SCHRIFTENREIHE DES HANS KELSEN-INSTITUTS

Band 35

Clemens Jabloner

Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt

Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte

Herausgegeben von

Thomas Olechowski und **Klaus Zeleny**

Wien 2013

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Richter im Zwiespalt

I. Einleitung

Richter stehen im Konflikt, wenn sie das positive Recht innerlich nicht mehr mittragen können, sei es nach einer rechtspolitischen Wendung oder gar nach einem Umbruch des Staates. Die Karriere eines österreichischen Richters in der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts verlief über gleich mehrere solche Brüche. Im März 1938 war es freilich so, dass viele Richter bereits zuvor dem Nationalsozialismus verbunden waren. Der Konflikt kann daher auch darin bestehen, dass ein Richter die Rechtsordnung von vornherein zumindest in Teilen ablehnt, dass er dem Rechtssystem nur widerwillig dient. Die Einstellung der österreichischen Justiz vor 1938 und die befremdliche Geschichte der Weiterverwendung belasteter Richter nach 1945 sind ein eigenes Kapitel.[1])

Hier soll es aber nicht um Biographien gehen, sondern um Grundsätzliches: Was bestimmt die Entscheidung einer Richterin im Alltag der Rechtsvollziehung, nach welchem Maßstab soll sie gar einen „Gewissenskonflikt" zwischen Recht und Moral lösen, lässt sich dafür etwas aus rechtshistorischen Erfahrungen lernen – und schließlich: was kann eine „richterliche Ethik" beitragen? Dass so grundlegende Fragen hier nur skizzenhaft angerissen werden können, liegt auf der Hand.

II. Die richterliche Entscheidung in ruhigen Zeiten

1. Das allgemeine Gesetz und das konkrete Urteil sind die Grundelemente der Rechtsordnung. Wie in einem Vexierbild fügt sich die Rechtsordnung – dem Auge des Betrachters folgend – zu zwei Bildern: Wird das „Gesetz" fixiert, so verkümmert der Richter zur marginalen Figur, zu einem Annex, zum „Mund des Gesetzes"; seine Tätigkeit erscheint als eine rein logische Ableitung von Sätzen. Wird aber der Richter fixiert, so erscheint sein Handeln als die eigent-

[1]) Vgl. *Pawlowsky*, „Recht ist, was dem deutschen Volk nützt". Die Auflösung der österreichischen Richtervereinigung im Jahre 1938, und *Schwarz*, Zur Frage der personellen Kontinuität im Richtertum. Entlassungen und Weiterverwendungen von Richtern 1938 und 1945, beide in FS 100 Jahre Richtervereinigung. Beiträge zur Juristischen Zeitgeschichte (2007) 113, 127.

liche Rechtschöpfung, das Gesetz rückt an den Rand und verblasst zu einer unter anderen Referenzen des Richters.[2)3)]

Das Verhältnis zwischen Rechtsetzung und Vollziehung, Gesetz und Richter, hat Adolf Julius Merkl 1913 in das Bild des „doppelten Rechtsantlitzes" gebannt: Jeder Vollzugsakt hat ein das allgemeine Gesetz vollziehendes Element, indem dieses konkretisiert wird, und ein Element der Rechtserzeugung, indem innerhalb des gesetzlichen Rahmens neues Recht gesetzt wird.[4)] Damit hat Merkl ein Paradigma jedes Rechtspositivismus formuliert: Zum Erkenntnisakt muss ein Willensakt hinzutreten. Ergibt die Rechtserkenntnis ein eindeutiges Ergebnis – was nicht ausgeschlossen werden kann –, so ist die Rechtschöpfung zwar auf die Transformation des Denkaktes in einen Rechtsakt reduziert. Aber oft bringt die Rechtserkenntnis kein eindeutiges Ergebnis:[5)] Dann kann aber der Maßstab für die Entscheidung nicht mehr zur Gänze aus der Rechtsordnung gewonnen werden.[6)] Wo die Grenzlinie zwischen Rechtserkenntnis und Entscheidung verläuft, hängt zunächst von der jeweiligen (Verfassungs-)Rechtsordnung ab. Je mehr die Rechtsordnung Prinzipien, Wertdeklarationen usf. zum Ausdruck bringt, desto mehr „Rechtserkenntnis" erscheint möglich. Aber selbst im Grunde des nüchternen B-VG wird dem Richter manches in die Hand gegeben: Denn wo dem Richter Ermessensräume eröffnet sind, wird er diese zunächst „im Sinne des Gesetzes" – so Art. 130 Abs. 2 B-VG – auszufüllen haben. Dazu tritt, dass durch den stufenförmigen Aufbau der Rechtsordnung viele „Gewissenskonflikte" auch als Fragen der Übereinstimmung des Gesetzes mit der Verfassung, besonders den Grundrechten gesehen werden können. Vermag der Richter eine Frage der Wertbetrachtung als Verfassungsfrage zu formulieren, führt – in einem System mit ausgeprägter Verfassungsgerichtsbarkeit – der Weg zum Verfassungsgericht. Dieses System kann allerdings mehr oder weniger perfektioniert sein. So ist etwa nach österreichischem Verfassungsrecht nicht jeder Richter ermächtigt, einen Antrag an den VfGH auf Normprüfung zu stellen (Art. 89 Abs. 1 i.V.m. 140 Abs. 1 B-VG).

2. Keine Verfassung kann die Grenze aber so weit ziehen, dass nicht am Ende doch etwas bliebe, das die Richterin – im engsten Sinn – zu „entscheiden" hätte. Dabei muss auch in den Blick genommen werden, dass nicht nur Fragen der Rechtsauslegung zu entscheiden sind. Auch die Feststellung des Sachverhaltes hat einen rechtsetzenden Charakter.[7)] Innerhalb des Rechtssystems gibt es keine „Tatsachen" als solche, denn die Rechtsordnung als Sollensordnung steht der Welt des Seins unüberbrückbar entgegen. Erst innerhalb der Rechtsordnung gibt es für die Welt der Tatsachen – systemtheoretisch gesprochen – eine Art des „re-entry". Angesprochen ist damit nicht anderes als die mit der richterlichen Unabhängigkeit und Entscheidungsfindung untrennbar verbundene „freie Beweiswürdigung". Auch hier geht es um Rechtsanwendung, nämlich die Handhabung verfahrensrechtlicher Vorschriften, die manchmal, aber nicht notwendigerweise, auf die „materielle Wahrheit" gerichtet sind.

Möglich bleibt stets, dass der zur Entscheidung[8)] berufene Richter „würfelt", also dem Zufall folgt. Hier könnte zum ersten Mal eine spezifische „rich-

---

[2)] So sehen dies etwa die „Freirechtsschule" oder auch die „realistische" Rechtstheorie.

[3)] Die erste Gestalt trat besonders deutlich zur Zeit der großen Kodifikationen hervor, der Richter sollte nur mehr „Subsumtionsmaschine" sein. Für die zweite Gestalt stehen vor allem die Case Law Systeme des Common Law. Die modernen nationalstaatlichen Rechtsordnungen sind durchwegs vom Vorrang des Gesetzes geprägt, selbst in England, dem Mutterland des Common Law, spielt das gesatzte Recht heute eine große Rolle. Neuerdings freilich lässt die internationale Rechtsentwicklung einen wieder umgekehrten Effekt erkennen: Die Zeit der großen Kodifikationen des Völkerrechts ist vorüber, allenthalben gewinnt das richterliche Urteil an Bedeutung – vgl. *Pernthaler*, Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat, JBl 2000, 691.

[4)] Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts, Nachdrucke in *D. Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann*, Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften, I/1 (1993) 227 und *Klecatsky/Marcic/Schambeck*, Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, 1 (Neudruck 2010) 893; vgl. auch *Merkl*, Gesetzesrecht und Richterrecht, Nachdruck in *Klecatsky/Marcic/Schambeck*, Die Wiener Rechtstheoretische Schule, 2 (Neudruck 2010) 1323.

[5)] Die Reine Rechtslehre will eindeutige Ergebnisse nicht ausschließen, wendet sich aber gegen die Annahme, dass es für jedes Interpretationsproblem die eine richtige Lösung geben muss (vgl. *Mayer*, Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre, in *Walter*, Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre [1992] 61 [65]).

[6)] Diesem Ansatz steht diametral die Auffassung entgegen, es sei die eigentliche Aufgabe der Richterin, gerade die „hard cases" im Rahmen der Rechtsordnung zu lösen. (Zur Vermeidung eines Missverständnisses: Auch rechtspositivistisch gedeutet agiert der Richter zur Gänze innerhalb der Rechtsordnung, freilich nur in einem dynamischen, nicht aber auch in einem statischen, d.h. inhaltsbezogenen Sinn.) Vor allem die Lehre von *Ronald Dworkin* (vgl. Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise, in Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution [1966] 1 [11]) steht für diese Sichtweise. Die Antwort sei in jenen moralischen Prinzipien zu suchen, die die Rechtsordnung insgesamt tragen. Die „Moral", die der Richter zu finden hat, ist quasi die positive Moral der Rechtsordnung selbst, die richterliche Entscheidung ist hier gerade nicht von der persönlichen Wertvorstellung des Richters, sondern von seiner Erkenntnis der objektiven Werthaltigkeit der Rechtsordnung getragen. Man könnte diese beiden Theorien auch so sehen, dass sie miteinander wetteifern, welche die richterliche Urteilsfindung realistischer wiedergibt. Nach aller Erfahrung sind Gerichte Apparate zur Umwandlung von Entscheidungs- zu Erkenntnisressourcen. Man wird selten eine Richterin finden, die ihr Urteil letztlich mit einer Entscheidung begründet, sondern sie wird bestrebt sein, dieses als Rechtserkenntnis auszukleiden. Aus ihrer Perspektive mag daher die Prinzipienlehre realistischer sein. In ideologiekritischer Sicht – und eine solche ist einem Rechtspositivisten aufgetragen – muss aber die unverhüllte Entscheidung hervortreten.

[7)] Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre[2] (1960) 242.

[8)] Es wird hier nicht übersehen, dass sich hinter dem Alltagsbegriff „Entscheidung" ein hochkomplexes Phänomen verbirgt – vgl. *Luhmann*, Die Paradoxie des Entscheidens, Verwaltungs-Archiv 1993, 287. *Luhmann* hat dabei die nur durch das Element der „Willkür" lösbare Situation im Auge, dass im Grunde nur das „Unentscheidbare" (d.h. mit rationalen Mitteln nicht entscheidbare) „entscheidbar" ist. Bei Willkür handle es „sich sicher nicht um ein psychologisches Moment, sondern, ähnlich wie ‚Absicht', um ein Erfordernis der Zurechnung von Entscheidungen, um ein Erfordernis

terliche Ethik" ins Spiel kommen, von der noch die Rede sein wird. Der Richter kann sich von Opportunitätsvorstellungen leiten lassen, abwägen, welches Urteil seiner Laufbahn nützen mag, in den Medien besser ankommt etc. Die auch hier normenbewusste Richterin wird andere Überlegungen anstellen: Vielleicht wird sie auf der Suche nach einer „positiven Moral" sein, sich also die Frage stellen, wie die Mehrheit der Bevölkerung diese Frage entscheiden würde, welche Moral die vorherrschende sei. Nach hier vertretener Ansicht ist dies nicht das Richterbild unserer Bundesverfassung. Wenn diese besonders qualifizierte Menschen zur Rechtsetzung beruft, so hat sie im Blick, dass es sich um Menschen mit unterschiedlichen persönlichen Wertvorstellungen handelt. Enthält das Bild vom „unabhängigen" Richter nicht auch das Element des Bürgers, der seinen Werten verpflichtet ist und landläufigem Druck widersteht?[9]) Also zusammenfassend und als erste These: Geht es darum, gesetzliche Ermessensräume durch eine Entscheidung zu konkretisieren, so sollte sie die Richterin nach ureigenem Dafürhalten treffen.

III. Die Methodenneutralität des Unrechtsstaates

Ungleich dramatischer ist der Fall, wenn der Richter erkennt, dass jede rechtlich mögliche Entscheidung im Widerspruch zu seinen Werten stünde.[10])

Hier ist indessen eine historische Reflexion einzuschalten: Denn das vergangene Jahrhundert zeigte überdeutlich, dass in den Formen der Rechtsetzung Recht erzeugt werden kann, das moralisch verwerflich ist und sich mit herkömmlichen Vorstellungen von Gerechtigkeit nicht mehr legitimieren lässt.

der Lokalisierung von ‚entscheidenden' Stellen im Netzwerk der Kommunikation", um eine „attributionsdienliche Fiktion" (288).

[9]) Allerdings kann es der Fall sein, dass ein Richter seine Rolle darin sieht, der im Großen und Ganzen wirksamen, also „positiven" Moralordnung zum Durchbruch zu verhelfen. Oft wird hier eine Selbsttäuschung vorliegen. Die naheliegende Verwechslung persönlicher mit allgemeinen Wertvorstellungen scheint auch die Ursache dafür zu sein, dass bei Meinungserhebungen indirekte Fragen gestellt werden. Also nicht: „Haben Sie eine schlechte Meinung von XY?" sondern: „Meinen Sie, dass viele eine schlechte Meinung über XY haben?". Vgl. auch die Ausführungen zur „positiven Moral" unter IV.

[10]) Es ist höchste Zeit klarzustellen, dass jedes Organ, das die Rechtsordnung konkretisiert, in die gleiche Situation wie ein unabhängiger Richter kommen kann, bei ihm wird die Lage nur besonders deutlich. Soweit es das Handeln im Rahmen der Rechtsordnung betrifft, werden beim – in der Regel weisungsgebundenen – Verwaltungsorgan die eigenen Wertvorstellungen häufig durch jene des an der Spitze stehenden Organs ersetzt. In der ursprünglichen Konzeption der Trennung von Justiz und Verwaltung war daher die Sphäre des „Ermessens" viel ausgeprägter als in der – gesetzesgebundenen – Gerichtsbarkeit; vgl. dazu *Jabloner*, Rechtsstaatskonzepte. Gedanken zur Unabhängigkeit in Justiz und Verwaltung, in Österreichische Juristenkommission, Rechtsstaat und Unabhängigkeit (2007) 18. In der Verwaltung – und vor allem in der Exekutive und beim Militär – stellt sich die hier behandelte Problematik unter dem Vorzeichen des Befehlsgehorsams.

Ausdruck fand und findet dieses Unbehagen in der Formel „Recht als Unrecht".[11]) Oftmals wird dafür der Rechtspositivismus – als eine bestimmte Einstellung dem Recht gegenüber – verantwortlich gemacht. Es sei der „blinde Gehorsam gegenüber dem Gesetz" gewesen, der die deutschen Juristen wehrlos gemacht habe.[12]) Dies sagt noch nichts aus über die wissenschaftliche Richtigkeit des Rechtspositivismus. Doch träfe diese rechtshistorische These zu, wäre damit – angesichts der Konsequenzen – bereits ein endgültiges Verdikt über den Rechtspositivismus ausgesprochen.

Diese fortwirkende Meinung hat daran Anteil, dass viele Menschen dem „Gesetz" – als dem primären Ausdruck des positiven Rechts – ganz allgemein mit dem Generalverdacht des Missbrauchs begegnen,[13]) wohingegen vom „Richter" Widerstand und Korrektur erwartet wird. Dies wird nicht nur auf die Situation der deutschen Justiz im Jahre 1933 bezogen – eine wertbewusstere Richterschaft hätte dem Regime etwas entgegenzusetzen gehabt –, sondern ins Zeitlose verallgemeinert: Vom Richter wird weniger die Durchsetzung, als die Korrektur des Gesetzes erwartet.

Damit stellt sich also zunächst die Frage nach der Bedeutung juristischer Methoden in Umbruchszeiten, hier pars pro toto am Beispiel der nationalsozialistischen Durchdringung des Rechtswesens. Nun haben Juristen ja einen eher schlechten Ruf, gelten sie doch – nach dem bösen Wort von Bernd Rüthers – geradezu als „Wende-Experten".[14]) Beim Umbau einer Rechtsordnung spielen sie zwei Rollen, einerseits bereiten sie als legistische Experten jene Akte der generell-abstrakten Rechtsetzung vor, mit denen sich das neue Regime etabliert, andererseits adaptieren sie im Auslegungsweg kunstvoll das bisher geltende Recht an die neuen Verhältnisse. Beides erfolgt vor dem Hintergrund, dass ein Systemwechsel erfahrungsgemäß weite Teile der Rechtsordnung unverändert lässt, also „überleitet". Die genannten Techniken, das Recht auszuwechseln, stehen cum grano salis mit den Positionen des eher rechtspositivistisch orientierten Rechtstechnikers auf der einen Seite, und des eher „objektiv" deutenden, naturrechtlich gestimmten Juristen andererseits in Verbindung. Aus diesen verschiedenen Techniken können sich aber andererseits auch die unterschiedlichen Gegenstrategien ergeben.

Wer aber nun meinte, eine ganz bestimmte methodische Haltung in dieser Richtung würde dazu beitragen, den Widerstand gegen das verbrecherische Regime zu kräftigen, würde dieses ganz unterschätzen. Denn zur Durchsetzung seiner Ziele bediente sich etwa der Nationalsozialismus einer ausgeklügelten Herrschaftstechnik, die das bis dahin geltende Recht gleich auf mehreren Ebenen angriff: durch Unwirksamwerden, explizite Rechtsetzung und Uminterpre-

[11]) Vgl. auch die Sprachregelung, etwa die „Nürnberger Gesetze" als „‚Recht'" zu bezeichnen.

[12]) Vgl. *Radbruchs* 1946 erschienenen Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", nachgedruckt in *Wolf/Schmeider*, G. Radbruch – Rechtsphilosophie[8] (1973) 325.

[13]) Vgl. dazu auch *R. Schick*, Das parlamentarisch erzeugte Gesetz – ein Auslaufmodell, in *Walter/Zeleny*, Reflexionen über Demokratie und Recht (2009) 43 (47).

[14]) Vgl. *Rüthers*, Die Wende-Experten[2] (1995).

tation. Zunächst unterstützte das Regime Handlungen und Unterlassungen, die nach dem Maßstab des damals geltenden, noch geltenden, und manchmal sogar weitergeltenden Rechts – als ob nichts gewesen wäre – eindeutig rechtswidrig waren.[15]) Dies gilt für die Pogrome, besonders für das „November-Pogrom" von 1938. Es wurde dafür gesorgt, dass die Exekutive ihren Verpflichtungen nicht nachkam, dass die Staatsanwaltschaften keine Anklagen erhoben, dass keine Schadenersatzprozesse zu Stande kamen etc. Damit wurde ein Teil der staatlichen Rechtsordnung faktisch unwirksam.[16])

Durchdacht war die Doppelstrategie der Nationalsozialisten zur Beherrschung des positiven Rechts: Auf der einen Seite stand die generell-abstrakte Rechtsetzung und ihre möglichst gehorsame Befolgung durch alle Hierarchien hindurch, denken wir an die Nürnberger Gesetze oder an die berüchtigte 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz, mit der die nach Osten deportierten Juden ihr Vermögen verloren. Das war die Herrschaftstechnik vor allem für die Verwaltung, also für jene Bereiche, in denen zwar Beamte, nicht unbedingt aber ausgebildete Juristen am Werk waren. Diese Befehlsempfänger handelten wohl nicht aus einer reflektierten rechtspositivistischen Einstellung heraus, sondern – wenn nicht ohnedies aus Überzeugung – dann aus gewohntem beamtenmäßigen Gehorsam und neuer Loyalität.

Das Regime musste aber auch dafür Sorge tragen, dass in den traditionellen Rechtsgebieten – hauptsächlich im großen Bereich des Zivilrechts – keine zu auffallenden Brüche eintraten, die den Bürger verstört hätten. Das waren aber nun jene Rechtsbereiche, in denen Richter vollzogen oder die Rechtswissenschafter ihre Deutungen vornahmen. Hier kam nun die besonders in der deutschen Zivilrechtslehre hoch entwickelte „objektive Auslegung" des Rechts zur Anwendung. Einfallspforten waren die Generalklauseln in den Gesetzen, zum Teil durch Richterrecht geschaffen, die unbestimmten Rechtsbegriffe, ideologische Rechtsfiguren wie das „konkrete Ordnungsdenken". Ein Beispiel ist die Umdeutung des § 1 BGB, wo die gleiche zivilrechtliche Rechtsfähigkeit so von ihrer historischen und normativen Grundlage abgelöst wurde, dass sie rassistisch aufgeladen werden konnte und zur Entrechtlichung von Menschen führte.[17])

[15]) Zum eigentlichen nationalsozialistischen Rechtsverständnis vgl. grundlegend *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (ungekürzte Taschenbuchausgabe 1986) 947.

[16]) Zeitzeugen, die damals als Opfer oder Zuschauer noch Kinder waren, erinnern sich an ihr Entsetzen – oder zumindest Erstaunen – darüber, dass die Feuerwehr nicht etwa die Brände löschte, sondern allenfalls dafür sorgte, dass nicht die benachbarten Häuser in Mitleidenschaft gezogen wurden. Die kindliche Welt, in der die Feuerwehr eine wichtige Rolle als weltliche Rettungsinstanz spielte, brach damit zusammen. Aber das ist freilich nur ein Beispiel am Rande, eine Metapher des Schreckens.

[17]) Zu verweisen ist hier auf die eingehenden Forschungen von *Bernd Rüthers* – vgl. etwa Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich[2] (1989). *Stolleis* spricht davon, dass die „Missachtung des ursprünglichen gesetzgeberischen Willens durch den weltanschaulich gelenkten Richter [. . .] im Justizalltag des Nationalsozialismus weit größere Bedeutung als das vom Gesetzgeber unmittelbar befohlene Unrecht" hatte – vgl. Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus (1994) 23. Vgl. dazu auch *H. Dreier*, Naturrecht und Rechtspositivismus – Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlurteile, in *Härle/Vogel*, „Vom Rechte, das mit uns geboren ist". Aktuelle Probleme des Naturrechts (2007) 127 (137).

Eine perfide Kombination beider Techniken erfolgte im Bereich des Steuerrechts.[18]) Zur Aushebelung des positiven Rechts wurde hier der singuläre Weg beschritten, mit § 1 des Steueranpassungsgesetzes von 1934 anzuordnen, dass die Steuergesetze nach „nationalsozialistischer Weltanschauung" auszulegen seien, dass die „Volksanschauung" zu berücksichtigen sei und dass dies auch für die Beurteilung von Tatbeständen, also offenbar auch für die Ermittlungsergebnisse (!), zu gelten habe. Damit wurde die nationalsozialistische Ideologie der „höherwertigen" Rasse über eine globale Rechtsanwendungsregel zum Inhalt des positiven Rechts und so gelang es, das allgemeine – an sich nicht diskriminierende – Steuerrecht zum Mittel der wirtschaftlichen Vernichtung hauptsächlich der Juden zu machen.

Wer hier nun wagte, mit juristischen Mitteln „Widerstand" zu leisten, musste situativ verschiedene Strategien anwenden: Der Befehlsempfänger in Polizei und Militär konnte sich vielleicht eher auf das Naturrecht, auf religiöse Überzeugungen, auf sein Gewissen berufen. Der in gehobener Stellung arbeitende Jurist konnte hingegen nicht selten den „Positivismus als Strategie" – eine Formulierung von Everhardt Franßen[19]) – verwenden, um gegen die gewünschte, als selbstverständlich vorausgesetzte Neuinterpretation des bisherigen Rechts aufzutreten – ein Beispiel dafür war einige Zeit lang das Reichsarbeitsgericht. Manchmal kam es zur merkwürdigen Situation, dass die strafgerichtliche Verurteilung einen Jugendlichen vor dem KZ retten konnte, denn im Gefängnis blieb er Teil der Rechtsgemeinschaft, im Lager stand er außerhalb.

Nach dem Ende des Nationalsozialismus verengte sich der Blick aber ganz auf den antipositivistischen Affekt, was mit einer heftigen naturrechtlichen Reaktion zusammenhing; paradigmatisch dafür die Wandlung des Rechtsphilosophen Gustav Radbruch: Hatte er vor 1933 einen unreflektierten Rechtspositivismus vertreten, der – ohne kritische Distanz – tatsächlich zum blinden Gesetzesgehorsam anleitete, also zur Rechtfertigung des positiven Rechts, wollte er nunmehr dem positiven Recht als „Recht" Schranken setzen.[20])

Anhand der Praxis der deutschen und französischen Gerichte während der NS-Zeit rsp. dem Vichy-Regime kann gezeigt werden, dass den juristischen Interpretationsmethoden für die Durchsetzung des nationalsozialistischen Willens letztlich nur eine sekundäre Bedeutung zukam: Obzwar die deutschen Richter zur „objektiven" Auslegung bis hin zur richterlichen Rechtsfortbildung neigten und die französischen Gerichte zu einem wortlautbezogenen „Formalismus", sei letztlich die politische Ideologie der Richter und nicht ihr metho-

[18]) Vgl. näher *Faber/Meissel*, Nationalsozialistisches Steuerrecht und Restitution (2006) 9.

[19]) *Franßen*, Positivismus als juristische Strategie, JZ 1969, 766.

[20]) Zur Bedeutung der „Radbruchschen Formel" vgl. später IV.3.

discher Standpunkt entscheidend dafür gewesen, wie weit sie den Wertvorstellungen des Regimes folgten.[21])

Deutlich wird, dass die vor allem in Deutschland nach 1945 einsetzende Verdammung des Rechtspositivismus nicht viel mehr war als ein Ablenkungsmanöver. Die Verantwortung am Schreckensregime wurde ausgerechnet jenen Gelehrten in die Schuhe geschoben, die Deutschland verlassen oder Schlimmeres erdulden mussten. Geflissentlich wurde übersehen, wo die wahren Feinde der Weimarer Republik zu suchen waren. Die akademischen Rechtspositivisten wurden von den Nazis weitgehend vertrieben.[22]) Ganz andere Gelehrte waren die Protagonisten des neuen Rechtsdenkens, Karl Larenz zum Beispiel, von dem die erwähnte Neudeutung des § 1 BGB in rasseideologischer Sicht stammte;[23]) sie blieben auch nach 1945 im Amt und bis heute in Würde. Stattdessen fanden sich nicht wenige juristische Exponenten des NS-Staates unter der freundlichen Maske eines grundgesetzkonformen Naturrechts wieder: Kein trefflicheres Beispiel lässt sich dafür finden als die Laufbahn des prominenten Verfassungsrechtlers Theodor Maunz, dessen explizite Nazivergangenheit erst unmittelbar vor seiner – dann eben doch gescheiterten – Bestellung als Verfassungsrichter zum Thema wurde.[24]) Obzwar diese Umstände seitdem immer wieder erforscht wurden, hält sich dennoch hartnäckig (und selbst in Österreich) die Meinung, besonders Kelsen als Schöpfer der „Reinen Rechtslehre" die Inkarnation des Rechtspositivismus, habe irgendetwas mit dem Niedergang der rechtsstaatlichen Demokratie zu tun gehabt.[25])

Halten wir als Ergebnis fest: Der von einem naiven Rechtspositivismus geförderte blinde Gesetzesgehorsam war für die Durchsetzung des „Unrechts" zwar mitverantwortlich, spielte aber im Bereich der richterlichen Rechtsanwendung und der sie begleitenden Rechtsdogmatik allenfalls eine Nebenrolle. Entscheidend war die – von der juristischen Methodenfrage weitgehend unabhängige – weltanschauliche Haltung des Justizpersonals. Überraschend ist dies nicht, denn ebenso wie in Österreich stand auch die Justiz in Deutschland vielfach am rechten Rand und beteiligte sich manchmal sogar aktiv an der

[21]) Vgl. *Curran*, Formalism and Anti-Formalism in French and German Judicial Methodology, in *Joerges/Singh Ghaleigh*, Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions (2003) 205 (225): „The accumulated evidence demonstrates that we will not be able to identify the responsible culprit for fascist-era judicial injustice in France or Germany in the methodological distinctions that separate positivism from anti-positivism, or formalism from anti-formalism. The driving force behind court decisions in both Germany and France was political ideology, and the particulars of judicial methodology were far less important to the outcomes of cases."

[22]) Zur Entwicklung im öffentlichen Recht vgl. eingehend *H. Dreier*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, in VVDStRL 60 (2001) 10.

[23]) Vgl. näher *Rüthers* (Fn. 14) 88.

[24]) Zu *Maunz* vgl. *Stolleis*, Theodor Maunz – ein Staatsrechtslehrerleben, Kritische Justiz 1993, 393.

[25]) So findet sich etwa bei *Schwintowski*, Recht und Gerechtigkeit. Eine Einführung in Grundfragen des Rechts (1996) 34 noch immer der Vorwurf, die „Reine Rechtslehre" würde Unrechtssysteme „legitimieren".

Zerstörung der Weimarer Republik.[26]) Zweite These: Der Vorzug einer bestimmten Methode lässt sich aus rechtshistorischen Erwägungen nicht begründen.

IV. Die richterliche Entscheidung in schwierigen Zeiten

1. Als staatliches Organ ist der Richter ermächtigt, unter bestimmten Bedingungen Sanktionen anzuordnen. Zugleich verpflichtet das Richterdienstgesetz den Richter, diese Ermächtigungen auch auszuüben.[27]) Unter der Annahme, dass die historisch erste Verfassung als Ausgangspunkt des rechtlichen Bedingungszusammenhangs gilt (Grundnorm), beschreibt die Richterin das Normengefüge als „objektiv geltend", als Rechtsordnung. Noch nicht ergibt sich daraus, dass sie eine bestimmte Rechtsnorm auch befolgen – hier: anwenden – soll. Denn die derart für die „Verbindlichkeit" der Rechtsordnung Sorge tragende Norm, sich rechtmäßig zu verhalten, gehört bereits einer anderen Normenordnung an.[28])

2. Wie jeder Mensch ist auch der Richter Adressat mehrerer normativer Ordnungen, unter denen die Moral[29]) die wichtigste Rolle spielt. Der relevante Unterschied zwischen Recht und Moral liegt – wie Kelsen betont – nicht in der Art des Inhalts der beiden Sollens-Ordnungen, sondern in der Organisation.[30]) Das Recht ist als Zwangsordnung beim Zuwiderhandeln mit einer gesellschaftlich organisierten Sanktion verknüpft, die regelmäßig eintreten soll; gesellschaftliche Sanktionen bei Verletzung der Moral sind nicht organisiert, etwa die Verachtung durch die Mitmenschen, die Selbstverachtung, oder die Bestrafung in einer anderen Welt.

[26]) Man nehme nur die zuvorkommende Behandlung *Hitlers* nach dem Bürgerbräu-Putsch 1923; vgl. dazu *Wesel*, Doch ein kolossaler Kerl, dieser Hitler! Wie Münchens Justiz 1924 einen rechtsradikalen Terroristen hofierte – und ihm damit den Weg an die Macht ebnete, Die Zeit, Nr. 19/2001.

[27]) Damit wird hier der Konstruktion der Rechtsnorm in der Reinen Rechtslehre gefolgt – vgl. *Kelsen* (Fn. 7) 34.

[28]) Damit ist vor allem der Einwand aus dem Weg geräumt, die Reine Rechtslehre – oder auch der Rechtspositivismus *Harts* – „legitimierten" das positive Recht. Im Gegenteil: Erst die Trennung von Recht und Moral ermöglicht die Bewertung des positiven Rechts – dazu etwa *H. Dreier* (Fn. 17) 140. Zu damit verbundenen normtheoretischen Fragen vgl. zuletzt *Jabloner*, Objektive Normativität. Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis, in *Walter/Ogris/Olechowski*, Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (2009) 169 (172 m.w.N.) <in diesem Band ab Seite 337. Anm. der Hrsg.>.

[29]) Weitere normative Ordnungen wären die Ästhetik, die Sitte oder die Rechtschreibung. Als „Moral" werden in der Folge moralische Normen, Werturteile und Institutionen, als „Ethik" philosophische Untersuchungen über die Moral verstanden (vgl. *Rüthers*, Rechtstheorie [2000] Rz. 99).

[30]) *Kelsen* (Fn. 7) 64. Für weitere Abgrenzungsversuche vgl. z.B. *Patzig*, Ethik ohne Metaphysik[2] (1983) 11.

Eine Moralordnung als ein System moralischer Normen kann unterschiedlichen Quellen entspringen. Explizit religiös fundierte Moralordnungen leiten ihre Normen aus dem Willen einer vorgestellten Person, also Gottes, ab. Weltanschaulich begründete Normenordnungen werden auf vorausgesetzte – „erkannte" – oberste Werte gestützt, etwa auf die Menschenwürde, aber auch auf das „Recht des Stärkeren" oder auf die Einsicht in die Bewegungsgesetze der menschlichen Geschichte.[31]) Solche Herleitungen haben teilweise einen – allerdings verdeckten – „quasireligiösen" Charakter, erscheint es doch fragwürdig, ob es ein „Sollen" ohne „Wollen" geben kann, teilweise beruhen sie auf pseudowissenschaftlichen Ableitungen.

Seit langer Zeit bemüht sich die Ethik um eine Begründung der Moralordnung aus Einsichten der Vernunft.[32]) Diese Versuche begegnen immer wieder der positivistischen Kritik, dass nicht vom Sein auf das Sollen, von Tatsachenbehauptungen auf Normsätze, vom Wissen auf das Wollen geschlossen werden dürfe (sogenannter „naturalistischer Fehlschluss"). Andere Probleme liegen darin, dass letztlich doch wieder auf Glaubenssätze zurückgegriffen wird oder die fundamentalen Wertaussagen zu allgemein oder widersprüchlich sind. Schließlich wird bisweilen im Wege der Beobachtung, welche moralischen Vorstellungen in einer jeweiligen Gesellschaft im Großen und Ganzen wirksam sind, nach einer gleichsam „positiven" Moralordnung gesucht.[33])

[31]) Vgl. etwa die mit der Vorstellung der Überlegenheit einer bestimmten Rasse oder Ethnie verbundenen sozialdarwinistischen Anschauungen oder die mit dem Glauben an die letztlich erfolgreiche Revolution verbundene marxistisch-leninistische Einsicht in den Klassenkampf.

[32]) Vgl. allgemein etwa *Ott*, Moralbegründungen zur Einführung (2001) 63.

[33]) Zum Begriff der „positiven Moral" vgl. *Kelsen* (Fn. 7) 64. In modernen säkularisierten Gesellschaften wird es eine einheitliche Selbstdeutung der Moral – etwa als religiös gestiftet oder durch die Vernunft hergeleitet – nicht geben. Es könnte daher sinnvoll sein, darauf abzustellen, welche moralische Sollens-Ordnung „im Großen und Ganzen wirksam" ist, um in der Terminologie der Reinen Rechtslehre zu bleiben. Das Erkennen und die Begrenzung einer solchen positiven Moralordnung ist sehr schwierig. Bis zu einem gewissen Grad ist es möglich, für bestimmte Gesellschaften jeweils positive Moralordnungen zu erkennen. Aber schon die Herleitung bestimmter Grundwerte in der Europäischen Union ist schwierig, nach der problematischen Reaktion auf die politische Wende in Österreich 2001 wurden kaum mehr Versuche unternommen, so etwas wie eine „politische Legitimität" operabel zu machen. Immerhin kann man sagen, dass unserer Gesellschaft eine Reihe von eher simplen moralischen Überzeugungen gemeinsam ist, z.B. dass Freunde einander helfen sollen. Für komplexere Fragestellungen, denken wir etwa an die Probleme der Sterbehilfe, der Gentechnik etc. ist es sichtlich unmöglich in diesem Sinn „positive" moralische Normen zu erkennen. Hier zeigt sich deutlich, dass die Erkenntnis der „positiven" Moral, gleichsam einer Moral „de lege lata" nur sehr schwer von einer von einem bestimmten Wertmaßstab her gewünschten Moral gleichsam „de lege ferenda" abgegrenzt werden kann. Die positive Moralordnung kann sich mit der positiven Rechtsordnung decken, kann aber auch Bereiche erfassen, die für das Recht irrelevant sind, so etwa die genannte Beistandspflicht. Umgekehrt umfasst die Rechtsordnung selbstverständlich viele Normen, die inhaltlich keine Entsprechung im Moralsystem haben. So wird man schwerlich sagen können, dass es „unmoralisch" sei, seinen Wagen falsch zu parken, wenn damit nicht zugleich auch eine Verkehrsbehinderung eintritt oder etwa ein Behindertenparkplatz verstellt wird. Hier wird von dem später noch zu erörternden Aspekt, dass man im rechtmäßigen Handeln stets einen moralischen Wert sehen kann, zunächst freilich abgesehen.

Wir können nun einen Schritt weiter gehen und die hier grob skizzierten Moralbegründungen danach unterscheiden, ob die jeweils an die Spitze gesetzten Werte als „absolute" erkannt werden, die für alle Menschen, überall, und zu allen Zeiten gelten und damit entgegenstehende Werte ausschließen, oder als „relative", die eine Koexistenz mit entgegenstehenden Werten oder Wertsystemen erlauben.[34])

Eine Gewissheit der absoluten Geltung oberster Werte ist wohl nur bei religiös oder quasireligiös fundierten Moralordnungen möglich. Dies trifft auch dann zu, wenn der Vertreter einer Weltanschauung vermeint, einer wissenschaftlichen Erkenntnis zu folgen. Derartige Positionen vermitteln dem Gläubigen ein hohes Maß an Sicherheit. Im Rahmen einer idealistischen Ethik, also durch reine philosophische Reflexion, auf den sicheren Boden absolut geltender oberster Werte gelangen zu wollen, stößt auf große Schwierigkeiten und wird heute wohl kaum mehr unternommen.

In einer wertabsolutistisch fundierten Moralordnung kann die positive Rechtsordnung nur als delegierte Teilordnung gelten. Zwar bleiben mehr oder weniger große Bereiche der Rechtsordnung gleichsam zur „Disposition" des positiven Normsetzers – „Gebt Gott, was Gottes ist, und dem Kaiser, was des Kaisers ist". Für die „wesentlichen" Inhalte geht es einer wertabsolutistischen Moral aber nicht bloß darum, ein bestimmtes Verhalten als moralisch gesollt zu qualifizieren, sondern auch, es als Teil der Rechtsordnung anzusehen, und damit den (staatlichen) Zwangsapparat in den Dienst der Durchsetzung der Gerechtigkeit zu stellen. So steigern sich moralische zu naturrechtlichen Positionen.[35]) Demnach ist etwa die gegenseitige Beistandspflicht von Eltern und Kindern nicht nur ein moralisches Postulat, sondern – weil gerecht – zwingend zugleich auch als eine Rechtsnorm anzusehen, für deren Durchsetzung der staatliche Zwangsapparat in Anspruch genommen wird. Umgekehrt kann eine

[34]) Vgl. *Kelsen* (Fn. 7) 69. Es ist an dieser Stelle zu betonen, dass die erkenntnistheoretische Ausrichtung „Wertabsolutismus" und „Wertrelativismus" nicht ohne weiteres mit „Intoleranz" und „Toleranz" gleichzusetzen ist. So kann ein Wertabsolutist der Überzeugung sein, dass jene Menschen, die andere absolute oder nur relative Werte erkennen, im Irrtum befangen sind und er kann daraus – freilich je nach den für ihn maßgebenden absoluten Werten – verschiedene Konsequenzen ziehen, etwa die Interesselosigkeit, die Missionierung oder die Bekämpfung. Auf der anderen Seite ist es schwierig, etwa die nationalsozialistische oder kommunistische Ideologie eindeutig als „wertabsolutistisch" oder „wertrelativistisch" zu identifizieren. In gewisser Weise war die NS-Ideologie deshalb wertrelativistisch, weil sie anerkannte, dass andere Rassen andere Werte setzen. Erst in der Vorstellung eines biologistischen, sich selbst rechtfertigenden „Sozialdarwinismus" liegt das absolutistische Element. Ähnlich ist es bei der Klassenbezogenheit der kommunistischen Werte.

[35]) Eine „schwächere" Version des Naturrechts will dieses nur als „Rechtsethik" verstehen, die normative Aussagen darüber enthält, wie die positive Rechtsordnung beschaffen sein *sollte*.

solche naturrechtliche Norm die positive Rechtsordnung auch begrenzen, etwa indem die Todesstrafe unter keinen Umständen vorgesehen sein darf.

Bekennt sich eine Richterin zu einer solchen Anschauung, so kommt für sie die eben typisch rechtspositivistische „Trennung von Recht und Moral" von vornherein nicht in Betracht. Ein Konflikt zwischen einer rechtlichen und einer moralischen Norm kann für sie nicht entstehen. Bereits die Moralordnung enthält die entsprechende Konfliktregelung. Das Ergebnis dieses ersten Schrittes liegt also darin, dass der Konflikt zwischen positivem Recht und Moralordnung allenfalls bereits innerhalb der Rechtssphäre gelöst werden kann – wenn der Richter Gewissheit über absolute Werte hat![36])

Schwieriger ist die Situation des Richters, wenn er über keine absolute Sicherheit in Wertfragen verfügt und also eine wertrelativistische Position einnimmt. Kommt eine Ableitung der moralischen Normen aus obersten Werten nicht in Betracht kommt, fehlt es an unmittelbarer Evidenz, so sind bestimmte Denkoperationen anzustellen, Annahmen zu treffen. Die Situation hinsichtlich einer solchen Moralordnung ist dann analog wie bei der positiven Rechtsordnung. Es hat also eine zusätzliche Geltungsbegründung stattzufinden, etwa die Annahme einer obersten Norm „Folge stets deiner Überzeugung!" Der Adressat einer nur relativen Moralordnung verfügt über keinen fixen Maßstab der moralischen Beurteilung des positiven Rechts und wird daher konsequenterweise zum Ergebnis der Trennung von Recht und Moral kommen. Ein Richter, der diese Position einnimmt, muss die im positiven Recht zum Ausdruck kommenden Werte akzeptieren. Nur für ihn kann der Konfliktfall, über den wir in der Folge sprechen werden, überhaupt entstehen.

3. Der wertrelativistische Richter muss in beiden Sollensordnungen operieren: Zunächst muss er das positive Recht erkennen.[37]) Auch hier kommt wieder die Beschaffenheit einer konkreten (Verfassungs-)Rechtsordnung zum Tragen. Rechtsordnungen können ja ein „ethisches Minimum" bereits ausdrücklich enthalten. So bestimmt Art. 20 Abs. 3 des Bonner Grundgesetzes, dass die Rechtsprechung „an Gesetz und Recht" gebunden ist.[38]) Eine solche Konstruktion ist von einer naturrechtlichen Betrachtungsweise, die ein ethisches Minimum aus einem vorausgesetzten Rechtsbegriff ableitet, nicht leicht zu unterscheiden: Für den Rechtspositivisten ist der Verweis des Rechts auf die Moral konstitutiv, für den Naturrechtler ist sie deklarativ und bringt nur eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck. Eine sehr wirksame Theorie des „moralischen Minimums" ist die Lehre von der „Radbruchschen Formel".[39])

[36]) Denkbar wäre es freilich auch, dass die Richterin die Befolgung des jeweiligen positiven Rechts als den höchsten moralischen Wert ansetzt. Diesfalls hätten wir es mit einer Konfliktlösung innerhalb der Moral zu tun.

[37]) Selbst als Naturrechtler muss er in einem ersten Schritt zu einem Gegenstand kommen, den er am Naturrecht oder an der Moral messen kann.

[38]) Vgl. weiters Art. 1 GG und zum Phänomen des „positivierten Naturrechts" *Rüthers* (Fn. 29) Rz. 268, 431.

[39]) Es ist erwähnenswert, dass die Rechtsgeltungslehre *Radbruchs* nur vor dem Hintergrund seines noch in der Weimarer Republik vertretenen „naiven" Gesetzespositivismus zu verstehen ist. Für den Rechtspositivismus *Kelsens* oder auch etwa *Harts*

Danach entbehrten Rechtsnormen ihrer Rechtsnatur, wenn sie zu fundamentalen Anforderungen der Gerechtigkeit in unerträglichem Gegensatz stünden.[40])

Wenn das positive Recht eine solche Verweisung enthält, so wirkt sie wie eine Derogationsnorm auf der höchsten Stufe der Rechtserzeugung. Das positive Recht ist dann von der Richterin stets an diesem ethischen Minimum zu messen. Da wir es immer noch mit einer rechtlichen Betrachtungsweise zu tun haben, hat sie allerdings herauszufinden, welche moralischen Vorstellungen den historischen Normsetzer bewegt haben. Im extremen Fall ist allerdings auch eine Rechtsordnung denkbar, die eine Art dynamische Verweisung auf eine Moralordnung und deren priesterliche Auslegung enthält.[41]) Ob man hier noch von Rechtserkenntnis sprechen kann, bleibt eine Frage des methodischen Standortes.

Analoge Querverweisungen auf die andere Normenordnung enthält auch die Moral: Sich rechtmäßig zu verhalten, seine Beamtenpflichten zu erfüllen etc. ist regelmäßig eine – wenn auch eben nicht die einzige – moralische Position. Da hinter dem Wert der Rechtmäßigkeit der für jede Moral sehr wichtige Grundsatz des „Friedens" steht, wird keinesfalls jede Moralwidrigkeit dazu führen, dass bereits ein klares moralisches Gebot oder Verbot ableitbar ist. Der Richter muss also den schieren „Ordnungswert" – ein anderer Ausdruck für den Wert des Friedens – einer im Großen und Ganzen unbedenklichen Rechtsordnung dem moralischen Unwert einer einzelnen Rechtsvorschrift gegenüberstellen. Diese Abwägung ist für den Richter zu manchen Zeiten besonders heikel: Da die Etablierung von verwerflichen Rechtssystemen nach vielen Erfahrungen schrittweise erfolgt, ergibt sich für den Richter – wie freilich für jeden Beteiligten – die Frage nach dem Zeitpunkt, an dem Widerstand zu leisten ist. Der handelnde Richter hat naturgemäß nicht die Perspektive des Historikers und er wird vielleicht dazu geneigt sein, sich glauben zu machen, dass das neue Regime gerade noch so weit gehen wird wie im gegebenen Fall.

Stellen nun das positive Recht und die Moralordnung konträre Regeln auf, die nicht miteinander vereinbart werden können, weil für den betreffenden Menschen die Befolgung der einen Regel die Verletzung der anderen wäre, sind wir im Zentrum des Konflikts: Das positive Recht verpflichtet den Richter, die Todesstrafe zu verhängen, sein Gewissen verbietet ihm, zum Tode eines Menschen beizutragen. Für einen Rechtspositivisten ist der Konflikt wissenschaftlich nicht lösbar. Die Geltungsansprüche stehen einander wie Kräfte gegenüber, die entgegengesetzt an beiden Armen des Richters zerren. Seine Entscheidung liegt ausschließlich im Bereich des Existenziellen.

4. Bei alldem ist allerdings zu bedenken, dass die Trennung von Recht und Moral doppelbödig ist: Kann nämlich aus der bloßen Rechtmäßigkeit keine moralische Rechtfertigung abgeleitet werden, heißt dies auch, dass der unmo-

stellt sich diese Problematik von Haus aus nicht (vgl. oben und zur Radbruchschen Formel im Besonderen *H. Dreier*, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?, in FS Walter [1991] 117).

[40]) Vgl. in dieser Tradition heute *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (1992) passim.

[41]) Ein Beispiel dafür ist die „Scharia".

ralisch handelnde Richter stets mit der Gefahr rechnen muss, unter einer neuen Rechtsordnung zur Rechenschaft gezogen zu werden. Der in den Prozessen gegen Richter des NS-Regimes gebrauchte Rechtfertigungsgrund „Was einmal Recht war, muss Recht bleiben" hat mit einem Rechtspositivismus nichts zu tun. Eine neue Rechtsordnung kann das frühere Verhalten des Richters, das in der Fällung eines bestimmten Urteils bestanden hat, neu bewerten. Es ist ersichtlich, dass Rechtsordnungen nach revolutionären Umbrüchen dazu tendieren, solche Effekte zu vermeiden. Dies auch unter dem Eindruck des im positiven Recht meist verankerten, aber selbst keineswegs absolut geltenden, Grundsatzes „nulla poena sine lege". Ebenso wie bei der Bewältigung des durch das Rechtspersonal gesetzten NS-Unrechts wurde auch bei der Behandlung von Taten aus der DDR-Zeit („Mauerschützen") die Technik der retroaktiven Rechtsvernichtung durch Einführung naturrechtlicher Standards gewählt. Es scheint sich dabei um eine sozialverträglichere Technik zu handeln, die allerdings die Realität, nämlich die wechselnden Wertsysteme, verschleiert.[42])

In einem etablierten „Unrechtssystem" wäre von der Richterin ein gewaltiger Mut gefordert, sich unter Berufung auf das Gewissen den Forderungen des positiven Rechts zu entziehen.[43]) Diesem Konflikt ist allerdings auch der Universitätslehrer, die Ärztin, der Soldat oder schlechthin jeder Mensch ausgesetzt, der zum Bestand eines bestimmten Regimes beiträgt. Beim Richter kommt allerdings dazu, dass er die verwerfliche Rechtsordnung, indem er sie vollzieht, festigt.

Bei diesem Stand der Problematik verlockt der Ausweg, doch wieder – und zwar aus gleichsam pragmatischen Motiven – naturrechtlich zu argumentieren. Der andere große Rechtspositivist H.L.A. Hart hat klarsichtig dagegen plädiert.[44])

[42]) Vgl. dazu – mit Präferenz für das naturrechtliche Modell – *P. Holländer*, Abriss einer Rechtsphilosophie. Strukturelle Überlegungen (2002) 75.

[43]) An ein solches „Widerstandsrecht" als außerrechtliche (!) Kategorie hat 1950 auch ein Rechtspositivist wie *Merkl* gedacht, wenn er von der „Tragödie des Gehorsams" gesprochen hat, die darin bestehe, einem Befehl nicht unter Berufung auf „höhere Werte" widerstehen zu können. – Vgl. Tragödie des Gehorsams, Nachdruck in *D. Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann*, Adolf Julius Merkl, I/2 (1995) 559.

[44]) Vgl. The Concept of Law[2] (1994) 210: „In what way is it better, when faced with morally iniquitous demands, to think ‚This is in no sense law' rather than ‚This is law but too iniquitous to obey or apply'? Would this make men more clear-headed or readier to disobey when morality demands it? Would it lead to better ways of disposing of the problems such as the Nazi regime left behind? No doubt ideas have their influence; but it scarcely seems that an effort to train and educate men in the use of a narrower concept of legal validity, in which there is no place for valid but morally iniquitous laws, is likely to lead to a stiffening of resistance to evil, in the face of threats of organized power, or a clearer realization of what is morally at stake when obedience is demanded. So long as human beings can gain sufficient co-operation from some to enable them to dominate others, they will use the forms of law as one of their instruments. Wicked men will enact wicked rules which other will enforce. What surely is most needed in order to make men clear-sighted in confronting the official abuse of power, is that they should preserve the sense that the certification of something as legally valid is not conclusive of the question of obedience, and that, however great the

Damit scheint – jedenfalls für den Rechtspositivisten – alles gesagt zu sein. Und doch ist noch Folgendes zu bedenken: Besonders prekär wird die Position des Richters, wenn ein unheilvolles Regime im Begriff ist, sich zu etablieren oder zu destabilisieren. Hier kommt es unter Umständen darauf an, ob der Richter durch seine Orientierung am sich gerade erst verfestigenden oder schon verflüchtigenden positiven Recht das Regime verstärkt oder zu dessen Ende beiträgt. Nun könnte die Richterin in einem solchen Fall dem Geltungsanspruch des Gesetzes ausdrücklich nicht folgen oder ihrem Amt entsagen. Sie würde damit zwar einen Akt politischer Demonstration setzen, zugleich aber aufhören, in ihrer Funktion als Richterin zu handeln. Ein solches Verhalten wäre daher zwar zumindest „lauter", aber zugleich möglicherweise unzweckmäßig. Also stellt sich wiederum – und hier nun ganz individualisiert – die Frage, ob der Richter nicht – seine erkenntnistheoretischen Überzeugungen verleugnend – mit Hilfe einer „schein"naturrechtlichen Betrachtungsweise gegen das positive Recht Widerstand leisten sollte, um damit seinen Beitrag nicht nur als Mensch, sondern als Richter zu leisten.[45])

In Vorausschau solcher extremer Situationen wird manchmal ein Ausweg dahin erwogen, die positive Rechtsordnung quasi über ihre eigenen Ränder zu stülpen und Phänomene wie einerseits das Widerstandsrecht, andererseits aber auch die Ermächtigung zur Folter in extremen Zwangssituationen, zu verrechtlichen. Solche Erweiterungen geraten aber unvermeidlich in einen Widerspruch, denn wird einmal eine Ermächtigung geschaffen, so hebt sich ihr vorgestellter äußerster Notfallcharakter selbst auf.[46])

Wir bewegen uns hier freilich schon auf ganz dünnem Eis und in Lebenslagen, zu deren Bewältigung der Rechtstheoretiker nichts mehr beitragen kann. Am Ende muss jeder für sich selbst handeln. Man mag so weit gelangen, in einer extremen Situation zur argumentativen Unredlichkeit Zuflucht zu neh-

aura of majesty or authority which the official system may have, its demands must in the end be submitted to a moral scrutiny. This sense, that there is something outside the official system, by reference to which in the last resort the individual must solve his problems of obedience, is surely more likely to be kept alive among those who are accustomed to think that rules of law may be iniquitous, than among those who think that nothing iniquitous can anywhere have the status of law."

[45]) Vgl. dazu *Preiser*, Über die Verwirklichung des Naturrechts in der Zeit der Gewaltherrschaft, in FS von Hippel (1967) 285.

[46]) Im Zusammenhang mit dem Thema „Menschenwürde und Folterverbot" weist *Poscher*, Menschenwürde als Tabu, FAZ vom 2. 6. 2004, 8, sehr zutreffend darauf hin, dass eine positive Rechtsordnung derartige Rechtsbrüche „tabuisieren" müsse, wohl eingedenk der Problematik, dass damit die Situation der „tragic choice" nicht bewältigt werden kann: „Für die Extremfälle, die zur Aufweichung des Folterverbots angeführt werden, in denen es um eine lebensweltlich unmittelbare und konkrete Gefahr für Leib und Leben unter Umständen einer Vielzahl von Menschen geht, setzt die Gesellschaft hingegen darauf, dass sich unter dem Eindruck einer solchen Ausnahmesituation jemand findet, der unter Erbringung eines eigenen Opfers das Notwendige tut". Das Gleiche gilt nach hier vertretener Ansicht auch für das Widerstandsrecht.

men.[47]) Aber niemand kann wohl mit Sicherheit sagen, wie er in einer konkreten und existenziellen Situation handeln würde. Es ist eines, in ruhigen Zeiten den Mund voll zu nehmen, und ein anderes, im Ernstfall zu bestehen. Die dritte These muss also enttäuschend ausfallen: Der wertrelativistische Richter bleibt im Konfliktfall auf sich allein gestellt.

V. Richterliche Ethik

In den letzten Jahren wird manchmal davon gesprochen, dass eine „richterliche Ethik" notwendig sei, um die Stellung des Richters in der Gesellschaft zu akzentuieren. Diese Tendenz steht im Zusammenhang mit anderen berufsspezifischen – „angewandten" – Ethiken, besonders im medizinischen Bereich, aber auch in der Welt der Wirtschaft. Dieser Trend scheint aus mehreren Quellen gespeist zu sein: In der medizinischen Forschung besteht ein Bedürfnis, in bestimmten avancierten Bereichen Grenzfragen aus der Sphäre der individuellen Verantwortung zu heben. In der Wirtschaft schwächt der transnationale Charakter vieler Unternehmen die Verbindung zu bestimmten Rechtsordnungen. Allgemein hat es den Anschein, als ob als Auswirkung einer größeren sozialen Durchlässigkeit früher selbstverständlich beherrschte Regeln des zwischenmenschlichen Verkehrs manchmal erst erlernt werden müssen, auch dies trägt zur Bildung der vielen „codes of conduct" bei.

Einer solchen angewandten Ethik steht im richterlichen Bereich anscheinend nur ein sehr schmales Anwendungsfeld offen: Auf der einen Seite bedarf der Richter – jedenfalls in Österreich – keiner zusätzlichen moralischen Aufforderung, die Rechtsordnung durchzusetzen und die Standesvorschriften einzuhalten.[48]) Die berufliche Tätigkeit im engeren Sinn ist eben durch die anzuwendenden Gesetze, das außerdienstliche Verhalten durch das richterliche Disziplinarrecht geregelt.[49]) Richterliche Ethik kann auch nicht darin bestehen, selbstverständliche Verhaltensformen – wie Freundlichkeit gegenüber jedermann etc. – ins Gedächtnis zu rufen.

Auf der anderen Seite treffen auf den Richter auch jene allgemeineren moralischen Anforderungen wie für andere Berufsgruppen – z.B. Ärzte, Naturwissenschafter, Lehrer oder Theologen – zu.

[47]) Zu dieser Problematik vgl. mit Konzentration auf die Rolle des Wissenschafters – tiefschürfend *Walter*, Der kritische Rechtspositivismus und seine moralische Grundlage, in FS Bydlinski (2002) 457.

[48]) Vgl. aber etwa die sehr ausführlichen „Canadian Ethical Principles For Judges": www.cjc-ccm.gc.ca. Dagegen hat die „Ethikerklärung" der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter vom 8. 11. 2007 – www.richtervereinigung.at – in manchen Passagen eher bekenntnishaften Charakter.

[49]) Wenn das (außerdienstliche) Berufsrecht seinerseits auf bestimmte ethische Standards ausdrücklich oder stillschweigend verweist, erhalten diese rechtliche Relevanz – vgl. § 57 Abs. 3 RStDG und jüngst etwa das Urteil des EGMR vom 19. 10. 2010, 20.999/04 – Özpinar.

Dennoch scheint es ein spezifisches Feld richterlicher Ethik zu geben und es steht im Zusammenhang mit den bisherigen Ausführungen. Ein Grundsatz wurde bereits ausgesprochen: Geht es um die bereits „außerrechtliche" Entscheidung des Richters, so soll diese bewusst und explizit (jedenfalls im Sinne eines „inneren Dialogs") erfolgen. Sie soll sich nicht an irgendeiner Opportunität ausrichten. Aber auch mit den persönlichen Wertvorstellungen ist es eine schwierige Sache. Der Richter sollte diese für sich transparent machen. Jeder Mensch, und auch ein Richter, hat bestimmte Vorurteile. Diese müssen dem Richter bei der Entscheidungsfindung bewusst werden, er mag ihnen danach folgen oder nicht.

Schließlich wird es darum gehen, den Faktor der Entscheidung möglichst klar zu machen, d.h. anzugeben, an welcher Stelle die genuin juristischen Überlegungen ihr Ende finden. Damit ist freilich der schwierigste Punkt angesprochen, der mit methodischen Grundfragen im engsten Zusammenhang steht. Denn letztlich gelangt man so zu einem paradoxen Ergebnis: Vom Richter wird ja gerade erwartet, dass er eine „rechtliche" Entscheidung fällt. Zuzugeben, dass seine Entscheidung nicht mehr der juristischen Erkenntnisfunktion zuzuordnen ist, wäre zu viel verlangt und würde die Akzeptanz des Urteils in breiten Kreisen schwächen. Hier kann es nur mehr um Nuancen der Begründung gehen und darum, sich wenigstens nicht selbst zu täuschen. Der Richter sollte der Versuchung widerstehen, die ihm institutionell und intellektuell zur Verfügung stehende Deutungsmacht zu nützen, um seine Entscheidung – sei es im Dienste einer politischen Strömung oder auch bloß zum Schutz der eigenen Vorurteile – rechtlich zu verkleiden, also zu „rechtfertigen". Wenn Irmgard Griss in einem Interview einmal die besondere berufliche Verantwortung des Richters betont hat, mag sie auch diesen Aspekt gemeint haben.

Verzeichnis der Originalpublikationen

Kein Imperativ ohne Imperator. Anmerkungen zu einer These Kelsens, in: Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 12, Wien: Manz, 1988) S. 75–95.

Bundesminister und mittelbare Bundesverwaltung, in: Heinz Mayer/Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/René Laurer/Kurt Ringhofer/Rudolf Thienel (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS für Robert Walter zum 60. Geburtstag (Wien: Manz, 1991) S. 293–315.

Das „Denksporterkenntnis" des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in: Bernd-Christian Funk/Hans R. Klecatsky/Edwin Loebenstein/Wolfgang Mantl/Kurt Ringhofer (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. FS für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag (Wien/New York: Springer, 1992) S. 189–201.

Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in: Johannes Hengstschläger/Heribert Franz Köck/Karl Korinek/Klaus Stern/Antonio Truyol y Serra (Hrsg.), Für Staat und Recht. FS für Herbert Schambeck (Berlin: Duncker&Humblot, 1994) S. 441–457.

Wie zeitgemäß ist die Reine Rechtslehre?, Rechtstheorie 29, 1998, Heft 1, S. 1–21.

Verrechtlichung und Rechtsdynamik, Zeitschrift für öffentliches Recht 54, 1999, Heft 2, S. 261–278.

Rechtskultur und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Juristische Blätter, 123. Jg., 2001, Heft 3, S. 137–144.

Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, Journal für Rechtspolitik 9, 2001, Heft 1, S. 34–46.

Beiträge zu einer Sozialgeschichte der Denkformen: Kelsen und die Einheitswissenschaft, in: Clemens Jabloner/Friedrich Stadler (Hrsg.), Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule (Veröffentlichungen des Instituts Wiener Kreis, Bd. 10, Wien/New York: Springer, 2001) S. 19–43.

Vergangenes Recht, in: Carl Baudenbacher/Heinz Mayer/Hellwig Torggler (Hrsg.), Ein Leben in Praxis und Wissenschaft, FS für Walter Barfuß zum 65. Geburtstag (Wien: Manz, 2002) S. 113–126.

„Die Form ist die Zwillingsschwester der Freiheit", Österreichische Notariatszeitung, 135. Jg., 2003, Heft 2, S. 35–40.

Ist das Weisungsprinzip überholt?, in: Stefan Hammer/Alexander Somek/Manfred Stelzer/Barbara Weichselbaum (Hrsg.), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, FS für Theo Öhlinger (Wien: WUV, 2004) S. 699–717.

Stufung und „Entstufung" des Rechts, Zeitschrift für öffentliches Recht 60, 2005, Heft 2, S. 163–185.

Am Beispiel der Historikerkommission: Zeitgeschichtliche Forschung in juristischer Perspektive, Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften, 16. Jg., 2005, Heft 1, S. 111–136.

Abschied eines Senatspräsidenten, in: Metin Akyürek/Gerhard Baumgartner/Dietmar Jahnel/Georg Lienbacher/Harald Stolzlechner (Hrsg.), Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS für Heinz Schäffer (Wien/München: Manz/C.H. Beck, 2006) S. 295–311.

Das Gesetz als Problem, Juristische Blätter, 128. Jg., 2006, Heft 7, S. 409–414.

Am Rande des Rechtsstaates, Zeitschrift für Verwaltung, 31. Jg., 2006, Heft 4, S. 426–432.

„Rechtskraft" – Funktion und theoretische Begründung eines Rechtsinstituts, in: Michael Holoubek/Michael Lang (Hrsg.), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren (Wien: Linde, 2007) S. 15–25.

Georg Fleischer, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 30, Wien: Manz, 2008) S. 99–113.

Der idealistische Mörder, in: Margarethe Lasinger (Red.), Programmheft der Salzburger Festspiele 2008 zu Fjodor M. Dostojewskij, Verbrechen und Strafe (Salzburg: Salzburger Festspielfonds, 2008) S. 26–29.

Objektive Normativität. Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 32, Wien: Manz, 2009) S. 169–182.

Person, Amt und Institutionen, in: Klaus Poier (Hrsg.), Persönlichkeiten und Demokratie: Wie wählen wir die besten Köpfe? (Schriftenreihe für öffentliches Recht und Politikwissenschaft, Bd. 2, Wien/Graz: NWV, 2011) S. 17–25.

Richter im Zwiespalt, in: Brigitte Schenk/Elisabeth Lovrek/Gottfried Musger/Matthias Neumayr (Hrsg.), FS für Irmgard Griss (ohne Ort [Wien]: Jan Sramek, 2011) S. 315–333.

Kann der Bundespräsident auf sein Amt verzichten?, in: Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Gerhard Muzak/Bettina Perthold-Stoitzner/Karl Stöger (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode, FS für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag (Wien: Manz, 2011) S. 155–168.

Im Dienste der Bundesverfassung: Georg Froehlich, in: Generaldirektion des Österreichischen Staatsarchivs (Hrsg.), Beruf(ung): Archivar, FS für Lorenz Mikoletzky (Mitteilungen des Österreichischen Staatsarchivs 55, Innsbruck/Wien/Bozen: Studienverlag, 2011) Teil II, S. 1105–1127.