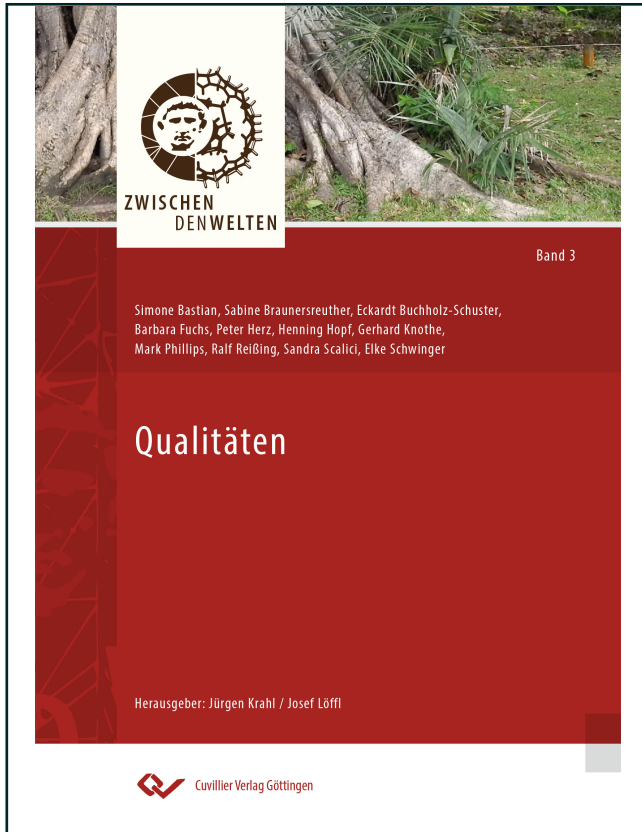




Jürgen Krahl (Herausgeber)
Josef Löffl (Herausgeber)
Qualitäten



<https://cuvillier.de/de/shop/publications/7123>

Copyright:
Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,
Germany
Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: <https://cuvillier.de>



Eckardt Buchholz-Schuster

Recht und Rechtsverwirklichung – zwei launische Forellen und ihre Qualitäten

Einführung

Spätestens seit den Zeiten *Heraklits* geht die Rechtsphilosophie sukzessive den qualitativ bedeutsamen Fragen auf den Grund, *was* als richtiges Recht anzusehen ist und *wie* dieses richtige Recht – etwa im Interesse seines Gerechtigkeitsgehalts und seiner Geltung – identifiziert und realisiert werden kann. Bedenklich indes erscheint, dass die Rechtsphilosophie als Zweig der Philosophie in Deutschland schon seit vielen Jahrzehnten recht fest in juristischer Hand ist. Der Rechtstheoretiker *Hubert Rottleuthner* hat diesen Umstand im Jahre 1970 auf sarkastische Weise qualitativ kommentiert:

„Die mangelnde Transparenz der Argumentationsmuster erlaubt die problemlose Verquickung unterschiedlichster Theoreme. Daraus resultiert das Rezeptive und Reprisenhafte eines Denkens, das mit Philosophieren so viel gemeinsam hat, wie eine Fischgräte mit dem Forellenquintett.“¹

Qualitativ vorzugswürdig wäre womöglich für manchen Leser ein sanfterer Einstieg in Form einer Frage? In diesem Sinne: Weist etwa ein gesetzlich verankertes Rechtsfahrgebot neben seinem (Rechts-)Sicherheit stiftenden Zweck auch eine darüber hinausreichende moralische Qualität auf, die sich dem alternativen Linksfahrgebot als überlegen erweist? Auch wenn dies auf den ersten Blick eher fernliegend erscheint, ist doch das Recht einschließlich seiner Verwirklichung – ob bewusst oder unbewusst – stets mit bestimmten Qualitäten verbunden. Diese Qualitäten sind nicht notwendiger Weise moralischer Natur. Bisweilen sind sie zudem auch nicht allgemeingültig verifizierbar, sondern entsprechen nur mehr oder weniger gut den formalen oder normativen Erwartungen unterschiedlicher beruflicher, gesellschaftlicher, politischer und/ oder wissenschaftlicher Gruppen; auch den jeweiligen Zeitgeist dürfen wir in diesem Kontext getrost einbeziehen. Die ehemalige Bürgerrechtlerin Bärbel Bohley hat dieses Phänomen unterschiedlicher qualitativer Wahrnehmungen im Rechtskontext mit der vielzitierten Formulierung „... die Gerechtigkeit gesucht und den Rechtsstaat bekommen“ lakonisch, vielleicht auch etwas resignierend auf den

¹ Nicht Rechts- sondern qualitativ verdächtige Juristenphilosophen am Werke sah *Hubert Rottleuthner* in seinem Beitrag, *Juristenphilosophie*, in: KJ 1970, 476 ff.



Punkt gebracht². Qualitative Erwartungen, de facto also subjektive Empirie, sind für die Zuschreibung oder Nichtzuschreibung oder auch für die Wahrnehmung bestimmter rechtlicher Qualitäten sehr entscheidend. Wie könnte es auch anders sein, wenn wir seit dem späten 18. Jahrhundert mit *Kant* getrost davon ausgehen dürfen, dass uns außerhalb der Naturwissenschaften „keine Erkenntnis a priori möglich (ist), als lediglich von Gegenständen möglicher Erfahrung“?³ Erfahrungsgespeiste rechtliche Qualitäten sind auf verschiedenen Ebenen zu schaffen, zu suchen und zu finden, so etwa:

- auf der *rechtsphilosophischen* Ebene, wenn wir die hochspannenden Fragen aufwerfen, ob ein als rechtsverbindlich anzusehendes Gesetz neben formalen auch moralische Qualitäten aufweisen sollte, wie diese ggf. zu beschreiben wären usf.
- auf der *rechtsmethodischen* Ebene, wenn zu klären und zu beschreiben ist, wie der Vorgang der Rechtsanwendung quasi qualitätssichernd auszugestaltet ist
- auf der *rechtspolitischen* Ebene, wenn es darum geht, Gesetze oder Urteile möglichst zweckmäßig zu verfassen – oder auch als unzweckmäßig zu kritisieren.

Um vor diesem Hintergrund einen kurzen Einblick in die Vielschichtigkeit rechtlicher Qualitäten zu geben, seien nachstehend zwei exemplarische Themenkomplexe skizziert, die summa summarum einen Einblick in Aspekte formaler, normativer und methodischer Rechtsqualität gestatten: Zum einen blicken wir auf die traditionsreiche rechtsphilosophische Naturrechts-Rechtspositivismus-Kontroverse, die u.a. die Relevanz moralischer Urteile über staatliches Recht zum Gegenstand hat, zum anderen wird die noch vergleichsweise junge, aber umso vehementer polarisierende Fragestellung der Verknüpfung methodischer Standards von Recht und Sozialer Arbeit vorgestellt. Während der erste Themenbereich die Gültigkeitsbedingungen von Rechtsnormen qualitativ hinterfragt, stehen bei der zweiten Fragestellung die Bedingungen gelungener Rechtsverwirklichung im Fokus, die wiederum nach rechtswissenschaftlicher Auffassung durch Rechtsnormen konditioniert wird.

Rechtsqualität in der Naturrechts-Rechtspositivismus-Kontroverse

Zu Beginn in diesem Zusammenhang ein Blick zurück: Über siebzig Jahre sind seit dem 8. Mai 1945 ins Land gegangen – jener „Stunde Null“, auch für die Frage „Wie war es möglich“. Thematisiert worden sind seither aus rechtshistorischer und rechts-

² Auch von vielen Juristen wurde die einprägsame Formulierung übernommen, vgl. etwa *Odersky*, Die Rolle des Strafrechts bei der Bewältigung politischen Unrechts, Karlsruhe 1992, 33.

³ *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Akademieausgabe, 128; URL: <http://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa03/128.html#1> (Stand 10.8.2015)



philosophischer Perspektive auch immer wieder die Fragen nach der Mitschuld furchtbarer Juristen⁴, nach der Mitursächlichkeit staatlich gesetzten Unrechts⁵ und nach den diesbezüglichen methodischen Implikationen. Von den Nationalsozialisten als „Recht“ bezeichnetes Unrecht musste nicht nur faktisch und rechtshistorisch, sondern auch strafrechtlich und daher rechtsmethodisch und normativ aufgearbeitet werden; diesbezügliche Gerichtsentscheidungen – einhergehend mit qualitativen Grenzziehungen zwischen Recht und Unrecht – waren zu legitimieren. Der Jurist und Schriftsteller *Bernhard Schlink* hat u.a. dieser Thematik im Jahre 1995 in seinem Roman „Der Vorleser“ ein eindrucksvolles literarisches Denkmal gesetzt.

Nach dem Untergang der DDR ergab sich in einer Art „Geisterstunde“ für die bundesdeutsche Justiz unerwartet eine ähnliche methodische und normative Herausforderung⁶: Nicht nur die Todesstrafe für „Deserteure“ kurz vor oder gar noch kurz nach dem 8. Mai 1945, auch die Todesschüsse auf „Republikflüchtlinge“ an der innerdeutschen Grenze in den darauffolgenden Jahrzehnten, aber auch andere in staatlichem Auftrag begangene Schüsse und Taten, die nicht verhallen oder vergehen, hatten bisweilen auch eine gesetzliche oder verordnungsrechtliche Grundlage⁷ in vordemokratischer Zeit gehabt. Soweit vorhanden, waren diese Grundlagen nun von bundesdeutschen Gerichten im Rahmen strafrechtlicher Aufarbeitungen normativ zu

⁴ Vgl. hierzu z.B. *Müller*, Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz, München 1987; *Rüthers*, Entartetes Recht: Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, München 1988.

⁵ Vgl. etwa zur Rolle des deutschen Zivilrechts zwischen 1933 und 1945 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 7. Aufl., Tübingen 2012.

⁶ So hellsichtig *Mauz*, Die Justiz vor Gericht. Macht und Ohnmacht der Richter, München 1990, 19. - Zu einer vergleichenden Darstellung und Analyse rechtsphilosophischer Argumentationsmuster aus beiden rechtshistorischen Epochen vgl. *Buchholz-Schuster*, Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln. Eine Untersuchung zur Funktion von „Juristenphilosophie“, Berlin 1998.

⁷ Vgl. etwa § 5 Abs. 1 Kriegssonderstrafrechtsverordnung (KSSVO) vom 17.8.1938 (Reichsgesetzblatt 1939 I, 1456): „Wegen Zersetzung der Wehrkraft wird mit dem Tode bestraft: 1.wer öffentlich dazu auffordert oder anreizt, die Erfüllung der Dienstpflicht in der deutschen oder einer verbündeten Wehrmacht zu verweigern, oder sonst öffentlich den Willen des deutschen oder verbündeten Volkes zur wehrhaften Selbstbehauptung zu lähmen oder zu zersetzen sucht ...“ (Auszug). – Gesetzliche Grundlage für die Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze war § 27 Abs. 2 GrenzG der DDR: „Die Anwendung der Schußwaffe ist gerechtfertigt, um die unmittelbar bevorstehende Ausführung oder die Fortsetzung einer Straftat zu verhindern, die sich den Umständen nach als ein Verbrechen darstellt. Sie ist auch gerechtfertigt zur Ergreifung von Personen, die eines Verbrechens dringend verdächtig sind ...“ Als Verbrechen wiederum wurde dabei grundsätzlich ein sog. „ungesetzlicher Grenzübertritt“ (§ 213 StGB-DDR) eingestuft. – Es versteht sich bei alledem von selbst, dass der Hinweis auf argumentative bzw. rechtsmethodische Parallelen im Bereich der Ahndung des DDR-Unrechts einerseits und der strafjustiziellen Aufarbeitung von NS-Verbrechen andererseits nicht mit der Quantifizierung verübter Verbrechen oder der Gleichsetzung der Ideologien verwechselt werden sollte.



überprüfen⁸: Wie verhielt es sich im Einzelfall schon zur Tatzeit mit deren jeweiliger (Un-)Rechtsqualität – und wie konnte diese begründet werden?⁹

In diesem Kontext standen den Gerichten, aber auch den wissenschaftlich argumentierenden Akteuren hinter den Kulissen verschiedene rechtsphilosophische Werkzeuge zur Verfügung: Naturrecht, Rechtspositivismus, aber auch eigenständige Konzepte wie etwa die berühmt gewordene *Radbruchsche Formel*¹⁰. Alle diese Konzepte haben nicht nur ihre eigenen Qualitäten und Defizite, sondern beinhalten zum Teil auch qualitative Aussagen oder Konsequenzen in Bezug auf die (Un-)Rechtsqualität staatlicher Gesetze. Sie lassen sich im Rahmen des vorliegenden Beitrages nur stark verkürzt in ihren maßgeblichen Charakteristika wiedergeben – de facto werden sie durch eine über Jahrzehnte (im Falle der *Radbruchschen Formel*) bzw. gar Jahrhunderte (im Falle von Naturrecht und Rechtspositivismus) stetig angewachsene Flut unterschiedlicher Spielarten, Veröffentlichungen und Rezeptionen repräsentiert¹¹.

Nach klassischer *rechtspositivistischer Auffassung* ist für die Geltung eines Gesetzes – und damit auch für seine Rechtsqualität – nicht sein Inhalt, sondern ausschließlich die Durchführung eines förmlichen Gesetzgebungsverfahrens entscheidend: Die Positivität wird daher in den doppelbödigen Worten *Artur Kaufmanns* „zur ‚Natur‘ des Rechts“¹². Dies gewährleistet – unabhängig vom Inhalt der jeweiligen Gesetze – im Guten wie im Bösen zumindest eine wichtige rechtliche Qualität, die zugleich ein formales Gerechtigkeitselement darstellt: die Rechtssicherheit! Darf es aber – unabhängig vom Inhalt eines Gesetzes – einen schrankenlosen Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber moralischen Einwänden geben? Wenn dies zutreffen soll, dann lassen sich unmoralisch erscheinende Gesetze konsequenter Weise nur rückwirkend korrigieren – entweder durch eine offen rückwirkende Gesetzgebung, oder durch eine verdeckt rückwirkende, rechtsstaatliche Auslegung vor-rechtsstaatlichen Rechts unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

⁸ S. zu den ersten Nachkriegsjahrzehnten etwa die Quellensammlung von *Rüther* (Hrsg.), *Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1966*, Bd. I-VII, Amsterdam 1968-1971.

⁹ Die immer wieder kontrovers diskutierte, gesellschafts- und rechtspolitische Frage, inwieweit die begrenzte, auf individuelle Schuld zugeschnittene „Brille des Strafrechts“ überhaupt geeignet ist, als Mittel der Vergangenheitsbewältigung komplexes Systemunrecht aufzuarbeiten, muss im Rahmen dieser Darstellung ausgeblendet werden. Vgl. zur diesbezüglichen deutschen Diskussion der frühen neunziger Jahre im 20. Jahrhundert *Buchholz-Schuster*, a.a.O. (Fn.6) 139 ff. m.w.N.

¹⁰ Letztere veröffentlicht in dem wohl prominentesten rechtsphilosophischen Beitrag aus der deutschen Nachkriegszeit: *Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, SJZ 1946, Sp. 105 ff.

¹¹ Vgl. hierzu statt Vieler z.B. *Kaufmann*, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*; in: *Ders., Hassemer* (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 5. Aufl., Heidelberg 1989, 77 ff. (zum sog. „rechtswissenschaftlichen Rechtspositivismus“), 92 ff. (zum Rechtsbegriff und zur Formel *Gustav Radbruchs*), 118 ff. (zum sog. „logischen Rechtspositivismus“, insbesondere der „Reinen Rechtslehre“ *Hans Kelsens*); s. zudem *Ellscheid*, *Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung*; in: *Kaufmann, Hassemer*, a.a.O. (Fn.11), 143 ff., jeweils m.w.N.

¹² *Kaufmann* a.a.O. (Fn.11), 78.



Von der positivistisch verstandenen Natur des Rechts zum *Naturrecht*: Gemäß einer aktuellen, äußerst umfassenden rechtshistorischen Untersuchung von *Lena Foljanty*¹³ ermöglichte das Naturrecht samt seiner Debatten als unmittelbare Reaktion auf den Nationalsozialismus nach 1945 insbesondere auch eine „Positionierung in der Umbruchsituation“, dies aber offensichtlich nicht nur gegenüber Schuld, sondern auch im Verhältnis zu Politik, Rechtspositivismus sowie gegenüber Liberalismus und Demokratie¹⁴. Aber durch welche Charakteristik kann Naturrecht derartige normative Positionierungen und Abgrenzungen unterstützen? Quasi als rechtsphilosophisches Kontrastprogramm zum Rechtspositivismus, demzufolge allein der jeweilige Staat mittels seiner Gesetze über das Recht verfügen kann, „wird Naturrecht als das verstanden, was die Manipulierbarkeit von Recht durch Gesetzgebung (real oder auch bloß normativ durchkreuzt.“¹⁵ „Das“, was die Manipulierbarkeit durchkreuzt, wird also zum (ggf. auch nur rückwirkend genutzten) normativen Korrektiv gegenüber staatlichem Gesetzesrecht. Wenn man es mit der Bindung des Naturrechts an einen Naturbegriff wirklich ernst nimmt, dann ließe sich als kleinster gemeinsamer Nenner für dieses „Das“ zum Beispiel in Anlehnung an *Spaemann* „das von menschlicher Praxis nicht gesetzte Seiende“¹⁶ anführen. Hiermit wäre Naturrecht dann, anders als staatliches Recht, womöglich zugleich auch mit einer überzeitlichen Qualität versehen.

Naturrechtlicher Schutz vor der Manipulierbarkeit von Recht durch Gesetzgebung kann – je nach Kontext – durchaus eine Qualität sein. Wie aber steht es umgekehrt um den Schutz vor der Manipulierbarkeit von Recht durch Naturrecht? Aus dem Naturrecht können in unterschiedlicher Weise Bedrohungen für die Rechtssicherheit resultieren: Real ist eine solche Bedrohung im Grunde erst dann, wenn staatliche Gesetze unter Berufung auf ein wie auch immer geartetes Naturrecht konkret ausgehebelt werden. Aber selbst wenn seitens naturrechtlicher Befürworter lediglich Abstinenz gegenüber der Frage nach den Voraussetzungen und Kompetenzen naturrechtlicher Rechtserkenntnis an den Tag gelegt wird¹⁷, besteht immerhin noch eine potentielle Bedrohung für die Rechtssicherheit, die aus rechtsstaatlicher Perspektive ambivalent erscheint. – Unabhängig davon dürfte der Begriff „Naturrecht“ von vornherein dort verfehlt sein, wo jenseits jeglicher Naturvorstellung nur noch die staatliche Unverfügbarkeit von Recht eingefordert wird¹⁸.

¹³ *Foljanty*, *Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit*, Tübingen 2013, m.w.N.

¹⁴ Weder Rechtspositivismus, noch Naturrecht sind daher bei Licht betrachtet immun gegenüber Einflüssen politischer Ideologien auf das Recht.

¹⁵ *Ellscheid*, a.a.O. (Fn.11), 148.

¹⁶ Zit. nach *ebd.*, 149, dort bei Fn. 18.

¹⁷ *Ders.*, a.a.O., 151.

¹⁸ So im *ebd.*, S. 149.



Eine solche Unverfügbarkeit von Recht ist in wohldosierter Weise für das Rechtsverständnis von *Gustav Radbruch* kennzeichnend, der im Jahre 1946 mit seiner berühmt gewordenen *Formel* im In- und Ausland innerhalb der rechtswissenschaftlichen und -philosophischen Community für beachtliches Aufsehen sorgte – und bis heute sorgt:

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“¹⁹

Radbruch war de facto weder dies- noch jenseits seiner vorstehend zitierten Formel ein Vertreter des Naturrechts: Schon die Definition einer für die Rechtsqualität von Gesetzen maßgeblichen „Natur“ findet sich in keiner seiner Schriften – und die gemeinhin dem Naturrechtsdenken zugeschriebenen Gefahren für Legalität und Rechtssicherheit²⁰ dürften bei *Radbruch* vor dem Hintergrund seiner auf Fälle extremen Unrechts beschränkten Formel wesentlich überschaubarer sein. *Radbruch* war andererseits aber auch kein Rechtspositivist, da die vorstehend zitierte Formel eine nicht immer scharfe, aber doch vehement vertretene Grenze für die Inhalte und Zwecke staatlicher Gesetze und damit auch ein die Rechtsqualität von Gesetzen unter bestimmten Voraussetzungen negierendes Widerstandsrecht erkennen lässt. Jenseits von Rechtspositivismus und Naturrecht stehend, vermeidet *Radbruchs* Rechts-

¹⁹ *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht; in: SJZ 1946, 105, 107. Ähnlich auch *Lange*, Das Kontrollratsgesetz Nr. 10 in Theorie und Praxis; in: DRZ 1948, 155 ff., 160: „... Rechtssicherheit ist ... normaler Weise der einzige Weg, um dem ... Ziel der absoluten Gerechtigkeit so nahe wie möglich zu kommen. Es gibt aber Fälle, in denen sie sich als Rechtswert selbst aufheben würde, weil eine auf sie gestützte Entscheidung in so unerträglichem Widerspruch zum Gerechtigkeitsempfinden träte, daß die Autorität der Rechtsordnung darüber verloren ginge. Hier muß sie vor dem Regreß ... auf die Rechtsidee zurücktreten.“ – Analysiert wurde die *Radbruchsche Formel* aber nicht nur in Deutschland, sondern auch im Ausland, so etwa durch den englischen Rechtsphilosophen *Herbert Lionel Adolphus Hart*, Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral; in: *ders.*, Recht und Moral, hrsg. und übers. von *Hoerster*, Göttingen 1971, 14 ff. (Original: Positivism and the Separation of Law and Morals; in: Harvard Law Review 71 (1958), 593 ff.).

²⁰ Vgl. hierzu etwa *Pieroth*, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, 3. Bericht; in: VVDStRL Bd. 51 (1992), 91 ff.



philosophie die angesprochenen neuralgischen Punkte beider Strömungen. Möglicher Weise hat *Radbruch* mit seinem sehr rationalen, auf durchdachtem erkenntnistheoretischen Fundament ruhenden Rechtsentwurf²¹ einschließlich seiner Formel den bis heute ausgewogensten und zugleich transparentesten Ansatz zum qualitativen Verhältnis von Recht und Moral geliefert – einen Ansatz der im Gegensatz zu nicht wenigen anderen naturrechtlichen, positivistischen oder rechtstheoretischen Ansätzen auch deduktiv verfahrenen, gedanklichen Beweisführungen standhält²².

Aufmerksamen Lesern wird nicht entgangen sein, dass gerade die *Radbruchsche Formel*, sehr im Gegensatz zum rechtspositivistischen, teilweise aber auch zum naturrechtlichen Ansatz, eher auf eine normative Negierung der Rechtsqualität staatlicher Gesetze in bestimmten Ausnahmesituationen extremen Unrechts abzielt, als umgekehrt auf eine Beschreibung formeller oder gar normativer Voraussetzungen gültigen Rechts. Und in der Tat werden moralische Urteile über extremes Unrecht – etwa die physische und materielle Vernichtung einer Bevölkerungsminderheit²³ – rational um ein Vielfaches evidenter zu begründen sein, als das Urteil über den Gerechtigkeitsgehalt einer gesetzlich zu regelnden Gestaltung von Lebensverhältnissen bzw. Sozialleistungen.

Zwei Gedanken noch zum Abschluss dieses Abschnitts: Zum einen ist nicht nur das Recht (einschließlich seiner Anwendung), sondern auch das rechtsphilosophische Denken über die (Un-)Gerechtigkeit und die Rechtsqualität von Normen niemals frei von einer weiteren „launischen Forelle“ – dem jeweiligen Zeitgeist²⁴. Überhaupt trifft dies wohl im weitesten Sinne für die meisten Formen eines wissenschaftlichen Rationierens über Qualitäten zu. Zu denken wäre z.B. an das denkbare Szenario einer veganen Anwendung oder Neuinterpretation der *Radbruchschen Formel*, die ggf. zu beachtlichen normativen Konsequenzen etwa im Bereich des Lebensmittel- oder des Verkehrsrechtes führen könnte²⁵.

Zum anderen kann das – oft vergangenheitsbezogene – Philosophieren über die Rechtsqualität von staatlichen Normen oft nur wenig zu Lösung von moralischen Katastrophen der Gegenwart beitragen. Obwohl z.B. in der *Radbruchschen Formel* die Rede „von einem Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit“ ist, der ein

²¹ Vgl. zu den Grundlagen seiner rechtsphilosophischen Konzeption *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914, 95, 171ff.; *ders.*, Rechtsphilosophie, Leipzig 1932.

²² S. hierzu u.a. *Alexy*, Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs; in: *Krawietz/ v. Wright* (Hrsg.), Öffentliche oder private Moral? Berlin 1992, 85 ff.

²³ *Alexy* a.a.O., 102 f.

²⁴ S. hierzu *Rüthers*, Immer auf der Höhe des Zeitgeistes? Wissenschaft im Wandel der politischen Systeme am Beispiel der Jurisprudenz, Konstanz 1993.

²⁵ *Schwarz*, Veganismus und das ‚Recht der Tiere‘. Historische und theoretische Grundlagen sowie ausgewählte Fallstudien mit Tierrechtlern bzw. Veganern aus musikorientierten Jugendszenen; in: *Breyvogel* (Hrsg.): Eine Einführung in Jugendkulturen. Veganismus und Tattoos. Wiesbaden 2005, 69 ff.



... „unerträgliches (!) Maß erreicht“, erscheint die Formel kaum geeignet, die gleichfalls als unerträglich empfunden, aktuellen Flüchtlingskatastrophen im Mittelmeer in einer präzisierten Weise moralisch zu fassen und zu bewerten, die über allgegenwärtige moralische Appelle hinaus den Einzelnen, die Gesellschaft, die Politik oder auch den Gesetzgeber zu jeweils maximal möglichen, unmittelbaren oder mittelbaren Hilfeleistungen veranlassen würden. Die Legitimation oder auch Forderung von Widerstand gegenüber in der Regel nationalem gesetzlichem Unrecht impliziert leider nicht zwangsläufig die unmissverständliche Forderung nach nationalem und transnationalem Handeln im Angesicht humanitärer Katastrophen und ihrer faktischen und moralischen Herausforderungen.

Dass die *Radbruchsche* Formel insoweit nicht alle humanitären und moralischen Herausforderungen, etwa die aktuelle Situation im Mittelmeer, unmittelbar trifft, ist selbstverständlich weder ihr, noch ihrem Schöpfer im Sinn eines qualitativen Defizits anzulasten. Denn diese Rechtsphilosophie ist ein Kind ihrer Zeit und rechtshistorischer Erfahrungen aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Aber: Wenn das Recht samt seiner Philosophie nicht nur „Qualitäten“, sondern auch Qualität besitzen soll, dann muss die Rechtsphilosophie im Stande sein, auch auf die drängenden, aktuellen Fragen unserer Zeit und der kommenden Zeitalter immer wieder neue Antworten zu geben. Geeigneter hierfür erscheinen die vergleichsweise produktiven, sog. prozeduralen Theorien der Gerechtigkeit, als deren Spielart etwa *Kants* kategorischer Imperativ gelten kann²⁶: „Handle (!) so, dass die *Maxime* Deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könnte.“²⁷ Mit unterlassenem oder zu spätem Handeln steht diese sittlich-moralische Forderung bereits begrifflich nicht im Einklang.

(Rechts-)methodische Qualität in der Sozialen Arbeit

Nach der komprimierten Darstellung rechtsphilosophischer Perspektiven zur Frage der Rechtsqualität von *Normen* folgt nun ein Blick auf die methodischen Implikationen der *Rechtsfindung* bzw. des Normengebrauchs innerhalb der Sozialen Arbeit. Es wird sich dabei zeigen, dass die diesbezüglichen Diskussionen bisweilen nicht weniger polarisieren, als die soeben vorgestellte Naturrechts-Rechtspositivismus-Kontroverse – was bei Licht betrachtet auch kein Wunder ist, denn im Kern geht es auch hier um einen vergleichbaren vermeintlichen Widerspruch: Dieser betrifft auch hier die Rechtssicherheit bzw. notwendige Gesetzesbindung einerseits, andererseits indes die diskursive Einbindung von schwer kalkulierbaren Beziehungen, Gefühlen und Lebensvorstellungen von Klienten in rechtlich relevante Entscheidungen.

²⁶ So *Kaufmann* a.a.O. (Fn.11), 66.

²⁷ *Kant*, Kritik der praktischen Vernunft, Riga 1788, ; URL: www.deutschestextarchiv.de/book/view/kant_pvernunft_1788?p=62 (Stand: 10.8.2015)



Zu klären ist vor diesem Hintergrund: was kann und darf man innerhalb der Sozialen Arbeit in Bezug auf qualitativ anspruchsvolle Rechtsfindung von beruflichen Akteuren verlangen,

- in deren Hochschulausbildung das Recht lediglich den Stellenwert einer von mehreren Bezugswissenschaften hatte und
- in deren beruflicher Praxis psychosoziale Sachverhalte (z.B. ergebnisoffene Beratungssituationen in Bezug auf Erziehung, Schwangerschaft, Sucht) in rechtliche Vorgaben eingebettet sind?

Anders formuliert: Agiert und berät z.B. ein klinisch ausgebildeter Sozialarbeiter im Bereich der Jugendhilfe stets subsumierend, mit dem prüfenden Blick ins Gesetz oder gar einen Gesetzeskommentar? Oder tut er dies nicht – und wie haben Rechtslehre und Rechtsdidaktik im Bereich der Sozialen Arbeit dann auf diese Situation zu reagieren?²⁸ Erscheint es qualitativ angemessen, sich auf den Weg zu einer Methodik sozialpädagogischer Rechtsverwirklichung zu machen²⁹ – nicht im Sinne einer verschlechterten Qualität durch Preisgabe klassischer rechtsmethodischer Standards, wohl aber im Sinne einer anderen Rechtsqualität, die dem interdisziplinären Zusammentreffen unterschiedlicher Disziplinen und ihrer Perspektiven in angemessener Form Rechnung trägt³⁰?

Pikant ist gerade an der letzten Fragestellung, dass die Sorge vor methodischen Qualitätsverlusten nicht nur Juristen umtreibt³¹, sondern umgekehrt auch bereits in der vornehmlich sozialwissenschaftlich geführten Diskussion der siebziger und achtziger Jahre eine gewisse Ablehnung vor einer zumindest gefühlten Verrechtlichung der Sozialen Arbeit erkennbar wird³².

²⁸ S. zum diesbezüglichen Streitstand einerseits *Buchholz-Schuster*, Recht im Spannungsfeld zwischen sozialpädagogischer und juristischer Methodik; in: ZKJ 2009, 470 ff. (Teil 1), ZKJ 2010, 17 ff. (Teil 2), andererseits *Möller*, Rechtsverwirklichung ohne Recht? Wider die Auflösung juristischer Methodik in psychosozialen Gefilden; in: ZKJ 2011, 4 ff.; s. zudem hieran anknüpfend aus neuester Zeit auch *Riehle*, Was haben Sozialpädagogik und Recht mit Komplexität zu tun? In: ZFSH SGB 2015, 316 ff.

²⁹ Grundlegend hierzu *Burghardt*, Recht und Soziale Arbeit, Weinheim/München 2001, der auf äußerst fundierte und anspruchsvolle Weise das methodische Zusammenspiel von Recht und Sozialer Arbeit thematisiert.

³⁰ Ein entsprechendes Gespür für diese qualitativ relevante, interdisziplinäre Problematik dürfte nicht nur bei vielen praktisch tätigen Sozialarbeiter, sondern auch bei Richtern vorhanden sein, vgl. z.B. folgenden Befund eines Familienrichters, zitiert nach *Schneider, Toussaint, Cappenberg*, Kindeswohl zwischen Jugendhilfe, Justiz und Gutachter. Eine empirische Untersuchung, Wiesbaden 2014, 222: „Was wir hier machen, das hat mit Juristerei nur sehr wenig zu tun; das ist nur der Rahmen der gesteckt wird. Der Inhalt ist ein ganz anderer, wir müssen ja die Gesetze ausfüllen und das können wir nicht mit juristischen Begriffen.“ Damit gibt der Richter nach Auffassung der Autoren ein „diskurstheoretisches Rechtsverständnis“ zu erkennen (a.a.O.).

³¹ Vgl. *Möller*, a.a.O. (Fn. 28), der bei gleichzeitiger Ausblendung empirischer Fragestellungen methodische Überlegungen in Richtung einer sozialpädagogischen Rechtsverwirklichung als vermeintliche „Destruktion von Normativität“ ablehnt (*ders.* a.a.O., 4 ff., 11).

³² Vgl. hierzu v. *Sturm*, Sozialpädagogische Entscheidungsfreiräume; in: ZfJ 1986, 483 ff., 484 m.w.N.



Die hier beschriebene Problematik wird noch deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass etwa in Bezug auf die juristische Prüfung eines strafbaren Diebstahls einerseits sowie die Frage der Gewährung einer Hilfe zur Erziehung andererseits deutliche Unterschiede bestehen – dies nicht nur im Hinblick auf die Komplexität der rechtlich relevanten Lebenssituation, sondern auch in Bezug auf die jeweilige Gesetzessprache, den Vorgang der Rechtsanwendung und die in ECTS erfassbare juristische Vorbildung der jeweiligen Rechtsanwender. An dieser Stelle soll zunächst ein Blick auf die jeweilige Gesetzessprache genügen:

Wenn A dem B nachweislich im Sinne des § 242 Abs. 1 StGB eine *„fremde bewegliche Sache ... in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen“* (Tatbestand), dann wird er bestraft (Rechtsfolge). Sich hieraus etwa für einen Richter ergebende Interpretationsfragen – ob z.B. die weggenommene Sache wirklich „fremd“ war oder nach welchen Kriterien sich die Strafzumessung richtet – können vorliegend quasi systemimmanent durch klassische Gesetzesauslegung unter Heranziehung weiterer gesetzlicher Bestimmungen (§§ 929 ff. BGB, § 46 StGB) oder eines Gesetzeskommentares zum StGB beantwortet werden.

Wenn demgegenüber die Frage zu klären ist, ob der alleinsorgeberechtigten Mutter M für ihr Kind K durch den zuständigen öffentlichen Jugendhilfeträger ein Angebot auf Hilfe zur Erziehung gemacht werden soll, liegen die Dinge auch und gerade in methodischer Hinsicht wesentlich komplexer: Es muss dem Willen des Gesetzgebers entsprechend im Rahmen des abstrakt formulierte § 27 Abs. 1 SGB VIII geprüft werden ob in der konkreten Situation *„eine dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist und die (anzubietende) Hilfe für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist.“* Es liegt hier auf der Hand, dass das Gesetz vorliegend eine Lebenssituation unter ganz anderen, u.a. folgenden Rahmenbedingungen steuern soll:

- unter Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe
- auch und gerade unter Einbindung von beruflichen Akteuren aus dem Bereich der (öffentlichen) Jugendhilfe als einer Gruppe wichtiger Normadressaten³³
- unter Bezugnahme auf eine im Zweifel psychosozial komplexe Lebenssituation, die nicht nur ggf. schwierig zu analysieren ist (Klärung des vom Gesetzgeber benannten erzieherischen Defizits), sondern zudem auf der Maßnahmenebene prognostische Entscheidungen abverlangt (Eignung der Hilfe).

Der Brückenschlag zwischen konkreter, aber vielschichtiger Lebenssituation und abstraktem Gesetz scheint hier aus unterschiedlichen Gründen eine andere Qualität

³³ Hierbei handelt es sich in der Regel um staatlich anerkannte Sozialarbeiter oder staatlich anerkannte Sozialpädagogen, seltener um Personen mit Befähigung zum Richteramt.