

Christian Lehner

Quellenbasiertes Recht und demokratischer Verfassungsstaat

D61

Inhalt

1. Einleitung.....	7
1.1 Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit	7
1.2 Leitfragen	8
1.3 Zur Relevanz der Arbeit	8
1.4 Vorgehensweise.....	14
1.5 Aufbau der Arbeit	16
1.5.1 Der demokratische Verfassungsstaat	17
1.5.2 Der Rechtspositivismus	18
1.5.3 Die rechtspositivistische Debatte um das richtige Verständnis des Rechtspositivismus.....	21
2. Die wesentlichen Merkmale des demokratischen Verfassungsstaates	23
2.1 Der Begriff des Staates.....	23
2.2 Der Begriff der Verfassung.....	24
2.3 Der demokratische Verfassungsstaat	26
2.3.1 Rechtsordnung	28
2.3.2 Gewaltenteilung.....	30
2.3.3 Rechtsstaatlichkeit	33
2.3.4 Demokratische Verfassungs- und Gesetzgebung.....	35
2.3.5 Grundrechte	36
2.3.6 Verfassungsgerichtsbarkeit	37
3. Die politische Philosophie des demokratischen Verfassungsstaates: John Rawls’ Politischer Liberalismus	39
3.1 Rawls’ Ausgangsfrage	39
3.2 Vorüberlegungen: ein vernünftiger Pluralismus.....	43
3.3 Eine politische Konzeption der Gerechtigkeit	47
3.4 Die Idee des überlappenden Konsenses.....	51
3.5 Die Idee des öffentlichen Vernunftgebrauchs.....	54
3.6 Zusammenfassung	60
3.7 Fazit	61

4. Über den notwendigen Zusammenhang von Recht und Moral	63
4.1 Hauptpunkte des Politischen Liberalismus.....	64
4.1.1 Eine liberale politische Gerechtigkeitskonzeption.....	64
4.1.2 Die moralische Natur der politischen Gerechtigkeitskonzeption	66
4.2 Recht und Moral: einige notwendige Zusammenhänge	69
4.2.1 Notwendig enthalten sowohl das Recht als auch die Moral Normen.	71
4.2.2 Notwendig kann der Inhalt jeder moralischen Norm Gegenstand einer Rechtsnorm sein.	72
4.2.3 Notwendig trifft das Recht Entscheidungen, die den Bereich des Moralischen betreffen.	72
4.2.4 Notwendig beansprucht das Recht moralische Verbindlichkeit. Das geltende Recht beansprucht legitimes Recht zu sein.	75
4.2.5 Notwendig sind mit dem Recht moralische Risiken verbunden	78
4.2.6 Notwendig ist das Recht sinnvoller Bezugspunkt moralischer Bewertung ...	79
4.3 Zentrales Merkmal rechtspositivistischer Konzeptionen	80
5. Der klassische Rechtspositivismus.....	83
5.1 Einige Vorbemerkungen zum Rechtspositivismus.....	84
5.2 Der klassische Rechtspositivismus: Jeremy Bentham und John Austin.....	92
5.2.1 Jeremy Bentham	93
5.2.2 John Austin	99
6. Der moderne Rechtspositivismus.....	106
6.1 Die <i>Reine Rechtslehre</i> von Hans Kelsen	106
6.1.1 Das Programm der <i>Reinen Rechtslehre</i>	106
6.1.2 Gegenstand der Erkenntnis: das positive Recht	107
6.1.3 Rechtswissenschaft und Rechtspolitik	108
6.1.4 Die Norm als Deutungsschema	111
6.1.5 Stufenbau der Rechtsordnung	112
6.1.6 Die Grundnorm.....	113
6.1.7 Recht als Zwangsordnung	114
6.1.8 Interpretationslehre	115
6.1.9 Identität von Staat und Recht	116

6.2 H.L.A. Hart: The Concept of Law	117
6.2.1 Die Kritik an der Imperativtheorie	118
6.2.2 Recht als ein Verbund von primären und sekundären Regeln	121
6.2.3 Geltungsgrund der sekundären Regeln	123
6.2.4 Rechtsanwendung	123
6.2.5 Recht und Moral	124
6.2.6 Harts Zielsetzung	125
7. Ronald Dworkins Kritik am Rechtspositivismus	126
7.1 Dworkins Kritik in seinen Grundzügen	127
7.2 Dworkins Beschreibung des Rechtspositivismus	129
7.3 Dworkins Kritik am Rechtspositivismus	131
7.3.1 Rechtsprinzipien, Rechtregeln und Rechtsquellenlehre	131
7.3.2 Kritik an der These des richterlichen Ermessens	134
7.4 Der Rechtspositivismus als semantische Theorie	137
7.5 Status der Rechtstheorie	140
7.6 Ausblick	141
8. Die Debatte um den inklusiven und exklusiven Rechtspositivismus	143
8.1 Einführung	143
8.2 Die Grundlinien des inklusiven Rechtspositivismus	149
8.2.1 These der sozialen Tatsachen	151
8.2.2 Die Konventionsthese	154
8.2.3 Die Trennungsthese	155
8.2.4 Die Inkorporationsthese	157
8.3 Der sog. exklusive Rechtspositivismus	159
8.3.1 Die Funktion des Rechts	160
8.3.2 Die Autorität des Rechts	162
8.3.3 Rechtsquellen und Normenkontrolle	167
9. Die Frage nach den normativen Bezügen der Rechtstheorie und des Rechtspositivismus	171
9.1 Die Möglichkeit einer rein deskriptiven Rechtstheorie	172
9.1.1 Das Argument der Funktion des Rechts	176

9.1.2 Die Teilnehmerperspektive	177
9.1.3 Das Argument des interpretativen Charakters des Rechts	178
9.2 Die normative Dimension des Rechtspositivismus	179
9.2.1 Schauers normativer Rechtspositivismus in der Tradition von Bentham	180
9.2.2 Tom Campbells ethischer Rechtspositivismus	182
9.2.3 Fazit	184
10. Schluss	186
11. Literatur	189

1. Einleitung

1.1 Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit

Die Arbeit befasst sich mit der Debatte um den Rechtspositivismus in der zeitgenössischen Philosophie¹ und bezieht diese Debatte auf konzeptuelle Fragen des demokratischen Verfassungsstaates.

Ziel der Arbeit ist es, den exklusiven Rechtspositivismus² als Bestandteil der politischen Theorie des demokratischen Verfassungsstaates auszuweisen.

Im Einzelnen setzt dies voraus: (1) die Bestimmung einer angemessenen Konzeption des Rechts für den demokratischen Verfassungsstaat und dazu (2) die Erörterung

¹ Robert P. George (Hrsg.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press 1994); Tom D. Campbell (Hrsg.), *Legal Positivism* (Aldershot: Dartmouth 1999); H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (2. Aufl., Oxford: Clarendon Press 1994); Jules L. Coleman (Hrsg.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 2001); Wilfrid J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press 1994); Joseph Raz, "Authority, Law, and Morality," in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford: Clarendon Press 2001), S.210-237; Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings* (Oxford: Oxford University Press 1999); Anthony J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence* (Cambridge: Cambridge University Press 1998); Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press 2001); Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays in Law and Morality* (2. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2009); Brian Bix, "Positively Positivism," *Virginia Law Review*, 85. Band (1999), S. 889-923; Brian H. Bix, "Legal Positivism," in Martin P. Golding / William A. Edmundson (Hrsg.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell 2005), S. 29-49; Jules Coleman, "Negative and Positive Positivism," in: *Markets, Morals and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press 1988), S. 3-27; Jules L. Coleman / Brian Leiter, "Legal Positivism," in Dennis Patterson (Hrsg.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell 1996), S. 241-260; Leslie Green, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals," *New York University Law Review*, 83. Band (2008), S. 1035-58; Leslie Green, "General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay," *Oxford Journal of Legal Studies*, 25. Band (2005), S. 565-80; Brian Leiter, "Positivism. Formalism, Realism," *Columbia Law Review*, 99. Band (1999), S. 1138-64; Andrei Marmor, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral," *Oxford Journal of Legal Studies*, 26. Band (2006), S. 683-704; Scott J. Shapiro, "On Hart's Way Out," in Jules Coleman (Hrsg.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 2001) S. 149-91.

² Eine gute Darstellung des exklusiven Rechtspositivismus findet sich bei Andrei Marmor, "Exclusive Legal Positivism," in: Jules Coleman / Scott Shapiro (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press 2002), S. 104-124.

verfassungsstaatlicher Bezüge und Implikationen des Rechts sowie schließlich nach Etablierung des rechtspositivistischen Standpunktes (3) die Darstellung der Positionen des sog. inklusiven und exklusiven Rechtspositivismus.

1.2 Leitfragen

Vorrangig werden in der Arbeit die folgenden Fragen behandelt: (1) Was ist die angemessene Konzeption des Rechts für den demokratischen Verfassungsstaat? (2) Wie ist das Verhältnis von Recht und Moral im demokratischen Verfassungsstaat grundsätzlich zu bestimmen? (3) Durch welche Merkmale zeichnen sich rechtspositivistische Konzeptionen des Rechts aus? (4) Welche Standpunkte zeichnen den inklusiven und den exklusiven Rechtspositivismus aus? Was sind die wesentlichen Einsichten der Debatte um das richtige Verständnis des Rechtspositivismus? (5) Warum ist im sog. exklusiven Rechtspositivismus die dem demokratischen Verfassungsstaat entsprechende Konzeption des Rechts zu erkennen?

1.3 Zur Relevanz der Arbeit

Die wesentlichen Probleme der Rechtsphilosophie beziehen sich auf die Frage nach der Natur des Rechtes und auf die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral.³ Die Rechtsphilosophie ist dabei nichts anderes als praktische Philosophie, die sich auf eine ganz bestimmte soziale Institution bezieht: das Recht.⁴ Eine der prominentesten Denkrichtungen, die sich in der Rechtsphilosophie ausgebildet und auf die eingangs genannten Fragen eine Antwort gegeben hat, ist der Rechtspositivismus. Der Grundgedanke des Rechtspositivismus besteht darin, dass das Recht anhand von

³ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), Kapitel 1; Mark Murphy, *Philosophy. The Fundamentals* (Oxford: Blackwell 2007), S. 14; Joseph Raz, "The Problem about the Nature of Law," in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (1994), S. 195; Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 1999), S. 139.

⁴ Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (1999), S. 149.

Rechtsquellen zu identifizieren ist und sich nach sozialen Tatsachen bestimmt, ohne dabei auf das Anstellen moralischer Erwägungen angewiesen zu sein.⁵

Der rechtspositivistischen Unterscheidung von Recht und Moral wurde bisweilen mit scharfer Kritik begegnet. Insbesondere in Deutschland hat der Rechtspositivismus von je her einen schlechten Ruf.⁶ Der Rechtspositivismus erscheint seinen Kritikern dort bestenfalls als Formalismus.⁷ Üblicherweise wird im Rechtspositivismus eine Form des blinden Rechtsgehorsams erkannt, der auf den Gedanken hinaus läuft, dass die Macht das Recht bestimmt.⁸ Er steht unter dem Verdikt, der moralischen Beurteilung von Rechtsnormen gleichgültig zu begegnen, weil er eben auf einem moralischen Relativismus beruhe⁹, der einem „methodologischen Nihilismus“¹⁰ gleiche, und aus dem im Übrigen folge, dass das Recht jede beliebige Gestalt annehmen könne.¹¹ In Deutschland gilt der Rechtspositivismus seit geraumer Zeit als „überwunden“.¹² Eine

⁵ Joseph Raz, „Legal Reasons, Sources, and Gaps,“ in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 53.

⁶ Norbert Hoerster, *Was ist Recht* (München: C.H. Beck 2006), S. 67.

⁷ Es ist mit Blick auf Hans Kelsen bsp. die Rede vom „inhaltsleeren Stereotypen eines positivistischen Formalismus“, Thomas Vesting, Aporien des rechtswissenschaftlichen Formalismus: Herman Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre,“ *ARSP* (1991), S. 348, oder vom „reduktionistischen Formalismus“ bei Bernd-Christian Funk, Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln, dargestellt anhand von Entwicklungen in der Staatsrechtlehre, *Journal für Rechtspolitik* (2000), S. 70.

⁸ Otfried Höffe, *Politische Gerechtigkeit: Grundlegungen einer kritischen Philosophie von Recht und Staat* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1987), S. 20; Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe. Rechtsphilosophie III* (Heidelberg: C.F. Müller 1990), S. 78f.

⁹ Martin Kriele, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie* (Münster: LIT 2004), S. 20.

¹⁰ Klaus Adomeit, *Rechtstheorie für Studenten. Normlogik - Methodenlehre - Rechtspolitik* (1. Aufl., Heidelberg: v. Decker 1979), S. 77.

¹¹ Otfried Höffe, *Politische Gerechtigkeit* (1987), S. 434; sowie Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, (4. Aufl., Freiburg: Alber 2005), S. 15, der in seinem Buch auch ausdrücklich auf H.L.A. Hart Bezug nimmt.

¹² Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe. Rechtsphilosophie III* (1990), S. 90. Radbruch fordert hier die „Überwindung“ des Rechtspositivismus. Radbruch hatte gemeint, einen Zusammenhang zwischen Rechtspositivismus und NS-Unrecht erkennen zu können. Hart ist dieser Ansicht mit sehr überzeugenden Argumenten entgegengetreten, H.L.A. Hart, „Positivism and the Separation of Law and Morals,“ *Harvard Law Review*, 71. Band (1958), S. 593-629. Tatsächlich ist die Ablehnung des Rechtspositivismus in Deutschland auch nicht erst mit dem Ende des Nationalsozialismus und seiner Verbrechen verbunden. Die ablehnende Haltung gab es schon zu Weimarer Zeiten und sie dürfte in jener Zeit auch mit der Ablehnung von Parlamentarismus, Konstitutionalismus und Demokratie verbunden gewesen sein. Zur Rezeption von Kelsen in der Weimarer Republik siehe Matthias Jestaedt, „Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung,“

entsprechende Feststellung hat bereits vor langer Zeit Eingang in die Rechtsprechung des BVerfG gefunden.¹³ Diesen Beurteilungen wird in dieser Arbeit nicht gefolgt.¹⁴

Während die ältere, rechtsphilosophisch fundierte Kritik am Rechtspositivismus vornehmlich am Naturrecht orientiert ist¹⁵, nimmt die jüngere Kritik ihren Ausgangspunkt in verfassungsstaatlichen Überlegungen. Der Kritik liegt der Gedanke zugrunde, dass der Rechtspositivismus weder geeignet ist, die tatsächliche rechtliche Praxis des modernen Verfassungsstaates angemessen zu beschreiben, noch dieser in normativer Hinsicht gerecht zu werden.¹⁶ Die Grenzen des Rechtspositivismus zeigen sich nach Auffassung seiner Kritiker am Verfassungsstaat.¹⁷ So weist auch Andrei Marmor, ein Anhänger rechtspositivistischer Positionen, auf den (vermeintlichen) Zusammenhang von Antipositivismus und Verfassungsstaatlichkeit hin:

“Those who see constitutionalism as the heuristic vision of a liberal state tend to be very doubtful about the conceptual possibility of separating law from morality. The idea that what the law is, and what the law ought to be, are conceptually separate, is famously associated with the legal positivist tradition in jurisprudence. There is no necessary connection between

in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen: *Reine Rechtslehre* (Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, Tübingen: Mohr Siebeck 2008), S. XIIff.

¹³ BVerfGE 23, 98 (106). Das Gericht spricht vom „wertungsfreien Gesetzespositivismus“, eine „Geisteshaltung, wie sie in der juristischen Wissenschaft und Praxis seit längerem überwunden ist“.

¹⁴ Siehe dazu auch die Diskussion um den „sogenannten Rechtspositivismus“ bei Norbert Hoerster, *Was ist Recht* (2006), S. 65-78, oder die Ausführungen von H.L.A Hart, „Positivism and the Separation of Law and Morals“, *Harvard Law Review*, 71. Band (1958), S. 593-629.

¹⁵ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press 2011); Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press 1964); Michael Moore, „Law as a Functional Kind“, in: Robert P. George, *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Oxford: Clarendon Press 1992), S. 188-242.

¹⁶ Ronald M. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press 1977), S. 84-85.

¹⁷ Siehe dazu beispielsweise Frank Michelman, „Can Constitutional Democrats be Legal Positivists? Or Why Constitutionalism?“, *Constellations*, 2. Band (1996), S. 293-308; Frank I. Michelman, „Always Under Law?“, *Constitutional Commentary*, 12. Band (1995), S. 227-247; Ronald M. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, MA: Harvard University Press 1977); Ronald M. Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press 1986); Sotirios A. Barber / James E. Fleming, *Constitutional Interpretation. The Basic Questions* (Oxford: Oxford University Press 2007).

constitutionalism and anti-positivism, but with very few exceptions, these two philosophical views tend to go hand in hand. Though not necessary, this connection is understandable. If you hedge your bets on the idea of constitutional morality, you are unlikely to favor the view that what the law is does not necessarily depend on what it ought to be.”¹⁸

Nun ist es unübersehbar, dass der demokratische Verfassungsstaat über einen normativen Gehalt verfügt, der im Recht seinen Ausdruck findet, und nach Maßgabe dessen sich die Geltung von Rechtsnormen entscheidet. Auch beschreibt der demokratische Verfassungsstaat den Inbegriff einer legitimen Ordnung. In welchem Sinne kann also behauptet werden, dass dem Recht des demokratischen Verfassungsstaates eine Trennung von Recht und Moral zugrunde liegt? Zur Beantwortung dieser Frage wird auf den normativen Gehalt des demokratischen Verfassungsstaats eingegangen und der vielfach angenommene Zusammenhang von Antipositivismus und Verfassungsstaatlichkeit zurückgewiesen. Dazu wird der Rechtspositivismus eingehender auf den Verfassungsstaat bezogen, als dies sonst üblicherweise der Fall ist. Zwar liegt dem Rechtspositivismus tatsächlich der Gedanke zugrunde, dass bei der Bestimmung des anzuwendenden Rechts der Rekurs auf moralische oder politische Erwägungen nicht erforderlich sei. Daraus folgt aber zum einen nicht, dass der Gehalt des Rechts (im demokratischen Verfassungsstaat) beliebiger Natur sein kann.¹⁹ Auch folgt daraus nicht, dass auf eine moralische Fundierung des Rechtspositivismus verzichtet wird oder dass dieser einer solchen Fundierung nicht zugänglich ist. Es ist nicht die Konzeption des Rechts selbst, die sich ohne Rekurs auf moralische oder evaluative Erwägungen bestimmen lässt.

Joseph Raz hat dies treffend bemerkt:

¹⁸ Andrei Marmor, *Law in the Age of Pluralism* (Oxford: Oxford University Press 2007), S. viii.

¹⁹ Joseph Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 315.

“The [positivist] doctrine of the nature of law yields a test for identifying law the use of which requires no resort to moral or any other evaluative argument. But it does not follow that one can defend the doctrine of the nature of the law itself without using evaluative [...] arguments.”²⁰

In der Arbeit wird dargelegt, dass die rechtspositivistische Trennung von Recht und Moral bei der Identifizierung des Rechts dem normativen Gehalt des demokratischen Verfassungsstaates immanent ist und aus vernünftigen moralphilosophischen Gründen erfolgt. Damit wird in der Arbeit zweierlei aufgezeigt: Der Rechtspositivismus expliziert zum einen eine Konzeption des Rechts, die der tatsächlichen rechtlichen Praxis des demokratischen Verfassungsstaats konzeptuell zugrunde liegt. Darüber hinaus kann im Rechtspositivismus eine auf guten Gründen basierende normative Position erkannt werden, die besagt, dass politische oder moralische Erwägungen bei der Bestimmung des anzuwendenden Rechts keine Rolle spielen sollten. Der rechtspositivistischen Unterscheidung von Recht und Moral liegt eine „politisch-moralische Vision“ des Rechts zugrunde, die mit dem Gedanken der Legitimität des Rechts unmittelbar verbunden ist und die notwendigerweise auf ein quellenbasiertes Recht verweist.²¹

Die Frage nach der angemessenen Konzeption des Rechts für den demokratischen Verfassungsstaat weist insbesondere deshalb moralphilosophische Bezüge auf, weil das Recht des demokratischen Verfassungsstaats für sich in Anspruch nimmt, legitimes Recht zu sein und dieser Anforderung auch tatsächlich zu entsprechen hat.²² Die

²⁰Joseph Raz, “The Nature of Law,” in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2001), S. 209.

²¹ Unter quellenbasiertem Recht ist folgendes zu verstehen: “A law is source based if its existence and content can be identified by reference to social facts alone, without resort to any evaluative argument”, Joseph Raz, “Authority, Law and Morality,” in: ebd., S. 211.

²² Zum moralphilosophischen Bezug der Konzeption des Rechts siehe auch Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (1996); Stephen Perry, “Hart’s Methodological Positivism,” in: Jules Coleman (Hrsg.), *Hart’s Postscript* (2001), S. 311-354; Liam Murphy, “The Political Question of the Concept of Law,” in: ebd., S. 371-409; Frederick Schauer, *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford: Clarendon Press 1991); Frederick Schauer, “Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick),” in: Maksymilian Del Mar / Zenon Bankowski (Hrsg.), *Law as Institutional Normative Order* (Farnham, UK: Aldershot 2009), S. 35-44.

Notwendigkeit der moralischen Verankerung einer quellenbasierten Konzeption des Rechts für den demokratischen Verfassungsstaat ergibt sich darüber hinaus auch aus der Vielzahl nicht-trivialer konzeptueller Bezüge von Recht und Moral.²³ Um hier nur einige zu nennen:

- (1) Notwendig enthalten sowohl das Recht als auch die Moral Normen.
- (2) Notwendig kann der Inhalt jeder moralischen Norm Gegenstand einer Rechtsnorm sein.
- (3) Notwendig trifft das Recht Entscheidungen, die den Bereich des Moralischen betreffen.
- (4) Notwendig beansprucht das Recht moralische Verbindlichkeit. Das geltende Recht beansprucht legitimes Recht zu sein.²⁴
- (5) Notwendig sind mit dem Recht moralische Risiken verbunden.
- (6) Notwendig ist das Recht sinnvoller Bezugspunkt moralischer Bewertung.²⁵

Die Existenz notwendiger Bezüge von Recht und Moral wird in der Arbeit herausgearbeitet, und damit nicht in Zweifel gezogen.²⁶ Rechtspositivistische Konzeptionen des Rechts streiten diese Bezüge nicht ab.²⁷ Die besondere Bedeutung der moralischen Bezüge des Rechts zeigt sich in einer Rechtsordnung, die über einen durch höherrangiges Recht besonders geschützten normativen Gehalt verfügt, umso mehr. Diese Bezüge sprechen jedoch nicht gegen den Rechtspositivismus und den Gedanken des quellenbasierten Rechts.

²³ Eingehend dazu Leslie Green, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals," *New York University Law Review*, 83. Band (2008), S. 1035-58.

²⁴ Siehe zu diesem umstrittenen Punkt insbesondere Joseph Raz, "The Claims of Law," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 28-36; Leslie Green, *The Authority of the State* (Oxford: Oxford University Press 1998); Kenneth Einar Himma, "Law's Claim of Legitimate Authority," in: Jules Coleman, *Hart's Poscript* (2001), S. 271-310.

²⁵ Joseph Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 318.

²⁶ Auch so Joseph Raz, "About Morality and the Nature of Law," in: Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford: Oxford University Press 2009), S. 169.

²⁷ Der Rechtspositivist bestreitet lediglich, dass das Recht mit (unmittelbarem) Rekurs auf die Moral identifiziert wird.

Die Arbeit soll schließlich unterstreichen, dass der Rechtspositivismus den schlechten Ruf, den er insbesondere in Deutschland genießt, nicht verdient hat. In Deutschland scheint vielerorts (aus Gründen, die in der Arbeit nicht näher untersucht werden) die Auffassung ausgemacht zu sein, dass der Rechtspositivismus längst abgeschrieben ist. Er ist es tatsächlich nicht. Joseph Raz hat mit Blick auf die englische Übersetzung von Robert Alexys *Begriff und Geltung des Rechts* aus dem Jahre 2002²⁸ - einer Kritik am Rechtspositivismus - deshalb auch zu Recht festgestellt:

“After all why flog a dead horse? Why write a book to refute a totally discredited theory? Perhaps Alexy was simply unlucky. The burst of reflection, suggestive and interesting writings in the legal positivist tradition reached serious dimensions only in the years after the original publication of the book. [...] It is a great shame that nothing in these writings influenced the arguments of his book.”²⁹

1.4 Vorgehensweise

Um zu zeigen, dass dem demokratischen Verfassungsstaat eine rechtspositivistische Konzeption des Rechts zugrunde liegt, wird sowohl auf den normativen Gehalt des demokratischen Verfassungsstaats³⁰ als auch auf die Funktion des Rechts im demokratischen Verfassungsstaat Bezug genommen.³¹

²⁸ Bei Robert Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press 2002) handelt es sich um die Übersetzung des erstmals 1992 erschienen Buches *Begriff und Geltung des Rechts*, das 2004 in der 4. Auflage im Deutschen erschienen ist.

²⁹ Joseph Raz, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 313f.

³⁰ Joseph Raz, “The Politics of the Rule of Law,” in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2001), S. 374ff.; siehe auch John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press 2005), S. 3ff.

³¹ Zur Funktion des Rechts siehe bsp. Joseph Raz, “The Functions of Law,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 163ff.

Die wesentlichen normativen Aspekte einer verfassungsstaatlichen Ordnung sind in der Garantie von politischen Grundrechten und Freiheiten sowie in der Einrichtung demokratischer Entscheidungsverfahren zur Auflösung politischer Streitigkeiten im Hinblick auf politische Fragen der Gestaltung des Gemeinwesens zu sehen.³² Zu den Merkmalen einer Verfassungsordnung zählen dabei in erster Linie (1) die Bestimmung der jeweiligen Verfassungsorgane und deren Kompetenzen im Rahmen eines auf Dauer angelegten Institutionenverbundes, (2) die Qualifizierung des Verfassungsrechts als höherrangigem Recht, dessen (3) Beachtung im Rahmen dafür vorgesehener Verfahren der Überprüfung unterliegt und dessen (4) Änderung nur unter bestimmten Bedingungen erfolgen kann, wobei sich (5) das Verfassungsrecht nicht lediglich auf Fragen der formalen Staatsorganisation beschränkt, sondern auch Werte und Prinzipien enthält, an die die jeweiligen Verfassungsorgane in ihrem Handeln gebunden sind.³³ Die Entscheidung von politischen Streitfragen ist dem Gesetzgeber vorbehalten, der sich in seinen Entscheidungen an der Verfassung zu orientieren hat. In legislativen Entscheidungen sind wiederum die maßgeblichen Bezugspunkte rechtsanwendender Organe zu sehen.³⁴

Die wesentliche Funktion der Rechtsordnung ist darin zu erkennen menschliches Handeln und dessen Bewertung durch autoritative Stellen, qualifizierten Regeln zu unterwerfen.³⁵ Das Recht ist zur Ausbildung von Verhaltenserwartungen erforderlich, dient der Koordination von Verhalten und damit der besseren Ermöglichung stabiler

³² John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 163.

³³ Joseph Raz, "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries," in: Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford: Oxford University Press 2009), S. 325f; John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 231ff.

³⁴ Joseph Raz, "The Institutional Nature of Law," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 108.

³⁵ H.L.A Hart, "Postscript," in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 249; Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press 1969), S.106; Joseph Raz, "The Rule of Law and its Virtue," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 213; John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (2011), S. 270-276; Neil MacCormick, "Natural Law and the Separation of Law and Morals," in: Robert P. George (Hrsg.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays* (Oxford: Oxford University Press 1992), S. 105.

sozialer Kooperation. Es gibt Auskunft darüber, nach Maßgabe welcher Normen und Gründe autoritative Entscheidungen erfolgen.³⁶

Das Einführen von rechtlichen Entscheidungsgründen in Form von Normierungen ist grundsätzlich Angelegenheit rechtsetzender Institutionen. Es ist Sache des (demokratischen) Gesetzgebers zu bestimmen, nach Maßgabe welcher rechtlichen Gründe autoritative Sachentscheidungen zu erfolgen haben.³⁷ Es ist unter anderem dieser Gesichtspunkt, der auf den Gedanken des quellenbasierten Rechtes (und damit auf eine rechtspositivistische Konzeption des Rechts) verweist.

1.5 Aufbau der Arbeit

Der Hauptteil der Arbeit ist in drei Teile gegliedert. Teil 1 behandelt die Merkmale des demokratischen Verfassungsstaats, die späte politische Philosophie von John Rawls, grundlegende Bezüge von Recht und Moral sowie den Gedanken des quellenbasierten Rechtes. Teil 2 stellt die Grundlinien des Rechtspositivismus als quellenbasierte Konzeption des Rechts vor und geht auf die prominenten Einwände von Ronald Dworkin ein, die er gegen den Rechtspositivismus vorbringt. Teil 3 schließlich hat die zeitgenössische Debatte um das richtige Verständnis des modernen Rechtspositivismus

³⁶ Joseph Raz, "The Rule of Law and its Virtue," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 211.

³⁷ Joseph Raz, "Authority, Law and Morality," in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2001), S. 213. Siehe dazu etwa auch die Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts, die besagt, dass im Bereich der untergesetzlichen Normsetzung "wesentliche Entscheidungen" durch das Parlament selbst getroffen werden müssen (BVerfG NJW 1998, 2515, 2520). Ermächtigt der Gesetzgeber also die Verwaltung zum Erlass von Rechtsverordnungen oder von autonomen Satzungen, so darf er im Rahmen dessen keine wesentlichen politischen Sachentscheidungen an die Verwaltung delegieren.

zum Gegenstand und dient der Darstellung des sog. inklusiven und exklusiven Rechtspositivismus.

1.5.1 Der demokratische Verfassungsstaat

Die Arbeit befasst sich zunächst mit der Erörterung der wesentlichen Merkmale des demokratischen Verfassungsstaates samt seiner moralphilosophischen Grundlagen, die in der späten Philosophie von John Rawls treffend ihren Ausdruck finden. Es wird festgestellt, dass der normative Gehalt des Verfassungsstaats insoweit moralphilosophisch autonom ist, als er sich nicht auf bestimmte moralphilosophische Lehren bezieht, sondern vielmehr Gegenstand eines „überlappenden Konsenses“ umfassenderer moralphilosophischer Positionen ist³⁸, denen ein Set an Normen gemein ist, die für gewöhnlich im materiellen Teil einer Verfassung schriftlich niedergelegt werden. Es wird sodann gezeigt, dass auch das einfache Recht autonom zu sein hat, d.h. dass seine Bestimmung und Anwendung quellenbasiert zu erfolgen hat und sein Inhalt nicht mit Verweis auf moralische Positionen zu ermitteln ist. Da es sich hierbei selbst um eine moralphilosophische Position handelt, werden die vielfältigen notwendigen Bezüge von Recht und Moral behandelt, aus denen folgt, dass die Frage der angemessenen Konzeption des Rechts für den demokratischen Verfassungsstaat moralphilosophischer Natur ist.

Zur Bestimmung der adäquaten Konzeption des Rechts für den demokratischen Verfassungsstaat wird im Folgenden die Funktion des Rechts im demokratischen Verfassungsstaat untersucht. Da das Recht der autoritativen Beilegung moralischer und politischer Streitfragen dient und dazu im Wege des Zwangs durchgesetzt wird, sind Fragen der Legitimität des Rechts zu erörtern. Damit tritt jenes Merkmal der

³⁸ Ebd., S. 133ff.

Rechtordnung in den Vordergrund, welches die Beachtung von Rechtsnormen mit moralischer Verbindlichkeit versieht.³⁹

1.5.2 Der Rechtspositivismus

Teil 2 der Arbeit behandelt den Rechtspositivismus als quellenbasierte Konzeption des Rechts und bestimmt seine wesentlichen Merkmale. Dazu werden (1) der klassische und (2) der moderne Rechtspositivismus dargestellt. Im Ergebnis wird festgehalten, dass der Rechtspositivismus sich durch einen quellenbasierten Rechtsgeltungsbegriff auszeichnet, wobei das Recht ausschließlich anhand von sozialen Tatsachen konventionell bestimmt wird. Diese Position lässt sich deutlich abgrenzen von Auffassungen, mit denen der Rechtspositivismus immer wieder irrtümlicherweise in Verbindung gebracht wird.⁴⁰ Der zweite Teil der Arbeit schließt (3) mit der Darstellung Dworkins Kritik am Rechtspositivismus, die zur Genese des inklusiven und exklusiven Rechtspositivismus geführt hat.

Im Einzelnen:

(1) In jüngerer Zeit wird der normative Gehalt und die bleibende Aktualität des klassischen Rechtspositivismus⁴¹ erneut hervorgehoben.⁴² Die kurze Darstellung des

³⁹ Joseph Raz, "Authority and Justification," in: Joseph Raz (Hrsg.), *Authority* (New York: New York University Press 1990), S. 117.

⁴⁰ Siehe dazu Norbert Hoerster, *Was ist Recht* (2006), S. 65-78, sowie H.L.A Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review*, 71. Band (1958), S. 593-629.

⁴¹ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Cambridge: Cambridge University Press 1995); Jeremy Bentham, *Of Laws in General* (London: Athlone Press 1970) sowie Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (London: Athlone Press 1970).

⁴² Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (1986); Tom Campbell, *Legal Positivism: Law, Rights and Democracy* (London: ULC Press 2004); Frederick Schauer, "Positivism before Hart," *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2010-01*, in: M.D.A. Freeman (Hrsg.), *John Austin and His Legacy*, zugänglich über Social Science Research

klassischen Rechtspositivismus dient dazu, die normativen Implikationen des Rechtspositivismus zu unterstreichen, die ihm seit seinen Anfängen zu eigen sind. Im Übrigen ist die Darstellung des klassischen Rechtspositivismus zum besseren Verständnis des modernen Rechtspositivismus zweckmäßig, da letzterer in direkter Auseinandersetzung mit dem klassischen Rechtspositivismus entwickelt worden ist.⁴³ Der klassische Rechtspositivismus beruht auf der sog. Trennungsthese, die besagt, dass bei der Bestimmung des geltenden Rechts Recht und Moral zu unterscheiden sind. Aus der Trennungsthese folgt, dass sich die Geltung einer Norm als Rechtsnorm, also ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung, nicht nach Maßgabe moralischer Erwägungen bestimmt. Trennungsthese, Rechtsquellentheorie und Imperativtheorie bilden die maßgeblichen drei Grundpositionen des klassischen Rechtspositivismus, denen sich der moderne Rechtspositivismus mit Ausnahme der Imperativtheorie angeschlossen hat.⁴⁴

(2) Im Mittelpunkt der Behandlung des modernen Rechtspositivismus steht H.L.A. Harts *The Concept of Law*.⁴⁵ Es handelt sich hierbei um das grundlegende rechtspositivistische Werk des 20. Jahrhunderts.⁴⁶ *The Concept of Law* hat sowohl die Grundlinien des modernen Rechtspositivismus als auch die zeitgenössische Debatte um den Rechtspositivismus maßgeblich geprägt. Die kurze Darstellung von Harts *The Concept of Law* dient als Basis für die spätere Einordnung der zeitgenössischen Debatte um den exklusiven Rechtspositivismus.

Harts Position lässt sich folgendermaßen skizzieren: Moderne Rechtsordnungen zeichnen sich dadurch aus, dass ihnen Regeln (konventionell) zugrunde liegen, die bestimmen, welche Regeln als Bestandteil der Rechtsordnung anzusehen sind (Bsp.:

Network Elektronik Paper Collection, URL =

<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1512646

⁴³ H.L.A. Harts *The Concept of Law* (1994) ist das bedeutendste Beispiel dafür.

⁴⁴ H.L.A. Hart hat seine Kritik am klassischen Rechtspositivismus insbesondere auf die Imperativtheorie bezogen, siehe *The Concept of Law*, S. 18ff. Anzumerken ist, dass Hans Kelsen in der *Reinen Rechtslehre* an einer modifizierten Imperativtheorie festgehalten hat, wobei sich die Imperative an rechtsanwendende Organe richten, die auf die Verletzung von Rechtsnormen hin ggf. mit der Anordnung eines „Zwangsakts“ zu reagieren haben, Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Tübingen: Mohr Siebeck 2008), S. 25.

⁴⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994).

⁴⁶ Mark Murphy, *Philosophy of Law. The Fundamentals* (2007), S. 26.

"What the Queen in Parliament enacts is law").⁴⁷ Das Recht zeichnet sich als ein Verbund primärer und sekundärer Regeln ("law as the union of primary and secondary rules") aus.⁴⁸ Primäre Regeln sind solche Regeln, nach denen inhaltlich bestimmt wird, wie eine rechtliche Frage zu entscheiden ist, wohingegen sekundäre Regeln bestimmen, wie primäre Regeln zu identifizieren, zu erlassen, abzuändern oder aufzuheben sind und wie bei Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt primärer Regeln (Rechtsstreit) vorzugehen ist.⁴⁹ Wichtigste sekundäre Regel ist die sog. „rule of recognition“, die von Rechtsanwendern zur Identifizierung des anzuwendenden Rechts konventionell herangezogen wird.

(3) Der zweite Teil der Arbeit wird abgeschlossen mit einer Darstellung kritischer Einwände gegen den Rechtspositivismus.⁵⁰ Hierbei handelt es sich stellvertretend um die Kritik von Ronald Dworkin. Dworkin vertritt die Auffassung, dass das anzuwendende Recht nicht lediglich nach Maßgabe einer positivistischen Erkenntnisregel zu bestimmen, sondern vielmehr durch eine „konstruktive Interpretation des Rechts“⁵¹ zu ermitteln sei. Neben quellenbasiertem Recht sei stets auch der normative Gehalt der nach Quellen zu ermittelnden Rechtsnormen zu berücksichtigen. Dworkins Kritik war maßgeblich für die spätere Genese des sog. inklusiven und exklusiven Rechtspositivismus.

⁴⁷ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 107.

⁴⁸ Ebd. S. 94ff.

⁴⁹ Ebd.

⁵⁰ Zur weiteren Kritik am Rechtspositivismus und zur sog. Hart / Dworkin Debatte siehe John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (2011); Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (1964); Michael Moore, "Law as a Functional Kind," in: Robert P. George, *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (1992), S. 188-242; Philip Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute," *Michigan Law Review*, 75. Band (1977); David Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory* (Cambridge: Cambridge University Press 1993); Ronald M. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977); Ronald M. Dworkin, *Law's Empire* (1986).

⁵¹ Ronald M. Dworkin, *Law's Empire* (1986), Kapitel 3.

1.5.3 Die rechtspositivistische Debatte um das richtige Verständnis des Rechtspositivismus: Die Darstellung des sogenannten inklusiven und exklusiven Rechtspositivismus

Teil 3 der Arbeit hat schließlich die Debatte um das richtige Verständnis des modernen Rechtspositivismus unter Rechtspositivisten zum Gegenstand. Dieser Teil dient der Identifizierung derjenigen rechtspositivistischen Konzeption des Rechts, die dem demokratischen Verfassungsstaat angemessen ist, und hat die Darstellung des sog. inklusiven und exklusiven Rechtspositivismus zum Gegenstand. Dabei geht es auch um die Frage der methodischen und substanziellen Einordnung des modernen Rechtspositivismus, die in diesem Zusammenhang erörtert werden soll.

Der sog. inklusive Rechtspositivismus beruht auf der Überlegung, dass die Identifizierung von Rechtsnormen durch rechtsanwendende Organe auch von moralischen Erwägungen abhängen kann, sofern dies das Recht im Verbund mit einer rechtspositivistischen Erkenntnisregel (die konventionell zur Bestimmung des Rechts zugrunde gelegt wird) so bestimmt.⁵²

Vertreter des sog. exklusiven Rechtspositivismus hingegen bezweifeln, dass rechtsanwendende Organe das anzuwendende Recht nach Maßgabe moralischer Prinzipien bestimmen. Die Identifikation einer Rechtsnorm und ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung bestimmt sich nach diesem Verständnis des Rechtspositivismus einzig und allein danach, ob die fragliche Norm aus bestimmten Rechtsquellen⁵³ hervorgegangen (und nicht in einem Normenkontrollverfahren wieder aufgehoben worden) ist. Der Rekurs auf moralische Erwägungen ist zur Identifikation des Rechts

⁵² In diesem Sinne beispielsweise Jules Coleman, "Negative and Positive Positivism," in: *Markets, Morals and the Law* Coleman, S. 3-27; John Mackie, "The Third Theory of Law," *Philosophy & Public Affairs*, 7. Band (1977); Philip Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute," *Michigan Law Review*, 75. Band (1977); Chin L. Ten, "The Soundest Theory of Law," *Mind*, 88. Band (1979), S. 522-537; Wil J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (1994); David Lyons, "Principles, Positivism and Legal Theory," *Yale Law Journal*, 87. Band, S. 415-435.

⁵³ In Frage kommen dabei Gesetzgebung, richterlicher Rechtsfortbildung oder das Gewohnheitsrecht

nicht vorgesehen und kann vom Recht auch nicht sinnvollerweise angeordnet werden.⁵⁴ Zur Begründung dieser Position nimmt der exklusive Rechtspositivismus Bezug auf Merkmale, die dem Recht notwendigerweise immanent sein sollen, nämlich in erster Linie die Vorstellung der legitimen Autorität des Rechts.⁵⁵

In der Arbeit wird schließlich Partei für den exklusiven Rechtspositivismus ergriffen. Die Argumentationslinien des exklusiven Rechtspositivismus⁵⁶ werden dabei dahingehend ausgebaut, dass die Identifizierung und Bestimmung des Rechts durch rechtsanwendende Organe aus Legitimitätserwägungen, die der demokratischen Erzeugung des Rechts geschuldet sind, quellenbasiert zu erfolgen hat und das Recht auch auf Verfassungsebene ein Normensystem beschreibt, das konzeptuell autonom ist und den Bezug auf umfassende moralphilosophische Positionen nicht vorsieht.

⁵⁴ Joseph Raz, "Legal Positivism and the Sources of Law," in: *The Authority of Law* (2009), S. 37-52 und "Authority, Law and Morality," in: *Ethics in the Public Domain* (2001), S. 210-237; Scott Shapiro, "On Hart's Way Out," in: Jules Coleman, *Hart's Postscript* (2001), S. 149-192; Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values* (2001). In Anlehnung an Jeremy Waldron, "Normative (or Ethical) Positivism," in: Jules Coleman (Hrsg.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 2001), S. 414, kann die Unterscheidung wie folgt formuliert werden: "*Exclusive positivism* conceptually claims that legality necessarily does not implicate morality, in contrast to *inclusive positivism*, which claims that legality does not necessarily implicate morality."

⁵⁵ Dazu bsp. Joseph Raz, "The Claims of Law," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 28ff; Joseph Raz, "Authority, Law, and Morality," in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (1994), S. 210ff.

⁵⁶ Siehe etwa die Darstellung von Andrei Marmor, "Exclusive Legal Positivism," in: Jules Coleman / Scott Shapiro (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002), S. 104-124.

2. Die wesentlichen Merkmale des demokratischen Verfassungsstaates

2.1 Der Begriff des Staates

Bevor auf die wesentlichen Merkmale des Verfassungsstaates eingegangen werden soll, sei kurz erläutert, welche grundlegenden Elemente vorliegen müssen, damit überhaupt von einem Staat die Rede sein kann. Unabhängig also davon, was eine verfassungsstaatliche Staatsordnung auszeichnet, bestimmt sich der Staatsbegriff zunächst durch vier Merkmale, die sowohl dem Verfassungsstaat wie auch dem autokratischen Staat gemein sind.

Zunächst (1) haben Staaten eine territoriale Ausbreitung. Sie üben in diesem Bereich hoheitliche Macht aus, die gegebenenfalls im Wege des Zwangs durchgesetzt wird und die gegenüber inneren oder äußeren Bedrohungen verteidigt wird. Sie beanspruchen (2) darüber hinaus, dass diese Macht in legitimer Weise ausgeübt wird, d.h. dass das Gewaltmonopol rechtmäßig ist und Anerkennung zu finden hat. Weiterhin (3) wird diese Macht unabhängig ausgeübt, insoweit sie nicht weiter abgeleitet wird (also originär ist) und auch die äußere Einmischung in innere Angelegenheiten ausgeschlossen wird. Schließlich (4) wird das Vorliegen dieser Merkmale im internationalen Bereich als ausreichend anerkannt, einen solchen Herrschaftsverband als Staat anzuerkennen.¹

Als Staaten sind dementsprechend herrschaftlich verfasste Gemeinwesen anzusehen, zu deren Merkmalen im Minimum Staatsvolk, Staatsgebiet und eine Staatsgewalt zählen.² Dabei ist unter einem Staatsvolk ein Personenverband zu verstehen, der sich als

¹ Siehe zu den vier Punkten Neil MacCormick, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press), S. 41-42.

² Reinhard Zintl, „Politischer Liberalismus und der liberale Staat“, in: Michael Becker (Hrsg.), *Politischer Liberalismus und wohlgeordnete Gesellschaften. John Rawls und der Verfassungsstaat*, (Baden-Baden: Nomos 2013), S.35. Damit wird auf Jellineks Drei-Elemente - Lehre verwiesen, die Ende des 19 Jh. ausgearbeitet worden ist. Siehe Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (1900), S. 128ff.

zusammengehörig begreift. Das Staatsgebiet ist ein abgrenzbarer Bereich der Erdoberfläche. Über Staatsvolk und Staatsgebiet wird eine originäre Herrschaftsmacht ausgeübt, die als Staatsgewalt bezeichnet wird.³

Der Begriff Staat kann je nach Betrachtungsweise in zwei Kontexten Verwendung finden. Einmal kann mit Staat diejenige „souveräne“ Einheit verstanden werden, die im internationalen System unter gleichen agiert. Zum anderen kann als Staat dasjenige Institutionengefüge begriffen werden, das nach innen die Staatsgewalt ausübt und das der Gesellschaft gegenübersteht.⁴ In dieser Arbeit geht es naturgemäß um letztere Betrachtungsweise.

2.2 Der Begriff der Verfassung

Zentrales Merkmal des Verfassungsstaates ist zunächst die Verfassung selbst. Jeder Verfassungsstaat zeichnet sich dadurch aus, dass er über eine Rechtsordnung verfügt, der eine (meistens schriftlich niedergelegte) Verfassung zugrunde liegt.

Jede Rechtsordnung oder jedes Rechtssystem verfügt bereits in dem schwachen Sinn über eine Verfassung, als dass zumindest die wesentlichen Organe des Rechtssystems und ihre Kompetenzen bestimmt und diejenigen Prinzipien benannt sind, die für ihr Handeln maßgeblich sind.⁵ Dieser jeder Rechtsordnung innewohnende Moment kann als Verfassung in einem schwachen Sinn bezeichnet werden.⁶ In diesem Sinne ist jede Rechtsordnung durch eine (ggf. implizite) Verfassung konstituiert.

³ Christoph Gröpl, *Staatsrecht I. Staatsgrundlagen. Staatsorganisation. Verfassungsprozess* (München: C.H. Beck 2017), S. 19.

⁴ Reinhard Zintl, „Politischer Liberalismus und der liberale Staat“, in: Michael Becker (Hrsg.), *Politischer Liberalismus und wohlgeordnete Gesellschaften. John Rawls und der Verfassungsstaat* (2013), S. 35.

⁵ Joseph Raz, „On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries,“ in: Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (2009), S. 324.

⁶ Ebd.

Von einer Verfassung im schwachen Sinn lässt sich ein etwas robusterer Sinn von Verfassung unterscheiden, der für gewöhnlich dem Verfassungsstaat zu eigen ist. Zu diesem robusteren Sinn des Verfassungsbegriffes zählt Joseph Raz die folgenden Merkmale:

- (1) Die Verfassung bestimmt die wesentlichen Verfassungsorgane und deren Kompetenzen in einem einheitlichen Institutionengefüge. Die Verfassung konstituiert dementsprechend die rechtliche und politische Struktur, die das Rechtssystem ausmachen (Verfassung in einem schwachen Sinn).⁷
- (2) Das durch die Verfassung geschaffenen Rechtssystem ist auf Dauer angelegt. Die Verfassung ist dazu bestimmt, als Rahmenordnung den rechtlichen und politischen Einrichtungen eines Landes zugrunde zu liegen, ihr Handeln zu leiten und für Stabilität und Kontinuität zu sorgen. Veränderung ihres Inhaltes sind nicht gänzlich ausgeschlossen, sodass behutsame Adjustierungen und Veränderungen von Zeit zu Zeit vorgenommen werden können. Die Verfassung soll dementsprechend Stabilität und Dauer gewährleisten.⁸
- (3) Die Verfassung eines Landes ist für gewöhnlich schriftlich niedergelegt und als kanonischer Text zugänglich.⁹
- (4) Die Verfassung enthält höherrangiges Recht. Das bedeutet, dass einfaches Recht (das im Regelfall aus politischen Entscheidungsverfahren hervorgeht), welches mit der Verfassung kollidiert unwirksam ist und keine Anwendung findet.¹⁰
- (5) Die Verfassung (oder in ihrer Folge die Rechtsordnung) sieht Verfahren vor, die sicherstellen, dass die Geltung der Verfassung als höherrangiges Recht gewährleistet ist. Das bedeutet, dass im Rahmen von Kontrollverfahren legislative Entscheidungen oder anderweitige autoritative Rechtsakte in bestimmten (judiziellen) Verfahren auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft

⁷ Ebd.

⁸ Ebd.

⁹ Ebd.

¹⁰ Ebd.

werden. Wird in solchen Verfahren die Verfassungswidrigkeit einer autoritativen Entscheidung festgestellt, führt dies zur Unwirksamkeit und Aufhebung der jeweiligen Entscheidung.¹¹

(6) Was die Aufhebung, Abänderung oder Satzung verfassungsrechtlicher Bestimmungen anbelangt, so sind erhöhte Anforderungen gestellt, die über das hinausgehen, was in Fällen der einfachen Gesetzgebung vorgesehen ist.¹²

(7) Die Verfassung ist nicht lediglich auf Fragen der formalen Staatsorganisation beschränkt, sondern enthält auch Werte und Prinzipien, an die die jeweiligen Verfassungsorgane in ihrem Handeln gebunden sind (z.B. Grundrechte) und die die generelle Struktur des Staates bestimmen (Demokratie, Föderalismus etc.). Diese Werte und Prinzipien sind allgemein geteilter Natur und bringen die politischen Anschauungen derjenigen zum Ausdruck, für die diese Verfassung gelten soll.¹³

Ausgehend von diesem robusten Verfassungsbegriff sollen im Folgenden die zentralen und wesentlichen Merkmale des demokratischen Verfassungsstaats bestimmt werden.

2.3 Der demokratische Verfassungsstaat

Der Verfassungsstaat gründet auf dem Verständnis, dass die Verfassung das Fundamentalgesetz ist und ihr die höchste Autorität innerhalb der Rechtsordnung zukommt.¹⁴ Die durch eine Verfassung geschaffene Rechtsordnung ist eine qualifizierte

¹¹ Ebd.

¹² Ebd., S. 325.

¹³ Ebd.

¹⁴ Rainer Wahl, „Elemente der Verfassungsstaatlichkeit“, *JuS* 2001, S. 1041.

Rechtsordnung, da sie nach Maßgabe der in der Verfassung enthaltenen Werte und Prinzipien geschaffen ist.

Insbesondere der demokratische Verfassungsstaat kann damit als Inbegriff einer legitimen Ordnung angesehen werden.¹⁵ Unter Legitimität ist hier zu verstehen, dass „der mit einer politischen Ordnung verbundene Anspruch, als richtig und gerecht anerkannt zu werden, gute Argumente für sich hat. Legitimität bedeutet die Anerkennungswürdigkeit einer politischen Ordnung“¹⁶, woraus sozusagen ihre moralische Verbindlichkeit folgt.

Die wesentlichen normativen Aspekte einer verfassungsstaatlichen Ordnung, die gleichzeitig ihre Legitimität begründen, sind in der Garantie von politischen Grundrechten und Freiheiten sowie in der Einrichtung demokratischer Entscheidungsverfahren zur Auflösung politischer Rivalitäten im Hinblick auf Fragen der politischen Gestaltung des Gemeinwesens zu sehen (demokratische Gesetzgebung).¹⁷

Die besonderen Merkmale des demokratischen Verfassungsstaates lassen sich folgendermaßen zusammenfassen: es sind dies (1) die Geltung der Verfassung als höherrangigem Recht, welchem innerhalb der Rechtsordnung Vorrang zukommt, (2) die Gewaltenteilung (insbesondere die Unterscheidung zwischen rechtsetzenden und rechtanwendenden Organen), (3) die Bindung der Staatsgewalt an das Gesetz (Rechtsstaatlichkeit), (4) die Einrichtung demokratischer Entscheidungsverfahren zur

¹⁵ Michael Becker, „Von der Gerechtigkeitstheorie über den Politischen Liberalismus zum Völkerecht – Stationen der politischen Philosophie von John Rawls,“ in: Michael Becker (Hrsg.), *Politischer Liberalismus und wohlgeordnete Gesellschaften. John Rawls und der Verfassungsstaat* (2013), S. 27.

¹⁶ Jürgen Habermas, „Legitimitätsprobleme im modernen Staat,“ in: *Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken* 30. Band (1976), 37-56, S. 39, zit. nach Michael Steber, „Legitimität und politische Partizipation. Zur Frage der Vereinbarkeit von Volkssouveränität und Kapitalismus im 21. Jahrhundert,“ in: Mandana Biegi/ Jürgen Förster (Hrsg.), *Demokratie, Recht und Legitimität im 21. Jahrhundert* (Wiesbaden 2008).

¹⁷ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 163.

Erzeugung des Rechts (Demokratie), (5) die Grundrechte sowie schließlich (6) die Verfassungsgerichtsbarkeit.¹⁸

Dementsprechend liegt im demokratischen Verfassungsstaat die letzte Macht nicht bei der Gesetzgebung.¹⁹ Auch liegt sie nicht beim Verfassungsgericht, das nur die höchste Auslegungsinstanz der Verfassung ist.²⁰ Richtigerweise liegt sie bei den drei, in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehenden Staatsgewalten, die jeweils dem Volke gegenüber verantwortlich und rechenschaftspflichtig sind.²¹

Auf die oben angeführten Elemente des demokratischen Verfassungsstaates soll nun im Folgenden näher eingegangen werden.

2.3.1 Rechtsordnung

Jeder Verfassungsstaat etabliert eine Rechtsordnung. Wie bereits gesagt worden ist, zeichnet sich der Verfassungsstaat zunächst dadurch aus, dass er über eine Rechtsordnung verfügt, die nach Maßgabe des höheren Rechts der Verfassung konstituiert ist.

Die wesentliche Aufgabe der Rechtsordnung ist nun darin zu erkennen, menschliches Handeln und dessen Bewertung durch autoritative Stellen qualifizierten Regeln zu unterwerfen.²² Das Recht ist zur Ausbildung von Verhaltenserwartungen erforderlich,

¹⁸ Birgit Enzmann, „Demokratischer Verfassungsstaat als Widerpart des Extremismus,“ in: Eckhard Jesse / Tom Mannewitz (Hrsg.), *Extremismusforschung. Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, (Baden-Baden: Nomos 2018), S. 59.

¹⁹ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 232.

²⁰ Ebd.

²¹ Ebd.

²² H.L.A Hart, „Postcript,“ in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 249; Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press 1969), S.106; Joseph Raz, „The Rule of Law and its Virtue,“ in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 213; John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (2011), S. 270-276; Neil MacCormick, „Natural Law and the Separation of Law and Morals,“ in: Robert P. George (Hrsg.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays* (Oxford: Oxford University Press 1992), S. 105.

dient der Koordination von Verhalten und damit der besseren Ermöglichung stabiler sozialer Kooperation. Es gibt Auskunft darüber, nach Maßgabe welcher Normen und Gründe autoritative Entscheidungen erfolgen.²³ Das Recht geht (im Regelfall) aus qualifizierten demokratischen Entscheidungsverfahren hervor, deren Funktion in der autoritativen und damit verbindlichen Beilegung moralischer oder politischer Streitfragen zu sehen ist.²⁴ Die Bestimmung des Rechts durch rechtsanwendende Institutionen erfolgt anhand von Rechtsquellen, während daneben moralische, politische, ökonomische oder sonstige Erwägungen zur Bestimmung des Rechts keine Rolle spielen. Andernfalls würden im Rahmen der Bestimmung des Rechts durch rechtsanwendende Institutionen genau diejenigen politischen und moralischen Streitfragen erneut aufgeworfen, die das Recht bereits autoritativ und verbindlich zu lösen versucht hat.²⁵ Entscheidend ist dabei auch, dass die Auflösung politischer oder moralischer Streitfragen in demokratischen Verfahren erfolgt, und somit dem Gedanken der demokratischen Legitimität entsprochen worden ist. Das Recht (im demokratischen Verfassungsstaat) bezeichnet dementsprechend diejenigen öffentlich nachvollziehbaren und verbindlichen Maßstäbe, die nicht mehr mit Verweis auf moralische oder sonstige Gründe außeracht gelassen werden können.²⁶

²³ Joseph Raz, "The Rule of Law and its Virtue," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 211.

²⁴ Scott Shapiro, "The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed," in Arthur Ripstein (Hrsg.), *Ronald Dworkin* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), S. 22-55; Andrei Marmor, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral," *Oxford Journal of Legal Studies*, 26. Band (2006), S. 683-704.

²⁵ Joseph Raz, "Authority, Law and Morality," in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2001), S. 227.

²⁶ Joseph Raz, *The Concept of a Legal System* (Oxford: Clarendon Press 1980), S. 215-16; Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press 1986), S. ix. Anmerkung: das Recht des demokratischen Verfassungsstaates versteht sich als legitimes Recht, d.h., dass seine Normen auch als moralisch verbindlich erachtet werden. Zum zivilen Ungehorsam siehe John Rawls, „Die Rechtfertigung bürgerlichen Ungehorsams,“ in: John Rawls, *Gerechtigkeit als Fairneß*. (Freiburg/München: Karl Alber 1977), S. 165–191.

Die wesentlichen Merkmale des Rechts im demokratischen Verfassungsstaat lassen sich wie folgt beschreiben²⁷:

- (1) Anwendungs- und Gegenstandsbereich: Das Recht findet im Rahmen autoritativer Entscheidungsverfahren Anwendung, und bestimmt diejenigen Tatsachen, Gründe und Normen, die in diesen Verfahren maßgeblich sind.²⁸
- (2) Ausschlussfunktion: Die Gründe und Normen des Rechts, die im Rahmen autoritativer Entscheidungsverfahren maßgeblich sind, schließen den Bezug auf andere, entgegenstehende Gründe oder Normen im Rahmen der rechtlichen Entscheidungsfindung aus.
- (3) Bestimmung des Rechts: Die Bestimmung, welche Normen als Bestandteil des geltenden Rechts anzusehen sind, erfolgt ausschließlich auf der Grundlage sozialer Tatsachen, so dass zur Bestimmung des Vorliegens einer Rechtsnorm und hinsichtlich ihres Inhaltes kein Rekurs auf moralische oder politische Erwägungen genommen werden muss.²⁹

2.3.2 Gewaltenteilung

Die Rechtsordnung des Verfassungsstaates sieht die Gewaltenteilung vor. Die Auf- und Verteilung staatlicher Macht bestimmt sich im Verfassungsstaat dementsprechend nach

²⁷ Ähnlich aber mit kritischer Kommentierung Gerald J. Postema, „Law’s Autonomy and Public Practical Reason,“ in: Robert P. George (Hrsg.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press 1996), S. 82.

²⁸ Frederick Schauer, „The Limited Domain of the Law,“ *Virginia Law Review*, 90. Band (2004), S. 1909-56; Frederick Schauer, „Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick),“ in Maksymilian Del Mar / Zenon Bankowski (Hrsg.), *Law as Institutional Normative Order* (Farnham, UK: Aldershot, 2009), S. 41-43.

²⁹ Joseph Raz, „Legal Positivism and the Sources of Law,“ in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 37-52.

Maßgabe des Grundsatzes der Gewaltenteilung. Unter Gewaltenteilung ist die Aufspaltung der Staatsgewalt in verschiedene Funktionen und deren Zuordnung zu mehreren, voneinander getrennten Staatsorganen zu verstehen.³⁰ Der Zweck der Gewaltenteilung besteht in erster Linie in der Machtbegrenzung und in der institutionellen Sicherung der individuellen Freiheiten der Bürger.³¹ Soweit konzentrierte Macht den Missbrauch fördert, werden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung durch getrennte Organe ausgeübt, die sich wechselseitig kontrollieren.³² Verknüpft werden die drei Gewalten durch das Gesetz: der Legislative kommt dabei die Gesetzgebung zu, der Exekutive der Gesetzesvollzug und der Judikative die Kontrolle nach Maßgabe der Gesetze.³³

Wesentliches Merkmal eines (verfassungsstaatlichen) Rechtssystems ist damit die Unterscheidung von rechtssetzenden und rechtsanwendenden Institutionen.³⁴ Das Recht richtet sich zunächst an rechtsanwendende Institutionen. Diese haben es bei ihren Entscheidungen als maßgeblich zugrunde zu legen und auf den Einzelfall anzuwenden.³⁵ Staatliches Handeln erfolgt dabei stets im Modus der Legalität.

“Of legal systems it can be said that every act by a public official which is the performance of a duty or an exercise of a regulative power is generally regarded as law-applying act.”³⁶

³⁰ Christoph Gröpl, *Staatsrecht I. Staatsgrundlagen. Staatsorganisation. Verfassungsprozess* (München: C.H. Beck 2017), S. 237.

³¹ Ebd.

³² Andreas Voßkuhle / Ann-Katrin Kaufhold, „Grundwissen - Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Gewaltenteilung“, *JuS* 2012, S. 314-316.

³³ Ebd.

³⁴ Joseph Raz, “The Institutional Nature of Law,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 105.

³⁵ Das wird durch den Gedanken der „Rule of Law“ zum Ausdruck gebracht, Joseph Raz, „The Politics of the Rule of Law,” in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2001), S. 373; Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, Tübingen: Mohr Siebeck 2008), S. 35.

³⁶ Joseph Raz, “The Institutional Nature of Law,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 106.

Die Natur rechtsanwendender Entscheidungen besteht darin, unter Berücksichtigung rechtlich normierter Erkenntnisverfahren autoritativ zu bestimmen, (1) welche Tatsachen dem Rechtsfall zugrunde liegen und (2) wie die dem Rechtsfall zugrunde liegenden Tatsachen nach Maßgabe des Rechts zu behandeln sind.³⁷

Joseph Raz formuliert dies so:

“Primary [norm-applying] organs are concerned with the authoritative determination of normative situations in accordance with pre-existing norms.”³⁸

Das Einführen von rechtlichen Entscheidungsgründen in Form von Normierungen ist grundsätzlich Angelegenheit rechtsetzender Institutionen. Es ist Sache des demokratischen Gesetzgebers im Rahmen der Verfassung zu bestimmen, nach Maßgabe welcher rechtlichen Gründe Sachentscheidungen zu erfolgen haben.³⁹ In legislativen Entscheidungen sind damit die maßgeblichen Bezugspunkte rechtsanwendender Organe zu sehen.⁴⁰ Damit kommt ein weiterer Sinn der Gewaltenteilung hinzu: sie sichert den „Vorrang der demokratischen Gesetzgebung“ und damit die Bindung staatlicher Herrschaft an das demokratisch erzeugte Recht.⁴¹ Es ist unter anderem dieser Gesichtspunkt, der auf den Gedanken des quellenbasierten Rechtes verweist.

³⁷ Siehe zu den typischen Problemen der Rechtsanwendung (hier mit Bezug auf die Gerichte) Joseph Raz, “Law and Value in Adjudication,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 180-209.

³⁸ Joseph Raz, “The Institutional Nature of The Law,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 108.

³⁹ Joseph Raz, “Authority, Law and Morality,” in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2001), S. 213.

⁴⁰ Joseph Raz, “The Institutional Nature of Law,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 108.

⁴¹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 2017), S. 230.

2.3.3 Rechtsstaatlichkeit

Der demokratische Verfassungsstaat ist Rechtsstaat. Der Rechtsstaat zeichnet sich dadurch aus, dass in ihm alle Staatsgewalt rechtlich gebunden ist. Hoheitliches Handeln erfolgt auf der Grundlage des Gesetzes und wird durch dieses begrenzt und gewährleistet.⁴² Rechtsstaatlichkeit ist dabei kein einzelner Grundsatz, vielmehr umfasst die Rechtsstaatlichkeit eine Reihe von Geboten, anhand derer sich ihr Inhalt näher bestimmen lässt.

Zu den wesentlichen Elementen einer rechtsstaatlichen Ordnung zählt der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Dieser bestimmt das Verhältnis von Gesetzgebung und vollziehender Gewalt und umfasst die Grundsätze des „Vorrang des Gesetzes“ und den „Vorbehalt des Gesetzes“.⁴³ Der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes besagt, dass die Verwaltung in ihrem Handeln an das Gesetz gebunden ist und von bestehenden Gesetzen nicht abweichen darf.⁴⁴ In wie fern die Verwaltung auch in solchen Fällen zu handeln vermag, in denen keine hinreichende gesetzliche Ausgestaltung der normativen Situation vorliegt, bestimmt sich nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Es liegt dabei auf der Hand, dass der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes unterlaufen werden kann, wenn der Gesetzgeber untätig bleibt und der Verwaltung mangels gesetzlicher Vorgaben weitgehende Handlungsfreiheit eingeräumt wäre. Deshalb gilt, dass staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen nur rechtmäßig sein kann, wenn es durch ein entsprechendes Gesetz legitimiert wird.⁴⁵ Der Vorbehalt des Gesetzes besagt dementsprechend, dass die Regelung bestimmter Sachverhalte einem Gesetz vorbehalten ist und dass die Verwaltung ohne ein entsprechendes Gesetz nicht eigenmächtig handeln darf.⁴⁶ Dieser Grundsatz dient der Absicherung des Vorrangs des

⁴² Andreas Voßkuhle / Ann-Katrin Kaufhold, „Grundwissen – Öffentliches Recht: Das Rechtsstaatsprinzip“, *JuS* 2010, S. 116.

⁴³ Ebd., S. 117.

⁴⁴ Ebd.

⁴⁵ So etwa BVerfGE 40, 237 [248f.]

⁴⁶ Christoph Gröpl, *Staatsrecht I* (2018), S. 118.

demokratischen Gesetzgebers und damit der sachlichen Legitimation staatlicher Entscheidungen.

Neben der Verwaltung ist auch die Rechtsprechung an die Gesetze gebunden, deren Kontrollorgan sie ist. Jegliche richterliche Rechtsfortbildung darf nicht zur Aufhebung der Gesetzesbindung führen und ist daher nur in engen Grenzen zulässig.⁴⁷

Als weiteres Element der Rechtsstaatlichkeit ist die staatliche Pflicht zur Justizgewährung anzusehen, dem das Recht jedes Einzelnen auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz entspricht. Die staatliche Pflicht zur Justizgewährung ist Kehrseite des staatlichen Gewaltmonopols, dass den Bürger anhält auf Selbsthilfe zu verzichten.⁴⁸

Als weitere Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit gelten der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie die Gebote der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes.⁴⁹

Dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit entspricht im angelsächsischen Bereich weitgehend die sog. „Rule of Law“. Dabei handelt es sich um eine Reihe von Geboten, die im Wesentlichen die Gesetzgebung und ihren Vollzug betreffen, sowie die angemessene Anwendung der Gesetze durch eine unabhängige Justiz. Zu ihren Prinzipien zählen beispielsweise der Grundsatz *nulla poena sine lege* oder solche, dass Gesetze öffentlich bekannt gemacht werden müssen, klar und verständlich zu sein haben, relativ stabil über die Zeit zu bleiben haben, prospektiv ausgerichtet sein müssen und dergleichen.⁵⁰

⁴⁷ Voßkuhle/ Kaufhold, „Grundwissen – Öffentliches Recht: Das Rechtsstaatsprinzip,“ *JuS* 2010, S. 118.

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ Siehe dazu ebd.

⁵⁰ Zu den Einzelheiten siehe Joseph Raz, „The Politics of the Rule of Law,“ in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2001), S. 373, sowie Joseph Raz, „The Rule of Law and its Virtue,“ in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 210ff.

2.3.4 Demokratische Verfassungs- und Gesetzgebung

Der Verfassungsstaat ist demokratischer Staat. Die Staatsgewalt geht vom Volke aus. Dabei ist zunächst die Macht des Volkes, sich eine Verfassung zu geben, d.h. eine neue politische Ordnung zu etablieren, zu unterscheiden von der gewöhnlichen Macht, die im Rahmen dieser Verfassung ausgeübt wird.⁵¹ Bereits der fundamentale Akt der Verfassungsgebung als Inbegriff kollektiver Selbstbestimmung einer Gesellschaft von Freien und Gleichen ist demokratischer Natur.⁵² Im Rahmen der Verfassungsordnung liegen der Ausübung der gewöhnlichen politischen Macht (Gesetzgebung) demokratische Entscheidungsverfahren zugrunde. Das höherrangige Recht der Verfassung leitet und bindet die gewöhnliche politische Macht.⁵³ Innerhalb des Institutionengefüges der Verfassung kommt der demokratischen Gesetzgebung eine Vorrangstellung zu.⁵⁴ Diese wird gesichert durch den Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes. Sämtliche staatlichen Organe sind auf diese Weise an die (verfassungsmäßige) demokratische Gesetzgebung gebunden (Rechtsstaatlichkeit).⁵⁵ Aus dem gesagten ergibt sich, dass mit dem Begriff der Demokratie nicht die Gesamtheit der Institutionen des demokratischen Verfassungsstaats umschrieben ist.⁵⁶ Demokratische Entscheidungen sind in ihrer Reichweite und ihrem Inhalt durch andere Verfassungsprinzipien oder Einrichtungen begrenzt (Rechtsstaatsprinzip, Grundrechte).⁵⁷ Als demokratische Ordnung (Demokratie) ist dabei zunächst eine Ordnung zu verstehen, in der legislative Entscheidungsverfahren demokratisch ausgestaltet sind (demokratische Gesetzgebung). Inwieweit darüber hinaus gesellschaftliche „Demokratisierung“ im Sinne von Entscheidungsteilhabe in bestimmten gesellschaftlichen Teilbereichen (wie etwa in Betrieben, Schulen,

⁵¹ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S.231.

⁵² Horst Dreier, „Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes,“ *JURA* 1997, S. 250.

⁵³ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S.231.

⁵⁴ Andreas Voßkuhle / Anna-Bettina Kaiser, „Grundwissen - Öffentliches Recht: Demokratische Legitimation,“ *JuS* 2009, S. 804.

⁵⁵ Ebd.; Horst Dreier, „Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes,“ *Jura* 1997, S.256.

⁵⁶ Horst Dreier, „Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes,“ *Jura* 1997, S. 249.

⁵⁷ Ebd.

Universitäten oder im Verwaltungsvollzug etc.) wünschenswert oder möglich ist, ist eine andere Frage.⁵⁸ Diese Frage beantwortet sich ihrerseits vor allem im Rahmen der demokratischen Gesetzgebung (unter Berücksichtigung bestehender Grundrechtspositionen). Es handelt sich dabei also um politische Fragen.

2.3.5 Grundrechte

Ein weiteres Merkmal des demokratischen Verfassungsstaates besteht darin, dass die Verfassung einen Grundrechtskatalog vorsieht, der bestimmte wesentliche Verfassungsinhalte festlegt.⁵⁹ Dazu zählen für gewöhnlich die gleichen politischen Grundrechte und Freiheiten der Bürger, insbesondere die Rede- und Vereinigungsfreiheit aber auch solche Grundrechte, die die Sicherheit und Unabhängigkeit der Bürger garantieren, wie beispielsweise die Freizügigkeit oder freie Berufswahl.⁶⁰ Auch ist das Bestehen solcher Rechtspositionen unerlässliche Voraussetzung für die politische Willensbildung innerhalb einer demokratischen Verfassungsordnung.⁶¹ Die Grundrechte binden alle drei Staatsgewalten als verbindliches Recht. Daraus folgt, dass das Prinzip der Parlamentsouveränität zurückgewiesen wird⁶², da sich die Grundrechte als Schranken der demokratischen Mehrheitsentscheidungen darstellen.⁶³ Sie wirken folglich als Grenze legitimer demokratischer Gesetzgebung.⁶⁴

⁵⁸ Ebd.

⁵⁹ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 232. Darüber hinaus finden sich in modernen Verfassungen häufig auch sog. Staatszielbestimmungen, die Teil des materiellen Verfassungsrechtes sind, siehe dazu etwa Rainer Wahl, „Elemente der Verfassungsstaatlichkeit“, *JuS* 2001, S. 1045.

⁶⁰ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 232.

⁶¹ Ebd.

⁶² Ebd., S. 233; Rainer Wahl, „Elemente der Verfassungsstaatlichkeit“, *JuS* 2001, S. 1043.

⁶³ Rainer Wahl, „Elemente der Verfassungsstaatlichkeit“, *JuS* 2001, 1043.

⁶⁴ Ebd.

2.3.6 Verfassungsgerichtsbarkeit

Schließlich gehört die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit zu den Wesensmerkmalen des demokratischen Verfassungsstaates. Der demokratische Verfassungsstaat ist nach Maßgabe des Gesagten dualistischer Natur. In ihm wird die konstitutive Macht von der gewöhnlichen Macht unterschieden. Entsprechendes gilt für das höhere Recht (Verfassungsrecht) und für die einfache Gesetzgebung.⁶⁵ Die Verfassungsgerichtsbarkeit passt sich als institutionelle Einrichtung zum Schutze des höherrangigen Rechts in die dualistische Natur des demokratischen Verfassungsstaates ein.⁶⁶ Die Frage nach einer demokratischen Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit innerhalb der Verfassungsordnung stellt sich dementsprechend nicht. Die Rechtfertigung dieser Einrichtung ist nicht demokratischer Natur.⁶⁷ Zwar liegt der Schwerpunkt der staatlichen Willensbildung auch im demokratischen Verfassungsstaat bei dem vom Volke unmittelbar gewählten Parlament und seiner Gesetzgebung.⁶⁸ Allerdings wurde bereits gesagt, dass die Reichweite und Grenzen dieser Gesetzgebung sich nach der Verfassung bestimmen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit findet ihre eigentliche Legitimation also in der Idee vom Vorrang der Verfassung als höherrangigem Recht⁶⁹, dessen Beachtung durch die drei Staatsgewalten im Rahmen dafür vorgesehener Verfahren der Überprüfung unterliegen muss. Zu diesem Zweck wird die Verfassungsgerichtsbarkeit eingerichtet.

Auf die Idee, dass die Verfassung als freistehende Konzeption der Gerechtigkeit zu begreifen ist, die keinen Rekurs auf moralphilosophische Positionen vorsieht, das Recht des demokratischen Verfassungsstaates also gewissermaßen autonom ist, soll nun im

⁶⁵ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 233.

⁶⁶ Ebd.

⁶⁷ D.h. auch, dass die Legitimität ihrer Entscheidungen nicht aus der Beachtung demokratischen Verfahren folgt (die hier nicht maßgeblich sind), sondern aus der vernünftigen Anwendung geltenden Verfassungsrechtes. Dass Entscheidungen des Gerichts auch „politischen“ Charakter annehmen können, ändert daran nichts.

⁶⁸ Helmut Simon, „Verfassungsgerichtsbarkeit,“ in: Ernst Benda (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts* Bd. II, § 34 Verfassungsgerichtsbarkeit (2. Aufl. Berlin: De Gruyter), S. 1661.

⁶⁹ Ebd.

Folgenden eingegangen werden, wenn es darum geht, die moralphilosophischen Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates näher zu beleuchten.

3. Die politische Philosophie des demokratischen Verfassungsstaates: John Rawls' Politischer Liberalismus

Gegenstand des zweiten Kapitels ist John Rawls' Politischer Liberalismus. Dieser wird als überzeugende Ausformulierung der politischen Philosophie des demokratischen Verfassungsstaates begriffen. Rawls' politische Philosophie wird herangezogen, um zu zeigen, dass im demokratischen Verfassungsstaat Standpunkte der Moral (comprehensive doctrines) und des Verfassungsrechts (politische Konzeption der Gerechtigkeit und public reason) unterschieden werden. Damit wird auf höchster Rechtsebene der Bereich der Moral von dem des Rechts abgegrenzt. Das höchste Recht des demokratischen Verfassungsstaates wird gewissermaßen als autonom verstanden. Damit zeigt sich auf dem Feld des Verfassungsrechts bereits eine Lesart der Trennung von Recht und Moral die im weiteren Verlauf der Arbeit auch im Bereich des einfachen Rechts nachverfolgt werden soll. Dabei geht es hier zunächst darum zu bestimmen, wie diese Trennung auf der Ebene des Verfassungsrechts vernünftigerweise zu begreifen ist. Es geht darum zu zeigen, dass die Trennung von Recht und Moral der politischen Philosophie des demokratischen Verfassungsstaates bereits immanent ist. Um dies zu verdeutlichen, soll im Folgenden John Rawls' Politischer Liberalismus in seinen Grundzügen dargestellt werden.¹

3.1 Rawls' Ausgangsfrage

Political Liberalism wurde von vielen als Rawls' Erwiderung auf die von kommunitaristischer Seite vorgetragene Kritik an *A Theory of Justice* verstanden.²

¹ Die Darstellung von Rawls' Politischen Liberalismus basiert auf Auszügen meiner 2006 an der LMU eingereichten Magisterarbeit.

² Jean Hampton, "Should Philosophy Be Done without Metaphysics?," *Ethics* 99. Band (1989), S. 791; Phillip Pettit/Chandran Kukathas, *Rawls* (Stanford: Stanford University Press 1990), S. 133; Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy* (Oxford: Oxford University Press 2002),

Tatsächlich aber handelt es sich bei den späteren Schriften von John Rawls beginnend mit *Justice as Fairness: Political not Metaphysical* (1985) um Texte, in denen eine grundlegend andere Fragestellung zum Ausdruck kommt. In *A Theory of Justice* ging es Rawls um Gerechtigkeit: Die Frage lautete „What is the most appropriate moral conception of justice for a democratic society“.³

In den späteren Schriften hingegen adressiert Rawls ein Problem, das er in *A Theory of Justice* seiner Ansicht nach nicht hinreichend berücksichtigt hatte⁴ und das Fragen der Legitimität staatlicher Zwangsausübung unter Bedingungen gesellschaftlicher Pluralität zum Gegenstand hat.⁵ Wie ist Legitimität in pluralen Demokratien überhaupt denkbar:

“Throughout I have been concerned with a torturing question in the contemporary world, namely: Can democracy and comprehensive doctrines, religious or non religious, be compatible? And if so how?“⁶

Und im Hinblick auf diese Frage heißt es weiter:

“This last question brings out anew the significance of the idea of legitimacy and public reasons’s role in determing legitimate law.“⁷

Die zentralen Fragen in *Political Liberalism* lauten also: Welchen Anforderungen haben legitimes Recht und dessen Anwendung im demokratischen Verfassungsstaat zu genügen und unter welchen Bedingungen kann von einem Einzelnen oder einer Personengruppe erwartet werden, dass sie politische Entscheidungen auch dann für

S. 228; Stephen Mullhal /Adam Swift, *Liberals and Communitarians* (Oxford: Blackwell 1992), S. 165ff.

³ John Rawls, *A Theory of Justice*, revised edition, (Oxford: Oxford University Press 1999), S. xiii.

⁴ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. xvii-xx.

⁵ So auch Burten Dreben, “On Rawls and Political Liberalism”, in: Samuel Freeman (Hrsg.): *The Cambridge Companion to Rawls* (Cambridge: Cambridge University Press 2003), S. 317; Allen Buchanan, “Justice, Legitimacy, and Human Rights”, in: Viktoria Davion /Clark Wolf (Hrsg.), *The Idea of Political Liberalism. Essays on Rawls* (Lanham: MD: Rowman and Littlefield 2000), S. 73; David Estlund, “The Survival of Egalitarian Justice in John Rawls’s Political Liberalism,” *Journal of Political Philosophy* 4. Band (1998), S. 68.

⁶ John Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited,” in: Samuel Freeman (Hrsg.): *Collected Papers* (Cambridge: Cambridge University Press 2001), S. 611.

⁷ Ebd., S. 589.

verbindlich erachten, wenn diese in wesentlicher Weise von der eigenen Konzeption des Guten abweichen oder dessen Realisierung für die Zukunft sogar erschweren. Ist darüber hinaus die Stabilität einer politischen Ordnung unter Bedingungen der Pluralität aus Gründen, die über einen *modus vivendi* hinausgehen, überhaupt möglich?

Der Grund, warum diese Fragen von so großer Bedeutung sind, liegt auf der Hand: Demokratische Entscheidungen müssen auch gegenüber denjenigen zu rechtfertigen sein, die in der Sache unterliegen. Ansonsten kann die Durchsetzung von getroffenen politischen Entscheidungen nur als Akt der Repression beschrieben werden.

Rawls untersucht die politische Autorität des demokratischen Verfassungsstaates deshalb im Hinblick auf zwei Aspekte: Legitimität und Stabilität. Dazu geht Rawls davon aus, dass Stabilität die Anerkennung der politischen Ordnung durch die deutlich überwiegende Mehrheit derjenigen voraussetzt, für die sie gilt.⁸ Dass die Stabilität einer politischen Ordnung von ihrer Legitimität abhängt, also von den normativen Erwartungen, die ihr entgegengebracht werden, ist nichts Neues. Wenn Rawls von Stabilität spricht, meint er allerdings Stabilität aus den richtigen Gründen. Diese Form der Stabilität ist die Folge der normativen Anerkennung der politischen Ordnung und der in ihr enthaltenen Werte und Ideen.⁹ Aus diesem Grund werden Fragen der Stabilität von Rawls stets in Verknüpfung mit Fragen der politischen Rechtfertigung behandelt.

Entscheidend für die späteren Schriften von Rawls ist der Gedanke, dass eine politische Ordnung nicht schon deshalb legitim ist, weil sie nach einer gegebenenfalls überzeugenden moralphilosophischen Position als gerecht beschrieben werden kann. Dieser Gedanke leuchtet deshalb ein, weil in der Praxis nicht zu erwarten ist, dass unter Bedingungen der Pluralität ein jeder diese philosophische Position teilt. Unter Bedingungen der Pluralität kann so gesehen jedenfalls solange das Legitime nicht das Gerechte sein, wie unüberbrückbare Meinungsverschiedenheiten darüber herrschen, was das Gerechte ist. Gerechtigkeit und Legitimität können daher nur von einem

⁸ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S.38.

⁹ John Rawls, "The Idea of Public Reason Revisited," in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 589.

neutralen Ausgangspunkt bestimmt werden, den alle gemeinsam einnehmen können. Nur unter Bedingungen einer solchen Gerechtigkeitskonzeption ergibt es Sinn, das Gerechte für das Legitime zu erachten.

Damit stellt sich für Rawls folgende Ausgangsfrage:

“By what ideals and principles, then, are citizens who share ultimate political power to exercise that power so that each can reasonably justify his or her political decisions to everyone?”¹⁰

Seine grundsätzliche Antwort lautet:

“Our exercise of political power is fully proper only when it is exercised in accordance with a constitution the essentials of which all citizens as free and equal may reasonably be expected to endorse in the light of principles and ideals acceptable to their common human reason.”¹¹

Rawls schlägt deshalb vor:

“Citizens realize that they cannot reach agreement or even approach mutual understanding on the basis of their irreconcilable comprehensive doctrines. In view of this, they need to consider what kind of reasons they may reasonably give one another when fundamental political questions are at stake. I propose that in public reason comprehensive doctrines of truth or right be replaced by an idea of the politically reasonable addressed to citizens as citizens.”¹²

Diesem Vorschlag soll nun nachgegangen werden. Dies geschieht, indem zunächst die drei zentralen Ideen des Rawlsschen Vorschlags in Augenschein genommen werden:

¹⁰ Ebd., S. 577-8.

¹¹ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 137.

¹² John Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited,” in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 574.

- (1) Die Idee einer freistehenden politischen Konzeption der Gerechtigkeit (politische Verfassung) in Abgrenzung zu umfassenden religiösen, philosophischen oder moralischen Lehren (comprehensive doctrines);
- (2) Die Idee des überlappenden Konsenses und seiner Funktion; und
- (3) Die Idee des öffentlichen Vernunftgebrauchs.

3.2 Vorüberlegungen: ein vernünftiger Pluralismus

Ausgangspunkt der Rawlsschen Überlegung ist die Tatsache des vernünftigen Pluralismus und die Einsicht, dass das Ziel der politischen Philosophie von der Gesellschaft abhängig ist, für die sie gedacht ist.¹³ Diese politische Philosophie hat den demokratischen Verfassungsstaat zum Gegenstand. Wer diesen nicht anerkennt, das heißt, wer ein Projekt verfolgt, das auch politisch zur Zielsetzung hat, die „ganze Wahrheit“ zu realisieren, wird sich von der Idee des politischen Liberalismus nicht angesprochen fühlen.¹⁴ Darüber ist sich Rawls im Klaren. Es wird also nicht der Versuch unternommen, den demokratischen Verfassungsstaat auch gegenüber denjenigen zu rechtfertigen, die ihn ablehnen. Dazu bemerkt Rawls:

“Those who reject constitutional democracy with its criterion of reciprocity will of course reject the very idea of public reason. For them the political relation may be this of friend or foe, to those of a particular religious or secular community or those who are not; or it may be a relentless struggle to win the world for the whole truth. Political Liberalism does not engage those who think this way. The zeal to embody the whole truth in politics is

¹³ John Rawls, “The Idea of an Overlapping Consensus”, in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 421.

¹⁴ John Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited,” in: ebd. S. 574.

incompatible with an idea of public reason that belongs with democratic citizenship.”¹⁵

Es also geht darum, eine politische Gerechtigkeitskonzeption für eine demokratisch verfasste, plurale Gesellschaft zu entwerfen. Pluralität ist dabei typischerweise Folgeerscheinung der demokratischen Kultur des demokratischen Verfassungsstaates. Pluralität ist weder als historische Kontingenz zu bewerten noch gilt es diese Pluralität zu bedauern.¹⁶ Die Pluralität sich (teilweise) widersprechender religiöser, philosophischer und moralischer Weltanschauungen ist das regelmäßige und permanente Merkmal demokratischer Kultur und freier Institutionen.¹⁷

Der Pluralismus, der sich im Rahmen verfassungsstaatlicher Institutionen ausprägt, ist ein qualifizierter Pluralismus. Rawls bezeichnet dies als vernünftigen Pluralismus. Das heißt, dass die unterschiedlichen Positionen, die zu diesem Pluralismus führen, der Idee des demokratischen Verfassungsstaates nicht feindlich gegenüberstehen. Ein vernünftiger Pluralismus beinhaltet den Gedanken der Reziprozität.

Wenn Rawls von einem vernünftigen Pluralismus spricht, so meint er folgendes:

“[I]t means that all of these doctrines, both religious and nonreligious, support a political conception of justice underwriting a constitutional democratic society whose principles, ideals, and standards satisfy the criterion of reciprocity. Thus, all reasonable doctrines affirm such a society with its corresponding political institutions: equal basic rights and liberties for all citizens, including liberty of conscience and the freedom of religion. On the other Hand, comprehensive doctrines that cannot support such a democratic society are not reasonable. Their principles and ideals do not

¹⁵ Ebd.

¹⁶ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 36.

¹⁷ John Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited,” in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 573.

satisfy the criterion of reciprocity, and in various ways they fail to establish the equal basic liberties.”¹⁸

Die Tatsache des vernünftigen Pluralismus und die Notwendigkeit der Rechtfertigung politischer Autorität haben Rawls zu dem Schluss bewogen, dass die Rechtfertigung politischer Autorität jedenfalls nicht auf der Grundlage von religiösen, philosophischen oder moralischen Positionen vorgenommen werden kann, die nicht von allen geteilt werden. Aus diesem Grund unterscheidet Rawls nunmehr zwischen politischen Konzeptionen und umfassenden Lehren.

Unter Bedingungen der gesellschaftlichen Pluralität kann nicht erwartet werden, dass eine Einigung auf eine umfassende religiöse, philosophische oder moralische Weltanschauung erzielt werden kann, nach deren Maßgabe wesentliche politische Streitfragen entschieden werden können.

“[Many] of our most important moral and political judgements are rendered under conditions such that it is unlikely that conscientious and fully reasonable persons, even after full and free discussion, can exercise their powers of reason so that all arrive at the same conclusion.”¹⁹

Bei der Bestimmung dessen, was als umfassende Lehre zu bewerten ist, spielt die Unterscheidung, ob es sich um religiöse oder säkulare Positionen handelt keine Rolle. Der Gedanke, dass wohlbegründete säkulare, also philosophische Lehren politisch maßgeblich sein könnten, wird von Rawls ausdrücklich zurückgewiesen. Eine Einigung auf eine einheitliche moralische oder philosophische Lehre ist ebenso unwahrscheinlich, wie vormals eine Einigung hinsichtlich religiöser Lehren möglich war. Der Gedanke der religiösen Toleranz findet nunmehr auch Anwendung auf säkulare Positionen. Daher sind philosophische Grundpositionen mit Bezug auf eine politische Konzeption der Gerechtigkeit genau so zu behandeln wie religiöse: sie scheiden als Grundlage aus. Rawls hebt hervor:

¹⁸ Ebd., S. 608.

¹⁹ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 58.

“[A] central feature of political liberalism is that it views all such arguments the same way it views religious ones, and therefore these secular doctrines do not provide public reasons. Secular concepts and reasoning of this kind belong to first philosophy and moral doctrine and fall outside of the domain of the political.”²⁰

Der Grund warum Rawls darauf insistiert, dass partikular vertretenen umfassende Lehren als Ausgangspunkt für die Ausarbeitung einer politischen Konzeption der Gerechtigkeit nicht geeignet sind, hat unmittelbar mit Fragen der Legitimität und der Zwangsausübung unter freien und gleichen Bürgen zu tun.

“[A] continuing shared understanding on one comprehensive religious, philosophical, or moral doctrine can be maintained only by the oppressive use of state power. [...] If we think of political society as a community united in affirming one and the same comprehensive doctrine, the oppressive use of state power is necessary for a political community.”²¹

Vor dem Hintergrund dieser Problematik zieht Rawls nun den Schluss, dass sich eine plurale Gesellschaft bei der Auflösung von wesentlichen politischen Streitfragen von einer politischen Konzeption der Gerechtigkeit leiten lassen muss, die nicht Rekurs nimmt auf umstrittene philosophische, moralische oder religiöse Annahmen. Eine solche Konzeption bezeichnet Rawls als „freistehend“. Sie muss sich neutral zu allen moralischen, erkenntnistheoretischen oder metaphysischen Positionen verhalten und aus sich Gründe bereithalten, die politische Entscheidungen gegenüber jedem rechtfertigen können. Mit anderen Worten: sie muss einen gemeinsamen Standpunkt ermöglichen, ohne dazu zu zwingen, eine umfassende Lehre zu akzeptieren.

²⁰ John Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited,” in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 588.

²¹ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 37.

3.3 Eine politische Konzeption der Gerechtigkeit

Eine freistehende politische Konzeption der Gerechtigkeit ist zu entwickeln aus dem normativen Gehalt der tatsächlichen Praxis eines demokratischen Gemeinwesens.

“[T]he political culture of a democratic society that worked well over a considerable period of time normally contains, at least implicitly, certain fundamental intuitive ideas from which it is possible to work up a political conception of justice suitable for a constitutional regime.”²²

Laut Rawls zeichnet sich eine liberale Konzeption der Gerechtigkeit durch drei Merkmale aus:

- (1) Eine politische Konzeption der Gerechtigkeit hat anders als umfassende religiöse, philosophische oder moralische Lehren, die sich theoretisch auf alle wesentlichen Fragen der Lebensführung beziehen (aspire to cover all of life)²³ einen begrenzten Anwendungsbereich. Dieser Anwendungsbereich bezieht sich lediglich auf die Grundstruktur des demokratischen Verfassungsstaats und umfasst die wesentlichen politischen, sozialen und wirtschaftlichen Institutionen und ihr Zusammenspiel in einem einheitlichen fairen System sozialer Kooperation
- (2) Eine politische Konzeption der Gerechtigkeit zu akzeptieren, setzt nicht voraus, damit zugleich eine spezifische umfassende Lehre zu akzeptieren. Ist dies erforderlich, zeigt dies lediglich, dass die politische Konzeption tatsächlich nicht freistehend ist.
- (3) Eine politische Konzeption der Gerechtigkeit ist auszuarbeiten durch Ausformulierung derjenigen Ideen, die implizit in der öffentlichen politischen

²² Ebd., S. 38

²³ Commonweal Interview with John Rawls, abgedruckt in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 616.

Kultur des demokratischen Verfassungsstaates enthalten sind. Zu diesen Ideen zählen insbesondere ein Verständnis vom Staatsbürger als freie und gleiche Personen (political conception of the person) sowie ein Verständnis von Gesellschaft als einem fairen System sozialer Kooperation.²⁴

Die Konzeption beinhaltet also drei wesentlich liberale Gedanken: (1) Limitierung hinsichtlich des Anwendungsbereichs. (2) Neutralität gegenüber Konzeptionen des Guten und (3) Reziprozität. Zu letzterem heißt es:

“The limiting feature of these forms [conceptions] is the criterion of reciprocity as applied between free and equal citizens, themselves seen as reasonable and rational.”²⁵

Der Grundsatz der Reziprozität besagt dabei folgendes:

“The criterion of reciprocity requires that when those terms [of fair social cooperation] are proposed as the most reasonable terms of fair cooperation, those proposing them must also think it at least reasonable for others to accept them, as free and equal citizens, and not as dominated or manipulated, or under the pressure of an inferior political or social position.”²⁶

Libérale Konzeptionen beinhalten also stets den Gedanken staatsbürgerlicher Autonomie (nicht zu verwechseln mit dem Gedanken der individuellen Autonomie, der Ausfluss einer umfassenden philosophischen Position ist)²⁷. Staatsbürgerliche Autonomie erfordert dabei folgendes:

“First, a list of certain basic rights, liberties, and opportunities (such as those familiar from constitutional regimes);

²⁴ John Rawls, “The Domain of the Political and Overlapping Consensus,” in: Samuel Freeman: *Collected Papers* (2001), S. 480.

²⁵ John Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited,” in: ebd., S. 581.

²⁶ Ebd., S. 578.

²⁷ Ebd., S. 586.

Second, an assignment of special priority to those rights, liberties, and opportunities, especially with respect to the claims of the general good and perfectionist values; and

Third, measures ensuring for all citizens adequate all-purpose means to make effective use of their freedom.”²⁸

Als weiteres wesentliches Merkmal einer politischen Konzeption bezeichnet Rawls die Vollständigkeit der Konzeption.²⁹ Die Konzeption muss auf alle wesentlichen Streitfragen hinsichtlich der Verfassung und der politischen Gerechtigkeit Entscheidungsvorgaben enthalten. Sie muss Prinzipien und Richtlinien beinhalten, nach denen die in ihr enthaltenen politischen Werte geordnet und zu einem in sich widerspruchsfreien System zusammengefügt werden können. Diese Bedingung ist erforderlich, um sicherzustellen, dass die Gewichtung der in ihr enthaltenen politischen Werte nicht nach Maßgabe unterschiedlicher Weltanschauungen manipulativ vorgenommen wird.

“Political values are not to be ordered by viewing them separately and detaches from one another or from any definite context. They are not puppets manipulated from behind the scenes by comprehensive doctrine.”³⁰

In einer Gesellschaft, die nach Maßgabe einer so verstandenen politischen Gerechtigkeitskonzeption geordnet ist, können staatliche Entscheidungen auch unter Bedingungen der Pluralität als legitim erachtet werden, da sie auf der Grundlage eines gemeinsamen öffentlichen Standpunktes (politische Gerechtigkeitskonzeption) getroffen werden und gerechtfertigt werden können. Autoritative Entscheidungen beanspruchen unter diesen Umständen moralische Verbindlichkeit.³¹ Ihre Beachtung kann dann (falls erforderlich) in legitimer Weise im Wege des Zwangs durchgesetzt werden.

²⁸ Ebd., S. 582.

²⁹ Ebd., S. 585.

³⁰ Ebd.

³¹ Ebd., S. 606.

Rawls ist sich bewusst, dass eine vollständige Übereinstimmung aller bei der nähen Konkretisierung ihrer Merkmale oder bei der Gewichtung der einzelnen Aspekte einer politischen Gerechtigkeitskonzeption nicht zu erwarten ist. Deshalb weist er daraufhin, dass bspw. „Justice as fairness“ nur als eine mögliche von anderen denkbaren liberalen politischen Gerechtigkeitskonzeptionen anzusehen sind, die sich aus der öffentlichen politischen Kultur eines demokratischen Verfassungsstaat ableiten lassen.³² Politische Konzeptionen zeichnen sich hingegen nicht danach aus, richtig (wahr) oder falsch zu sein.³³ Eine solche Bewertung vorzunehmen, würde die Einnahme eines umfassenden religiösen, philosophischen oder moralischen Standpunktes voraussetzen. Es lässt sich aber sagen, dass bestimmte Konzeptionen nicht aus der Idee eines demokratischen Verfassungsstaates abgeleitet werden können – dies gilt insbesondere dann, wenn sie den Grundsatz der Reziprozität verletzen.³⁴ Darunter fällt wohl der Libertarismus, weil vernünftigerweise nicht erwartet werden darf, dass dieser als Konzeption von allen vernünftigerweise angenommen werden kann.³⁵ Und gleiches ist wohl auch von solchen Spielarten des Kommunitarismus zu sagen, die es zur Zielsetzung haben, das politische Gemeinwesen nach Maßgabe lediglich einer gesellschaftlichen Tradition und deren Idealen zu gestalten.³⁶ Es versteht sich darüber hinaus von selbst, dass sämtliche Spielarten des politischen Extremismus zur Idee des demokratischen Verfassungsstaates in Widerspruch stehen. Aus diesem Grund werden sie auch als Extremismus begriffen.

³² Ebd., S. 582.

³³ Ebd., S. 607.

³⁴ Ebd., S. 581.

³⁵ Samuel Freeman, „Introduction,“ in: Samuel Freeman, *The Cambridge Companion to Rawls* (2003), S. 42.

³⁶ John Rawls, *Political Liberalism* (1993), S. 146.

3.4 Die Idee des überlappenden Konsenses

Rawls nächster Argumentationsschritt besteht darin aufzuzeigen, wie unter den für einen demokratischen Verfassungsstaat typischen Bedingungen der gesellschaftlichen Pluralität eine politisch verstandene Gerechtigkeitskonzeption normative Geltung erlangen kann. Dazu gilt es aufzuzeigen, warum sich Einzelne oder Personengruppen mit ihren je eigenen umfassenderen Weltanschauungen einer so verstandenen politischen Gerechtigkeitskonzeption gegenüber loyal verhalten sollten. Wieso soll eine politische Gerechtigkeitskonzeption von ihren Adressaten als verbindlich erachtet werden, wenn sie nicht darauf angelegt ist, ihre je eigenen umfassenden Lehren abzubilden?

In diesem Zusammenhang verweist Rawls auf die Idee eines überlappenden Konsenses. Diese Idee dient nicht der Begründung der politischen Gerechtigkeitskonzeption. Die Idee des überlappenden Konsenses besagt nicht, dass eine politische Gerechtigkeitskonzeption für eine plurale demokratische Gesellschaft auf der Grundlage derjenigen politischen Werte zu entwickeln ist, die in allen partikular vertretenen umfassenden Lehren enthalten sind. Eine solche politische Gerechtigkeitskonzeption wäre im erforderlichen Sinne nicht freistehend. Die Konzeption selbst ist aus der Idee des demokratischen Verfassungsstaates zu entwickeln. Die Idee des überlappenden Konsenses beschreibt also keine Methode, wie man aus der „Schnittmenge“ unterschiedlich teilweise divergierender Weltanschauungen eine „freistehende“ politische Theorie der Gerechtigkeit ausformulieren kann. Die Idee des überlappenden Konsenses dient nicht der Herleitung der Konzeption. Die Ausarbeitung der Konzeption ist an dieser Stelle bereits im Wesentlichen abgeschlossen:

“Justice as fairness is best presented in two stages. In the first case it is worked out as a free-standing political (but of course moral) conception for the basic structure of society. Only when this is done and its content – its principles of justice and ideals – is provisionally at hand do we take up, in the second stage, the problem of stability and introduce the idea of an

overlapping consensus: a consensus, in which a diversity of conflicting comprehensive doctrines endorse the same political conception [...].”³⁷

Mit der Idee des überlappenden Konsenses soll demnach lediglich aufgezeigt werden, wann unter Bedingungen gesellschaftlicher Pluralität angenommen werden darf, dass der politischen Konzeption Vorrang gegenüber individuell vertretenen umfassenden Lehren oder Konzeptionen des Guten eingeräumt werden wird. Dass ein solcher Konsens über die moralische Verbindlichkeit der politischen Konzeption tatsächlich erreicht werden kann, veranschaulicht Rawls, indem er aufzeigt, dass unterschiedliche Weltanschauungen Gründe bereithalten, eine politische Konzeption der Gerechtigkeit anzuerkennen. Dazu heißt es bei Rawls:

“When political liberalism speaks of a reasonable overlapping consensus of comprehensive doctrines, it means that all of these doctrines, both religious and nonreligious, support a political conception of justice underwriting a constitutional democratic society whose principles, ideals and standards satisfy the criterion of reciprocity. Thus, all reasonable doctrines affirm such a society with its corresponding political institutions: equal basic rights and liberties for all citizens, including liberty of conscience and the freedom of religion.”³⁸

Liberales, die sich in der Tradition von Mill oder Kant sehen, würden eine liberale politische Konzeption der Gerechtigkeit aus dem Grunde anerkennen, weil sie in einer nach Maßgabe dieser Konzeption strukturierten politischen Ordnung einen Rahmen verwirklicht sehen, der der Möglichkeit einer autonomen Lebensführung ausreichend Raum gibt. Utilitaristen hingegen könnten der Ansicht sein, dass ein dergestalt „wohlgeordneter“ demokratischer Verfassungsstaat indirekt den durchschnittlichen Gesamtnutzen maximiert. Weiterhin könnte beispielsweise aus christlich-religiöser Sicht, eine politische Konzeption der Gerechtigkeit Unterstützung finden, weil sich die

³⁷John Rawls, “The Domain of the Political,” in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 486.

³⁸John Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited,” in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 608.

formulierten Grundsätze auch aus dem Naturrecht ergeben könnten. Und schließlich werden diejenigen, die plurale oder „multikulturelle“ Ansätze vertreten, mit einer freistehenden politischen Gerechtigkeitskonzeption übereinstimmen, weil sie eventuell damit ihre Zwecke am besten realisiert sehen.

Dass die Idee des überlappenden Konsenses aufgeht, hat natürlich auch mit der Modellierung der Ausgangslage zu tun. Die unterschiedlichen gesellschaftlichen Teilgruppen mit ihren je verschiedenen umfassenden Lehren können einen überlappenden Konsens herstellen, weil sie im Rahmen eines vernünftigen Pluralismus vereint sind. Dass aber die Idee des demokratischen Verfassungsstaates einen vernünftigen Pluralismus voraussetzt, kann wohl nicht bestritten werden. Denn stabil sein kann eine solche Gesellschaft nur dann, wenn die Voraussetzungen des vernünftigen Pluralismus auch tatsächlich vorliegen. Das ist am Ende natürlich eine empirische Frage.

Rawls eigentliches Argument besteht aber wohl darin aufzuzeigen, dass es möglich erscheint, einen gemeinsamen Standpunkt einzunehmen, ohne dafür zugleich identische Gründe zu haben. Die Gründe dafür, eine politische Ordnung für moralisch verbindlich zu erachten, sind also jeweils verschieden und bestimmen sich nach den jeweiligen vernünftigen umfassenden Lehren. Die Stabilität des demokratischen Verfassungsstaates beruht so gesehen nicht auf einem *modus vivendi*, sondern gründet auf der Einsicht in die moralische Verbindlichkeit der politischen Gerechtigkeitskonzeption. Dies ist die Stabilität aus den richtigen (moralischen) Gründen, die Rawls meint. Ob Rawls damit einem zu optimistischen Gedanken nachhängt, sei dahingestellt. Rawls jedenfalls hegt die nicht unbegründete Hoffnung, dass die funktionierende Praxis eines demokratischen Verfassungsstaates für gewöhnlich einen vernünftigen Pluralismus ausbildet.³⁹ Dies geschieht, indem die einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ihre eigenen umfassenden Lehren mit der Zeit einer Lesart unterziehen, die im Lichte fundamentaler verfassungsstaatlicher Werte erfolgt.⁴⁰ Rawls Optimismus ist daher nicht

³⁹ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 246.

⁴⁰ Ebd.

gänzlich unbegründet. Welche andere Alternative könnte im Übrigen dazu wohl bestehen, als diejenige, die Möglichkeit einer wohlgeordneten Gesellschaft, die aus den richtigen Gründen stabil ist, vollständig abzustreiten?⁴¹

3.5 Die Idee des öffentlichen Vernunftgebrauchs

In einem letzten Schritt zeigt Rawls auf, wie die Rechtfertigung politischer Entscheidungen nach Maßgabe einer liberalen Gerechtigkeitskonzeption auszufallen hat. Dies bezeichnet Rawls als öffentlichen Vernunftgebrauch. Die Idee des öffentlichen Vernunftgebrauchs ist bereits in der Idee des demokratischen Verfassungsstaates eingelassen.⁴²

Der Zweck des öffentlichen Vernunftgebrauchs besteht regelmäßig darin: „Public reason aims for public justification.“⁴³ Die Idee des öffentlich Vernunftgebrauchs beinhaltet vier Elemente, die folgendes bestimmen:

- (1) den Gegenstand: wesentliche politische Streitfragen;
- (2) den Personenkreis: Vertreter der drei Gewalten, sowie Personen, die für solche Ämter kandidieren;
- (3) den maßgeblichen Inhalt des öffentlichen Vernunftgebrauchs, der sich aus den vernünftigen politischen Gerechtigkeitskonzeptionen ergibt. Dies ist sozusagen der Argumentationshaushalt;

⁴¹ Samuel Freeman, „Introduction,“ in: Samuel Freeman, *The Cambridge Companion to Rawls* (2003), S. 59.

⁴² John Rawls, „The Idea of Public Reason Revisited,“ in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 573.

⁴³ Ebd., S. 593.

- (4) die Überprüfung, ob diejenigen Prinzipien, die aus einer politischen Konzeption abgeleitet werden, den Erfordernissen der Reziprozität gerecht werden.⁴⁴

Bereits die Ausformulierung einer freistehenden politischen Konzeption der Gerechtigkeit stellt einen Anwendungsfall der Idee des öffentlichen Vernunftgebrauchs dar. Öffentlicher Vernunftgebrauch im engeren Sinne bedeutet die Anwendung des öffentlichen Vernunftgebrauchs im Rahmen einer bereits vollständig ausgearbeiteten politischen Konzeption der Gerechtigkeit. Die Notwendigkeit des Rückbezugs aller politischen Entscheidungen auf eine politische Konzeption, die sich in einer konkreten Verfassung realisiert, ergibt sich aus dem liberalen Prinzip der Legitimität:

“Our exercise of political power is fully proper only when it is exercised in accordance with a constitution the essentials of which all citizens free and equal may reasonably be expected to endorse in the light of principles and ideals acceptable to their common human reason.”⁴⁵

Aus diesem Prinzip folgt weiterhin die moralische Verpflichtung zur Kulanz unter Bürgern (duty of civility):

“The duty of civility – to be able to one another on those fundamental questions how the principles and policies they advocate and vote for can be supported by the political values of public reason.”⁴⁶

Den Anforderungen des öffentlichen Vernunftgebrauchs wird dann entsprochen, wenn:

“A citizen engages in public reason, then, when he or she deliberates within a framework of what he or she sincerely regards as the most reasonable political conception of justice, a conception that expresses political values

⁴⁴ Ebd., S. 574-5.

⁴⁵ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 137.

⁴⁶ Ebd., S. 217.

that others as free and equal citizens might also be expected reasonably to endorse."⁴⁷

Daraus folgt im Umkehrschluss, dass den Anforderungen des öffentlichen Vernunftgebrauchs nicht entsprochen werden kann, wenn Argumente zur Ausübung staatlichen Zwangs unmittelbar auf umfassende religiöse, philosophische oder moralische Lehren zurückgeführt werden.

Weiterhin ist es unzulässig auf der Grundlage einer nicht vollständig bestimmten politischen Konzeption zu argumentieren. Hier scheidet bereits die Möglichkeit des öffentlichen Vernunftgebrauchs aus, da eine lediglich fragmentarische Konzeption keinen gemeinsamen Standpunkt bereitstellt. In solchen Fällen kann gar nicht anders als unter Bezugnahme auf umfassende Lehren argumentiert werden.⁴⁸

Öffentlicher Vernunftgebrauch liegt also nur dann vor, wenn bei der Angabe von Gründen zur Ausübung staatlicher Gewalt auf eine vollständig ausgearbeitet liberale politische Konzeption rekurriert wird, von der man annimmt, dass sie die Anforderungen der politischen Gerechtigkeit am vernünftigsten realisiere.

Öffentlicher Vernunftgebrauch liegt hingegen nicht vor, wenn eine bestimmte umfassende Lehre zum Ausgangspunkt gewählt wird, und anschließend aufgezeigt werden soll, dass die nach Maßgabe dieser Lehre gerechtfertigten Entscheidungen von allen anderen akzeptiert werden können. Dies entspricht nicht den Anforderungen des öffentlichen Vernunftgebrauchs, weil es hier vermieden wird, einen gemeinsamen Standpunkt einzunehmen.⁴⁹

Auch stellt es keine Form des öffentlichen Vernunftgebrauch dar, wenn aufgezeigt wird, dass auf der Grundlage einer umfassenden Lehre eine Entscheidung doch zu rechtfertigen ist, obwohl Vertreter dieser Lehre eine solche Rechtfertigung (fälschlicherweise) für nicht möglich erachten. Hier wird die Position des anderen

⁴⁷ John Rawls, "The Idea of Public Reason Revisited," in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 581.

⁴⁸ Ebd., S. 586.

⁴⁹ Ebd., S. 594.

eingenommen und anschließend dargelegt, dass man in der Sache zu denselben Ergebnissen kommt, sofern der andere die aus seiner Ausgangsposition gezogenen Schlüsse erneut und diesmal richtig überdenkt. Auch hier wird es vermieden auf der Grundlage einer gemeinsam geteilten Gerechtigkeitskonzeption zu argumentieren.⁵⁰

Zwar stellen die eben genannten Argumentationsformen keine öffentlichen Vernunftgebrauch dar. Solche Formen der Argumentation können indes geeignet sein, den gemeinsamen staatsbürgerlichen Verband zu stärken, wenn sie aufrichtig erfolgen.⁵¹ Sie sind dann auch wünschenswert.⁵² Im Rahmen autoritativer Entscheidungen sind die gerade genannte Argumentationsformen hingegen immer unzulässig (abschreckendes Beispiel: ein Gericht verstößt gegen den öffentlichen Vernunftgebrauch, wenn es dem Kläger erklärt, dass „bei Licht besehen“ aus seiner Religion gar keine Kleiderordnung folgt. Deshalb könne ihn die streitgegenständliche Regelung, die Fragen der Kleiderordnung behandelt, auch gar nicht in seinen Rechten verletzen, da er, um seiner Religion zu entsprechen, auf das Tragen bestimmter Kleider gar nicht angewiesen ist. Daher sei er von der Regelung gar nicht betroffen. Hier ist es allerdings nicht Sache des Gerichts aufzuzeigen, was sich aus einer bestimmten (grundrechtlich geschützten) umfassenden Lehre ergibt).

Zulässig ist es hingegen (bspw. in legislativen Entscheidungsverfahren), zur Rechtfertigung einer wesentlichen politischen Entscheidung eine bestimmte umfassende Lehre zum Ausgangspunkt zu wählen, im Folgenden aber die Rechtfertigung der Entscheidung erneut vorzunehmen und zwar diesmal nach Maßgabe der gemeinsam geteilten politischen Gerechtigkeitskonzeption (Verfassung). Man unterstreicht so seine Loyalität zu einer politischen Gerechtigkeitskonzeption, indem man aufzeigt, dass die eigene umfassende Lehre geeignet ist, mit einer vernünftigen politischen Konzeption in Übereinstimmung gebracht zu werden.⁵³ Dies dürfte aber nur im Rahmen vorbereitender Debatten hinsichtlich legislativer Entscheidungen statthaft sein. Es kann

⁵⁰ Ebd.

⁵¹ Ebd.

⁵² Ebd.

⁵³ Ebd., S. 591.

aber kein Zweifel daran bestehen, dass ein Richter oder Verwaltungsbeamter so nicht vorgehen darf.

Öffentlicher Vernunftgebrauch setzt demnach voraus, dass man bei der Erörterung von wesentlichen politischen Streitfragen ausschließlich auf solche politischen Werte Bezug nimmt, die in einer politischen Konzeption der Gerechtigkeit enthalten sind.⁵⁴ Dies sind typischerweise Werte, wie sie in der Präambel der amerikanischen Verfassung aufgeführt sind.⁵⁵ Solche Werte sind dann wiederum im Lichte der vollständig ausgearbeiteten politischen Konzeption zu Konkretisierung und zu gewichten. Wenn beispielsweise auf Gerechtigkeit als politischen Wert Bezug genommen wird, so beinhaltet dies Fragen der Grundfreiheiten, der gerechten Chancenverteilung, der Verteilungsgerechtigkeit hinsichtlich von Einkommen, der Steuergerechtigkeit und so fort.⁵⁶

In der Praxis eines demokratischen Verfassungsstaates wird nicht auf politische Konzeptionen Bezug genommen, sondern auf die Verfassung, deren wesentliche Merkmale jedoch den Anforderungen einer vernünftigen politischen Gerechtigkeitskonzeption zu entsprechen haben. Sofern sich dies nur auf die wesentlichen Merkmale der Verfassung bezieht, so geht es Rawls darum, den Maßstab an eine Verfassung nicht zu hoch anzulegen. Nicht die ganze Verfassung muss geeignet sein, eine vollständig ausgearbeitete politische Gerechtigkeitskonzeption abzubilden, sondern lediglich der wesentliche Teil (Grundrechte etc.). Damit soll auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die perfekte Verfassung bisher noch nicht entworfen worden ist.⁵⁷

Hinsichtlich der Frage, wann die Voraussetzungen des öffentlichen Vernunftgebrauchs vorzuliegen haben, muss nach Art der Entscheidung differenziert werden. Für die Verwaltung und Rechtsprechung gilt aufgrund der Gesetzesbindung stets der Modus des

⁵⁴ Ebd., S. 581.

⁵⁵ Ebd., S. 584.

⁵⁶ Ebd.

⁵⁷ Frank I. Michelman, "Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law," in: Samuel Freeman, *The Cambridge Companion to Rawls* (2003), S. 396.

öffentlichen Vernunftgebrauchs.⁵⁸ Zwar treffen sie selbst keine Entscheidungen über wesentliche politische Streitfragen. Sie wenden aber das Recht an, dessen Genese sich der Entscheidung (wesentlicher) politischer Streitfragen verdankt.⁵⁹ Aus diesem Grunde haben sie ihre Entscheidungen nur auf solche Gründe zu stützen, die dem legitimen Recht entnommen werden können.⁶⁰ Auslegungsfragen entscheiden sich im Zweifel im Lichte des Verfassungsrechts und der Gesamtrechtsordnung, keinesfalls aber nach Maßgabe eigener (oder sonst wie verbreiteter) moralischer Anschauungen.⁶¹

Der Gesetzgeber, der über wesentliche politische Streitfragen zu entscheiden hat, unterliegt diesen strengen Anforderungen nicht. Zwar sollten wesentliche politische Streitfragen im Modus des öffentlichen Vernunftgebrauchs entschieden werden, da sie mit der Verfassung in Übereinstimmung zu bringen sind. Es sind aber Fälle denkbar, in denen der Gesetzgeber den Modus des öffentlichen Vernunftgebrauchs missachtet, seine Entscheidungen aber in legitimer Weise Bestand haben können. Dies ist der Fall, wenn eine gesetzgeberische Regelung angegriffen wird und von dem zuständigen Gericht im Modus des öffentlichen Vernunftgebrauchs gerechtfertigt werden kann (Bsp.: Der Gesetzgeber verbietet das Tragen religiöser Kleidungsstücke durch das Lehrpersonal in Schulen und führt dazu an, dass die Religion im öffentlichen Raum „zurückzudrängen“ sei. Das Gericht erklärt die Regelung für verfassungskonform, verweist aber auf den Grundsatz der staatlichen Neutralität.) Der entscheidende Zeitpunkt, wann spätestens dem Modus des öffentlichen Vernunftgebrauchs zu entsprechen ist, hängt von der jeweiligen Art der autoritativen Entscheidung ab. Hinsichtlich legislativer Entscheidungen ist es der Zeitpunkt der gerichtlichen Überprüfung.

⁵⁸ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 252.; John Rawls, „The Idea of Public Reason Revisited,” in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 576.

⁵⁹ Als wesentliche politische Streitfragen sind solche Streitfragen anzusehen, die Verfassungsrelevanz haben.

⁶⁰ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 252.; John Rawls, „The Idea of Public Reason Revisited”, in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 576.

⁶¹ John Rawls, „The Idea of Public Reason Revisited,” ebd.; John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 236.

Für die Hintergrundkultur (Bürger und ihre Vereinigungen) gilt das Gebot des öffentlichen Vernunftgebrauchs nicht. Dies folgt bereits aus der Meinungsfreiheit.⁶² Rawls betont jedoch, dass es im Sinne der öffentlichen politischen Kultur des demokratischen Verfassungsstaates ist, wenn politische Streitfragen frühzeitig im Modus des öffentlichen Vernunftgebrauchs behandelt werden.⁶³

3.6 Zusammenfassung

Rawls Ausgangsfrage lautete: Welchen Anforderungen müssen in einem demokratischen Verfassungsstaat erfüllt sein, damit autoritative Entscheidungen unter Bedingungen des vernünftigen Pluralismus als legitim erachtet werden können. Rawls Antwort fällt dabei so aus: Legitimes Recht in einem demokratischen Verfassungsstaat zeichnet sich dadurch aus, dass es in Übereinstimmung mit einer Verfassung erlassen worden ist, die ihrem wesentlichen Inhalt nach einer vernünftigen freistehenden liberalen Gerechtigkeitskonzeption entspricht. Alle weiteren autoritativen Entscheidungen sind legitim, wenn legitimes Recht nach Maßgabe des öffentlichen Vernunftgebrauchs zur Anwendung gebracht wird. Als die wesentlichen Merkmale liegen der politischen Gerechtigkeitskonzeption der Gedanke der staatsbürgerlichen Autonomie und der Gedanke der Reziprozität zu Grunde. Unter diesen Bedingungen darf weiterhin angenommen werden, dass eine solche Ordnung stabil aus den richtigen Gründen sein wird.

⁶² John Rawls, "The Idea of Public Reason Revisited," in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 577.

⁶³ Ebd.

3.7 Fazit

Durch Ausarbeitung derjenigen normativen Vorstellungen, die in der öffentlichen politischen Kultur eines demokratischen Verfassungsstaates implizit enthalten sind, hat Rawls aufzuzeigen versucht, wie unter Bedingungen des vernünftigen Pluralismus die Idee der Demokratie mit dem Gedanken der liberalen Legitimität in Übereinstimmung zu bringen ist. Dabei hat er gezeigt, dass die Idee des demokratischen Verfassungsstaates den konzeptuellen Rahmen bietet, dem Prinzip der liberalen Legitimität zu entsprechen. Damit hat Rawls auf überzeugende Weise diejenigen Anforderungen ausformuliert, die vorliegen müssen, um unter Bedingungen der gesellschaftlichen Pluralität von einer moralisch verbindlichen, verfassungsstaatlich organisierten, demokratischen und liberalen politischen Ordnung sprechen zu können.

Wenn man diese Vorgehensweise für irgendwie zirkulär hält, so sei auf Burten Dreben verwiesen, der dazu bemerkt hat:

“To answer this question, we say – this is very tricky because it looks circular.

It is circular, but it is a big circle. So that makes it very good philosophy.”⁶⁴

Für die Zwecke dieser Arbeit bleibt zu betonen, dass Rawls' Politischer Liberalismus den demokratischen Verfassungsstaat mit einem eigenen Argumentationshaushalt versieht, der einer Verfassung zu entnehmen ist, die einer vernünftigen freistehenden politischen Gerechtigkeitskonzeption zu entsprechen hat. Für die Praxis des demokratischen Verfassungsstaats bedeutet dies, dass Fragen des Rechts, wie es sich aus der Verfassung ergibt, zu unterscheiden sind von Fragen der Moral, die sich nach Maßgabe von umfassenderen Lehren beantworten lassen⁶⁵, deren Antworten aber nicht ohne weiteres politisch wirksam werden können. Letztere können auf die Entscheidungen

⁶⁴ Burten Dreben, “On Rawls and Political Liberalism,” in: Samuel Freeman (Hrsg.): *The Cambridge Companion to Rawls* (2003), S. 338.

⁶⁵ Das Recht bleibt natürlich Bezugspunkt moralischer Bewertung, aber der Streit um das richtige Verständnis der Verfassung wird nun als ein vornehmlich rechtlicher Diskurs geführt und zwar nach Maßgabe der in der Verfassung enthaltenen Prinzipien und Werte, was letztlich allein den Anforderungen des öffentlichen Vernunftgebrauchs entspricht.

wesentlicher politischer Streitfragen (insbesondere durch ein mit legislativen Entscheidungen befasstes Verfassungsgericht)⁶⁶ nicht zum Zuge kommen, da sie nicht geeignet sind, öffentliche Gründe bereitzuhalten. Die Anwendung der Verfassung kann daher nicht unter Zugrundelegung moralphilosophischer Positionen erfolgen. Auf diesen Punkt weist auch John Hart Ely hin, der solche (unzulässigen) Formen der Verfassungsanwendung als „moralphilosophische Methode“ der Verfassungsanwendung bezeichnet.⁶⁷ Das höchste Recht des demokratischen Verfassungsstaates ist also in dem Sinne autonom, als es seine öffentlichen Gründe nicht den umfassenden religiösen, philosophischen oder moralischen Lehren entnimmt, die im Rahmen einer pluralistischen Gesellschaft vertreten werden. Nur auf diese Weise lässt sich im Übrigen erklären, warum der demokratische Verfassungsstaat unterschiedlichsten religiösen oder säkularen Gruppierungen überhaupt eine Heimstätte bieten kann.

⁶⁶ Rawls bezeichnet die Verfassungsgerichtsbarkeit als exemplarische Instanz des öffentlichen Vernunftgebrauchs, da das Gericht seine Entscheidungen nach Maßgabe der Verfassung zu begründen hat, John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 216.

⁶⁷ John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1980), S. 58.

4. Über den notwendigen Zusammenhang von Recht und Moral

Das folgende Kapitel soll einige notwendige Bezüge von Recht und Moral behandeln, wie sie insbesondere im demokratischen Verfassungsstaat bestehen. Vor allem soll es ein sehr zentrales Missverständnis ausräumen, welches rechtspositivistische Konzeptionen betrifft, und das den Zusammenhang von Recht und Moral zum Gegenstand hat. Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral ist eine der wesentlichen Fragen der Rechtsphilosophie.¹ Unter Rechtsphilosophie ist dabei nichts anderes als praktische Philosophie zu verstehen, die sich auf eine ganz bestimmte soziale Institution bezieht: nämlich das Recht.²

Im vorangegangenen Kapitel wurde John Rawls' Politischer Liberalismus behandelt und als überzeugende Ausformulierung der politischen Philosophie des demokratischen Verfassungsstaates verstanden. Hier sollen noch mal in kurzer Form die Hauptpunkte der Rawlsschen Konzeption dargelegt werden, um im Anschluss daran auf einige Zusammenhänge von Recht und Moral (im demokratischen Verfassungsstaat) einzugehen, die mit der Rawlsschen Position aufgeworfen werden und von denen man annehmen könnte, dass sie für rechtspositivistische Konzeptionen problematisch sind. Sie sind es tatsächlich nicht.

¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), Kapitel 1; Mark Murphy, *Philosophy. The Fundamentals* (Oxford: Blackwell 2007), S. 14; Joseph Raz, "The Problem about the Nature of Law," in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2001), S. 195; Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 1999), S. 139.

² Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (1999), S. 149.

4.1 Hauptpunkte des Politischen Liberalismus

4.1.1 Eine liberale politische Gerechtigkeitskonzeption

Was Rawls' Politischen Liberalismus betrifft, so wurde festgestellt, dass dem demokratischen Verfassungsstaat eine liberale politische Gerechtigkeitskonzeption zugrunde liegt. Diese Konzeption ist dabei in dreierlei Hinsicht liberal:

- (1) Es werden bestimmte Grundrechte, Grundfreiheiten und Chancen festgelegt. Diese entsprechen solchen Grundrechten, wie sie aus demokratischen Verfassungsstaaten vertraut sind.
- (2) Diesen Rechten, Freiheiten und Chancen wird ein Vorrang insbesondere gegenüber den Ansprüchen des Allgemeinwohls und den Werten des Perfektionismus zugewiesen.
- (3) Es werden Maßnahmen vorgesehen, dass alle Bürger über allgemein dienliche Mittel verfügen, die zur wirksamen Nutzung ihrer Freiheiten und Chancen nötig sind.³

Soweit gesagt wird, sie sei politisch, ist damit ebenfalls dreierlei gemeint:

- (1) Sie ist so konzipiert, dass sie sich ausschließlich auf die Grundstruktur einer Gesellschaft bezieht, also auf ihre wichtigsten politischen, sozialen und wirtschaftlichen Institutionen, die dabei zusammengefasst sind, in einem einheitlichen System der sozialen Kooperation.
- (2) Sie wird unabhängig von jeder weitergehenden umfassenden religiösen oder philosophischen Lehre ausformuliert.

³ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 223.

- (3) Sie wird in Begriffen grundlegender politischer Ideen formuliert, von denen angenommen wird, dass sie implizit zur öffentlichen politischen Kultur einer demokratischen Gesellschaft gehören.⁴

Die politische Gerechtigkeitskonzeption bestimmt damit den maßgeblichen Inhalt des öffentlichen Vernunftgebrauchs.⁵ Als exemplarische Instanz des öffentlichen Vernunftgebrauchs dient die Verfassungsgerichtsbarkeit.⁶ Die Aufgabe des Verfassungsgerichts besteht auch darin, der öffentlichen Vernunft gebührende anhaltende Wirksamkeit zu verleihen.⁷ Die öffentliche Vernunft ist dabei die einzige Vernunft des Verfassungsgerichts.⁸ Dies unterscheidet das Gericht etwa von Bürgern oder aber auch von Parlamentariern. Diese dürfen in politischen Fragen in Übereinstimmung mit ihren umfassenderen Überzeugungen abstimmen, sofern es nicht um wesentliche Verfassungsinhalte und Fragen grundlegender Gerechtigkeit geht. Sie müssen die Gründe für ihre Entscheidungen dann auch nicht mit einer kohärenten Interpretation der Verfassung in Übereinstimmung bringen.⁹ Anderes gilt für die Verfassungsrichter. Ihre Aufgabe ist es, genau dies zu tun. Zur Begründung ihrer Entscheidungen steht ihnen keine andere Vernunft zur Verfügung als die öffentliche und keine anderen Werte als die politischen.¹⁰ Dabei ist die beste Interpretation der Verfassung diejenige, die dem gesamten verfassungsrechtlichen Material am besten gerecht wird und ihm eine Begründung in Begriffen einer öffentlichen Gerechtigkeitskonzeption verleiht.¹¹ Es ist den Richtern dabei nicht gestattet, sich auf ihre persönliche Moral zu berufen oder aber auf die Ideale und Tugenden der Moral im Allgemeinen.¹² Auch können sie sich nicht auf ihre eigenen religiösen oder

⁴ Ebd.

⁵ Ebd.

⁶ Ebd., S. 231.

⁷ Ebd., S. 235.

⁸ Ebd.

⁹ Ebd.

¹⁰ Ebd.

¹¹ Ebd., S. 236.

¹² Ebd.

philosophischen Auffassungen oder die anderer Menschen stützen, wenn es um die Rechtfertigung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts geht¹³ (die sich für gewöhnlich auf die Rechtfertigung oder Verwerfung legislativer Entscheidungen beziehen). Sie müssen sich vielmehr auf solche politischen Werte berufen, von denen sie annehmen, dass sie einer vernünftigen politischen Gerechtigkeitskonzeption entnommen werden können, und welchen alle Bürger als vernünftige und rationale Personen beipflichten können.¹⁴ Das Erfordernis der Rechtfertigung solcher Entscheidungen allen Bürgern gegenüber ergibt sich aus dem Prinzip der politischen Legitimität.¹⁵

4.1.2 Die moralische Natur der politischen Gerechtigkeitskonzeption

Die freistehende politische Gerechtigkeitskonzeption begreift Rawls als eine moralische Konzeption.¹⁶ Es ist wenig erstaunlich, dass Rawls darauf insbesondere im Zusammenhang mit der Idee des überlappenden Konsenses hinweist. Denn eine freistehende politische Gerechtigkeitskonzeption soll aus moralischen Gründen gelten.¹⁷ Sie soll nicht lediglich Gegenstand eine *modus vivendi* sein, der für gewöhnlich allein aufgrund von Klugheitserwägungen erzielt wird. Die moralische Geltung einer freistehenden Gerechtigkeitskonzeption wird auch nicht etwa deshalb angestrebt, weil sie wirkungsvoller als ein *modus vivendi* die Stabilität der politischen Ordnung garantiert. Dann nämlich hätte man es lediglich mit einer Theorie der sozialen Stabilität

¹³ Ebd.

¹⁴ Ebd. Das heißt auch, dass sie sich nicht auf irgendwelche politischen Werte berufen können.

¹⁵ Ebd., S. 224; bei der Darstellung und Übersetzung der Rawlsschen Position aus dem Original wurde auf die Übersetzung von Wilfried Hinsch zurückgegriffen, John Rawls, *Politischer Liberalismus* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 2003).

¹⁶ John Rawls, "The Domain of the Political," in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 486.

¹⁷ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 147.

zu tun, wie Joseph Raz treffend bemerkt.¹⁸ Zum überlappenden Konsens führt Rawls aus:

“That an overlapping consensus is quite different from a *modus vivendi* is quite clear [...] [N]ote two aspects: first, the object of consensus, the political conception of justice, is itself a moral conception. And second, it is affirmed on moral grounds, that is, it includes conceptions of society and of citizens, as well as principles of justice, and an account of the political virtues through which those principles are embodied in human character and expressed in public life.”¹⁹

Damit liegt dem demokratischen Verfassungsstaat eine liberale politische Gerechtigkeitskonzeption zugrunde, die moralischer Natur ist, die aus moralischen Gründen Anerkennung finden und bei der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen im Rahmen von Normenkontrollverfahren zum Tragen kommen soll.

Ein zentrales Anliegen der Rawlsschen politischen Philosophie besteht in der Ausformulierung des Gedankens des legitimen Rechts und seiner Voraussetzungen im demokratischen Verfassungsstaat. Die politische Gerechtigkeitskonzeption, die sich auf die Grundstruktur der Gesellschaft bezieht, also auf ihre wichtigsten politischen, sozialen und wirtschaftlichen Institutionen und ihr Zusammenspiel innerhalb eines einheitlichen Systems der sozialen Kooperation, kommt in einer konkreten Verfassung zum Ausdruck und dient dazu, diejenigen Anforderungen, die an verfassungskonformes Recht zu stellen sind, näher zu bestimmen. Damit soll sichergestellt werden, dass auch das mit der Verfassung in Übereinstimmung stehende einfache Recht legitim und damit moralisch verbindlich ist.²⁰

¹⁸ Joseph Raz, “Facing Diversity: the case of epistemic abstinence”, in: Chandran Kukathas (Hrsg.) John Rawls. Critical assessments of leading political philosophers, Band IV: *Political Liberalism and the Law of Peoples* (London: Routledge 2003), S. 403.

¹⁹ John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 147.

²⁰ John Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited,” in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 606.

Nun ist es nach allem unübersehbar, dass der demokratische Verfassungsstaat über einen normativen Gehalt verfügt, der im Recht seinen Ausdruck findet, und nach Maßgabe dessen sich die Geltung von Rechtsnormen entscheidet. Auch beschreibt der demokratische Verfassungsstaat den Inbegriff einer legitimen Ordnung. In welchem Sinne kann also behauptet werden, dass das Recht des demokratischen Verfassungsstaates mit einer rechtspositivistischen Konzeption des Rechts richtig beschrieben wird?

Um diese Frage zu klären, soll zunächst ein zentrales Missverständnis ausgeräumt werden, das rechtspositivistische Konzeptionen betrifft. Im Anschluss daran sollen notwendige Zusammenhänge von Recht und Moral erörtert werden, wie sie insbesondere im demokratischen Verfassungsstaat unzweifelhaft bestehen. Danach soll bestimmt werden, was genau gemeint ist, wenn von einer Trennung von Recht und Moral auf der Ebene des einfachen Rechtes die Rede ist.²¹

²¹ Dass es die Anwendung der Verfassung und auch des einfachen Rechts vorsieht, öffentliche Gründe von umfassenden moralphilosophischen Positionen zu unterscheiden, wurde bereits ausgeführt und als wesentlicher Teil des Gedankens der Autonomie des Rechts begriffen. Es ist festzustellen, dass eine Trennung von Recht und Moral auf Rechtsanwendungsebene nicht unbedingt zu den Grundpositionen des Rechtspositivismus zählt, siehe dazu etwa John Gardner, „Legal Positivism 5 ½ Myths,“ in: John Gardner, *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General* (Oxford: Oxford University Press 2012), S. 34ff. In dieser Arbeit wird allerdings die Ansicht vertreten, dass die Trennung von Recht und Moral im Sinne der Unterscheidung von öffentlichen und nicht-öffentlichen Gründen, wie sie Rawls vorschwebt, für den demokratischen Verfassungsstaat sehr wesentlich ist und auch seine Rechtsanwendungspraxis prägt und prägen sollte. Dass der Eingang umfassender moralischer Anschauung (im Sinne von Rawls) in die Rechtsprechung keinem Ideal entspricht, kann man aber vielleicht auch daran erkennen, dass er Hart zufolge „stillschweigend“ erfolgt, H.L.A. Hart, *Der Begriff des Rechts* (Berlin: Suhrkamp 2011), S. 240.

4.2 Recht und Moral: einige notwendige Zusammenhänge

Einer der wohl wesentlichsten Irrtümer, die den Rechtspositivismus betreffen, besteht in der Annahme, dass sich rechtspositivistische Konzeptionen dadurch die folgende Aussage auszeichnen:

“(NNC) there is no necessary connection between law and morality.”²²

Diese Behauptung, und das ist nicht ungewöhnlich, wird mitunter als die „Quintessenz des Rechtspositivismus“ bezeichnet.²³ Im deutschsprachigen Raum findet sich etwa die folgende Beschreibung des Rechtspositivismus bei Robert Alexy:

„Alle positivistischen Theorien vertreten die Trennungsthese. Diese sagt, daß der Begriff des Rechts so zu definieren ist, daß er keine moralischen Elemente einschließt. Die Trennungsthese setzt voraus, daß es keinen begrifflich notwendigen Zusammenhang zwischen dem Recht und der Moral, zwischen dem was das Recht gebietet, und dem, was die Gerechtigkeit fordert, oder zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein soll, gibt.“²⁴

John Gardner bezeichnet den Glauben, dass dem Rechtspositivismus die Behauptung innewohnt, es gäbe keinen notwendigen Zusammenhang zwischen Recht und Moral, als einen der Mythen über den Rechtspositivismus.²⁵ Er fährt fort mit der Feststellung, dass die These (NNC) absurd sei und dass kein Rechtsphilosoph von Rang sie jemals vertreten hätte.²⁶

²² John Gardner, „Legal Positivism 5 ½ Myths,” in: John Gardner, *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General* (2012), S. 48.

²³ Howard Davies / David Holdcroft, *Jurisprudence: Text and Commentary* (London: Butterworths 1991), S. 3, zit. nach Gardner, „Legal Positivism 5 ½ Myths,” in: John Gardner, *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General* (2012), S. 48, Fn. 45.

²⁴ Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg: Verlag Karl Alber 2004), S. 15.

²⁵ John Gardner, „Legal Positivism 5 ½ Myths,” in: John Gardner, *Law as a Leap of Faith* (2012), S. 48.

²⁶ Ebd.

Gardner räumt ein, dass die Entstehung dieses Mythos wohl auf die frühen Schriften von H.L.A. Hart zurückzuführen sei.²⁷ Hier entstünde zunächst der Eindruck, dass Hart die These selbst vertritt. Aufgrund späterer zentraler Textstellen sei jedoch offensichtlich, dass er der These tatsächlich nicht anhängt.²⁸

Auch Leslie Green, der der These (NNC) einen ganzen Aufsatz widmet, führt den Irrtum auf Hart zurück und führt dazu aus: „The victory of Harts`s lecture in promoting this slogan [NCC] was virtually total. People who know nothing else about jurisprudence know that legal positivist are those who maintain the separability of law and morality.”²⁹ In seinem Aufsatz kommt Green zu dem Ergebnis, dass die These (NCC) „klar, kohärent und falsch“ ist.³⁰

Tatsächlich gibt es eine Vielzahl nicht-trivialer konzeptueller Bezüge von Recht und Moral³¹ und kein Rechtspositivist hat irgendeinen Grund, diese Bezüge zu bestreiten. Um hier einige zu nennen:

- (1) Notwendig enthalten sowohl das Recht als auch die Moral Normen.³²
- (2) Notwendig kann der Inhalt jeder moralischen Norm Gegenstand einer Rechtsnorm sein.³³
- (3) Notwendig trifft das Recht Entscheidungen, die den Bereich des Moralischen betreffen.³⁴

²⁷ Ebd., gemeint ist H.L.A Hart, „Positivism and the Separation of Law and Morals,“ *Harvard Law Review*, 71. Band (1958), S. 593-629.

²⁸ Ebd.

²⁹ Leslie Green, „Positivism and the Inseparability of Law and Morals,“ *New York University Law Review*, 83. Band (2008), S. 1037.

³⁰ Ebd., S. 1038.

³¹ Eingehend dazu Leslie Green, „Positivism and the Inseparability of Law and Morals“, auf dessen Aufsatz im folgenden Bezug genommen wird.

³² Ebd., S. 1044.

³³ Ebd.

³⁴ Ebd., S. 1047.

- (4) Notwendig beansprucht das Recht moralische Verbindlichkeit. Das geltende Recht beansprucht legitimes Recht zu sein.³⁵
- (5) Notwendig sind mit dem Recht moralische Risiken verbunden.³⁶
- (6) Notwendig ist das Recht sinnvoller Bezugspunkt moralischer Bewertung.³⁷

Auf diese Bezüge soll hier näher eingegangen werden. Es bleibt festzustellen, dass dem Rechtspositivismus keine Position gemein ist, die so offensichtlich falsch ist. Denn es gibt eine Reihe notwendiger Bezüge von Recht und Moral und diese betreffen naturgemäß auch das Recht des demokratischen Verfassungsstaates.³⁸ Dazu nun im Einzelnen:

4.2.1 Notwendig enthalten sowohl das Recht als auch die Moral Normen.

Sowohl die Moral als auch das Recht beinhalten Normen, die sich auf menschliches Handeln beziehen und dieses regulieren sollen. Dieser Befund ist kaum zu bestreiten. Rechtsrealisten haben zwar bezweifelt, dass das Recht in erster Linie als ein Verbund von Normen angesehen werden kann, ihre Argumente waren letztlich aber nicht überzeugend.³⁹

³⁵ Siehe zu diesem umstrittenen Punkt insbesondere Joseph Raz, "The Claims of Law," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 28-36; Leslie Green, *The Authority of the State* (Oxford: Oxford University Press 1998); Kenneth Einar Himma, "Law's Claim of Legitimate Authority," in: Jules Coleman, *Hart's Poscript* (2001), S. 271-310.

³⁶ Leslie Green, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", S. 1052.

³⁷ Joseph Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 318.

³⁸ Unter Moral wird hier nicht eine konventionelle Moral verstanden, sondern natürlich vor allem eine ideale.

³⁹ Leslie Green, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", S. 1044.

4.2.2 Notwendig kann der Inhalt jeder moralischen Norm Gegenstand einer Rechtsnorm sein.

Offensichtlichstes Beispiel dafür ist das Strafrecht. Es überführt eine Reihe wichtiger moralischer Normen in den Rang des Rechts. Die Funktion des Strafrechts wird üblicherweise darin erkannt, die Rechtsgüter und berechtigten Interessen des Einzelnen vor denjenigen zu schützen, die diese Rechtsgüter und Interessen (für gewöhnlich absichtsvoll) bedrohen oder verletzen.⁴⁰ Auch soll es natürlich die Rechtsordnung als Ganze schützen.

Grundsätzlich kann man sagen, dass über den Gesetzgebungsprozess regelmäßig moralische Normen, Werte oder Überzeugungen Eingang in die Rechtsordnung finden⁴¹ und diese sich in aller Regel auf besonders wichtige Bereiche des sozialen Zusammenlebens beziehen, und damit also die sozial wichtigsten Interessen einer Gesellschaft und ihrer Angehörigen im Einzelnen betreffen. Darüber hinaus sind die grundlegenden moralischen und politischen Werte und Normen einer Gesellschaft in der Regel in ihrer politischen Verfassung niedergelegt.⁴²

4.2.3 Notwendig trifft das Recht Entscheidungen, die den Bereich des Moralischen betreffen.

Das ergibt sich bereits aus einem sehr einfachen Grund. Sobald eine Verpflichtung im Rang einer rechtlichen Verpflichtung behauptet wird, wird darüber im Streitfall im Rahmen autoritativer Verfahren verbindlich entschieden. Somit verändert sich ihr Gewicht entscheidend. Dem Einzelnen ist nun klar, dass er sich womöglich aufgrund

⁴⁰ Mark Tebbit, *Philosophy of Law. An Introduction* (London: Routledge 2005), S. 4.

⁴¹ H.L.A. Hart, *Der Begriff des Rechts* (Berlin: Suhrkamp 2011), S. 240.

⁴² Joseph Raz, "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries," in: Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford: Oxford University Press 2009), S. 325.

dieser Verpflichtung auch der Zwangsgewalt des Staates gegenübersteht. Die Durchsetzung des Rechts ist mitunter mit hohem Aufwand verbunden und es werden regelmäßig wichtige Interessen der Betroffenen berührt, die natürlich moralisch relevant sind. Jeder Rechtsfall ist also schon dadurch von moralischer Relevanz, weil seine Auflösung wichtige Konsequenzen für zumindest eine Seite der Prozessparteien hat.⁴³

Aber der Zusammenhang gilt in einem noch grundlegenderen Sinne. Es liegt auf der Hand, dass das Recht einen Gegenstandsbereich hat, den es mit der Moral teilt. Man kann also sagen: das Recht reguliert wichtige Gegenstandsbereiche der Moral.⁴⁴

So bemerkt beispielsweise Kelsen:

„So wie Naturrecht und positives Recht den gleichen Gegenstand regeln, sich also auf das gleiche Normobjekt beziehen: das gegenseitige Verhalten der Menschen [...], so haben beide auch die allgemeine Form dieser Regelung gemeinsam: das Sollen.“⁴⁵

Wenn es um den Erlass von Rechtsnormen geht, werden in vielen Fällen hochrangige Interessen Einzelner oder gesellschaftlicher Teilgruppen berührt und dabei grundlegende Fragen der Sozialmoral aufgeworfen und entschieden. Die Reichweite des Rechts umfasst dementsprechend wichtige Bereiche der Moral.⁴⁶ Moralische Streitfragen werden also mitunter im Rahmen des Rechts politisch entschieden. Das ist der Grund, warum das Recht eine so wichtige soziale Einrichtung ist und es erklärt auch, warum die Debatten über die Legitimität des Rechts und seiner Autorität eine solche Bedeutung haben.⁴⁷ Andrei Marmor bemerkt dazu:

⁴³ John Gardner, „How Law Claims, What Law Claims,“ in: John Gardner, *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General* (2012), S. 136.

⁴⁴ Leslie Green, „Positivism and the Inseparability of Law and Morals“, S. 1047.

⁴⁵ Hans Kelsen, „Die Idee des Naturrechts,“ in: Hans Kelsen, *Aufsätze zur Ideologiekritik* (Berlin 1964), zit. nach Leslie Green, „Positivism and the Inseparability of Law and Morals“, S. 1048. Anm.: „Naturrecht“ kann hier als Moral verstanden werden.

⁴⁶ Ebd.

⁴⁷ Ebd.

“Now, it is not difficult to see that law has moral and political functions in our society. It is there to solve, among other things, moral and political problems.”⁴⁸

Im demokratischen Verfassungsstaat werden wesentliche politische Streitfragen, die also regelmäßig auch moralische Fragen betreffen, im Rahmen demokratischer Gesetzgebung entschieden, wobei jeweils die Belange des Verfassungsrechts zu berücksichtigen sind. Die Auflösung moralischer und politischer Streitfragen durch politische Entscheidungen erfolgt also demokratisch und im Rahmen der Verfassung (wobei auch Grundrechtsfragen relevant werden können).

Das bedeutet natürlich nicht, dass damit zugleich über die moralische Streitfrage in einem moralischen Sinne korrekt oder richtig entschieden worden ist. Aber die moralische Streitfrage wird politisch verbindlich entschieden und diese Entscheidung wird mit der Autorität des Rechts versehen.

Allerdings kann das demokratische Verfahren auch als eine Methode zur Erzeugung von Legitimität aus Legalität begriffen werden.⁴⁹ Sofern nämlich das Verfassungsrecht hinreichend berücksichtigt worden ist und die jeweilige gesetzgeberische Entscheidung legitimen Bestand haben kann, weil sie verfassungskonform ist und den Anforderungen des öffentlichen Vernunftgebrauchs entsprechend gerechtfertigt werden kann, gilt beispielsweise Rawls zufolge für solche Entscheidungen folgendes: „This doesn’t mean the outcome is true or correct, but that it is reasonable and legitimate law, binding on citizens by the majority principle.”⁵⁰

Rawls legt damit nahe auf Qualifizierungen wie „richtig“ oder „korrekt“ zu verzichten, da solche Qualifizierungen auf den Gedanken der Richtigkeit im Sinne einer umfassenden Lehre verweisen könnte. Dieser Eindruck soll bei der Anwendung einer

⁴⁸ Andrei Marmor, “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral,” *Oxford Journal of Legal Studies*, 26. Band (2006), S. 688.

⁴⁹ Jürgen Habermas / Joseph Ratzinger, *Dialektik der Säkularisierung. Über Vernunft und Religion* (Freiburg: Herder 2005), S. 18.

⁵⁰ John Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited,” in: Samuel Freeman, *Collected Papers* (2001), S. 606.

liberalen Gerechtigkeitskonzeption vermieden werden. Im demokratischen Verfassungsstaat gibt es dementsprechend kein richtiges, sondern nur legitimes Recht. Man beachte auch, dass sich die Legitimität einer gesetzgeberischen Entscheidung in erster Linie aus ihrer materiellen Übereinstimmung mit der Verfassung ergibt. In zweiter Linie tritt dann, ebenfalls legitimatorisch, das demokratische Entscheidungsverfahren hinzu, aus dem die Norm hervorgegangen ist.⁵¹

4.2.4 Notwendig beansprucht das Recht moralische Verbindlichkeit. Das geltende Recht beansprucht legitimes Recht zu sein.

Jede Rechtsordnung enthält Normen, die dem Adressaten Verpflichtungen auferlegen, denen er zu entsprechen, oder Anordnungen, die er zu befolgen hat.⁵² Das Recht bestimmt also mitunter, was der Adressat einer Rechtsnorm zu tun oder zu unterlassen hat und nicht lediglich, welches Tun oder Unterlassen für den Adressaten von Vorteil wäre.⁵³

Zwar ist jede funktionierende Rechtsordnung auch eine Zwangsordnung, die ihre Anordnungen im Falle der Nichtbefolgung im Wege des Zwangs durchsetzt. Es darf dabei aber nicht übersehen werden, dass eine funktionierende Rechtsordnung nicht nur Verpflichtungen erzeugen kann, die sie dann durchsetzt, sondern dass sie darüber hinaus mit dem Anspruch auftritt, über die legitime Autorität zu verfügen, diese

⁵¹ Rawls wurde aufgrund dieser Gewichtung vorgehalten, dass seine Konzeption des öffentlichen Vernunftgebrauchs in wesentlicher Weise von sonst üblichen Modellen deliberativer Demokratie abweicht, so etwa Gerald F. Gaus, „Rawls's Political Liberalism: Public Reason as the Domain of the Political,“ in: Gerald F. Gaus, *Contemporary Theories of Liberalism* (London: Sage 2003), S. 197.

⁵² Das Recht legt natürlich nicht nur Verpflichtungen auf, sondern räumt bsp. Rechte, Befugnisse und Erlaubnisse ein und enthält Ermächtigungsnormen, die es zum Beispiel dem Einzelnen ermöglichen, rechtsgeschäftlich zu handeln, um somit Verpflichtungen zu erzeugen, die privatautonomer Natur sind. Siehe auch Joseph Raz, „The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception,“ in: Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (2009), S. 134.

⁵³ Leslie Green, „Positivism and the Inseparability of Law and Morals“, S. 1048.

Verpflichtungen auch auferlegen zu dürfen.⁵⁴ Das ist natürlich ein entscheidender Unterschied zu einer reinen Zwangsordnung. Das Recht legt also als normative Ordnung Verpflichtungen auf, die nicht immer im Selbstinteresse des Adressaten stehen, und beansprucht dabei, für diesen Handlungsgründe zu erzeugen, denen er nicht nur aus Klugheitserwägungen entsprechen soll.⁵⁵ Das Recht beansprucht also auch moralische Pflichten und Handlungsgründe zu erzeugen.⁵⁶ Raz bemerkt dazu:

“The claims the law makes for itself are evident from the language it adopts and from the opinions expressed by its spokesman, i.e. by the fact that legal institutions are officially designated as “authorities”, by the fact that they regard themselves as having the right to impose obligations on their subjects, by their claims that their subjects owe them allegiance and that their subjects ought to obey the law as it requires to be obeyed (i.e. in all cases except those in which some legal doctrine justifies breach of duty).”⁵⁷

Gerade dies unterscheidet eine Rechtsordnung von einer Zwangsordnung, die auf reinen Imperativen beruht, aber auch von einer Ordnung, die lediglich durch das Setzen von Anreizen funktioniert.⁵⁸ In diesen Fällen kommen bei der Bestimmung von Handlungen in erster Linie Klugheitserwägungen zum Tragen.

Das Recht ist eine normative Ordnung, die beansprucht, moralische Handlungsgründe zu erzeugen. Es liegt auf der Hand, dass einer Verpflichtung zu unterliegen, etwas gänzlich anderes ist, als lediglich einem Anreiz zu haben, etwas zu tun oder zu unterlassen. Ähnliches gilt auch für eine Nötigung, die ihrem Wesen nach ebenso wenig mit einer Verpflichtung vergleichbar ist. Diese Unterscheidungen wären allerdings

⁵⁴ Ebd.

⁵⁵ Moralische Gründe und moralisches Handeln zeichnen sich eben dadurch aus, dass die Interessen anderer im gebotenen Maße miteinbezogen werden. Das unterscheidet es von reinen Klugheitserwägungen. Auch werden die Interessen anderer natürlich nicht wiederum nur aus Klugheitserwägungen miteinbezogen.

⁵⁶ John Gardner, “How Law claims, What Law Claims,” in: John Gardner, *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General* (2012), S. 137.

⁵⁷ Joseph Raz, “Authority, Law, and Morality,” in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (2001), S. 215.

⁵⁸ Leslie Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, S. 1049.

obsolet, wenn man rechtliche Verpflichtungen lediglich in dem Sinne begreift, dass sie (aufgrund einer etwaigen Durchsetzung im Wege des Zwangs) als Anreize zu verstehen sind, etwas zu tun oder zu unterlassen.⁵⁹ So schreibt etwa Gardner:

“If legal obligations, rights, permissions, powers etc. are not moral obligation, rights, permissions, powers etc. they must, on this view, be dictates of prudence, which are merely labelled as “obligations”, “rights”, “permissions”, “powers”, etc. using all this moralistic language in a technical (and, we should ad, euphemistic) legal sense.”⁶⁰

Es spricht also einiges dafür, dass Recht und Moral in der Weise miteinander verknüpft sind, dass es eine notwendige Eigenschaft einer Rechtsordnung ist, im Hinblick auf ihre autoritativen Entscheidungen legitime Autorität zu beanspruchen.

Natürlich darf man nicht in jedem Fall so weit gehen, aus diesem impliziten Anspruch einer Rechtsordnung, über legitime Autorität zu verfügen, eine Tatsache zu machen. Der Anspruch, über die legitime Autorität zu verfügen, Pflichten aufzuerlegen und damit beim Rechtsadressaten moralische Verpflichtungen und Handlungsgründe zu erzeugen, kann im konkreten Fall oder im Großen und Ganzen fehlgeleitet oder ungerechtfertigt sein.⁶¹

Dies ändert aber nichts daran, dass es zur Selbstbeschreibung einer Rechtsordnung zählt, moralisch legitime Autorität auszuüben.⁶² Und dies könnte wiederum auch damit zu tun haben, dass es zum Selbstverständnis des modernen Rechts gehört, dass die Rechtsetzung ein Akt gesetzgebender Souveränität ist und dass die souveräne Autorität der Legitimation bedarf.⁶³ Eine Voraussetzung legitimer Gesetzgebung ist es dabei, dass die Adressaten des objektiven Rechts zugleich dessen Autoren sind (politische

⁵⁹ John Gardner, “How Law Claims, What Law Claims,” in: John Gardner, *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General* (2012), S. 137.

⁶⁰ Ebd.

⁶¹ Leslie Green, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, S. 1049.

⁶² Ebd.

⁶³ Klaus Günther, „Zur Rekonstruktion des Rechts (1): das System der Rechte,“ in: Peter Koller/Christian Hiebaum (Hrsg.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung. Klassiker Auslegen* (Berlin: De Gruyter 2016), S. 52.

Autonomie und demokratische Gesetzgebung).⁶⁴ Der Anspruch des Rechts, über legitime Autorität zu verfügen, lässt sich jedenfalls für die Rechtsordnung des demokratischen Verfassungsstaates nachweisen und die Rawlssche politische Philosophie besteht in dem Versuch zu zeigen, dass dieser Anspruch unter bestimmten Voraussetzungen plausibel sein kann.

In der Eigenschaft einer Rechtsordnung, legitime Autorität zu beanspruchen, kommt also eine nicht unwesentliche Verknüpfung von Recht und Moral zum Tragen, weil das Recht auch beansprucht, moralische Pflichten zu erzeugen.

4.2.5 Notwendig sind mit dem Recht moralische Risiken verbunden

Es ist kaum zu bestreiten, dass das Recht im demokratischen Verfassungsstaat einerseits eine sehr wertvolle soziale Einrichtung ist⁶⁵, es andererseits aber auch Risiken des Missbrauchs, vor allem aber der Fehleranfälligkeit in sich birgt.⁶⁶ Während einige Autoren das Recht in erster Linie als eine positive Errungenschaft ansehen und dabei den Gedanken der „Rule of Law“ vor Augen haben, sind andere skeptischer, wenn es darum geht, die Frage zu beantworten, ob das Recht notwendigerweise als ein soziales Phänomen anzusehen ist, das im Wesentlichen zum Guten wirkt.⁶⁷ Darüber ließe sich natürlich viel sagen. Der Punkt als solcher dürfte hier aber klar sein, und die vielfältigen Mechanismen des demokratischen Verfassungsstaates, getroffene rechtliche Entscheidungen gleich welcher Staatsgewalt zu überprüfen, zeugen von der Einsicht in die Fehleranfälligkeit rechtlicher Entscheidungen und der Schadensträchtigkeit, die mit

⁶⁴ Ebd.

⁶⁵ N.W. Barber schreibt etwa, dass es in Gesellschaften wie der unserigen offensichtlich der Fall ist, dass es wünschenswert ist, dass sie vom Recht bestimmt werden („governed by law“), N.W. Barber, *The Principles of Constitutionalism* (Oxford: Oxford University Press 2018), S. 85.

⁶⁶ Von der Instrumentalisierung des Rechts im Rahmen verbrecherischer Politik jenseits des Verfassungsstaates ganz zu schweigen.

⁶⁷ Dies ist unter anderem ein Aspekt der sog. Hart / Fuller Debatte.

dieser Fehleranfälligkeit verbunden ist. Die moralischen Risiken, die mit einer Rechtsordnung, ihrer Anwendung und ihrer Durchsetzung notwendigerweise verbunden sind, liegen auf der Hand.

4.2.6 Notwendig ist das Recht sinnvoller Bezugspunkt moralischer Bewertung

Es liegt in der Natur des Rechts, dass das Recht als moralisch gut oder schlecht, gerecht oder ungerecht bewertet werden kann, während es demgegenüber unsinnig wäre, beispielweise ein bestimmtes Schwarzes Loch als moralisch vorzugswürdig zu bezeichnen.⁶⁸ Schwarze Löcher sind offensichtlich kein sinnvoller Bezugspunkt moralischer Bewertung. Für das Recht gilt etwas anderes. Das Recht, das Verpflichtungen und Rechtspositionen erzeugt, Vorteile gewährt oder verteilt, Sanktionen auferlegt und dergleichen, wirft natürlich Fragen auf, die moralischer Natur sind, und das Recht ist deren Gegenstand.⁶⁹ Vereinzelte Rechtsnormen können sinnvollerweise daraufhin untersucht werden, ob sie gerecht oder ungerecht sind. Gleiches kann auch für eine Rechtsordnung als Ganze gesagt werden. Dabei spielt es keine Rolle, dass hier durchaus Meinungsverschiedenheiten der Bewertung auftreten können und tatsächlich auch vielfach auftreten. Auch ist es irrelevant, dass das Recht für gewöhnlich selbst Normen enthält, nach Maßgabe derer sich andere Rechtsnormen beurteilen lassen. Solche Normen können eine Kritik des Rechts nach Maßgabe außerrechtlicher Gerechtigkeitsgesichtspunkte natürlich nicht ausschließen.⁷⁰ Jedenfalls lassen sich Anforderung der Gerechtigkeit nicht mit dem Argument begegnen, dass

⁶⁸ Joseph Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism," in Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 318.

⁶⁹ Leslie Green, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", S. 1050.

⁷⁰ Rawls würde hier natürlich auf die Bedeutung des öffentlichen Vernunftgebrauchs verweisen, wenn es um Gerechtigkeitsfragen geht, die wesentlich sind oder die Grundstruktur der Gesellschaft betreffen.

Recht solle eben nur das Recht sein⁷¹, wie beispielsweise sich ein Kunstwerk im Wesentlichen eben nach der Kunst bestimmt. Wie (nicht nur) Rawls bemerkt hat, bedarf das Recht in seiner Eigenschaft als normative Ordnung stets der Rechtfertigung. Das Recht ist dementsprechend ständiger Bezugspunkt von Gerechtigkeitsansprüchen.⁷²

Es dürfte nach allem also kein Zweifel daran bestehen, dass es wichtige notwendige Bezüge des Rechts zur Moral gibt, die kein Rechtspositivist abstreitet oder abstreiten sollte. Neben den hier genannten Bezügen gibt es natürlich weitere Bezüge des Rechts zur Moral, die allerdings (unter Rechtspositivisten) umstritten sind und auf die im weiteren Verlauf der Arbeit noch eingegangen werden soll. An dieser Stelle sollte vor allen Dingen gezeigt werden, dass es signifikante notwendige Bezüge des Rechts zur Moral gibt, die insbesondere das Recht des demokratischen Verfassungsstaats prägen, dessen Leugnung aber keinesfalls Angelegenheit rechtspositivistischer Konzeptionen ist.

4.3 Zentrales Merkmal rechtspositivistischer Konzeptionen

Worin kann nun aber das wesentliche Merkmal positivistischer Konzeptionen des Rechts erkannt werden? John Gardner sieht den wesentlichen Kern rechtspositivistischer Konzeptionen in der folgenden Aussage:

“(LP) In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits.”⁷³

⁷¹ Green, Leslie, "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/>.

⁷² Ebd.

⁷³ John Gardner, "Legal Positivism 5 ½ Myths," in: John Gardner, *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General* (2012), S. 19.

Er führt dazu aus:

“It says, to be more exact, that in any legal system, a norm is valid as a norm of that system solely in virtue of the fact that at some relevant time and place some relevant agent or agents announced it, practiced it, invoked it, endorsed it, or otherwise engaged with it.”⁷⁴

Der Grundgedanke des Rechtspositivismus kann also darin gesehen werden, dass das Recht anhand von Rechtsquellen zu identifizieren ist und sich nach sozialen Tatsachen bestimmt.

Den gemeinsamen Bezugspunkt des Rechtspositivismus beschreibt Joseph Raz dementsprechend so:

“It is common ground to all legal positivists that the law has social sources, i.e. that the content and existence of the law can be determined by reference to social facts and without relying on moral considerations.”⁷⁵

Matthew H. Kramer erläutert, in welchem Sinne die Bestimmung des Rechts erfolgen kann, ohne auf moralische Erwägungen angewiesen zu sein:

“[T]he lack of any necessary connections between law and morality is a claim that the process of ascertaining the law does not perforce involve moral judgments; the process of law-ascertainment can unfold as a starkly factual inquiry into the relevant sources of legal norms that have been constituted by previous legislative and adjudicative decisions.”⁷⁶

In dieser Arbeit soll dementsprechend eine rechtspositivistische Konzeption des Rechts vertreten werden, die besagt, dass das einfache Recht des demokratischen Verfassungsstaates quellenbasiert zu ermitteln ist, eine These, die im Übrigen nicht dazu

⁷⁴ Ebd., S. 20.

⁷⁵ Joseph Raz, “Legal Reasons, Sources, and Gaps,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 53.

⁷⁶ Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press 2007), S. 3. Man beachte, dass hier die These (NNC) ihren Widerhall findet und dann im Sinne einer Rechtsquellenthese begriffen wird.

in Widerspruch steht, dass am Grund des demokratischen Verfassungsstaates eine politische Gerechtigkeitskonzeption verankert ist, die sich in einer konkreten Verfassung äußert, welche die Überprüfung legislativer Entscheidungen anhand des materiellen (und natürlich formellen) Verfassungsrechtes vorsieht.

5. Der klassische Rechtspositivismus

In den vorangegangenen Kapiteln wurden die wesentlichen Elemente des demokratischen Verfassungsstaates samt seiner normativen Grundlagen behandelt. Auch wurden einige Zusammenhänge von Recht und Moral erörtert, wie sie notwendigerweise (und aus diesem Grund auch im demokratischen Verfassungsstaat) bestehen. Dies geschah, um den Weg für die Behandlung der These zu ebnen, dass das Recht des demokratischen Verfassungsstaates mit einer quellenbasierten Konzeption des Rechts richtig beschrieben werden kann. Eine quellenbasierte Konzeption des Rechts wurde dabei identifiziert als eine rechtspositivistische Konzeption des Rechts.

Die folgenden Teile der Arbeit befassen sich dementsprechend mit dem Rechtspositivismus.

Die weiteren Teile der Arbeit behandeln den Rechtspositivismus als quellenbasierte Konzeption des Rechts und bestimmen seine wesentlichen Merkmale. Dazu werden nach einer kurzen Vorbemerkung (5.1) der klassische (5.2) und der moderne Rechtspositivismus (6.) dargestellt.

Im Ergebnis wird festgehalten, dass der Rechtspositivismus sich durch einen quellenbasierten Rechtsgeltungsbegriff auszeichnet, wobei das Recht ausschließlich anhand von sozialen Tatsachen konventionell bestimmt wird. Diese Position lässt sich von Auffassungen abgrenzen, mit denen der Rechtspositivismus irrtümlicherweise in Verbindung gebracht wird.¹

¹ Siehe dazu Norbert Hoerster, *Was ist Recht* (2006), S. 65-78, sowie H.L.A Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review* 71. Band (1958), S. 593-629.

5.1 Einige Vorbemerkungen zum Rechtspositivismus

Bevor hier auf den klassischen Rechtspositivismus eingegangen wird, soll kurz einiges zur Rezeption des Rechtspositivismus in Deutschland und auch im angelsächsischen Raum gesagt werden.

In Deutschland fand und findet die Debatte um den Rechtspositivismus unter dem Eindruck der Verbrechen des Nationalsozialismus statt. Hier gewinnt man allerdings zunehmend Klarheit darüber, dass der Rechtspositivismus keinen Anteil an diesen Verbrechen hatte, etwa indem er zu einer Geisteshaltung geführt hat, die diese Verbrechen begünstigt hätte.

Der Rechtspositivismus war bereits zu Weimarer Zeiten Gegenstand ablehnender Kritik.² Vor allem zeichnete sich eine scharfe Ablehnung, und das ist wenig erstaunlich, unter dem verbrecherischen NS-Regime und der dort vorherrschenden „Rechtsanschauung“ ab, die sich gegen Individualismus und Liberalismus, Demokratie, Parlamentarismus und Konstitutionalismus wandte.³ Die Kritik nach 1945 bestand dann unter anderem auch darin, im Rechtspositivismus eine Mitursache für die von den Nationalsozialisten begangenen Verbrechen zu sehen.

Auf die nach 1945 geübte Kritik soll hier kurz eingegangen werden: Der insbesondere von Gustav Radbruch erhobene Vorwurf gegen den Rechtspositivismus mündete in der Feststellung, der Rechtspositivismus habe mittels des einschränkungslos geltenden „positivistischen“ Grundsatzes „Gesetz ist Gesetz“⁴ die „Juristen wie das Volk wehrlos gemacht gegen noch so willkürliche, noch so grausame, noch so verbrecherische

² Siehe etwa Daniel Schulz, „Kritiker des Rechtspositivismus: Carl Schmitt, Rudolf Smend und Hermann Heller,“ in Rainer Schmidt (Hrsg.): *Rechtspositivismus: Ursprung und Kritik*, (Baden-Baden: Nomos 2014), S. 137-155.

³ Siehe etwa Hans Jörg Sandkühler, *Nach dem Unrecht* (Freiburg: Verlag Karl Alber 2015), S.52ff.

⁴ Gustav Radbruch, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht,“ in *Süddeutsche Juristen-Zeitung* Nr. 5, S. 105.108, *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, (Heidelberg: C.F. Müller 1990), Bd. 3, S. 83-93.

Gesetze. [...] [Der Rechtspositivismus] setzt letzten Endes das Recht der Macht gleich: nur wo die Macht ist, ist das Recht.“⁵

Andernorts schrieb Radbruch, dass die „unter deutschen Juristen herrschende Auffassung: der Positivismus, der jedem ordnungsgemäß entstandenen Gesetze den Charakter des Rechts und die Geltung zugestand, [...] solchen verbrecherischen Gesetzen gegenüber wehrlos [war].“⁶ Schließlich galt es also, so die Schlussfolgerung, den Rechtspositivismus zu „überwinden.“⁷

Zu dieser Kritik ist zu sagen, dass es zunächst verständlich ist, Erklärungen für das unvorstellbare Ausmaß an Verbrechen, das mit dem Nationalsozialismus einherging, in allen Richtungen zu suchen. Allerdings zu glauben, dass diese Verbrechen irgendetwas mit dem Rechtspositivismus zu tun hätten, ist ein Irrtum, der als Erklärung für diese Verbrechen, die auch mit den Mitteln des Rechts begangen worden sind, wohl zu kurz greift. Diese Erklärungen sind wohl zu suchen in der verbrecherischen Politik selbst, die auch im Recht ihren Ausdruck fand und die man auf der Grundlage einer ebenso verbrecherischen Sozialmoral rechtfertigte, also in den Ursachen und Ursprüngen dieser Gewaltherrschaft. Es ist bestimmt keine rechtspositivistische Geisteshaltung gewesen, die verhindert hätte zu sagen, dass das Recht dieses Regimes keine Anwendung finden darf.

Insbesondere war der Rechtspositivismus bereits ein Hauptziel der Kritik der nationalsozialistisch geprägten Beschäftigung mit dem Recht. 1934 forderte etwa Karl Larenz: „Die Erneuerung des deutschen Rechtsdenkens ist ohne eine radikale Abkehr von Positivismus und Individualismus nicht denkbar.“⁸ Damit zeigte sich bereits, dass das

⁵ Gustav Radbruch, „Fünf Minuten Rechtsphilosophie,“ in: Rhein Neckar Zeitung 12.9.1945, S. 3, *Gustav Radbruch Gesamtausgabe* Bd. 3 (1990), S. 78-79.

⁶ Gustav Radbruch, „Erneuerung des Rechts,“ in: Rhein Neckar Zeitung 12.1.1946, *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Bd. 3 (1990), S. 80-82.

⁷ Gustav Radbruch, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht,“ in *Süddeutsche Juristen-Zeitung* Nr. 5, S. 105, *Gustav Radbruch Gesamtausgabe* Bd. 3 (1990), S. 83-93.

⁸ Karl Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie* (Tübingen: J. C. B. Mohr 1934), S. 15.

nationalsozialistische „Rechtsdenken“ sich antidemokratisch, antiliberal und antipositivistisch verstand.⁹

Die Behauptung der durch den Rechtspositivismus hervorgerufenen Wehrlosigkeit innerhalb des Juristenstandes gilt heute daher auch als empirisch widerlegt.¹⁰ Zum einen war die „Rechtspraxis“ des Nationalsozialismus nicht „positivistisch“ geprägt.¹¹ Zum anderem entscheidet sich die Frage des Rechtsgehorsams (also der Punkt den Radbruch aufgeworfen hat) nach Maßgabe der moralischen Qualität der Rechtsordnung im Allgemeinen und einer jeweiligen Norm im Besonderen, und ist damit eine moralische Frage.¹² Kein Rechtspositivist ist je auf die Idee gekommen, dass einer rechtlichen Norm ungeachtet ihres Inhaltes unbedingter Gehorsam geschuldet wird. Eine der grundlegenden Einsichten des Rechtspositivismus besteht gerade darin, dass das Recht als Menschenwerk erkannt wird und damit auch Ausdruck einer verbrecherischen Politik sein kann und als solches in letzter Konsequenz auch einen verbrecherischen Charakter annehmen kann. So schreibt bspw. Frederick Schauer: „To the positivist, law may very well be moral, and certainly should be moral, but it is not necessarily moral.“¹³ Nach den Erfahrungen des 20. Jahrhunderts ist diese unbestreitbare Tatsache nicht zu leugnen.

⁹ Walter Ott, *Die Vielfalt des Rechtspositivismus*, (Baden-Baden: Nomos 2016), S. 27.

¹⁰ Horst Dreier, „Naturrecht und Rechtspositivismus. Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlurteile,“ in: Härle/Vogel (Hrsg.), *„Vom Rechte, das mit uns geboren ist“*. Aktuelle Probleme des Naturrechts (Freiburg: Herder 2007), S. 139.

¹¹ Ebd., S. 138 mit weiteren Verweisen (Fn. 45). Dabei stellt sich allerdings auch die Frage, was unter einer „positivistischen“ Rechtspraxis überhaupt zu verstehen ist. Einige Autoren verstehen den Rechtspositivismus lediglich als eine deskriptive Konzeption des Rechts, die untersucht, durch welche notwendigen Merkmale sich das Recht oder eine Rechtsordnung auszeichnen. Der Positivismus entwirft dabei keine Vorgaben für eine tatsächliche Rechtspraxis, siehe dazu etwa John Gardner, „Legal Positivism 5 ½ Myths,“ in: John Gardner, *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General* (2012), S. 23. Dies bleibt noch zu diskutieren. Vermutlich soll hier damit gesagt werden, dass die „Rechtspraxis“ des NS-Staates letztlich überhaupt nicht auf eine quellenbasierte Bestimmung des Rechts angelegt war, was auch wenig erstaunlich ist, wenn es das eigentliche Ziel war, jenseits des Rechtsstaates (Idee der rechtlichen Bindung) eine bestimmte (verbrecherische) Ideologie zu realisieren, siehe dazu auch Bernd Rüthers, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich* (München: DTV 1994).

¹² Matthias Jestaedt, „Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung“, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen Reine Rechtslehre*, (Tübingen: Mohr Siebeck 2008), S. XXXIII.

¹³ Frederick Schauer, „Constitutional Positivism,“ *Connecticut Law Review*, 25. Band (1993), S. 801.

Nur weil etwas als Recht gilt, sollte es niemanden zu seiner unbedingten Befolgung veranlassen, eine Einsicht, die natürlich auch und vor allem für den Rechtsstab gilt.

Gleichwohl hält sich die von Radbruch verbreitete These nach wie vor hartnäckig. Sie fand unter anderem auch im angelsächsischen Raum ihren Widerhall und wurde dort insbesondere von Lon Fuller vertreten.¹⁴ Brian Leiter schreibt dazu: "Lon Fuller (late of Harvard Law School), whose spectacular confusions may have poisoned the minds of a whole generation of law students, even went so far as to suggest that 'positivism' had something to do with why judges in Nazi Germany did morally abhorrent things!"¹⁵

John Gardner stellt (wohl auch in diesem Zusammenhang) fest, dass der Rechtspositivismus Gegenstand massiver Falschdarstellung ist. Er bemerkt:

"In general, they are not problems of legal positivism's own making. They are problems of systematic misrepresentation by others. Have the members of any tradition of thought ever had their actual philosophical commitments so comprehensively mauled, twisted, second guessed, crudely psychoanalyzed, and absurdly reinvented by ill-informed gossip and hearsay, as the legal positivists? Has any other thesis in the history of philosophy been so widely and so contemptuously misstated, misinterpreted, misapplied, and misappropriated as (LP*). Well, actually, I can think of a few."¹⁶

Auch Norbert Hoerster hat in Deutschland noch Jahrzehnte nach der Radbruch-These festgestellt, dass es innerhalb der Rechtsphilosophie kaum eine andere Position gibt, die unter Juristen wie auch in der breiten Öffentlichkeit einen so schlechten Ruf genießt wie der Rechtspositivismus.¹⁷ Den Grund dafür sieht Hoerster darin, dass dem

¹⁴ Lon Fuller, "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart," *Harvard Law Review* 71. Band (1958), S. 630-672.

¹⁵ Leiter, Brian, "The Radicalism of Legal Positivism," *Guild Practitioner* (2010), University of Chicago, Public Law Working Paper No. 303, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1568333>, S. 1.

¹⁶ John Gardner, "Legal Positivism: 5 ½ Myths," in: John Gardner, *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General* (2012), S. 22-23.

¹⁷ Norbert Hoerster, *Was ist Recht* (2006), S. 67.

Rechtspositivismus regelmäßig Standpunkte unterstellt werden, die vollständig abwegig sind, dem Rechtspositivismus indes (womöglich aus diesem Grund) nicht zu eigen sind.

So wird von Hoerster beispielsweise der Rechtswissenschaftler Martin Kriele zitiert, der behauptet, der Rechtspositivismus halte „den Unterschied zwischen freiheitlichen, rechtsstaatlichen Ordnungen und Unrechtssystemen für einen relativen Unterschied zwischen im Prinzip moralisch gleichwertigen Systemen.“¹⁸ Ähnliche Standpunkte belegt Hoerster auch für den Philosophen Otfried Höffe, der den Rechtspositivismus als zynische Macht und Rechtfertigungsideologie von Unrechtsregimen beschreibt.¹⁹

Im Ergebnis systematisiert Hoerster fünf Thesen, die dem Rechtspositivismus in aller Regelmäßigkeit zugeschrieben werden, von denen die meisten aber nicht rechtspositivistischer Natur sind. Die Auseinandersetzung um den Rechtspositivismus ist daher nicht frei von gravierenden Missverständnissen.²⁰ Zu den fünf Thesen im Einzelnen:

1. Der Begriff des Rechts ist inhaltlich neutral zu definieren (Neutralitätsthese).
2. Der Begriff des Rechts ist durch den Begriff des Gesetzes zu definieren (Gesetzesthese).
3. Die Anwendung des Rechts erfolgt im Wege wertungsfreier Subsumtion (Subsumtionsthese).
4. Die Maßstäbe richtigen Rechts sind subjektiver Natur (Subjektivismusthese).
5. Die Normen des Rechts sind in jeden Fall zu befolgen (Befolgungsthese).²¹

Es ist insbesondere die Befolgungsthese, die immer wieder Anlass zu Missverständnissen gibt. So glaubt man, dass die Grundtugend des Rechtspositivismus

¹⁸ Martin Kriele, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie* (2004), S.17.

¹⁹ Otfried Höffe, *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat* (1987), S. 23.

²⁰ Siehe zu einer ähnlichen Zusammenstellung auch H.L.A Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review* 71. Band (1958), S. 601-602.

²¹ Norbert Hoerster, *Was ist Recht* (2006), S. 70.

die unbedingte Gesetzestreue sei, wobei das Recht seine „Rechtfertigung schon in seinem Bestehen“ finden soll.²² Dementsprechend sei „der Positivismus [in der Bundesrepublik] als bedingungsloser Gehorsam gegenüber dem Gesetz [...] überwunden.“²³ Dreier hat zu Recht darauf hingewiesen, dass es sich bei solchen Auffassungen um „massive Missverständnisse“ handelt, wie sich anhand der Auseinandersetzung mit bedeutenden Rechtspositivisten des 20. Jahrhunderts leicht zeigen lässt.²⁴ Der Rechtspositivismus beschreibt das Recht ganz nüchtern als möglicherweise fehlerhaftes Menschenwerk, dessen Befolgungswürdigkeit eben auch von seiner moralischen Qualität abhängt.²⁵ Eine objektive Pflicht zum Rechtsgehorsam oder zur Rechtsanwendung im Falle moralisch verabscheuungswürdiger Normen besteht, wie bereits schon ausgeführt, nach Maßgabe positivistischer Positionen nicht. Hier besteht vielmehr die moralische Verpflichtung solchen Normen zuwiderzuhandeln.²⁶

Hoerster zufolge beschreibt letztlich lediglich These 1 den unbestrittenen, zentralen Standpunkt des Rechtspositivismus, der besagt, dass all jene Normen als Rechtsnormen zu qualifizieren sind, die den geltungsrelevanten Kriterien einer Rechtsordnung entsprechen.²⁷

Dass damit noch nichts über die inhaltliche Qualität einer entsprechenden Norm gesagt ist, wurde bereits unterstrichen. Auch darf die Neutralitätsthese nicht dahingehend verstanden werden, dass in die Rechtsordnung keine moralischen Werte oder Überzeugungen Eingang finden sollten.²⁸ Solches zu behaupten wäre eher abwegig, da

²² Zit. nach Horst Dreier, „Naturrecht und Rechtspositivismus“, mit der Angabe C. Breuer, *Recht und Moral*, in FS Listl 1999, S. 942. Dagegen Horst Dreier, „Naturrecht und Rechtspositivismus. Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlurteile“, in: Härle/Vogel (Hrsg.), *„Vom Rechte, das mit uns geboren ist“*. Aktuelle Probleme des Naturrechts, (Freiburg: Herder 2007), S. 139.

²³ Günter Hirsch, „Zwischenruf – Der Richter wird's schon richten“, in: ZRP (2006), S.161.

²⁴ Horst Dreier, „Naturrecht und Rechtspositivismus. Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlurteile“, S. 140.

²⁵ Ebd., S. 141.

²⁶ H.L.A Hart, „Positivism and the Separation of Law and Morals,“ *Harvard Law Review* 71. Band (1958), S. 617.

²⁷ Norbert Hoerster, *Was ist Recht* (2006), S. 71, mit Verweisen auf Kelsen und Hart.

²⁸ Ebd., S. 71.

sich in der Rechtsordnung regelmäßig die grundlegenden moralischen Wertungen einer Gesellschaft wiederfinden lassen.²⁹

Alle anderen Thesen sind nicht rechtspositivistischer Natur. Die Subjektivismusthese wird von einigen Rechtspositivisten vertreten, ist ihrer Natur nach aber nicht positivistisch, da sie sich zunächst auf Fragen der Moral (im Anschluss natürlich auch Fragen der Rechtsethik) bezieht.³⁰ Austin beispielsweise war kein Vertreter der Subjektivismusthese³¹ und gleiches gilt auch für Bentham.³²

These 1 ist unter deutschen Juristen nach wie vor sehr umstritten. Sie wurde nach 1945 in Deutschland vielleicht mehrheitlich nur mit Einschränkung durch die sog. Radbruchsche Formel akzeptiert³³, die auch Eingang in die Rechtsprechung des BVerfG fand.³⁴ Grundsätzlich ist zu bemerken, dass nichtpositivistische Strömungen, die bereits vor 1945 in Deutschland einflussreich waren, nach 1945 unter anderen Vorzeichen weiterhin Bestand hatten.³⁵

In jüngerer Zeit findet die Auseinandersetzung mit dem Rechtspositivismus im deutschsprachigen Raum auch mit Bezug auf englischsprachige Stimmen statt.³⁶ So verweist Mahlmann in seinem Lehrbuch zur Rechtsphilosophie explizit auf die

²⁹ H.L.A. Hart, „Positivism and the Separation of Law and Morals,“ *Harvard Law Review* 71. Band (1958), S. 598.

³⁰ Ebd., S. 75; Walter Ott, *Die Vielfalt des Rechtspositivismus* (2016), S. 6.

³¹ Walter Ott / Anna Rea-Frauchinger, *The Varieties of Legal Positivism* (2018), S. 12.

³² Siehe zu Austin und Bentham die Ausführungen in H.L.A. Hart, „Positivism and the Separation of Law and Morals“, S. 625.

³³ Die sog. Radbruchsche Formel lautet: [...] wo Gerechtigkeit nicht einmal angestrebt 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, Gustav Radbruch, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, S. 83.ff.

³⁴ BVerfG, Beschluss vom 14. Februar 1968, Az. 2 BvR 557/62, BVerfGE 23, 98

³⁵ Horst Dreier, „Naturrecht und Rechtspositivismus. Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlurteile“, S. 138; Ingeborg Maus, *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie* (Berlin: Suhrkamp 2011), S. 126.

³⁶ Etwa Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg: Verlag Karl Alber 1992), der sich mit H.L.A. Hart und Ronald Dworkin befasst.

„Gegenwartsdebatte“ um den inklusiven und exklusiven Rechtspositivismus.³⁷ Sandkühler bspw. bezeichnet sich in seinem Buch zum Rechtspositivismus in Übernahme der Terminologie als „inklusive“ Rechtspositivist.³⁸ Auch Walter Ott schenkt in seinem Beitrag *Die Vielfalt des Rechtspositivismus* einige Aufmerksamkeit der englischsprachigen Diskussion.³⁹

Trotz aller besagter Kritik am Rechtspositivismus bleibt aber auch festzustellen, dass sich an den von Gardner monierten Zuständen einiges getan hat. So kann man zumindest für die angelsächsische Rechtsphilosophie, die in dieser Arbeit im Vordergrund steht, sagen, dass der Rechtspositivismus dort die nun mehr dominante Strömung ist und dass darüber auch weitgehende Einigkeit besteht.⁴⁰

Nach diesen Vorbemerkungen, die dazu dienen sollten, bereits am Anfang einige grundlegende Missverständnisse zu klären, soll es im Folgenden nun um den klassischen Rechtspositivismus gehen.

³⁷ Matthias Mahlmann, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (Baden-Baden: Nomos 2018), S. 29, Fn. 11.

³⁸ Hans Jörg Sandkühler, *Nach dem Unrecht* (2016), S. 13.

³⁹ Walter Ott, *Die Vielfalt des Rechtspositivismus* (2016).

⁴⁰ Brian Tamanaha, „The Contemporary Relevance of Legal Positivism,“ *Australian Journal of Legal Philosophy*, 32. Band (2007), S. 1 mit weiteren Verweisen.

5.2 Der klassische Rechtspositivismus: Jeremy Bentham und John Austin

Da es in dieser Arbeit in erster Linie um die englischsprachige Diskussion um den Rechtspositivismus geht, soll hier zunächst auf den klassischen Rechtspositivismus eingegangen werden, wie er insbesondere von Jeremy Bentham und John Austin vertreten wurde, und der die britische Tradition des Rechtspositivismus begründet hat.¹

In jüngerer Zeit werden der normative Gehalt und die bleibende Aktualität des klassischen Rechtspositivismus hervorgehoben.² Die kurze Darstellung des klassischen Rechtspositivismus dient also zweierlei: Einmal sollen die normativen Implikationen des Rechtspositivismus unterstrichen werden, die dem Rechtspositivismus seit seinen Anfängen zu eigen sind. Zum zweiten ist die Darstellung des klassischen Rechtspositivismus zum besseren Verständnis des modernen Rechtspositivismus zweckmäßig, da letzterer in direkter Auseinandersetzung mit dem klassischen Rechtspositivismus (hier insbesondere der Imperativtheorie) entwickelt worden ist.³

Um hier kurz die Hauptpunkte des klassischen Rechtspositivismus vorweg zu nehmen, wie H.L.A. Hart sie erkannt haben will: Der klassische Rechtspositivismus vereint drei Grundaussagen: Im Mittelpunkt steht (1) eine Rechtsquellenlehre, anhand derer sich bestimmt, ob eine Norm Bestandteil der Rechtsordnung ist oder nicht. Rechtsnormen werden als Befehle des Souveräns mit generellem Regelungsgehalt verstanden (Imperativtheorie). Daneben (2) beruht der klassische Rechtspositivismus auf der sog. Trennungsthese, die besagt, dass bei der Bestimmung des geltenden Rechts Recht und Moral zu unterscheiden sind. Die Trennungsthese impliziert, dass sich die Geltung einer

¹ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Cambridge: Cambridge University Press 1995); Jeremy Bentham, *Of Laws in General* (London: Athlone Press 1970) sowie Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (London: Athlone Press 1970).

² Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press 1986); Tom Campbell, *Legal Positivism: Law, Rights and Democracy* (London: ULC Press 2004); Frederick Schauer, "Positivism before Hart," *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2010-01*, in: M.D.A. Freeman (Hrsg.), *John Austin and His Legacy, zugänglich über Social Science Research Network Elektronik Paper Collection*, URL = http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1512646

³ H.L.A. Harts *The Concept of Law* (1994) ist das bedeutendste Beispiel dafür.

Norm als Rechtsnorm, also ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung, nicht nach Maßgabe moralischer Erwägungen bestimmt. Schließlich geht es dem klassischen Rechtspositivismus darum, (3) die Natur des Rechts und seine zentralen Begriffe analytisch zu erfassen und bei der Beschreibung des Rechts deskriptive von evaluativen Gesichtspunkten zu unterscheiden. Trennungsthese, Rechtsquellentheorie (Imperativtheorie) und der analytische Zugang zum Recht bilden die maßgeblichen drei Grundpositionen des klassischen Rechtspositivismus, denen sich der moderne Rechtspositivismus mit Ausnahme der Imperativtheorie weitgehend angeschlossen hat.⁴

5.2.1 Jeremy Bentham

Als zentrale Figur in der Rechtsgeschichte und Begründer des Rechtspositivismus (auch der sog. Imperativetheorie) gilt Jeremy Bentham (1748-1832), dessen *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780) sowie *Of Laws in General* (1782) die Anfänge den klassischen Rechtspositivismus darstellen.⁵

Bentham, so schreibt Frederick Schauer, war der Erste, der die Bedeutung der Unterscheidung zwischen dem, was das Recht ist, und dem, was das Recht sein sollte, deutlich unterstrichen habe, der Erste, der darlegte, dass die Identifizierung des geltenden Rechts keinen Rekurs auf moralische Erwägungen voraussetze und der Erste,

⁴ Siehe etwa H.L.A Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals," *Harvard Law Review* 71. Band (1958), S. 601. H.L.A Hart hat seine Kritik am klassischen Rechtspositivismus insbesondere auf die Imperativtheorie bezogen, siehe *The Concept of Law*, S. 18ff. Anzumerken ist, dass Hans Kelsen in der *Reinen Rechtslehre* an einer modifizierten Imperativtheorie festgehalten hat, wobei sich die Imperative an rechtsanwendende Organe richten, die auf die Verletzung von Rechtsnormen hin ggf. mit der Anordnung eines „Zwangsakts“ zu reagieren haben, Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Tübingen: Mohr Siebeck 2008), S. 37.

⁵ H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Clarendon Press 1982).

der behauptete, dass das Recht notwendigerweise eine vom Menschen geschaffene soziale Einrichtung sei.⁶

Trotz seiner deutlichen Kritik an William Blackstones⁷ Verwischung des Unterschiedes zwischen einer an Exposition und einer an Kritik orientierten Jurisprudenz⁸ ist Benthams Rechtsphilosophie fest verankert in einer normativen Rechtsphilosophie.⁹

Das Recht bezeichnet nach Bentham öffentlich nachvollziehbare und verbindliche Maßstäbe, die die soziale Interaktion und die ihr zugrunde liegenden Verhaltenserwartungen regulieren sollen.¹⁰ Die wesentliche Aufgabe des Rechts besteht damit Bentham zufolge darin, die Verhaltenserwartungen rationaler Individuen im komplexen Beziehungsgeflecht sozialer Interaktion zu sichern.¹¹ Als unzulänglich, diese Aufgabe zu erfüllen, sah Bentham dabei das Gewohnheitsrecht an. Dinwiddy zufolge kam Bentham dabei zu folgender Einschätzung des Gewohnheitsrechts:

“He saw the English legal system as an intractable and disordered accumulation of precedents and practices, shot through with technicalities and fictions and incomprehensible to everyone except professional lawyers.”¹²

⁶ Frederick Schauer, “Normative Legal Positivism,” in: Patricia Mindus / Torben Spaak (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Legal Positivism* (Cambridge: Cambridge University Press 2021), S. 64 mit weiteren Nachweisen.

⁷ Seinerzeit Professor für englisches Recht an der Universität Oxford, dessen *Commentaries on the Law of England* zugleich Darlegung und Rechtfertigung des geltenden Rechts darstellten.

⁸ Zu dieser Unterscheidung schreibt Bentham: “To the province of the Expositor it belongs to explain to us what, as he supposes, the Law is: to that of the censor, to observe to us what he thinks it ought to be. The former therefore, is principally occupied in stating, or in enquiring after the facts: the latter in discussing reasons”, Jeremy Bentham, “A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government”, in: J. H. Bums / H. L. A. Hart (Hrsg.), *The Collected Works of Jeremy Bentham* (London: The Athlone Press 1977), S. 397f.

⁹ Gerald J. Postema, “The British Tradition of Legal Positivism,” in: Patricia Mindus / Torben Spaak (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Legal Positivism* (2021), S. 189.

¹⁰ Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press 1986), S. ix.

¹¹ Gerald J. Postema, “The British Tradition of Legal Positivism,” in: Patricia Mindus / Torben Spaak (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Legal Positivism* (2021), S. 189.

¹² John Dinwiddy, *Bentham* (Oxford: Oxford University Press 1989), S.2.

Das Gewohnheitsrecht, so wie es bestand, konnte damit nicht den Anforderungen einer modernen Gesellschaft entsprechen, öffentlich nachvollziehbare Verhaltensstandards bereitzuhalten. Die Lösung der durch das Gewohnheitsrechts aufgeworfenen Probleme konnte Bentham zufolge nur durch die Gesetzgebung einer dafür vorgesehenen souveränen Körperschaft erfolgen.¹³

Wayne Morrisson hat Benthams Rechtsverständnis folgendermaßen zusammengefasst:

- “1. Law is the product of the sovereign’s will
- 2. Such a product is made known to the citizens of the state,
- 3. The law lays down certain courses of action or demands restraints from action
- 4. It relies upon the use of sanctions.”¹⁴

Nach Elise G. Nalbandian unterscheidet Bentham bei der Analyse des Rechts im Wesentlichen die folgenden Bereiche:

- “1. The source – the person(s) whose will the law expresses or who created the law;
- 2. Subjects – the person or things to which the law applies;
- 3. Objects – the acts to which the law applies;

¹³ Zu Benthams Konzeption der Souveränität. siehe Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (1986), S. 244-50.

¹⁴ Wayne Morrisson, *Jurisprudence: From The Greeks To Post-Modernity* (London: Routledge 1997), S. 190.

4. Extent – the range of the law’s application in terms of the persons whose conducts are regulated by the law;
5. Aspects – the various ways in which the will of the sovereign (expressed in the law) may apply to the objects (as in [3] above) of the law;
6. Force – the sanctions which the law relies upon for compliance;
7. Expression – the various ways in which the wishes of the sovereign are made known (the way law is published etc.);
8. Remedial appendages – any such other laws which are created and published in order to clarify the requirements of the principal law.”¹⁵

Das Recht besteht Bentham zufolge also aus einem Satz formal wirksamer, öffentlich bekanntgegebener (sanktionsbewehrter) Normen, die in ihrem Verbund eine rational nachvollziehbare systematische Struktur haben.¹⁶

Doch trotz Benthams Auffassung, dass die Erfassung des geltenden Recht eine deskriptive Angelegenheit sei, können seiner Rechtsphilosophie durchaus normative Dimensionen entnommen werden.¹⁷

Die erste normative Dimension besteht darin, dass Bentham das Recht und seine materielle Ausgestaltung progressiv reformieren wollte.¹⁸ Als Sozialreformer war ihm zunächst an einer nüchternen Analyse des Istzustands gelegen. Um das Recht zu reformieren, muss man es kennen, identifizieren und durch Gesetzgebung Einfluss auf es nehmen können. Gleichzeitig war es notwendig, diesen zu reformierenden Istzustand nicht mit den Weihen des „Naturrechts“ zu erhöhen, wie es seine Apologeten taten.¹⁹

¹⁵ Elise G. Nalbandian, “Early Legal Positivism: Bentham & Austin,” *Mizan Law Review* 2. Band (2008), S. 149.

¹⁶ Gerald J. Postema, “The British Tradition of Legal Positivism,” in: Patricia Mindus / Torben Spaak (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Legal Positivism* (2021), S. 192.

¹⁷ Siehe dazu Frederick Schauer, „Normative Legal Positivism,“ in ebd., S. 65.

¹⁸ Ebd.

¹⁹ Phillip Schofield, *Bentham. A Guide for the Perplexed* (London: Continuum 2009), S. 5.

Dies war der Ausgangspunkt von Benthams Naturrechtskritik. Hart beispielweise sah den Hauptgrund von Benthams Unterscheidung zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein soll, darin, dass Bentham seine Leser in die Lage versetzen wollte, „sich mit Bestimmtheit die genaue Problematik moralisch schlechter Gesetze vor Augen zu führen und den besonderen Charakter der Autorität einer Rechtsordnung zu verstehen.“²⁰

Eine zweite normative Dimension von Benthams Rechtsphilosophie kann darin erkannt werden, dass Bentham daran gelegen war, die Rolle von Richtern im Rahmen der Bestimmung des geltenden Rechts zugunsten einer gesetzgeberischen Körperschaft zurückzustufen. Dem entsprach auch seine Kritik am Common Law. Bentham war daran gelegen, rechtliche Institutionen so auszugestalten, dass die Rolle von Juristen und Richtern minimiert werden sollte, und zwar durch die Schaffung genau kodifizierter Rechtsgebiete, die es den Rechtsadressaten ermöglichen sollte, ihre Rechte und Pflichten aufgrund öffentlich bekannter Normen erkennen zu können.²¹ Schauer sieht in Benthams Rechtspositivismus eine Spielart, die den Richter auch im Rahmen der Rechtsanwendung dazu anhält, seine Rolle im Rahmen der Rechtsordnung daraufhin zu beschränken, bestehendes, schriftlich fixiertes, durch eine gesetzgeberische Körperschaft geschaffenes Recht zu interpretieren und anzuwenden, ohne dabei eigene moralische Wertungen in die richterliche Entscheidungsfindung einfließen zu lassen.²²

Schauer charakterisiert Benthams Rechtspositivismus dann auch mit folgenden Worten:

“[...] Bentham’s legal positivism combined the normative view that law should be understood as excluding direct recourse by law’s subject (and enforcers) to moral considerations with the further normative view that legal systems ought to be designed so that judges, whether by compulsion

²⁰ H.L.A. Hart, „Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral,“ in: H.L.A. Hart, *Recht und Moral* (Göttingen: Vandenhoeck 1971), S. 18.

²¹ Frederick Schauer, „Normative Legal Positivism,“ in: Patricia Mindus / Torben Spaak (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Legal Positivism* (2021), S.66.

²² Ebd. Aus der Tatsache, dass man als Richter eigene moralische Wertungen unterlässt, folgt natürlich nicht, dass man das, was man tut, moralisch nicht mehr rechtfertigen will oder kann.

through the use of coercive sanctions or by the development and enforcement of social and judicial norms, would make their decisions solely on the basis of positive law properly and narrowly defined.”²³

Bentham war nach allem also nicht, so meint Postema, wie Hart es kommentierte, ein Rechtsphilosoph, dem es lediglich um eine deskriptive, moralisch neutrale Analyse juristischer Begriffe ging.²⁴ Vielmehr kommt Postema im Falle Benthams zu folgender Einschätzung:

“His positivist theory was robust, but like Hobbes’s, it rested on a robust nuanced and complex normative argument [...]. Moreover, he drew no boundaries around his investigation of the nature of law and legal institutions, no methodological scruples prevented him from raising questions that needed to be raised or using resources from any form of human inquiry needed to answer them.”²⁵

Aufgrund der Tatsache, dass Bentham Teile seiner rechtsphilosophischen Schriften zu Lebzeiten nicht veröffentlichte (dies geschah erst wesentlich später), lag es an John Austin, der Imperativtheorie und dem Rechtspositivismus zu größerem Einfluss zu verhelfen.

²³ Ebd., S. 67.

²⁴ Gerald J. Postema, “Legal Positivism: Early Foundations,” in: Andrei Marmor (Hrsg.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (New York: Routledge 2012), S. 40; H.L.A Hart, *Essays on Bentham*, (1982), S. 28.

²⁵ Ebd., S. 40.

5.2.2 John Austin

Neben Jeremy Bentham ist John Austin (1790-1859) der zweite bedeutende Vertreter des klassischen Rechtspositivismus. Für Austin ist es die wesentliche Eigenschaft des Rechts, dass in ihm Befehle des Souveräns zum Ausdruck kommen. Jede Rechtsnorm kann daher als ein Befehl des Souveräns an die Rechtsadressaten verstanden werden. Seit Austin war der Rechtspositivismus eng mit dieser sog. Imperativtheorie verknüpft (von der sich Hart allerdings später mit überzeugenden Gründen distanziert hat).

Wie auch Bentham unterscheidet Austin zwischen dem Recht, wie es ist (Gegenstand der Jurisprudence), und dem Recht, wie es sein soll (Gegenstand der Science of Legislation), eine Unterscheidung, die in seiner eigenen berühmten Formulierung wie folgt zum Ausdruck kommt:

“The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation.”²⁶

Zentrales Werk Austins ist *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Hier legt Austin zunächst den Gegenstandsbereich seiner Untersuchung dar. Dabei geht es zunächst darum Rechtsregeln (Gesetze) von anderen Regeln (Gesetzen) zu unterscheiden:

“The matter of jurisprudence is positive law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors. But positive law (or law, simply and strictly so called) is often confounded with objects to which it is related by resemblance, and with objects to which it is related in the way of analogy: with objects which are also signified, properly and improperly, by

²⁶ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Cambridge: Cambridge University Press 1995), S. 157.

the large and vague expression law. To obviate the difficulties springing from that confusion, I begin my projected Course with determining the province of jurisprudence.”²⁷

Austin zufolge ist die charakteristische Eigenschaft einer Rechtsnorm, die sie von anderen Normen unterscheidet, darin zu sehen, dass jede Rechtsnorm von einer souveränen Person oder Körperschaft erlassen wird, und sich dabei an eines oder mehrere Mitglieder jener unabhängigen politischen Gemeinschaft richtet, in der die normsetzende Person oder Körperschaft souverän ist.²⁸ Die souveräne Person oder Körperschaft zeichnet sich dabei dadurch aus, dass sie eine höhergestellte Instanz darstellt, die für die ganze Gesellschaft identisch ist, und der die große Mehrheit der Bevölkerung gewohnheitsmäßig Gehorsam leistet, wobei die souveräne Person oder Körperschaft ihrerseits keiner bestimmten, höhergestellten Instanz gewohnheitsmäßig Gehorsam leistet.²⁹ Austin betont, dass eine dergestalt vorgenommene Qualifizierung von Normen als Rechtsnormen unabhängig davon ist, zu welchen Zwecken und Zielen, eine bestimmte Rechtsordnung existieren soll.³⁰ Das positive Recht ist damit ausschließlich ein von Menschen geschaffenes Recht, das von einem Souverän einer unabhängigen politischen Gemeinschaft erlassen wird und sich an dessen Rechtssubjekte richtet. Das positive Recht ist damit das Recht eines Staates.³¹

Austin zieht drei Konsequenzen aus diesen Eigenschaften des Souveräns: 1. Die Kompetenzen des Souveräns sind unbeschränkt; 2. Die Kompetenzen des Souveräns sind unteilbar; 3. Der Souverän ist damit die einzige Rechtsquelle innerhalb der unabhängigen politischen Gemeinschaft.³² Wären die Kompetenzen teilbar, so existierten mehrere souveräne Personen oder Körperschaften in dieser politischen Gemeinschaft, was aber nicht möglich ist, da es immer nur eine politisch höhergestellte Instanz in einer unabhängigen Gemeinschaft geben kann. Sofern die Kompetenzen des

²⁷ Ebd., S.18.

²⁸ Ebd., S. 165.

²⁹ Ebd., S. 166.

³⁰ Ebd., S. 165.

³¹ Sieh bsp. Walter Ott / Anna Rea-Frauchinger, *The Varieties of Legal Positivism* (2018), S. 13.

³² Elise G. Nalbandian, “Early Legal Positivism: Bentham & Austin,” S. 151.

Souveräns (also der obersten gesetzgebenden Gewalt) in irgendeiner Weise eingeschränkt sein sollten, so genießen diese Einschränkungen nicht die Autorität des Rechts, sondern sind als politische oder moralische Kontrollen des Gesetzgebers zu begreifen.³³ Nach dem Gesagten kann der Souverän nun entweder eine einzelne Person sein, also beispielsweise ein Monarch, oder aber eine Körperschaft, wie etwa ein Parlament.

Austin erkennt, dass es durchaus möglich ist, dass auch richterliche Entscheidungen als Rechtsquellen in Betracht kommen, etwa wenn Richter Grundsätze des Gewohnheitsrechts bestimmen. Diese richterlichen Entscheidungen sind dann allerdings als stillschweigende Befehle des Souveräns zu begreifen:

“Now when customs are turned into legal rules by the decisions of subject judges, the legal rules which emerge from the customs are tacit commands of the sovereign legislature. The state, which is able to abolish, permits its ministers to enforce them: and it, therefore, signifies its pleasure, by that its voluntary acquiescence, ‘that they shall serve as a law to the governed’ ”.³⁴

Dabei betont Austin, dass die Autorität der Judikative nur abgeleiteter Natur ist, da ihre Befugnisse vom Souverän eingeräumt sind. Im Gegensatz zu Bentham sieht Austin das Richterrecht wesentlich unkritischer, bezeichnet es als „absolut notwendig“³⁵ und reiht es in seinen Rechtsbegriff wie gesagt dadurch ein, dass er Richterrecht von der schweigenden Zustimmung des Souveräns abhängig macht, die er als „stillschweigenden Befehl“ begreift.³⁶ Allerdings betonte er auch, dass das Richterrecht mit einer Reihe von Problemen einhergeht, denen durch Gesetzgebung wirksam begegnet werden sollte.³⁷

³³ H.L.A Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals,” *Harvard Law Review* 71. Band (1958), S. 599, Fn 20.

³⁴ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1995), S. 36.

³⁵ Ebd., S. 163.

³⁶ Ebd., S. 35–36.

³⁷ Siehe dazu auch Bix, Brian, "John Austin", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/austin-john/>.

Soweit die spezifischen Eigenschaften des positiven Rechts bestimmt sind, fährt Austin damit fort, seine wesentlichen Bestandteile darzulegen. Hier kommt die Imperativtheorie zum Tragen: Jede Rechtsnorm ist ein Befehl einer politisch höhergestellten Instanz an politisch Untergebene.³⁸ Der Befehl ist Austin zufolge der Schlüssel zum Verständnis des Rechts.³⁹ Der Befehl gehört seiner Art nach zum Ausdruck eines Wunsches.⁴⁰ Er unterscheidet sich dabei von anderen Arten von Wünschen nicht durch die Art seiner Äußerung. Vielmehr zeichnen einen Befehl die Macht und Entschlossenheit aus, im Falle der Nichtbefolgung des Wunschs ein Übel oder einen Schmerz zuzufügen.⁴¹ Dass der Befehlsempfänger einem Übel ausgesetzt ist, wenn dem Wunsch nicht Folge geleistet wird, bedeutet, dass der Befehlsempfänger durch den Befehl gebunden oder verpflichtet ist, wobei diese Verpflichtung sich darauf richtet, etwas zu tun oder zu unterlassen.⁴²

Der Befehl wird von einer Sanktionsandrohung für den Fall der Nichtbefolgung gestützt. Die Sanktion beschreibt Austin folgendermaßen:

“The evil which will be incurred in case a command be disobeyed or (to use an equivalent expression) in case a duty be broken, is frequently called a sanction, or an enforcement of obedience. Or (varying the phrase) the command or the duty is said to be sanctioned or enforced by the chance of incurring the evil.”⁴³

Der Befehl wird also durch die Wahrscheinlichkeit eines Übels sanktioniert oder erzwungen.

³⁸ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1995), S.165.

³⁹ Ebd., S. 21.

⁴⁰ Ebd.

⁴¹ Ebd.

⁴² Ebd., S.22.

⁴³ Ebd.

Zusammengefasst enthält ein Befehl des Souveräns also vier Elemente⁴⁴:

- (1) Einen Wunsch einer politisch höhergestellten Instanz an einen politisch Untergebenen, etwas zu tun oder zu unterlassen.
- (2) Der Ausdruck dieses Wunsches, so dass der Befehlsempfänger von diesem Wunsch Kenntnis erlangt.
- (3) Die Klasse von Personen und Handlungen auf die sich der Wunsch bezieht.
- (4) Die Sanktion, die von dem politisch Höhergestellten auferlegt wird, wenn der politisch Untergebene dem Wunsch nicht entspricht.

In einem Satz zusammengefasst, lässt sich Austins Rechtsbegriff ausformulieren:

*“Law is a Command of a Sovereign backed by a Sanction.”*⁴⁵

Ein Befehl, der als Rechtsnorm zu verstehen ist – also als ein generelles Gesetz –, ist dabei ein Befehl allgemeiner Art, der zu einer Klasse von Handlungen oder Unterlassungen verpflichtet und sich an eine nur allgemein definierte Personengruppe richtet. Dies unterscheidet eine generelle Norm oder Regel von einem situationsgebundenen Befehl, der eine einzelne Handlung oder Unterlassung betrifft:

“[W]here it obliges generally to acts or forbearances of a class, a command is a law or rule. But where it obliges to a specific act or forbearance, or to acts or forbearances which it determines specifically or individually, a command is occasional or particular.”⁴⁶

Diese Unterscheidung entspricht der Bedeutung genereller Normen im Hinblick auf die „Rule of Law“ und steht im Gegensatz zum willkürlichen Recht der Einzelnorm.

⁴⁴ H.J.F. Silva, *Understanding Conceptions of Law* (Colombo: Royal Institute of Colombo 2015), S. 28.

⁴⁵ So bsp.: Elise G. Nalbandian, “Early Legal Positivism: Bentham & Austin,” S. 151.

⁴⁶ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1995), S. 25.

Austin erkennt, dass es durchaus Rechtsnormen gibt, die nicht von Sanktionen begleitet werden. Diesen ist aber dennoch eine Rechtsfolge zu entnehmen. Wird beispielsweise ein Vertrag nicht nach den Regeln des Gesetzes geschlossen, so ist für diesen Fall zwar keine explizite Sanktion vorgesehen, der geschlossene Vertrag ist aber nichtig, so dass aus diesem keine Ansprüche abgeleitet werden können, was seinerseits eine Art Sanktion darstellt.⁴⁷

Brian Bix zufolge war Austins Beitrag zur Rechtstheorie im Hinblick auf vier Gesichtspunkte neu:⁴⁸

Einmal war Austin der Erste, der das Recht analytisch untersuchen wollte, ohne es in einen historischen oder soziologischen Kontext zu setzen oder es als Ausdruck einer bestimmten politischen Theorie zu begreifen.⁴⁹ Seiner analytischen Jurisprudenz ging es dabei darum, die Natur des Rechts und seiner Schlüsselbegriffe, wie etwa „Recht“, „Verpflichtung“, „Rechtsgeltung“ und dergleichen zu untersuchen und zu erhellen.⁵⁰

Zweitens müssen Austins Arbeiten vor dem Hintergrund gesehen werden, dass die damalige englische Rechtspraxis durch das Gewohnheitsrecht geprägt war, das als wesentlicher juristischer Bezugspunkt im Vordergrund stand und an die Gepflogenheiten und Rechtsgewohnheiten des politischen Verbundes anknüpfte. Vor diesem Hintergrund eine Konzeption des Rechts vorzuschlagen, die das Recht als eine durch den Gesetzgeber vorgenommene willkürliche Satzung begreift, und einen Rechtsbegriff vorzulegen, der sich strikt nach Rechtsquellen bestimmt, war in dieser Form neu, entsprach aber schon eher den Erforderlichkeiten der Regulierung komplexer Gesellschaften in modernen Zeiten.⁵¹

⁴⁷ John Austin, The John Austin Collection, Band I, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (Bristol: Thoemmes Press 1996), S. 457.

⁴⁸ Bix, Brian, "John Austin", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/austin-john/>>.

⁴⁹ Ebd.

⁵⁰ Ebd.

⁵¹ Ebd.

Drittens war Austins Beitrag dadurch gekennzeichnet, dass er einen strikt deskriptiven Zugang zum Recht suchte und dieses zum Gegenstand einer „wissenschaftlichen“ Untersuchung machte, und damit (nach Auffassung einiger Autoren) die Kernelemente des Rechtspositivismus umrissen hat.⁵²

Neu war auch die systematische Ausformulierung der Imperativtheorie, die zwar bereits von Bentham vorweggenommen wurde, aber erst aufgrund von Austins Arbeiten tatsächlich an Einfluss gewann (Benthams Schriften wurden wie gesagt erst sehr viel später veröffentlicht).⁵³

Austin allerdings als den ersten paradigmatischen Rechtspositivisten anzusehen, hält zumindest Postema für bedenklich:

“Hart may have been right that with Austin the career of positivism as a distinctive legal doctrine was begun, but that doctrine already at its inception was narrow, serving an intellectually and especially philosophically abstemious method of inquiry. Taking Austin as the paradigmatic classical positivist plucks positivist legal theory from the rich and varied soil in which it had thrives until Austin.”⁵⁴

Auf eine Kritik an Austins Imperativtheorie und seiner Ausgestaltung der Idee gesetzgeberischer Souveränität wird noch zurückzukommen sein, wenn der moderne Rechtspositivismus vorgestellt wird, wie er insbesondere im Werk von H.L.A. Hart zum Ausdruck kommt.⁵⁵ Auch wird auf die Frage zurückzukommen sein, welche normativen Dimensionen der Rechtspositivismus hat oder haben sollte.

Im Folgenden geht es nun um eine kurze Darstellung des modernen Rechtspositivismus, wie er von Kelsen und Hart vertreten wurde.

⁵² Ebd.

⁵³ Ebd.

⁵⁴ Gerald J. Postema, “Legal Positivism: Early Foundations”, S.42.

⁵⁵ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994).

6. Der moderne Rechtspositivismus

6.1 Die *Reine Rechtslehre* von Hans Kelsen

Neben H.L.A Harts *The Concept of Law* ist Hans Kelsens *Reine Rechtslehre* das zentrale rechtspositivistische Werk des 20. Jahrhunderts, das weltweit große Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat und hier mit seinen wesentlichen Inhalten zumindest kurz dargestellt werden soll. Hans Kelsen (1881-1973) ist einer der führenden Juristen des 20. Jahrhunderts gewesen. Luís Duarte d'Almeida, John Gardner und Leslie Green haben dazu bemerkt:

“Hans Kelsen is universally regarded as twentieth century’s foremost jurist and philosopher, and remains, 40 years after his death, one of the most discussed. Not many topics in general jurisprudence exist, on which he did not have some important things to say. His Pure Theory of Law, developed over the the course of many decades, is arguably the single most important intellectual achievement of contemporary jurisprudence.”¹

6.1.1 Das Programm der *Reinen Rechtslehre*

Zu Beginn der *Reinen Rechtslehre* umreißt Kelsen das Programm seiner Rechtslehre wie folgt:

„Die Reine Rechtslehre ist eine Theorie des positiven Rechts; des positiven Rechts schlechthin, nicht einer speziellen Rechtsordnung. Sie ist allgemeine

¹Luís Duarte d'Almeida, John Gardner, Leslie Green (Hrsg), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law* (Oxford: Hart Publishing 2013), S. 1.

Rechtslehre, nicht Interpretation besonderer nationaler oder internationaler Rechtsnormen. Aber sie gibt eine Theorie der Interpretation.

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. Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik.

Wenn sie sich als eine „reine“ Lehre vom Recht bezeichnet, so darum, weil sie nur eine auf das Recht gerichtete Erkenntnis sicherstellen und weil sie aus dieser Erkenntnis alles ausscheiden möchte, was nicht zu dem exakt als Recht bestimmten Gegenstand gehört. Das heißt: sie will die Rechtswissenschaft von all ihren fremden Elementen befreien. Das ist ihr methodisches Grundprinzip.“²

Die Reine Rechtslehre will die Rechtswissenschaft als Geisteswissenschaft etablieren, die einerseits frei ist von ideologischen Einflüssen und die sich andererseits von den naturwissenschaftlichen Ansätzen in den Rechtswissenschaften abgrenzen will, die dem Recht die Normativität absprechen und daher keine Wissenschaft vom Recht als einer positiven Sollensordnung sind.³

6.1.2 Gegenstand der Erkenntnis: das positive Recht

Gegenstand der Erkenntnis ist das positive Recht. Die Positivität des Rechts besteht darin, dass es durch bestimmte menschliche Akte gesetzt wird. Dabei handelt es sich um Akte der Rechtssetzung, also Akte der Gesetzgebung, und Akte der Rechtsanwendung durch Verwaltung und Justiz, die allerdings ihrem Gehalt nach immer auch zugleich Akte

² Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, (2. Aufl., Wien 1960), S. 1.

³ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, (1. Aufl., Wien 1934), S. III.

der Rechtsschöpfung sind.⁴ Eine strikte Trennung nach Rechtssetzung und Anwendung kann im Rahmen des Stufenbaus der Rechtsordnung (dazu unten 6.1.5) realistischweise nicht erfolgen, da jeder Akt der Rechtsanwendung auch Elemente der Rechtssetzung, d.h. der Rechtserzeugung umfasst (bsp.: ein gerichtliches Urteil, das im Rahmen der Interpretation einer Norm diese konkretisiert und erst damit zu einem bestimmten, auf den Einzelfall bezogenen Rechtsergebnis kommt). Das Gewohnheitsrecht ist dabei Teil des positiven Rechts, sofern die Verfassung eines politischen Verbundes dieses als rechtserzeugenden Tatbestand anerkennt.⁵

Das Recht ist (wie auch die Moral) eine normative Ordnung, die sich auf menschliches Handeln bezieht. Das Recht bezeichnet dementsprechend ein System von Normen, die menschliches Verhalten regeln. Als Norm wird dabei begriffen, dass etwas sein oder geschehen soll, insbesondere dass sich ein Mensch in einer bestimmten Weise verhalten soll.⁶ Gegenstand der Rechtserkenntnis der *Reinen Rechtslehre* sind folglich Rechtsnormen (und zwar auch die individuelle Rechtsnorm in Form etwa eines richterlichen Urteils oder eines Verwaltungsaktes). Der *Reinen Rechtslehre* geht es um die Erfassung dieser Normen als Inbegriff des positiven Rechts, nicht aber um ihre Bewertung. Im Mittelpunkt der Reinen Rechtslehre als Wissenschaft vom Recht steht die Frage der Struktur des Rechtssatzes, des Stufenbaus der Rechtsordnung, und der Erzwingbarkeit des Rechts als dessen entscheidendes Charakteristikum (siehe unten).⁷

6.1.3 Rechtswissenschaft und Rechtspolitik

Der Unterscheidung von Rechtspolitik und Rechtswissenschaft kommt für Kelsen besondere Bedeutung hinzu. Die Rechtswissenschaft ist nicht Ausdruck einer politischen

⁴ RR, 2. Aufl., S. 240.

⁵ RR, 2. Aufl., S. 9.

⁶ RR, 2. Aufl., S. 4.

⁷ Andreas Kley/Esther Topfink, „Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre,“ JA, S. 170.

Theorie (wobei das zu erfassende Recht dies sehr wohl sein kann). Die Erkenntnis des Rechts, so wie es ist, soll frei von politischen Inhalten oder Ideologien und nicht danach bestrebt sein, das bestehende Recht zu rechtfertigen oder zu disqualifizieren. Kelsen schreibt dazu:

„Betrachtet man [das positive Recht] im Verhältnis zu einer „höheren Ordnung“, die den Anspruch erhebt, das „ideale“, das „richtige“ Recht zu sein, und fordert, daß das positive Recht ihr entsprechen solle, etwa im Verhältnis zum Naturrecht oder einer – sonstwie gedachten – Gerechtigkeit, dann stellt sich das positive, das heißt von menschlichen Akten gesetzte, das geltende, im großen und ganzen angewendete und befolgte Recht als das „wirkliche“ Recht dar, und dann muß eine Theorie des positiven Rechts, die dieses mit einem Naturrecht oder sonst einer Gerechtigkeit vermennt in der Absicht, jenes zu rechtfertigen oder zu disqualifizieren, als Ideologisch [...] abgelehnt werden. In diesem Sinne hat die Reine Rechtslehre eine ausgesprochen anti-ideologische Tendenz. Sie bewährt diese Tendenz darin, daß sie in ihrer Darstellung des positiven Rechts dieses von jeder Vermengung mit einem „idealen“ oder „richtigem“ Recht freihält. Sie will das Recht darstellen, so wie es ist, nicht so, wie es sein soll, sie fragt nach dem wirklichen und möglichen, nicht nach dem „idealen“, „richtigen“ Recht. Sie ist in diesem Sinne eine radikale realistische Rechtstheorie, das heißt eine Theorie des Rechtspositivismus. Sie lehnt es ab, das positive Recht zu bewerten. Sie betrachtet sich als Wissenschaft zu nichts anderem verpflichtet, als das positive Recht seinem Wesen nach zu begreifen und durch Analyse seiner Struktur zu verstehen. Sie lehnt es insbesondere ab, irgendwelchen politischen Interessen dadurch zu dienen, daß sie ihnen die „Ideologien“ liefert, mittels derer die bestehende gesellschaftliche Ordnung legitimiert oder disqualifiziert wird.“⁸

⁸ RR, 2. Aufl., S. 112.

Für Kelsen besteht der Grund dieser Vorgehensweise nicht nur in der „wissenschaftlichen“ Ausrichtung der *Reinen Rechtslehre*. Kelsen geht es auch darum, dass das positive Recht, so wie es besteht, weder im Namen der Rechtswissenschaft mit einer „höheren“ Ordnung identifiziert wird, und somit einen Wert zugesprochen bekommt, den es tatsächlich nicht hat, noch dass dem Recht die Geltung abgesprochen wird, weil es etwa im Widerspruch zu einem idealen oder richtigen Recht, namentlich der Gerechtigkeit, stünde.⁹ Es mag dabei nicht überraschen, dass Kelsen die „Gerechtigkeit“ nicht als einen der Wissenschaft zugänglichen Gegenstand der Erkenntnis ansieht und diese schon aus diesem Grund nicht Teil juristischer Erkenntnis sein kann, die sich als Wissenschaft versteht. Dennoch stellt Kelsen fest: „Die Möglichkeit der Geltung einer über dem positiven Recht stehenden Ordnung bleibt [für die *Reine Rechtslehre*] außer Diskussion.“¹⁰ Außer Diskussion steht auch, dass das Recht moralisch, d.h. gut sein soll, eine Forderung die sich von selbst versteht.¹¹

Die Frage des richtigen Rechts und die Frage nach der Art, wie es erzeugt werden soll (etwa demokratisch), sind letztlich Fragen der Rechtspolitik, aus denen sich die Rechtswissenschaft heraushalten soll, will sie nicht zum Ausdruck einer Ideologie werden.¹²

In Kelsens Unterscheidung zwischen der Erfassung des Rechts, wie es ist, und dem Recht, wie es sein soll, schimmern auch Benthams Befürchtungen durch, die H.L.A Hart wie folgt umschrieben hat:

„Es gibt also zwei Gefahren zwischen denen hindurchzusteuern das Bestehen auf diesem Unterschied [des Rechts, wie es ist, und des Rechts, wie es sein soll] uns helfen wird: die Gefahr, daß das Recht und seine Autorität sich in der Vorstellung der Leute davon, was Recht sein solle,

⁹ Ebd.; in der 1. Auflage heißt es noch „... oder daß die Diskrepanz zwischen einem irgendwie vorausgesetzten Gerechtigkeitsideal und dem positiven Recht zu einem juristischen Argument gegen dessen Geltung mißbraucht werde“, S. 38.

¹⁰ RR, 1. Aufl., S. 38.

¹¹ Ebd., S. 12.

¹² RR, 2. Aufl. S. 112; Kelsen war Zeit seines Lebens natürlich ein Befürworter der Demokratie.

auflöst, und die Gefahr, daß das bestehende Recht die Moral in ihrer Funktion als letzten Maßstab des Verhaltens verdrängt und sich so der Kritik entzieht.“¹³

6.1.4 Die Norm als Deutungsschema

Die Rechtsnormen ermöglichen es, bestimmte sich in Raum und Zeit abspielende Vorgänge juristisch zu deuten und ihnen eine juristische Bedeutung zu verleihen.¹⁴ Kelsen bezeichnet dies als „die Norm als Deutungsschema“.¹⁵ So unterscheidet sich der Befehl eines Steuerbeamten von dem eines Gangsters:

„Der Befehl eines Gangsters, ihm eine bestimmte Geldsumme zu geben, hat denselben subjektiven Sinn wie der Befehl eines Steuerbeamten, nämlich den Sinn, daß das Individuum, an den der Befehl gerichtet ist, eine bestimmte Geldsumme leisten soll. Aber nur der Befehl des Steuerbeamten, nicht der Befehl des Gangsters hat den Sinn einer geltenden, den Adressaten verpflichtenden Norm, nur der eine, nicht der andere ist ein norm-setzender Akt: weil der Akt des Steuerbeamten durch ein Steuergesetz ermächtigt ist [...].“¹⁶

¹³ H.L.A. Hart, Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, in: H.L.A. Hart, *Recht und Moral* (1971), S. 19.

¹⁴ Walter Ott, *Vielfalt des Rechtspositivismus* (2016), S. 7.

¹⁵ RR, 2. Aufl., S.4.

¹⁶ RR, 2.Aufl., S. 8.

6.1.5 Stufenbau der Rechtsordnung

Das gerade genannte Beispiel weist auf die Lehre vom Recht als Stufenordnung hin. Die Lehre vom Stufenbau begreift das Recht als einen interdependenten Normenkomplex und als stufenweise zunehmende Normenkonkretisierung.¹⁷ Die Rechtsnormen stehen dabei in einem wechselseitigen Delegations- und Ableitungszusammenhang.¹⁸ Wie bereits erwähnt, reduziert die *Reine Rechtslehre* den Begriff der Norm nicht auf generelle Normen einschließlich des Gewohnheitsrecht, sondern begreift die Rechtsordnung und die in ihr gesetzten Normen als die „Gesamtheit der auf den verschiedenen Rechtsebenen erzeugten Rechtsakte: von der Verfassung über Gesetze und Verordnungen bis hin zu richterlichen Urteilen, behördlichen Entscheidungen oder den zwischen Privatpersonen geschlossenen Verträgen (lex contractus)“.¹⁹ Die Besonderheit des Rechts besteht darin, dass es seine eigene Erzeugung regelt, indem die eine Rechtsnorm das Verfahren regelt, in dem eine andere Rechtsnorm erzeugt wird:

„Das Verhältnis zwischen einer höheren und einer niederen Stufe der Rechtsordnung, wie zwischen Verfassung und Gesetz oder Gesetz und richterlichen Urteil ist eine Relation der Bestimmung oder Bindung; die Norm höherer Stufe regelt [...] den Akt, durch den die Norm tieferer Stufe erzeugt wird [...], sie bestimmt dabei nicht nur das Verfahren, in dem die niedere Norm erzeugt wird, sondern eventuell auch den Inhalt der zu erzeugenden Norm.“²⁰

Mit Ausnahme der untersten Stufe der Rechtsordnung, die die Vollstreckung von Zwangsakten zum Gegenstand hat, zeichnen sich alle Normen der vorherigen Stufen dadurch aus, dass sie einen sowohl rechtsanwendenden als auch rechtserzeugenden Charakter haben, einen Prozess, den man als zunehmende Normenkonkretisierung

¹⁷ Horst Dreier, „Hans Kelsen (1881-1973),“ in: Horst Dreier, *Kelsen im Kontext* (Tübingen: Mohr Siebeck 2019), S. 10.

¹⁸ Ebd.

¹⁹ Ebd., S.11.

²⁰ RR, 1. Aufl., S. 91.

bezeichnen kann, da die Spielräume des freien Ermessens der rechtserzeugenden Organe sich zunehmend verengen.²¹

6.1.6 Die Grundnorm

Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung ist einleuchtend. Gerichtliche Urteile oder Verwaltungsentscheidungen können auf Gesetze zurückgeführt werden, die wiederum in Übereinstimmung mit einer zugrunde liegenden Verfassung ergangen sind. Somit kann die Geltung rechtserzeugender Akte bis auf die Verfassung zurückgeführt werden. Die Geltung dieser Verfassung kann gegebenenfalls auf eine noch ältere Verfassung zurückzuführen sein. Worauf ist allerdings dann die Geltung dieser ältesten Verfassung zurückzuführen? Kelsen meint hier, ein Problem für die Normativität der Rechtsordnung zu sehen, das nur durch die Annahme einer von ihm als Grundnorm bezeichneten Norm gelöst werden kann:

„Wie erwähnt, ist die Norm, die den Geltungsgrund einer anderen Norm darstellt, dieser gegenüber eine höhere Norm. Die Suche nach dem Geltungsgrund einer Norm kann nicht, wie die Suche nach der Ursache einer Wirkung, bis ins Endlose gehen. Sie muss bei einer Norm enden, die als letzte, höchste, vorausgesetzt wird. Als höchste Norm muß sie vorausgesetzt sein, da sie nicht von der Autorität gesetzt sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müßte. Ihre Geltung kann nicht mehr von einer höheren Norm abgeleitet, der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden. Eine solche als höchste vorausgesetzte Norm wird hier als Grundnorm bezeichnet.“²²

²¹ Ebd.

²² RR, 2. Aufl., S. 197.

Von der Normativität einer Ordnung kann also nur gesprochen werden, wenn man eine entsprechende Grundnorm als ihr zugrundeliegend voraussetzt: „Sie verleiht dem Akt des ersten Gesetzgebers und sohin allen anderen Akten der auf ihn beruhenden Rechtsordnung den Sinn des Sollens.“²³

Zum Inhalt der Grundnorm schreibt Kelsen:

„Da es die Grundnorm einer Rechtsordnung, das heißt: einer Zwangsakte statuierenden Ordnung ist, lautet der diese Norm beschreibende Satz, der Grundsatz der in Frage kommenden staatlichen Rechtsordnung: Zwangsakte sollen gesetzt werden unter der Bedingung und auf die Weise, die die historisch erste Staatserfassung und die ihr gemäß gesetzten Normen statuieren. (In verkürzter Form: Man soll sich so verhalten, wie die Verfassung vorschreibt.)“²⁴

Neben der normativitätsstiftenden Funktion tritt die einheitsstiftende Funktion der Grundnorm, die als höchster Abschlusspunkt (*apex norm*) des Stufenbaus einer (systematisch zusammengefassten) Rechtsordnung fungiert²⁵, ohne dabei allerdings selbst der Rechtsordnung anzugehören.²⁶

6.1.7 Recht als Zwangsordnung

Die wesentlichen Voraussetzungen, um ein Normensystem als ein Rechtssystem zu begreifen, sind Kelsen zufolge dementsprechend dreierlei: die Normenordnung muss (1) menschliches Verhalten regeln. Dabei gibt es kein menschliches Verhalten, das als

²³ RR, 1. Aufl. S. 66.

²⁴ RR, 2. Aufl. S. 203.

²⁵ Hans Dreier, „Hans Kelsen,“ in: Hans Dreier, *Kelsen im Kontext* (2019) S.10.

²⁶ Soweit die Grundnorm nicht durch menschliche Akte gesetzt und alles Recht positiv ist, kann es sich nicht um eine Rechtsnorm handeln.

solches ausgeschlossen werden könnte, zum Gegenstand einer Rechtsnorm zu werden. Das Recht kann dementsprechend jeden beliebigen Inhalt annehmen²⁷; die Normenordnung muss (2) auf bestimmte qualifizierte menschliche Verhaltensweisen mit einem Zwangsakt durch ihren Rechtsstab reagieren; und sie muss (3) ihre Geltung von einem spezifischen vorausgesetzten Geltungsgrund, der von Kelsen so genannten Grundnorm, ableiten.²⁸

Insoweit Kelsen den Zwangscharakter des Rechts als eine seiner wesentlichen Eigenschaften begreift, steht Kelsen durchaus in der Tradition der sog. Imperativtheorie, modifiziert diese allerdings dergestalt, dass sich die Imperative an den Rechtsstab richten, auf bestimmte, durch das Gesetz definierte menschliche Verhaltensweisen mit einem Zwangsakt zu reagieren.

6.1.8 Interpretationslehre

Die Interpretationslehre Kelsens folgt gewissermaßen aus ihrer engen Verklammerung mit der Stufenbautheorie und besagt im Grunde, dass jeder Rechtsanwendungsvorgang auch einen Rechtserzeugungsvorgang darstellt, in dem sowohl kognitive, also rechtserkennende Elemente, als auch volitive, also rechtsetzende Elemente, eine Rolle spielen.²⁹ Es kann also keine Rede davon sein, dass Kelsen die Anwendung einer Rechtsnorm als einen reinen Subsumtionsschluss erachten würde.³⁰ Dazu schreibt Kelsen:

„Die Funktion der sogenannten Rechtsprechung ist vielmehr durchaus konstitutiv, ist Rechtserzeugung im eigentlichen Sinne des Wortes. [...].

²⁷ RR, 1. Aufl. S. 63.

²⁸ So etwa Thomas Olechowski, „Kelsen Rechtslehre im Überblick,“ in: Tamara Ehs (Hrsg.), *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung* (Baden-Baden: Nomos 2009), S. 50.

²⁹ Hans Dreier, „Zerrbild Rechtspositivismus,“ in: Hans Dreier, *Kelsen im Kontext* (2019), S. 336.

³⁰ Ebd.

Darum ist das richterliche Urteil selbst eine individuelle Rechtsnorm, die Individualisierung oder Konkretisierung der generellen oder abstrakten Rechtsnorm, die Fortführung des Rechtserzeugungsprozesses aus dem Generellen in das Individuelle. Nur das Vorurteil, demzufolge alles Recht in der generellen Norm beschlossen ist, die fehlerhafte Identifizierung des Rechts mit dem Gesetz, konnte diese Einsicht verdunkeln.“³¹

6.1.9 Identität von Staat und Recht

Der Staat ist nach Kelsen Auffassung identisch mit der Rechtsordnung, die ihn konstituiert. Die drei klassischen Staatselemente Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt bezeichnen dabei nicht anderes als den personellen Geltungsbereich, den räumlichen Geltungsbereich sowie die Geltung der Rechtsordnung selbst.³² Diese Auffassung Kelsens, die auch überzeugend ist, stellt sich als weiters ideologiekritisches Element seiner *Reinen Rechtslehre* dar.³³

Soweit also zur Zusammenfassung der Hauptelemente der *Reinen Rechtslehre*. Die Zusammenfassung diene hier dem Zweck, ein zentrales rechtspositivistisches Programm des 20. Jahrhunderts samt seiner ideologiekritischen Stoßrichtung vorzustellen, ohne dessen Behandlung die Darstellung des modernen Rechtspositivismus lückenhaft wäre. Es folgt nun die Darstellung von H.L.A. Harts *The Concept of Law*.

³¹ RR, 1. Aufl. S. 79.

³² RR, 2. Aufl., S. 289ff.; siehe auch Tomas Olechowski, „Kelsen Rechtslehre im Überblick,“ in: Tamara Ehs (Hrsg.), *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung* (2009), S. 60.

³³ Ebd.

6.2 H.L.A. Hart: The Concept of Law

Im Mittelpunkt der Behandlung des modernen Rechtspositivismus steht H.L.A. Harts *The Concept of Law*.³⁴ Es handelt sich hierbei um das grundlegende rechtspositivistische Werk des 20. Jahrhunderts (im angelsächsischen Raum)³⁵, das bezeichnenderweise eigentlich für englische Studenten vor ihrem Studienabschluss gedacht war.³⁶ *The Concept of Law* hat sowohl die Grundlinien des modernen Rechtspositivismus als auch die zeitgenössische Debatte um den Rechtspositivismus maßgeblich geprägt. Matthew D. Adler und Kenneth Einar Himma bringen dies auf den Punkt:

“Forty-five years after the publication of *The Concept of Law*, Hart’s model remains the center for nearly all contemporary work in analytic jurisprudence –among both positivist who accept or build upon the model and antipositivist such as Roland Dworkin, who proceed in reaction to it.”³⁷

Die kaum zu überschätzende Bedeutung von Harts *The Concept of Law* spiegelt sich auch in den Worten von Jules Coleman wider, der allerdings auch auf den mit dem Buch verbundenen Klärungsbedarf hinweist:

“H.L.A. Hart’s *The Concept of Law* is the most important and influential book in the legal positivist tradition. Though its importance is undisputed, there is a good deal less consensus regarding its core commitments, both methodological and substantive.”³⁸

³⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994).

³⁵ Mark Murphy, *Philosophy of Law. The Fundamentals* (2007), S. 26.

³⁶ H.L.A. Hart, “Postscript,” in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994). S. 238.

³⁷ Matthew D. Adler / Kenneth E. Himma, “Introduction,” in: Matthew D. Adler / Kenneth E. Himma (Hrsg.), *The Rule of Recognition and the US Constitution* (Oxford: Oxford University Press 2009), S. xiii.

³⁸ Jules Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis,” in: Jules Coleman (Hrsg.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 2001), S. 99, mit weiteren Nachweisen zur Bedeutung von H.L.A. Harts *The Concept of Law*.

Die kursorische Darstellung von Harts *The Concept of Law* dient hier als Basis für die späteren Ausführungen zur zeitgenössischen Debatte um den inklusiven und exklusiven Rechtspositivismus, deren Entstehung eng mit der Kritik an Harts *The Concept of Law* verbunden ist.

6.2.1 Die Kritik an der Imperativtheorie

Ausgangspunkt von Harts rechtspositivistischen Überlegungen ist die Kritik an der sog. Imperativtheorie, wie sie von Bentham und insbesondere von Austin vertreten worden ist. Hart geht es mit seiner Kritik darum, den Rechtspositivismus von dieser Theorie zu lösen, die er für fehlerhaft erachtet, mit der der Rechtspositivismus aber seit Austin verbunden war. Hart fasst die Imperativtheorie dabei wie folgt zusammen:

“On this simple account of the matter, [...] there must, wherever there is a legal system, be some persons or body of persons issuing general orders backed by threats which are generally obeyed, and it must be generally believed that these threats are likely to be implemented in the event of disobedience. This person or body must be internally supreme and externally independent. If, following Austin, we call such a supreme and independent person or body of persons the sovereign, the laws of any country will be the general orders backed by threats which are issued either by the sovereign or subordinates in obedience to the sovereign.”³⁹

Während für Austin sich Rechtsnormen dadurch auszeichnen, dass in ihnen Befehle des Souveräns, also Willensäußerungen, die mit Übelsandrohungen verbunden sind, zum Ausdruck kommen, hält Hart diese Beschreibung von Rechtsnormen für zu eindimensional, um damit moderne Rechtsordnungen zu beschreiben.

³⁹ H.L.A. Hart, *Concept of Law* (1994), S. 25.

Zwar räumt Hart ein, dass einige Gruppen von Normen, wie beispielsweise das Strafrecht oder das Schadensrecht, mit dieser Beschreibung erfasst werden können.⁴⁰ Andere Rechtsnormen allerdings legen gerade keine Verpflichtungen zu einem Tun oder Unterlassen auf, sondern ermächtigen vielmehr zum rechtswirksamen Handeln.⁴¹ Dazu zählt im Privatrecht beispielsweise das Vertragsrecht, das es dem Einzelnen ermöglicht, eigenständig Rechte und Pflichten zu erzeugen.⁴² Hart nennt diese Art von Rechtsnormen Ermächtigungsnormen. Insbesondere im öffentlichen Recht legen solche Normen die Zuständigkeiten und Befugnisse der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung fest und sind mit einem Verständnis von Normen als Befehle in ihrer Eigenart nicht hinreichend zu erfassen.⁴³

Vor allem konstituieren solche Regeln den Gesetzgeber und legen auch die Grenzen wirksamer Gesetzgebung fest.⁴⁴ Austins Souveränitätsverständnis, das einen Souverän voraussetzt, der gleichsam über dem Recht steht, und nicht selbst Gegenstand rechtlicher Ausgestaltung ist, entspricht nicht den Gegebenheiten (moderner) Rechtsordnungen. Ermächtigungsnormen sind hier integraler Bestandteil jeder Rechtsordnung. Hart stellt deshalb zu Recht fest:

“[T]here is a radical difference between rules conferring and defining the manner of exercise of legislative powers and the rules of criminal law, which at least resemble orders backed by threats”⁴⁵

Darüber hinaus zeigt Hart auf, dass Austins Rechtsverständnis das Vorhandensein solcher Ermächtigungsnormen im Grunde voraussetzt.⁴⁶ Insbesondere seien beispielsweise Personen, die gesetzgeberischen Körperschaften angehören, in ihrer Rolle als Rechtsadressaten an ihre eigenen Anordnungen gebunden und unterliegen wie

⁴⁰ Ebd., S. 27.

⁴¹ Ebd., S. 28.

⁴² Ebd.

⁴³ Ebd., S. 28ff.

⁴⁴ Ebd., S. 31.

⁴⁵ Ebd., S. 31.

⁴⁶ Ebd., S. 42; S. 79.

andere auch den Anforderungen der Rechtsordnung.⁴⁷ Um dies zu verstehen, ist es erforderlich, Normen vorauszusetzen, die Rollenzuschreibungen vorsehen.⁴⁸ Austins Rechtsverständnis lässt keinen Raum, die unterschiedlichen Normtypen, die eine Rechtsordnung auszeichnen, konzeptuell zu erfassen. Auch verkennt seine Vorstellung von Souveränität, dass die Idee der Souveränität ihrerseits andere Normtypen voraussetzt.

Darüber hinaus ist Hart der Ansicht, dass Austin die Rolle von Sanktionen im Rahmen der Rechtsordnung grundsätzlich überschätzt. Dem Recht wird Hart zufolge im Wesentlichen deshalb entsprochen, weil die Rechtsadressaten einem der Norm entsprechenden Gefühl der Verpflichtung nachkommen, das nicht auf gewohnheitsmäßigen Gehorsam oder eine Sanktionsandrohung zurückzuführen ist.⁴⁹ Sanktionen sind daher nicht das zentrale Merkmal geltender Rechtsordnungen.

Hart kommt damit zu dem Ergebnis, dass die Imperativtheorie aufzugeben sei:

“These arguments against the [command] theory [...] are fundamental in the sense that they amount to the contention that the theory is not merely mistaken in detail, but that the simple idea of orders, habits and obedience, cannot be adequate for the analysis of law. What is required instead is the notion of a rule conferring powers which may be limited or unlimited, on persons qualified in certain ways to legislate by complying with a certain procedure.”⁵⁰

⁴⁷ Ebd.

⁴⁸ Ebd., S. 43.

⁴⁹ Ebd., S. 82ff.

⁵⁰ Ebd., S. 77.

6.2.2 Recht als ein Verbund von primären und sekundären Regeln

Harts zentraler Einwand gegen die Imperativtheorie besteht darin, dass sich die Frage, wer, in welchen Grenzen Recht setzen kann, nach bestehenden Rechtsregeln bestimmt.

Moderne Rechtsordnungen zeichnen sich folglich dadurch aus, dass in ihnen Regeln enthalten sind, die nicht nur bestimmen, welche Regeln als Bestandteile der Rechtsordnung anzusehen sind (Bsp.: „Law is what the Queen enacts in Parliament“ für das Vereinigte Königreich oder „Was Volk und Stände beschließen ist Recht“ für die Schweiz), sondern auch bestimmen, wie Regeln zu erlassen, abzuändern oder aufzuheben sind.

An die Stelle der Imperativtheorie setzt Hart dementsprechend ein Regelmodell, das besagt, dass sich jede Rechtsordnung als ein Verbund primärer und sekundärer Regeln auszeichnet („law as the union of primary and secondary rules“).

Primäre Regeln sind solche Regeln, die bestimmen, welche Rechte und Pflichten die Rechtsadressaten haben (wie sich also die Rechtslage in einem bestimmten Fall darstellt). Sekundäre Regeln dagegen sind solche Regeln, die bestimmen, wie primäre Regeln zu identifizieren sind, und insbesondere wie sie erlassen, abgeändert oder aufgehoben werden und wie bei Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt primärer Regeln (Rechtsstreit) vorzugehen ist.

Im Einzelnen nennt Hart drei solcher sekundärer Regeln:

- (1) Die „rule of recognition“ dient der Identifizierung von Regeln als Rechtsregeln. Nach ihr bestimmt sich, welche Regeln Bestandteil der Rechtsordnung sind.⁵¹
- (2) Die „rule of change“ beschreibt, wie geltendes Recht erlassen, abgeändert oder aufgehoben wird. Die „rule of change“ umfasst dabei (einerseits Regelungen die das Privatrecht betreffen, also die Änderung der Rechtslage durch privatautonomes Handeln), zentraler aber noch öffentlich-rechtliche

⁵¹ Ebd., S. 94f.

Regelungen, die das Verfahren des Erlassens oder der Abänderung von gesetzlichen Regelungen vorsehen.⁵²

- (3) Die „rule of adjudication“ bestimmt, wie das Recht angewendet wird und wie Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt von Rechtsnormen aufzulösen sind (Rechtsprechung aber auch Rechtsanwendung durch die Verwaltung, die der gerichtlichen Kontrolle unterliegt).⁵³

Diese Regeln sollen dazu dienen, drei fundamentale Schwächen solcher traditionellen Ordnungen zu beheben, die nur primäre Regeln kennen:

Zum einen besteht dort (1) das Problem der Ungewissheit darüber, was als Recht gilt und welchen Inhalt es hat. Dazu schreibt Hart:

“[I]f doubt arise as to what the rules are or as to the precise scope of some given rule, there will be no procedure for settling this doubt, either by reference to an authoritative text or to an official whose declarations on this point are authoritative”⁵⁴

Darüber hinaus besteht (2) das weitere Problem der Statik, da nicht ersichtlich ist, wie ohne entsprechende sekundäre Regeln ein Verfahren vorgesehen sein kann, wie primäre Regeln abgeändert werden oder wie sich die Rechtsverhältnisse in einem sozialen Verbund verändern können.⁵⁵

Schließlich besteht (3) das Problem der Ineffizienz im Rahmen der Durchsetzung des Rechts, da Unstimmigkeiten darüber bestehen könnten, ob eine geltende Norm im konkreten Fall Anwendung finden soll und wie sie gegebenenfalls durchgesetzt wird.⁵⁶

Probleme dieser Art sollen sekundäre Rechtsregeln lösen.

⁵² Ebd., S. 95.

⁵³ Ebd., S. 96-99.

⁵⁴ Ebd., S. 92.

⁵⁵ Ebd.

⁵⁶ Ebd., S. 93.

6.2.3 Geltungsgrund der sekundären Regeln

Während sich die (rechtliche) Geltung primärer Rechtsnormen nach Maßgabe sekundärer Regeln bestimmt, kann der Geltungsbegriff im Hinblick auf sekundäre Regeln nur noch ein faktischer sein.⁵⁷ Die Geltung sekundärer Regeln folgt nicht aufgrund höherrangiger oder außerrechtlicher Regeln (wie bspw. Kelsens Grundnorm). Solche Regeln gibt es Hart zufolge nicht und sie müssen für die Geltung einer Rechtsordnung auch nicht angenommen werden.⁵⁸ Sekundäre Regeln gelten in ungefähr gleicher Weise wie soziale Konventionen. Während der Beobachter diese identifizieren kann, erachtet der Teilnehmer (also insbesondere die rechtsanwendenden Organe) ihre Beachtung als obligatorisch.⁵⁹

6.2.4 Rechtsanwendung

Zur Rechtsanwendung bemerkt Hart, dass diese keinesfalls als Fall einfacher Gesetzessubsumtion angesehen werden kann, dass diese aber auch nicht als ein Fall umfassender richterlicher Willkür begriffen werden sollte.

Er schreibt:

“Neither in interpreting statutes nor precedents are judges confined to the alternatives of blind, arbitrary choice, or “mechanical” deduction from rules with predetermined meaning. Very often their choice is guided by an assumption that the purpose of the rules which they are interpreting is a reasonable one, so that the rules are not intended to work injustice or offend settled moral principles. Judicial decisions, especially on matters of high

⁵⁷ Ebd., S. 100, und entsprechende Fußnote S. 292; S.107.

⁵⁸ Ebd., S. 100.

⁵⁹ Ebd., S. 102.

constitutional import, often involves a choice between moral values, and not merely the application of some single outstanding moral principle; for it is a folly to believe that where the meaning of law is in doubt, morality always has a clear answer to offer.”⁶⁰

6.2.5 Recht und Moral

Nachdrücklich betont Hart, dass die Frage des moralisch Richtigen stets von der Frage des rechtlich Geltenden zu trennen ist.⁶¹ Das Vorhandensein einer Rechtsnorm ist eine Sache; ihre Richtigkeit oder Unrichtigkeit eine andere. An dieser Stelle folgt Hart unmissverständlich der Tradition Benthams und Austins.⁶²

Dabei wird der Inhalt des Rechts allerdings für gewöhnlich kein beliebiger sein. Wenn das Recht seiner Funktion gerecht werden soll, nämlich Rechtsfrieden herzustellen und sozialen Kooperation zu ermöglichen, wird es einem bestimmten moralischen Minimum entsprechen.⁶³ Dabei handelt es sich aber weniger um eine Geltungsvoraussetzung des Rechts, als vielmehr um einen empirischen Befund.⁶⁴ Im Recht bilden sich also zumindest Teile der moralischen Praxis einer Gesellschaft ab. Das Recht weist also im Regelfall inhaltliche Bezüge zur Moral auf.⁶⁵

Die Gemeinsamkeiten zwischen moralischen Regeln und Rechtsregeln besteht Hart zufolge darin, dass beide Regelsysteme zu beachten sind, ohne dass es auf eine inhaltliche Zustimmung des Adressaten ankommt.⁶⁶ Regelkonformes Verhalten wird

⁶⁰ Ebd., S. 204.

⁶¹ Ebd., S. 207.

⁶² Siehe auch den Aufsatz H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals, “ *Harvard Law Review*, 71. Band (1958), S. 593-629.

⁶³ H.L.A. Hart, *Concept of Law* (1994), S. 193ff.

⁶⁴ Ebd., S. 185f.

⁶⁵ Ebd., S. 204.

⁶⁶ Ebd., S. 172.

dabei durch sozialen Druck unterstützt. Die Beachtung dieser Regeln wird als selbstverständlich erachtet und ist nicht Gegenstand von Auszeichnungen. Die Regeln beziehen sich auf Handlungen, deren Tun oder Unterlassen als unverzichtbar für ein gedeihliches Zusammenleben anzusehen sind.⁶⁷

Die Unterschiede bestehen darin, dass sich die Moral auf die wichtigsten Aspekte menschlichen Handelns bezieht⁶⁸, dass das Recht im Gegensatz zur Moral willkürlich abgeändert werden kann und dass unterschiedliche Maßstäbe der Verantwortlichkeit und Formen der Sanktionierung bestehen.⁶⁹

6.2.6 Harts Zielsetzung

Hart begreift seine Rechtstheorie als eine deskriptive Theorie, die besagt, was als Recht zu begreifen ist, und die in dem Sinne allgemeingültig ist, als dass sie nicht an ein bestimmtes Rechtssystem oder an einen bestimmten Rechtskreis gebunden ist.⁷⁰ Sie ist deskriptiv in dem Sinne, dass sie moralisch neutral ist und keinerlei rechtfertigende Ambitionen verfolgt.⁷¹ Während die Theorie es selbst unterlässt, auf moralischen Grundlagen die allgemeinen Rechtsdarstellungen der deskriptiven Theorie zu rechtfertigen, hält Hart ein deutliches Verständnis des Rechts und seiner Strukturen für eine entscheidende Voraussetzung jeder brauchbaren moralischen Kritik am Recht.⁷² Diese Einschätzung teilt er insbesondere mit Bentham.

⁶⁷ Ebd.

⁶⁸ Ebd., S. 173.

⁶⁹ Ebd., S. 175ff.

⁷⁰ H.L.A. Hart, „Postscript,“ in: H.L.A. Hart, *Concept of Law* (1994), S. 239.

⁷¹ Ebd., S. 240.

⁷² Ebd.

7. Ronald Dworkins Kritik am Rechtspositivismus

Eine der zentralen Aussagen des Rechtspositivismus ist es, dass das Recht im Wesentlichen aus autoritativen Entscheidungsverfahren hervorgeht und sich daher identifizieren lässt, ohne moralische Erwägungen anzustellen. Kritiker sehen darin ein zu wenig differenziertes Bild des Rechts. Insbesondere geht es um die Frage, ob nicht auch moralische Erwägungen bei der Bestimmung des Rechts maßgeblich werden können und auch tatsächlich maßgeblich sind. Im Zentrum der Kritik steht also letztlich die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral.¹

In diesem Kapitel geht es um einen Rechtsphilosophen, der sich Zeit seines Lebens als besonders hartnäckiger Kritiker des Rechtspositivismus hervorgetan hat und die Debatte um den Rechtspositivismus in der zeitgenössischen Philosophie maßgeblich beeinflusst hat². Es handelt sich dabei um Ronald Dworkin (1931-2013), zu dem die *Stanford Encyclopedia* schreibt:

“Positivism’s most influential critic rejects the theory [of legal positivism] on every conceivable level. He denies that there can be *any* general theory of the existence and content of law; he denies that local theories of particular legal systems can identify law without recourse to its merits, and he rejects the whole institutional focus of positivism. A theory of law is for Dworkin a theory of how cases ought to be decided and it begins, not with an account of political organization, but with an abstract ideal regulating the conditions under which governments may use coercive force over their subjects.”³

¹ Scott Shapiro, “The Hart-Dworkin Debate: A short Guide for the Perplexed” (2007) *Public Law and Legal Theory Paper No. 77/2007*
https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf, S. 5; Andrei Marmor, *Philosophy of Law* (2011), S.84.

² Dennis Patterson, “Dworkin’s Criticism of Harts’s Positivism,” in: Patricia Mindus / Torben Spaak (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Legal Positivism* (2021), S.675ff.

³ Leslie Green and Thomas Adams, "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>.

Zwar ist man im rechtspositivistischen Lager der Auffassung, dass man Ronald Dworkins Kritik am Rechtspositivismus wirksam begegnen konnte⁴, seine Kritik aber dennoch zu einer Präzisierung rechtspositivistischer Standpunkte beigetragen hat, die die Debatte insgesamt wohl bereichert hat.⁵

So hat Ronald Dworkins Kritik am Rechtspositivismus zu einer Ausdifferenzierung im positivistischen Lager geführt und dabei Positionen hervorgebracht, die nunmehr unter der Bezeichnung inklusiver und exklusiver Rechtspositivismus geführt werden.⁶ Auf eine Darstellung und Diskussion dieser positivistischen Positionen wird noch zurückgekommen.

In diesem Kapitel soll zunächst Ronald Dworkins Kritik am Rechtspositivismus dargestellt werden. Wie Dworkins Kernkritik zu bewerten ist, wird in den folgenden Kapiteln zum inklusiven und exklusiven Rechtspositivismus zu erörtern sein. Grundsätzlich ist zu bemerken, dass Dworkin oftmals die von ihm kritisierten Positionen oder Lehrmeinungen nicht gänzlich zutreffend beschreibt.

7.1 Dworkins Kritik in seinen Grundzügen

Dworkin eröffnet seine Auseinandersetzung mit dem Rechtspositivismus, indem er Harts Darstellung des Rechtspositivismus zum Ziel seiner Kritik nimmt. Er hält diese für

⁴ Dennis Patterson, "Dworkin's Criticism of Harts's Positivism," in: Patricia Mindus / Torben Spaak (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Legal Positivism* (2021), S.692.

⁵ Kritisch dazu Brian Leiter, *The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century* (2004) *Public Law and Legal Theory Paper No. 70/2004*.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=598265 S.2.

⁶ Scott Shapiro, "Hart-Dworkin Debate", S. 18; Dennis Patterson, "Dworkin's Criticism of Harts's Positivism," in: Patricia Mindus / Torben Spaak (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Legal Positivism* (2021), S. 680.

die bedeutungsvollste Version des Rechtspositivismus (im angelsächsischen Raum). Er umreißt dabei, welche Stoßrichtung seine Kritik nehmen wird.⁷ Dworkin schreibt:

“I want to make a general attack on positivism and I shall use H.L.A. Hart’s version as a target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sort of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules.”⁸

Dworkins Kritik, die er über mehrere Jahrzehnte am Rechtspositivismus geübt und die sich dabei in unterschiedlichen Variationen geäußert hat, lässt sich anhand von folgenden fünf Punkten nachzeichnen⁹:

- (1) die Bedeutung von Prinzipien im Gegensatz zu Rechtsregeln, die der Rechtspositivismus laut Dworkin verkennt;
- (2) die Problematik einer rechtspositivistischen Rechtsquellenlehre, die das Recht nicht zur Gänze erfasst;
- (3) die Kritik an der Idee des richterlichen Ermessens, die dem Rechtspositivismus von Dworkin zugeschrieben wird;
- (4) die Kritik am semantischen Ansatz des Rechtspositivismus, den Dworkin erkennen will („semantic sting argument“);
- (5) die Kritik an einem deskriptiven Ansatz zur richtigen Erfassung der Natur des Rechts, wie ihn der Rechtspositivismus vertritt.

⁷ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), S. 16.

⁸ Ebd.

⁹ Siehe etwa H.J.F. Silva, *Understanding Conceptions of Law* (2015), S. 241.

7.2 Dworkins Beschreibung des Rechtspositivismus

Dworkin schreibt dem Rechtspositivismus drei zentrale Aussagen zu:

(1)

“The law of a community is a set of special rules used by the community directly or indirectly for the purpose of determining which behavior will be punished or coerced by the public power. These special rules can be identified and distinguished by specific criteria, by tests having to do not with their content but with their pedigree or the manner in which they were adopted or developed. These tests of pedigree can be used to distinguish valid legal rules from spurious legal rules (rules which lawyers and litigants wrongly argue are rules of law and also from other sorts of social rules (generally lumped together as ‘moral rules’) that the community follows but does not enforce through public power.”¹⁰

(2)

“The set of these valid legal rules is exhaustive of ‘the law’, so that if someone’s case is not clearly covered by such a rule (because there is none that seems appropriate, or those that seem appropriate are vague, or for some other reason) then that case cannot be decided by ‘applying the law.’ It must be decided by some official, like a judge, ‘exercising his discretion,’ which means reaching beyond the law for some other sort of standard to guide him in manufacturing a fresh legal rule or supplementing an old one.”¹¹

¹⁰ Ebd., S.17

¹¹ Ebd.

(3)

“To say that someone has a ‘legal obligation’ is to say that his case falls under a valid legal rule that requires him to do or to forbear from doing something. (To say he has a legal right, or has a legal power of some sort, or a legal privilege or immunity, is to assert, in a shorthand way, that others have actual or hypothetical legal obligations to act or not to act in certain ways touching him.) In the absence of such a valid legal rule there is no legal obligation; it follows that when the judge decides an issue by exercising his discretion, he is not enforcing a legal right as to that issue.”¹²

Die erste These, die auch als Herkunftsthese bezeichnet werden kann¹³, bezieht sich auf den Gedanken, dass Rechtsregeln nach Maßgabe einer Rechtsquellentheorie zu identifizieren sind. Dabei ist entscheidend, dass diese Rechtsquellentheorie es vorsieht, dass die Identifizierung von Regeln als Rechtsregeln dergestalt erfolgt, dass die Existenz und der Inhalt von Rechtsnormen durch Rückgriff auf die sozialen Quellen des Rechts etabliert wird, ohne dass dabei ein Bezug auf die Moral erforderlich ist. Die Identifizierung des Rechts als öffentliche Normen oder Verhaltensstandards soll also zuverlässig erfolgen können, ohne dass man bei der Identifizierung des Rechts auf kontroverse moralische Erwägungen zurückgreifen muss.¹⁴

Die zweite These, die Dworkin dem Rechtspositivismus zuschreibt, ist die sogenannte These des richterlichen Ermessens. Diese besagt, dass das Recht durch einen endlichen Satz von Rechtsregeln repräsentiert wird. Dies führt dazu, dass wenn die Anwendung dieser Rechtsregeln in einem bestimmten Fall zu keinem Ergebnis kommen kann, weil die Regeln des Rechts etwa auf diesen Fall unanwendbar sind, dem Richter zur Auflösung

¹² Ebd.

¹³ Scott Shapiro, “Hart-Dworkin Debate”, S. 7.

¹⁴ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), S. 347.

der durch den Fall aufgeworfenen Rechtsfragen ein Ermessen eingeräumt wird, wie er den Fall zu entscheiden gedenkt.

Die dritte These folgt aus der zweiten und besagt, dass dem Rechtspositivismus zufolge sich Rechte und Pflichten nur aus den Rechtsregeln ergeben können, und sofern den Rechtsregeln keine entsprechenden Rechte und Verpflichtungen entnommen werden können, solche auch nicht bestehen.

7.3 Dworkins Kritik am Rechtspositivismus

7.3.1 Rechtsprinzipien, Rechtregeln und Rechtsquellenlehre

Dworkin will mit seiner Beschreibung des Rechtspositivismus folgende Kritik verbinden: Das Recht wird tatsächlich nicht lediglich nach Maßgabe einer Rechtsquellentheorie identifiziert, da das Recht nicht nur Rechtregeln umfasst, sondern auch Rechtsprinzipien beinhaltet, deren Geltung sich aber nicht nach Rechtsquellen bestimmt:

“[M]ost rules of law, according to Hart, are valid because some competent institution enacted them. Some were created by legislature, in the form of statutory enactments. Others were created by judges who formulated them to decide particular cases, and thus established them as precedents for the future. But this test of pedigree will not work for principles.”¹⁵

Rechtsprinzipien gelten hingegen vielmehr aufgrund des (moralischen) Gehalts des jeweiligen Rechtsprinzips:

“The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the

¹⁵ Ebd., S. 40.

profession and the public over time. Their continued power depends upon this sense being sustained.”¹⁶

Unter einem Rechtsprinzip versteht Dworkin dabei folgendes:

“I call a ‘principle’ a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.”¹⁷

Rechtsprinzipien unterscheiden sich von Rechtsregeln dadurch, dass diese nicht in einer Alles-oder-nichts Weise angewendet werden, sondern dass ihnen ein Gewicht zukommt¹⁸, das der Richter im Rahmen seiner Entscheidung abzuwägen hat. Den Unterschied zu Rechtsregeln beschreibt Dworkin also wie folgt:

„[T]he difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.”¹⁹

Sein Hauptargument gegen den Rechtspositivismus zeichnet Dworkin dann auch wie folgt nach:

“I said that the thesis that there exists some commonly recognized test for law is plausible if we look only at simple legal rules of the sort that appear in statutes or are set out in bold type in textbooks. But lawyers and judges, in arguing and deciding lawsuits, appeal not only to such blackletter rules, but

¹⁶ Ebd.

¹⁷ Ebd., S. 22.

¹⁸ Ebd., S. 26.

¹⁹ Ebd., S. 24.

also to other sort of standards that I called legal principles, like, for example, the principle that no man may profit from his own wrong.”²⁰

Zur Veranschaulichung der Rolle von Rechtsprinzipien im Rahmen der Rechtsanwendung führt Dworkin die Fälle Riggs gegen Palmer und Henningsen gegen Bloomfield Motors an.²¹

In dem ersten Fall geht es um den Mord an einem Erblasser durch den im Testament bedachten Erben. Die in diesem Fall aufgeworfene Rechtsfrage lautet nun, ob jemand das ihm zugedachte Erbe auch dann antreten kann, wenn dieser den Erbfall durch ein Verbrechen selbst herbeigeführt hat. Im Fall ging es um einen Enkel, der den Tod seines Großvaters durch Mord herbeigeführt hat, um das Erbe vorzeitig antreten zu können und um eine Änderung des Testamentes zu verhindern. Nun gab es keine Rechtsregel, die besagte, dass ein in einem gültigen Testament bedachter Erbe das Erbe nicht antreten kann, wenn er den Erbfall durch eigenes (rechtswidriges) Zutun selbst herbeigeführt hat. Zur Entscheidung des Falls zog das Gericht nun aber ein das ganze Common Law bestimmendes Rechtsprinzip heran, welches besagt, dass niemand von seinem eigenen verbrecherischen Tun profitieren solle („no one shall be permitted to profit by his own fraud or to take advantage of his own wrong“). Auf diese Weise wurde dem Mörder schließlich der Antritt des ihm testamentarisch zugedachten Erbes verwehrt.

In dem zweiten Fall, den Dworkin anführt, geht es um die Geltung einer vertraglich begründeten Haftungsbeschränkung eines Automobilherstellers. Diese besagte, dass die Haftung des Herstellers nur auf die Reparatur der defekten Teile des Automobils beschränkt bleibt und für weitergehende Schäden des Käufers aufgrund eines Defektes am Automobil keine Haftung übernommen wird. Der Kläger führte an, dass die vertraglich vorgesehene Haftungsbeschränkung ungültig sei und der Automobilhersteller auch für diejenigen Schäden aufzukommen hat, die dadurch entstanden sind, dass das defekte Automobil aufgrund dieses Defekts in einen Unfall

²⁰ Ebd., S. 46.

²¹ Ebd., S. 23.

verwickelt wurde (Folgekosten und medizinische Behandlung). Das Problem bestand allerdings nun darin, dass der Kläger sich auf keine Regelung berufen konnte, die eine solche vertraglich vorgesehene Haftungsbeschränkung nach Maßgabe der Vertragsfreiheit ausschloss. Dennoch gelangte das Gericht am Ende zu der Rechtsauffassung, dass der Klage stattzugeben sei, da die Haftungsbeschränkung ungültig sei und vertraglich nicht erfolgen konnte. Damit schränkte es den Grundsatz der Vertragsfreiheit zugunsten einer strengeren Produkthaftung ein, die vertraglich nicht abdingbar war.

Der erste Kritikpunkt Dworkins am Rechtspositivismus besteht entsprechend der angeführten Rechtsfälle darin, dass das Recht nicht ausschließlich anhand formeller Kriterien identifiziert wird, sondern seine Identifizierung auch unter Zuhilfenahme normativer Kriterien rechtlicher Geltung in Form von Rechtsprinzipien im Einzelfall erfolgt.

7.3.2 Kritik an der These des richterlichen Ermessens

Dworkins Kritik beschränkt sich nicht darauf, dass er den formalen Rechtsquellengedanken des Rechtspositivismus kritisiert und ablehnt.

In einem weiteren Schritt will er zeigen, dass auch die These des richterlichen Ermessens, die er dem Rechtspositivismus zuschreibt, verfehlt ist und aufgegeben werden muss.

Die These des richterlichen Ermessens, die der Rechtspositivismus vertreten soll, geht aus dem Umstand hervor, dass es in jeder Rechtsordnung nach positivistischer Lesart immer rechtlich unregelte Fälle geben wird, bei denen keine Richtungsentscheidung durch das Recht vorgegeben wird, Fälle also, in denen das Recht unbestimmt oder

unvollständig ist.²² Da der Richter in einem solchen Fall die Entscheidung des Falles nicht einfach ablehnen kann, sondern dennoch zu einer rechtlich vertretbaren Entscheidung gelangen muss, muss er richterliches Ermessen ausüben und das Recht bezogen auf diesen Einzelfall in Ermangelung anwendbaren Rechts selbst setzen.²³

Die Vorstellung, dass das Recht unvollständig und lückenhaft sei, dass Richter also notwendigerweise in einigen zu entscheidenden Fällen tatsächlich auch rechtsschöpferisch vorzugehen haben, wird von Dworkin zurückgewiesen. Zu einer solchen Auffassung gelangt man Dworkin zufolge nämlich nur dann, wenn man das Recht fehlerhafterweise als einen endlichen Verbund von Regeln begreift und dabei die Bedeutung von Rechtsprinzipien verkennt. Unvollständig ist Dworkin zufolge aber nicht das Recht selbst, sondern die rechtspositivistische Auffassung des Rechts als ein Verbund von Regeln.²⁴ Hart beschreibt Dworkins Auffassung zutreffend wie folgt:

“This picture of the law as in part indeterminate or incomplete and of the judge as filling the gaps by exercising a limited law-creating discretion is rejected by Dworkin as a misleading account both of the law and of judicial reasoning. He claims in effect that what is incomplete is not the law but the positivist’s picture of it, and that this is so will emerge from his own ‘interpretive’ account of the law as including besides the explicit settled law identified by reference to its social sources, implicit legal principles which are those principles which both best fit or cohere with the explicit law and also provide the best moral justification for it. On this interpretive view, the law is never incomplete or indeterminate so the judge never has occasion to step outside the law and exercise a law creating power in order to reach a decision. It is therefore to such implicit principles, with their moral dimensions, that courts should turn in those ‘hard cases’ where the social sources of the law fail to determinate a decision on some point of law.”²⁵

²² H.L.A. Hart, “Postscript,” in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 272.

²³ Ebd.

²⁴ Ebd.

²⁵ Ebd.

Dworkin betont also, dass es neben den Rechtregeln, die sich nach sozialen Quellen bestimmen, auch Rechtsprinzipien gibt, die implizit im positiven Recht enthalten sind und die der Richter im Rahmen einer „konstruktiven“ Interpretation des quellenbasierten Rechts zu bestimmen hat.²⁶ Dworkins Interpretationstheorie hat dabei eine doppelte Bedeutung: sie dient erstens dazu, das Recht zu identifizieren, und zweitens dazu, eine moralische Rechtfertigung für das bestehende quellenbasierte Recht zu liefern.²⁷ Das Recht zeichnet sich dabei durch folgende Eigenschaft aus: “[P]ropositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community’s legal practice.”²⁸ Richter haben bei der Bestimmung des Rechts den Erfordernissen der Moral zu entsprechen. Aus diesem Grund bestimmt sich das Recht nicht ausschließlich anhand von sozialen Tatsachen, das heißt nach einem rechtsquellenorientierten Ansatz.²⁹

Auch ist die These des richterlichen Ermessens Dworkin zufolge nicht dazu geeignet, zu beschreiben, was Richter tun, wenn sie schwierige Fälle (hard cases)³⁰ zu entscheiden haben. Richter sprechen in solchen Fällen nicht davon, dass das bestehende Recht lückenhaft und auf seiner Grundlage eine Entscheidung unmöglich sei, um dann „Recht de novo und ex post facto“ für die Parteien zu bilden.³¹ Der richterlichen Sprache ist für gewöhnlich zu entnehmen, dass das Recht ein lückenloses System von Rechten und Pflichten sei, das auf jeden Fall eine Lösung hat, die nicht erst erfunden werden muss. Die Rhetorik des Rechtsprechungsprozesses legt also den Gedanken nahe, dass es in einem entwickelten Rechtssystem keine ungeregelten Fälle gibt.³² Das hat für Hart natürlich auch damit zu tun, dass der Richter im Rahmen der Lehre der Gewaltenteilung

²⁶ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), S. 81ff.

²⁷ Ebd., *Law’s Empire* (1986), S. 90.

²⁸ Ebd., S. 225.

²⁹ Scott Shapiro, „Hart-Dworkin Debate“, S. 5.

³⁰ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), S. 81ff.

³¹ So formuliert H.L.A. Hart Dworkins Standpunkt, „Postscript“, in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 273.

³² Ebd., S. 274.

als „Sprachrohr“ des Gesetzes angesehen wird und seine rechtsschöpfende Tätigkeit vor dem Hintergrund dieser Lehre heruntergespielt wird.³³

Zwei weitere Argumente führt Dworkin gegen den Gedanken des richterlichen Ermessens an: die Lehre vom richterlichen Ermessen, die den Richter als wesentlich rechtsschöpfende Instanz betrachtet, ist unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten problematisch, da Richter über keine demokratische Legitimation verfügen, Recht zu setzen. Richter sollten daher auch nicht als zur Rechtsetzung ermächtigt angesehen werden. Darüber hinaus ist die richterliche Rechtschöpfung eine Form der Ex-post-facto-Rechtssetzung, die aus Gerechtigkeitsüberlegungen abzulehnen ist.³⁴

Nach Dworkin ist das Recht also nicht lückenhaft, vielmehr geht es darum, unter Zuhilfenahme von Rechtsprinzipien, die implizit bereits im quellenbasierten Recht enthalten sind, die richtige Lösung eines Rechtsfalles herauszuarbeiten. Die Lehre vom richterlichen Ermessen wird von Dworkin abgelehnt, da Richter auch in schwierigen Fällen stets durch rechtliche Standards (Rechtsprinzipien) gebunden sind, die die Lösung eines Rechtsfalles vorgeben.

7.4 Der Rechtspositivismus als semantische Theorie

Dworkin zufolge besteht der grundlegendste Fehler des Rechtspositivismus darin, dass das Recht (von Dworkin verstanden als die Gesamtheit von Rechtssätzen über das Bestehen von Rechten und Pflichten im Einzelnen) anhand von einfachen historischen Tatsachen (rechtlichen Entscheidungen) zu identifizieren und allein in diesen Tatsachen auch der „Grund des Rechts“ zu sehen sei.³⁵

³³ Ebd.

³⁴ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), S. 84.

³⁵ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), S.4.

Der Positivist nimmt dabei irrigerweise an, dass die Identifizierung des Rechts an sprachliche Regeln gebunden sei, die von Richtern und Juristen anerkannt werden und die sowohl den Gebrauch als auch die Bedeutung des Wortes „Recht“ bestimmen.³⁶ Aufgrund dieses positivistischen Rechtsverständnisses besteht die einzige sinnvolle Deutung von Meinungsverschiedenheiten über das Recht dann darin, es als Meinungsverschiedenheit über das Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmter historischer Tatsachen zu begreifen.³⁷ Die Auflösung solcher Meinungsverschiedenheiten bestimmt sich dann allein nach empirisch feststellbaren Tatsachen.³⁸

Dieses positivistische Verständnis des Rechts schließt damit das Bestehen *theoretischer* Meinungsverschiedenheiten über den Grund des Rechts (Bedingungen von denen die Wahrheit von Rechtsätzen abhängt) aus.³⁹ Theoretische Meinungsverschiedenheiten⁴⁰ sind aber in aller Regel das typische und prägende Merkmal der tatsächlichen Rechtspraxis (des demokratischen Verfassungsstaates). Diese Art von Meinungsverschiedenheiten kann aber nach Maßgabe positivistischer Auffassungen gar nicht zutreffend beschrieben werden. Dworkin ist daher der Auffassung, dass der Rechtspositivismus, wie er schreibt, dem „semantischen Stachel“ anheimgefallen ist („semantic sting argument“):⁴¹

“I shall call the argument I have just described, which has caused such great mischief in legal philosophy, the semantic sting. People are its prey who hold a certain picture of what disagreement is like and when- it is possible. They [the legal positivist] think we can argue sensibly with one another if, but only if, we all accept and follow the same criteria for deciding when our claims

³⁶ So Harts Beschreibung von Dworkins Standpunkt, Postscript, in: ders.: *The Concept of Law* (1994), S. 245; Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), S. 31.

³⁷ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), S. 4-5.

³⁸ Ebd., S. 5.

³⁹ Ebd. S.6ff.

⁴⁰ Ebd., S.5.

⁴¹ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), S. 45.

are sound, even if we cannot state exactly, as a philosopher might hope to do, what these criteria are.”⁴²

Mit diesem Argument behauptet Dworkin, dass Harts Rechtspositivismus eine Konsequenz der semantischen Auffassung ist, wie Wörter ihre Bedeutung erlangen. Im Besonderen geht es hier also um das Wort „Recht“, einmal nämlich was überhaupt das „Recht“ sei, verstanden im Allgemeinen als ein zu beschreibendes soziales Phänomen, und zum anderen auch was das „Recht“ im Einzelfall sei, welche Rechte und Pflichten also das „Recht“ bezogen auf einen konkreten Rechtsfall vorsieht.

Dworkin zufolge liegt Harts Rechtspositivismus eine konventionelle Bedeutungslehre zugrunde, das heißt, dass sich die Bedeutung des Wortes „Recht“ nach allgemein bestehender Übereinkunft bestimmt und daraus für Hart sozusagen der Rechtsquellengedanke folgt.⁴³ Aufgrund Harts Orientierung an einer konventionellen Bedeutungslehre folgt nach Dworkins Auffassung sein konventionelles Rechtsverständnis. Dieses ist aber Dworkin zufolge, wie gesagt, nicht geeignet, die tatsächlich bestehende Rechtspraxis des demokratischen Verfassungsstaates angemessen zu beschreiben. Die tatsächliche Rechtspraxis zeigt nämlich deutlich, dass (theoretische) Meinungsverschiedenheiten über die Grundlagen des Rechts bestehen und sich dabei nicht nur auf historische Tatsachen beziehen (ob also bsp. ein fallrelevantes Gesetz xy erlassen worden ist). Im Hinblick auf die Frage, wie das Recht im Einzelfall bestimmt wird, komme es also nicht nur auf historische Tatsachen an, an die der Rechtspositivismus Dworkin zufolge aufgrund seiner Bedeutungslehre des Wortes

⁴² Ebd.

⁴³ Hart weist diese Behauptung entschieden zurück: “Though in the first chapter of *Laws Empire* I am classed with Austin as a semantic theorist and so as deriving a plain-fact positivist theory of law from the meaning of the word “law”, and suffering from the semantic sting, in fact nothing in my book or in anything else I have written supports such an account of my theory. Thus my doctrine that developed municipal legal systems contain a rule of recognition specifying the criteria for the identification of the laws which courts have to apply may be mistaken, but I nowhere base this doctrine on the mistaken idea, that it is part of the meaning of the word “law” that there should be such a rule of recognition in all legal systems, or on the even more mistaken idea that if the criteria for the identification of the grounds of law were not uncontroversially fixed, “law” would mean different things to different people.”, “Postscript”, S. 246.

„Recht“ anknüpft, sondern auch auf Werturteile, die moralischer Natur sind. So schreibt Dworkin:

“I argued that [positivism] is not faithful to the actual practices of citizens, lawyers, and judges in complex political communities: in practice, I said, people who argue about the content of law draw on moral considerations in a way that positivism cannot explain.”⁴⁴

7.5 Status der Rechtstheorie

Schließlich kritisiert Dworkin den Rechtspositivismus als eine Konzeption des Rechts, die sich in einem (auch noch fehlerhaften) Versuch der Beschreibung des Rechts erschöpft. Zutreffend ist zunächst, dass Hart seine Rechtstheorie als eine deskriptive Theorie des Rechts begreift, die in dem Sinne allgemeingültig ist, als dass sie nicht an ein bestimmtes Rechtssystem oder an einen bestimmten Rechtskreis gebunden ist.⁴⁵

Dworkin zufolge kann sich die Rechtstheorie indes nicht auf eine deskriptive Konzeption des Rechts beschränken. Rechtstheorie ist bewertend, rechtfertigend und hat sich auf eine bestimmte Rechtskultur zu beziehen.⁴⁶ Sie ist einmal bewertend, da sie Prinzipien herausarbeitet, die am besten auf das quellenbasierte Recht passen, und zum anderen rechtfertigend, indem sie für das etablierte Recht die beste moralische Begründung liefert.⁴⁷ Eine einzig auf Beschreibung zielende Rechtstheorie kann diese dem Recht zugedachte Rolle nicht liefern. Hart schreibt zu Dworkins Standpunkt:

“But in his books Dworkin appears to rule out general and descriptive legal theory as misguided or at best simply useless. ‘Useful theories of law’, he

⁴⁴ Ronald Dworkin, “Thirty Years On”, Harvard Law Review 115. Band (2003), S. 1655.

⁴⁵ H.L.A. Hart, Postscript, in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 239.

⁴⁶ Ronald Dworkin, *Laws’s Empire* (1986), S. 102.

⁴⁷ Ebd. S. 90ff.

says, are 'interpretive of a particular stage of a historically developing practice' and he had earlier written that 'the flat distinction between description and evaluation' has 'enfeebled legal theory'."⁴⁸

7.6 Ausblick

Inwieweit die Rechtstheorie als ein deskriptives Projekt verstanden werden kann oder soll, wird in einem weiteren Kapitel zu klären sein. Dort soll auch die Anschlussfrage geklärt werden, ob der Rechtspositivismus rein deskriptiv zu begreifen ist oder aber auch wertende Elemente umfasst, also tatsächlich auch normativer Natur ist. Was Dworkins Kritik am Rechtspositivismus betrifft, so wird auf dessen Kernelemente nochmals Bezug genommen, wenn der inklusive und der exklusive Rechtspositivismus vorgestellt wird, die als rechtspositivistische Erwiderungen auf die von Dworkin formulierte Kritik verstanden werden müssen. Auf drei Punkte der Dworkinschen Kritik sei schon hier kurz eingegangen: (1) was das Vorliegen von theoretischen Meinungsverschiedenheiten über das Recht anbelangt, so lässt sich dies aus rechtspositivistischer Sicht sehr wohl erklären, da es hier weniger um die Frage geht, ob eine bestimmte Norm Bestandteil der Rechtsordnung ist, sondern darum, wie ihre richtige Anwendung auszufallen hat. Umstritten ist also die richtige Anwendung quellenbasierten Rechts. (2) Was die Unterscheidung von Rechtsprinzipien und Rechtsregeln betrifft, so steht dies nicht im Widerspruch zu rechtspositivistischen Lehrmeinungen. Zwar erkennt der Rechtspositivismus im Recht zunächst ein System von Regeln, er muss aber das Vorhandensein von Rechtsprinzipien nicht ableugnen. Entscheidend ist aber, dass die Frage, ob ein Rechtsprinzip der Rechtsordnung angehört, ebenso nach Rechtsquellen zu beantworten ist. (3) Was das Bestehen von unveräußerlichen Rechten anbelangt, so negiert der Rechtspositivismus nicht dessen

⁴⁸ H.L.A. Hart, "Postscript," in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S.242.

Bestand. Es lässt sich aber sehr wohl die Aussage treffen, ob solche Rechte Bestandteil einer konkreten Rechtsordnung sind oder nicht (also positiviert sind und tatsächliche Berücksichtigung finden).

8. Die Debatte um den inklusiven und exklusiven Rechtspositivismus

8.1 Einführung

Das Verständnis des modernen Rechtspositivismus insbesondere in der englischsprachigen Welt hat sich im Wesentlichen an Harts *Concept of Law* und der an diesem Werk geübten Kritik ausgebildet.¹ Dabei haben sich in der positivistisch geprägten Fachliteratur vor allem zwei Lager gebildet, deren Entstehung in erster Linie als Reaktion auf die von Ronald Dworkin geübte Kritik am Rechtspositivismus gesehen werden kann: der sog. inklusive und exklusive Rechtspositivismus.

Dworkins Kritik am Rechtspositivismus soll aus diesem Grund hier noch einmal in Kürze rekapituliert werden: Dworkin vertritt die Auffassung, dass das anzuwendende Recht nicht lediglich nach Maßgabe einer positivistischen Erkenntnisregel zu bestimmen, sondern vielmehr durch eine „konstruktive Interpretation des Rechts“² zu ermitteln ist, wobei neben (quellenbasierten) Rechtsregeln auch (die den Anforderungen der Moral geschuldeten) Rechtsprinzipien eine Rolle spielen. Neben quellenbasiertem Recht ist stets auch der normative Gehalt der nach Quellen zu ermittelnden Rechtsnormen zu berücksichtigen. Im Rahmen einer „konstruktiven Interpretation des Rechts“ ist die „bestmögliche moralphilosophische Rechtfertigung“ des quellenbasierten Rechts auszuarbeiten, die ihrerseits Bestandteil des Rechts ist und von rechtsanwendenden Organen zu berücksichtigen ist.³ Bei der Ermittlung des anzuwendenden Rechts sind daher, so Dworkin, moralische Überlegungen unerlässlich, was seiner Ansicht nach auch darauf zurückzuführen ist, dass dem Recht („past political decisions“) die Funktion der Rechtfertigung staatlichen Zwangs zukommt.⁴ Dworkin vertritt damit die Auffassung, dass sowohl die rechtspositivistische Trennungsthese als auch der Gedanke des rein

¹ Matthew H. Kramer, *Key Contemporary Thinkers: H.L.A. Hart* (2018), S. 173.

² Ronald M. Dworkin, *Law's Empire* (1986), Kapitel 3.

³ Ebd., S. 90.

⁴ Ebd., S. 93.

quellenbasierten Rechts unhaltbar ist. Dem stellt er eine Konzeption des Rechts entgegen, die er als „law as integrity“ bezeichnet.⁵

Dworkins Kritik hat die Debatte um das richtige Verständnis des modernen Rechtspositivismus unter Rechtspositivisten geprägt. Der gemeinsame Grundgedanke des Rechtspositivismus besteht dabei zunächst darin, dass das Recht anhand von Rechtsquellen zu identifizieren ist und sich nach sozialen Tatsachen bestimmt.⁶ Zur Wiederholung wird nochmals auf den gemeinsamen Bezugspunkt des Rechtspositivismus hingewiesen, den Joseph Raz so beschreibt:

“It is common ground to all legal positivists that the law has social sources, i.e. that the content and existence of the law can be determined by reference to social facts and without relying on moral considerations.”⁷

Matthew H. Kramer hat erläutert, in welchem Sinne die Bestimmung des Rechts erfolgen kann, ohne dass der Rechtsanwender auf moralische Erwägungen angewiesen ist:

“[T]he lack of any necessary connections between law and morality is a claim that the process of ascertaining the law does not perforce involve moral judgments; the process of law-ascertainment can unfold as a starkly factual inquiry into the relevant sources of legal norms that have been constituted by previous legislative and adjudicative decisions.”⁸

Dieser Teil der Arbeit dient der Identifizierung derjenigen rechtspositivistischen Konzeption des Rechts, die dem demokratischen Verfassungsstaat angemessen ist. Dabei geht es auch um die Frage der methodischen und substanziellen Einordnung des modernen Rechtspositivismus, die in diesem Zusammenhang erörtert werden soll. Der

⁵ Ebd., S. 94.

⁶ Julie Dickinson, “Legal Positivism: Contemporary Debates,” in: Andrei Marmor (Hrsg.): *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (2012).

⁷ Joseph Raz, “Legal Reasons, Sources, and Gaps,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 53.

⁸ Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism* (2007), S. 3.

Debatte um das richtige Verständnis des Rechtspositivismus ist durch die Veröffentlichung von Harts „postscript“, das in der zweiten Auflage zu *The Concept of Law* 1994 posthum erschienen ist, weiterer Schwung verliehen worden, der bis heute anhält. Im rechtspositivistischen Lager haben sich im Zuge der Debatte zwei dominante Strömungen herausgebildet, die sich insbesondere in der Frage unterscheiden, welche normativen Bezüge dem Rechtspositivismus zu eigen sind. Daneben ist die Frage umstritten, ob die Bestimmung des anzuwendenden Rechts durch rechtsanwendende Organe innerhalb einer Rechtsordnung auch von moralischen Erwägungen abhängen kann.⁹ Joseph Raz hat diese unter Rechtspositivisten offene Frage wie folgt formuliert:

“The claim that what is law and what is not is purely a matter of social fact still leaves it an open question whether or not those social facts by which we identify the law or determine its existence do or do not endow it with moral merit. If they do, [law] has of necessity a moral character.”¹⁰

Der sog. inklusive Rechtspositivismus beruht auf der Überlegung, dass die Identifizierung von Rechtsnormen durch rechtsanwendende Organe von moralischen Erwägungen abhängen kann, sofern dies das Recht im Verbund mit einer rechtspositivistischen Erkenntnisregel (die konventionell zur Bestimmung des Rechts zugrunde gelegt wird) so bestimmt.¹¹

Hart beschreibt diese Position wie folgt:

“[T]he existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of the law (e.g. legislation, judicial decisions, social customs)

⁹ Hart hat in dem posthum erschienenen „Postscript“ für den inklusiven Rechtspositivismus Partei ergriffen, H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 269.

¹⁰ Joseph Raz, „Legal Positivism and the Sources of Law,“ in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 38.

¹¹ In diesem Sinne beispielsweise Jules Coleman, „Negative and Positive Positivism,“ in: *Markets, Morals and the Law*,“ (1988) S. 3-27; John Mackie, „The Third Theory of Law,“ *Philosophy & Public Affairs*, 7. Band (1977); Philip Soper, „Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute,“ *Michigan Law Review*, 75. Band (1977); Chin L. Ten, „The Soundest Theory of Law,“ *Mind*, 88. Band (1979), S. 522-537; Wil J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (1994); David Lyons, „Principles, Positivism and Legal Theory,“ *Yale Law Journal*, 87. Band, S. 415-435.

without reference to morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law.”¹²

In einem rechtspositivistischen Sinne bereitet es nach dieser Ansicht keine Schwierigkeiten, dass die Rechtsordnung Rechtsnormen enthalten kann, welche die Identifikation des anzuwendenden Rechts von moralischen Kriterien abhängig machen (bspw. materielle Verfassungsnormen).¹³ Zum einen werden diese in das Recht inkorporierten moralischen Bedingungen quellenbasiert ermittelt. Zum anderen ist das Vorhandensein solcher Regeln keine notwendige Bedingung des Rechts. Sie sind im Rahmen der Ausarbeitung einer Konzeption des Rechts nicht unbedingt besonders zu berücksichtigen. Es ist für das Recht in keiner Weise notwendig, dass die Bestimmung des Rechts an moralische Bedingungen geknüpft wird. In diesem (negativen) Sinne besteht auch keine notwendige Verbindung von Recht und Moral zur Bestimmung des Rechts: „Morality is not a condition of legality in all possible legal systems“.¹⁴ Mit diesem Argument wird die rechtspositivistische Trennung von Recht und Moral aufrechterhalten und begründet, dass eine der Trennungsthese entsprechende Konzeption des Rechts selbst für den Fall richtig ist, dass die Identifizierung des Rechts in einzelnen Rechtsordnungen tatsächlich an moralische Bedingungen geknüpft wird (wie dies nach diesem Verständnis des Rechtspositivismus im Hinblick auf den demokratischen Verfassungsstaat der Fall sein soll).¹⁵

Vertreter des sog. exklusiven Rechtspositivismus bezweifeln, dass rechtsanwendende Organe das anzuwendende Recht je nach Maßgabe moralischer Prinzipien bestimmen.

¹² H.L.A. Hart, „Postscript,“ in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 269.

¹³ Auch so Wil J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (1994); Jules Coleman, *The Practice of Principle* (2001); Matthew Kramer, *Where Law and Morality Meet* (2001).

¹⁴ Jules Coleman, „Negative and Positive Positivism,“ in: *Markets, Morals and the Law* (1988), S. 4ff; ebenso David Lyons, „Principles, Positivism, and Legal Theory,“ *Yale Law Journal*, 87. Band (1977), S. 415-436 sowie Philip E. Soper, „Legal Theory and the Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute,“ *Michigan Law Review*, 75. Band (1977), S. 511-542.

¹⁵ Siehe etwa Wil J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (1994), Kapitel 5. Diese Beschreibung ist letztlich auch im Hinblick auf den demokratischen Verfassungsstaat unzutreffend, denn das anzuwendende Recht wird auch dort von den rechtsanwendenden Organen nicht anhand moralischer Kriterien identifiziert. Insbesondere setzt auch ein Normenkontrollverfahren voraus, dass die Norm bereits als Rechtsnorm erkannt worden ist, wobei über ihren Status als *wirksame* Norm im Lichte höherrangigem Rechts noch zu befinden ist.

Die Identifikation einer Rechtsnorm und ihre Zugehörigkeit zur Rechtsordnung kann sich nach diesem Verständnis des Rechtspositivismus einzig danach bestimmen, ob die fragliche Norm ihren Ursprung in Gesetzgebung, richterlicher Rechtsfortbildung oder im Gewohnheitsrecht hat, also aus bestimmten Rechtsquellen hervorgegangen (und nicht in einem Normenkontrollverfahren wieder aufgehoben worden) ist. Der Rekurs auf moralische Erwägungen kann zur Identifikation des Rechts nicht vorgesehen sein und kann vom Recht auch nicht sinnvollerweise angeordnet werden.¹⁶ Zur Begründung dieser Position nehmen Vertreter des exklusiven Rechtspositivismus Bezug auf Merkmale, die dem Recht notwendigerweise immanent sein sollen, namentlich die Vorstellung der legitimen Autorität des Rechts.¹⁷

Vertreter des inklusiven Rechtspositivismus meinen die Unzulänglichkeiten des exklusiven Rechtspositivismus im Hinblick auf den Verfassungsstaat erkennen zu können. So schreibt Wilfrid J. Waluchow:

“The main source of my discomfort lies in the tendency of [exclusive positivism] to run up against key aspects of constitutional challenges – including how legal actors conceive what they are doing when they argue or decide constitutional cases.”¹⁸

Die kritische Diskussion der Debatte um den inklusiven und exklusiven Rechtspositivismus soll zeigen, dass solche Einwände insbesondere in

¹⁶ Joseph Raz, “Legal Positivism and the Sources of Law,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 37-52 und Joseph Raz, “Authority, Law and Morality,” in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2001), S. 210-237; Scott Shapiro, “On Hart’s Way Out,” in: Jules Coleman, *Hart’s Postscript* (2001), S. 149-192; Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values* (2001). In Anlehnung an Jeremy Waldron, “Normative (or Ethical) Positivism,” in: Jules Coleman (Hrsg.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (2001), S. 414, kann die Unterscheidung wie folgt formuliert werden: “*Exclusive positivism* conceptually claims that legality necessarily does not implicate morality, in contrast to *inclusive positivism*, which claims that legality does not necessarily implicate morality.”

¹⁷ Dazu bsp. Joseph Raz, “The Claims of Law,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 28ff; Joseph Raz, “Authority, Law, and Morality,” in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (1994), S. 210ff.

¹⁸ Wil J. Waluchow, “Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism,” in: Matthew D. Adler / Kenneth E. Himma (Hrsg.), *The Rule of Recognition and the US Constitution* (Oxford: Oxford University Press 2009), S. 126.

verfassungsstaatlicher Hinsicht unbegründet sind. Vertreter des inklusiven Rechtspositivismus richten ihr Augenmerk zu sehr auf die Entscheidungen überprüfender Organe und verkennen dabei vor allem den besonderen Status dieser Organe. Selbst wenn in Normenkontrollverfahren auf die Moral im Sinne umfassender Lehren Rekurs genommen werden sollte (eine Möglichkeit, die in dieser Arbeit konzeptuell bestritten wird) und ggf. die Aufhebung einer Norm mit nicht-öffentlichen Gründen erfolgt, so ändert dies nichts daran, dass rechtsanwendende Organe das Recht nicht anhand (inkorporierter) moralischer Kriterien bestimmen, sondern dieses allein nach Maßgabe von Rechtsquellen identifizieren, die den Rekurs auf die Moral nicht vorsehen. Zu diesen Rechtsquellen sind auch die Entscheidungen überprüfender Normenkontrollorgane zu zählen.

Die Argumentationslinien des exklusiven Rechtspositivismus¹⁹ werden im Übrigen dahingehend ausgebaut, dass die Identifizierung des Rechts durch rechtsanwendende Organe aus Legitimitätserwägungen, die der demokratischen Erzeugung des Rechts geschuldet sind, quellenbasiert zu erfolgen hat und das Recht auch auf Verfassungsebene ein Normensystem beschreibt, das konzeptuell autonom ist und den Bezug auf umfassende moralphilosophische Positionen nicht vorsieht. Wenn zur Aufhebung von legislativen Entscheidungen durch überprüfende Normenkontrollorgane auf das Normensystem der Verfassung Bezug genommen wird (und kein anderer Bezugspunkt ist diesen Organen eingeräumt), stellt dies für sich genommen keinen Rekurs auf die Moral dar.²⁰ Es darf nicht übersehen werden, dass Entscheidungen über die Vereinbarkeit einfachem Rechts mit der Verfassung (Normenkontrolle) nicht mit Bezug auf beliebige moralische (oder etwa religiöse) Überlegungen getroffen werden

¹⁹Siehe etwa die Darstellung von Andrei Marmor, "Exclusive Legal Positivism," in: Jules Coleman / Scott Shapiro (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002), S. 104-124.

²⁰ In diesem Punkt unterscheidet sich die Arbeit von Vertretern des exklusiven Rechtspositivismus, die annehmen, dass materielle Verfassungsnormen überprüfende Organe dazu ermächtigen („directed power“), geltendes Recht auf der Grundlage moralischer Überlegungen abzuändern bzw. fortzuentwickeln, Joseph Raz, "The Inner Logic of the Law," in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2001), S. 242ff.

können.²¹ Der Rekurs auf die Moral im Sinne umfassender Lehren zur Bestimmung des geltenden Rechts ist im demokratischen Verfassungsstaat zu keinem Zeitpunkt vorgesehen und zwar auch nicht durch das Verfassungsrecht. Die Verfassung ist Teil der Rechtsordnung und nicht der Bezugspunkt umfassender moralphilosophischer Lehren.

8.2 Die Grundlinien des inklusiven Rechtspositivismus

Der generellen Idee, dass auch moralische Erwägungen bei der Bestimmung des Rechts eine Rolle spielen könnten, haben sich auch Rechtspositivisten angeschlossen.²² Dabei spielen zwei Punkte eine besondere Rolle. Einmal betonen Vertreter des inklusiven Rechtspositivismus im Unterschied zu Dworkin den konventionellen Charakter des Rechts. Allerdings räumen sie zum anderen ein, dass neben den sozialen Quellen des Rechts auch moralische Gesichtspunkte bei der Bestimmung des Rechts maßgeblich sein können.²³

²¹ Nicht in einem Urteil überprüfender Organe aber immerhin in einer fachwissenschaftlichen Publikation finden sich die folgenden Ausführungen, die das Problem verdeutlichen: „Es geht richtig betrachtet beim Schutz vor Diskriminierung um nichts anderes als den Schutz der Würde der Person. [...] Alle Menschen haben einen Anspruch darauf, dass ihre Würde von jedem anderem geachtet wird, da der Ursprung dieser Würde nicht eigene Leistung, sondern der Wille des Schöpfers ist, der mit den Worten des Psalms den Menschen, ‚nur wenig geringer gemacht [hat] als Gott, der jeden einzelnen ausgelöst und beim Namen gerufen hat,‘ so Tilman Repgen, „Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet,“ in: Josef Isensee (Hrsg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung. Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte* (Berlin: Duncker & Humblot 2007), S. 30. In einem Urteil hätten Teile dieser Ausführungen nichts zu suchen, was weniger mit den religiösen Bezügen zu tun hat, als mit dem Umstand, dass ein Rechtsbegriff im Lichte einer bestimmten, umstrittenen Position gedeutet wird. Dass umfassende moralische oder religiöse Positionen gleichermaßen ungeeignet sind, öffentliche Gründe bereit zu stellen, zeigt John Rawls in „The Idea of Public Reason Revisited“ auf, abgedruckt in: John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. 440-490, S. 458.

²² Andrei Marmor, *Philosophy of Law* (2011), S. 92.

²³ Andrei Marmor, „Exclusive Legal Positivism,“ in: Jules Coleman / Scott Shapiro (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002), S. 110.

So schreibt Hart beispielsweise in Reaktion auf Dworkins Kritik:

“Dworkin in attributing to me a doctrine of ‘plain-fact positivism’ has mistakenly treated my theory as not only requiring (as it does) that the existence and authority of the rule of recognition should depend on the fact of its acceptance by the courts, but also as requiring (as it does not) that the criteria of legal validity which the rule provides should consist exclusively of the specific kind of plain fact which he calls ‘pedigree’ matters and which concern the manner and form of law-creation or adoption [...] [I]t ignores my explicit acknowledgement that the rule of recognition may incorporate as criteria of legal validity conformity with moral principles or substantive values [...].”²⁴

Hart geht also davon aus, dass die Geltung von Rechtsnormen eben auch von ihrer Übereinstimmung mit moralischen Prinzipien oder substanziellen Werten abhängen kann, wenn das Recht dies so vorsieht.

Den einenden Gedanken, der dem inklusiven Rechtspositivismus zugrunde liegt, bestimmt Kramer deshalb wie folgt:

“It can be the case, though it need not be the case, that the consistency of any Norm N with some or all of the requirements of morality is a precondition for the status of N as a law in this or that jurisdiction.”²⁵

Der inklusive Rechtspositivismus nimmt seinen Ausgangspunkt dabei in der offensichtlichen Tatsache, dass es Rechtssysteme gibt, die das Übereinstimmen von Rechtsnormen mit bestimmten (moralischen) Prinzipien oder substanziellen Werten als rechtliche Geltungsvoraussetzung dieser Normen vorsehen. Beispiele dafür werden in

²⁴ Hart, “Postscript,” in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 250.

²⁵ Matthew H. Kramer, *H.L.A. Hart. Key Contemporary Thinkers* (Cambridge: Polity Press 2018), S. 173.

der Verfassung der Vereinigten Staaten, Kanadas oder auch der Verfassung der Bundesrepublik gesehen.²⁶

Auch kann der inklusive Rechtspositivismus dem Umstand Rechnung tragen, dass moralische Erwägungen bei der Bestimmung des Rechts eine Rolle spielen, sofern diese moralischen Erwägungen institutionelle Stützung erfahren. So heißt es bei Waluchow:

“We will also see that inclusive positivism allows us to recognize the possible role of moral considerations in determinations of law without denying that laws and criteria for laws must have the appropriate institutional connections. Unlike traditional natural-law theory which denies the necessity of such connections, inclusive positivism places them front and center by insisting that moral reasons are sometimes relevant but only to the extent that the legal system recognizes them as such. In this way inclusive positivism combines the virtues of exclusive positivism with those of rival views like Dworkin’s integrity theory.”²⁷

Ott zufolge bestimmt sich der inklusive Rechtspositivismus durch vier Thesen, die im Folgenden kurz vorgestellt werden sollen.²⁸

8.2.1 These der sozialen Tatsachen

Die grundlegendste These, die allen Spielarten des Rechtspositivismus gemein ist, ist die These der sozialen Tatsachen, die besagt, dass das Recht im Kern aus menschlichem Handeln hervorgeht und dementsprechend eine soziale Erschaffung ist. Was rechtliche

²⁶ Walter Ott / Maria Anna Rea-Frauchiger *Varieties of Legal Positivism* (2018), S. 88.

²⁷ Wil J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (1994), S. 141.

²⁸ Walter Ott, *Varieties of Legal Positivism* (2018), S. 88ff; Ott orientiert sich dabei auch an dem Aufsatz von Kenneth Einar Himma, “Inclusive Legal Positivism,” in: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002), S. 125-165.

Normen von anderen Normen unterscheidet, ist die Tatsache, dass Rechtsnormen die Eigenschaft besitzen, an bestimmte soziale Tatsachen anzuknüpfen.²⁹

Während alle Positivisten der These der sozialen Tatsachen anhängen, unterscheiden sie sich darin, welche sozialen Tatsachen für die Geltung von Rechtsnormen maßgeblich sind. Für Austin beispielsweise besteht das kennzeichnende Merkmal einer Rechtsordnung im Vorhandensein einer souveränen Instanz, der durch die große Mehrheit der Rechtsadressaten gewohnheitsmäßig Gehorsam geschuldet wird, ohne dass diese Instanz ihrerseits irgendwem Gehorsam schuldet.³⁰

Hart ist dem nicht gefolgt. Vielmehr sah dieser das wesentliche Merkmal einer Rechtsordnung darin, dass in ihr Regeln enthalten sind, die nicht nur bestimmen, welche Regeln als Bestandteile der Rechtsordnung anzusehen sind (Bsp.: „Law is what the Queen enacts in Parliament“), sondern auch bestimmen, wie Regeln zu erlassen, abzuändern oder aufzuheben sind.

Das entscheidende Merkmal einer Rechtsordnung ist für Hart dementsprechend das Vorhandensein einer „rule of recognition“ (Erkenntnisregel) und nicht das Vorhandensein einer souveränen Instanz, die in der Lage und willens ist, normenkonformes Handeln ggf. zu erzwingen. Vom Vorhandensein einer solchen „rule of recognition“ ist auszugehen, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: Einmal setzt dies das Vorhandensein eines Rechtsstabes voraus, der sein Handeln an der „rule of recognition“ orientiert. Zum anderen müssen die Rechtsadressaten denjenigen Normen im Generellen folgeleisten, deren Geltung durch die „rule of recognition“ begründet wird:

“There are therefore two minimum conditions necessary and sufficient for the existence of a legal system. On the one hand, those rules of behaviour which are valid according to the system's ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and, on the other hand, its rule of recognition

²⁹ Kenneth Einar Himma, „Inclusive Legal Positivism,“ in: Jules Coleman / Scott Shapiro (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002), S. 127.

³⁰ Ebd.

specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common standards of behaviour by its officials.”³¹

Sowohl Austin als auch Hart vertreten dementsprechend die These der sozialen Tatsachen, knüpfen allerdings an unterschiedliche Tatsachen an, die das Vorliegen eines Rechtssystems (oder einer Rechtsnorm) charakterisieren.

Himma bemerkt zur These der sozialen Tatsachen:

“Thus construed, the Social Fact Thesis explains the authority of the validity criteria in terms of some set of social facts and thereby conceptualizes law as an artefact.”³²

Auch Dickson unterstreicht die Bedeutung der These der sozialen Tatsachen, wenn sie schreibt:

“Legal positivists are committed to certain views about the nature of law, namely [...] the social thesis regarding the existence and identification of law, and, more broadly, the fundamental social nature of law.”³³

Waluchow betont den zentralen Stellenwert der These der sozialen Tatsachen ebenso und fasst diese wie folgt zusammen:

“The social thesis:

1. Law is, essentially, a social phenomenon or construct.
2. Law and legal validity are ultimately a function of special *social facts* (not moral or natural facts).

³¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (2012), S. 116.

³² Kenneth Einar Himma, “Inclusive Legal Positivism,” in: Jules Coleman / Scott Shapiro (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002), S. 127.

³³ Julie Dickinson, “Legal Positivism: Contemporary Debates,” in: Andrei Marmor (Hrsg.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (2012), S.53.

3. These special social facts (for example, acts of legislation, of judicial decisions and practices) constitute the *sources of law*.”³⁴

8.2.2 Die Konventionsthese

Neben der These der sozialen Fakten ist die Konventionsthese eine zweite zentrale These des Rechtspositivismus.³⁵ Der These zufolge sind die Geltungsgründe des Rechts, also seine Autorität, konventioneller Natur.³⁶ Entscheidend ist dabei die Einstellung des Rechtstabs, dessen Angehörige anhand von Konventionen bestimmen, was als Recht gilt. Coleman schreibt dazu:

“[L]aw is made possible by an interdependent convergence of behavior and attitude among individuals expressed in a social or conventional rule.”³⁷

Hart hat, wie bereits ausgeführt, bemerkt, dass die Existenz und Geltung des Rechts davon abhängen, dass die ihnen zugrunde liegenden konventionellen Regeln, nach

³⁴ Wil J. Waluchow, “The Origins of Inclusive Legal Positivism,” in: Torben Spaak / Patricia Mindus (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism* (2021), S. 487.

³⁵ Siehe Walter Ott / Maria Anna Rea-Frauchiger, *Varieties of Legal Positivism* (2018), S. 90; Kenneth Einar Himma, “Inclusive Legal Positivism,” in: Jules Coleman / Scott Shapiro (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002), S. 129ff.

³⁶ Kenneth Einar Himma, ebd. Hans Kelsens *Reine Rechtslehre* dürfte insofern einen Sonderfall bilden, da sich der Status einer Norm als Rechtsnorm dort aus einer Grundnorm ableitet. H.L.A. Hart hat Kelsens Vorstellung einer Grundnorm, aus der die Geltung des Rechts folgen solle, mit analogem Verweis auf das Pariser Metermaß zurückgewiesen. Im Hinblick auf Letzteres fragt auch niemand, so Hart, nach welchem Maßstab es sich bestimmt, dass das Pariser Metermaß einen Meter misst. Es handelt sich eben um eine festgelegte soziale Konvention, die faktisch akzeptiert wird. Mit der Geltung des Rechts verhält es sich nicht anders, insoweit es konventionell festgelegt ist, welche Tatsachen vorliegen müssen, damit etwas als Recht erkannt wird, H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 107, sowie eingehend zu Kelsen die sich auf S. 100 beziehende Fußnote zu Kapitel VI., S. 292ff.

³⁷ Jules Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis,” *Legal Theory* 4. Band (1998), S. 381-426, S. 383.

denen sich das Recht bestimmt, vom Rechtsstab akzeptiert und praktiziert werden müssen und die Rechtsadressaten dem Recht im Generellen folgeleisten.³⁸

Im Ergebnis kann also festgehalten werden, dass der Rechtspositivismus sich durch einen quellenbasierten Rechtsgeltungsbegriff³⁹ auszeichnet, wobei das Recht ausschließlich anhand von sozialen Tatsachen konventionell bestimmt wird. Der Konventionsthese steht insbesondere bei denjenigen Positivisten im Vordergrund, die ihre Positionen auf Hart zurückführen.⁴⁰

8.2.3 Die Trennungsthese

Die Trennungsthese ist eine weitere Grundposition des Rechtspositivismus. In ihrer grundlegendsten Form besagt die Trennungsthese, dass das Recht und die Moral zwei unterschiedliche Phänomene sind.⁴¹ Die positivistische Trennungsthese kann als Implikation der These der sozialen Tatsachen angesehen werden.⁴² Waluchow beschreibt den Inhalt der Trennungsthese wie folgt:

1. A norm L can be *legally valid* even if L lacks *moral validity* or merit – that is, even if it is unjust or unfair, or fails to treat citizens equally.
2. *Conceptually*, a law's *existence* is independent of its *merit*, or what it *ought* to be.

³⁸ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (2012), S. 113.

³⁹ Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass das Recht moralischen Anforderungen zu entsprechen hat, wenn quellenbasiertes Recht dies so vorsieht.

⁴⁰ Walter Ott, *Vielfalt des Rechtspositivismus* (2016), S. 18. Kelsen zufolge beruht die Geltung des Rechts nicht auf einer Konvention, sondern auf einer angenommenen Grundnorm. Kelsens Rechtspositivismus bildet dementsprechend einen besonderen Fall.

⁴¹ Kenneth Einar Himma, [Law, Philosophy of | Internet Encyclopedia of Philosophy \(utm.edu\)](https://www.utm.edu/philosophy/law-philosophy/)

⁴² Wil J. Waluchow, "The Origins of Inclusive Legal Positivism," in: Torben Spaak / Patricia Mindus (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism* (2021), S.487

3. Law and morality are *conceptually* distinct phenomena.⁴³

Ott führt als Beispiel zur Trennungsthese die Aussage eines Juristen über ein Steuergesetz an. Man kann sagen: „Dieses Steuergesetz ist ungerecht und sollte abgeändert werden.“⁴⁴ In diesem Sinne kann zwischen dem positiven Recht und den Anforderungen der Moral im Sinne der Trennungsthese unterschieden werden. Natürlich versteht es sich von selbst, dass das Recht den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechen sollte. H.L.A. Hart sieht in der Trennungsthese nicht mehr als „die einfache Behauptung [...]: es sei keineswegs eine notwendige Wahrheit, daß die Gesetze bestimmte Forderungen der Moral reproduzieren oder ihnen genügen, obwohl sie dies häufig getan haben.“⁴⁵

Im Lichte der positivistischen Trennungsthese könnte man annehmen, dass es aus rechtspositivistischer Sicht keinen Bezug zwischen der Moral und dem Recht gibt. Dies wäre natürlich ein schwerer Irrtum. Waluchow führt dazu aus:

“The separation Thesis has a very specific, limited meaning, one that is in fact consistent with recognition of countless point of connection between law and morality. In putting forward the separation thesis, positivists are keen to stress one fundamental point: there is nothing in the bare notion of law (or legality) that itself *guarantees* that a legal system or its laws have any degree of moral merit.”⁴⁶

Für gewöhnlich aber zeichnen sich moderne Rechtsordnungen dadurch aus, dass sie den Anforderungen der Moral weitgehend entsprechen. Hart stellt treffend fest:

⁴³Ebd.

⁴⁴ Walter Ott, *Vielfalt des Rechtspositivismus* (2016), S. 18.

⁴⁵ H.L.A. Hart, *Der Begriff des Rechts* (Berlin: Suhrkamp Verlag 2011), S. 219, im Original *The Concept of Law* (1994), S. 185-86.

⁴⁶ Wil J. Waluchow, “The Origins of Inclusive Legal Positivism,” in: Torben Spaak/ Patricia Mindus (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism* (2021), S. 489.

“The law of every modern state shows at a thousand points the influence of both the accepted social morality and wider moral ideals. These influences enter into law either abruptly and avowedly through legislation, or silently and piecemeal through the judicial process. In some systems, as in the United States, the ultimate criteria of legal validity explicitly incorporate principles of justice or substantive moral values.”⁴⁷

Insofern die Trennungsthese verneint, dass es eine notwendige Bedingung ist, dass sich Rechtssysteme durch moralische Geltungsvoraussetzungen für das Recht auszeichnen, impliziert sie, dass es zumindest eine mögliche Rechtsordnung gibt, die für das Recht keine moralischen Geltungsanforderungen vorsieht.⁴⁸

8.2.4 Die Inkorporationsthese

Der Trennungsthese ist lediglich zu entnehmen, dass es Rechtordnungen geben kann, nach denen sich das Recht nicht nach Maßgabe moralischer Kriterien bestimmt. Daraus folgt aber nicht, dass es keine Rechtordnungen geben kann, in denen genau dies der Fall ist. Dieser letzte Fall, der sich dadurch auszeichnet, dass die einer Rechtsordnung zugrundeliegende „rule of recognition“ es vorsieht, das Recht auch nach moralischen Kriterien zu bestimmen, wird von der Inkorporationsthese beschrieben, die als Kernthese des inklusiven Rechtspositivismus gelten kann.⁴⁹ Himma führt dazu aus:

“Inclusive positivists subscribe to the Incorporation Thesis, according to which there are conceptually possible legal systems in which the validity criteria include substantive moral norms. In such legal systems, whether a

⁴⁷ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 203f.

⁴⁸ Kenneth Einar Himma, [Law, Philosophy of | Internet Encyclopedia of Philosophy \(utm.edu\)](https://www.utm.edu/law/philosophy/)

⁴⁹ Walter Ott / Maria Anna Rea-Frauchiger, *Varieties of Legal Positivism* (2018), S. 92; Kenneth Einar Himma, “Inclusive Legal Positivism,” in: Jules Coleman / Scott Shapiro (Hrsg), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002), S. 136.

norm is legally valid depends, at least in part, on the logical relation of its content to the content of the relevant moral norms.”⁵⁰

Der Inkorporationsthese ist dabei eine hinreichende und eine notwendige Komponente zu entnehmen.⁵¹

Nach der hinreichenden Komponente ist es denkbar, dass es eine mögliche Rechtsordnung gibt, in der eine Norm einzig aufgrund ihres moralischen Gehalts Bestandteil der Rechtsordnung sein kann, also gilt, ohne dass sie eigens als Norm erlassen worden ist.⁵² Diese These hat Coleman in Reaktion auf die von Dworkin anhand Riggs gegen Palmer entwickelten Kritik am Rechtspositivismus vertreten.⁵³

Nach der notwendigen Komponente der Inkorporationsthese erfordert die Geltung von Rechtsnormen die Übereinstimmung mit moralischen Prinzipien oder substanziellen Werten, wenn das quellenbasierte Recht, das nach Maßgabe der „rule of recognition“ ermittelt wird, dies so vorsieht.⁵⁴ Es genügt dabei also nicht, dass eine Norm lediglich aufgrund ihres moralischen Gehalts Bestandteil der Rechtsordnung werden kann.

Es folgt nun eine kurze Darstellung des exklusiven Rechtspositivismus und im Anschluss daran Ausführungen dazu, wie der exklusive Rechtspositivismus auf den inklusiven Rechtspositivismus reagieren kann.

⁵⁰ Kenneth Einar Himma, ebd.

⁵¹ Ebd.

⁵² Ebd; Andrei Marmor, „Exclusive Legal Positivism,” in: Jules Coleman / Scott Shapiro (Hrsg), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002), S. 110.

⁵³ Jules Coleman, „Negative and Positive Positivism,” in: *Markets, Morals and the Law* (1988).

⁵⁴ H.L.A. Hart, Postscript, in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 250; Kenneth Einar Himma, „Inclusive Legal Positivism,” in: Jules Coleman / Scott Shapiro (Hrsg), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2002), S. 136; Walter Ott, *Vielfalt des Rechtspositivismus* (2016), S. 20.

8.3 Der sog. exklusive Rechtspositivismus.

Während der sog. inklusive Rechtspositivismus auf der Überlegung beruht, dass die Identifizierung von Rechtsnormen auch von moralischen Erwägungen abhängen kann, sofern dies das Recht im Verbund mit einer rechtspositivistischen Erkenntnisregel so bestimmt¹, lehnen Vertreter des exklusiven Rechtspositivismus diese Möglichkeit ab. Sie räumen dabei auch ein, dass Dworkin mit seiner Beschreibung der Herkunftsthese einen Grundgedanken des Rechtspositivismus richtig erfasst hat.² Dieser besteht darin, dass der Rechtspositivismus von einer bestimmten politischen Theorie der Funktion des Rechts ausgeht, wobei das Recht einen quellenbasierten Charakter aufweist, und diejenigen öffentlich nachvollziehbaren und verbindlichen Maßstäbe bezeichnet, die nicht mehr mit Verweis auf moralische oder sonstige Gründe außeracht gelassen werden können.³

Die elaborierteste Verteidigung des exklusiven Rechtspositivismus stammt von Joseph Raz, der für eine rein quellenbasierte Konzeption des Rechts argumentiert. Dazu bemerkt Raz:

“A jurisprudential theory is acceptable only if its test for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behavior capable of being described in value-neutral terms and applied without resort to moral argument.”⁴

¹ In diesem Sinne beispielsweise Jules Coleman, “Negative and Positive Positivism,” in: *Markets, Morals and the Law* (1988) “, S. 3-27; John Mackie, “The Third Theory of Law,” *Philosophy & Public Affairs*, 7. Band (1977); Philip Soper, “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute,” *Michigan Law Review*, 75. Band (1977); Chin L. Ten, “The Soundest Theory of Law,” *Mind*, 88. Band (1979), S. 522-537; Wil J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (1994); David Lyons, “Principles, Positivism and Legal Theory,” *Yale Law Journal*, 87. Band , S. 415-435.

² Joseph Raz, “Authority, Law, and Morality,” in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (1994), S. 235.

³ Joseph Raz, *The Concept of a Legal System* (Oxford: Clarendon Press 1980), S. 215-16; Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press 1986), S. ix.

⁴ Joseph Raz, “Legal Positivism and the Sources of Law,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 39.

Raz baut seine Argumentation auf zwei Säulen auf und verweist zum einen auf die Funktion und zum anderen auf die Autorität des Rechts.⁵

8.3.1 Die Funktion des Rechts

Das erste Argument für die Quellenthese folgt für Raz aus der Funktion des Rechts.⁶

Das Recht ist zur Ausbildung von Verhaltenserwartungen erforderlich, dient der Koordination von Verhalten, und damit der besseren Ermöglichung stabiler sozialer Kooperation. Es gibt Auskunft darüber, nach Maßgabe welcher Normen und Gründe autoritative Entscheidungen erfolgen.⁷ Um diese Funktion erfüllen zu können, ist es erforderlich, dass das Recht quellenbasiert ermittelt wird. Unter den Quellen des Rechts versteht Raz folgendes:

“[T]he sources of law are those facts by virtue of which it is valid and which identify its content.”⁸

Zu den Quellen des Rechts zählen dabei gesetzgeberische Entscheidungen, sowie Richterrecht (ggf. richterliche Entscheidungen) und Gewohnheitsrecht, Rechtsquellen also, die für jeden öffentlich nachvollziehbar sind.⁹ Zur Funktion des Rechts als öffentlich nachvollziehbare Verhaltensstandards schreibt Raz:

⁵ Anthony J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence* (1998), S. 277ff; Walter Ott / Maria Anna Rea-Frauchinger, *The Varieties of Legal Positivism* (2018), S.86.

⁶ Anthony J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence* (1998), S. 278.

⁷ Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 211.

⁸ Joseph Raz, “Legal Positivism and the Sources of Law,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 48.

⁹ Joseph Raz, „Authority, Law, and Morality,“ in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (2001), S. 221.

“I shall argue briefly that the sources thesis captures and highlights a fundamental insight into the function of law. It is a common place that social life requires and is facilitated by various patterns of forbearances, co-operation, and co-ordination between members of society or some of them. [...] It is an essential part of the function of law in society to mark the point at which a private view of members of the society [...] ceases to be their private view and becomes (i.e. lays a claim to be) a view binding on all members notwithstanding their disagreement with it. It does so and can only do so by providing publicly ascertainable ways of guiding behaviour and regulating aspects of social life.”¹⁰

Diese öffentlichen Standards sind quellenbasiert zu ermitteln und sie folgen nicht direkt aus moralischen Erwägungen (obwohl diesen quellenbasiert zu ermittelnden Standards natürlich moralische Erwägungen zugrunde liegen können), da ansonsten ein jeder den moralischen Status dieser Verhaltensstandards anzweifeln und entgegenstehendes Verhalten damit rechtfertigen könnte.¹¹ Raz bemerkt:

“So for the law to be able to fulfil its function, and therefore to be capable of enjoying moral authority, it must be capable of being identified without reference to the moral questions which it pre-empts, ie the moral questions on which it is meant to adjudicate. This is the ethical rationale for the fact that the law is a social institution.”¹²

Der letzte Gedanke leitet über zu Raz zweitem Argument für die Quellenthese, namentlich dem Gedanken der legitimen Autorität des Rechts.

¹⁰ Joseph Raz, “Legal Positivism and the Sources of Law,” in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 51.

¹¹ Ebd., S. 52.

¹² Joseph Raz, “On the Nature of Law,” in: Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford: Oxford University Press 2009), S. 115.

8.3.2 Die Autorität des Rechts

In seinem Aufsatz „Authority, Law, and Morality“¹³ baut Raz seine Argumentationslinien für den exklusiven Rechtspositivismus weiter aus. Er argumentiert nun, dass sich die Quellenthese aus dem Wesen der Autorität des Rechts ergibt.

In seinem Artikel unterscheidet Raz drei theoretische Modelle des Rechts, die sich in unterschiedlicher Weise auf das Verhältnis von Recht und Moral bei der Bestimmung des Rechts beziehen und in jüngerer Zeit vorgestellt worden sind:

“The sources thesis: All law is sourced-based.

The incorporation thesis: All law is either source-based or entailed by source-based law.

The coherence thesis: The law consists of source-based law together with the morally soundest justification of source-based law.”¹⁴

Die Quellenthese bezeichnet dabei Raz eigene Position, während mit den beiden anderen Thesen der inklusive Rechtspositivismus und Ronald Dworkins „law as integrity“ gemeint sind. Die beiden letztgenannten Standpunkte sind nach Raz mit dem Wesen der Autorität des Rechts nicht in Übereinstimmung zu bringen. Moralische Erwägungen spielen bei der Bestimmung des Rechts, also bei der Identifizierung von Normen als Rechtsnormen, keine Rolle. Deshalb sei am Ende die Quellenthese die einzig überzeugende Konzeption des Rechts.

Obwohl Raz davon ausgeht, dass das Recht moralischen Zwecken dient, moralische Autorität für sich beansprucht und von den moralischen Überzeugungen seiner Adressaten abhängt, ist Raz der Auffassung, dass die Bestimmung des Rechts allein

¹³ Joseph Raz, „Authority, Law, and Morality,” in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (2001), S.210ff.

¹⁴ Ebd. , S.210.

anhand sozialer Tatsachen erfolgt.¹⁵ Diese Auffassung folgt für Raz aus der Tatsache, dass jedes Rechtssystem notwendigerweise den Anspruch auf legitime Autorität erhebt. Ein jedes Rechtssystem erhebt den Anspruch eine legitime praktische Autorität zu sein. Ein Rechtssystem ist im Gegensatz zu einer theoretischen Autorität eine praktische Autorität. Seine Direktiven erzeugen Handlungsgründe und beziehen sich nicht auf Überzeugungen.¹⁶ Sofern das Recht aber einen Anspruch auf praktische Autorität erhebt, setzt dies voraus, dass das Recht so beschaffen sein muss, dass es eine Autorität sein kann. Denn es wäre abwegig, wenn das Recht zwar einen Anspruch auf praktische Autorität erhebt, aber nicht die notwendige Beschaffenheit aufweist, diesem Anspruch auch zu entsprechen.¹⁷ Bei alledem betont Raz, dass der Anspruch des Rechts, eine legitime praktische Autorität zu sein, in der Realität scheitern kann und nicht jedes Rechtssystem de facto eine legitime praktische Autorität ist.

Die Art von praktischer Autorität, die Raz vorschwebt, kennzeichnet sich durch drei Merkmale, die Raz wie folgt beschreibt:

“The dependence thesis: All authoritative directives should be based, among other factors, on reasons which apply to the subjects of those directives and which bear on the circumstances covered by the directives. Such reasons I shall call dependent reasons.

The normal justification thesis: The normal and primary way to establish that a person should be acknowledged to have authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives)

¹⁵ So Peter Koller, „Der Begriff des Rechts und seine Konzeptionen,“ in: Winfried Brugger/ Ulfrid Neumann / Stephan Kirste (Hrsg.), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 2008), S. 172 mit den weiteren Nachweisen: Joseph Raz, *The Authority of Law*, S. 3ff., 37ff.; und ders., *Ehtics in the Public Domain*, S.194ff.

¹⁶ Joseph Raz, „Authority, Law, and Morality,“ in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (2001), S. 211.

¹⁷ Mark C. Murphy, *Philosophy of Law. The Fundamentals* (Oxford: Blackwell 2007), S. 34.

if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding, and tries to follow them, then if he tries to follow the reasons which apply to him directly.

The pre-emption thesis: The fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should replace some of them.”¹⁸

Um eine praktische Autorität zu sein, muss es dem Adressaten möglich sein, einzig allein aufgrund der autoritativen Direktiven bestimmen zu können, was zu tun ist, ohne dabei erneut diejenigen Gründe abzuwägen, die für die Direktive maßgeblich geworden sind. Darüber hinaus kennzeichnen sich die Direktiven einer praktischen Autorität dadurch, dass sie erkennbar sind als der Wille einer autoritativen Körperschaft oder Person. Entsprechend der von Raz formulierten Thesen vermitteln Autoritäten zwischen Personen und den Gründen, die für diese Personen gelten:

“They regard authorities as mediating between people and the right reasons which apply to them, so that the authority judges and pronounces what they ought to do according to right reason.”¹⁹

Raz bezeichnet dies als die „service conception of authority“. Zwei weitere Eigenschaften zeichnen diese Service-Konzeption aus.²⁰ Einmal ist davon auszugehen, dass die Gründe, aus denen die Direktiven der Autorität folgen, zugleich solche Gründe sind, die für die Adressaten der Direktiven unabhängig von der Direktive auch maßgeblich sind. Eltern bspw., die zur Fürsorge ihrer Kinder angehalten sind, hätten auch unabhängig von einer entsprechenden autoritativen Direktive, Gründe zur Fürsorge. Des Weiteren, und das liegt im Wesen der Autorität, ersetzt die Direktive, die ursprünglichen Gründe der Adressaten und wird ausschließlich handlungsanleitend:

¹⁸ Joseph Raz, “Authority, Law, and Morality,” in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (2001), S. 214.

¹⁹ Ebd.

²⁰ Anthony J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence* (1998), S. 279.

“The mediating role of authority cannot be carried out if its subjects do not guide their actions by its instructions instead of by the reasons on which they are supposed to depend.”²¹

Es liegt auf der Hand, dass der Rolle einer Autorität nicht entsprochen werden kann, wenn die Anordnungen einer Autorität in einer Weise ausfallen, wie bspw. „tue das Richtige“ oder „verhalte dich der Moral entsprechend“.²²

McBride and Steel geben folgendes Beispiel, welches das Konzept der Autorität verdeutlichen soll:

Angenommen es gäbe einen Guru, der für sich in Anspruch nimmt, in Handlungsfragen eine legitime moralische Autorität zu sein. Er sagt jedem, der es hören möchte, Folgendes: „Wenn Du das tust, was ich Dir sage, was Du tun sollst, wirst Du das Richtige weit öfter tun, als wenn Du das tust, was Du selbst für das richtige Tun hältst.“

Der Suchende hört von diesem Guru und von dem, was er für sich in Anspruch nimmt, und beschließt sich auf den beschwerlichen Weg zu diesem Guru zu machen. Als er schließlich zum Guru vorgelassen wird, wirft sich der Suchende auf die Knie und bittet den Guru, ihn an seiner Weisheit teilhaben zu lassen. Er fragt den Guru: „Sage mir, o weise Autorität, was soll ich tun?“ Der Guru fällt in ein tiefes Nachdenken. Lange Zeit sagt er nichts. Dann schließlich sagt er bedeutungsschwer: „Tue das Richtige, Suchender.“

Es wäre nicht verwunderlich, wenn der Suchende auf diesen Rat mit Verstimmung reagieren würde, denn nach allem weiß er dies ohne hin. Vor allem ist der Rat des Gurus ohne jeglichen praktischen Nutzen, da der Suchende eben wissen will, was als Richtiges zu tun ist. Der Suchende kann von dieser Antwort also nicht begeistert sein und ist weiterhin darauf angewiesen, selber darüber zu entscheiden, was für ihn zu tun das

²¹ Ebd, S. 215.

²² Brian. H. Bix, “Joseph Raz’s Approach to Legal Positivism,” in: Torben Spaak / Patricia Mindus (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism* (2021), S. 355.

Richtige ist. Die Direktive des Gurus ist als Verhaltensanordnung nutzlos und der Guru als praktische Autorität gescheitert.²³ Raz bemerkt:

“A decision is serviceable only if it can be identified by means other than the considerations the weight and outcome of which it was meant to settle. [...] The same applies to the subject of any authority. They can benefit by its decisions only if they can establish their existence and content in ways which do not depend on raising the very same issues which the authority is there to settle.”²⁴

Der Service-Konzeption der Autorität, also der Zweckdienlichkeit, ist entsprochen, wenn die rechtlichen Direktiven (1) den Willen der rechtlichen Autorität zum Ausdruck bringen, wie sich die Rechtsadressaten zu verhalten haben und (2) als Anordnungen dieser Autorität identifiziert werden können, ohne erneut auf die Gründe Bezug nehmen zu müssen, die diesen Anordnungen zugrunde liegen.²⁵

Es sind nach Raz Auffassung genau diese Merkmale einer praktischen Autorität, die sowohl gegen den inklusiven Rechtspositivismus als auch gegen Dworkins Konzeption des Rechts sprechen. Den notwendigen Eigenschaften einer praktischen Autorität kann letztlich nur die Quellenthese entsprechen, die es vorsieht, dass die Bestimmung des Rechts einzig und allein anhand sozialer Tatsachen ohne Rekurs auf moralische Erwägungen erfolgen kann.²⁶ Dazu führt Raz aus:

“We ought to follow the law they make or endorse because they have authority over us. The laws they make are based on their best judgement regarding the way people should conduct themselves. But in the matters over which they have authority their subjects will be more likely to conform

²³ Nicholas J. McBride / Sandy Steel, *Jurisprudence* (London: Palgrave 2014), S. 55.

²⁴ Joseph Raz, “Authority, Law, and Morality,” in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (2001), S. 214.
S. 219.

²⁵ So Peter Koller, „Der Begriff des Rechts und seine Konzeptionen,“ in: Winfried Brugger/ Ulfrid Neumann / Stephan Kirste (Hrsg.): *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert* (2008), S. 173.

²⁶ Joseph Raz, “On the Nature of Law,” in: Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (2009), S. 114-115.

to reason if they follow the law rather than disregard it and attempt to follow right reason directly (ie irrespective of the law). But for this condition to be met it is necessary that the subjects of the authority are able to establish the content of the law. How can they do this? By establishing which rules were made or endorsed by the authorities. This can involve establishing the acts of the authorities and their meaning. But it cannot consist of establishing which law the authorities should have passed. Authorities are legitimate only if they are better able to establish that than their subjects. In fact they exist precisely to avoid the need for their subjects to base their action on their own estimation of what is best to do. That is their main rationale, and it will be defeated if to establish the content of the law they would have to deliberate the very considerations the law exists to pre-empt.”²⁷

8.3.3 Rechtsquellen und Normenkontrolle

Wie kann der exklusive Rechtspositivismus nun mit der offensichtlichen Tatsache umgehen, dass es Rechtssysteme gibt, die das Übereinstimmen von Rechtsnormen mit bestimmten (moralischen) Prinzipien oder substanziellen Werten als rechtliche Geltungsvoraussetzung dieser Normen vorsehen? Beispiele dafür lassen sich in der Verfassung der Vereinigten Staaten, Kanadas oder auch der Verfassung der Bundesrepublik finden. Der inklusive Rechtspositivismus deutet die Tatsache der Überprüfung von legislativen Entscheidungen in dem Sinne, dass das Recht ggf. auch mithilfe moralischer Kriterien identifiziert wird. Diese Auffassung ist allerdings unzutreffend. Nicht die Identifizierung der Norm als Rechtsnorm erfolgt nach Maßgabe in das Recht inkorporierter moralischer Kriterien, sondern allenfalls die juristische Geltung der Norm innerhalb der Verfassungsordnung. Diese Frage ist aber wiederum in

²⁷ Ebd.

speziellen Verfahren zu klären. Solange die Norm in einem solchen Verfahren nicht aufgehoben ist, gilt sie. Im Falle der Aufhebung ist sie als anfänglich nichtig anzusehen. Identifizierung und Geltung einer Rechtsnorm sollten gesondert behandelt werden. Die Identifizierung einer Rechtsnorm erfolgt deshalb in allen Fällen quellenbasiert.

Die Tatsache, dass im demokratischen Verfassungsstaat legislative Entscheidungen einer verfassungsrechtlichen Überprüfung unterliegen (die für gewöhnlich durch ein gerichtsförmig organisiertes Kollektivorgan erfolgt), stellt indes keine Besonderheit dar, die dem Gedanken des quellenbasierten Rechts entgegensteht. Einmal ist festzustellen, dass die rechtsanwendenden Organe des demokratischen Verfassungsstaates (Verwaltung und Gerichte) über keine eigenständige Normverwerfungskompetenz verfügen und aus diesem Grund für sie auch kein Ermessensspielraum besteht, das Recht nach moralischen Kriterien zu identifizieren. Die Rechtsordnung autorisiert Verwaltung und Gerichte aus guten Gründen nicht dazu, über den Status der anhand von Quellen zu identifizierenden Normen (vornehmlich der Gesetzgebung) zu befinden. Für die Überprüfung und ggf. Verwerfung legislativer Entscheidungen (Normenkontrolle) sind spezielle Organe und Verfahren vorgesehen. Überprüfende Organe sind von rechtsanwendenden Organen strikt zu unterscheiden²⁸, da sie über den Status von Rechtsnormen im Lichte des höherrangigen Rechts befinden²⁹ und ihre Entscheidungen Rechtsquellencharakter annehmen.³⁰ Es ist die gerichtsförmige

²⁸ Deshalb hat Hans Kelsen das Organ der Verfassungsgerichtsbarkeit als negativen Gesetzgeber bezeichnet, Hans Kelsen, „Wer soll Hüter der Verfassung sein?“, in: Robert Chr. van Ooyen (Hrsg.): *Hans Kelsen: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Tübingen: Mohr Siebeck 2008), S. 78.

²⁹ Es handelt sich insofern auch um „Rechtsanwendung“, da die Begründung der Entscheidung ausschließlich nach Maßgabe von Verfassungsnormen zu erfolgen hat. Die Besonderheit besteht aber darin, dass über die Geltung von Rechtsnormen entschieden wird und der Entscheidung Rechtsquellencharakter zu kommt.

³⁰ § 32 II BVerfGG ordnet dies beispielsweise für das deutsche Recht an. Den Entscheidungen des BVerfG kommt in Fällen der Normenkontrolle (Vereinbarkeit von Gesetzen mit dem Grundgesetz) Gesetzeskraft zu:

„In den Fällen des § 13 Nr. 6, 6a, 11, 12 und 14 hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft. Das gilt auch in den Fällen des § 13 Nr. 8a, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt. Soweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird, ist die Entscheidungsformel durch das

Organisation überprüfender Organe und ihrer Entscheidungsverfahren, die dazu verleitet, in diesen Organen einfache „Gerichte“ zu erkennen, was allerdings verfehlt wäre.³¹ Wenn überprüfende Organe von ihren Befugnissen Gebrauch machen³², auf Antrag legislative Entscheidungen aufzuheben, sind diese Entscheidungen von rechtsanwendenden Organen wie Rechtsquellen zu behandeln. Rechtsanwendende Organe wenden also stets nach Rechtsquellen zu bestimmendes Recht an³³, ohne dass ihren vereinzelt Entscheidungen selbst je der Status als Rechtsquelle eingeräumt wird.³⁴ Rechtsanwendenden Organen steht es frei, die Überprüfung einer nach Rechtsquellen identifizierten und anzuwendenden Rechtsnorm in den dafür vorgesehenen Verfahren anzustrengen.³⁵ Die Befugnis zur eigenständigen Normenkontrolle ist ihnen nicht verliehen. Aus diesem Grund wird das Recht auch nicht anhand moralischer Kriterien (die etwa der Verfassung entnommen werden) identifiziert.

Die Möglichkeit der Überprüfung des einfachen Rechts nach Maßgabe höherrangiger Rechtsnormen steht dem Gedanken des quellenbasierten Rechts und der Trennung von

Bundesministerium der Justiz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Entsprechendes gilt für die Entscheidungsformel in den Fällen des § 13 Nr. 12 und 14.“

Die vereinzelt Entscheidungen rechtsanwendender Organe zählen hingegen nicht zu den Rechtsquellen des demokratischen Verfassungsstaates. D.h., dass andere Gerichte in ähnlichen Fällen von diesen Entscheidungen abweichen können, solange diesen Entscheidungen keine gefestigte Rechtspraxis zugrunde liegt. In einem solchen Fall ist es wiederum die gefestigte Rechtspraxis selbst, auf die als Rechtsquelle Bezug zu nehmen ist und nicht etwa auf die vereinzelt Entscheidung eines anderen rechtsanwendenden Organes, die lediglich im Sinne der Praxis ausfällt. Am mangelnden Rechtsquellencharakter der Entscheidungen von Justiz und Verwaltung zeigt sich der fundamentale Unterschied zu den überprüfenden Organen des demokratischen Verfassungsstaates.

³¹ Hans Kelsen, „Wer soll Hüter der Verfassung sein?“, in: Robert Chr. van Ooyen (Hrsg.): *Hans Kelsen: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (2008), S. 78 FN 10.

³² Raz nennt solche Befugnisse „directed Power“, „The Inner Logic of the Law“, in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (2001), S. 244.

³³ Joseph Raz, „The Institutional Nature of The Law“, in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2009), S. 113.

³⁴ D.h., dass diese Entscheidungen für andere rechtsanwendende Organe (die über gleichgelagerte Fälle zu befinden haben) rechtlich nicht bindend sind, obwohl sie faktisch zu Rate gezogen werden und in Entscheidungsgründen ggf. auch zitiert werden. Natürlich kann dies in einer bestimmten Rechtsordnung auch anders geregelt sein.

³⁵ Für das deutsche Recht siehe etwa Art. 100 Absatz 1 GG, §§ 13 Nr.11, 80ff. BVerfGG, das ein Normenkontrollverfahren auch aufgrund Richtervorlage vorsieht (konkrete Normenkontrolle).

Recht und Moral bei der Identifizierung von Rechtsnormen folglich nicht entgegen. Vielmehr bestätigt es diesen Gedanken, was sich daran ablesen lässt, dass es in überprüfenden Normenkontrollverfahren stets um die Überprüfung quellenbasierten Rechts geht. Auch stellt der Rekurs überprüfender Organe auf die Verfassung keine Bezugnahme auf die Moral dar, insofern der Verfassung ein eigener normativer Gehalt zu entnehmen ist, der autonom zu betrachten ist, und in pluralistischen Gesellschaften nicht mit bestimmten moralphilosophischen Lehren identifiziert werden darf. Es ist in jedem Fall zwischen der Verfassung und ihrem normativen Gehalt als einer öffentlichen Grundlage der Rechtfertigung oder Verwerfung legislativer Entscheidungen und den vielen nicht-öffentlichen Grundlagen (umfassender) moralischer Positionen zu unterscheiden.³⁶ Die Anwendung der Verfassung erfolgt auch nicht im Lichte bestimmter umfassender moralphilosophischer Positionen. Die Kriterien der Verfassung bleiben rechtlicher Natur.³⁷ Es handelt sich bei der Verfassung (mit den Worten von John Rawls) um eine freistehende Konzeption der Gerechtigkeit, deren Anwendung keinen Rekurs auf (umfassende) moralphilosophische Positionen vorsieht.³⁸ Kein Rechtsanwender sollte nach richtigem Selbstverständnis also den Verweis auf die Verfassung als einen Verweis auf die Moral auszeichnen. Der Rekurs auf die Moral (im Sinne nicht-öffentlicher Gründe) ist auch denjenigen Organen nicht zugänglich, die letztverbindlich darüber befinden, ob eine Rechtsnorm nach Maßgabe der Verfassung gilt. Der Rekurs auf außerrechtliche Erwägungen bleibt im demokratischen Verfassungsstaat grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn, dass das maßgebliche, nach Rechtsquellen zu bestimmende einfache und in Übereinstimmung mit der Verfassung stehende Recht einen solchen Rekurs ausdrücklich vorsieht.

³⁶ In diesem Sinne etwa John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. xix, siehe dazu auch die Kapitel IV. § 5., "A Political Conception Need not Be Comprehensive," und VI. § 3., "Nonpublic Reasons."

³⁷ Sie sind natürlich auch moralischer Natur, doch das unterscheidet die Verfassung nicht vom einfachen Recht. Das im einfachen Recht normierte Tötungsverbot oder bsp. der Persönlichkeitsschutz weist ebenfalls einen moralischen Gehalt auf.

³⁸ Rawls entwickelt in diesem Zusammenhang den Gedanken des öffentlichen Vernunftgebrauches als dessen exemplarische Instanz er die Verfassungsgerichtsbarkeit ansieht, *Political Liberalism* (2005), S. 231.

9. Die Frage nach den normativen Bezügen der Rechtstheorie und des Rechtspositivismus

In neuerer Zeit ist die Auffassung im Vordringen befindlich, dass dem Rechtspositivismus eine normative Dimension zukommt.¹ Anklänge davon sind in dieser Arbeit bereits im Kapitel zu Bentham zu finden. Die normativen Bezüge des Rechtspositivismus werden dabei auf unterschiedlichen Ebenen diskutiert. Zum einen soll es die Rechtstheorie selbst sein, die nicht ohne normative Vorentscheidungen betrieben werden kann. Zum anderen ist es der Rechtspositivismus als Konzeption des Rechts, dem ein normativer Gehalt entnommen werden soll. Das bedeutet nichts anderes, als dass der Rechtspositivismus eine auf guten Gründen basierende Rechtskonzeption ist, die nicht lediglich beschreibender Natur ist. Vielmehr ist der Rechtspositivismus nach dieser Auffassung Teil einer politischen Theorie über die richtige Ausformung der Institutionen des demokratischen Verfassungsstaats und deren Verhältnis zueinander. So schreibt Tom Campbell zum Verhältnis von Rechtstheorie und politischer Philosophie:

“Every legal theory requires a political setting and no political philosophy should lack a theory of law.”²

In diesem Abschnitt sollen diese beiden Ebenen in aller Kürze diskutiert werden. Zwar wird in dieser Arbeit auch der Standpunkt vertreten, dass mit einer rechtspositivistischen Konzeption des Rechts die Rechtspraxis des demokratischen Verfassungsstaates richtig beschrieben werden kann. Dies ist bereits ausgeführt und im Kapitel zum exklusiven Rechtspositivismus unterstrichen worden. Es soll darüber hinaus aber nicht gänzlich ausgeklammert werden, dass einige Vertreter des Rechtspositivismus normative Dimensionen betonen, die also über die reine Beschreibung der Natur des Rechts hinausgehen. Auch sehen sie diese Dimensionen in der positivistischen Tradition fest verankert.

¹ Andrei Marmor, “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral,” *Oxford Journal of Legal Studies*, 26. Band (2006), S. 683.

² Tom Campbell, *The Legal Theory Ethical Positivism* (Aldershot: Dartmouth 1996), S. 13.

Diese Autoren sollen in diesem Kapitel zu Wort kommen, wobei stellvertretend auf Frederick Schauer und Tom Campbell eingegangen wird. Frederick Schauer bezieht sich weitgehend auf Bentham, so dass einige Aspekte von Benthams Rechtsphilosophie in diesem Kapitel erneut aufgegriffen werden.

Zunächst aber soll die Frage erörtert werden, ob eine als rein deskriptiv zu verstehende Rechtstheorie im Bereich des Möglichen ist.

9.1 Die Möglichkeit einer rein deskriptiven Rechtstheorie

Eine Kontroverse um die „normativen“ Bezüge des Rechtspositivismus kreist um die Theoriebildung in der Rechtsphilosophie. Es geht um die Frage, ob moralische Erwägungen auch im Rahmen einer sich als deskriptiv verstehenden Rechtsphilosophie unerlässlich sind.³

Hart versteht seine Rechtstheorie zunächst als eine deskriptive Theorie, die moralisch neutral ist. Seine Theorie besagt, was als Recht zu begreifen ist, und sie ist allgemeingültig, insofern sie nicht an ein bestimmtes Rechtssystem oder an einen bestimmten Rechtskreis gebunden ist.⁴ Sie ist deskriptiv in dem Sinne, dass sie moralisch neutral ist und keinerlei rechtfertigende Ambitionen verfolgt.⁵ Andrei Marmor folgt Hart in dieser Hinsicht und führt in seinem Aufsatz „Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral“⁶ aus, was mit deskriptiver Rechtstheorie, die moralisch neutral ist, gemeint ist:

³ Siehe dazu etwa das Kapitel „Is Legal Philosophy Normative?“, in: Andrei Marmor, *Philosophy of Law* (2011), S. 109-135, an dem sich die folgenden Ausführungen orientieren.

⁴ Hart, Postscript, in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 239.

⁵ Ebd., S. 240.

⁶ Andrei Marmor, „Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral,“ *Oxford Journal of Legal Studies*, 26. Band (2006), S. 683-704.

„By ‘descriptive’ I mean that such an account does not purport to justify or legitimize any aspect of its subject matter. By ‘morally neutral’, I mean that the theory need not take a stance on any particular moral or political issues, nor is it committed to any moral or political evaluations.”⁷

Diese Auffassung wird in der rechtsphilosophischen Literatur als methodologischer Positivismus bezeichnet. Diese Position unterstreicht, dass deskriptive Rechtstheorie ohne Zugrundelegung „normativer“ Bezüge möglich ist. Unter „normativ“ ist Marmor zufolge in diesem Zusammenhang folgendes zu verstehen:

“Roughly, when people use the term ‘normative’ in this context, they mean to refer to the realm of judgments that reflect moral evaluations, or evaluations like moral judgments.”⁸

Brian Leiter grenzt den methodologischen Positivismus wie folgt ab:

“More precisely, methodological positivists claim that a descriptive account of law’s nature is explanatorily prior to any moral assessment or evaluation of law, including any moral assessment or evaluation of whether law provides us with genuine reasons for action. Methodological anti-positivists deny the preceding: a theory of law does require moral theorizing because we simply cannot understand what law is prior to some account of what law ought to be.

There is no master argument for methodological positivism. It is a hypothesis about how parsimonious a theory of law can be, and it is supported to the extent that an explanatorily adequate theory can be given consistent with that hypothesis. Methodological anti-positivism on the other hand must be

⁷ Ebd., S. 683.

⁸ Ebd., S. 684.

motivated by some perceived shortcoming in positivist theories of law, [...].”⁹

Das zentrale Argument für den methodologischen Antipositivismus erkennt Stephen Perry nun darin:

“Jurisprudence requires a conceptual framework. The difficulty is that the data can plausibly be conceptualized in more than one way, and choosing among conceptualizations seems to require the attribution to law of a point or function. This in turn involves not just evaluative considerations, but moral argument.”¹⁰

Auch John Finnis ist der Auffassung, dass im Rahmen einer deskriptiven Rechtstheorie, dem Anstellen moralischer Bewertungen eine zentrale Rolle zukommt:

“[N]o theorist can give a theoretical description and analysis of social facts without also participating in the work of evaluation, of understanding what is really good for human persons, and what is really required by practical reasonableness.”¹¹

McBride und Steel beschreiben die generelle Struktur von Finnis Argument dabei wie folgt:

“(1)

Descriptive theories of law need to make judgements about what is important and significant to include within a general description of law. If they do not, they will just list a miscellaneous bunch of facts about law. [12]

⁹ Brian Leiter & Alex Langlais, "The Methodology of Legal Philosophy" (*University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 407, 2012*), S. 14-15.

¹⁰ Stephen Perry, "Interpretation and Methodology in Legal Theory," in: Andrei Marmor (Hrsg.), *Law and Interpretation* (Oxford: Clarendon Press 1995), S. 114.

¹¹ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Oxford University 2011), S. 3.

¹² Ebd., S. 17.

(2)

The descriptive theorist must treat as important and significant the perspective of those within the law who consider the law as potentially giving the reason to take certain actions. [¹³]

(3)

Having identified as important the internal perspective of those within the law, one ought to accept that the 'central case' of that perspective is the one which regards the creation of law as a moral requirement. The descriptive theorist, whose primary concern is with law's central case, must consequently build up a general picture of law from the perspective of one who considers the establishment of law as morally required. "[¹⁴]¹⁵

Auch im Rahmen einer sich deskriptiv verstehenden Rechtstheorie sind daher nach Finnis moralische Bewertungen im Rahmen einer Analyse des zentralen Falles (der Webers Idee des Idealtypus ähnelt) erforderlich.

Ronald Dworkin bezweifelt ebenfalls die Stichhaltigkeit des methodologischen Positivismus. Er tut dies auf der Grundlage, dass das Recht ein interpretatives Konzept sei. Im Rahmen einer „konstruktiven Interpretation des Rechts“ sei die „bestmögliche moralphilosophische Rechtfertigung“ des quellenbasierten Rechts auszuarbeiten, die ihrerseits Bestandteil des Rechts ist und von rechtsanwendenden Organen zu berücksichtigen ist.¹⁶ Bei der Ermittlung des Rechts und im Rahmen der Rechtstheorie sind daher, so Dworkin, moralische Überlegungen unerlässlich, was seiner Ansicht nach auch darauf zurückzuführen ist, dass dem Recht („past political decisions“) die Funktion der Rechtfertigung staatlichen Zwangs zukommt.¹⁷ Die Rechtstheorie charakterisiert

¹³ Ebd., S. 3.

¹⁴ Ebd., S. 9-11.

¹⁵ Nicholas J. McBride / Sandy Steel, *Jurisprudence* (2014), S. 20.

¹⁶ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986) S. 90.

¹⁷ Ebd., S. 93.

Dworkin dabei wie folgt: „Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision at law.“¹⁸

Was zum methodologischen Antipositivismus zu sagen ist, sei nun erörtert.¹⁹

9.1.1 Das Argument der Funktion des Rechts

Es ist durchaus zutreffend, dass die Rechtstheorie nicht ohne evaluative Urteile auskommt. In dieser Hinsicht hat Perry recht. Hart erkennt dies durchaus. So führt er aus:

“[A]n analysis which allots a place to moral claims and beliefs as constituents of social phenomena must itself be guided, in focusing on those features rather than others, by some criteria of importance of which the chief will be the explanatory power of what his analysis picks out. So his analysis will be guided by judgements, often controversial, of what is important and will therefore reflect such meta-theoretic values and not be neutral between all values. But again there is nothing to show that this analysis is not descriptive but normative and justificatory.”²⁰

Hart unterstreicht, dass die Rechtstheorie damit keinen moralischen Charakter annimmt. Es ist dementsprechend durchaus möglich, dem Recht eine Funktion zuzuschreiben, ohne damit gleichzeitig ein moralisches Urteil über den Gegenstandsbereich der Theorie (also dem Recht) zu fällen.

¹⁸ Ebd., S. 66.

¹⁹ Ausführlich zu den drei antipositivistischen Argumenten siehe Andrei Marmor, *Philosophy of Law* (2011), S. 122-134.

²⁰ H.L.A. Hart, „Comment,“ in: Ruth Gavison (Hrsg.): *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart* (Oxford: Clarendon Press 1987), S. 39.

9.1.2 Die Teilnehmerperspektive

Ein zweites Argument für den notwendigen moralischen Charakter der Rechtstheorie soll aus der Einnahme der Teilnehmerperspektive bei der Entwicklung der Rechtstheorie folgen. So schreibt Julie Dickson in Bezug auf Finnis Argument:

“However, Finnis employs it as a starting point from which to construct an argument in favor of a view of legal theory that claims that theorists must make moral value judgments and must explain the moral value of law and the way in which law can give rise to moral obligations in order to explain its nature. He does so via the claim that because law is a social phenomenon that people are aware of, have views about, and use in their practical reasoning about what to do and how to live, legal theorists making judgments of importance and significance about their subject matter must be guided by what is considered important and significant by those who create, administer, and are subject to the law and whose views and activities constitute the subject matter of jurisprudential inquiry.”²¹

Aber auch dieses Argument von Finnis kann nicht überzeugen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Rechtstheorie nicht die Perspektive derjenigen annehmen kann, die das Recht erlassen, es anwenden oder ihm unterliegen, ohne sich damit aber zugleich diese Perspektive und ihre etwaigen zugrundeliegenden moralischen Überzeugungen theoretisch zu eigen zu machen.²²

²¹ Julie Dickson, “METHODOLOGY IN JURISPRUDENCE: A Critical Survey,” *Legal Theory* 10. Band (2004), S. 123.

²² Andrei Marmor and Alexander Sarch, "The Nature of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/>.

9.1.3 Das Argument des interpretativen Charakters des Rechts

Ein drittes Argument für den moralischen Charakter der Rechtstheorie folgt aus Dworkins interpretativen Ansatz. Die zentrale Aufgabe der Rechtstheorie ist nach Dworkins Ansatz interpretativ und bewertend. Die Rechtstheorie ist damit notwendigerweise moralischer Natur. Es geht der Rechtstheorie dieser Ansicht nach darum, diejenigen Prinzipien zu identifizieren, die am besten auf das quellenbasierte Recht passen, mit diesem kohärent sind und für dieses die beste moralische Begründung liefern.²³ Das Recht soll sozusagen in seinem „besten Licht“ erscheinen, und es kommt ihm dabei die Aufgabe zu, staatlichen Zwang zu rechtfertigen.

Hart hat zu Dworkins Ansatz treffend bemerkt, dass es nicht offensichtlich ist, warum zwischen Harts deskriptiven Modell und Dworkins interpretativen Unterfangen ein Konflikt bestehen sollte, da beiden eine grundsätzlich unterschiedliche Zielsetzung und Fragestellung zu eigen ist.²⁴ Letztlich ist also ein „methodologischer Pluralismus“ vorzuzugewürdigt, der sich eben auch daran orientiert, welche Fragen an das Recht gestellt sind.²⁵

Die Unterscheidung von deskriptiver und normativer Rechtstheorie bleibt damit aufrechterhalten.

²³ So bsp. fasst Hart Dworkins Standpunkt zusammen, „Postscript,“ in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994), S. 241.

²⁴ Ebd.

²⁵ Marmor, Andrei and Alexander Sarch, "The Nature of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/>.

9.2 Die normative Dimension des Rechtspositivismus

In jüngerer Zeit haben Autoren wie Neil MacCormick,²⁶ Gerald Postema,²⁷ Tom Campbell,²⁸ Stephen Perry²⁹, Jeremy Waldron,³⁰ und andere³¹ auf den normativen Gehalt des Rechtspositivismus hingewiesen. Dieses Verständnis des Rechtspositivismus ist unter Rechtspositivisten indes nicht unumstritten.³²

So führt beispielsweise Jules Coleman aus:

“Legal positivism makes a conceptual or analytic claim about law, and that claim should not be confused with programmatic or normative interests certain positivist, especially Bentham, might have had.”³³

Aber es ist natürlich kein Grund ersichtlich, was gegen ein normatives Verständnis des Rechtspositivismus als gesonderten Teil einer normativ ausgeprägten Rechtsphilosophie

²⁶ Neil MacCormick, “A Moralistic Case for A-moralistic Law,” *Valparaiso Law Review*, 20. Band (1985), S. 20-47; Neil MacCormick, “The Ethics of Legalism,” *Ratio Juris*, 2. Band (1989), S. 184-93.

²⁷ Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (1986).

²⁸ Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (1996); Tom Campbell, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy* (London: UCL Press 2004).

²⁹ Stephen Perry, “Hart’s Methodological Positivism,” in Jules Coleman (Hrsg.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (2001), S. 411-33.

³⁰ Jeremy Waldron, “Normative (or Ethical) Positivism,” in: Jules Coleman (Hrsg.), *Hart’s Postscript* (2001), S. 411-33.

³¹ David Dyzenhaus, “The Genealogy of Legal Positivism,” *Oxford Journal of Legal Studies*, 24. Band (2004), S. 39-63; Liam Murphy, “The Political Question of the Concept of Law,” in: Jules Coleman, *Hart’s Postscript* (2001), S. 371-409; Liam Murphy, “Better to See Law This Way,” *New York University Law Review*, 83. Band (2008), S. 1088-1107.

³² Formen eines rein deskriptiven Rechtspositivismus werden bsp. vertreten von H.L.A. Hart, “Postscript,” in: H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1994); Jules Coleman, “Negative and Positive Positivism,” in: Jules Coleman, *Markets, Morals and the Law* (1988); Wil J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (1994); Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory* (2001); Andrei Marmor, “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral,” *Oxford Journal of Legal Studies*, 26. Band (2006), S. 683-704.

³³ Jules Coleman, “Negative and Positive Positivism,” in: Jules Coleman, *Markets, Morals and the Law* (1988), S. 11.

sprechen würde (außer natürlich die etwaige Unplausibilität eines solchen Ansatzes), da sich deskriptiver und normativer Rechtspositivismus nicht widersprechen.³⁴

9.2.1 Schauers normativer Rechtspositivismus in der Tradition von Bentham

Insbesondere Frederick Schauer sieht den normativen Rechtspositivismus in der Tradition von Bentham begründet und daher auch als einen integralen Bestandteil des modernen Rechtspositivismus.³⁵

Die wesentliche normative Dimension von Benthams Rechtsphilosophie ist Schauer zufolge darin zu sehen, dass es Bentham darum ging, die Rolle von Richtern im Rahmen der Bestimmung des Rechts zugunsten einer gesetzgeberischen Körperschaft zurückzunehmen. Dem entsprach auch seine Kritik am Common Law, welches diese Gewichtung so nicht setzen konnte. Ziel von Benthams Rechtsphilosophie war es, rechtliche Institutionen so auszugestalten, dass die Rolle von Juristen und Richtern auf ein Minimum reduziert werden sollte. Dies sollte durch die Schaffung genau kodifizierter Rechtsgebiete ermöglicht werden, die den Rechtsadressaten in die Lage versetzen sollte, seine Rechte und Pflichten aufgrund öffentlich bekannter Normen erkennen zu können.³⁶ Schauer erkennt in Benthams Rechtspositivismus eine Form, die den Richter im Rahmen der Rechtsanwendung dazu anhält, sein Wirken im Rahmen der Rechtsordnung daraufhin zu beschränken, bestehendes, schriftlich fixiertes, durch eine gesetzgeberische Körperschaft geschaffenes Recht zu interpretieren und anzuwenden, ohne dabei eigene moralische Wertungen in die richterliche Entscheidungsfindung einfließen zu lassen.³⁷ Seine Überlegungen zu Bentham fasst Schauer wie folgt

³⁴ Andrei Marmor, *Philosophy of Law* (2011), S. 115.

³⁵ Frederick Schauer, "Jeremy Bentham, Tom Cambell, and the Normative Positivist Tradition," *Australian Journal of Legal Philosophy* 42. Band (2017), S. 206ff.

³⁶ Frederick Schauer, "Normative Legal Positivism," S.8.

³⁷ Ebd., S. 9.

zusammen und er definiert dabei, was unter einem normativen Rechtspositivismus zu verstehen ist:

“We thus have, originally from Bentham, the broad outlines of a particular version of what we can now label normative legal positivism. Recognizing that others have used the same designation for related but potentially different positions, I want to define normative positivism as the position maintaining that there exists a limited domain of sources of positive law, that the nature and boundaries of the domain are set by a Hartian rule of recognition, that judges behave (presumptively) impermissibly if they use or rely on sources other than those in this rule-of-recognition-recognized domain, and that a well-designed legal system will craft its rules, practices, and incentives so as to make it difficult for judges to draw on considerations other than those specified by the positive law. As such, normative legal positivism is a normative position, and its normativity is addressed to the designers of a legal system and not to legal theorists.”³⁸

Einschränkend ist natürlich zu sagen, dass es in keiner Weise selbsterklärend ist, den Einfluss von Richtern zurückzustufen, wenn die anzuwendenden Normen von zweifelhafter Herkunft sind, also beispielweise nicht aus demokratischen Verfahren hervorgehen.³⁹

³⁸ Frederick Schauer, “Jeremy Bentham, Tom Campbell, and the Normative Positivist Tradition,” S. 208.

³⁹ Siehe bsp. James Allan, “Tom Campbell and Democratic Legal Positivism,” *Australian Journal of Legal Philosophy* 34. Band (2009), S. 285, der schreibt: “Limiting the moral input at the point-of-application, when the fairly specific general rules issue from a clerical elite, a deranged dictator, or even an oligarchy with a surprising attachment to abiding by procedural Rule of Law desiderata, is in no way self-evidently a good thing. And none of the Antipodean Legal Positivists says it is. So I prefer to have some form of the word ‘democracy’ in my label for this [...] normative theory.”

9.2.2 Tom Campbells ethischer Rechtspositivismus

Benthams normativer Positivismus, so hat Schauer festgestellt, beschreibt eine normative Position, wie Rechtsordnungen institutionell ausgestaltet werden sollten, und welche Rolle das Wirken von Richtern in ihnen haben sollte. Tom Campbells ethischer Rechtspositivismus hat eine ähnliche Ausrichtung. Sein Modell eines ethischen Rechtspositivismus beschreibt Campbell wie folgt:

“[The Legal Theory of Ethical Positivism is] not an old style analytical theory that seeks to define law [...] but a normative or ethical theory that expresses a preference for a certain type of legal system, where, according to my own version at any rate, there is a set of fairly specific general rules that can be identified and applied without recourse to contentious moral or other speculative matters, a system that it is possible for citizens to understand and follow (no doubt with legal advice in complex areas) and judges to apply without recourse to controversial first-order moral judgments.”⁴⁰

An anderer Stelle schreibt er:

“[Ethical legal positivism is] a normative or moral form of legal positivism that takes positivism beyond conceptual and empirical analysis into the realm of evaluation and prescription in that at least part of what the theory is about is recommending a particular type of legal system, one that takes rules [of sufficient clarity, intelligibility and precision] seriously and seeks to minimize the role of moral judgment in the actual understanding and implementation of these rules whose content falls to be determined by democratic process.”⁴¹

⁴⁰ Tom Campbell, “Judicial Activism - Justice or Treason?,” *Otago Law Review* 10. Band (2003), S. 310.

⁴¹ Tom Campbell, “Blaming Legal Positivism: A Reply to David Dyzenhaus,” *Australian Journal of Legal Philosophy* 28. Band (2003), S. 34.

Campbell geht es darum, ein moralisches Argument für den Rechtspositivismus vorzutragen. Der ethische Rechtspositivismus behauptet, dass es aus Gründen der politischen Moral erforderlich ist, eine Rechtspraxis anzustreben, in der die Identifikation und die Anwendung des Rechts so weit als möglich von moralischen Urteilen getrennt werden sollte, die ihrerseits Gegenstand der (demokratischen) Gesetzgebung sind.⁴²

Gegenstand von Tom Campbells Positivismus ist also die Rechtspraxis der Identifikation und Anwendung von Rechtsnormen, wie sie innerhalb einer ideal ausgestalteten Rechtsordnung ausfallen würde. Dazu schreibt Campbell:

“[T]he organizing and motivating force of LEP is a substantive political view about the significance of the positivist vision of what a good legal system looks like and how it contributes to a just, effective and democratic polity.”⁴³

Campbell ist dabei der Auffassung, dass Raz' Quellenthese dem normativen Anliegen des ethischen Positivismus entspricht:

“If a jurisprudential theory is one which judges should follow and legislators should facilitate, rather than one that is simply conceptually or descriptively accurate with respect to current practice, then Raz's sources thesis can be taken to encapsulate the possibilities which Ethical Positivism posits as an aspirational model.”⁴⁴

Entscheidend für Campbells ethischen Rechtspositivismus ist darüber hinaus die Verknüpfung des Rechts mit dem Gedanken der demokratischen Legitimität und der demokratischen Erzeugung des Rechts. Deshalb bezeichnet Campbell seine Position mitunter auch als „demokratischen Positivismus“. Dazu bemerkt Campbell:

“I call the politico-legal framework of principles proposed ‘democratic positivism’. Democratic positivism is positivistic in the tradition of a legal

⁴² Tom Campbell, *The Legal Theory Ethical Positivism* (1996), S. 3.

⁴³ Ebd., S. 2.

⁴⁴ Ebd., S. 85.

positivism that is wedded to the political significance of channeling governmental power through specific unambiguous conduct-governing mandatory rules, with genuine exclusionary force, capable of being applied without recourse to contentious moral and political judgements – rules which have their source in empirically identifiable institutional acts which are the outcome of democratic procedures. Democratic procedures are taken to be procedures that serve to maximize the involvement of all those affected by the rules that bind them in a way which approximates to the ideal of giving their choices equal weight with respect to the rules and decisions which are binding on them.”⁴⁵

Tim Dare erkennt in Campbells Version des Rechtspositivismus eine zweifache Normativität. Zum einen ist der ethische Rechtspositivismus in einem methodologischen Sinne normativ. Ihm geht es nicht um eine Beschreibung der Natur des Rechts, vielmehr geht es um ein normatives Argument für den Rechtspositivismus. Zum anderen soll diese Form des Rechtspositivismus direkte Implikationen für die Rechtspraxis (des demokratischen Verfassungsstaats) haben.⁴⁶

9.2.3 Fazit

Im Ergebnis ist Folgendes zu sagen: Selbst wenn der Rechtspositivismus als rein deskriptiv verstanden wird und ihm eine adäquate Beschreibung der Natur des Rechts gelingen sollte, wovon in dieser Arbeit ausgegangen wird, stellt sich doch die Frage, warum das, was er treffend beschreibt, eben genau die beschriebenen Merkmale aufweist. Um das zu verstehen, sollte der Blick auch auf die normativen Merkmale des Rechts (des demokratischen Verfassungsstaats) gerichtet werden, anhand derer sich

⁴⁵ Tom Campbell, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy* (2004), S. 270.

⁴⁶ Tim Dare, “Tom Campbell’s Ethical Positivism,” *Australian Journal of Legal Philosophy* 34. Band (2009), S. 296.

diese Merkmale nachvollziehen lassen könnten. Nach allem ist ein auch normatives Verständnis des Rechtspositivismus also nicht gänzlich unplausibel.

10. Schluss

Es ist offensichtlich, dass der demokratische Verfassungsstaat über einen normativen Gehalt verfügt, der im Verfassungsrecht seinen Ausdruck findet, und nach dessen Maßgabe sich die Geltung von Rechtsnormen entscheidet. Insbesondere beschreibt der demokratische Verfassungsstaat den Inbegriff einer legitimen Ordnung. Inwiefern kann also gesagt werden, dass dem Recht des demokratischen Verfassungsstaates eine rechtspositivistische Konzeption und damit eine Trennung von Recht und Moral zugrunde liegt? Zur Beantwortung dieser Frage wurde auf den normativen Gehalt des demokratischen Verfassungsstaates und seiner Trennung von öffentlichen Gründen und umfassenden moralphilosophischen Lehren (im Sinne von John Rawls) eingegangen. Der Rechtspositivismus wurde dabei eingehender auf den demokratischen Verfassungsstaat bezogen, als dies sonst üblicherweise der Fall ist. Zwar ist es richtig, dass dem Rechtspositivismus tatsächlich der Gedanke zugrunde liegt, dass bei der Bestimmung des anzuwendenden Rechts der Rekurs auf moralische oder politische Erwägungen nicht erforderlich ist. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass der Gehalt des Rechts (im demokratischen Verfassungsstaat) beliebiger Natur sein kann. Auch ergibt sich daraus nicht, dass auf eine moralische Verankerung des Rechtspositivismus verzichtet wird oder dass dieser einer solchen Fundierung nicht zugänglich sei. Es ist dabei zu beachten, dass es nicht die Konzeption des Rechts selbst ist, die sich ohne Rekurs auf moralische oder evaluative Erwägungen bestimmen lässt.

In dieser Arbeit wurden zunächst die wesentlichen Merkmale des Verfassungsstaats herausgearbeitet. Daran schloss sich die Erörterung der moralphilosophischen Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates an, wie sie insbesondere von John Rawls beschrieben worden sind. Es wurde dabei festgestellt, dass der normative Gehalt des demokratischen Verfassungsstaates insoweit moralphilosophisch autonom ist, als er sich nicht auf bestimmte moralphilosophische Lehren bezieht, sondern vielmehr Gegenstand eines „überlappenden Konsenses“ umfassenderer moralphilosophischer Positionen ist. Diesen ist ein Set an Normen gemein, die für gewöhnlich im materiellen

Teil einer Verfassung schriftlich niedergelegt werden. Es wurde in der Arbeit sodann gezeigt, dass auch das einfache Recht aus demokratischen Gründen autonom zu sein hat, d.h. dass seine Bestimmung und Anwendung quellenbasiert zu erfolgen hat und sein Inhalt nicht mit unmittelbarem Rekurs auf moralische Positionen zu ermitteln ist. Da es sich dabei selbst um eine normative Position handelt, wurden die vielfältigen notwendigen Bezüge von Recht und Moral behandelt, aus denen folgt, dass die Frage der angemessenen Konzeption des Rechts für den demokratischen Verfassungsstaat moralphilosophischer Natur ist.

In der Arbeit wurde dargelegt, dass die rechtspositivistische Trennung von Recht und Moral bei der Identifizierung des Rechts dem normativen Gehalt des demokratischen Verfassungsstaates immanent ist und aus vernünftigen Gründen erfolgt. Damit wurde in der Arbeit zum einen aufgezeigt, dass der Rechtspositivismus eine Konzeption des Rechts expliziert, die der tatsächlichen rechtlichen Praxis des demokratischen Verfassungsstaates konzeptuell zugrunde liegt. Darüber hinaus kann zum anderen im Rechtspositivismus eine auf guten Gründen basierende normative Position erkannt werden, die besagt, dass politische oder moralische Erwägungen bei der Bestimmung des anzuwendenden Rechts keine Rolle spielen sollten. Der rechtspositivistischen Unterscheidung von Recht und Moral liegt dann so gesehen eine „politisch-moralische Vision“ des Rechts zugrunde, die mit dem Gedanken der (demokratischen) Legitimität des Rechts unmittelbar verbunden ist und die notwendigerweise auf ein quellenbasiertes Recht verweist.

Die Existenz notwendiger Verbindungen von Recht und Moral wurde in der Arbeit herausgearbeitet und damit nicht in Zweifel gezogen. Rechtspositivistische Konzeptionen des Rechts streiten diese Verbindungen nicht ab. Die besondere Bedeutung der moralischen Bezüge des Rechts zeigt sich insbesondere in einer Rechtsordnung, die über ein höherrangiges Recht verfügt, das einen besonders geschützten normativen Gehalt beschreibt. Diese Bezüge sprechen jedoch nicht gegen den Rechtspositivismus und den Gedanken des quellenbasierten Rechts.

Das Recht im demokratischen Verfassungsstaat, so wurde festgestellt, geht (im Regelfall) aus qualifizierten demokratischen Entscheidungsverfahren hervor, deren Funktion in der autoritativen und damit verbindlichen Regelung moralischer oder politischer Streitfragen zu sehen ist. Die Bestimmung des Rechts durch rechtsanwendende Institutionen erfolgt dabei anhand von Rechtsquellen. Daneben spielen moralische, politische, ökonomische oder sonstige Erwägungen zur Bestimmung des Rechts keine Rolle. Andernfalls würden nämlich im Rahmen der Bestimmung des Rechts durch rechtsanwendende Organe genau diejenigen politischen und moralischen Streitfragen erneut aufgeworfen, die das Recht bereits autoritativ und verbindlich zu lösen versucht hat.¹ Das Recht bezeichnet dementsprechend diejenigen öffentlich nachvollziehbaren und verbindlichen Maßstäbe, die nicht mehr mit Verweis auf moralische oder sonstige Gründe außeracht gelassen werden können.

Die Tatsache, dass im demokratischen Verfassungsstaat die Überprüfung des einfachen Rechts nach Maßgabe höherrangiger Rechtsnormen vorgesehen ist, steht dem Gedanken des quellenbasierten Rechts und der Trennung von Recht und Moral nicht entgegen. Vielmehr bestätigt es diesen Gedanken, was insbesondere daraus folgt, dass es in Normenkontrollverfahren stets um die Überprüfung quellenbasierten Rechts geht. Auch ist zu beachten, dass der Rekurs überprüfender Organe auf die Verfassung keine Bezugnahme auf die Moral darstellt. Der Verfassung ist ein eigener normativer Gehalt zu entnehmen, der autonom zu betrachten ist, und in pluralistischen Gesellschaften nicht mit bestimmten moralphilosophischen Lehren identifiziert werden darf. Es ist stets zwischen der Verfassung und ihrem normativen Gehalt als einer öffentlichen Grundlage der Rechtfertigung oder Verwerfung legislativer Entscheidungen und den vielen nicht-öffentlichen Grundlagen (umfassender) moralischer Positionen zu unterscheiden.² Das gleiche gilt für das einfache Recht, das exklusiver Bezugspunkt der Entscheidungen rechtsanwendender Organe ist. Nach alledem spricht einiges dafür, dass dem

¹ Joseph Raz, "Authority, Law and Morality," in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2001), S. 227.

² In diesem Sinne etwa John Rawls, *Political Liberalism* (2005), S. xix, siehe dazu auch die Kapitel IV. § 5., "A Political Conception Need not Be Comprehensive," und VI. § 3., "Nonpublic Reasons."

demokratischen Verfassungsstaat eine quellenbasierte Konzeption des Rechts zugrunde liegt.

11. Literatur:

Matthew D. Adler / Kenneth E. Himma, "Introduction," in: Matthew D. Adler / Kenneth E. Himma (Hrsg.), *The Rule of Recognition and the US Constitution* (Oxford: Oxford University Press 2009), S. xiii-xxii.

James Allan, "Tom Campbell and Democratic Legal Positivism," *Australian Journal of Legal Philosophy* 34. Band (2009), S.283-293.

Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (4.Aufl., Freiburg: Alber 2005).

John Austin, The John Austin Collection, Band I, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (Bristol: Thoemmes Press 1996).

John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Cambridge: Cambridge University Press 1995).

Nick W. Barber, *The Principles of Constitutionalism* (Oxford: Oxford University Press 2018).

Michael Becker, „Von der Gerechtigkeitstheorie über den Politischen Liberalismus zum Völkerrecht – Stationen der politischen Philosophie von John Rawls,“ in: Michael Becker (Hrsg.), *Politischer Liberalismus und wohlgeordnete Gesellschaften. John Rawls und der Verfassungsstaat* (Baden-Baden: Nomos 2013), S. 11-32.

Jeremy Bentham, *Of Laws in General* (London: Athlone Press 1970).

Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (London: Athlone Press 1970).

Brian Bix, "Positively Positivism," *Virginia Law Review*, 85. Band (1999), S. 889-923.

Brian H. Bix, "Legal Positivism," in Martin P. Golding / William A. Edmundson (Hrsg.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell 2005), S. 29-49.

Bix, Brian, "John Austin", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/austin-john/>.

Brian. H. Bix, "Joseph Raz's Approach to Legal Positivism," in: Torben Spaak/ Patricia Mindus (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism* (Cambridge: Cambridge University Press 2021), S. 349-370.

Allen Buchanan, "Justice, Legitimacy, and Human Rights," in: Viktoria Davion/Clark Wolf (Hrsg.) *The Idea of Political Liberalism. Essays on Rawls* (Lanham: MD: Rowman and Littlefield 2000), S. 73-89.

J. H. Burns / H. L. A. Hart (Hrsg.), *The Collected Works of Jeremy Bentham* (London: Athlone Press 1977).

Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot, UK: Dartmouth Publishing 1996).

Tom Campbell (Hrsg.), *Legal Positivism* (Aldershot, UK: Ashgate 1999).

Tom Campbell, "Judicial Activism - Justice or Treason?," *Otago Law Review* 10. Band (2003), S. 307-326.

Tom Campbell, "Blaming Legal Positivism: A Reply to David Dyzenhaus," *Australian Journal of Legal Philosophy* 28. Band (2003), S. 31-38.

Tom Campbell, *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy* (London: ULC Press 2004).

Jules Coleman, "Negative and Positive Positivism," in *Markets, Morals and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press 1988), S. 3-27.

Jules Coleman / Brian Leiter, "Legal Positivism," in: Dennis Patterson (Hrsg.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell 1996), S. 241-260.

Jules Coleman (Hrsg.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 2001).

Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press 2001).

Jules Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis," in Jules Coleman (Hrsg.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 2001), S. 99-148.

Tim Dare, "Tom Campbell's Ethical Positivism," *Australian Journal of Legal Philosophy* 34. Band (2009), S. 294-300.

Howard Davies / David Holdcroft, *Jurisprudence: Text and Commentary* (London: Butterworths 1991).

Luís Duarte d'Almeida, John Gardner, Leslie Green (Hrsg.), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law* (Oxford: Hart Publishing 2013).

Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory* (Oxford: Hart Publishing 2001).

Julie Dickson, "Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey," *Legal Theory* 10. Band (2004), 117–156.

Julie Dickinson, "Legal Positivism: Contemporary Debates," in: Andrei Marmor (Hrsg.): *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (New York: Routledge 2012), S. 48-64.

John Dinwiddy, *Bentham* (Oxford: Oxford University Press 1989).

Burten Dreben, "On Rawls and Political Liberalism," in: Samuel Freeman (Hrsg.): *The Cambridge Companion to Rawls* (Cambridge: Cambridge University Press 2003), S. 316-346.

Horst Dreier, „Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes," *JURA* 1997, S. 249-257.

Horst Dreier, „Naturrecht und Rechtspositivismus. Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlurteile," in: Härle/Vogel (Hrsg.), *„Vom Rechte, das mit uns geboren ist“*. Aktuelle Probleme des Naturrechts (Freiburg: Herder 2007), S. 127-170.

Horst Dreier, „Hans Kelsen (1881-1973)," in: Horst Dreier, *Kelsen im Kontext* (Tübingen: Mohr Siebeck 2019), S. 1-25.

Hans Dreier, „Zerrbild Rechtspositivismus. Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden," in: Horst Dreier, *Kelsen im Kontext* (Tübingen: Mohr Siebeck 2019), S. 307-344.

Ronald M. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1977).

Ronald M. Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1986).

Ronald Dworkin, Thirty Years On, *Harvard Law Review* 115. Band (2003), S. 1655-1687.

David Dyzenhaus, "The Genealogy of Legal Positivism," *Oxford Journal of Legal Studies*, 24. Band (2004), S. 39-63.

John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1980).

Birgit Enzmann, „Demokratischer Verfassungsstaat als Widerpart des Extremismus,“ in: Eckhard Jesse/ Tom Mannewitz (Hrsg.), *Extremismusforschung. Handbuch für Wissenschaft und Praxis* (Baden-Baden: Nomos 2018), S. 59-97.

David Estlund, "The Survival of Egalitarian Justice in John Rawls's Political Liberalism," *Journal of Political Philosophy* 4. Band (1998), S. 68-78.

John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Oxford University Press 2011).

Samuel Freeman, "Introduction," in: Samuel Freeman, *The Cambridge Companion to Rawls* (Cambridge: Cambridge University Press 2003), S. 1-61.

Lon Fuller, "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart," *Harvard Law Review* 71. Band (1958), S. 630-672.

Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press 1969).

Bernd-Christian Funk, "Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln, dargestellt anhand von Entwicklungen in der Staatsrechtlehre," *Journal für Rechtspolitik* (2000), S. 65-74.

John Gardner, "Legal Positivism 5 ½ Myths," in: *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General* (Oxford: Oxford University Press 2012), S. 19-53.

John Gardner, "How Law Claims, What Law Claims," in: John Gardner, *Law as a Leap of Faith. Essays on Law in General* (Oxford 2012), S. 125-148.

Gerald F. Gaus, "Rawls's Political Liberalism: Public Reason as the Domain of the Political," in: Gerald F. Gaus, *Contemporary Theories of Liberalism* (London: Sage 2003).

Gerald F. Gaus: *Contemporary Theories of Liberalism* (London: Sage 2003).

Michael Giudice, "Unconstitutionality, Invalidity, and Charter Challenges," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 15. Band (2002), S. 69-83.

Michael Giudice, "Existence and Justification Conditions of Law," *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 16. Band (2003), S. 23-40.

Michael Giudice, "The Regular Practice of Morality in Law," *Ratio Juris*, 21. Band (2008), S. 94-106.

Leslie Green, *The Authority of the State* (Oxford: Clarendon Press, 1988).

Leslie Green, "Three Themes from Raz," *Oxford Journal of Legal Studies*, 25. Band (2005), S. 503-523.

Leslie Green, "General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay," *Oxford Journal of Legal Studies*, 25. Band (2005), S. 565-80.

Leslie Green, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals," *New York University Law Review*, 83. Band (2008), S. 1035-58.

Leslie Green, "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2009 Edition), Edward N. Zalta (Hrsg.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>.

Leslie Green and Thomas Adams, "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL =

<<https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>>.

Christoph Gröpl, *Staatsrecht I. Staatsgrundlagen. Staatsorganisation. Verfassungsprozess* (München: C.H. Beck 2017).

Klaus Günther, „Zur Rekonstruktion des Rechts (1): das System der Rechte,“ in: Peter Koller / Christian Hiebaum (Hrsg.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung. Klassiker Auslegen* (Berlin: De Gruyter 2016), S. 51-67.

Jürgen Habermas, „Legitimitätsprobleme im modernen Staat,“ in: *Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken* 30.1 (1976), 37-56.

Jürgen Habermas / Joseph Ratzinger, *Dialektik der Säkularisierung. Über Vernunft und Religion* (Freiburg: Herder 2005).

Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 2017).

Jean Hampton, „Should Philosophy Be Done without Metaphysics?,“ *Ethics*, 99. Band (1989), S. 791-815.

H.L.A Hart, „Positivism and the Separation of Law and Morals,“ *Harvard Law Review*, 71. Band (1958), S. 593-629.

H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Clarendon Press 1982).

H.L.A. Hart, "Comment," in: Ruth Gavison (Hrsg): *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart* (Oxford: Clarendon Press 1987).

H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (2. Aufl., Oxford: Clarendon Press 1994).

Kenneth Einar Himma, "Law's Claim of Legitimate Authority," in: Jules Coleman, *Hart's Poscript* (Oxford: Oxford University Press 2001), S.271-309.

Kenneth Einar Himma, "Inclusive Legal Positivism," in: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press 2002), S. 125-165.

Kenneth Einar Himma, [Law, Philosophy of | Internet Encyclopedia of Philosophy \(utm.edu\)](https://utm.edu)

Günter Hirsch, „Zwischenruf – Der Richter wird's schon richten,“ in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* (2006), S. 161-161.

Norbert Hoerster, *Was ist Recht* (München: C.H. Beck 2006).

Otfried Höffe, *Politische Gerechtigkeit: Grundlegungen einer kritischen Philosophie von*

Recht und Staat (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1987).

Matthias Jestaedt, „Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung,“ in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen: Reine Rechtslehre* (Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, Tübingen: Mohr Siebeck 2008).

Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, Tübingen: Mohr Siebeck 2008).

Hans Kelsen, „Wer soll Hüter der Verfassung sein?,“ in: Robert Chr. van Ooyen (Hrsg.): *Hans Kelsen: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Tübingen: Mohr Siebeck 2008).

Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Studienausgabe der 2. Aufl. 1960, Tübingen: Mohr Siebeck 2017).

Hans Kelsen, „Die Idee des Naturrechts,“ in: Hans Kelsen, *Aufsätze zur Ideologiekritik* (Berlin: Luchterhand 1964).

Andreas Kley / Esther Tophinke, „Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre,“ *JA* 2001, S. 169-174.

Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings* (Oxford: Oxford University Press 1999).

Matthew H. Kramer, *Where Law and Morality Meet* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

Matthew H. Kramer, *H.L.A. Hart. Key Contemporary Thinkers* (Cambridge: Polity Press 2018).

Peter Koller, „Der Begriff des Rechts und seine Konzeptionen,“ in: Winried Brugger / Ulfrid Neumann / Stephan Kirste (Hrsg.): *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 2008), S. 157-180.

Martin Kriele, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie* (Münster: LIT 2004).

Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy* (Oxford: Oxford University Press 2002).

Karl Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie* (Tübingen: J. C. B. Mohr 1934).

Brian Leiter, „Positivism, Formalism, Realism,“ *Columbia Law Review*, 99. Band (1999), S. 1138-64.

Brian Leiter, *The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century* (2004) *Public Law and Legal Theory Paper No. 70/2004*.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=598265

Brian Leiter, "The Radicalism of Legal Positivism. Guild Practitioner," 2010, University of Chicago, Public Law Working Paper No. 303, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1568333>

Brian Leiter / Alex Langlais, "The Methodology of Legal Philosophy" (University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 407, 2012).

David Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory* (Cambridge: Cambridge University Press 1993).

Neil MacCormick, "A Moralistic Case for A-moralistic Law," *Valparaiso Law Review*, 20. Band (1985), S. 20-47.

Neil MacCormick, "Law, Morality and Positivism," in: Neil MacCormick / O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism* (Dordrecht: Reidel, 1986), S. 128–129.

Neil MacCormick, "The ethics of legalism," *Ratio Juris*, 2. Band (1989), S. 184-93.

Neil MacCormick, "Natural Law and the Separation of Law and Morals," in: Robert George (Hrsg.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays* (Oxford: Oxford University Press 1992), S. 105-133.

Neil MacCormick, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory* (Oxford: Oxford

University Press 2007).

John Mackie, "The Third Theory of Law," *Philosophy & Public Affairs*, 7. Band (1977), S. 3-16.

Matthias Mahlmann, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie* (Baden-Baden: Nomos 2018).

Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values* (Oxford: Oxford University Press 2001).

Andrei Marmor, "Exclusive Legal Positivism," in: Jules Coleman / Scott Shapiro (Hrsg), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press 2002), S. 104-124.

Andrei Marmor, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral," *Oxford Journal of Legal Studies*, 26. Band (2006), S. 683-704.

Andrei Marmor, *Law in the Age of Pluralism* (Oxford: Oxford University Press 2007).

Andrei Marmor, *Philosophy of Law* (Princeton: Princeton University Press 2011).

Andrei Marmor and Alexander Sarch, "The Nature of Law," *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL =

<<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/>>.

Ingeborg Maus, *Über Volkssouveränität. Elemente einer Demokratietheorie* (Berlin: Suhrkamp 2011).

Nicholas J. McBride/Sandy Steel, *Jurisprudence* (London: Palgrave 2014).

Lukas H. Meyer / Stanley L. Paulson / Thomas W. Pogge (Hrsg.), *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz* (Oxford: Oxford University Press 2003).

Frank I. Michelman, "Always Under Law?," *Constitutional Commentary*, 12. Band (1995), S. 227-247.

Frank I. Michelman, "Can Constitutional Democrats be Legal Positivists? Or Why Constitutionalism?," *Constellations*, 2. Band (1996), S. 293-308.

Frank I. Michelman, "Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law," in: Samuel Freeman, *The Cambridge Companion to Rawls* (Cambridge: Cambridge University Press 2003), S. 394-425.

Wayne Morrison, *Jurisprudence: From The Greeks To Post-Modernity* (London: Routledge 1997).

Stephen Mullhal / Adam Swift, *Liberals and Communitarians* (Oxford: Blackwell 1992).

Liam Murphy, "The Political Question of the Concept of Law," in: Jules Coleman (Hrsg.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 2001), S. 371-409.

Liam Murphy, "Better to See Law This Way," *New York University Law Review*, 83. Band (2008), S. 1088-1107.

Mark Murphy, *Philosophy of Law. The Fundamentals* (Oxford: Blackwell 2007).

Elise G. Nalbandian, "Early Legal Positivism: Bentham & Austin," *Mizan Law Review*, 2. Band (2008), S.147-155.

Thomas Olechowski, Kelsen Rechtslehre im Überblick, in: Tamara Ehs (Hrsg.), *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung* (Baden-Baden: Nomos 2009), S. 47-65.

Walter Ott, *Die Vielfalt des Rechtspositivismus* (Baden-Baden: Nomos 2016).

Walter Ott / Anna Rea-Frauchinger, *The Varieties of Legal Positivism* (Zürich: Dike 2018).

Dennis Patterson, "Dworkin's Criticism of Harts's Positivism," in: Patricia Mindus/ Torben Spaak (Hrsg.), *The Cambridge Companion of Legal Positivism* (Cambridge:

Cambridge University Press 2021), S. 675-694.

Stephen Perry, "Interpretation and Methodology in Legal Theory," in: Andrei Marmor (Hrsg.), *Law and Interpretation* (Oxford: Clarendon Press 1995), S. 97-135.

Stephen Perry, "Hart's Methodological Positivism," in: Jules Coleman (Hrsg.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 2001), S. 311-354.

Phillip Pettit / Chandran Kukathas, *Rawls* (Stanford: Stanford University Press 1990).

Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press 1986).

Gerald J. Postema, "Law's Autonomy and Public Practical Reason," in: Robert P. George (Hrsg.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press 1996), S. 79-118.

Gerald J. Postema, "Legal Positivism: Early Foundations," in: Andrei Marmor (Hrsg.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (New York: Routledge 2012), S. 31-47.

Gerald J. Postema, "The British Tradition of Legal Positivism," in: Patricia Mindus/Torben Spaak (Hrsg.), *The Cambridge Companion of Legal Positivism* (Cambridge: Cambridge University Press 2021), S. 176-200.

Gustav Radbruch, „Fünf Minuten Rechtsphilosophie,“ in: Rhein Neckar Zeitung 12.9.1945, S. 3, *Gustav Radbruch Gesamtausgabe* Bd. 3 (Heidelberg: C.F. Müller 1990), S. 78-79.

Gustav Radbruch, „Erneuerung des Rechts,“ in: Rhein Neckar Zeitung 12.1.1946, *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Bd. 3 (Heidelberg: C.F. Müller 1990), S. 80-82.

Gustav Radbruch, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht,“ in: Süddeutsche Juristen-Zeitung Nr. 5, S. 105.108, *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, (Heidelberg: C.F. Müller 1990), Bd. 3, S. 83-93.

Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe. Rechtsphilosophie III* (Heidelberg: C.F. Müller 1990).

John Rawls, „Die Rechtfertigung bürgerlichen Ungehorsams,“ in: John Rawls, *Gerechtigkeit als Fairneß*. (Freiburg/München: Karl Alber 1977), S. 165–191.

John Rawls, *A Theory of Justice*, revised edition, (Oxford: Oxford University Press 1999).

John Rawls, „The Domain of the Political and Overlapping Consensus,“ in: Samuel Freeman (Hrsg.): *Collected Papers* (Cambridge: Cambridge University Press 2001), S. 473-496.

John Rawls, „The Idea of Public Reason Revisited,“ in: Samuel Freeman (Hrsg.): *Collected*

Papers (Cambridge: Cambridge University Press 2001), S. 573-615.

John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press 2005).

Joseph Raz, *The Concept of a Legal System* (Oxford: Clarendon Press 1980).

Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986).

Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (3. Aufl., Oxford: Oxford University Press 1999).

Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (2. Aufl., Oxford: Clarendon Press 2001).

Joseph Raz, "The Inner Logic of the Law," in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2. Aufl., Oxford: Clarendon Press 2001), S. 238-253.

Joseph Raz, "Authority, Law and Morality," in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2. Aufl., Oxford: Clarendon Press 2001), S. 210-237.

Joseph Raz, „The Politics of the Rule of Law,” in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2. Aufl., Oxford: Clarendon Press 2001), S. 370-378.

Joseph Raz, "The Problem about the Nature of Law," in: Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (2. Aufl., Oxford: Clarendon Press 2001), S. 195-209.

Joseph Raz, "Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison," in: Jules Coleman (Hrsg.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), S. 1-37.

Joseph Raz, "Facing Diversity: the case of epistemic abstinence," in: Chandran Kukathas (Hrsg.) *John Rawls. Critical assessments of leading political philosophers*, Band IV: *Political Liberalism and the Law of Peoples* (London: Routledge 2003), S. 3-46.

Joseph Raz, "Can There Be a Theory of Law?," in: Martin P. Golding and William A. Edmundson (Hrsg.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell Publishing 2005), S. 324-341.

Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays in Law and Morality* (2. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2009).

Joseph Raz, "Legal Reasons, Sources, and Gaps," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2. Aufl., Oxford: Oxford University 2009), 53-77.

Joseph Raz, "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2. Aufl., Oxford: Oxford University 2009), S. 313-336.

Joseph Raz, "The Claims of Law," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2. Aufl., Oxford: Oxford University 2009), S. 28-36.

Joseph Raz, "The Institutional Nature of Law," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2. Aufl., Oxford: Oxford University 2009), S. 103-121.

Joseph Raz, "Legal Positivism and the Sources of Law," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2. Aufl., Oxford: Oxford University 2009), S. 37-52

Joseph Raz, "The Rule of Law and its Virtue," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2. Aufl., Oxford: Oxford University 2009), S. 210-232.

Joseph Raz, "Law and Value in Adjudication," in: Joseph Raz, *The Authority of Law* (2. Aufl., Oxford: Oxford University 2009), S. 180-209.

Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford: Oxford University Press 2009).

Joseph Raz, "The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception," in: Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford: Oxford University Press 2009), S. 126-165.

Joseph Raz, "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries,"

in: Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford: Oxford University Press 2009), S. 323-370.

Tilman Repgen, „Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet,“ in: Josef Isensee (Hrsg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung. Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte* (Berlin: Duncker & Humblot 2007)

Bernd Rüthers, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich* (München: DTV 1994).

Hans Jörg Sandkühler, *Nach dem Unrecht* (Freiburg: Verlag Karl Alber 2015).

Frederick Schauer, *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford: Clarendon Press 1991).

Frederick Schauer, „Constitutional Positivism,“ *Connecticut Law Review*, 25. Band (1993), S. 797-828.

Frederick Schauer, „The Limited Domain of the Law,“ *Virginia Law Review*, 90. Band (2004), S. 1909-1956.

Frederick Schauer, „Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin (with some help from Neil MacCormick),“ in: Maksymilian Del Mar / Zenon Bankowski

(Hrsg.), *Law as Institutional Normative Order* (Farnham, UK: Aldershot 2009), S. 35-44.

Frederick Schauer, "Positivism before Hart," *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2010-01*, in M.D.A. Freeman (Hrsg.), *John Austin and His Legacy*, zugänglich über *Social Science Research Network Electronic Paper Collection*.

Frederick Schauer: "Jeremy Bentham, Tom Cambell, and the Normative Positivist Tradition," *Australian Journal of Legal Philosophy*, 42. Band (2017), S. 204-213.

Frederick Schauer, "Normative Legal Positivism," in: Patricia Mindus/ Torben Spaak (Hrsg.), *The Cambridge Handbook of Legal Positivism* (Cambridge: Cambridge University Press 2021), S. 61-78.

Phillip Schofield, *Bentham. A Guide for the Perplexed* (London: Continuum 2009).

Daniel Schulz, Kritiker des Rechtspositivismus, „Carl Schmitt, Rudolf Smend und Hermann Heller," in: Rainer Schmidt (Hrsg.): *Rechtspositivismus: Ursprung und Kritik* (Baden-Baden: Nomos 2014), S. 137-155.

Anthony J. Sebok, *Legal Positivism in American Jurisprudence* (Cambridge: Cambridge University Press 1998).

Scott J. Shapiro, "On Hart's Way Out," in: Jules Coleman (Hrsg.), *Hart's Postscript* (Oxford: Oxford University Press 2001), S. 149-192.

Scott Shapiro, The Hart-Dworkin Debate: A short Guide for the Perplexed (2007) *Public Law and Legal Theory Paper No. 77/2007*

https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf

Scott J. Shapiro, "The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed," in Arthur Ripstein (Hrsg.), *Ronald Dworkin* (Cambridge: Cambridge University Press 2007), S. 22-55.

Helmut Simon, „Verfassungsgerichtsbarkeit,“ in: Ernst Benda (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts* Bd. II (2. Aufl. Berlin: De Gruyter), S. 1637-1679.

H.J.F. Silva, *Understanding Conceptions of Law* (Colombo: Royal Institute of Colombo 2015)

Philip Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart / Dworkin Dispute," *Michigan Law Review*, 75. Band (1977), S. 473-519.

Michael Steber, „Legitimität und politische Partizipation. Zur Frage der Vereinbarkeit von Volkssouveränität und Kapitalismus im 21. Jahrhundert,“ in: Mandana Biegi / Jürgen Förster (Hrsg.), *Demokratie, Recht und Legitimität im 21. Jahrhundert* (Wiesbaden: VS Verlag 2008)

Brian Tamanaha, "The Contemporary Relevance of Legal Positivism," *Australian Journal of Legal Philosophy*, 32. Band (2007), S. 1-38.

Mark Tebbit, *Philosophy of Law. An Introduction* (London: Routledge 2005).

Chin L. Ten, "The Soundest Theory of Law," *Mind* 88. Band (1979), S. 522-537.

Andreas Voßkuhle / Anna-Bettina Kaiser, „Grundwissen - Öffentliches Recht: Demokratische Legitimation," *JuS* 2009, S. 803-805.

Andreas Voßkuhle / Ann-Katrin Kaufhold, „Grundwissen - Öffentliches Recht: Das Rechtsstaatsprinzip," *JuS* 2010, S. 116-119.

Andreas Voßkuhle/ Ann-Katrin Kaufhold, „Grundwissen - Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Gewaltenteilung," *JuS* 2012, S. 314-316.

Rainer Wahl, „Elemente der Verfassungsstaatlichkeit," *JuS* 2001, S. 1041-1048.

Jeremy Waldron, "Normative (or Ethical) Positivism," in: Jules Coleman (Hrsg.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press 2001), S. 411-33.

Wilfrid J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press 1994).

Wilfrid J. Waluchow, "Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism," *Legal Theory*, 6. Band (2000), S. 45-81.

Wilfrid J. Waluchow, "Four Concepts of Validity: Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism," in: Matthew D. Adler / Kenneth E. Himma (Hrsg.), *The Rule of Recognition and the US Constitution* (Oxford: Oxford University Press 2009), S. 123-144.

Wilfrid J. Waluchow, "The Origins of Inclusive Legal Positivism," in: Torben Spaak/ Patricia Mindus (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism* (Cambridge: Cambridge University Press 2021), S.487-511.

Reinhard Zintl, „Politischer Liberalismus und der liberale Staat,“ in: Michael Becker (Hrsg.), *Politischer Liberalismus und wohlgeordnete Gesellschaften. John Rawls und der Verfassungsstaat* (Baden-Baden: Nomos 2013), S. 35-54.

