

## § 10 Recht, Moral und Gerechtigkeit

Eine rechtsphilosophische Theorie des Rechts muss sich mit der Frage befassen, welche begrifflichen Beziehungen zwischen Recht, Moral und Gerechtigkeit bestehen, wobei letztere im folgenden nicht unterschieden werden. Es sind zwei Fragen zu erörtern:

- (1) Die Frage nach dem Rechtsbegriff: Muss oder soll der Rechtsbegriff auf Moral oder Gerechtigkeit Bezug nehmen oder nicht, und wenn ja, in welcher Form? In klassischer, allerdings missverständlicher Formulierung geht es um die Wahl eines positivistischen oder naturrechtlichen Rechtsbegriffs.
- (2) Das Problem eines Widerspruchs zwischen Recht und Moral oder Gerechtigkeit: Wenn das positive Recht in Widerspruch zur Moral oder Gerechtigkeit gerät, welcher der beiden Normenordnungen gebührt der Vorrang?

### *I. Verbindungen von Recht und Moral im Prinzipienmodell*

Bei der Frage, ob der Rechtsbegriff auf Moral oder Gerechtigkeit Bezug nehmen soll, geht es zunächst um die Wahl eines deskriptiv-empirischen Rechtsbegriffs oder eines normativen Rechtsbegriffs, je nachdem, ob mit einer Aussage über die Rechtsgeltung auch eine Aussage über eine Pflicht zur Befolgung des Rechts impliziert wird. Für das Prinzipienmodell wurde ein normativer Rechtsbegriff zugrunde gelegt, da es um die Rekonstruktion normativer rechtlicher Entscheidungen aus der Perspektive des Rechtsanwenders geht. Aus dessen Sicht ist die Frage, wie gemäß den geltenden rechtlichen Normen entschieden werden soll. Diese normative Frage erfordert eine normative Antwort. Für das Prinzipienmodell ergeben sich daraus verschiedene Verbindungen von Recht und Moral, letztere verstanden als aufgrund ihrer inhaltlichen Richtigkeit begründete Normen:<sup>318</sup>

- Die residuale Geltung moralischer Prinzipien im Recht: Jedes Prinzip, dessen Verbindlichkeit gerechtfertigt werden kann, kann als Rechtsprinzip angewendet werden, solange das positive Recht seine Anwendung nicht ausschließt.
- Die Unmöglichkeit, moralische Richtigkeit als Geltungskriterium auszuschließen: Die Verwendung des Kriteriums moralischer Richtigkeit lässt sich nicht begrifflich, d.h. für alle möglichen Rechtssysteme, als Kriterium rechtlicher Geltung ausschließen.
- Die Offenheit rechtlicher Abwägungen gegenüber der Moral: Rechtliche Abwägungsurteile sind normative Urteile mit einem absoluten, nicht nur system-relativen Richtigkeitsanspruch.

Allerdings ergeben sich daraus nur schwache Verbindungen zwischen Recht und Moral. Die ersten beiden Thesen, die Fragen der Geltung betreffen, sind lediglich subsidiär oder negativ. Sie schließen nicht aus, dass ein Rechtssystem nur positivrechtlich begründete Normen als geltendes Recht behandelt. Dies kann legitim sein, wenn eine hinreichende Übereinstimmung des positiven Rechts mit Forderungen von Moral oder Gerechtigkeit

318 Dazu s.o., § 5, II.

erreicht wird, etwa durch Inkorporation vernunftrechtlicher Prinzipien in das Verfassungsrecht.

Die Verbindung über den absoluten Richtigkeitsanspruch von rechtlichen Abwägungsurteilen ist insofern schwach, als nur die Gleichartigkeit des normativen Anspruchs von Abwägungsurteilen mit dem moralischen Urteile behauptet wird. Es kann sein, dass die in die Abwägung einzustellenden rechtlichen Prinzipien keine moralischen Prinzipien sind. Deren Gewichtung und die Festlegung eines Vorrangs erfordern allerdings materielle Begründungen.

Die Frage bleibt, ob jenseits der Strukturen des Prinzipienmodells stärkere Verbindungen von Recht und Moral zu finden sind. Eine andere offene Frage ist, ob sich ein schwacher, inklusiver Rechtspositivismus als allgemeine Theorie des Rechts begründen lässt, der annimmt, moralische Kriterien könnten nur rechtliche Relevanz erlangen, wenn dies durch positivrechtliche Normen bestimmt wird.

## *II. Folgerungen aus der Absolutheit des rechtlichen Richtigkeitsanspruchs*

Eine Verbindung von Recht und Moral jenseits der Strukturen des Prinzipienmodells ergibt sich aus dem absoluten Charakter des Richtigkeitsanspruchs des Rechts. Da das Recht Verbote enthält, nicht nur Sanktionen als Preis für die Nichtbefolgung des Rechts, muss absolute Verbindlichkeit beansprucht werden. Andernfalls wäre die Sanktionierung nicht vollständig gerechtfertigt, sondern nur relativ auf das positive Recht, und d.h. gegenüber denjenigen, die das positive Recht nicht als verbindlich akzeptieren, gar nicht. Rechtliche Urteile müssen also einen absoluten Verbindlichkeitsanspruch erheben. Dies ist nach der Definition moralischer Richtigkeit als absoluter, nicht system-relativer Richtigkeit ein moralischer Anspruch. Zur Begründung dieser These sind zwei Ansätze zu unterscheiden:

- (1) Aus Sicht der Rechtsanwendungsorgane ist es notwendig, die moralische Rechtfertigung (Legitimität) ihres Handelns zu beanspruchen und entsprechende Begründungslasten zu akzeptieren.
- (2) Das Recht selbst ist institutionell mit einem moralischen Richtigkeitsanspruch verbunden.

### *1. Rechtsgeltung als Anwendungspflicht*

Der erste Ansatz setzt an der Pflicht der Rechtsanwendungsorgane an, das geltende Recht anzuwenden. Rechtsgeltung impliziert demnach, dass jedenfalls die Rechtsanwendungsorgane eine rechtlich geltende Norm bei ihrer Entscheidung anwenden sollen. Diese Annahme erscheint trivial. Sie ist allerdings nicht unumstritten. Es ist typisches Merkmal positivistischer Konzeptionen des Rechts, die Rechtsgeltung von einer Pflicht zur Befolgung des Rechts zu trennen.<sup>319</sup> Solche Rechtskonzeptionen sind jedoch für

319 So etwa Hart 1994.