

Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie

Herausgegeben von
MARTIN BOROWSKI,
STANLEY L. PAULSON und
JAN-REINARD SIECKMANN

Mohr Siebeck

Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie



Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie

Robert Alexys System

Herausgegeben von

Martin Borowski, Stanley L. Paulson
und Jan-Reinard Sieckmann

Mohr Siebeck

Martin Borowski

ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie an der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

Stanley L. Paulson

ist Mercator Professor an der Universität Kiel und ist Gast im Hermann Kantorowicz-Institut für Juristische Grundlagenforschung an der Universität Kiel.

Jan-Reinard Sieckmann

ist Professor für Rechtstheorie und Rechtsphilosophie an der Universität Erlangen-Nürnberg.

ISBN 978-3-16-155626-5 / eISBN 978-3-16-166842-5 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
----------------------	---

I. Begriff und Natur des Rechts

<i>Joseph Raz</i> Das Gerechtigkeitsargument	9
---	---

<i>John Finnis</i> Zur Natur des Rechts	31
--	----

<i>Eugenio Bulygin</i> Alexy zwischen Positivismus und Nicht-Positivismus	53
--	----

<i>Ulfrid Neumann</i> Notwendigkeit und Grenzen von Idealisierungen im Rechtsdenken. Anmerkungen zu Robert Alexys Modell der „Doppelnatur“ des Rechts	67
--	----

<i>Trevor R. S. Allan</i> In Defence of Radbruch's Formula: Injustice, Interpretation, and Invalidity	87
---	----

<i>Jan C. Joerden</i> Zwischen Recht, Moral und Strafbarkeit. Zu Robert Alexys Position zur Bestrafung der sog. Mauerschützen	105
---	-----

<i>Andreas Hoyer</i> Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit	121
--	-----

<i>Paula Gaido</i> The Place for Morality in Law. An Exchange between Robert Alexy and Joseph Raz	133
---	-----

<i>Júlio Aguiar de Oliveira</i>	
Beyond Positivism and Non-Positivism	145
<i>Alejandro Nava Tovar</i>	
Non-Positivism, the Radbruch Formula, and the Dual Nature of Law. Some Remarks on the Finnis-Alexy Debate	161
<i>Hidebiko Adachi</i>	
Relationen zwischen Recht und Moral. Eine Analyse der Klassifikation von Robert Alexy	175
<i>Carsten Bäcker</i>	
Menschenrechte zwischen Recht und Richtigkeit	185
II. Diskurstheorie, Theorie der juristischen Argumentation und Methodenlehre	
<i>Manuel Atienza</i>	
Alexy and the 'Argumentative Turn' in Contemporary Legal Theory	207
<i>Jörn Ipsen</i>	
Rechtsdogmatik und Rechtsmethodik	225
<i>Andreas Funke</i>	
Varianten sprachpragmatischer Rechtsphilosophie	239
<i>Rodolfo Arango</i>	
A Discursive Concept of Rights. In Search of an Adequate Foundation of Human Rights	263
<i>Laura Clérico</i>	
Zur Struktur des Arguments des vergleichenden Rechts in der menschenrechtlichen Argumentation	275
<i>Bartosz Brożek</i>	
Is Analogy a Form of Legal Reasoning?	291
<i>Eduardo Sodero</i>	
Von der Sonderfallthese bis zum Fallvergleich: προλεγόμενα (Prolegomena) zu einer Theorie der Präjudizien	305

Yan Zhang

On the Argumentative Validity of Guiding Cases	327
--	-----

III. Prinzipientheorie, Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik

Aharon Barak

A Critical Review of Alexy Regarding the Relationship between Constitutional Rights as Principles and the Theory of Proportionality	347
--	-----

J. J. Moreso

Moral Complications and Legal Structures	359
--	-----

Julian Rivers

Proportionality in Practice: the British Experience	375
---	-----

George Pavlakos

A Plea for Moderate Optimization: On the Structure of Principles as Interpersonal Reasons	395
--	-----

Jan-Reinard Sieckmann

Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht	411
---	-----

Peng-Hsiang Wang

Formal Principles as Second-Order Reasons	429
---	-----

Martin Borowski

Alexys drittes Modell formeller Prinzipien	449
--	-----

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

Proposal for a Distinction between Legislative and Judicial Discretion Rooted in Kelsen's and Alexy's Theories	477
---	-----

Carlos Bernal Pulido

The Constitutional Adjudication of Positive Social and Economic Rights by Means of the Proportionality Analysis	497
--	-----

Alfonso García Figueroa

The Ubiquity of Principles. Some Critical Remarks on Robert Alexy's <i>Exklusionstheorem</i>	523
---	-----

Mitsubishi Matsubara

Repräsentation der idealen Dimension 547

Axel Tschentscher

Regeln statt Prinzipien im Privatsphärenschutz 563

IV. Verschiedene Aspekte

Ralf Dreier

Integratives Verstehen – eine Bilanz 575

Stanley L. Paulson

The Makings of a Radical Norm Theory.

Hans Kelsen's Sanction-Norm as Empowering Norm 589

Joachim Renzikowski

Der Gegenstand der Norm 631

Hubert Rottleuthner

„Wenn Sie noch einmal Hegel erwähnen, verlasse ich den Raum.“

Zur Rolle der Rechtsphilosophie in der Rechtsprechung 645

Matthias Kaufmann

Was sind subjektive Rechte? 665

Massimo La Torre

Kleiner Versuch einer Philosophie der Rechtsgeschichte.

Die Evolution des Rechts und der Anspruch auf Fortschritt 677

Nils Jansen

Der Richtigkeitsanspruch der Privatrechtsdogmatik.

Vom säkularen Naturrecht der Frühen Neuzeit

zur modernen Privatrechtstheorie 697

A. Daniel Oliver-Lalana

Zur gerichtlichen Prüfung des Verfahrens legislativer Begründung . . 719

Hui Wang

The Institutionalization of Human Dignity in China 749

Anhang

Verzeichnis der Schriften von Robert Alexy	767
Autorenverzeichnis	807

Einleitung

Die Idee dieses Bandes besteht darin, zu Ehren der Person und des Werks von Robert Alexy Beiträge von Schülern und Kollegen, welche die Entwicklung seines Werkes begleitet haben, zu versammeln. Alexy ist seit Jahrzehnten Deutschlands international am meisten beachteter und rezipierter Rechtsphilosoph. Mit der Prinzipientheorie der Grundrechte hat er die nationale wie internationale Grundrechtstheorie und -dogmatik seit den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts tief geprägt. Eine solche Ausnahmebegabung wird der Wissenschaft nur selten zuteil. Der bloße Versuch, seine formalen Ehrungen aufzuzählen, würde den Leser ermüden.

Der Titel dieses Bandes hebt zwei besondere Schwerpunkte des Werkes von Alexy hervor: „Rechtsphilosophie und Grundrechtsdogmatik“. Der Untertitel „Robert Alexys System“ weist darauf hin, dass ihm gelungen ist, was nur wenige von sich sagen können: mit seinen Werken über viele Jahrzehnte hinweg Beiträge zu unterschiedlichen Fragen in verschiedenen Bereichen zu einem geschlossenen Ganzen zusammenzufügen.

Die Beiträge zu diesem Band spiegeln in der Breite der behandelten Fragen die zahlreichen Facetten von Alexys Theorie. Sie wurden vier verschiedenen Kategorien zugeordnet, wobei einige Beiträge auch in zwei oder mehr Kategorien passten. Die erste Kategorie lautet „Begriff und Natur des Rechts“. In ihrem Zentrum stehen die Begriffe und Argumente, die Alexy in seinem zentral der Rechtsphilosophie gewidmeten Werk dargelegt hat: „Begriff und Geltung des Rechts“ aus dem Jahre 1992. Hinzu kommen die neueren Arbeiten vor allem zur Natur und zur „Doppelnatur“ des Rechts. Den Auftakt der zwölf Beiträge zu diesem Komplex von Themen bildet der Aufsatz „Das Gerechtigkeitsargument“ von *Joseph Raz* (übersetzt von *Carsten Bäcker*), der auf Englisch unter dem Titel „The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism“ erschien. Der zweite Beitrag mit dem Titel „Zur Natur des Rechts“ stammt von *John Finnis*. Er wird parallel zu diesem Band unter dem Titel „On the Nature of Law“ in dem von George Duke und Robert P. George herausgegebenen Handbuch mit dem Titel „The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence“ publiziert, die Übersetzung wurde von *Martin Borowski* besorgt. Finnis fasst hier seine Thesen zur Natur des Rechts zusammen, die er in vielen Werken in den letzten Jahrzehnten entwickelt hat. Der Beitrag von *Eugenio Bulygin* mit dem Titel „Alexy zwischen Positivismus und Nicht-Positivismus“ (übersetzt von *Jan-Reinard Sieckmann*) geht aus positivistischer Perspektive den Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen Alexys nicht-

positivistischer Position und den Positionen klassischer Positivisten wie H. L. A. Hart und Hans Kelsen nach. Anschließend rekonstruiert und reflektiert *Ulfrid Neumann* in „Notwendigkeit und Grenzen von Idealisierungen im Rechtsdenken. Anmerkungen zu Robert Alexys Modell der ‚Doppelnatur‘ des Rechts“ die von Alexy entwickelte These, das Recht weise sowohl eine reale als auch eine ideale Dimension auf.

Es folgt eine Reihe von Beiträgen, in deren Zentrum die Radbruchsche Formel steht. Den Anfang macht *Trevor R. S. Allan* mit „In Defence of Radbruch's Formula: Injustice, Interpretation, and Invalidity“. Ausgehend von Alexys Unrechtsargument vor dem Hintergrund der Radbruchschen Formel, argumentiert er zugunsten eines stärkeren Zusammenhanges zwischen Recht und Moral als „extremes Unrecht ist kein Recht“ und postuliert eine Pflicht, im Rahmen der Interpretation des Rechts moralische Richtigkeit anzustreben. Die Radbruchsche Formel wurde ursprünglich zur Überwindung gesetzlichen Unrechts nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Unrechtssystems entwickelt. Die zweite historische Situation, in der sich ihre Anwendung aufdrängte, war das Ende des Unrechtssystems der „Deutschen Demokratischen Republik“. Zu den besonders unmoralischen Handlungen dieses Systems zählten die Todesschüsse an der Berliner Mauer und der innerdeutschen Grenze. In „Zwischen Recht, Moral und Strafbarkeit. Zu Robert Alexys Position zur Bestrafung der sog. Mauerschützen“ befasst sich *Jan C. Joerden* mit Alexys Schriften zu der Frage, ob die Handlungen der „Mauerschützen“ extremes Unrecht darstellten und ob eine strafrechtliche Verurteilung für derartige Taten aus rechtsphilosophischer und strafrechtlicher Perspektive überzeugend begründet werden kann. Er sieht in der Bestrafung von „Mauerschützen“ eine unzulässige strafbegründende Rückwirkung. Dem Komplex der nach Art. 103 Abs. 2 GG unzulässigen Rückwirkung im materiellen Strafrecht ist auch der Beitrag von *Andreas Hoyer* mit dem Titel „Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit“ gewidmet, in dem er der Unterscheidung von Rückwirkungen mit Blick auf Tatbestand und Rechtsfolge bzw. auf die Unterscheidung zwischen positiven und negativen Strafbarkeitsvoraussetzungen nachgeht. In der notwendigen Abwägung zwischen inhaltlicher Richtigkeit und Rechtssicherheit sei neben dem Maß der Ungerechtigkeit auch der Grad der sozialen Geltung der fraglichen Norm zu berücksichtigen.

Der Beitrag „The Place for Morality in Law. An Exchange between Robert Alexy and Joseph Raz“ von *Paula Gaido* geht unmittelbar auf die Kontroverse zwischen Alexy und Joseph Raz ein. Eine kritische Analyse von Raz' Theorie vor dem Hintergrund der Rechtsphilosophie von Alexy und der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens legt dann *Júlio Aguiar de Oliveira* mit „Beyond Positivism and Non-Positivism“ vor. Der jüngeren Kontroverse zwischen John Finnis und Robert Alexy ist „Non-Positivism, the Radbruch Formula, and the Dual Nature of Law. Some Remarks on the Finnis-Alexy Debate“ von *Alejandro Nava*

Tovar gewidmet. In „Relationen zwischen Recht und Moral. Eine Analyse der Klassifikation von Robert Alexy“ untersucht *Hidehiko Adachi* die Klassifikation der Relationen zwischen Recht und Moral in Alexys Theorie und unterscheidet vier verschiedene Varianten des – in Alexys Terminologie – inklusiven Nichtpositivismus. Diese erste Kategorie abschließend, geht *Carsten Bächer* in „Menschenrechte zwischen Recht und Richtigkeit“ auf positivistische und nichtpositivistische Menschenrechtsbegriffe ein.

Die acht Beiträge der zweiten Kategorie „Diskurstheorie, Theorie der juristischen Argumentation und Methodenlehre“ befassen sich mit den Leitmotiven von Alexys chronologisch erstem Hauptwerk „Theorie der juristischen Argumentation“. Den Auftakt macht *Manuel Atienza* mit „Alexy and the ‘Argumentative Turn’ in Contemporary Legal Theory“. Ausgehend von der Doppelnaturthese, spannt Atienza einen Bogen über die Sonderfallthese, die Idee von Prinzipien als Optimierungsgeboten und die Gewichtsformel, der die argumentative Wende in der Rechtstheorie illustriert. Der Gegenstand der Rechtsdogmatik und ihre Rolle in der Methodenlehre stehen im Fokus von „Rechtsdogmatik und Rechtsmethodik“ von *Jörn Ipsen*. *Andreas Funke* geht in „Varianten sprachpragmatischer Rechtsphilosophie“ der Frage der „richtigen Antwort“ in den Lehren der Theoriefamilie der sprachpragmatischen Hermeneutik nach, der er Apel, Habermas, Alexy und Dworkin zuordnet. Mit der Begründung der Menschenrechte befasst sich *Rodolfo Arango* in „A Discursive Concept of Rights. In Search of an Adequate Foundation of Human Rights“, indem er nach dem Beitrag fragt, welchen die Diskurstheorie zu dieser Begründung leisten kann. *Laura Clérico* nimmt in „Zur Struktur des Arguments des vergleichenden Rechts in der menschenrechtlichen Argumentation“ ein besonderes Argument der juristischen Interpretation in den Blick, und zwar das komparative Argument im Bereich der Grund- und Menschenrechte. Dabei stehen die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Inter-Amerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Vordergrund. *Bartosz Brożek* wendet sich in „Is Analogy a Form of Legal Reasoning?“ gegen Alexys These, es gebe drei Grundoperationen der Rechtsanwendung, die Subsumtion, die Abwägung und den Fallvergleich. Der Fallvergleich steht ebenfalls im Zentrum von *Eduardo Soderos* Aufsatz „Von der Sonderfallthese bis zum Fallvergleich: προλεγόμενα (Prolegomena) zu einer Theorie der Präjudizien“, in dem die Frage der Präjudizienbindung einer breit angelegten Untersuchung unterzogen wird. Schließlich unternimmt *Yan Zhang* in „On the Argumentative Validity of Guiding Cases“ die Rekonstruktion einer vor gut zehn Jahren eingeführten methodischen Besonderheit im chinesischen Rechtssystem, der „Leitfälle“. Diese „Leitfälle“ dienen der Vereinheitlichung der Rechtsprechung und sind in der Begründung von Urteilen zu berücksichtigen, sollen nach Artikel 10 der offiziellen Regeln zu den Leitfällen aber keine Rechtsquelle bilden.

Die dritte Kategorie trägt den Titel „Prinzipientheorie, Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik“. Sie ist den Leitmotiven gewidmet, welche Alexys zweites Hauptwerk, die „Theorie der Grundrechte“ aus dem Jahre 1985, geprägt haben. Den Auftakt macht *Aharon Barak* mit „A Critical Review of Alexy Regarding the Relationship between Constitutional Rights as Principles and the Theory of Proportionality“, in dem er in vier Punkten Alexys Rekonstruktion des Verhältnisses zwischen Grundrechten und Verhältnismäßigkeit anders akzentuiert. Im Zentrum von „Moral Complications and Legal Structures“ von *J.J. Moreso* steht der Fall von Luigi Lombardi Vallauri, dessen Dienstverhältnis wegen seiner geäußerten Zweifel an der Verhältnismäßigkeit zentraler Dogmen der katholischen Lehre von der katholischen Universität Mailand ohne Angabe von Gründen nicht verlängert wurde. Der Konflikt zwischen Meinungsfreiheit und Religionsfreiheit bildet den Hintergrund eines Vergleichs der Rekonstruktionen von Abwägung von Alexy und Robert Nozick. Anschließend erläutert *Julian Rivers* in „Proportionality in Practice: the British Experience“ die Rezeption des maßgeblich in Deutschland entwickelten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in einer grundsätzlich anderen Rechtskultur, derjenigen des Vereinigten Königreichs.

In „A Plea for Moderate Optimization: On the Structure of Principles as Interpersonal Reasons“ unternimmt *George Pavlakos* eine Versöhnung der teleologischen Struktur der Abwägung mit der deontologischen Natur von Grundrechten. *Jan-Reinard Sieckmann* untersucht in „Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht“, ob und inwiefern sich neben universell gültigen Menschenrechten und partikularen Systemen von Grundrechten eine dritte Ebene identifizieren lässt – die Ebene des transnationalen Verfassungsrechts, welches Menschenrechte gewährt. Dabei kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine führende Rolle bei der Rekonstruktion einer solchen dritten Ebene zu.

Ein besonderer Brennpunkt in der Diskussion der Prinzipientheorie und ihrer Anwendung auf die Grundrechte sind die formellen Prinzipien. Die folgenden zwei Beiträge, „Formal Principles as Second-Order Reasons“ von *Peng-Hsiang Wang* und „Alexys drittes Modell formeller Prinzipien“ von *Martin Borowski*, sind der Entwicklung von Alexys Modellen zu formellen Prinzipien, insbesondere seinem „epistemischen Modell“ und Alternativen zu diesem Modell, gewidmet. *Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno* geht dann in „Proposal for a Distinction between Legislative and Judicial Discretion Rooted in Kelsen's and Alexy's Theories“ vor dem Hintergrund der Lehren von Alexy und Kelsen den Gemeinsamkeiten und Unterschieden von gesetzgeberischem und richterlichem Ermessen nach. *Carlos Bernal Pulido* nimmt sich in „The Constitutional Adjudication of Positive Social and Economic Rights by Means of the Proportionality Analysis“ der Kategorie von Grundrechten an, bei denen die genaue Rekonstruktion der Prüfung der Verhältnismäßigkeit in der Bestimmung ihres

definitiven Gehalts bislang wohl am wenigsten klar herausgearbeitet wurde – der Kategorie der sozialen Grundrechte. *Alfonso García Figueroa* beleuchtet in „The Ubiquity of Principles. Some Critical Remarks on Robert Alexy’s ‚Exklusionstheorem‘“ die Rolle von Prinzipien in der Diskussion um den Rechtsbegriff und analysiert kritisch die starke Trennungsthese, nach der jede Norm entweder eine Regel oder ein Prinzip ist, nicht aber in beide Kategorien oder in keine der beiden Kategorien fallen kann. In seinem Beitrag „Repräsentation der idealen Dimension“ untersucht *Mitsubishi Matsubara* die Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber dem Demokratieprinzip, welche die Idee der idealen oder argumentativen Repräsentation zu bewirken vermag. Anschließend widmet *Axel Tschentscher* seinen Beitrag mit dem Titel „Regeln statt Prinzipien im Privatsphärenschutz“ dem Vergleich des eher regelbasierten Privatsphärenschutzes in den Vereinigten Staaten von Amerika mit dem eher prinzipienorientierten Grundrechtsschutz der kontinentaleuropäischen Tradition.

In der vierten Kategorie „Verschiedene Aspekte“ finden sich acht Beiträge. Den Auftakt macht *Ralf Dreier* in „Integratives Verstehen – eine Bilanz“ mit Reflexionen zu Linien, die seine Werke mit denjenigen Alexys verbinden. Es folgt *Stanley L. Paulson* mit „The Makings of a Radical Norm Theory. Hans Kelsen’s Sanction-Norm as Empowering Norm“. Kelsen hat Alexys Denken in verschiedenen Hinsichten geprägt und bereichert. Paulson untersucht Kelsens Normentheorie und die Rolle der Modalität der Ermächtigung in dieser Theorie. Auch der Beitrag „Der Gegenstand der Norm“ von *Joachim Renzikowski* ist der Normentheorie gewidmet – er geht ebenfalls auf Kelsen ein, aber zudem auf Kant, Mezger und Schmidhäuser. In „Wenn Sie noch einmal Hegel erwähnen, verlasse ich den Raum.“ Zur Rolle der Rechtsphilosophie in der Rechtsprechung“ geht *Hubert Rottlenthner* der Frage nach, welche Bedeutung rechtsphilosophische Begriffe, Unterscheidungen und Argumente in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, anderer nationaler Höchstgerichte und europäischer Gerichte einnehmen. Er wird in vielerlei Hinsicht fündig, konstatiert am Ende aber einen weitgehend ornamentalen Gebrauch der Rechtsphilosophie.

Es ist charakteristisch für Grundrechte, die Alexy in seinem zweiten Hauptwerk untersucht, dass sie subjektive Rechte gewähren. Diese Rechtsfigur untersucht *Matthias Kaufmann* in seinem Aufsatz mit dem Titel „Was sind subjektive Rechte?“. Historisch-reflektierend geht *Massimo La Torre* in „Kleiner Versuch einer Philosophie der Rechtsgeschichte. Die Evolution des Rechts und der Anspruch auf Fortschritt“ der Frage nach, was im Recht Fortschritt ist und sein sollte. *Nils Jansen* stellt in „Der Richtigkeitsanspruch der Privatrechtsdogmatik. Vom säkularen Naturrecht der Frühen Neuzeit zur modernen Privatrechtstheorie“ die Frage, wie im Privatrecht die Frage der Richtigkeit des Rechts reflektiert werden kann, ohne in überholte Kategorien des Naturrechts zu verfallen, und skizziert eine Fülle verschiedener methodischer Ansätze in der Privatrechtstheorie. Mit der Frage der Pflichten des Gesetzgebers im Verfahren

der Rechtsetzung befasst sich „Zur gerichtlichen Prüfung des Verfahrens legislativer Begründung“ von A. *Daniel Oliver-Lalana*. Der achte und letzte Beitrag dieser Kategorie von *Hui Wang* schließlich erklärt sich im Titel selbst: „The Institutionalization of Human Dignity in China“.

Dieser Strauß an Beiträgen bezeugt nicht nur die thematische Breite des Werks von Alexy, sondern auch seine internationale Ausstrahlung. Damit der Interessierte sich dieses Werk in allen seinen Aspekten leichter erschließen kann, wird dieser Sammelband mit dem Verzeichnis der Schriften von Robert Alexy abgeschlossen.

Frau Ingrid Baumbusch hat die Herausgabe dieses Bandes mit unermüdlicher Sorgfalt und viel Einsatz betreut. Ohne sie hätte er gewiss nicht in der vorliegenden Form erscheinen können. Ihr gilt der herzliche Dank der Herausgeber.

Martin Borowski
Stanley L. Paulson
Jan-Reinard Sieckmann

I. Begriff und Natur des Rechts

Das Gerechtigkeitsargument

Joseph Raz*

Robert Alexy hat ein Buch mit dem erklärten Ziel vorgelegt, die Grundannahmen einer Art der Rechtstheorie zu widerlegen, die „in der juristischen Wissenschaft und Praxis seit längerem überwunden ist“. Das Zitat stammt vom Bundesverfassungsgericht aus dem Jahr 1968.¹ Die Tatsache, dass Alexy keine englischsprachigen Schriften aus der Tradition des Rechtspositivismus nach Harts *The Concept of Law* (1961) berücksichtigt, lässt darauf schließen, dass er diese Meinung des Gerichts teilt.² Sein Buch scheint aber das Gegenteil zu beweisen. Denn warum sollte man ein Buch schreiben, um eine vollständig diskreditierte Theorie zu widerlegen? Vielleicht hatte Alexy einfach Pech. Der Ausbruch reflektierender, anregender und interessanter Schriften in der rechtspositivistischen Tradition erreichte erst in den Jahren nach der Erstveröffentlichung seines Buches ernsthafte Dimensionen, als Waldron, Marmor, Gardner, Leiter, Shapiro, Murphy, Himma, Kramer, Endicott, Lamont, Dickson, Bix und andere sich zu denen gesellten, die schon in den der Erstveröffentlichung von Alexys Buch vorausliegenden Jahren wichtige Beiträge zur Rechtstheorie in der rechtspositivistischen Tradition geleistet haben: Lyons, Coleman, Campbell, Harris, Green, Waluchow und andere, die bis heute zu den Hauptvertretern der Rechtstheorie in der rechtspositivistischen Tradition zählen. Es ist sehr zu bedauern, dass keine dieser Arbeiten die Argumente des Buches beeinflusst hat.

Vielleicht ist dieses Bedauern unangebracht. Denn in der Rechtstheorie wird – und wurde immer – unter „Positivismus“ Verschiedenes verstanden. Was

* Zuerst veröffentlicht unter dem Titel „The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism“, in: *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, hg. v. George Pavlakos, Oxford und Portland, Oregon: Hart 2007, S. 17–35. Eine Antwort von Robert Alexy, unter dem Titel „An Answer to Joseph Raz“, findet sich an gleicher Stelle, S. 37–55.

¹ BVerfGE 23, 98 (106); zitiert von *Robert Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg und München: Alber 1992, S. 19.

² Die Reichweite des Zitats des Bundesverfassungsgerichts ist enger, als ich sie habe erscheinen lassen. Sie bezieht sich auf den „Gesetzespositivismus“. Da Alexy den Fall und die Passagen, denen das Zitat entnommen ist, anführt, um zu zeigen, wie der Streit zwischen Rechtspositivisten und ihren Gegnern sich auf die Rechtspraxis auswirkt, lässt sich annehmen, dass er die Stellungnahme des Gerichts in etwa wie folgt versteht: Jede rechtspositivistische Theorie setzt den Gesetzespositivismus voraus. Da der Gesetzespositivismus falsch ist, ist jede Theorie in der rechtspositivistischen Tradition falsch.

Radbruch, eine von Alexys Hauptfiguren, darunter verstand, als er sich zunächst als Rechtspositivist sah und dies später widerrief, war nicht das, was „Rechtspositivismus“ in Großbritannien (und heutzutage auch in den Vereinigten Staaten) für diejenigen bedeutet, die sich um eine philosophische Reflexion der Natur des Rechts bemühen. Vielleicht wendet sich Alexy also nur an das deutsche Publikum und argumentiert wider jene Rechtstheorien, die in Deutschland als „Gesetzespositivismus“ bezeichnet werden. Seine Bezüge zu Hart zeigen allerdings, dass er diese Beschränkung nicht beabsichtigt hat.

Die Ziele meiner Untersuchung sind jedenfalls halbwegs klar. Mein Hauptziel ist es zu untersuchen, ob irgendeines von Alexys Argumenten irgendeine der von mir vertretenen Ansichten trifft. Nebenziele sind, erstens, klarzustellen, warum das, was Alexy als Rechtspositivismus beschreibt, nicht das ist, was darunter in der englischsprachigen Welt verstanden wird – weswegen einige von Alexys berechtigten Punkten das Ziel verfehlen –, und, zweitens, einige seiner mir zumindest anfänglich eher verworren erscheinenden Argumente zu prüfen und zu klären. Angesichts der Bedeutung von Alexys Buch werde ich mich nur darauf beziehen, seine anderen Veröffentlichungen also nicht berücksichtigen.

I. Den Rechtspositivismus identifizieren

Nach Alexy ist die gemeinsame Eigenschaft aller rechtspositivistischen Theorien

„die Trennungsthese. Diese sagt, daß der Begriff des Rechts so zu definieren ist, daß [sic!] er keine moralischen Elemente einschließt. Die Trennungsthese setzt voraus, daß es keinen begrifflich notwendigen Zusammenhang zwischen dem Recht und der Moral [...] gibt. Der große Rechtspositivist Hans Kelsen hat dies in die Formel gefaßt: ‚Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein.‘“³

Es ist bedauerlich, dass der einzige Beleg für diese These ein Satz von Kelsen ist, der nach Kelsens eigener Theorie offenkundig falsch ist. Da Kelsen das Recht als etwas betrachtet, das aus Normen besteht, die Gerichte anweisen, Sanktionen für die Missachtung von Pflichten anzuordnen,⁴ folgt daraus, (a) dass das Recht ausschließlich aus Normen besteht, (b) dass es an Gerichte adressiert ist, (c) dass es die Anwendung von Sanktionen fordert, und (d) dass ihre Anwendung ein bestimmtes, tatsächliches Verhalten voraussetzt. Dies sind, nach Kelsens Theorie, notwendige Beschränkungen des Inhalts des Rechts. Vielleicht verletzen sie nicht die Trennungsthese, wie Alexy sie versteht, aber sie unterstützen sie jedenfalls nicht; und sie zeigen, wie gesagt, dass die von Alexy zitierte Aussage Kelsens, gemessen an Kelsens Theorie, falsch ist.

³ Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 1), S. 15f.

⁴ Vgl. Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. Wien: Deuticke 1960, S. 120–123 [28a]).