

Prof. Dr. Gerhard Luf

# Einführung in die Rechtsphilosophie

Fakultät für  
**Kultur- und  
Sozialwissen-  
schaften**

---

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung und des Nachdrucks, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung der FernUniversität reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. Wir weisen darauf hin, dass die vorgenannten Verwertungsalternativen je nach Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen bereits durch Einstellen in Cloud-Systeme verwirklicht sein können. Die FernUniversität bedient sich im Falle der Kenntnis von Urheberrechtsverletzungen sowohl zivil- als auch strafrechtlicher Instrumente, um ihre Rechte geltend zu machen.

Der Inhalt dieses Studienbriefs wird gedruckt auf Recyclingpapier (80 g/m<sup>2</sup>, weiß), hergestellt aus 100 % Altpapier.

# Inhaltsverzeichnis

|   |           |
|---|-----------|
| <b>AUTOR DES STUDIENBRIEFES</b>   | <b>7</b>  |
| <b>1. KAPITEL: ZUR FRAGE NACH BEGRIFF UND WESEN<br/>DES RECHTS</b>  | <b>8</b>  |
| I. Von der Schwierigkeit, Recht zu definieren   | 8         |
| II. Elemente des Rechtsbegriffs   | 11        |
| A. Das Recht als normative Ordnung menschlichen Zusammenlebens  | 11        |
| 1. <i>Rechtsgesetz und Naturgesetz</i>  | 11        |
| 2. <i>Das Rechtsgesetz und andere normative Ordnungen</i>   | 12        |
| B. Das Recht als „richtige“ Ordnung (Recht und Gerechtigkeit)   | 12        |
| C. Recht und Zwang  | 13        |
| III. Von der Notwendigkeit des Rechts im menschlichen Zusammenleben   | 15        |
| A. Der Mensch als „zoon politikón“ bei Aristoteles  | 16        |
| B. Die Gesellschaft im Zustand eines „bellum omnium contra omnes“ bei<br>Thomas HOBBS                                 | 19        |
| C. Das Recht als Institution zur Ermöglichung menschlicher Freiheit<br>(KANT)   | 24        |
| D. Recht als Dasein der Freiheit (HEGEL)  | 27        |
| E. Der „Klassencharakter“ des Rechts in der marxistischen Rechtskritik  | 32        |
| <b>2. KAPITEL: DIE QUELLEN DES RECHTS</b>   | <b>35</b> |
| I. Zum Begriff der Rechtsquelle   | 35        |
| II. Grundtypen der Rechtsbildung  | 35        |
| A. Rechtsbildung durch Tradition (Gewohnheitsrecht)   | 35        |
| 1. <i>Begriff</i>   | 35        |
| 2. <i>Zur heutigen Bedeutung des Gewohnheitsrechts</i>  | 36        |
| B. Die Rechtsbildung durch Gesetzesrecht  | 37        |
| 1. <i>Zur historischen Einordnung des Gesetzesrechts</i>  | 37        |
| 2. <i>Politische, gesellschaftliche und rechtsstaatliche Faktoren der<br/>Entwicklung des modernen Gesetzesrechts</i> | 38        |
| 3. <i>Die Verrechtlichung und ihre Probleme</i>   | 40        |
| C. Die Rechtsbildung durch die Rechtsprechung   | 45        |
| 1. <i>Zum Rechtsquellencharakter der Rechtsprechung</i>   | 45        |
| 2. <i>Gründe für den schöpferischen Charakter der Rechtsprechung</i>  | 46        |
| 3. <i>Präjudizien und ihre Verbindlichkeit</i>  | 47        |
| 4. <i>Gesetzesrecht und Case Law</i>  | 50        |
| <b>3. KAPITEL: DAS PROBLEM DER RECHTSGELTUNG</b>  | <b>53</b> |
| I. Norm und Geltung   | 53        |
| A. Zum Begriff der Geltung  | 53        |

|  |   |           |
|--|---|-----------|
| B.   | Geltung und soziale Wirklichkeit                                      | 53        |
| II.  | Die Unterscheidung von „Geltung“ und „Wirksamkeit“                    | 54        |
| A.   | Der normative Geltungsanspruch von Rechtsnormen                       | 55        |
| B.   | Die Wirksamkeit von Rechtsnormen                                      | 55        |
| C.   | Zum Zusammenhang von Geltung und Wirksamkeit                          | 55        |
| III.   | Theorien über die Grundlagen der Rechtsgeltung                        | 55        |
| A.   | Die Machttheorien   | 56        |
| B.   | Die Anerkennungstheorien  | 58        |
| C.   | Die „Grundnorm“ KELSENS   | 60        |
| D.   | Geltung und Rechtsidee  | 62        |
| 1.   | <i>RADBRUCHs Lehre vom „gesetzlichen Unrecht“</i>                     | 62        |
| 2.   | <i>„Gesetzliches Unrecht“ und der Mauerschützenfall</i>               | 63        |
| 3.   | <i>Zur Geltung von Rechtsprinzipien</i>                               | 65        |
| E.   | Die Problematik des Widerstandsrechts                                 | 66        |
| 1.   | <i>Definition</i>   | 66        |
| 2.   | <i>Geistesgeschichtliche Grundlagen</i>                               | 66        |
| 3.   | <i>Zur heutigen Situation</i>   | 68        |
| F.   | Ziviler Ungehorsam  | 69        |
| <b>4. KAPITEL: DAS VERHÄLTNISS VON RECHT UND MORAL</b> |   | <b>71</b> |
| I.   | Die Fragestellung   | 71        |
| II.  | Unterschiedliche Moralbegriffe  | 71        |
| III.   | Unterschiedliche Auffassungen über das Verhältnis von Recht und Moral | 73        |
| A.   | Überblick   | 73        |
| B.   | Auffassungen, die die Einheit von Recht und Moral betonen             | 73        |
| C.   | Auffassungen, die die völlige Trennung von Recht und Moral betonen    | 75        |
| D.   | Vermittelnde Auffassungen   | 77        |
| E.   | Moralische Grundlagen des Rechts                                      | 82        |
| IV.  | Entwicklungstendenzen im modernen Recht                               | 82        |
| A.   | Entmoralisierungstendenzen  | 83        |
| 1.   | <i>Im Privatrecht</i>   | 83        |
| 2.   | <i>Im Strafrecht</i>  | 84        |
| B.   | Remoralisierungstendenzen   | 85        |
| 1.   | <i>Im Privatrecht</i>   | 85        |
| 2.   | <i>Im Strafrecht</i>  | 86        |
| <b>5. KAPITEL: GRUNDZÜGE DES NATURRECHTSDENKENS</b>    |   | <b>87</b> |
| I.   | Einleitung  | 87        |
| A.   | Die Themenstellung  | 87        |
| B.   | Das Wort „Natur“ im Naturrecht  | 87        |
| C.   | Zur Mehrdeutigkeit des Rekurses auf die „Natur des Menschen“          | 88        |
| II.  | Geschichtliche Hinweise auf die Entwicklung des Naturrechtsdenkens    | 89        |

|  |  |            |
|--|--|------------|
| A.   | Der „teleologische“ Naturbegriff des griechisch-römischen bzw. des christlich-mittelalterlichen Naturrechtsdenkens | 90         |
| B.   | Das rationalistische Naturrecht der Neuzeit als „Vernunftrecht“  | 93         |
|  | 1. <i>Der Naturbegriff der neuzeitlichen Naturwissenschaften</i>   | 93         |
|  | 2. <i>Das vernünftige Individuum als Bezugspunkt naturrechtlicher Prinzipien</i>                                   | 93         |
|  | 3. <i>Das Gedankenexperiment des Naturzustandes</i>  | 94         |
|  | 4. <i>Die Bedeutung des Vertragsgedankens</i>  | 94         |
|  | 5. <i>Samuel PUFENDORF</i>   | 95         |
|  | 6. <i>John LOCKE</i>   | 98         |
|  | 7. <i>Jean-Jacques ROUSSEAU</i>  | 103        |
|  | 8. <i>Der Gesellschaftsvertrag</i>   | 106        |
| C.   | Die Krise des rationalistischen Naturrechts  | 108        |
| D.   | Die „Renaissance“ des Naturrechts  | 111        |
| III.   | Leitende Gesichtspunkte des Naturrechtsdenkens der Gegenwart   | 112        |
| A.   | Zur „Geschichtlichkeit“ naturrechtlicher Prinzipien  | 112        |
| B.   | Die Frage nach grundlegende Naturrechtsprinzipien  | 114        |
| IV.  | Bleibende Verdienste des Naturrechtsdenkens  | 117        |
| <b>6. KAPITEL: DIE MENSCHENRECHTE</b>            |  | <b>118</b> |
| I.   | Entwicklungsgeschichtliche Aspekte   | 118        |
| A.   | Die eine Freiheit der Menschenrechte und die ständischen „Freiheiten“  | 119        |
| B.   | Säkularität und religiöse Freiheit   | 120        |
| C.   | Der Beitrag des rationalistischen Naturrechts  | 121        |
| D.   | Die Positivierung der Menschenrechte in der amerikanischen bzw. französischen Rechtstradition                      | 122        |
| E.   | Weitere Entwicklungsschritte   | 125        |
| II.  | Rechts- und staatsphilosophische Perspektiven  | 127        |
| III.   | Internationalität und Universalität der Menschenrechte   | 131        |
| A.   | Die Universalität der Menschenrechte   | 131        |
| B.   | Die Internationalität der Menschenrechte   | 133        |
| <b>7. KAPITEL: DAS PROBLEM DER GERECHTIGKEIT</b> |  | <b>136</b> |
| I.   | Zum Begriff der Gerechtigkeit  | 137        |
| A.   | Gerechtigkeit als Tugend   | 137        |
| B.   | Gerechtigkeit als normatives Prinzip   | 138        |
| II.  | Die Gleichheit als grundlegender Maßstab der Gerechtigkeit   | 138        |
| III.   | Arten der Gerechtigkeit  | 140        |
| IV.  | Das Problem der Billigkeit   | 146        |
| V.   | Gerechtigkeit als Fairness. Zur Theorie der Gerechtigkeit von John RAWLS   | 147        |
| A.   | Gerechtigkeit als Fairness   | 148        |
| B.   | Methodische Grundsätze der Erörterung von Gerechtigkeitsfragen   | 148        |

---

|  |   |            |
|--|---|------------|
| C.   | Der „Urzustand“   | 150        |
| D.   | Die zwei Prinzipien der Gerechtigkeit   | 152        |
| VI.  | Eine kommunitaristische Güterethik: „Sphären der Gerechtigkeit“<br>(Michael WALZER)     | 155        |
| A.   | Eine Interpretation des Systems der Güterverteilung                                     | 155        |
| B.   | Komplexe Gleichheit   | 157        |
| C.   | Liberalismus als „Kunst der Trennung“   | 159        |
| <b>8. KAPITEL: EXEMPLARISCHE RECHTSFRAGEN DER<br/>MODERNEN MEDIZIN</b> |   | <b>161</b> |
| I.   | Zum Verhältnis von Ethik und Recht in der modernen Medizin                              | 161        |
| II.  | Das Verhältnis von Arzt und Patient im Spannungsfeld von<br>Paternalismus und Autonomie | 163        |
| A.   | Rechtsprobleme ärztlicher Aufklärung  | 165        |
| B.   | Urteilsfähigkeit des Patienten  | 167        |
| III.   | Euthanasie (Sterbehilfe)  | 169        |
| <b>LITERATURVERZEICHNIS</b>  |   | <b>172</b> |

## Autor des Studienbriefes

**em. Univ. Prof. Dr. Gerhard Luf**

Geb. 17.10.1943

Promotion: 1966 Rechtswissenschaften, Universität Wien

Habilitation 1978, Rechtsphilosophie und Kirchenrecht, Universität Wien

Seit 1980 a.o Prof, ab 1990 o. Prof für Rechtsphilosophie

Seit 2005 Stellvertretender Vorstand des neu gegründeten Instituts für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht, Universität Wien; Leiter der Abteilung Rechtsphilosophie, Rechtsethik und juristische Methodenlehre

Seit Oktober 2012 emeritiert

Korrespondierendes Mitglied der Österreichischen Akademie der Wissenschaften

### **Veröffentlichungen** (Auswahl):

Freiheit und Gleichheit. Die Aktualität im Politischen Denken Kants, Wien 1978

Freiheit als Rechtsprinzip. Philosophische Aufsätze, hrsg. E. Holzleithner und A. Somek, Wien 2008

Mehr als 100 Aufsätze zur Rechtsphilosophie des Deutschen Idealismus, Philosophie der Menschenrechte; Rechtsethik in der Medizin, Methodenlehre der Rechtswissenschaften

# 1. Kapitel: Zur Frage nach Begriff und Wesen des Rechts

## I. Von der Schwierigkeit, Recht zu definieren

### Recht als Alltagserfahrung

In unserer Alltagswelt sehen wir uns unvermeidlich und auf vielfältige Weise mit dem Phänomen Recht konfrontiert und begegnen ihm mit einem mehr oder weniger reflektierten begrifflichen Vorverständnis von Recht. Dieser Befund gilt nicht nur für den juristischen Laien, sondern auch für die in juristischen Berufen Tätigen. Beim Versuch, das vorreflexive Verständnis von Recht auf den Begriff zu bringen, sehen wir uns vor die Schwierigkeit gestellt, über die Fülle des uns in vielgestaltiger Form begegnenden positiven Rechts hinauszugehen und zu einer diesem Rechtsmaterial zugrundeliegenden begrifflichen Basis zu gelangen. KANT charakterisiert in seiner „Metaphysik der Sitten“ diese Schwierigkeit auf markante Weise:

### KANTS Vorwurf der Tautologie an die Juristen

*„Was ist Recht? Diese Frage möchte wohl den Rechtsgelehrten, wenn er nicht in Tautologie verfallen, oder, statt einer allgemeinen Auflösung, auf das, was in irgend einem Lande die Gesetze zu irgend einer Zeit wollen, verweisen will, eben so in Verlegenheit setzen, als die berufene Aufforderung: Was ist Wahrheit? den Logiker. Was rechtens sei [...], d. i. was die Gesetze an einem gewissen Ort und zu einer gewissen Zeit sagen oder gesagt haben, kann er noch wohl angeben; aber, ob das, was sie wollten, auch recht sei, und das allgemeine Kriterium, woran man Recht sowohl als Unrecht (iustum et iniustum) erkennen könne, bleibt ihm wohl verborgen, wenn er nicht eine Zeitlang jene empirischen Prinzipien verlässt, die Quellen jener Urteile in der bloßen Vernunft sucht (wiewohl ihm dazu jene Gesetze trefflich zum Leitfaden dienen können), um zu einer möglichen positiven Gesetzgebung die Grundlage zu errichten. Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade, dass er kein Gehirn hat.“<sup>1</sup>*

KANT spricht hier also vom Ungenügen, den Begriff des Rechts durch die Angabe dessen, was „rechtens“ ist, zu bestimmen. In einem solchen Fall wird ja, wie er betont, der Rechtsbegriff nicht begründet, sondern schon vorausgesetzt. Es muss daher über diese bloß „empirische“ Ebene hinausgegangen und gezeigt werden, warum die vielfältigen Erscheinungsformen des Rechts unter dem Anspruch reflektierender Vernunft doch einem einheitlichen Begriff zugeordnet und von anderen sozialen Verhaltensnormen, wie etwa jenen von Sitte und Moral, abgegrenzt werden können.

<sup>1</sup> I. Kant, Die Metaphysik der Sitten (MdS), Rechtslehre, Bd. VIII der zwölbändigen Ausgabe des Suhrkamp Verlages, Frankfurt 1977, 336; Kant's gesammelte Schriften, hrsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, 1902ff., (AA) Bd. VI, 229f.



Diese Aufgabenstellung, *nach dem begrifflichen Grund des Rechts zu fragen, ist Gegenstand der Rechtsphilosophie*. Diese ist, das sollte betont werden, keine juristische, sondern eine philosophische Disziplin, die sich vor die Herausforderung gestellt sieht, rechtliche Phänomene im Zeichen praktischer Vernunft mit Grundbedingungen und Zielsetzungen menschlichen Handelns systematisch in Verbindung zu bringen. Insoweit handelt es sich bei der Rechtsphilosophie um einen Teil der praktischen Philosophie, die ihr besonderes Augenmerk eben auf das Phänomen rechtlicher Bezüge richtet. Sie blendet dabei das positive Recht in seiner konkreten inhaltlichen Ausgestaltung keineswegs aus, sondern sieht sich vielmehr aufgefordert, in ihrem Begründungsdenken Einsichten in die Realitäten und methodischen Bedingungen juristischer Praxis zu berücksichtigen. Sie überschreitet gleichwohl diese Bedingungen, um, vernunftrechtlich gesprochen, in der „Idee“ des Rechts dessen begriffliche Grundlagen auszumachen. Dabei geht es keineswegs nur darum, in formaler Hinsicht bestimmte Strukturmerkmale des positiven Rechts herauszuarbeiten, geschichtlich-kulturelle Kontinuitäten festzustellen oder in rechtssoziologischer Perspektive gesellschaftliche Funktionsweisen des Rechts aufzuspüren. Die rechtsphilosophische Herausforderung ist vielmehr grundlegenderer Art und sieht sich vor die Aufgabe gestellt, die Frage nach Notwendigkeit und Existenz des Rechts im Horizont von Grundbedingungen menschlicher Praxis zu untersuchen.

**Aufgabenstellung der Rechtsphilosophie**

**Frage nach der „Idee“ des Rechts**

Allerdings bestehen im Hinblick auf die Frage, ob und auf welche Weise diese Aufgabe wissenschaftlich bewältigt werden kann, höchst kontroverse Auffassungen. Das manifestiert sich in der Tatsache, dass es zur Thematik des Rechtsbegriffs eine schier unüberschaubare Literatur gibt, in der die unterschiedlichsten philosophischen Ansätze zur Sprache gebracht werden und zu einer begrifflichen Vielfalt führen, die kaum mehr überschaubar ist. Versucht man, diese Vielfalt zu strukturieren, so lassen sich grob gesprochen zwei grundlegend unterschiedliche Strömungen unterscheiden: Erstens Auffassungen, die sich einem „*materialen*“ *Rechtsverständnis* verpflichtet sehen und, zweitens, solche, die (in sich wiederum sehr unterschiedliche) Standpunkte des *Rechtspositivismus* einnehmen. Vertreter eines materialen Rechtsverständnisses haben bei aller Unterschiedlichkeit ihrer Ansätze gemeinsam, dass sie sich an inhaltlichen Maßstäben „richtigen“ Rechts orientieren. Häufig werden sie pauschal als Anhänger einer „*Naturrechtslehre*“ qualifiziert. Diese Qualifikation ist insofern problematisch, als die Naturrechtslehren zwar zu Recht auf eine lange, von der Antike bis in das 20. Jahrhundert währenden Tradition verweisen, welche die Frage der Rechtsbegründung im Blick auf ein der positiven Rechtssetzung vorgelagertes und diese verpflichtendes

**Materiales Rechtsverständnis**

„natürliches“ Recht behandelte. Diese Qualifikation lässt aber unberücksichtigt, dass aktuelle Bemühungen um die rechtsethische Legitimation des Rechts nicht unter dem Titel des Naturrechts, sondern beispielweise in vernunftrechtlicher Perspektive unter dem Anspruch der Gewährleistung gleicher Freiheit erfolgen. Wenn diese Bemühungen gleichwohl als „naturrechtlich“ qualifiziert werden, geschieht dies aus rechtspositivistischer Sicht häufig in der Absicht, ihnen vorweg Unwissenschaftlichkeit zu unterstellen.

#### Positivistisches Rechtsverständnis

Die zweite Gruppe, jene der Vertreter des *Rechtspositivismus*, hat trotz aller Unterschiede im einzelnen eines gemeinsam: Sie lehnen eine über das positive Recht hinausweisende Legitimation des Rechts im Lichte von bestimmten Wert- oder Richtigkeitsgesichtspunkten ab. Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung ist allein das positive Recht, das unabhängig von Richtigkeitsansprüchen nach formalen Kriterien behandelt wird. Die rechtspositivistischen Positionen können, folgt man der Differenzierung von KOLLER<sup>2</sup>, nach drei Merkmalen unterschieden werden: Erstens jene, die auf „*die autoritative Gesetztheit von Normen*“ Bezug nehmen; zweitens, jene, die „*die soziale Wirksamkeit rechtlicher Normen*“ ins Zentrum der Untersuchung stellen und schließlich, drittens, jene die auf „*die Anerkennung der rechtlichen Normen*“ abstellen.<sup>3</sup>

#### Arten des Rechtspositivismus

Die unterschiedlichen Zugangsweisen zum Rechtsbegriff sollen im Folgenden an Hand einer gängigen Lehrbuchdefinition des Rechts verdeutlicht und im Hinblick auf Elemente des Rechtsbegriffs anschaulich gemacht werden.

<sup>2</sup> P. Koller, *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, Wien, Köln, Weimar 1992, 25.

<sup>3</sup> Diese Differenzierung wird uns im Kapitel über die Rechtsgeltung nochmals begegnen.