

# Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie

von  
Bernward Gesang, Julius Schälike

1. Auflage

[Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie – Gesang / Schälike](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

mentis 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 89785 737 7

BERNWARD GESANG/JULIUS SCHÄLIKE (HRSG.)

# Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie

mentis  
PADERBORN

Einbandabbildung: Justitia mit Augenbinde © fritzundkatze (fotolia.com)

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Gedruckt auf umweltfreundlichem, chlorfrei gebleichtem und alterungsbeständigem Papier ☺ ISO 9706

© 2011 mentis Verlag GmbH  
Schulze-Delitzsch-Str. 19, D-33100 Paderborn  
Internet: [www.mentis.de](http://www.mentis.de)

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk sowie einzelne Teile desselben sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen ist ohne vorherige Zustimmung des Verlages nicht zulässig.  
Printed in Germany

Einbandgestaltung: Anna Braungart, Tübingen  
Satz und Druck: Druckhaus Plöger, Borch  
ISBN 978-3-89785-737-7

*Bernward Gesang und Julius Schälike*

## Einleitung

Dieser Sammelband beleuchtet die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie. Bei den Beiträgen handelt es sich teils um Wiederabdrucke exemplarischer Verteidigungen einschlägiger Standpunkte, die durchgesehen, ergänzt bzw. gekürzt wurden, teils um Originalbeiträge. Sie sind vier Themenblöcken zugeordnet: (1) Naturrecht und Rechtspositivismus, (2) Menschenwürde und Menschenrechte, (3) Gesetze und Einzelfälle und (4) präventives und retributives Strafen. Jeder Block besteht aus zwei Aufsätzen, die teils konträre, teils komplementäre Positionen verteidigen. Die Einleitung bietet eine Einführung in die Themenblöcke und stellt die Texte knapp vor. Der Band ist sowohl für die fachwissenschaftliche Vertiefung als auch für den einführenden Gebrauch im Studium geeignet.<sup>1</sup>

### 1. Naturrecht und Rechtspositivismus

Der Streit zwischen Rechtspositivisten und Naturrechtler ist ein sehr alter Streit. Robert Alexy führt ihn auf Xenophon zurück, der von folgender Frage des Alkibiades an Perikles berichtet: »Also auch, wenn ein Tyrann sich des Staates bemächtigt und den Bürgern vorschreibt, was sie tun sollen, auch das ist ein Gesetz?«<sup>2</sup> Waren Nazi-Gesetze gültiges Recht, weil sie auf folgende Weise »positiv« waren?

1. Sie sind im Einklang mit der in der betreffenden Gesellschaft wirksamen Staatsverfassung zustande gekommen.
2. Sie sehen die Anwendung von physischem Zwang vor und werden vom Rechtsstab regelmäßig angewendet und durchgesetzt.
3. Wer ihnen den Gehorsam verweigert, muss mit den dafür angedrohten Konsequenzen rechnen.<sup>3</sup>

---

1 Die Abschnitte 1 und 3 hat Bernward Gesang geschrieben, die Abschnitte 2 und 4 Julius Schälike.

2 Alexy, *Verteidigung*, S. 50, Fn.5.

3 Hoerster, *Trennungsthese*, S. 36.

Sind von der Staatsmacht als Gesetze verkündete Normen auch dann gültige Gesetze, wenn sie völlig unmoralisch sind, oder ist Recht immer auch an ein gewisses Maß von Gerechtigkeit gekoppelt? Positivisten antworten auf die beiden Teilfragen mit »ja« und »nein« und Naturrechtler genau umgekehrt. Das hat z. B. erhebliche politische Folgen für unsere Gesellschaft, wenn es um die Strafbarkeit von Taten geht, die in Unrechtsregimen in Übereinstimmung mit den dort gültigen Normen erfolgt sind. Sind Mauerschützen zu bestrafen, oder haben sie nur gültiges DDR-Recht durchgesetzt? Oder gilt ein nicht im DDR-Gesetzbuch niedergeschriebenes, überpositives, über die Zeiten hinweg gültiges Naturrecht, das Gesetze, die gegen die Menschlichkeit verstößen, von vornherein als ungültig erkennbar macht? Dabei muss man beachten, dass der Begriff »Naturrecht« metaphysische Bedeutungskomponenten hat, die im Streit zwischen Positivisten und Naturrechtler in den Hintergrund treten. Das Naturrecht wurde historisch z. B. von Thomas von Aquin als das der Naturordnung von Gott implementierte Recht verstanden, an dem sich die Menschen zu orientieren hätten. Damit wird das Naturrecht mit einem überpositiven Realismus des Rechts, der in seiner Reinform impliziert, dass zumindest Teile des Rechts in einer Menge zeitloser Regeln bestehen, die in einer Art »drittem Reich« lagern, das neben physischen und psychischen Realitäten existiert. Diese Regeln sind nicht vom Menschen geschaffen, sondern müssen von ihm entdeckt werden. Solche metaphysischen Konzepte sind nicht primärer Gegenstand der heutigen Positivismusdebatte. Ob sie sich völlig ausklammern lassen, werden wir im weiteren Verlauf der Einleitung noch fragen. Allerdings ist es zumindest etwas tendenziös, den Begriff »Naturrecht« für die heutige Debatte zu verwenden. De facto werden heute all die Theoretiker als Naturrechtler bezeichnet, die vertreten, dass Normen bzw. Normensysteme nicht beliebig unmoralisch sein können und trotzdem den Status von geltenden Rechtsnormen besitzen.

Der Rechtspositivismus (RP) ist als elaborierte Theorie ein englisches Produkt. Bei Hume gibt es klare Ansätze zu einer solchen Theorie<sup>4</sup>, und J. Bentham kann als einer ihrer Urväter bezeichnet werden. Bentham schreibt: »Rights are the fruits of the law; there are no rights without law – no rights contrary to law – no rights anterior to the law.«<sup>5</sup> Bentham betont hier die Abhängigkeit der Rechte von Gesetzen, die als »Gesetzesthese« heute nicht mehr ohne Weiteres von Positivisten geteilt wird (s.u.), weil das Gewohnheits- und Richterrecht hier nicht adäquat gewürdigt werden.<sup>6</sup> Aber Bent-

4 Gräfrath, *Moral Sense*, S. 86-97.

5 Bentham, *Works*, III. 221.

6 Bentham erkennt die Existenz des Gewohnheitsrechts an, wünscht aber, dieses in einem idealen Gesetzbuch in positives Recht zu überführen. Bentham, *Works*, III. S. 235.

ham schließt mit seiner Ablehnung aller Rechte jenseits des Gesetzes jedenfalls ein »überpositives« Naturrecht aus und lehnt jeden Realismus des Rechts ab. Zudem kann auch eine Aberkennung des Rechtscharakters einer Norm aufgrund eines überpositiven Naturrechts nicht erfolgen, wenn es keine »rigths contrary to law« gibt. Das wird in Benthams berühmten Diktum zusammengefasst, dass »Natural rights: nonsense upon stilts«<sup>7</sup> seien. Benthams Schüler J. Austin hat dann dem Rechtspositivismus nachhaltig Bestand gesichert. Im Folgenden wollen wir kurz die wichtigsten Argumente in der Debatte darstellen und die Positionen mit kritischen Rückfragen konfrontieren.

### Das Sprachargument

Der Begriff des RP ist strittig. Viele verstehen ihn wie in folgender Zusammenfassung durch *Norbert Hoerster* wiedergegeben:

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 jedem Fall zu befolgen (Befolgsthese).<sup>8</sup>

Allerdings hält Hoerster diese Definition für ein Missverständnis. Nur die Thesen 1. und 4. sollte ein Positivist Hoerster zufolge vertreten, alles andere seien Fehlinterpretationen oder Halbwahrheiten. Dabei argumentiert Hoerster primär für die Neutralitäts- bzw. Trennungsthese. Er beruft sich darauf, dass der RP in diesem Sinne ein normativ besonders gut zu begründender Definitionsvorschlag sei, der jedenfalls von etablierten sprachlichen Üblichkeiten bzw. Zwängen profitiert. Hoerster verweist darauf, dass wir als Akteure einfach wertneutral wissen wollen, ob eine bestimmte Norm in einer bestimmten Gesellschaft geltendes Recht ist: »Ein homosexuelles Paar etwa, das eine Südamerikareise plant, wird vernünftigerweise vor Reiseantritt wissen wollen, in welchen Staaten Südamerikas das geltende Recht

---

<sup>7</sup> Bentham, *Works*, II. S. 501.

<sup>8</sup> Hoerster, *Recht*, S. 70.

homosexuelles Verhalten unter Strafe stellt.«<sup>9</sup> Die Antwort auf diese Frage bedient sich des Begriffs des Rechts. »Welcher andere Begriff als der Rechtsbegriff könnte diese Funktion, sämtliche verfassungsgemäß erzeugten und staatlich sanktionierten Normen zu erfassen, besser erfüllen?«<sup>10</sup> Im Alltag werden wir das, was die Homosexuellen über Südamerika wissen wollen, als Auskünfte über dort geltendes Recht bezeichnen und welcher andere Begriff wäre verwendbar, um das auszudrücken? Die Sprachanalyse kann uns natürlich keinen Begriffsgebrauch vorschreiben, aber die sprachlichen Daten passen sicherlich besonders kohärent mit einem positivistischen Begriffsgebrauch zusammen, der Kelsen folgend besagt, dass »jeder beliebige Inhalt Recht sein«<sup>11</sup> kann, unabhängig von seiner Moralität.

Der Naturrechtler *Robert Alexy* unterscheidet bei seiner Antwort auf dieses Argument zwischen einer Beobachter- und eine Teilnehmerperspektive:

Die Teilnehmerperspektive nimmt ein, wer in einem Rechtssystem Argumente dafür vorbringt, was dieses Rechtssystem gebietet, verbietet und erlaubt (...). Im Zentrum der Teilnehmerperspektive steht der Richter. (...) Die Beobachterperspektive nimmt demgegenüber ein, wer nicht fragt, was in einem bestimmten Rechtssystem die richtige Entscheidung ist, sondern wie in einem bestimmten Rechtssystem tatsächlich entschieden wird.<sup>12</sup>

Dann räumt Alexy Hoersters These bezogen auf die Beobachterperspektive (mit Bezug auf Einzelnormen) ein, bestreitet sie aber bezüglich der Teilnehmerperspektive. In dieser Perspektive könnte ein Richter zur Nazizeit, der ein Nazigesetz »aus guten rechtlichen Gründen« nicht anwenden wolle, sondern ein eigenes rechtliches Urteil dagegen setze, nur vor einem Widerspruch bewahrt werden, wenn er das Nazigesetz nicht als Recht anerkenne. Die Urteile des Richters hätten Rechtscharakter, und wenn diese Urteile dem Nazirecht widersprechen würden, dann gäbe es zwei widersprüchliche Rechte, und das sei ein Problem. Dieser Widerspruch sei auflösbar, wenn der Richter dem Nazirecht den Rechtscharakter absprechen könne.

Das Hoerstersche Sprachargument trüfe deshalb nur dann zu, wenn es niemals gute rechtliche Gründe dafür geben könnte, gegen den Wortlaut eines extrem ungerechten Gesetzes zu entscheiden. Wenn es in irgendeinem Fall solche Gründe geben kann, ist das Hoerstersche Sprachargument von der Teilnehmerperspektive aus falsch.<sup>13</sup>

9 Hoerster, *Rechtspositivismus*, S. 23.

10 Hoerster *Rechtspositivismus*, S. 21f.

11 Kelsen, *Rechtslehre*, S. 201.

12 Alexy, *Verteidigung*, S. 54f.

13 Alexy, *Verteidigung*, S. 58.

Natürlich wäre darüber zu streiten, ob es »gute rechtliche Gründe« (und z. B. nicht nur moralische Gründe) für den besagten Richter gibt. Aber Alexy will darauf hinaus, dass nicht schon die Sprachebene diese substantielle Frage entscheiden kann. Der Sprachgebrauch müsse so gewählt werden, dass auch das normative Manöver, das Alexy anregt, möglich sein müsse. Alexys Argument ist also eigentlich nur eine Ausformulierung der Hoersterschen These, dass der faktische Sprachgebrauch keine allein normierende Kraft haben dürfe, sondern dass andere theoretische Überlegungen über die Festsetzung eines adäquaten Sprachgebrauchs mitentscheiden müssen. Gleichwohl wird eine völlige Revision des Sprachgebrauchs von Alexy aber auch nicht angestrebt werden. Der faktische Sprachgebrauch ist durchaus ein Kriterium dafür, bestimmte Optionen auszuzeichnen, wenn auch nur eines unter anderen.

### Der begriffliche Zusammenhang von Recht und Richtigkeit

In seinem Buch »Begriff und Geltung des Rechts« argumentiert Alexy weitergehend für einen *begrifflichen Zusammenhang* von Recht und Richtigkeit. *Richtigkeit* wird zum Anspruch eines Normsystems, wenn dieses durch einen Zweck nach außen hin gerechtfertigt wird, etwa mit dem Wohl des Volkes. Normensysteme, die keinen Anspruch auf Richtigkeit erheben, sind nach Alexy keine Rechtssysteme und das gilt für Rechtssysteme (nicht Einelnormen) sogar schon aus der Beobachterperspektive.<sup>14</sup> Dabei wird der Begriff der Richtigkeit aber nicht vollständig definiert. Gemeint ist mindestens, dass über den Richtigkeitsanspruch eine gewisse Gleichheit und formale Gerechtigkeit im Sinne einer internen Moral des Rechts eingeführt wird. Das wird angenommen, weil z. B. jeder den anderen an dem vorgegebenen Ziel messen und demgemäß Gesetze begründen kann und weil die Gesetze allgemein gelten, sich also z. B. rein formal auch gegen die Herrschenden wenden lassen.<sup>15</sup> Damit könnte aber auch ein richtiges Rechtssystem noch in völligem Widerspruch zur richtigen Moral stehen, von deren Existenz Alexy ausgeht.<sup>16</sup> Was darüber hinausgehend noch mit Richtigkeit gemeint ist, wäre zu explizieren. Allerdings wird schon an Alexys Beispielen nicht klar, wieso nur ein System mit Richtigkeitsanspruch ein Rechtssystem sein soll. Er beschreibt erstens ein System, das von einer Räuberbande errichtet wird, um die Beherrschten ihrer Organe zu berauben und in dem zwecks Organerhaltung ein Alkoholverbot etc. herrscht, und zweitens ein

---

14 Alexy, *Recht*, S. 61f.

15 Es gibt auch Stellen, an denen Alexy Richtigkeit rein im Sinne von »Kohärenz mit dem Rechtssystem« deutet, was aber keine Verbindungsthese begründet. Alexy, *Recht*, S. 69.

16 Alexy, *Recht*, 129-136.