

# 1 Recht und Gesellschaft (Trenczek/Behlert)

- 1.1 Recht und Gesetz – Begriff und System der Rechtsnormen
  - 1.1.1 Was ist Recht? – Begriff und Funktion des Rechts
  - 1.1.2 Woher kommt das Recht? Die Genese der Rechtsnormen
  - 1.1.3 System der heutigen Rechtsnormen
    - 1.1.3.1 Verfassungsrecht
    - 1.1.3.2 Parlamentsgesetze
    - 1.1.3.3 Rechtsverordnungen
    - 1.1.3.4 Satzungen
    - 1.1.3.5 Tarifverträge
    - 1.1.3.6 Notwendige Abgrenzungen
    - 1.1.3.7 Rangordnung der Rechtsvorschriften
  - 1.1.4 Überblick über die Gebiete der deutschen Rechtsordnung
  - 1.1.5 Europäisches Gemeinschafts- und Völkerrecht
    - 1.1.5.1 Europäische Union und Europarecht
    - 1.1.5.2 Völkerrecht
  - 1.1.6 Internationales Privatrecht
- 1.2 Recht und Gerechtigkeit
  - 1.2.1 Zur Problemstellung
  - 1.2.2 Gerechtigkeit und Gleichheit – die (rechts)philosophische Ausgangsfrage
  - 1.2.3 Rechtliche und soziale Gerechtigkeit
  - 1.2.4 Juristische Gerechtigkeit

## 1.1 Recht und Gesetz – Begriff und System der Rechtsnormen

### 1.1.1 Was ist Recht? – Begriff und Funktion des Rechts

**Art. 20 Abs. 3 GG** In einem Rechtsstaat bildet das **Recht** die verbindliche Ordnung für das Zusammenleben der Menschen. Auch die Soziale Arbeit ist als Teil der öffentlichen Verwaltung (vgl. 4.1) nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Damit stellt sich die Frage, was unter Recht und Gesetz zu verstehen ist und wie man das Recht von anderen Maßnahmen des Staates oder gesellschaftlichen Regeln abgrenzt.

Das Verständnis von Recht war und ist nicht überall gleich, vielmehr ist die Definition eng mit den kulturellen und gesellschaftlichen, politischen und ökonomischen Entwicklungen verknüpft und hat in der Geschichte erhebliche Wandlungen vollzogen. Das, was wir heute im Mitteleuropa der Neuzeit als Recht ansehen, unterscheidet sich aus historischer Perspektive von den frühen, in Keilschrift in Stein verfassten Verhaltensregeln der Babylonier (Codex Hammurabi, 18. Jahrhundert v. Chr.) oder dem mosaischen Recht des Alten Testaments. Aus soziolo-

gisch-ethnologischer Sicht unterscheidet sich unser Recht von den Sitten, Gebräuchen und Normen sog. vorstaatlicher Gesellschaften indigener Völker (z. B. in Afrika, Asien, Amerika oder Ozeanien) wie auch von den Rechtstraditionen des sog. Common Law angelsächsischer Prägung in Großbritannien, den USA oder in Australien. Freilich kann man insoweit nicht nur Unterschiede, sondern vielfache Verbindungslinien und Ähnlichkeiten feststellen (z. B. lässt sich das generelle Verbot, einen Menschen zu töten, in fast allen Rechtsordnungen wiederfinden, in einigen allerdings auch noch immer das Recht des Staates, Menschen töten zu lassen). Die Definition von Recht ist also dem historisch-gesellschaftlichen Wandel unterworfen und immer nur in einem spezifischen Kontext zu leisten. Wegen dieser definitorischen Schwierigkeiten wird in der Rechtsliteratur bis heute gern das Diktum von Immanuel Kant bemüht, das besagt: „Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht“ (Kant 1781, 625).

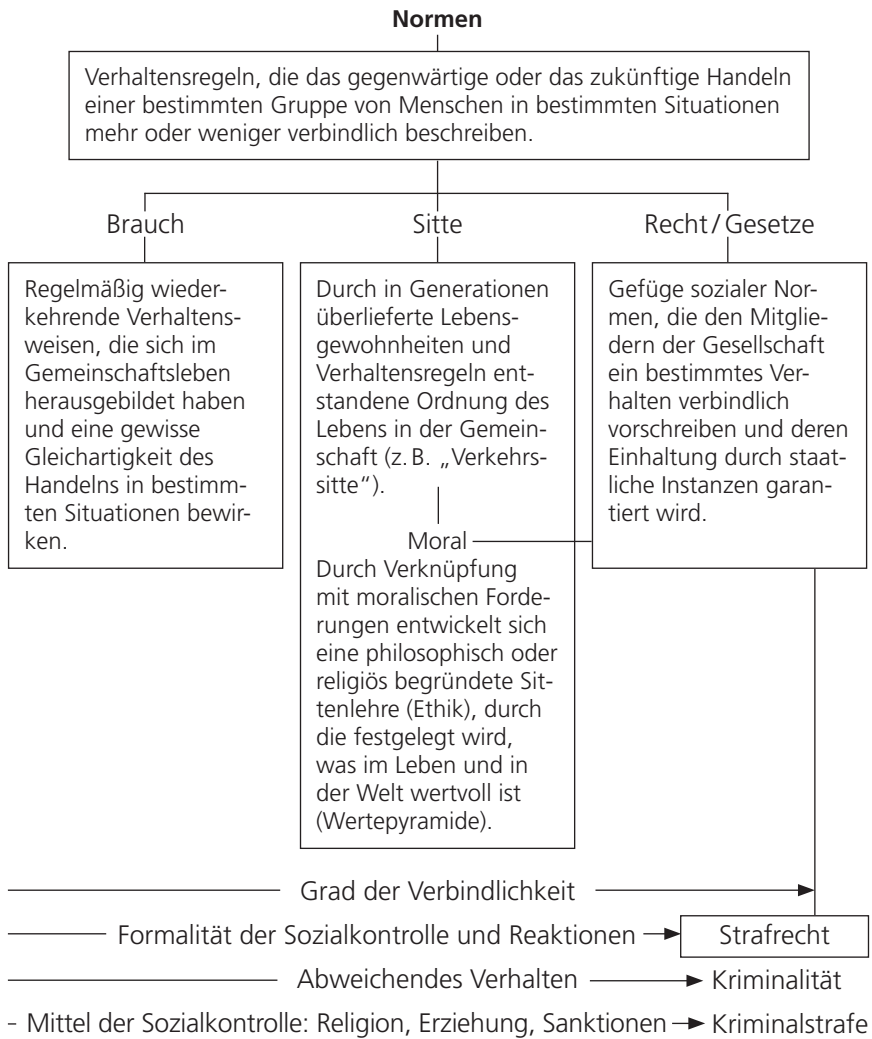
Damit ist zugleich auf die Differenz zwischen Definition und Begriff aufmerksam gemacht. Es geht in diesem einleitenden Kapitel daher nicht in erster Linie darum, einen Merksatz zum Recht zu formulieren, sondern darum, Recht **begreifen** zu können. Denn dies meint – im Unterschied zur Definition – das Wort „**Begriff**“. Ganz wesentlich ist hierfür die Frage nach der Rolle und Funktion des Staates. Nach der von Platon (375 v. Chr.: „politeia“ – der Staat; „nomoi“ – die Gesetze) und Aristoteles (330 v. Chr.) begründeten Staatsphilosophie ist der Staat Garant des friedlichen Zusammenlebens der Menschen. Nach Aristoteles bestimmte deshalb der Staat, was als Recht gilt. Der englische Philosoph Thomas Hobbes verabsolutierte den Staat als „Leviathan“ (1651), als legitime und allmächtige Autorität, um das menschliche Chaos zu beherrschen. Dagegen entwickelte Immanuel Kant ein Idealbild der bürgerlichen Gesellschaft, in dem die Freiheit des Individuums den Machtansprüchen des absoluten Staates gegenüberstand. Verbindendes Element ist bis heute insoweit die Prämisse, dass einerseits in einem Rechtsstaat grds. nur dem Staat als Hoheitsträger das Recht auf Zwang eingeräumt ist (sog. staatliches Gewaltmonopol), dieses Recht andererseits aber durch Freiheitsrechte der Bürger gegenüber dem Staat (im modernen Verfassungsstaat heute als **Grundrechte** bezeichnet, hierzu 2.2) rechtlich rückgebunden und begrenzt ist.

Recht hat zunächst etwas mit Normen (s. Übersicht 1), also vorformulierten Erwartungen, zu tun. Soziale Normen sind **Verhaltensregeln**, Leitbilder, die das gegenwärtige oder das zukünftige Handeln der Menschen (und heute auch sog. juristischer Personen, hierzu II-1.1) in bestimmten Situationen mehr oder weniger verbindlich beschreiben. Man unterscheidet hier insb. Traditionen, Konventionen, Brauch, Sitte und Recht. Das Spektrum reicht von Normen, die nur innerhalb einer bestimmten Gruppe („Subkultur“) anerkannt sind (z. B. die Verhaltensregeln innerhalb von Jugendcliquen, von Kaufleuten, Mitgliedern einer Kirche), bis zu solchen, die für alle Mitglieder einer Gesellschaft gelten. Was im Kontext einer einzelnen Gruppe als abweichend gilt (z. B. Bluttransfusion bei Zeugen Jehovas), kann für die Gesamtgesellschaft akzeptabel oder zwingend notwendig sein, während umgekehrt ein von der Gesamtgesellschaft missbilligtes Verhalten in spezifischen Gruppen der gleichen Kultur gebilligt und sogar gefördert werden kann (z. B. manche Formen jugendtypischen Verhaltens). Im Verhältnis der Normensysteme nimmt der Grad der Verbindlichkeit über Brauch und Sitte bis zum Recht zu.

**Rolle und Funktion  
des Staates**

**staatliches Gewalt-  
monopol**

**Übersicht 1:** Normensysteme



Es kann auch vorkommen, dass der Gesetzgeber im positiven, d. h. in einem (demokratischen) Gesetzgebungsverfahren verfassten Recht ausdrücklich auf bestimmte (Handels-)Bräuche und die „guten Sitten“ Bezug nimmt (vgl. §§ 138, 157, 242 BGB, § 346 HGB).

Als „Goldene Regel“ der praktischen Ethik findet sich in nahezu allen Weltreligionen und Philosophien in der sprichwörtlichen Wendung das Gebot „Was du nicht willst, dass man dir tu, das füg’ auch keinem anderen zu“, also „Behandle andere so, wie du von ihnen behandelt werden willst.“ Ob und inwieweit Sitte, Moral und Recht sich beeinflussen oder gar decken, ist in der Menschheitsgeschichte unterschiedlich beantwortet worden. Für die europäischen Rechtsord-

**Sitte und Moral**

nungen des Mittelalters etwa war es geradezu ein Kennzeichen, dass die jeweiligen Moralvorstellungen religiöser und weltlicher Herrscher als allgemein verbindliches Recht mit Folter und Inquisition eingefordert wurden. Die seitdem vollzogene Emanzipation des Rechts von der Moral muss daher insoweit als ein Fortschritt innerhalb der Entwicklung der menschlichen Gesellschaft gesehen werden. In der rechts- und sozialphilosophischen Literatur ist sie bis zu Hobbes (Hobbes 1651, 73) zurückzuverfolgen; in voller Konsequenz durchgeführt wurde sie dann von Kant in der „Metaphysik der Sitten“, die im ersten Teil die Rechtslehre und im zweiten Teil die von ihm so bezeichnete Tugendlehre behandelt (Kant 1797). Von Immanuel Kant stammt auch das wohl wichtigste menschliche Moralgebot, der sog. **kategorische Imperativ**, also das Gebot, welches für jedes vernunftbegabte Wesen per se und universell gelten soll: „Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne“ (Kant 1788, 54). In ihm geht es darum, dass jeder Mensch zunächst prinzipiell über die Fähigkeit verfügt, einen freien Willen zu bilden, und damit in der Lage wäre, dem Grundsatz auch tatsächlich für sich selbst Geltung zu verschaffen. Es ist also die moralische Dimension angesprochen; ein Gesetz im juristischen Sinne ist hier nicht gemeint. Mit Moral verbindet Kant die innere Haltung des Individuums, die Gesinnung, die – wie er sagt – Tugend. Recht hingegen richtet sich an das äußere Verhalten der Menschen, ob ein Bürger diese Norm für richtig oder aus welchen Gründen er sich an die Rechtsnorm hält, ist unerheblich, solange die Verhaltensanweisung eingehalten wird. Dies muss so sein, weil die Freiheit des Einzelnen, die für Kant die Voraussetzung moralisch richtigen Verhaltens ist, mit der Freiheit des anderen in Konflikt geraten kann. Deshalb muss es klare Grenzen und Regeln geben. Diese Grenzen werden vom Recht gesetzt. Das Recht ist demnach in den Worten von Kant der Inbegriff der Bedingungen, unter denen das Belieben des einen, etwas zu tun oder zu unterlassen, mit einem entsprechenden Belieben des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit vereinigt werden kann (Kant 1797, 317 f., 337). Damit freilich ist nicht nur die Unterscheidung zwischen Moral und Recht getroffen, sondern zugleich das Verbindende bezeichnet, für das Kant den Begriff der Sittlichkeit verwendet. Georg Jellinek, ein bedeutender Staatsrechtler Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts, fasst diesen Zusammenhang in die von Juristen gern verwendete Formel vom Recht als dem sozialem Minimum (Jellinek 1872/1878, 42). Gleichwohl ist mit der strikten Unterscheidung zwischen moralisch zu erwartendem und rechtlich verbindlich verlangtem Handeln die Idee des modernen Rechtsstaates geboren, der die Einhaltung dieser Regeln zum Wohle der Freiheit des Einzelnen und zum Wohle der Gesellschaft als Ganzem zu garantieren hat (Kant 1797, 333). Der frühere Bundesverfassungsrichter Wolfgang Böckenförde bringt dies mit der Formulierung auf den Punkt, dass das Recht eben keine Tugend- und Wahrheitsordnung sei, sondern eine **Friedens- und Freiheitsordnung** (Böckenförde 1973, 193).

Rechtsstaat

Im Sinne des modernen systemtheoretischen Ansatzes ist das positive Recht geradezu die Voraussetzung der modernen Gesellschaft (Luhmann 1970, 177 f.). Die „Heterogenität der Wertpräferenzen“ macht in einer offenen, pluralistischen Gesellschaft ein Mindestmaß an Einheitlichkeit und Verbindlichkeit von Normen für den sozialen Kontakt unverzichtbar. Fehlt es an Konformität, ist die Gesellschaft

in ihrem Bestand gefährdet. Recht dient damit der Wahrung von Konformität und dem Bestand des Sozialsystems.

#### soziale Kontrolle

Soziale Normen definieren deshalb in aller Regel nicht nur den Verhaltensbereich als solchen, sondern gleichzeitig auch die jeweiligen Reaktionen auf das von ihm abweichende Verhalten. Die sozialen und gesellschaftlichen Mechanismen und Prozesse, die abweichendes Verhalten verhindern und einschränken sollen, bezeichnet man als soziale Kontrolle. Diese soziale Kontrolle war und ist in sog. egalitären Gesellschaften der Sippe oder dem Stamm als Ganzem übertragen. Mit der Entwicklung des Staatswesens lag hierin seine zentrale Funktion. Mit öffentlicher Sozialkontrolle bezeichnet man alle gesellschaftlichen Einrichtungen, Strategien und Sanktionen, mit denen eine Gesellschaft die Einhaltung der in ihr geltenden Normen und die soziale Integration ihrer Mitglieder bezweckt. Hierin lag für Max Weber das Wesen von Recht und Staat (Weber 1921, 18). Dieser bezweckte mit seinem Zwangsapparat die Einhaltung der Normen und die Ahndung der Normverletzungen. Dies kann als Ordnungsfunktion oder – mit einem eher negativ assoziierten Begriff – als „**Herrschaftsfunktion**“ des Rechts bezeichnet werden. Recht gibt also nicht nur verbindliche Orientierungen im Hinblick auf das menschliche Verhalten, sondern ist gleichzeitig ein Ordnungsrahmen. Zu den Mitteln der Sozialkontrolle zählen u. a. das Recht, Religion, Erziehung und Sanktionen. Wer gegen die Tischsitten verstößt, wird ggf. schief angesehen und nicht mehr eingeladen, wer „aus der Rolle fällt“, macht sich gesellschaftlich unmöglich. Das kann im Einzelfall die soziale Existenz eines Menschen empfindlich treffen, man wird gesellschaftlich „abgestraft“ und ausgegrenzt. Anders als Rechtsnormen lassen sich aber z. B. Tischsitten gesellschaftlich nicht erzwingen. Dagegen gehört – in der Tradition der Rechtsphilosophie Kants – zum Recht als Instrument der öffentlichen Sozialkontrolle notwendig der staatliche Zwang. Die Geltung und Einhaltung der Rechtsnormen werden – wenn es nicht anders geht – erzwungen. Auch die in der modernen Zivilgesellschaft wieder wichtiger werdende autonome, außergerichtliche Konfliktregelung (hierzu I-6) lebt davon, dass im Hintergrund Zwangsmittel bereitgehalten und zur Verteidigung des Rechts und zum Schutz des Schwachen aktiviert werden können (Trenczek 2005, 17). Entscheidend ist für einen modernen Rechtsstaat – wenn man überhaupt von einem „Schatten“ des Rechts sprechen will – dass *„das Recht stärker durch seinen Schatten wirkt als durch den tatsächlich exekutierten Zwang“* (Frehsee 1991, 59).

In einem modernen Rechtsstaat begrenzt sich die Funktion des Rechts freilich nicht darauf, orientierende Leitlinie für das Sozialverhalten seiner Bürger zu sein, die Menschenwürde zu sichern, persönliche Freiheit zu gewährleisten und soziale Kontrolle rechtsstaatlich abzusichern (sog. Grenzziehungsauftrag und Herrschaftskontrolle). Wesentlich sind vor allem die Strukturierung des Gemeinwesens und seiner wesentlichen öffentlichen Institutionen (Ordnungsfunktion) sowie – im Zusammenspiel mit dem Sozialstaatsprinzip – der Auftrag zur Chancenermöglichung (Emanzipation und Aktivierung) und der Gewährung gesellschaftlicher Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger. Auch wenn sich damit die Idee des Rechts an der Gerechtigkeit orientiert (hierzu 1.2), kann dieses Ziel immer nur ansatzweise erreicht werden, da im Widerstreit gesellschaftlicher und privater Interessen auch im besten Fall nur ein fairer Interessensausgleich geleistet werden kann.