

Skript Rechtsphilosophie und Rechtstheorie

Bearbeitet von

Von Prof. Dr. habil. Heinrich Weber-Grellet, Vorsitzender Richter am Bundesfinanzhof a.D.

7. Auflage 2019. Buch. 216 S. Softcover

ISBN 978 3 86752 666 1

Format (B x L): 19,5 x 24,9 cm

[Recht > Rechtswissenschaft, Nachbarbereiche, sonstige Rechtsthemen > Allgemeines, Einführungen, Gesamtdarstellungen, Nachschlagewerke](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

1. Teil: Rechtsphilosophie

1. Abschnitt: Fünf Minuten Rechtsphilosophie¹

1. Minute: Grundlagen

Zentrales Thema der Rechtsphilosophie² ist die Gerechtigkeit; Recht, Gerechtigkeit und Rechtsphilosophie gehören zusammen. Seit mehr als zweitausend Jahren ist der Mensch auf der Suche nach Gerechtigkeit, ohne bis heute eine wirklich befriedigende und dauerhafte Lösung gefunden zu haben. Rechtsphilosophie ist die Grundlage allen Rechts; Rechtsphilosophie begegnen wir (auch unbewusst) auf Schritt und Tritt, im Strafrecht beim Nachdenken über den Zweck der Strafe, im Zivilrecht bei der Prüfung sittenwidriger Geschäfte, im öffentlichen Recht bei der Umsetzung des Asylrechts oder bei der Bemessung von Steuern. Die Grundrechte und das gesamte Verfassungsrecht sind letztlich „positivierte“ Rechtsphilosophie; Völkerrecht und Menschenrechte sind Ausdruck rechtsphilosophischer Grundüberzeugungen von der Würde und dem Leben des Menschen. Grundlage und Garant der Rechtsphilosophie ist in einer demokratisch organisierten Gesellschaft das Ethos ihrer Bürger.

Rechtsphilosophie ist nicht nur abgehobenes Denken über die letzten Dinge im Recht, sondern hat handfeste praktische Bedeutung.³ So hat das Bundesverfassungsgericht im sog. Mauerschützenprozess, in dem es um die strafrechtliche Verantwortung der sog. Mauerschützen ging, das strafrechtliche Rückwirkungsverbot letztlich mit der rechtsphilosophischen Erkenntnis außer Kraft gesetzt, dass die Grundlage für das Rückwirkungsverbot entfallt, wenn ein Staat Taten im Bereich schwersten kriminellen Unrechts durch Rechtfertigungsgründe deckt und so die allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise missachtet. Ebenso liegen z.B. dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Anbringen von Kreuzfixen rechtsphilosophische Vorstellungen über das Verhältnis von Staat und Kirche zugrunde.⁴

Die nachfolgenden Ausführungen stehen in einer gewissen Nähe zu den Ideen des Münsterschen Rechtsrealismus.⁵ Der Münstersche Rechtsrealismus verbindet Rechtsphilosophie und Rechtstheorie; wesentliche Elemente sind Autonomie, demokratische Mitbestimmung, Metaphysikfreiheit. Daraus folgt ein instrumentelles Rechts- und Staatsverständnis, das eine demokratisch organisierte, den Menschenrechten und der Humanität verpflichtete Gesellschaft zum Ziel hat: Recht und Staat dienen der Gestaltung der sozialen Wirklichkeit;⁶ sie sind („nur“ noch) Funktionen einer demokratisch organisierten Gesellschaft.

1 In Anlehnung an Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, 1945 (Radbruch GA III, 78).

2 Zur Definition und Abgrenzung im Einzelnen s. Glossar.

3 Bereits Aristoteles stellte fest: Wir müssen uns der Philosophie widmen, wenn wir unseren Bürgerpflichten richtig nachkommen und unser Privatleben nützlich gestalten wollen. – Erste Aufgabe der Philosophie ist natürlich nach wie vor, vermeintliche Sicherheiten zu zerstören und zum Nachdenken zu zwingen.

4 S. im Einzelnen Rn. 154 und Rn. 170 ff.

5 Dazu im Einzelnen Rn. 121 ff.

6 Volkmann, Rechtsphilosophie, 2018, 241.

2. Minute: Naturrecht und Positivismus

- 2 Bis in die heutige Zeit wird die rechtsphilosophische Entwicklung durch den (vermeintlichen) Gegensatz von Rechtspositivismus⁷ (Gleichsetzung von Gesetz und Recht) und Naturrecht⁸ bestimmt; dieser Gegensatz lässt sich bis in die Anfänge der antiken Philosophie zurückverfolgen.⁹ Die Auslieferung des Rechts an partikulare Interessen ist das besondere Problem des Rechtspositivismus; die Ideologisierung des Rechts aber ist das Problem der Naturrechtslehren.

„Vor dem Gesetz steht ein Türhüter. Wer das Schwert des Gesetzes schwingen will, den muss er hindurchlassen. Früher war es ein Priester. Heute ist es ein Rechtsphilosoph. Nie war die Tür verwaist. Doch fast immer haben die Mächtigen das Gesetz in ihre Hand gebracht. Denn die Türhüter sind sich über die Gesetze des Türhütens nicht einig. Einige lassen sich von den Mächtigen ein Papier vorlegen, das beweist, dass ihre Ermächtigung formal in Ordnung ist. Das sind die Rechtspositivisten. Andere lassen sich von den Mächtigen erzählen, was sie inhaltlich mit der Macht anfangen wollen, und prüfen, ob das wohl mit rechten Dingen zugeht. Das sind die Naturrechtler. Beide Fraktionen werfen einander vor, sie öffnen den Mächtigen viel zu schnell die Tür ... Was ist nun recht im Umgang mit Recht?“¹⁰

3. Minute: Rechtsphilosophie heute

- 3 In unserer Zeit wird der Inhalt der Gesetze durch die Verfassung und die Institutionen des demokratischen Rechtsstaats gesichert und garantiert. Angesichts der Positivierung der Grundrechte ist die Frage nach einer bestimmten Rechtsphilosophie heute eher von geringerer Tragweite. Das Grundgesetz ist konkretisierte Rechtsphilosophie; es verlangt Gleichheit und schützt die Würde des Menschen, Freiheit und Eigentum. Andererseits ist es nach ganz überwiegender Meinung kaum möglich, allgemein gültige, ewige Wahrheiten zu formulieren. Die heutige Rechtsphilosophie widmet sich daher in vielen Fällen mehr einzelnen Fragen als der Gesamtheit des Rechts.¹¹

Die Systemtheorie begreift und erklärt das Recht als schlichte Funktion zur Stabilisierung der Gesellschaft, die Diskurstheorie hofft durch den idealen Diskurs auf die Kraft der Vernunft, und die Gerechtigkeitstheorien amerikanischer Herkunft sind weitgehend utilitaristisch inspiriert.¹² Manche Positionen der Rechtsphilosophie beschränken sich auf die „Feinjustierung“ des Rechts und die Lösung spezifischer (begrenzter) Probleme (z.B. Fragen der Medizin und der Ökologie).

4. Minute: Recht, Gesetz und Moral

- 4 Nicht jedes Gesetz ist Recht. Dem Gesetz muss die Absicht zugrunde liegen, das sozial Richtige und Gerechte unter den Voraussetzungen und Bedingungen der Zeit zu verwirklichen. Im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes gilt das parlamentarische Gesetz. Kontrolliert werden kann das Gesetz an den Maßstäben der Verfassung, die sich an traditionellen abendländischen Werten, an naturrechtlichen und vernunftrechtlichen (menschenrechtlichen) Überlegungen und auch am Maßstab des kategorischen Imperativs orientieren; danach müssen die Gesetze ein ausgewogenes Verhältnis von

7 S. Rn. 87 ff.

8 S. Rn. 77 ff.

9 S. im Einzelnen Rn. 77 ff. und Rn. 87 ff.

10 Bahners, Hüter ohne Haus, 15. Weltkongress der Rechtsphilosophen in Göttingen, FAZ v. 29.08.1991, 25.

11 Zu den Methoden der Rechtsphilosophie s.u. Rn. 277.

12 Dazu im Einzelnen Rn. 110 ff.

Freiheit, Gleichheit und Solidarität gewährleisten. Verwerfungskompetenz besitzt prinzipiell allein das Bundesverfassungsgericht.

Das Verdienst des Positivismus und der reinen Rechtslehren ist die Unterscheidung zwischen dem positiven Recht, der Moral und den dem Recht zugrunde liegenden Werten. Das Recht ist ein Instrument zur Regelung und zum Ausgleich konfligierender Interessen.¹³ Recht und Staat dienen der Steuerung der gesellschaftlichen Verhältnisse einer demokratisch verfassten Gesellschaft; diese Aufgabe verlangt ein funktionales Staats- und Rechtsverständnis, das frei ist von aller Metaphysik. Dieser funktionalen Beschränktheit ungeachtet ist das Fundament des Rechts – wie auch aller anderen Lebensbereiche – die Humanität sowie die Ehrfurcht vor dem Leben und der Natur.

Der Geltungsgrund des Gesetzes ist der demokratische Volkswille. Gesetze sind verbindlich, aber nicht kraft quasi-religiöser Satzung, nicht als Ausdruck von (unterwerfendem) Gehorsam, sondern kraft Vereinbarung und demokratischer Legitimation.

Gegenüber gesetzlichem Unrecht besteht in den Grenzen des Art. 20 Abs. 4 GG ein Recht und u.U. sogar eine Pflicht zum Widerstand. Niemand kann sich auf den Satz „Gesetz ist Gesetz“ berufen, sofern es sich um krasses Unrecht handelt. Bei Konflikten zwischen Recht auf der einen und Moral- und Gewissensnormen auf der anderen Seite geht das staatliche Recht vor; der Einzelne kann dennoch seiner Überzeugung gemäß handeln, muss aber die staatlichen Sanktionen ertragen.

„Obrigkeit“ und „Gehorsam“ sind Begriffe, die mit dem aufgeklärten Menschenbild und mit der Würde und der Freiheit der Person nicht vereinbar sind. Gesetze werden nicht qua obrigkeitsstaatlicher Anordnung, sondern kraft Einsicht in die Notwendigkeit des Rechts befolgt.

Die Entartung des Rechts im Dritten Reich beruhte nicht auf einer bestimmten rechtsphilosophischen Grundhaltung. Weder der Positivismus noch das Naturrecht als solche waren schuld am Versagen im Dritten Reich; schuld waren der Mangel an Gerechtigkeit, der menschliche Ungeist, die menschliche Kälte, die Beschränktheit der Ideologien, letztendlich fehlende Humanität.

5. Minute: Ausblick

Im Laufe der letzten beiden Jahrhunderte hat sich ein fester Bestand an gemeinsamen Rechtsüberzeugungen herausgebildet, wie er z.B. im Grundgesetz und in den Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte zum Ausdruck kommt. Die Rechtsphilosophie ist nicht am Ende, sondern steht in Gestalt des Grundgesetzes, der Grundrechte-Charta der Europäischen Union, der UN-Charta und der Menschenrechtsdeklarationen in „hoffnungsvoller Blüte“.¹⁴ Allerdings darf der erreichte Stand nicht darüber hinwegtäuschen, dass in vielen Bereichen noch erhebliche Defizite bestehen; Krieg, Hunger und Vertreibung sind längst noch nicht beseitigt.

Der Versuch der spekulativen Philosophie, Ethik aus der Erkenntnis des Wesens der Welt zu begründen, ist fehlgeschlagen.¹⁵ Die Ethik hat von der Erkenntnistheorie nur wenig zu erwarten, wie andererseits aber eine Ethik ohne fundierte Erkenntnistheorie Gefahr läuft, zur Ideologie zu verkommen. Kant hat den Begriff der absoluten Pflicht aufgestellt,

¹³ Funke, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie, 291.

¹⁴ Görres, Sonnenaufgang der Weltgerechtigkeit?, Süddeutsche Zeitung v. 24.06.2013, 18.

¹⁵ Schweitzer, Kultur und Ethik, 268.

ohne ihm einen Inhalt zu geben.¹⁶ Nach Albert Schweitzer hingegen ist Ethik die Hingebung an das Leben und die Ehrfurcht vor dem Leben; Ethik ist die Verantwortung gegen alles, was lebt.

„Erneuerung der Kultur ist nur dadurch möglich, dass die Ethik wieder die Sache der denkenden Menschen wird. ... Gelten lassen wir nur, was sich mit der Humanität verträgt. Die Rücksicht auf das Leben und auf das Glück des Einzelnen bringen wir wieder zu Ehren. Die heiligen Menschenrechte halten wir hoch, nicht die, die die politischen Machthaber bei Banketten verherrlichen und in ihrem Handeln mit Füßen treten, sondern die wahren. Gerechtigkeit erlangen wir wieder, ... die von dem Werte jedes Menschendaseins erfüllt ist. Das Fundament des Rechts ist die Humanität.*

* Schweitzer, Kultur und Ethik, 352 f.

¹⁶ Schweitzer, Kultur und Ethik, 307.

2. Abschnitt: Die Entwicklung der Rechtsphilosophie

6

A. Antike

Vorsokratiker (6. Jahrhundert v. Chr.)	Bereits bei Heraklit findet sich der für alle späteren Naturrechtslehren typische Gedanke, dass sich der Natur gewisse allgemeine Normen des Handelns entnehmen lassen.
Sophisten (5. Jahrhundert v. Chr.), u.a. Protagoras	Das gesetzte Recht habe nichts wesentlich Gutes oder Bleibendes an sich; es beruhe auf (mehr oder weniger willkürlicher) Satzung oder Übereinkunft. Die Gesetze seien keine heilige Satzung, sondern dienten bestimmten Zwecken und Interessen.
Plato (427–347 v. Chr.)	Nach Platons Überzeugung gibt es ein Recht, das unabhängig von der positiven Gesetzgebung besteht und (nur) von einigen hervorragenden Individuen – auch gegen den Widerstand der uneinsichtigen Masse und der Rechtstraditionen – eingesehen werden kann, das in Ideen gegründete Naturrecht.
Aristoteles (384–322 v. Chr.)	Die Gerechtigkeit ist nach Aristoteles eine soziale Tugend; sie bezieht sich auf die Stellung zu den Mitmenschen. Im Gemeinwesen zeige sich die Gerechtigkeit in der Gleichheit (iustitia commutativa und iustitia distributiva). Er unterscheidet zwischen Normen, die kein Gesetzgeber hätte anders ordnen können, und solchen, die nur auf positiver Bestimmung beruhen.
Epikur (342–270 v. Chr.)	Vertraglich festgelegte Rechtsordnung. In Bezug auf das Gemeinwesen ist die Gerechtigkeit für alle dasselbe; denn sie ist das Zutragliche in der gegenseitigen Gemeinschaft.
Stoa (ca. 200 v. Chr.–200 n. Chr.)	Das Ideal der Stoa war der Weltstaat. Dem entsprach der Inhalt des stoischen Naturrechts, die freie und gleiche Natur aller Menschen (Lex est ratio summa insita in natura; Cicero). Die Prinzipien der französischen Revolution (Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit) haben ihre Wurzeln im Naturrecht der Stoa.

I. Erste Anfänge

Böckenförde, Geschichte, §§ 2, 3; Capelle, Die Vorsokratiker, 1968; Eckstein, Abriss der griechischen Philosophie, 4. Aufl., 1965; Kranz, Die griechische Philosophie, 1971; Nestle, Vom Mythos zum Logos, 2. Aufl., 1941/1975; ders., Griechische Geistesgeschichte, 1944; Reinhardt, Parmenides und die Geschichte der griechischen Philosophie, 4. Aufl., 1985; Röd, Der Weg der Philosophie I, 33 ff.; Szlezák, Was Europa den Griechen verdankt, 2010; Erik Wolf, Griechisches Rechtsdenken, Bd. I: Vorsokratiker und frühe Dichter, 1950, Bd. II: Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik, 1952.

Früher wurde die Auffassung vertreten, dass die Philosophie bei den Griechen plötzlich und ohne ersichtlichen Anlass entstanden sei. Nach neuerer Auffassung hingegen haben die Vorsokratiker um das 6./5. Jahrhundert v. Chr. viel von den alten (altbabylonischen und altägyptischen) Kulturen übernommen.¹⁷ Die Griechen profitierten von

7

¹⁷ Szlezák, Was Europa den Griechen verdankt, 2010, 97.

ägyptischer und sumerischer Mathematik; Mythen des Vorderen Orients fanden ihren Niederschlag im griechischen Denken, religiöse Vorstellungen aus Thrakien gelangten nach Griechenland, wo sie in der Orphik (einer religiösen Geheimlehre) mit der Gegenüberstellung von Leib und Seele und ihrem Glauben an jenseitige Folgen menschlicher Verhaltensweisen weiterwirkten. Ganz allgemein bestand das Neue der vorsokratischen Denkweise im Verzicht auf mythische Denkformen; die Tendenz zur systematischen Verknüpfung und zur Verallgemeinerung von Erkenntnissen veranlasste die frühen griechischen Denker dazu, die von außen empfangenen Anstöße durch Einbeziehung in neue theoretische Zusammenhänge umzubilden und so zu neuen Erkenntnissen vorzudringen.¹⁸

Die Moralphilosophie (Ethik) knüpfte an traditionelle Sitten- und Klugheitsregeln an, z.B. „Erkenne dich selbst“ (Thales), „Nichts im Übermaß“ (Solon), „Die Meisten sind schlecht“ (Bias). Die griechische Philosophie entwickelte sich durch den **Übergang von mythischer Deutung zu rationaler Erklärung**, durch den Schritt von einzelnen Erklärungen zu Theorien, in deren Rahmen Erklärungen systematisch verbunden werden.¹⁹

Ausgangspunkt war die **griechische Naturphilosophie**: Thales (geb. 620 v. Chr.) stellte die Frage nach dem Ursprung aller Dinge („spekulatives“ Wasser). Anaximander begriff das Apeiron („Urstoff“; noch quasi-substanziell) als göttliches Prinzip und ließ Ansätze einer evolutionistischen Betrachtungsweise (Entstehung des Menschen im Innern von Fischen) erkennen. Xenophanes (geb. 570 v. Chr.) verneinte ein sicheres Wissen („Nicht von Anfang haben die Götter den Sterblichen alles enthüllt, sondern allmählich finden diese suchend das Bessere.“ – „Von den Göttern vermag ich nichts festzustellen, weder, dass es sie gibt, noch, dass es sie nicht gibt, noch, was für eine Gestalt sie haben; denn vieles hindert ein Wissen hierüber: die Dunkelheit der Sache und die Kürze des menschlichen Lebens. ... Die Äthiopier stellen sich ihre Götter schwarz und stumpfnasig vor, die Thraker dagegen blauäugig und rothaarig.“²⁰). Heraklit (geb. 540 v. Chr.) prägte den Satz vom Fluss aller Dinge. In der Vorstellung des Parmenides (geb. um 515 v. Chr.) existierte ein unveränderliches Sein.

Bei **Heraklit** findet sich der für alle späteren Naturrechtslehren typische Gedanke, dass sich der **Natur** gewisse **allgemeine Normen des Handelns** entnehmen lassen. Allerdings soll die Einsicht in die wesentlichen Zusammenhänge der Natur der Dinge im Allgemeinen und der Natur des Menschen im Besonderen nur wenigen vergönnt sein. Die große Masse der Menschen bleibe unverständig und bedürfe der Führung durch die Einsichtigen.²¹

II. Die Emanzipation der Vernunft – die Sophisten

- 8 Die Sophistik (im 5. Jahrhundert v. Chr.), die infolge der Polemik Platons²² in ihrer Bedeutung auch heute noch teilweise verkannt wird, gilt als Wende in der griechischen Philosophie; mit ihr beginnt das Zeitalter der **griechischen Aufklärung**.²³ Die Fragen nach dem wahrhaft Seienden und seiner Erkennbarkeit treten zugunsten rechts- und staatsphilosophischer, sprach- und kulturphilosophischer Fragen in den Hintergrund (**Übergang von den Natur- zu den Geisteswissenschaften**). Wurden die Philosophen bisher

18 Röd, Der Weg der Philosophie I, 35.

19 Röd, Der Weg der Philosophie I, 37.

20 Zit. nach Capelle, Die Vorsokratiker, 121, 333.

21 Röd, Der Weg der Philosophie I, 55.

22 Vgl. nur die Darstellung der Lehren des Protagoras in dem gleichnamigen sokratischen Dialog.

23 Capelle, Die Vorsokratiker, 317 f.; Erik Wolf, Bd. II, 9 ff.

eher als Verkünder höherer Einsichten angesehen, so ist der Sophist Analytiker, Kritiker, Skeptiker und Relativist, verbunden mit der Säkularisierung des Staatsdenkens, der Geburt des Individuums und des Individualismus. Mit der Sophistik verbunden sind die **Emanzipation der Vernunft**, die Trennung des eigenen Denkens von der mythischen Vorstellungsweise, eine Abkehr von dem Naturgeschehen und eine Hinwendung zur Menschenwelt.

Die sophistische (gegen die traditionalistischen Kräfte in Athen gerichtete) Bewegung ist im Zusammenhang mit der Ausbildung verschiedener Einzelwissenschaften zu sehen; die Sophisten machten auch Rhetorik, Musik und bildende Kunst zum Gegenstand ihrer Reflexion. Die Sophisten leugneten eine „wahre“ Wirklichkeit hinter den erfahrbaren Dingen; die Sophistik führte zu einer Relativierung von Wahrheit und Wert und zu einer **Demokratisierung des Wissens**, das nicht mehr vermeintlich Einsichtigen vorbehalten ist. Die Sophisten traten als Lehrer des lebensnotwendigen Wissens auf. Viele Sophisten verbanden mit der Übermittlung des von ihnen gebotenen Wissens die Kritik an der Überlieferung, in welcher das griechische Volk bis dahin gelebt hatte. Insofern ähneln manche Züge der **Aufklärung** des 17. und 18. Jahrhunderts. Die Beschäftigung mit der Rhetorik führte die Sophisten zu der Erkenntnis, dass sich zu jeder Frage zwei Standpunkte entwickeln lassen und dass es mit rhetorischen Mitteln möglich ist, die schwächere Sache zur stärkeren zu machen. Aber ihre Kritik ging weiter. Protagoras (etwa 485–415 v. Chr.) bezweifelte die Existenz der Götter und stellte den berühmten Satz auf, der (einzelne) Mensch sei das Maß aller Dinge („omnium rerum homo mensura est“) – die Lehre von der individuellen Subjektivität. Für die **Ethik** stellte Protagoras die These auf: „Jede Handlung ist sowohl gerecht als ungerecht, sowohl tapfer als feige, je nach der Situation, in der sie geschieht.“²⁴

Im Bereich der **Rechtsphilosophie** ging es den Sophisten um die Rechtfertigung einer flexiblen Rechtsordnung, die den **sozialen Veränderungen** der Zeit Rechnung tragen sollte; die Rechtsphilosophie wurde als Mittel zur angemessenen Bewältigung von Aufgaben der Gesetzgebung angesehen.²⁵ Die Sophistik stellte die gemeinarchaische Auffassung infrage, nach der das Recht bindende, gute alte Überlieferung sei, die – dem einzelnen Staatswesen von Göttern und Heroen gegeben und von ihnen gestützt – hoch über der Willkür menschlichen Wollens und Planens stehe. Dieses „Infragestellen“ des Rechtes hing mit mancherlei Faktoren zusammen: mit der größeren Kenntnis von der nichtgriechischen „barbarischen“ Umwelt und von deren andersartigen Gesetzen und Bräuchen; mit der politischen Krise der Adelherrschaft, dem Heraufkommen von Tyrannis und Demokratie in den griechischen Städten und den damit verbundenen Rechtsumwälzungen.

Die Frage, was gerecht sei und was es mit dem Recht auf sich habe, wurde verschieden beantwortet. So wurde gelehrt, z.B. von **Hippias** (geb. nicht vor 460 v. Chr.) und **Antiphon** (5. Jahrhundert v. Chr.), gerecht sein bedeute, das **gesetzte Recht** nicht zu übertreten. Aber dieses gesetzte Recht habe nichts wesentlich Gutes oder Bleibendes an sich; es beruhe auf (mehr oder weniger willkürlicher) Satzung oder Übereinkunft; die Gesetze würden geändert; es gebe demnach wechselnde Anschauungen über das, was gerecht sei. Wahr sei, was gemeinsam akzeptiert werde, und zwar, wenn und solange es akzeptiert werde. Die Gesetze seien keine heilige Satzung, sondern dienten bestimmten Zwecken und Interessen, etwa dem Nutzen der Mächtigen oder auch dem Schutz der Masse der Schwachen. Andere Sophisten erkannten den Begriff der **ungeschriebenen Gesetze** an, die unabhängig von allem positiven Recht gälten. Antiphon zog die Berechtigung der ständischen Unterschiede, die sich in der griechischen Gesellschaft entwickelt hatten, in Zweifel; andere leugneten den für die damalige Zeit elementaren Unterschied zwischen Herren und Sklaven. Protagoras lehrte, die Strafe habe den rationalen Zweck, künftige Straftaten zu verhindern.²⁶

²⁴ Zit. nach Eckstein, 50.

²⁵ Rödl, Der Weg der Philosophie I, 76.

²⁶ Vgl. Coing, Grundzüge, 9.

tion der Sozialstaatlichkeit. Der Kommunitarismus ist vielgestaltig, beinhaltet auch eine Kritik an der modernen Industriegesellschaft und bedient sich überkommener Topoi konservativer Zivilisations- und linker Kapitalismuskritik.²⁸⁶

I. Das Rawls'sche Vertragsmodell

- 104 Habermas, Politischer Liberalismus – Eine Auseinandersetzung mit John Rawls, in: Die Einbeziehung des Anderen, 1996, 65–127; Pies/Leschke, John Rawls' politischer Liberalismus, 1995 (dazu Petersen, ARSP 1997, 145).



Rawls (1921–2002),²⁸⁷ aus Baltimore, Maryland, USA; 1950 Doctor of Philosophy; 1953 Ernennung zum Assistenzprofessor für Philosophie an der Vornell University; 1955–1957 erste wichtige Veröffentlichungen – Vorläufer der Gerechtigkeitsgrundsätze; 1962 Ernennung zum Professor für Philosophie an der Harvard University; 1991 Emeritierung.

Hauptwerke: Two concepts of Law (1955); Justice as Fairness (1957); A Theory of Justice (1971); Kantian Constructivism in Moral Theory (1980); Political Liberalism (1993); The Law of Peoples (1999); Justice as Fairness (2001).

Rawls führt in der 1971 erschienenen „A Theory of Justice“ die Gedanken der Utilaristen Bentham und Mill weiter und greift auf den Gedanken des Sozialvertrages zurück (**Neo-Kontraktualismus**), um die „Principles of Justice“ zu finden, die geeignet sind, „Social justice“ in einer „well-ordered society“ zu garantieren. Es geht darum, die Gerechtigkeitskonzeption zu finden, die am besten geeignet ist, die fairen Regeln sozialer Kooperation unter Bürgern zu ermitteln, die als frei und gleich und ein Leben lang kooperierend angesehen werden, um eine Verbesserung der moralischen Qualität der Politik.²⁸⁸ Rawls definiert Gerechtigkeit durch Rationalität; Gerechtigkeit als Fairness. Die Gewinne, aber auch die Lasten gesellschaftlicher Kooperation sollen so verteilt werden, dass jeder einzelne einen möglichst großen Vorteil erzielt. Nach seiner Auffassung würden sich rational handelnde Menschen auf zwei Prinzipien einlassen:

1. Jedermann soll gleiches Recht auf das umfangreichste System gleicher Grundfreiheiten haben, das mit dem gleichen System für alle anderen verträglich ist (Prinzip 1).
2. Soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten sind so zu gestalten, dass (a) vernünftigerweise zu erwarten ist, dass sie zu jedermanns Vorteil dienen,²⁸⁹ und (b) sie mit Positionen und Ämtern verbunden sind, die jedem offen stehen (Differenzprinzip; Prinzip 2).²⁹⁰

286 Vgl. Forst, Kontexte der Gerechtigkeit, 1994; dazu Nickel, ARSP 1996, Beiheft 82, 137, zur „neuen Unübersichtlichkeit“ der Pro- und Contra-Argumentationen; Haltern, Kommunitarismus und Grundgesetz, KritVJ 2000, 153.

287 Dazu im Einzelnen Pogge, John Rawls, 1994.

288 Nach Habermas, Die Einbeziehung des Anderen, 65, hat Rawls mit der „Theorie der Gerechtigkeit“ die lange Zeit verdrängten moralischen Fragen als Gegenstand wissenschaftlich ernst zu nehmender Untersuchungen rehabilitiert; er habe eine intersubjektivistische Lesart für Kants Begriff der Autonomie vorgeschlagen: Autonom handeln wir, wenn wir genau den Gesetzen gehorchen, die von allen Betroffenen auf der Grundlage eines öffentlichen Gebrauchs ihrer Vernunft mit guten Gründen akzeptiert werden könnten.

289 Ungleichheiten sind gerechtfertigt, wenn sie zur Verbesserung der Aussichten der am wenigsten begünstigten Gesellschaftsmitglieder führen (Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, 96, 101).

290 Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, 81; Gerechtigkeit als Fairness, 78; dort heißt es zu (a): Sie müssen den am wenigsten begünstigten Angehörigen der Gesellschaft den größten Vorteil bringen. – Beispiel: Der Bund erlässt Vorschriften gegen Missbräuche im Mietwesen.

Das erste Prinzip bezieht sich auf den politischen Teil einer Grundordnung²⁹¹ und geht dem zweiten (dem sozio-ökonomisch orientierten Prinzip) vor.²⁹² „Justice“ nach diesen Prinzipien bezeichnet Rawls als „**justice as fairness**“,²⁹³ als Forderung nach fairer Chancengleichheit. Um bei der Wahl der Ordnungsprinzipien allgemein akzeptable und in diesem Sinne faire Lösungen zu garantieren, muss unterstellt werden, dass die „Grundsätze der Gerechtigkeit“ hinter einem Schleier des Nichtwissens („**veil of ignorance**“) gewählt werden, der alle persönlichen Eigenschaften der Abstimmenden verbirgt. Damit soll eine Gesellschaft möglich werden, in der eine größere Vielzahl miteinander konkurrierender Lehren gleichberechtigt koexistieren kann durch ihre gemeinsame Anerkennung einer Gerechtigkeitskonzeption, deren Voraussetzungen mit jeder von ihnen vereinbar ist.²⁹⁴

Das Rawls'sche Konzept ist – im Unterschied zum Utilitarismus,²⁹⁵ dem es um die Förderung des Gesamtnutzens geht – individualistisch („sozialliberal“) orientiert. Es geht Rawls letzten Endes um eine Konkretisierung des „suum cuique“ und des Kant'schen kategorischen Imperativs nach bestimmten Regeln, die eine angemessene Verteilung der vorhandenen Güter unter den Bedingungen der natürlichen Ungleichheit ermöglichen sollen. Rawls betrachtet die Gesellschaft als ein Unternehmen zur Förderung des gegenseitigen Vorteils; sein Gerechtigkeitsbegriff geht von dem Urzustand aus, in dem sich die Menschen unter einem Schleier des Nichtwissens über ihren jeweiligen Status über ihre Rechte und Pflichten geeinigt haben. Das Ziel der Verteilung sei eine soziale Gemeinschaft (die „well-ordered society“), in der jeder „zu seinem Recht“ komme.²⁹⁶

Die Rawls'sche Konzeption führt zu einer philosophischen Rechtfertigung der **liberalen Menschenrechte** und der elementaren politischen Mitwirkungsrechte, andererseits auch zu einer Rechtfertigung politischer und ökonomischer Ungleichheit, soweit diese niemanden benachteiligt; Tönnies²⁹⁷ sieht in ihr eine neue, selbstständige Naturrechtskonzeption. Bei der Realisierung dieser Prinzipien spielt die Verfahrensgerechtigkeit eine zentrale Rolle. Insgesamt versucht Rawls, die Ideale der französischen Revolution, „Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit“, theoretisch einzulösen. Gegenüber dem Liberalis-

291 Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, 107; Politischer Liberalismus, 406: Gedanken- und Gewissensfreiheit; Vereinigungsfreiheit; politische und rechtsstaatliche Freiheiten.

292 Rawls, Politischer Liberalismus, 425: Freizügigkeit und freie Berufswahl; Befugnisse, Amtsvorrechte, verantwortliche Positionen; Einkommen und Besitz; soziale Grundlagen der Selbstachtung. – Auf der Ebene der Ökonomie ist das Recht des individuellen Vorteils stets dem Zweck eines gedeihenden Ganzen unterstellt; Ungleichheiten müssen auch den weniger Begünstigten Vorteile bringen, denen eine Grundausstattung an materiellen Gütern zu sichern ist. – Das zweite Prinzip ist das der „fraternité“ (Coing, 94). – „Soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten müssen [...] den am wenigsten Begünstigten den größtmöglichen Vorteil bringen.“ – sind die besseren Aussichten der Begünstigten genau dann gerecht, wenn sie zur Verbesserung der Aussichten der am wenigsten Begünstigten Mitglieder der Gesellschaft beitragen“ (Theorie der Gerechtigkeit, 99). – Der Grundsatz, eine Verbesserung der Aussichten der Bessergestellten nur dann als gerecht zu bezeichnen, wenn sie einer Verbesserung der Aussichten der am meisten Benachteiligten zu Folge hat, die letztgenannte Verbesserung ohne der erstgenannten also nicht stattfinden würde, dieses Postulat ermöglicht es nach Auffassung Rawls', einen vernünftigen (gerechten) Ausgleich zu schaffen zwischen den durch natürliche, soziale und persönliche Faktoren sowie Glück determinierten Ausgangsbedingungen einerseits und den unterschiedlichen Zugängen zu Laufbahnen und damit verbundenen Differenzen in der Einkommens- und Vermögensverteilung andererseits.

293 Chancenprinzip; Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, 94.

294 Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, 144.

295 S. Glossar, Rn. 320.

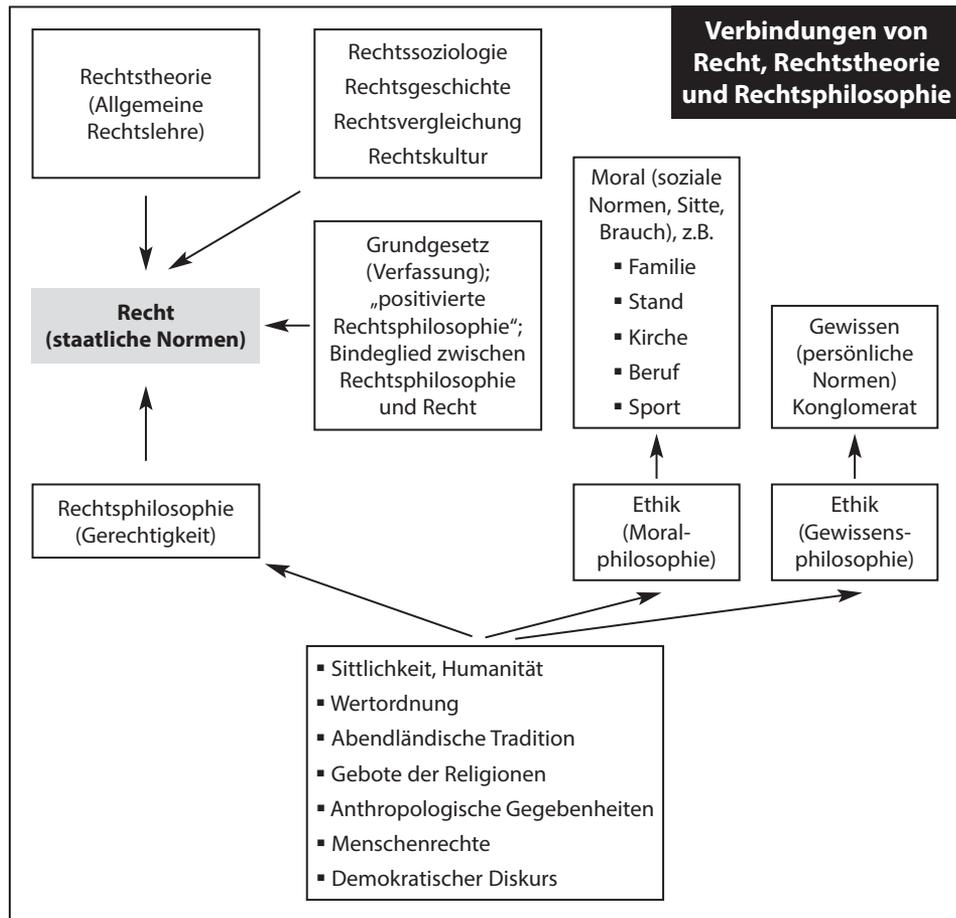
296 Zur Frage, ob die Rawls'sche Gerechtigkeitskonzeption die Rationierung medizinischer Leistungen erlaubt, vgl. Obermann, ARSP 2000, 412.

297 Der westliche Universalismus, 20.

2. Teil: Rechtstheorie

1. Abschnitt: Grundlagen und Abgrenzung

181



182 Zu unterscheiden sind die Rechtsphilosophie als die Frage nach dem richtigen Recht, die Rechtstheorie als die Theorie juristischer Grundbegriffe, die (aus der Rechtstheorie ausgegliederte) juristische Methodenlehre als Lehre vom Umgang mit dem Recht, die Rechtsethik als die Theorie der Gerechtigkeit und die Rechtssoziologie mit einem Blick auf die Fakten des Rechts.⁵⁸⁵ Ursprünglich gehörten die einzelnen Teilbereiche zur Rechtsphilosophie in einem weiteren Sinne, verstanden als die umfassende Wissenschaft vom Recht. Erst in den letzten 200 Jahren hat sich die Differenzierung in die einzelnen Fächer herausgebildet, wobei die Übergänge fließend sind.

183 **A. Rechtsphilosophie** im engeren Sinne befasst sich mit der Frage nach dem richtigen Recht und nach der Gerechtigkeit; die Rechtsphilosophie selbst ist kein Recht; sie ist dem Recht „vorgelagert“. Gesucht wird nach übergeordneten Prinzipien, an denen das positive (d.h. das in einem Staat im rechtlich vorgeschriebenen Verfahren zustande gekommene und deshalb geltende) Recht gemessen werden kann. Diese Prinzipien wurden in der Geschichte der Rechtsphilosophie etwa aus der Natur, der göttlichen Schöpfungsordnung, der Vernunft, dem Wesen des Menschen oder dem allgemeinen

⁵⁸⁵ Ralf Dreier, FS Starck 2007, 21, 32 f.

Konsens entwickelt. Der Bogen reicht vom Naturrecht der Antike (z.B. *Aristoteles, Plato*) über die christlichen Naturrechtslehren (*Augustinus, Thomas von Aquin*), die Aufklärung (*Hobbes, Locke, Pufendorf, Thomasius, Wolff, Kant*), den deutschen Idealismus (*Fichte, Hegel*) bis hin zu aktuellen, vor allem aus dem angloamerikanischen Rechtskreis stammenden Entwicklungen (Utilitarismus, Liberalismus, Kommunitarismus). Die Bedeutung der Rechtsphilosophie zeigt sich etwa daran, dass alle maßgeblichen Verfassungsentwürfe des westlichen Kulturkreises – z.B. die Virginia Bill of Rights (1776), die französische Erklärung der Menschenrechte (1789) bis hin zur Charta der Menschenrechte der Vereinten Nationen (1948) und zum Grundgesetz (1949) – in dieser rechtsphilosophischen Tradition stehen.

B. Die Rechtstheorie konzentriert sich auf die formellen und strukturellen Elemente des Rechts.⁵⁸⁶ Im engeren Sinne ist sie im Gefolge der angelsächsischen Sprachphilosophie zu einer analytischen Theorie der Sprache geworden, in der Rechtssätze formuliert werden. Neben der analytischen Rechtstheorie in der Tradition *Benthams* und *Austins* befasst sich die Rechtstheorie im weiteren Sinne (verstanden als **Allgemeine Rechtslehre**) mit der Methodik des Rechts, wobei etwa Argumentations- und Entscheidungstheorie, Diskurstheorie, Hermeneutik, Topik und Rhetorik bis hin zu Gesetzgebungstheorie, Systemtheorie und marxistische Rechtstheorie einbezogen werden. **184**

Gegenstand der „Allgemeinen Rechtslehre“ sind die allgemeinen Grundlagen des Rechts. Die allgemeine Rechtslehre ist nicht nur Rechtsformen-, sondern auch (in begrenztem Umfang) Rechtsinhaltslehre.⁵⁸⁷ Sie befasst sich u.a. mit den Grundbegriffen des Rechts, mit dem Begriff des Rechts, der Rechtsnorm, mit der Funktion des Rechts, der Abgrenzung von Recht, Moral und Gewissen. Auch die Methodenlehre des Rechts, die auf die Auslegung des Rechts gerichtet ist, gehört zu der Allgemeinen Rechtslehre. Diese Grundfragen beeinflussen auch den konkreten Inhalt des Rechts und die Vorstellungen über Gerechtigkeit.

C. Während sich Rechtsphilosophie und Rechtstheorie vor allem mit dem Recht in seiner Normativität beschäftigen, geht es der Rechtssoziologie um die Fakten.⁵⁸⁸ So gibt sie sich etwa bei der Frage, warum Richter so und nicht anders entscheiden, nicht mit der Erklärung zufrieden, dass ihre Urteile auf dem Gesetz beruhen, sondern die Rechtssoziologie fragt weiter: Lässt sich der Richter wirklich von den Gesetzen leiten? Inwieweit werden Gesetze tatsächlich von den Gerichten, den Behörden und den Mitgliedern einer Gesellschaft befolgt? Warum haben Gesetze gerade diesen und keinen anderen Inhalt?⁵⁸⁹ Wem nützen und wem schaden sie? Wie funktioniert die rechtliche Organisation einer Gesellschaft überhaupt? Wie sieht die Rechtswirklichkeit aus? **185**

586 Zum „Verschwinden“ der Rechtswissenschaft Somek, *Rechtliches Wissen*, 2006, Vorwort. – Instruktiv zu „einige(n) Problemen der gegenwärtigen Rechtstheorie“ Christensen/Müller/Patterson/Sokolowski, *Rechtstheorie* 2007, 123. – Zum (praktischen) Nutzen der Rechtstheorie (eines rechtstheoretischen Rasonnements) Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein ...*, 2006. – Zu einer „Rechtswissenschaftstheorie“, Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), 2008.

587 Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl., 2008, § 1 IV.

588 Raiser, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 4. Aufl., 2007; Rottleuthner, *KritV* 2009, 202, zum Exodus der deutschsprachigen Rechtssoziologie aus der akademischen Landschaft. – Die gegenwärtige Schwäche der Rechtssoziologie zeigt sich m.E. auch in dem Sammelband „Wie wirkt Recht?“ von Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.), 2010; es ist eher unverständlich, aus welchem Grund die grundlegende Funktion von Recht und Staat als Instrumente der demokratischen Gesellschaft nicht offensiv vertreten wird.

589 Zum Zusammenhang von Rechtssoziologie und juristischer Methodenlehre vgl. Petersen, *Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., 2015.

186 D. Jurisprudenz ist die Kunst der rechtsstaatlichen (auf rechtswissenschaftlicher Grundlage entwickelten) Ordnung. Recht ist nur zu einem geringen Teil Streitschlichtung; Recht ist weniger Zwangsbefugnis und Strafe, sondern notwendiges Instrument für eine "well-ordered" Society (Rawls). Dabei ist der Jurist gewissermaßen der „Transmissionsriemen“ zwischen Gesetzgeber und Rechtsbetroffenem, mit der Autorität des Rechts, besser: des gesellschaftlichen Auftrags auf der Grundlage demokratischer Legitimation. Der Jurist ist nicht der engstirnige, eindimensional nur am Wortlaut fixierte Rechtsanwender, der willfährige Handlanger der Mächtigen, der Mandarin der Macht, er ist auch nicht nur der Sachbearbeiter des Rechts. Der Jurist ist Mittler zwischen dem Gesetz und dem „Fall“, der in den verschiedensten gesellschaftlichen Bereichen die Wertungen des Gesetzgebers konkretisiert, der mit Verantwortung, mit Augenmaß und auch mit Skepsis und Distanz die Umsetzung der Gesetze begleitet.⁵⁹⁰

Der (gebildete) Jurist begreift das Recht nicht als Technik, nicht als mechanischen Vorgang, sondern versteht Recht als gesellschaftlichen Prozess im Geist des Ausgleichs und der Toleranz. Recht und Staat sind Funktionen und Instrumente der demokratischen Gesellschaft; ein Jurist ist der, der Recht als Ordnung des Gemeinwesens versteht (Aristoteles), als die Grammatik des Sozialen (Höffe). Die Aufgabe der Juristen besteht in der Konkretisierung des Rechts, in der Vermittlung zwischen dem allgemeinen Gesetz und dem konkreten Fall. Recht ist (demokratisch legitimierte) Politik, und Rechtsanwendung ist „die **Politik des Einzelfalls**“ – natürlich nur im Rahmen und in den Grenzen der Norm.

Die Rechtsanwendung muss sich – mit Hilfe der juristischen Methodenlehre – auch juristisch begründen lassen. Indes wird der subjektive Einfluss auf die Rechtsanwendung immer noch unterschätzt. Bezeichnend ist die Kontroverse zwischen Hirsch und Rütters;⁵⁹¹ der eine (Praktiker) begreift sich (vollkommen zu Recht) als „Pianist“, der die Werke des Komponisten (des Gesetzgebers) interpretiert, der andere (der Professor) meint die Richter an die kurze Leine des Gesetzgebers binden zu können. – Wenn in einem Senat die Richter das Gefühl haben, das Ergebnis könne – trotz aller klugen dogmatischen Erwägungen – nicht stimmen, wird so lange an dem Fall gearbeitet, bis auch das Rechtsgefühl und die Vorstellung von einem vernünftigen Ergebnis befriedigt sind.⁵⁹² Dass die Richter nicht nach Belieben und willkürlich entscheiden dürfen, ist vollkommen unbestritten. Auch der Vorrang des demokratischen Gesetzgebers steht vollkommen außer Frage. Angesichts dieser Situation sind die Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit,⁵⁹³ die Richterwahl und die Richterstellung von ganz zentraler Bedeutung. Diesen Prämissen wird am besten durch eine selbstverwaltete Justiz, die sich nicht in Abhängigkeit von der zweiten Gewalt befindet, Rechnung getragen.⁵⁹⁴

590 Zu schmal Lege, Was Juristen wirklich tun, in: Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert (hrsg. v. Brugger, Neumann, Kirste), 2008, 207; So ist die folgende Aussage (a.a.O., 231) wirklich nicht hilfreich: Einen Fall können wir „guten Gewissens entscheiden, wenn wir uns von der Idee juristischer Richtigkeit, die sich im Gelungenen zeigt, leiten lassen.“

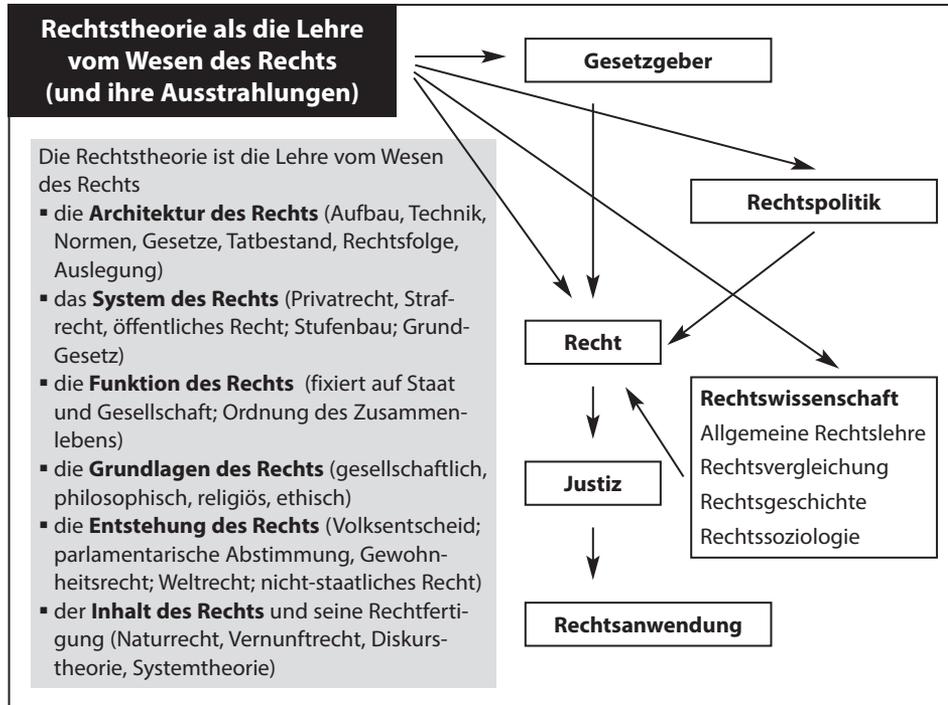
591 S.u. Rn. 224.

592 Eine gewisse Nähe hat dieser Ansatz zum Brugger'schen anthropologischen Kreuz der Entscheidung, dem es um die Strukturierung eines Deutungs-, Wertungs- und Entscheidungsfeldes geht, in dem der Mensch schon immer stehe (Brugger, Würde, Rechte und Rechtsphilosophie im anthropologischen Kreuz der Entscheidung, in: Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert (hrsg. v. Brugger, Neumann, Kirste), 2008, 50, 71.

593 Die richterliche Unabhängigkeit ist Bedingung der Rechtsdurchsetzung und daher notwendiges Element des gewaltenteilten Rechtsstaates; dazu i.E. Yang, Rechtstheoretische Grundlagen und gesellschaftliche Bedingungen der richterlichen Unabhängigkeit, 2013.

594 Dazu Weber-Grellet, Selbstverwaltung der Justiz, ZRP 2007, 153.

2. Abschnitt: Gegenstand der Rechtstheorie: Das Recht



A. Begriff des Rechts

Der Begriff Recht⁵⁹⁵ beinhaltet mehrere Bedeutungsvarianten,

187

- die Gesamtheit des Rechts mit all seinen Nebengebieten (also in erster Linie das gesetzte Recht, die Rechtswissenschaft, die Rechtsphilosophie, die Rechtstheorie, die Justiz), also alle Bereiche, die mit dem Recht zu tun haben;
- in einer engeren Bedeutung umfasst das Recht die geltende Rechtsordnung, das positive Recht (die Gesetze) und das vorgegebene Recht (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG: Bindung an Recht und Gesetz⁵⁹⁶);
- als Recht wird auch der normative Grundbestand verstanden, die Grundlagen, die eine Rechtsordnung ausmachen sollen,
- und schließlich ist Recht die einzelne Norm und der einzelne Anspruch.

Das **positive Recht** existiert in Form von Gesetzen, die der Gesetzgeber erlässt.⁵⁹⁷ Nach Kant ist Recht der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt

595 Koller, Der Begriff des Rechts und seine Konzeptionen, in: Brugger/Neumann/Kirste, Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 2008, 157 ff.; konventionell und ziemlich unergiebig: von der Pfordten, Was ist Recht? Ziele und Mittel, JZ 2008, 641, 646, mit der ersten (vollkommen unzureichenden) Antwort: „Recht ist menschliches Handeln im weitesten Sinne.“

596 S. auch Art. 20 a GG.

597 Vesting, Rechtstheorie, 2007, § 2.

werden kann. Die unter „Recht“ fallenden Normen sind durch folgende gemeinsame Eigenschaften charakterisiert:⁵⁹⁸

1. Rechtsnormen sind im Einklang mit der in der betreffenden Gesellschaft wirksamen Staatsverfassung zustande gekommen.
2. Sie werden regelmäßig angewendet und durchgesetzt.
3. Wer sie nicht befolgt, muss mit den angedrohten Konsequenzen (auch mit der Anwendung physischen Zwangs) rechnen.

Die heutige Rechtstheorie lässt sich in ihren Ursprüngen in mancherlei Hinsicht immer noch auf die Gedanken Kants zurückführen,⁵⁹⁹ z.B.:

- Trennung von Recht und Moral
- Geltungsgrund des Rechts ist Freiheit als Bedingung allen Zwangs; es gibt keine andere Quelle von Normativität als die Selbstgesetzgebung autonomer Wesen.⁶⁰⁰
- Rechtswissenschaft als Wissenschaft (gegen Metaphysik und Empirismus)
- Freiheit und Gleichheit, Allgemeinheit der Gesetze
- Eine kritische Theorie der Auslegung
- Im Vertragsbegriff steckt das generalisierungsfähige Prinzip für die Konstitution der sozialen Ordnungsformen aus freiwilligen Akten von Individuen.

Gerade die selbstständige und von einer herrschenden Moral oder Religion getrennte Rechtsordnung geht auf Kant zurück. Ebenso lassen sich die Fundamente des Rechtsstaats (Freiheit, Gleichheit, Demokratie) von Kant herleiten. Und auch das dialektische Verständnis von der Normauslegung ist kritisches Gedankengut. Andererseits dürften die „Empirisierung des (ideellen) Allgemeinwillens“ und eine „empirische Rechtslehre“ nur schwer mit Kants Vorstellungen zu vereinbaren sein.⁶⁰¹

- 188** In einer demokratischen Gesellschaft erlässt (nur) der demokratisch legitimierte Gesetzgeber die Gesetze („demokratischer Positivismus“); Naturrecht und Vernunftrecht sind keine legitimen Rechtsquellen; Recht beruht auf demokratischer Willensbildung. – Neben den Rechtsnormen stehen die Moralnormen und die Gewissensnormen. Moralnormen sind nichtstaatliche Normen, Gewissensnormen sind die Normen und die Maßstäbe, die der Einzelne für sich persönlich für verbindlich hält. Nach Radbruch ist Recht der Inbegriff der generellen Anordnungen für das menschliche Zusammenleben.⁶⁰² Recht ist nach Auffassung von Dreier⁶⁰³ „die Gesamtheit der Normen, die zur Verfassung eines

598 Hoerster, Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese, ARSP 1990, Beiheft 37, 27.

599 Dazu z.B. auch Maus, Zur Aufklärung der Demokratietheorie, Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluss an Kant, 1994; Dreier, JZ 2004, 745; kritisch Rorty, Philosophie als Kulturpolitik, 2008, 322 f; allgemein zu Kant s. Rn. 39.

600 Müller, Perspektiven der Demokratie, 2012, 54; Dreier, JZ 2004, 745, 749.

601 Dazu Brandt, Immanuel Kant – Was bleibt?, 2010, 205.

602 Dreier, Gustav Radbruchs Rechtsbegriff, Festschrift für Rottleuthner, 2011, 17, 44.

603 Dreier, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890, 896.