

RECHT, GERECHTIGKEIT UND MORAL

RECHT, GERECHTIGKEIT UND MORAL

DIE DEBATTE UM NATURRECHT UND RECHTS- POSITIVISMUS

MARTIN BOROWSKI

Muss Recht notwendig gerecht sein? Der Umgang mit dieser Frage zeigt einen zentralen Unterschied zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus auf: Während das Naturrecht von einem notwendigen Zusammenhang zwischen Recht und Moral ausgeht, existiert nach dem Rechtspositivismus keine solche Verbindung. Praktische Bedeutsamkeit erlangt diese Unterscheidung vor allem bei der Überwindung der Folgen von Unrechtssystemen. Hier hat der Heidelberger Rechtsphilosoph Gustav Radbruch mit seiner „Radbruchschen Formel“ Maßstäbe gesetzt, die auch beim Umgang mit der deutschen Vergangenheit im 20. Jahrhundert zum Tragen kamen.

B

Bei unbefangener Betrachtung besitzt die Gerechtigkeit entscheidende Bedeutung für das Recht. Viele würden ohne Weiteres die Erwartung an das Recht formulieren, es müsse eine gerechte Verteilung von Gütern und Lasten garantieren und Streitigkeiten bei dieser Verteilung auch gerecht entscheiden. Justitia ist die römische Göttin der Gerechtigkeit, und es kommt nicht von ungefähr, dass der zur Rechtspflege ermächtigte Teil der staatlichen Gewalt als Justiz bezeichnet wird. Zudem hat jeder Mensch einen mehr oder weniger entwickelten Gerechtigkeitssinn. Viele fühlen sich berufen, die Handlungen des Staates oder anderer Menschen an Forderungen der Gerechtigkeit zu messen, zu bewerten und nicht selten auch zu kritisieren. Das als ungerecht empfundene Urteil eines Gerichts kann durchaus starke Empörung auslösen. Vor diesem Hintergrund sollte man erwarten, dass die Gerechtigkeit in der Rechtspraxis und der akademischen Rechtswissenschaft eine herausragende Rolle spielt.

Je fester man aber nach der Gerechtigkeit greift, desto entschlossener scheint sie sich der Erkenntnis zu entziehen. Die ursprünglich unbefangene Sicherheit hinsichtlich des intuitiven Gerechtigkeitsgefühls wird erschüttert, ohne dass deutlich wird, ob und wie man universelle Gerechtigkeitskriterien objektiv begründen kann, und wenn ja, welche. Beobachtet man die Rechtspraxis, spielt die unmittelbare Berufung auf die Gerechtigkeit bestenfalls eine höchst untergeordnete Rolle. Ein Richter ist nicht frei, einen Rechtsfall anhand seiner eigenen Gerechtigkeitsvorstellung zu entscheiden. Er ist an Recht und Gesetz gebunden, vor allem an Parlamentsgesetze und Rechtsverordnungen. Diese enthalten autoritative Festsetzungen, welche durch Auslegung ermittelt werden müssen. Dabei stehen der Wortlaut dieser Gesetze und Verordnungen und der Wille des Gesetzgebers sowie die Systematik des betreffenden Gesetzeswerks und des Rechts überhaupt im Zentrum: Was hat der Gesetzgeber autoritativ angeordnet, und hat der Rechtsanwender angesichts dieser Festsetzungen überhaupt noch einen Spielraum? Die Argumentation zu den maßgebenden Voraussetzungen von rechtlichen Ansprüchen trägt oft technische und bisweilen bürokratische Züge.

Der Zusammenhang zwischen Recht und Moral
Dementsprechend befasst sich die Rechtsphilosophie zwar auch, aber keineswegs hauptsächlich mit verschiedenen

Gerechtigkeitsatheorien. Im Vordergrund steht vielmehr die vorgelagerte Frage, ob die Gerechtigkeit bei der Anwendung des positiven Rechts notwendig eine Rolle spielt. Nach dem Rechtspositivismus existiert keine notwendige Verbindung von Recht und Moral. Dies bedeutet, dass ein Richter Normen des positiven Rechts, die ordnungsgemäß gesetzt wurden und sozial wirksam sind, stets anwenden muss. Sie wurden ordnungsgemäß gesetzt, wenn sie von den zuständigen Organen in den hierfür vorgesehenen Verfahren erlassen wurden – beispielsweise vom Bundestag im Rahmen der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und im Verfahren der Gesetzgebung nach dem Grundgesetz. Sozial wirksam sind Normen, wenn sie in einem Mindestmaß befolgt werden und ihre Nichtbefolgung in einer hinreichenden Zahl von Fällen wirksam sanktioniert wird. Die moralische Richtigkeit oder Gerechtigkeit der so erzeugten Normen spielt nach dem Rechtspositivismus nicht notwendig eine Rolle. Dies bedeutet, dass der Richter ordnungsgemäß gesetzte und sozial wirksame Normen auch dann anwenden muss, wenn sie sich als ungerecht oder sogar extrem ungerecht erweisen. Der Wiener Rechtspositivist Hans Kelsen hat dies mit dem berühmten Ausspruch „Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein“ zum Ausdruck gebracht. Der fehlende notwendige Zusammenhang von Recht und Moral impliziert auch, dass der Richter in den Spielräumen, die das positive Recht ihm lässt, nicht nach der gerechtesten Lösung suchen muss – er ist grundsätzlich frei, nach beliebigen Kriterien zu entscheiden.

Das Naturrecht oder der Nichtpositivismus geht hingegen von einem notwendigen Zusammenhang von Recht und Moral aus. Unter „Moral“ wird dabei – ebenso wie beim Rechtspositivismus – die „richtige“ Moral verstanden. Dies sind die moralischen Ge- und Verbote, die sich begründen lassen. Die richtige Moral ist zu unterscheiden von der positiven Moral einer Gesellschaft, welche durch die tatsächlichen Gerechtigkeitsauffassungen gekennzeichnet wird,

also durch soziale Fakten. Die „richtige“ Moral nimmt eine kritische Dimension an, wenn sie die positive Moral infrage stellt. Beispielsweise war die Sklaverei nach der positiven Moral einiger früherer Gesellschaften zulässig, während die moralische Reflexion inzwischen zu dem fast universellen Konsens geführt hat, dass die Zulässigkeit der Sklaverei nicht moralisch gerechtfertigt werden kann. Unter dem Eindruck von Argumenten zur „richtigen“ Moral hat sich die positive Moral gewandelt.

Das Argument der Rechtssicherheit

Allerdings ist umstritten, ob man moralische Ge- und Verbote, die universell gelten, überhaupt überzeugend begründen kann. Nach dem Argument des Relativismus soll dies nicht möglich sein – moralische Gebote haben dann, zugespitzt gesagt, den Status von Geschmacksurteilen. Anders gesagt: Richtige Moral kann nicht begründet werden, es kann nur positive Moral geben. Gewiss kann man nicht eine gerechte Lösung aller Streitigkeiten zwischen Menschen unmittelbar aus der Moral begründen. Eine Begründung moralischer Forderungen wird aber deutlich plausibler, wenn es um wirklich fundamentale Interessen von Menschen geht. Auch wenn über die philosophische Begründung der Grund- und Menschenrechte nach wie vor diskutiert wird, gibt es eine verbreitete und starke Intuition, dass sich der Schutz besonders wichtiger menschlicher Interessen, der Schutz von Kerngehalten der Grund- und Menschenrechte, begründen lässt. Wenn sich dies als richtig erweisen sollte, wäre die absolute Version des Relativismus zurückgewiesen.

Wenn man nur extremes Unrecht im Sinne der Kerngehalte der Grund- und Menschenrechte erkennen und begründen kann, wird damit auch das Rechtssicherheitsargument weitgehend relativiert. Dieses Argument macht geltend, dass die Rechtssicherheit leidet, wenn man die Identifikation geltenden Rechts von seiner moralischen

**„Das Naturrecht geht
von einem notwendigen
Zusammenhang von
Recht und Moral aus.“**



PROF. DR. MARTIN BOROWSKI hat seit 2012 die Professur für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie am Institut für Staatsrecht, Verfassungslehre und Rechtsphilosophie der Universität Heidelberg inne. Nach Jurastudium, Promotion und Habilitation an der Universität Kiel war er zunächst Visiting Professor an der School of Law der Washington University in St. Louis (USA). Von 2006 bis 2012 forschte und lehrte er an der Westminster University in London und der University of Birmingham (Großbritannien). Seit 2014 ist er Vorstandsmitglied der deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie.

Kontakt: martin.borowski@jurs.uni-heidelberg.de

Richtigkeit abhängig macht. Wenn moralische Richtigkeit nicht begründet werden kann, wäre es in der Tat unvernünftig, die Existenz von Recht hiervon abhängig zu machen. Kann man aber Kerngehalte doch hinreichend sicher begründen, leidet die Rechtssicherheit wenig.

Die Radbruchsche Formel

Praktisch bedeutsam wird der Streit um Rechtspositivismus und Naturrecht vor allem in zwei Kontexten: erstens ganz grundsätzlich im Rahmen der Auslegung innerhalb der Spielräume des positiven Rechts und zweitens bei der Überwindung der Folgen von Unrechtssystemen. Auf deutschem Boden wurde dies im 20. Jahrhundert zweimal wichtig: nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Systems im Jahre 1945 und nach dem Untergang der DDR im Jahre 1989. In Schriften unmittelbar nach Ende des Zweiten Weltkrieges hat der Heidelberger Rechtsphilosoph Gustav Radbruch die Formel geprägt, nach der (i) ein unerträglicher Widerspruch zwischen positivem Recht und Gerechtigkeit oder (ii) das Verleugnen der Gerechtigkeit dazu führt, dass der Richter an das entsprechende positive Recht nicht gebunden ist – im Falle des unerträglichen Widerspruchs wegen fehlender rechtlicher Geltung, im Falle der Verleugnung, weil schon gar kein „Recht“ vorliege. Richter sind nach Radbruch in derartigen Fällen ermächtigt und verpflichtet, solch eklatant moralisch fehlerhafte Normen bei der Entscheidung des anhängigen Falles außer Acht zu lassen. Aufgrund der extremen Diskriminierung von Juden und anderen Minderheiten, die zur Vorenthaltung von Menschenrechten führte, sah Radbruch in den entsprechenden Vorschriften des nationalsozialistischen Rechts eine Verleugnung der Gerechtigkeit. Die Radbruchsche Formel fand auch in einer Reihe von Entscheidungen deutscher Gerichte in der Nachkriegszeit Anwendung.

Nach dem Untergang der DDR kam die Frage auf, ob die „Mauerschützen“ – die DDR-Grenzschilder, die an der Berliner Mauer und der innerdeutschen Grenze diejenigen erschossen, die dem kommunistischen Regime entflohen wollten – strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können und müssen. Dies läuft auf eine Anwendung der Radbruchschen Formel im Strafrecht hinaus. In diesem Bereich werden die Dinge – zumindest auf den ersten Blick – durch das strafrechtliche und verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot verkompliziert: Kann man einen ehemaligen Grenzschilder nach dem Untergang des Regimes wegen Mordes oder Totschlags verurteilen, wenn diejenigen, die um jeden Preis „Grenzdurchbrüche“ verhinderten, unter dem Regime nicht bestraft, sondern belobigt und belohnt wurden?

Die Meinungen waren in beiden Fällen geteilt. Die Radbruchsche Formel impliziert eine notwendige Verbindung von Recht und Moral, der Rechtspositivisten definitionsgemäß widersprechen müssen. Diejenigen, die sich grundsätzlich mit einer notwendigen Verbindung von Recht und

„Die ‚richtige‘ Moral nimmt eine kritische Dimension an, wenn sie die positive Moral infrage stellt.“

„Die Radbruchsche Formel impliziert eine notwendige Verbindung von Recht und Moral, der Rechtspositivisten definitionsgemäß widersprechen müssen.“

Moral nach Art der Radbruchschen Formel anfreunden konnten, waren sich aber weitgehend darüber einig, dass zentrale Teile des nationalsozialistischen Unrechts die Schwelle der Verleugnung der Gerechtigkeit beziehungsweise der unerträglichen Ungerechtigkeit erreichten. Was soll extremes Unrecht darstellen, wenn nicht der Rückfall in die Barbarei durch die Nationalsozialisten?

Für die Strafbarkeit des Handelns der Mauerschützen nach dem Untergang der DDR war das Spektrum der Meinungen komplizierter. Rechtspositivisten hielten eine Bestrafung derartiger Taten auch in diesem Kontext für unzulässig, und selbst unter den grundsätzlichen Befürwortern der Radbruchschen Formel war recht umstritten, ob die Taten der ehemaligen Grenzschilder „extremes Unrecht“ im Sinne dieser Formel darstellten.

Zwei Herausforderungen

Auch wenn die Radbruchsche Formel seit nunmehr fast 75 Jahren im Zentrum der deutschsprachigen Debatte um Rechtspositivismus und Naturrecht steht, hat sich die Diskussion gerade in den letzten gut zehn Jahren weiterentwickelt. Die Autoren in den ersten Jahrzehnten nach Radbruch konzentrierten sich so gut wie ausschließlich auf die Formel von 1946 und hielten hier allein den ersten Teil, die Unerträglichkeitsformel, für maßgebend. Seit einigen Jahren werden zunehmend die Wurzeln der Nachkriegsformel in den Vorkriegsschriften in die Betrachtung einbezogen. Damit entsteht ein reichhaltigeres und tieferes

Bild, in dem auch die Verleugnungsformel, der zweite Teil der Formel, ihren Platz findet. Auch die Veränderung der Radbruchschen Lehre über die Zeit hinweg kann damit besser erfasst werden. Während in der ersten Periode der Rezeption der Radbruchschen Formel die Bekehrungsthese vorherrschte, nach der Radbruch durch die Gräueltaten der Nationalsozialisten vom Rechtspositivisten zum Naturrechtler bekehrt wurde, gewinnt die These der nichtpositivistischen Kontinuität zunehmend Anhänger – nach dieser These war Radbruch von Anfang an Naturrechtler, nur dass dies in späteren Schriften klarer erkennbar wurde.

Mit Blick auf die Radbruchsche Formel steht die Rechtsphilosophie gegenwärtig vor zwei Herausforderungen. Die erste besteht darin, diese Formel, deren Grundlagen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts liegen, mit heutigen Theorien zu vergleichen und zu kontrastieren. Der deutsche Rechtsphilosoph Robert Alexy kommt mit seinem „Unrechtsargument“ zu nahezu identischen Ergebnissen, begründet dies aber mit analytischen, sprachphilosophischen und auch normativen Argumenten. Radbruch stützt dagegen seine Lehre auf den Neukantianismus, ohne dies für rechtfertigungsbedürftig zu halten: Er sieht das Recht durch die „wertbeziehende Haltung“ gekennzeichnet, die für Kulturwissenschaften charakteristisch ist, und stellt dies nicht zuletzt der „wertblinden Haltung“ gegenüber, welche die Naturwissenschaften einnehmen. Für Alexy hingegen besteht ein zentrales Charakteristikum im Anspruch auf Richtigkeit, den das Recht notwendig erhebt –

LAW, JUSTICE AND MORALITY

THE DEBATE ON NATURAL LAW AND LEGAL POSITIVISM

MARTIN BOROWSKI

At first glance, one would expect justice to play a pivotal role in law. The harder we try to understand justice, however, the more it seems to escape our cognition. Legal doctrine focuses on positive law. In legal practice, direct references to justice are often belittled as unprofessional. According to the positivistic argument from relativism, there can be no rational cognition of justice or morality. Legal positivism maintains that the elements of law are confined to authoritative issuance and social efficacy.

There is, however, a strong and commonly shared belief that at least the core of human rights can be rationally justified. If this is true, it suggests itself that morality demands that extreme unjust positive law cannot be regarded as valid law. This is the foundation for Gustav Radbruch's formula, established immediately after the collapse of the National Socialist regime. According to this formula, intolerably unjust positive law is invalid and positive law that disavows justice is not even law at all. The practical implication of this formula is that judges are empowered and, indeed, under an obligation to disapply extremely unjust provisions of positive law. After the War, German courts used this formula to invalidate certain outrageous legal consequences of Nazi law and it was invoked after 1989 in the context of punishing members of the East German border troops for border shootings.

The Radbruch formula raises, however, quite a few questions. What is the precise relation between "intolerable injustice" and the "disavowal of justice"? How can one determine whether the relevant criteria are met? Is it possible to reconstruct Radbruch's neo-Kantian approach to legal philosophy in a more analytical, modern framework of legal philosophy, such as Robert Alexy's theory, which embraces the "argument from injustice"? The challenge is to bring together German legal philosophy against the backdrop of German historical experience and contemporary and international approaches to the role of morality in law. ●

**“Natural law posits a
necessary connection between
law and morality.”**

PROF. DR MARTIN BOROWSKI is Professor for Public Law, Constitutional Theory and Legal Law at Heidelberg University's Institute for Constitutional Law, Constitutional Theory and Legal Philosophy, a position he has held since 2012. After graduating university with a law degree and completing his doctoral programme and habilitation at the University of Kiel, he was visiting professor at the School of Law of Washington University in St. Louis (USA). From 2006 to 2012 he held teaching and research positions at Westminster University in London and at the University of Birmingham (UK). In 2014 he joined the board of the German section of the International Association of Legal and Social Philosophy.

Contact: martin.borowski@jurs.uni-heidelberg.de

„Richtigkeit“ meint dabei moralische Richtigkeit. Dies ist ähnlich, aber nicht das Gleiche. Also: Welcher genaue Rechtsbegriff ist vorzugswürdig und mithilfe welcher Argumente lässt er sich bestmöglich begründen?

Der Vergleich mit Alexys Lehre führt zur zweiten Herausforderung: Während Alexys zentrale Schriften der letzten drei oder vier Jahrzehnte ins Englische, Spanische und oft auch in andere Sprachen übersetzt wurden, sind Radbruchs Werke den nicht deutschsprachigen Rechtsphilosophen nur sehr begrenzt zugänglich. Radbruchs systematisches Hauptwerk, die „Rechtsphilosophie“ aus dem Jahre 1932, erschien 1950 in der bislang einzigen englischen Übersetzung in der Harvard University Press. Angesichts der Weiterentwicklungen in der Interpretation von Radbruchs Lehre wäre es aber gewiss an der Zeit für eine gründlich überarbeitete Übersetzung. Hinzu kommt, dass die kantischen und neukantianischen Linien der Radbruchschen Rechtsphilosophie für die international einflussreiche angelsächsische Tradition in der Rechtsphilosophie weitgehend unbekannt und auf den ersten Blick auch kaum verständlich sind. Ein Lichtblick in diesem Bereich war sicher die exzellente Übersetzung der beiden wichtigsten Nachkriegsaufsätze Radbruchs im „Oxford Journal of Legal Studies“ im Jahre 2006 durch den US-amerikanischen Rechtsphilo-

sophen Stanley L. Paulson: In einem Begleitartikel erfährt der englischsprachige Leser ebenso kundig wie prägnant den Hintergrund und die Bedeutung der Radbruchschen Formel.

Internationale Brücken

Wir Rechtswissenschaftler am Institut für Staatsrecht, Verfassungslehre und Rechtsphilosophie der Universität Heidelberg sehen uns vor die Aufgabe gestellt, die reichhaltige deutsche rechtsphilosophische Tradition weiterzuentwickeln und internationale Brücken auszubauen. Beispielsweise fand im Jahre 2016 im Internationalen Wissenschaftsforum Heidelberg das zweisprachige Symposium „Modern German Non-Positivism – From Radbruch to Alexy“ mit achtzehn Teilnehmern aus acht Ländern statt. Zudem gehen aus unserem Institut regelmäßig auch gerade englischsprachige Publikationen zur Rekonstruktion von Radbruchs Rechtsphilosophie hervor, die Verbindungslinien zu anderen rechtsphilosophischen Traditionen und Kulturen herstellen. Es besteht durchaus reges internationales Interesse an dem rechtsphilosophischen Umgang mit der deutschen Vergangenheit. Die Frage nach dem Begriff des Rechts ist ebenso zeitlos wie genuin rechtssystemübergreifend, und die deutschsprachige Tradition ist hierzu durchaus reich. ●

„Selbst unter den grundsätzlichen Befürwortern der Radbruchschen Formel war recht umstritten, ob die Taten der DDR-Mauerschützen ‚extremes Unrecht‘ im Sinne dieser Formel darstellten.“