsicht nicht ausgeschlossen, sie müssen aber 2 Bedingungen erfüllen, um gerechtfertigt zu sein: 1.: **Prinzip fairer Chancengleichheit** (jeder Mensch muss reelle Chancen haben, in gesellschaftliche Positionen zu kommen, die mit Vorteilen verbunden sind); 2.: **Differenzprinzip** (die mit Ämtern und Positionen verbundenen sozialen Ungleichheiten müssen so eingerichtet sein, dass sie zum größtmöglichen Vorteil der am wenigsten Begünstigten wirken).

→ die beiden Prinzipien sind nicht gleichrangig sondern in einer „lexikalischen Ordnung“ zueinander: Das Prinzip gleicher Grundfreiheiten hat Vorrang und innerhalb des zweiten Prinzips hat das Prinzip fairer Chancengleichheit wiederum Vorrang.

Vorrang bedeutet, dass Grundfreiheiten nur um anderer Grundfreiheiten willen eingeschränkt werden dürfen, nicht aber, um größere gesellschaftliche oder wirtschaftliche Vorteile zu erzielen.

Michael Walzer – Eine kommunitaristische Güterethik: „Sphären der Gerechtigkeit“

Kommunitarismus = amerikanische Richtung der Gegenwartsphilosophie, die den „politischen Liberalismus“ wegen seines inadäquaten, weil formal-abstrakten Begriffes von „Gemeinschaft“ kritisiert → man orientiert sich in dieser Richtung vorwiegend an Hegel und Aristoteles, während sich die Richtung des „pol. Liberalismus“ eher von Locke, Kant und Mill herleitet.

System der Güterverteilung:

Walzer: Rawls „Urzustand-Betrachtung“ führt zu übermäßigen Abstraktionen!

Theorie der Gerechtigkeit steht bei Walzer vor der Aufgabe, sich an der **Bedeutung von sozialen Gütern** zu orientieren → da sie hist. Charakter haben, wandeln sie sich im Laufe der Zeit → daher ist es laut Walzer unangemessen, einen überzeitlichen Bestand von Gerechtigkeitsprinzipien formulieren zu wollen.

Weiters wäre es nicht zutreffend, die einzelnen Verteilungskriterien (Bedürftigkeit, Verdienst,...) aus ihren Anwendungsbereichen zu lösen und daran anschließend zu generalisieren. Ob solche Kriterien zur Anwendung kommen, ist von den betreffenden Gütern selbst abhängig. Daher ist mit der Vielfalt der Güter ein **„Pluralismus“ der Kriterien und Verfahren der Verteilung** verbunden.

Komplexe Gleichheit:

Aufgabe der Gerechtigkeitstheorie ist es, die Vielfalt der Güter in ein zusammenhängendes **System** zu bringen. Die Gerechtigkeit eines Verteilungssystem bemisst sich daran, wie das **Verhältnis der Verteilungskriterien für versch. Güter zueinander** bewertet und gestaltet wird.

Dieser Bewertung soll, so Walzer ein in seinem Anwendungsbereich **„offenes Distributionsprinzip“** zugrunde liegen: Kein soziales Gut X sollte ungeachtet seiner Bedeutung an Männer und Frauen, die im Besitz eines anderen Gutes Y sind, einzig und allein deshalb verteilt werden, weil sie dieses Y besitzen → in diesem Prinzip kommt ein Gleichheitsverständnis zur Anwendung, das Walzer als **„komplexe Gleichheit“** (Gegenteil: simple Gleichheit – verlangt eine numerische Gleichverteilung bestimmter Güter; kann keinen dauerhaften Bestand haben, weil immer wieder neue Ungleichheiten entstünden) charakterisiert.

Komplexe Gleichheit stellt darauf ab, die **Integrität** der mit bestimmten Gütern verbundene **Verteilungssphären** zu gewährleisten. Gleichheit lässt sich solcherart mittels einen Verteilungssystem herstellen, in welchem das „offene Distributionsprinzip“ beachtet wird.

Verletzt wird das durch das „offene Distributionsprinzip“ determinierte System komplexer Gleichheit jedenfalls dann, wenn ein Gut die Verteilung der anderen **dominiert** --> „Übergreifung“ → Solche Grenzverletzungen bezeichnet Walzer als **„Tyrannei“**.

Liberalismus als Kunst der Trennung:

Das Gerechtigkeit auf der Integrität von Verteilungssphären beruht, ist nach Walzer das Grundprinzip der liberalen Demokratie → daher beruht der Liberalismus seines Erachtens nach auf der „Kunst der Trennung“.

Trennung = Anerkennung der Eigenständigkeit der verschiedenen gesellschaftlichen bzw. politischen Sphären und der Schutz der Unversehrtheit ihrer Institutionen (Bsp: Trennung von Staat und Kirche).

Auch andere Trennungen sind durch allmähliche Ausdifferenzierungen gegeneinander gleichgültiger Handlungs- und Verteilungssphären geschichtlich entstanden. Wird das Verhältnis dieser funktional differenzierten Sphären auf der Basis komplexer Gleichheit geregelt, so wird auf diese Weise auch Freiheit ermöglicht und gesichert („Freiheit ist eine Summe von Freiheiten. Sie besteht aus Rechten innerhalb bestimmter Handlungsspielräume“).

Nach Walzer gehört es zu den wichtigsten Aufgaben der Politik, auf den Grenzverlauf zwischen den einzelnen Verteilungs- (=Freiheits-)Sphären zu achten und „tyrannischen“

Grenzüberschreitungen entgegenzuwirken. (Theorie der Gerechtigkeit vermag es nicht, hier normative Vorgaben zu leisten)