

<https://doi.org/10.22364/jull.11.02>

## Die Bedeutung der Reinen Rechtslehre für die Ethisierung des Rechts

### The Significance of Pure Theory of Law for Ethicalization of Law

**Tatiana Machalová**

Faculty of Law, Masaryk University/The Czech Republic  
E-Mail: [tatiana@law.muni.cz](mailto:tatiana@law.muni.cz)

**Tatiana Machalová**

Rechtswissenschaftliche Fakultät, Masaryk Universität Brno/Tschechische Republik  
E-Mail: [tatiana@law.muni.cz](mailto:tatiana@law.muni.cz)

The current article is dedicated to the significance of the Pure Theory of Law for current legal thinking. This question will be viewed from an unusual perspective, aiming to reveal the efforts of biomedical practices and technologies with regard to the legal regulation. In the current legal science several theoretical attempts are made to deal with the transmission and transformation of non-legal (moral) standards into law. As an example, the author would like to point out the project called „Ethicalization of law“, developed in the last years by German and American legal scholars. The following article is divided into three parts. The first part contains a brief introduction of the initial methodological starting points of the ethicalization of law. The second part provides discussion of some of the methodological (legal-dogmatic) weaknesses of the legal regulations in the area of biomedical practices and technologies, while the final part shows that the Kelsen’s principle of purity can be a useful doctrinal basis for the ongoing attempts dedicated to the ethical transformation of law.

**Stichworte:** Reine Rechtslehre, Hans Kelsen, Rechtsnormativismus, Rechtsethik, Ethisierung des Rechts, Reinheitsprinzip, Eigengesetzlichkeit des Recht

**Keywords:** Pure Theory of Law, Hans Kelsen, Normative Theory of Law, legal ethics, ethicalization of law, principle of purity, autonomy of law

#### Inhalt

<i>Einleitung</i> . . . . .	14
1. <i>Worum geht es bei der Ethisierung des Rechts?</i> . . . . .	15
2. <i>Die methodologischen Schwierigkeiten der Ethisierung der rechtlichen Regelungen der biomedizinischen Praktiken und Technologien</i> . . . . .	18
3. <i>Was kann die Reine Rechtslehre zu der Ethisierung des Rechts beitragen?</i> . . . . .	20
<i>Schlussfolgerungen</i> . . . . .	22
<i>Literaturverzeichnis</i> . . . . .	23

## Einleitung

Ohne Zweifel gehört die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen zu den wichtigsten Rechtstheorien in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Sie stellt eine kopernikanische Wende im modernen rechtswissenschaftlichen Denken dar. Natürlich können wir uns fragen, ob man sich heute noch ernsthaft mit dieser Theorie beschäftigen soll. Für einige Rechtstheoretiker ist das nur verlorene Zeit. Andere meinen, dass diese Theorie keine Bedeutung für das heutige Rechtsdenken hat. Die Beschäftigung mit ihr bezeichnen sie als eine „Sackgasse ohne Zweck und Ziel“.<sup>1</sup> Wer sich noch heute mit dieser Theorie beschäftigt, der verbreite nach diesen Kritikern, inhaltsleere Stereotypen eines positivistischen Formalismus“.<sup>2</sup>

Ohne Übertreibung kann man aber sagen, dass keine Rechtstheorie so stark kritisiert und abgelehnt wurde, wie die Reine Rechtslehre.<sup>3</sup> Die Kritik jeder Theorie ist legitim und notwendig für ihre weitere Entwicklung. Die Frage stellt sich aber, wie eine Kritik der Reinen Rechtslehre heute geführt werden soll. Grundsätzlich gilt, dass eine Kritik keine Theorie marginalisieren oder unkritisch behandeln darf. Wie kann man diese zwei Extreme in der Kritik vermeiden?

Mittlerweile wissen wir, wo die Schwächen der Reinen Rechtslehre liegen. Niemand wird in der gegenwärtigen Rechtstheorie die Ansicht von Kelsen vertreten, nach welcher die echte Rechtsnorm nur die sanktionierte Norm sei. Kein Rechtstheoretiker wird heute behaupten, dass nur die Normen die Struktur der Rechtsordnung bilden und dass diese Struktur auch noch hierarchisch geordnet sein muss. Diese Schwächen bedeuten aber nicht, dass die Reine Rechtslehre eine ungültige Rechtstheorie ist und ihre Postulate bis heute keine dogmatische Bedeutung hätten. Der wahre Feind der gegenwärtigen Rechtswissenschaft besteht nicht in der erneuten Rezeption von Kelsens Reiner Rechtslehre, sondern in verbreiteten Vorurteilen und einem unkritischen Rechtsdenken.

Der deutsche Rechtstheoretiker Mathias Jestaedt, der sich in seinen Arbeiten sehr intensiv mit Kelsen beschäftigt hat, schlägt vor, dass wir diese Theorie „mit neuen Augen lesen“ und sie neu interpretieren sollen.<sup>4</sup>

In diesem Beitrag möchte ich zeigen, was es heißen könnte, die Reine Rechtslehre neu zu lesen und zu verstehen. Zwei Fragen scheinen mir dazu geeignet: a) Was können die gegenwärtige Rechtstheorie und Rechtsmethodologie von Kelsens Reiner Rechtslehre lernen? b) Welche ihrer Postulate sollen die aktuellen theoretischen Konzepte des Rechts als Grundsteine des modernen Rechtsdenkens behalten?

Diese Fragen werden aus einer ungewöhnlichen Perspektive beantwortet, nämlich aus der Perspektive, die sich in dem Bestreben der rechtlichen Regelung der biomedizinischen Praktiken und Technologien äußert, etwa bei der Gentechnik, Stammzellenforschung, Präimplantationsdiagnostik, usw.

<sup>1</sup> Übernommen von *Jestaedt, M.* Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung. In: *Jestaedt, M.* (Hrsg.). *Kelsen, H.* Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, S. XIV, XVI.

<sup>2</sup> Der deutsche Rechtstheoretiker M. Jestaedt konstatiert in seiner Einleitung zur Studienausgabe von Kelsens Reiner Rechtslehre, dass diese Theorie oft mit vielen negativen Etiketten behaftet wurde: „Staatslehre ohne Staat“, „Rechtsleere“, „der reduktionistische Formalismus“, „der blinde Normativismus“ oder „der methodologische Nihilismus“. Siehe dazu *Jestaedt, (Fn., 1)*, S. XV.

<sup>3</sup> Andererseits ist die Reine Rechtslehre aufgrund der radikalen Kritik der damaligen Rechtstheorien und Rechtskonzepten entstanden. Ohne diese Kritik wäre sie nicht existent.

<sup>4</sup> *Jestaedt (Fn., 1)*, S. XVII-XVIII.

In der gegenwärtigen Rechtswissenschaft sind mehrere theoretische Versuche bekannt geworden, die sich mit der Übernahme und Transformierung von außerrechtlichen (moralischen) Standards in das Recht beschäftigen. Als Beispiel will ich das Projekt der „Ethisierung des Rechts“ nennen, das in den letzten Jahren von deutschen Rechtswissenschaftlern in Zusammenarbeit mit den amerikanischen Rechtswissenschaftlern entwickelt wurde.<sup>5</sup>

Der folgende Beitrag wird in drei Teile gegliedert. Im ersten Teil werden kurz die methodologischen Ausgangspunkte der Ethisierung des Rechts vorgestellt.

Im zweiten Teil werde ich auf einige methodologische (rechtsdogmatische) Schwächen der rechtlichen Regelungen der biomedizinischen Praktiken und Technologien eingehen.

Im letzten Teil wird gezeigt, so paradoxal es klingen mag, dass das Reinheitspostulat von Kelsen eine brauchbare rechtsdogmatische Basis für diese momentan laufenden Transformierungsversuche darstellen kann.

## 1. Worum geht es bei der Ethisierung des Rechts?

In den letzten Jahren kann man in der deutschen Rechtswissenschaft eine Renaissance der Rechtsethik beobachten. Diese Tendenzen wollen nicht nur die Rechtsphilosophie von dem Etikett einer Naturrechtslehre befreien, sondern auch die Defizite des positiven Rechts und seiner Rechtssetzung und Rechtsanwendung beheben. Als Beispiel sind hier die Konzepte der Rechtsethik von deutschen Rechtstheoretikern wie Dietmar van Pfordten oder Stephan Kirste zu erwähnen.

Pfordten geht davon aus, dass durch die tatsächlich bestehenden Normen der Moral die ethische Dimension des Rechts nicht zu rechtfertigen ist.<sup>6</sup> Dazu bräuchte man eine kritische Rechtsethik, die diese Rolle nur als eine normative Ethik spielen könnte. Ihre Grundfrage lautete: „Welches Recht ist gerecht?“<sup>7</sup>. Anders gesagt, alle rechtsethischen Fragen werden unter dem Gerechtigkeitsmaßstab gestellt. Pfordten will damit das Recht öffnen, aber nur unter der Kontrolle von rechtsexternen ethischen Maßstäben. Diese deshalb, weil er überzeugt ist, dass das Recht im Wesentlichen eine Realisationsform von Politik sei, so dass die Rechtsethik gleichzeitig auch eine politische Ethik sei. Anders gesagt, die Rechtsethik soll sich nicht nur mit der ethischen Rechtfertigung des gerechten Rechts beschäftigen, sondern ebenfalls die politischen Entscheidungen legitimieren.<sup>8</sup> Damit wäre garantiert, dass auch die Rechtsanwendung gerecht sein würde.

Der andere Theoretiker, Stephan Kirste, lehnt die normative Konzeption der Rechtsethik ab. Rechtsethik stellt ihm zufolge eine deskriptive Ethik dar, die keine externen ethischen Kriterien an das Recht benötigt. Die moralische Richtigkeit des Rechts soll sich nur von innen, durch die innere Reflexion konstituieren oder korrigieren.<sup>9</sup> Die Aufgabe der Rechtsethik als Wissenschaft sieht er darin, dass sie Aussagen über das Recht aufstellt und zu zeigen hat, wie das Recht wirklich ist,

<sup>5</sup> Siehe dazu Vöneky, S., Haarman-Beylage, B., Höfelmeier, A., Hübler, A.-K. (Hrsg.). Ethik und Recht – Die Ethisierung des Rechts. Ethics and Law – The Ethicalization of Law. Heilderberg: Springer, 2013.

<sup>6</sup> Siehe mehr dazu Pfordten, v. der D., Rechtsethik. München: Verlag C. H. Beck, 2001, S. 1.

<sup>7</sup> Ibid., S. 1.

<sup>8</sup> Nach Pfordten nimmt die Rechtsethik eine Zwitterstellung ein. Auf der einen Seite gehört sie zur Philosophie, bzw., zur praktischen Philosophie und angewandten Ethik. Auf der anderen Seite gehört sie auch zur Rechtswissenschaft und dort zur Rechtsphilosophie. Siehe dazu Pfordten (Fn., 6), S. 14–21.

<sup>9</sup> Siehe dazu Kirste, S. Eine Deskriptive Ethik. In: Byrd, S. B., Hruschka, J., Joerden, J. (Hrsg.). Jahrbuch für Recht und Ethik. Berlin: Duncker & Humblot, 2011, Band 19, S. 251.

und nicht wie es sein soll. Das heißt nun nicht, dass er sich nicht damit beschäftigt, wie das Recht auf Grund von außerrechtlichen Normen ethisch rechtfertigt werden soll.<sup>10</sup> Kirste sucht dazu einen anderen Weg und knüpft an die Ideen des neu-kantianischen Philosophen Ernst Cassirer an, der sich mit dem theoretischen Begriff vom Gerechtigkeitsgehalt des positiven Rechts auseinandergesetzt hat.<sup>11</sup> Das ist auch der Grund, warum er im Unterschied zur normativen Ethik danach fragt, was das Recht für die Gerechtigkeit leistet? Einfacher ausgedrückt, das Recht soll die außerrechtlichen Standards erst dann übernehmen und transformieren, wenn sie zur Harmonie der Gerechtigkeit mit dem Gemeinwohl beitragen können.<sup>12</sup>

Beide Konzepte der Rechtsethik streben nach der Begründung der ethischen Rechtfertigung des Rechts und der Rechtsordnung. Sie unterscheiden sich in den Wegen, die dazu führen sollen. Der eine Weg verlässt sich nur auf die inneren Rechtsmechanismen und der andere bezieht dabei auch äussere rechtsethische Kriterien mit ein.

Für manche deutsche Rechtstheoretiker der verschiedensten Rechtsfächer sind diese rechtsethischen Konzepte zu theoretisch, weil sie keine neue methodologische Perspektive an dem grundsätzlichen Verhältnis von Recht und Ethik (Moral) aufzeigen.<sup>13</sup>

Wie schon erwähnt, könnte eine Alternative zum Problem der Rechtsethiken die Ethisierung des Rechts sein. Im Folgenden werde ich mich mit den Konzepten befassen, die im Buch „*Ethik und Recht-die Ethisierung des Rechts*“ präsentiert sind.<sup>14</sup>

Das Wort „Ethisierung“ wird in der rechtswissenschaftlichen und rechtstphilosophischen Diskussion neu verwendet. „Ethisierung“ ist als Begriff in den Sozialwissenschaften schon länger bekannt und wird besonders häufig von Soziologen verwendet. Sie sprechen zum Beispiel von der Ethisierung der Technikkonflikte.<sup>15</sup> In diesem Kontext verstehen sie unter der Ethisierung eine Anerkennung der wissenschafts- und technikpolitischen Themen als Fragen der Ethik. Es geht darum die neuen Techniken und Technologien nicht nur als gute oder schädliche Tätigkeiten und Handlungen zu rechtfertigen, sondern als Risikoträger zu entdecken. Dadurch liesse sich eine Begründung für ihre Bewertung, Regulation und Kontrolle finden.<sup>16</sup>

Die Ethisierung des Rechts fördert „*die Öffnung des Rechts für ethische außerrechtliche Standards bzw. den Verweis des Rechts auf ethische ausserrechtliche Standards.*“<sup>17</sup> Mit anderen Worten, mit der Ethisierung soll die Rechtswissenschaft ihre interdisziplinäre Isolierung überwinden. Die ethische Rechtfertigung des Rechts soll besonders die Standards oder Kodizes berücksichtigen, die in den letzten Jahren bei der Regelung der neuen biomedizinischen Technologien diskutiert werden. Diese nicht-rechtlichen Regelungen werden von Organisationen und Institutionen, die keine Rechtssubjekte sind, als wichtig angesehen. Durch

<sup>10</sup> Ibid., S. 251.

<sup>11</sup> Kirste, S. Einführung in die Rechtsphilosophie. Darmstadt: WBG, 2010, S. 110.

<sup>12</sup> Ibid., S. 109, S. 141–147.

<sup>13</sup> Diese Meinung vertreten Autoren des Projektes der Ethisierung des Rechts. Siehe dazu Vöneky, S. (Fn., 5), S. VII. Ausführlich Nida-Rümelin, J. Recht und Moral. In: Vöneky, S. (Fn.,5), S. 3–16.

<sup>14</sup> Siehe dazu Vöneky, S. (Fn., 5).

<sup>15</sup> Siehe dazu mehr Bogner, A., Menz, W. Glogale Technik-lokale Ethik. In: Bora, A., Bröchler, S., Decker, M. (Hrsg.). *Technology Assessment in der Weltgesellschaft*. Berlin: Edition Sigma, 2007, S. 83–97.

<sup>16</sup> Ibid., (Fn., 15), S. 84.

<sup>17</sup> Vöneky, S. (Fn., 5), S. VII.

ihre Anerkennung soll das positive Recht eine neue inhaltliche Dimension der Gerechtigkeit gewinnen, die nicht nur von internen, sondern auch von externen ethischen Maßstäben der Rechtfertigung vertieft und ergänzt werden.

Die neue ethische Rahmung der Rechtssetzung und Rechtsanwendung zeigt sich heutzutage an drei Tendenzen: Erstens durch die Verwendung von Öffnungsklauseln, die auf außerrechtliche normative Maßstäbe verweisen; zweitens durch die Etablierung von sogenannten Ethikkodizes etwa in der biomedizinischen Forschung, aber auch in der Privatwirtschaft; drittens durch die Einrichtungen von Ethikgremien und Ethikkommissionen oder Ethikräten.<sup>18</sup>

Kurz gesagt, es handelt sich um Standards, Prozeduren und Institutionen, welche zwar selbst nicht Teil des Rechtssystems sind, jedoch faktisch dem Recht analoge Bindungswirkung entfalten, indem das Recht sie mit seiner Autorität sozusagen belehnt. Gleichzeitig wird behauptet, dass diese neuen Klauseln und Standards die Positivität des Rechts und der Rechtssicherheit nicht entkräften dürften. Als ein „Filter“ für die Richtigkeit und Gültigkeit des Standards dienen die Grundrechte; die neuen Standards dürfen nicht den Grundrechten widersprechen oder sie verletzen. Der Rechtsinhalt der neuen Regelungen wird also aus der Rationalität der Begründung gewonnen.<sup>19</sup> Die außerrechtlichen (externen) ethischen Standards werden ihre Aufgabe dann erfüllen, wenn sie sich auch als rechtsinterne ethische Korrektive auswirken.<sup>20</sup>

Die genannten Autoren berufen sich auf bekannte Praktiken, um zu demonstrieren, dass die Ethisierung eine zunehmende Tendenz auf allen Ebenen und Gebieten des Rechts hat; sie betrifft besonders das Völkerrecht und das Europarecht, ist aber auch im privaten Recht zu sehen.<sup>21</sup> Gleichzeitig wird betont, dass diese Entwicklung nicht unproblematisch sei, weil sie eine ganze Reihe von rechtstheoretischen und rechtsmethodologischen Fragen aufwirft. Die gegenwärtige Rechtswissenschaft hat für diese Fragen keine eindeutige Antwort.<sup>22</sup>

Die folgenden Teile konzentrieren sich auf zwei methodologische Fragen der Ethisierung des Rechts, die in den letzten Jahren mit der rechtlichen Regelung der dynamischen Entwicklung von biomedizinischen Technologien verbunden sind. Fraglich ist, ob die allgemeine Ethik und besonders die Bioethik, ein Instrumentarium haben und in der Lage sind, die wissenschaftlichen Fortschritte im Bereich der Biowissenschaften sachgerecht zu thematisieren und zu diskutieren. Der ethische Rahmen der Ethisierung des Rechts ist nicht neutral und bietet verschiedene Argumente und ethische Positionen. Ungelöst aber bleibt, welche Gründe gut oder nicht passend sind.<sup>23</sup>

Allen Versuchen um die Ethisierung des Rechts ist gemeinsam, dass sie sich mit dieser Entwicklung nur als ein Problem der Öffnung des Rechts gegenüber sensiblen ethischen Problemen und Konflikten präsentieren. Diese Perspektive ist in zweierlei Hinsicht zu eng.

<sup>18</sup> Siehe dazu mehr Vöneky, S. (Fn., 5), S. 130.

<sup>19</sup> Ibid., (Fn., 5), S. 140–142.

<sup>20</sup> Manche Autoren unterscheiden zwischen der externen und internen Ethisierung des Rechts. Siehe dazu Gruschke, D. Externe und interne Ethisierung des Rechts. In: Vöneky, S. (Fn., 5), S. 41–66.

<sup>21</sup> Siehe dazu Vöneky, S. (Fn., 5), S. 129–149.

<sup>22</sup> Ibid., S. 41.

<sup>23</sup> Manche Autoren kritisieren am Beispiel der UNESCO-Erklärung über Bioethik und Menschenrechte, dass deren Bestimmungen nicht passend sind, weil sie von utilitaristischen Prinzipien von Menschenrechten ausgehen. Vgl. Vöneky, S. (Fn., 5), S. 139.

Erstens ermöglicht sie nicht die biomedizinischen Praktiken als eine soziale Handlung zu beobachten, die die gesellschaftlichen Strukturen radikal verändern kann. Im Rahmen der derzeitigen Bioethik sind solche Praktiken und Technologien nur als ein wissenschaftliches Handeln thematisiert, das zu guten oder schlechten Resultaten führen kann.

Zweitens, die ethischen Motive zur Rechtsetzung der neuen Regelungen können nicht die normative Eigenständigkeit des Rechts ersetzen. Die Rationalität der rechtsethischen Rechtfertigung besitzt nicht genügend konstitutive Kraft zur Rechtssetzung und Rechtsanwendung einer Norm.

Der bekannte deutsche Rechtssoziologe Niklas Luhmann bietet in seinem posthum erschienenen Buch „*Kontingenz und Recht*“ eine Betrachtung des Rechts unter den Bedingungen der Kontingenz. Er versucht, die methodologischen Grundlagen zu interdisziplinären Kontakten des Rechts und anderen Sozialwissenschaften zu begründen.<sup>24</sup> Luhmann betont, dass die Kontaktfähigkeit der Rechtswissenschaft nicht nur eine Frage der Aufgeschlossenheit für fremdes Gedankengut ist. Die Offenheit und mögliche Abwandlungen des Rechts „*müssen in eigenen Abstraktionsleistungen der Rechtswissenschaft begründet werden*“.<sup>25</sup>

Mit anderen Worten, die Ethisierung des Rechts kann man nicht durchführen, ohne eine Rechtstheorie, die mit jedem möglichen Recht kompatibel ist,<sup>26</sup> ohne die selbst entwickelten rechtsdogmatischen Mechanismen und ohne eigenen Begriffsapparat.

Im letzten Teil des Beitrages werden wir die Aufmerksamkeit einigen rechtsdogmatischen Postulaten der Ethisierung des Rechts widmen. Dabei wird gezeigt, was die Reine Rechtslehre dazu beitragen kann.

## 2. Die methodologischen Schwierigkeiten der Ethisierung der rechtlichen Regelungen der biomedizinischen Praktiken und Technologien

Die Problematik der rechtlichen Regelungen der biomedizinischen Technologien ist sehr komplex. Im Folgenden werde ich mich konkret auf die Regelung der Präimplantationsdiagnostik (PID) berufen, die in den vergangenen Jahren in Deutschland in Kraft trat. An diesem Beispiel lassen sich die Schwächen der Ethisierung des Rechts gut aufzeigen. Aufgrund verschiedener Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes war die PID lange Zeit in Deutschland verboten. Die legislative Initiative, die PID gesetzlich zu regeln, geht auf ein Urteil des Bundesgerichtshofes zurück.

Im Jahre 2010 sprach der Bundesgerichtshof einen angeklagten Berliner Frauenarzt frei. Er hatte bei drei Paaren mit erblicher Vorbelastung nach einer künstlichen Befruchtung die Embryonen untersucht und den Frauen nur die eingesetzt, die nicht Träger der kranken Gene waren. Die anderen wurden „aussortiert“. Daraufhin hat sich der Mediziner selbst angezeigt, um für rechtliche Klarheit zu sorgen. Der Bundesgerichtshof sprach den Mediziner frei und forderte eine eindeutige rechtliche Regelung.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Siehe dazu *Luhmann, N. Recht und Kontingenz*. Frankfurt: Suhrkamp, 2013, S. 9–25.

<sup>25</sup> *Ibid.*, S. 11.

<sup>26</sup> *Ibid.*, S. 13.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 6.7.2010-5StR 386/09. Zugänglich auf: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=06.07.2010&Aktenzeichen=5%20StR%20386/09>.

Im Jahre 2011 hat der Deutsche Bundestag die neuen Regelungen für die PID verabschiedet. Das Gesetz ändert die Verordnungsermächtigung des Embryoschutzgesetzes. Nach dieser Änderung ist die PID im Grundsatz verboten und strafrechtlich sanktioniert, sie erfolgt aber nicht rechtswidrig und ist damit zulässig, sofern aufgrund der genetischen Veranlagung der Eltern, das hohe Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit beim Kind oder eine hohe Wahrscheinlichkeit für eine Tot- oder Fehlgeburt gegeben ist.<sup>28</sup>

Es handelt sich um eine strafrechtliche Norm, in der die tragenden Tatbestandsmerkmale mit neuen Begriffen beschrieben sind; „hohes Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit“ und „Feststellung einer schwerwiegenden Schädigung des Embryos“.<sup>29</sup> Die Bedeutung der Begriffe ist nicht nur semantisch, sondern auch sachlich nicht eindeutig. Der Terminus „die schwerwiegenden Erbkrankheiten“ kann man sehr schwer von anderen Erbkrankheiten unterscheiden. Ähnlich unklar ist, was „ein hohes Risiko“ bedeutet.<sup>30</sup>

Die Rechtsinterpretation der Bedeutung von diesen Begriffen ist ohne Hilfe von medizinischen Kenntnissen nicht möglich. Aber man muss sich fragen, handelt es sich hier noch um eine Rechtsinterpretation? Außerdem hat das Gesetz auch die Beratung der Ethikkommission neu formuliert. Sie soll eine zustimmende Bewertung zur Zulässigkeit der PID in einzelnen Fällen abgeben. Manche Kritiker behaupten nicht ohne Grund, dass die juristische Rechtswidrigkeit des Falles erst aufgrund dieser Entscheidung präjudiziert ist.<sup>31</sup> Die Kritik des Gesetzes (PräimpG) enthüllt die grundsätzliche Schwäche der Rechtsregelungen der biomedizinischen Technologien.

Die Gefahr, dass das Recht instrumentalisiert und die soziale Wirklichkeit nach genetischen Gesetzen geregelt wird, hat sehr treffend der französische Philosoph Michel Foucault in seinem Konzept der Bio-macht und Biopolitik schon in den 80-er Jahren des 20. Jahrhunderts benannt.

Bekanntlich hat er die Frage nach dem Leben im politischen Diskurs problematisiert. Er analysiert die Bio-macht, die nicht nur eine Fürsorge um das Leben ist, sondern auch eine, die das Leben kontrolliert. In seinem letzten Werk prognostiziert er die radikale Veränderung der Bio-macht durch die neue Entwicklung der Medizin und Biologie.<sup>32</sup> Medizin und Biologie produzieren eine Macht, die das Leben als eine biologische Tatsache sichern und verbessern kann. Foucault stellt sich die Frage, wenn das Ziel der neuen Bio-macht darin besteht, das Leben zu sichern und zu verbessern, warum lässt sie das Leben töten und die Menschen sterben. Wie kann sie ein „Todesgrenze“ ziehen? Er meint, dass diese Funktion des Rassismus als eine Machttechnologie übernimmt. Dadurch wird die neue Bio-macht die Grenzen zwischen Leben und Tod ziehen; zwischen denjenigen, die überleben sollen und Recht auf Leben haben und den Anderen, die

<sup>28</sup> Siehe dazu Artikel 1, §3a, Abs. 2., Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik. (Präimplantationsdiagnostikgesetz –PräimpG), BT-Dr. 17/6400. Zugänglich auf: [https://dejure.org/Drucksachen/Bundestag/BT-Drs.\\_17/6400](https://dejure.org/Drucksachen/Bundestag/BT-Drs._17/6400).

<sup>29</sup> Siehe dazu mehr Hübner, M., Pühler, W. Die neuen Regelungen zur Präimplantationsdiagnostik - wesentliche Fragen bleiben offen. In: *Medizinrecht*, Heft 12, 2011, S. 792.

<sup>30</sup> *Ibid.*, S. 792.

<sup>31</sup> *Ibid.*, S. 792.

<sup>32</sup> Siehe dazu Foucault, M. *Jak třeba bránit společnost*, Praha:Filosofia, 2005, S. 215–234. Es handelt sich um die Arbeit, deren deutscher Titel lautet: *In Verteidigung der Gesellschaft*. Vorlesungen am College de France (1975–76).

das Lebensrecht verloren haben.<sup>33</sup> Das Leben der einen wird auf Kosten der anderen verbessert. Foucault zeigt uns die Gefahr auf, die aus dem Recht auf Leben ein exklusives Recht macht. Das Recht auf Leben verliert seine unbedingte und absolute Geltung nicht dadurch, dass das Leben keinen Wert hat, aber dadurch, dass die Biotechnologien das Leben unterschiedlich bewerten.

Die andere Gefahr besteht darin, dass die neue biomedizinische Macht mit Berufung auf die Sorge um das Leben auch die Rolle des Gesetzgebers übernehme.<sup>34</sup> Mit anderen Worten, das Lebensrecht wird nicht mehr durch das Rechtsgesetz geschützt, sondern nach den Gesetzen der Biologie und Genetik. Foucault konstatiert, dass das Recht dadurch seine rechtliche Qualität verliert. Als Folge verringern sich die Rechtskontrolle und Rechtsregelungen der biomedizinischen Praktiken. Rechtlich geschützt bleiben nur die subjektiven Rechte.<sup>35</sup> Er warnt vor der Enddogmatisierung der Rechtsetzung der Normen, die die biomedizinischen Praktiken regeln sollen.<sup>36</sup> Foucault konstatiert, dass das Recht in der Zeit der neuen Bio-macht sich verändern muss. Andernfalls wird diese Entwicklung zu fatalen Folgen führen, letztendlich zum Zerfall des Staates und dem Untergang der Gesellschaft.

Foucault bietet mit seinen Konzepten der Bio-macht und Biopolitik nur eine Diagnose aber keine Therapie. Im letzten Teil meines Beitrages will ich zeigen, dass die dogmatischen Postulate der Reinen Rechtslehre als eine sehr wirksame Therapie dienen können.

### 3. Was kann die Reine Rechtslehre zu der Ethisierung des Rechts beitragen?

Diese Frage können einige Rechtstheoretiker als eine Provokation auffassen. Die Ethisierung des Rechts entwickelt sich als die Suche nach neuen Perspektiven, die es ermöglichen sollten, die traditionellen rechtspositivistischen Konzepte der Beziehung von Recht und Moral zu überwinden. Bekanntlich vertritt Kelsen eine radikale Trennung des Rechts von der Moral. Die Trennung des Rechts von der Moral beschreibt er mit folgenden Worten: „... *Damit wird natürlich durchaus nicht die Forderung abgelehnt, dass das Recht moralisch, d.h. gut sein soll. Diese Forderung versteht sich von selbst; was sie eigentlich bedeutet, ist eine andere Frage. Abgelehnt wird lediglich die Anschauung, dass das Recht als solches Bestandteil der Moral, dass also jedes Recht, als Recht in irgendeinem Sinne und irgendeinem Grade moralisch ist.*“<sup>37</sup>

Kelsen fordert, das Recht durch seine rechtlichen Merkmale zu erkennen. Das Gesetz ist nicht dadurch moralisch und gerecht, dass sein Inhalt mit moralischen Merkmalen und Begriffen ausgedrückt ist. Die Moral und andere sozialwissenschaftliche Kenntnisse sind für das Erkennen von Recht als Recht

<sup>33</sup> Ibid., S. 227–231.

<sup>34</sup> Ibid., S. 218–219.

<sup>35</sup> Vor dieser Entwicklung warnt auch Silja Vöneky in ihrer Analyse der Ethisierung des Völkerrechts. Dies soll gerade die Ethisierung des Rechts verhindern. Siehe mehr dazu Vöneky, S. Völkerrecht und Ethik: Ethisierung des Völkerrechts. ANCILLA IURIS (anci.ch) International Law and Ethik, publiziert 18.1.2012. Zugänglich auf: <http://www.anci.ch/start?first=20>.

<sup>36</sup> Siehe dazu Foucault, M. *Vůle k věděni*. Praha: Nakladatelství Herman a synové, 1999, S. 167 [Auf Deutsch: Der Wille zum Wissen].

<sup>37</sup> Kelsen, H. *Reine Rechtslehre*. Studienausgabe der 1. Auflage 1934. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, S. 25.



unwichtig. Damit ist aber nicht gesagt, dass das Recht keine moralische Wirkung habe. Kelsen ist überzeugt, dass der Inhalt der Normen sich nur durch die richtige Rechtsform konstituieren und äußern kann. Die Aufgabe einer Rechtstheorie bestehe darin, diese Rechtsmerkmale begrifflich zu beschreiben und ihre normativen Eigenschaften objektiv zu erklären.<sup>38</sup>

Mit anderen Worten, die moralischen Merkmale, die nach Kelsen nur die subjektiven Eigenschaften besitzen, dienen zur Abgrenzung des Rechts als ein in sich normativ geschlossenes System, das autonom und selbständig ist.

Der zitierte Rechtstheoretiker Jestaedt konstatiert sehr prägnant, dass Kelsen eine selbständige Variante des Rechtspositivismus darstellt, die vor allem ein Normativismus ohne (Rechts-) Moralismus und ein Positivismus ohne (Rechts-) Naturalismus sei.<sup>39</sup> Aus diesem Grund nennt Kelsen seine Theorie auch die Reine Rechtslehre. Aus dieser Perspektive muss man auch die Funktion des Reinheitspostulats verstehen und interpretieren. Es garantiert die konstitutiven Bedingungen der Existenz und der Geltung des Rechts, bzw. der Rechtsnorm.

Die Entwicklung der Ethisierung des Rechts offenbart ihre Schwächen gerade bei der Erhaltung der normativen Selbständigkeit des Rechts. Hier kann die Reine Rechtslehre aus meiner Sicht eine wichtige Rolle zur Lösung spielen. Und zwar mit Hilfe ihrer dogmatischen Funktion. Diese beinhaltet zwei Momente.

**Erstens**, Kelsen verlangt einen Willensakt zur Erzeugung von positiven Normen. Ein Willensakt ist unumgänglich. Es gilt, dass wenn die Rechtserzeugungsregel von neuen Standards keinen Willensakt verlangt, diese nicht Teil einer positiven Normenordnung sein können.<sup>40</sup> Man kann zwar behaupten, dass die Regelungen der biomedizinischen Technologien von einem Willensakt des Subjektes (Ethikgremien, Ethikkommissionen, usw.) geschaffen wurden, die der juristischen Person „Staat“ zuzurechnen sind. Kelsen vertritt aber die These, dass die Bedingungen der Rechtserzeugung und die Geltungsgrundlagen nicht im Willen des Staates liegen, sondern im Recht selbst liegen müssen.<sup>41</sup>

Die genannten Transformierungsversuche könnten die ethischen Standards als gute Gründe ins verbindliche Recht inkorporieren. Kelsen zeigt uns, dass man den Willensakt nicht auf den Erkenntnisakt reduzieren darf. Die Rechtsgewohnheiten, die Analogie, die Begründungsrationalität, alle diese Transformationswege sind nach dem Reinheitsprinzip keine genügenden Quellen zu der Rechtserzeugung der neuen Normen.

**Zweitens**, Kelsen weist nach, dass das Recht nach eigenen rechtlichen Gesetzen entsteht und vergeht.<sup>42</sup> Er spricht in der Reinen Rechtslehre von der Eigengesetzlichkeit, die ein autonomes Recht definiert und das Recht als Objekt des wissenschaftlichen Erkennens ausmacht.

<sup>38</sup> Kelsen beginnt seine Reine Rechtslehre mit der Erklärung, warum sie eine Theorie des positiven Rechts ist. „Als Theorie will sie ausschliesslich und allein ihren Gegenstand erkennen. Sie versucht, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll.“ Ibid., S. 15.

<sup>39</sup> Jestaedt, M. (Fn., 1), S. XXXII.

<sup>40</sup> Siehe dazu Kammerhofer, J. Die Reine Rechtslehre und die allgemeinen Rechtsprinzipien des Völkerrechts. In: Aliprantis, N., Olechowski, Th. (Hrsg.). Hans Kelsen: Die Aktualität eines grossen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts. Band 36. Wien: Manzsche Verlag, 2014, S. 32–33.

<sup>41</sup> Siehe dazu Kelsen (Fn., 37), S. 16–21.

<sup>42</sup> Jestaedt verwendet synonym die Eigengesetzlichkeit als die Autonomie sowie auch Selbstrationalität. Siehe dazu Jestaedt, M. Das mag in der Theorie richtig sein... Von Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, S. 30.

Demnach kann man sagen, die Eigengesetzlichkeit ist das, was im Recht nicht nur erkannt, sondern bei der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung geschützt sein soll. Jestaedt bezeichnet die Eigengesetzlichkeit als ein Schutzgut der Rechtstheorie. Er unterscheidet zwischen der Eigengesetzlichkeit des Rechts und der Eigengesetzlichkeit der Rechtswissenschaft.<sup>43</sup> Nach ihm hat Kelsen die Eigengesetzlichkeit des Rechts durch die duale Modalität des positiven Rechts bestimmt: Koinzidenz von seins-bezogener Positivität und sollens-bezogener Normativität.<sup>44</sup> Es wäre ein Missverständnis die Trennung des „Sollens“ von „Sein“ als eine Isolierung von zwei Gegenteiligen zu interpretieren. Kelsen berücksichtigt die sozialen Beziehungen, aus denen das Recht entstanden ist. Er ignoriert nicht die Bedeutung der sozialen Realität für die Rechtsnormativität. Recht entsteht zwar nur kraft tatsächlicher Umstände, aber welche Tatsachen rechtserzeugend wirken, lässt sich nicht aus der Welt der Tatsachen und nach dem Gesetz der Kausalität bestimmen.<sup>45</sup> Kelsen zeigt damit, dass die Rechtsnormativität nicht als Resultat des menschlichen Handelns entstanden ist, sondern dass die Regelung des menschlichen Handelns sie erfordert hat.

Kelsen stützt mit der These von der Eigengesetzlichkeit des Rechts die Autonomie und den system-selbstreferentiellen Charakter der Rechtsnormativität. Das Recht reflektiert und reguliert selbst die Erzeugung und Veränderung von Recht.<sup>46</sup> Nach Kelsen garantieren diese Postulate des kritischen Rechtsdenkens eine Demaskierung aller ideologisierten und politisch instrumentalisierten Rechtskonzepte.

## Schlussfolgerungen

In dem Beitrag habe ich das Projekt der Ethisierung des Rechts analysiert, das nach Ergänzung der rechtlichen Normen durch ethische außerrechtliche Standards strebt. Durch solche Ethisierung soll das Recht eine effektive Regelung, besonders der neuen biomedizinischen Praktiken und Technologien erhalten, die sich heute sehr dynamisch entwickeln. An dem Projekt der Ethisierung des Rechts könnte man alle Schwierigkeiten demonstrieren, die die Anforderung auf normative Offenheit des Rechts ohne klare methodologische Begründung beinhalten. Alle Versuche um eine Präimplantationsdiagnostikgesetz Ethisierung des Rechts ermöglichen nicht die biomedizinischen Praktiken als eine soziale Handlung zu reflektieren, die zu neuen sozialen Konflikten führen und die gesellschaftlichen Strukturen radikal verändern können. Dadurch kann das Recht die Praktiken und Technologien nur als eine schlechte oder gute Handlung regeln. Das zweite Problem liegt darin, dass die normative Kraft der neuen Regelungen von der Rationalität der Begründung abhängig ist.

Zur Beseitigung dieser Schwächen der Ethisierung des Rechts bietet die Reine Rechtslehre eine Reihe von methodologischen Postulaten an. Diese Postulate sind nicht nur wichtig für die Reine Rechtslehre, sondern sind konstitutiv für das moderne Rechtsdenken.

<sup>43</sup> Jestaedt verwendet synonym die Eigengesetzlichkeit als die Autonomie sowie auch Selbstrationalität. Siehe dazu *Jestaedt, M.* Das mag in der Theorie richtig sein... Von Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, S. 30–42.

<sup>44</sup> *Jestaedt M.*, (Fn., 1), S. XXVI.

<sup>45</sup> Siehe *Kelsen* (Fn., 37), S. 20–24.

<sup>46</sup> *Jestaedt, M.* (Fn., 42), S. 35.

Der Beitrag der Reinen Rechtslehre für die Ethisierung des Rechts besteht also darin, was sehr banal klingen mag, dass sie gezeigt hat, wie die Juristen als Juristen denken sollen; warum sie die mandatorische Formalisten sein sollen, und warum das Rechtsdenken ein normatives und kritisches Denken bleiben muss.

## Literaturverzeichnis

1. *Bogner, A., Menz, W.* Glogale Technik-lokale Ethik. In: Bora, A., Bröchler, S., Decker, M. (Hrsg.). *Technology Assessment in der Weltgesellschaft*. Berlin: Edition Sigma, 2007, ISBN-978-3-89404-940-9, S. 83–97.
2. *Foucault, M.* *Vůle k věděni*. Praha: Nakladatelství Herman a synové, 1999, ISBN-80-238-5090-0, S. 189 [Auf Deutsch: *Der Wille zum Wissen*].
3. *Foucault, M.* *Jak třeba bránit společnost*, Praha: Filosofie, 2005, ISBN- 80-7007-221-0, S. 284 [Auf Deutsch In *Verteidigung der Gesellschaft. Vorlesungen am College de France 1975–76*].
4. *Gruschke, D.* Externe und interne Ethisierung des Rechts. In: *Vöneky, S., Haarman-Beylage, B., Höfelmeier, A., Hübler, A.-K.* (Hrsg.). *Ethik und Recht – Die Ethisierung des Rechts. Ethics and Law – The Ethicalization of Law*. Heilderberg: Springer, 2013, ISBN-978-3-642-37089-2, S. 41–66.
5. *Hübner, M., Pühler, W.* Die neuen Regelungen zur Präimplantationsdiagnostik – wesentliche Fragen bleiben offen. In: *Medizinrecht*, Heft 12, 2011, S. 789–796.
6. *Jestaedt, M.* Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung. In: *Jestaedt, M.* (Hrsg.). *Kelsen, H. Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, ISBN- 973-3-16-149703-2, S. 181.
7. *Jestaedt, M.* Das mag in der Theorie Richtig sein... Von Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, ISBN-3-16-148789-3, S. 120.
8. *Kammerhofer, J.* Die Reine Rechtslehre und die allgemeinen Rechtsprinzipien des Völkerrechts. In: *Aliprantis, N., Olechowski, Th.* (Hrsg.). *Hans Kelsen: Die Aktualität eines grossen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts*. Band 36. Wien: Manzsche Verlag, 2014, ISBN-978-3-214-14757-0, S. 25–35.
9. *Kelsen, H.* Reine Rechtslehre. In: *Jestaedt, M.* (Hrsg.). *Kelsen, Hans. Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage 1934*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, ISBN-973-3-16-149703-2, S. 181.
10. *Kirste, S.* Eine Deskriptive Ethik. In: *Byrd, S. B., Hruschka, J., Joerden, J.* (Hrsg.). *Jahrbuch für Recht und Ethik*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011, Band 19, ISBN-978-3-428-13715-2, S. 404.
11. *Kirste, S.* Einführung in die Rechtsphilosophie. Darmstadt: WBG, 2010, ISBN- 978-3-534-20588-2, S. 110.
12. *Luhmann, N.* *Recht und Kontingenz*. Frankfurt: Suhrkamp, 2013, ISBN- 978-3-518-58602-0, S. 349.
13. *Nida-Rümelin, J.* *Recht und Moral*, In: *Vöneky, S., Haarman-Beylage, B., Höfelmeier, A., Hübler, A.-K.* (Hrsg.). *Ethik und Recht – Die Ethisierung des Rechts. Ethics and Law – The Ethicalization of Law*. Heilderberg: Springer, 2013, ISBN-978-3-642-37089-2, S. 3-16.
14. *Pfordten, von der D.* *Rechtsethik*. München: Verlag C. H. Beck, 2001, ISBN- 10-3406458823, S. 575.
15. *Vöneky, S.* *Völkerrecht und Ethik: Ethisierung des Völkerrechts*. ANCILLA IURIS (anci.ch) International Law and Ethik, publiziert 18.1.2012. Zugänglich auf: <http://www.anci.ch/start?first=20>.
16. *Vöneky, S., Haarman-Beylage, B., Höfelmeier, A., Hübler, A.-K.* (Hrsg.). *Ethik Assessment und Recht- Die Ethisierung des Rechts. Ethics and Law-The Ethicalization of Law*. Heilderberg: Springer, 2013. ISBN-978-3-642-37089-2, S. 456.
17. BGH, Urt.v. 6.7.2010-5StR 386/09. Zugänglich auf : <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=06.07.2010&Aktenzeichen=5%20StR%20386/09>.
18. Gesetz zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik. (Präimplantationsdiagnostikgesetz – PräimpG), BT-Dr. 17/6400. Zugänglich auf : [https://dejure.org/Drucksachen/Bundestag/BT-Drs.\\_17/6400](https://dejure.org/Drucksachen/Bundestag/BT-Drs._17/6400).