

ARMIN ENGLÄNDER

Diskurs als Rechtsquelle?

Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften

125

Mohr Siebeck

Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften

Studien in den Grenzbereichen der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Band 125

Begründet von

Erik Boettcher

Unter der Mitwirkung von

Hans Albert · Andreas Diekmann · Gerd Fleischmann · Dieter Frey
Volker Gadenne · Wolfgang Kerber · Christian Kirchner · Arnold Picot
Viktor Vanberg · Christian Watrin · Eberhard Witte · Reinhard Zintl

herausgegeben von

Karl Homann



Armin Engländer

Diskurs als Rechtsquelle?

Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts

Mohr Siebeck

Armin Engländer, geb. 1969; Studium der Rechtswissenschaften in Frankfurt am Main; 1996 erstes juristisches Staatsexamen; 1999 zweites juristisches Staatsexamen; 2002 Promotion zum Dr. jur.; z. Zt. wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozeßrecht der Universität Mainz.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Engländer, Armin:

Diskurs als Rechtsquelle? : zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts /

Armin Engländer. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2002

(Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften ; Bd. 125)

ISBN 3-16-147836-3 / eISBN 978-3-16-165882-2 unveränderte eBook -Ausgabe 2025

© 2002 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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 der Druckerei Gulde in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Den Einband besorgte die Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen nach einem Entwurf von Uli Gleis in Tübingen.

ISSN 0424-6985

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2001/2002 von der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Bedanken möchte ich mich herzlich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Horst Dreier, für vielfältige Unterstützung und wertvolle Hinweise, bei Herrn Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens, bei den Herren Prof. Dr. Dr. Norbert Hoerster, Prof. Dr. Klaus Lüderssen, Dr. Peter Gril und Dr. Frank Saliger für Förderung, hilfreiche Kritik und anregende Diskussionen, bei Herrn Prof. Dr. Michael Hettinger für die großzügige Gewährung der akademischen Freiräume zur Fertigstellung dieser Arbeit, bei der Konrad-Adenauer-Stiftung für ein Stipendium sowie bei den Herausgebern der Reihe „Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften“, insb. Herrn Prof. Dr. Hans Albert, für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Reihe. Besonderen Dank für ständige Diskussionsbereitschaft sowie langjährige Förderung, Ermutigung aber auch anspornende (dabei rücksichtsvoll vorgetragene) Kritik schulde ich Herrn Prof. Dr. Michael Baumann. Gewidmet ist die Arbeit meinen Eltern.

Mainz, im März 2002

Armin Engländer

Inhalt

Vorwort	V
Kapitel 1: Einleitung	1
I. Die Naturrecht/Positivismus-Debatte	2
1. Das Verhältnis von Recht und Moral	2
2. Die Begründbarkeit der moralischen Richtigkeit	7
II. Die Diskurstheorie als Rekonstruktion des klassischen Vernunftrechts	10
1. Die Annahme eines begrifflichen Zusammenhangs von Recht und Moral	11
2. Die Annahme einer kognitiven Begründbarkeit moralischer Normen	13
Kapitel 2: Grundzüge der Diskurstheorie	15
I. Die allgemeine Diskurstheorie	15
1. Das kommunikative Handeln	16
a) Kommunikatives vs. strategisches Handeln	16
b) Sprechakttheoretische Begründung des kommunikativen Handelns	19
2. Der Diskurs	21
a) Die Voraussetzungen der Argumentation	21
b) Diskursprinzip (D) und Universalisierungsgrundsatz (U)	23
II. Die Diskurstheorie des Rechts	25
1. Die Notwendigkeit des Rechts	25
a) Die funktionale Begründung des Rechts bei Habermas	25
b) Die normative Begründung des Rechts bei Apel und Alexy	27
2. Die Setzung des Rechts	29
a) Das System der Rechte	30
b) Der Rechtsetzungsdiskurs	31
3. Die Anwendung des Rechts	33
a) Der juristische Diskurs als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses	34
b) Der juristische Diskurs als Angemessenheitsdiskurs	36
III. Zusammenfassung	37
Kapitel 3: Kritik der allgemeinen Diskurstheorie	41
I. Zur Begründbarkeit der Argumentationsvoraussetzungen	41
1. Transzendente Begründungsargumente	42
a) Der performative Widerspruch	42
b) Die strikte Reflexion	47

c) Die Sprechaktanalyse	53
2. Empirische Begründungsargumente	59
a) Die hypothetische Rekonstruktion des impliziten Wissens	59
b) Die kommunikative Alltagspraxis	61
II. Zur Begründbarkeit des Diskursprinzips (D) und des Universalisierungsgrundsatzes (U)	68
1. Die Ableitbarkeit des Diskursprinzips (D) aus den Regeln der kommunikativen Alltagspraxis	69
2. Die Ableitbarkeit des Universalisierungsgrundsatzes (U)	70
a) Die formalpragmatische Begründung bei Habermas	70
b) Die transzendentalpragmatische Begründung bei Apel	81
III. Zusammenfassung	84
Kapitel 4: Kritik der Diskurstheorie des Rechts	88
I. Zur Begründbarkeit des Rechtsmoralismus	88
1. Die Verbindungsthese	89
a) Der moralphilosophische Kognitivismus	89
b) Die Menschen- und Bürgerrechte	94
2. Die Ergänzungsthese	95
II. Zur Begründbarkeit des Systems der Rechte	97
1. Die subjektiven Freiheitsrechte	99
a) Subjektive Freiheitsrechte als Befreiung von kommunikativen Pflichten	102
b) Subjektive Freiheitsrechte als Implikationen des Autonomieprinzips	108
c) Die Abwehrfunktion subjektiver Freiheitsrechte	112
2. Die demokratischen Mitwirkungsrechte	114
III. Zur Begründbarkeit des Rechtsetzungsdiskurses	116
1. Parlamentarische Beratung als kommunikative Verständigung	118
a) Die Einnahme einer verständigungsorientierten Einstellung bei Habermas	118
b) Die Zulässigkeit einer verständigungsorientierten Einstellung bei Apel	121
c) Konsensprinzip vs. Mehrheitsregel	127
2. Öffentliche Meinungsbildung als kommunikative Verständigung	133
IV. Zur Begründbarkeit des juristischen Diskurses	135
1. Das Prinzipienargument	136
2. Rechtsprechung als Diskurs	141
a) Der richterliche Richtigkeitsanspruch	142
b) Das Sonderfallmodell	144
c) Das Angemessenheitsmodell	147
V. Zusammenfassung	151

Kapitel 5: Rechtsbegründung durch aufgeklärtes Eigeninteresse	157
I. Der homo oeconomicus als Grundlage des interessenbasierten Rechtfertigungsmodells.....	160
II. Der Rechtsstaat und der homo oeconomicus	163
1. Das Interesse an Kooperation in einem normfreien Zustand	163
2. Die Einrichtung kooperativer Unternehmen und die Bildung von Schutzvereinigungen	164
3. Von der Schutzvereinigung zum Rechtsstaat.....	169
a) Das Interesse der Bürger an den Kerninstitutionen des Rechtsstaats...	170
b) Die Realisierbarkeit des Rechtsstaats	172
III. Fazit	174
Literaturverzeichnis	177
Personenverzeichnis.....	191
Sachverzeichnis	194

Kapitel 1

Einleitung

„The claim to objectivity, however ingrained in our language and thought, is not self-validating. It can and should be questioned.“

John Mackie

Die Diskurstheorie des Rechts ist einer der meistbeachteten Entwürfe in der aktuellen rechtstheoretischen Diskussion. Bei dieser maßgeblich von Jürgen Habermas, Robert Alexy, Karl-Otto Apel und Klaus Günther vertretenen Konzeption¹ handelt es sich um eine moderne Variante eines kognitivistischen Begründungsmodells rechtlicher Normen. Sie beansprucht zu zeigen, daß die Geltung zentraler Rechtsnormen nicht das Ergebnis kontingenter Entscheidungen darstellt, sondern vielmehr auf eine *zutreffende Erkenntnis* zurückgeführt werden kann. Die Basis dieses Anspruchs bildet eine spezifische Auffassung von der menschlichen Sprache, zu deren Begründung die Diskurstheoretiker mit der sogenannten Sprechakttheorie bestimmte Annahmen aus der Sprachphilosophie heranziehen wollen.² Auf der Grundlage dieser sprachphilosophischen Prämissen wollen sie zeigen, daß und wie rechtliche Normen in einem objektiven Sinne gerechtfertigt werden können.

Mit diesen Zielsetzungen verfolgen die Diskurstheoretiker ein Programm, das vor dem Hintergrund der rechtstheoretischen Debatte zwischen den Naturrechtslehren und den rechtspositivistischen Auffassungen um die Bestimmung des Rechtsbegriffs zu sehen ist. Einleitend sollen daher die Grundzüge dieser Debatte kurz skizziert und die Diskurstheorie in den Diskussionszusammenhang eingeordnet werden.

¹ Vgl. insbesondere ALEXY (1991); DERS. (1992); DERS. (1995c); APEL (1992); DERS. (1998f); GÜNTHER (1988); DERS. (1989); HABERMAS (1994); DERS. (1996c).

² Zum Überblick über die gegenwärtige sprachphilosophische Debatte vgl. BLUME/DEMMEHLING (1998); PRECHTL (1999); RUNGGALDIER (1990).

I. Die Naturrecht/Positivismus-Debatte

In der Diskussion über den Begriff des Rechts wird eine Klärung angestrebt, anhand welcher *definierenden Merkmale* bestimmte Erscheinungen, Vorgänge oder Prozesse der sozialen Realität als „Recht“ bezeichnet werden sollen. Naturrechtler und Rechtspositivisten vertreten hierzu zwei grundlegend verschiedene Auffassungen. Der Streit dreht sich dabei um die Frage, ob zur Klassifikation der in einer Gesellschaft faktisch geltenden Zwangsordnung als Recht bestimmte formale Kriterien genügen. Das zentrale Problem ist, ob zur Bestimmung des Rechtsbegriffs zusätzlich auch inhaltliche Kriterien heranzuziehen sind, d.h. ob das Recht *moralisch richtig* sein muß und wie eine solche moralische Richtigkeit gegebenenfalls bestimmbar ist. Naturrechtslehren und rechtspositivistische Auffassungen geben auf diese Fragen unterschiedliche Antworten.³

1. Das Verhältnis von Recht und Moral

Nach allen naturrechtlichen Theorien besteht zwischen Recht und Moral ein notwendiger Zusammenhang. Diese Auffassung wird auch als *Verbindungsthese* bezeichnet.⁴ Sie besagt, daß der Rechtsbegriff werthafter bzw. normativer Natur ist und notwendig eine Bezugnahme auf einen Maßstab moralischer Richtigkeit enthält.⁵ Neben die beiden formalen Elemente der Setzung und der sozialen Wirksamkeit, auf die allein mit unterschiedlichen Akzentuierungen die verschiedenen Versionen des Rechtspositivismus abstellen,⁶ tritt als inhaltliches Element des Rechtsbegriffs die Richtigkeit oder Gerechtigkeit.

Damit behaupten die modernen naturrechtlichen Auffassungen zwar keine deduktive Ableitbarkeit des positiven Rechts aus einem objektiven Naturrecht.⁷ Die Verbindungsthese besagt nicht, daß das positive Recht lediglich das Ergebnis einer Transformation unabhängig von Zeit und Raum geltender Regeln und Prinzipien in sozial wirksame Normen darstellt. Sie verlangt aber, daß das positive Recht mit einem Maßstab der

³ Der Begriff der Naturrechtslehre wird hier in einem weiten Sinne verwendet. Er soll alle Auffassungen bezeichnen, die zumindest einen bestimmten moralischen Mindeststandard verlangen, um Normen Rechtsqualität zuzusprechen.

⁴ Vgl. KOLLER (1997), S. 32.

⁵ Vgl. ALEXY (1992), S. 17.

⁶ Vgl. dazu ENGLÄNDER, (2000a), S. 116 ff; M. KAUFMANN (1996), S. 138 ff; W. OTT (1992), S. 32 ff.

⁷ Zur Geschichte und zu aktuellen Ausprägungen der Naturrechtslehre vgl. M. KAUFMANN (1996), S. 30 ff.

moralischen Richtigkeit vereinbar sein muß oder zumindest nicht zu weit von ihm abweichen darf. So bestimmt das sogenannte naturrechtliche Unrechtsargument als spezifische Version der Verbindungsthese, ein positives Gesetz verliere seine Rechtsgeltung, wenn es eine bestimmte Schwelle der Ungerechtigkeit überschreite. Besonders bekannt geworden ist dieses Unrechtsargument in der Fassung des deutschen Strafrechtlers und Rechtsphilosophen Gustav Radbruch. Nach der sogenannten *Radbruch-Formel* soll ein positives Gesetz dann nicht mehr als geltendes Recht zu betrachten sein, wenn der Widerspruch dieses Gesetzes zur Gerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreicht:

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen zu sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‘unrichtiges Recht’ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung kann aber mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung des positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‘unrichtiges Recht’, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“⁸

Der Rechtspositivismus vertritt dagegen die *Trennungs-* bzw. *Neutralitätsthese*. Danach ist das Recht strikt von der Moral zu trennen; der Rechtsbegriff wird moralneutral bestimmt.⁹ Der Terminus „Recht“ soll nicht wertend zur Bezeichnung eines objektiv gültigen Maßstabes des Richtigen und Falschen verwendet werden, sondern wertfrei ein tatsächlich bestehendes – bestimmte formale Merkmale erfüllendes – Normensystem, das das Zusammenleben einer Gesellschaft faktisch regelt, klassifizieren. Zur Bestimmung des Rechtscharakters einer normativen Zwangsordnung sind danach nur die Merkmale der Setzung und der sozialen Wirksamkeit maßgeblich.

⁸ Vgl. RADBRUCH (1946), S. 107. Umfassend zu Begriff und Gehalt der Radbruch-Formel SALIGER (1995), S. 4 ff. Auch wenn die Radbruch-Formel nur eine „schwache“ Version des nichtpositivistischen Rechtsbegriffs voraussetzt, ist es verfehlt, sie wie Arthur Kaufmann als „dritten Weg“ oder „Überwindung der Naturrecht-Positivismus-Alternative“ zu bezeichnen; vgl. A. KAUFMANN (1994), S. 40 ff. Zwar ist nach Radbruch jedes Recht notwendigerweise positives Recht, aber nicht jedes positive Recht ist Recht im Radbruchschen Sinne. Radbruch hält mit seiner Auffassung, alles positive Recht sei sinnhaft bezogen auf die Rechtsidee als Gerechtigkeit, an einem *objektivistisch-werthafter* Rechtsbegriff fest und nimmt damit eine strikt antipositivistische Position ein. Vgl. hierzu H. DREIER (1991b), S. 127 ff.

⁹ Vgl. dazu HOERSTER (1987a), S. 184; DERS. (1989a), S. 11.

Der Rechtspositivismus bestreitet mit dieser Begriffsbestimmung nicht, daß vielfach inhaltliche Übereinstimmungen zwischen dem positiven Recht und den gesellschaftlich herrschenden Moralvorstellungen bestehen. Er erkennt auch an, daß solche Moralvorstellungen den Grund für rechtliche Normierungen bilden können.¹⁰ Hierbei handelt es sich nach Auffassung der Rechtspositivisten aber um keinen *begrifflich-notwendigen*, sondern nur um einen *empirisch-kontingenten* Zusammenhang von Recht und Moral. Aus einem solchen empirischen Zusammenhang lasse sich aber kein normatives Kriterium der Rechtsgeltung ableiten, nach dem einer korrekt gesetzten und wirksamen Zwangsordnung aufgrund eines Verstoßes gegen moralische Wertmaßstäbe der Rechtscharakter abzusprechen sei. Der Rechtspositivismus plädiert daher für eine strikte Trennung zwischen der Feststellung rechtlicher Geltung und der Vornahme einer moralischen Bewertung,¹¹ d.h. zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein sollte.¹² Der Rechtsbegriff wird nach der Trennungsthese wertfrei verwendet, so daß die moralische Richtigkeit kein das Recht definierendes Merkmal darstellen kann. Besonders deutlich kommt dies etwa in der Reinen Rechtslehre von Hans Kelsen zum Ausdruck:

„Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein. Es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehaltes, ausgeschlossen wäre, Inhalt einer Rechtsnorm zu sein.“¹³

Für ihre Auffassungen machen sowohl die Naturrechtslehren als auch die rechtspositivistischen Theorien vorwiegend *Zweckmäßigkeitsargumente* geltend. Die Frage nach der angemessenen Verwendung des Rechtsbegriffs lasse sich nicht durch die empirische Untersuchung eines bestimmten Sprachgebrauches beantworten,¹⁴ sondern nur durch eine normativ-

¹⁰ Vgl. HART (1961), S. 199 f; DERS. (1971), S. 19 f; HOERSTER (1990), S. 28. So thematisiert bspw. Max Weber als Vertreter eines soziologischen Rechtspositivismus in seiner soziologischen Kategorienlehre ausführlich die verschiedenen Typen – darunter auch den wertrationalen Typus – der empirischen Geltung einer Ordnung. In seiner Rechtssoziologie behandelt er zudem die praktischen Einflüsse naturrechtlicher Vorstellungen auf das positive Recht. Vgl. WEBER (1972), S. 16 ff, S. 496 ff. Ausführlich zu den verschiedenen Bezügen von Recht und Moral VON DER PFORDTEN (2001), S. 55 ff.

¹¹ Vgl. HOERSTER (1989a), S. 11; KELSEN (1979), S. 169 f.

¹² Vgl. HART (1971), S. 15.

¹³ KELSEN (1960), S. 201; vgl. auch DERS. (1923), S. 541. Zum Rechtsbegriff der Reinen Rechtslehre vgl. THIENEL (1998).

¹⁴ Vgl. HART (1961), S. 204; HOERSTER (1986a), S. 2481. Dieser Auffassung liegt die Annahme zugrunde, daß der Begriff „Recht“ semantisch unbestimmt ist. Diese Annahme wird allerdings von dem Naturrechtler Joachim Hruschka bestritten. Nach Hruschka ist der Rechtsbegriff semantisch eindeutig im Sinne der Verbindungsthese besetzt. Argumente zur Begründung dieser These findet man bei Hruschka allerdings

semantische Festsetzung.¹⁵ Die Adäquanz der Definitionsvorschläge für den Begriff des Rechts soll dabei durch die aus dem jeweiligen Vorschlag resultierenden Konsequenzen gerechtfertigt werden.¹⁶

Als wichtigsten Grund für die Verbindungsthese führen die Naturrechtler an, daß sie vor allem nach dem Zusammenbruch von totalitären Systemen eine bessere Aufarbeitung staatlichen Unrechts ermögliche.¹⁷ Insbesondere bei dem Problem der Bestrafung von sogenannter *Regierungskriminalität* zeige sich die Leistungsfähigkeit der Radbruch-Formel. Während der Rechtspositivismus das Verhalten von Regierungstätern auf der Grundlage extrem ungerechter Gesetze als rechtmäßig hinnehmen müsse, könne durch die Anwendung der Radbruch-Formel diesen Gesetzen die Rechtsgeltung rückwirkend abgesprochen werden und somit eine Verurteilung der Täter erreicht werden. So hat die Rechtsprechung sowohl hinsichtlich der NS-Problematik,¹⁸ als auch für die Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit¹⁹ auf die Radbruch-Formel zurückgegriffen.²⁰

Von rechtspositivistischer Seite wird gegen dieses Unrechtsargument eingewendet, daß es das *strafrechtliche Rückwirkungsverbot* unterlaufe.²¹ Nach H.L.A. Hart stehen bei der Aufarbeitung von staatlichem Unrecht redlicherweise nur zwei Alternativen offen: Entweder findet man sich mit einer Straflosigkeit ab, oder man führt die Strafbarkeit durch ein bewußt rückwirkendes Gesetz im Bewußtsein der Opferung der unbeschränkten Geltung des *nulla-poena-sine-lege*-Grundsatzes herbei.²² Diese Entscheidung ist nach dem Rechtspositivismus aber je nach der Rechtsordnung

nicht. An ihre Stelle treten nicht näher spezifizierte Behauptungen über „dubiose Züge“ und angebliche „Denkverbote“ des Rechtspositivismus. Vgl. HRUSCHKA (1992), S. 429 ff; DERS. (1993), S. 421 ff. Zur Replik auf diese Kritik vgl. FÖRSTER (1997); HOERSTER (1993), S. 416 ff; RENZIOWSKI (1995), S. 335 ff.

¹⁵ Vgl. HOERSTER (1986a), S. 2481; DERS. (1990), S. 27.

¹⁶ Umfassend dazu W. OTT (1992), S. 158 ff. Vgl. auch R. DREIER (1986), S. 893 ff.

¹⁷ Vgl. ALEXY (1992), S. 88 ff, S. 98 ff; R. DREIER (1986), S. 891.

¹⁸ Vgl. dazu z.B. BVerfGE 3, 225 (232 f); 6, 389 (414 ff); 23, 98 (106); BGHSt 2, 173 (177); 2, 234 (239); 3, 357, (362 ff). Zur Rezeption der Radbruch-Formel m.w.N. vgl. SCHUMACHER (1985).

¹⁹ Vgl. BVerfGE 95, 96 (134 f); BGHSt 39, 1 (15 f); bestätigt in BGHSt 39, 168 (181 ff); LG Berlin JZ 1992, 691 (692 f). Aus dem juristischen Schrifttum zur Anwendbarkeit der Radbruch-Formel vgl. ALEXY (1993); DERS. (1997b); H. DREIER (1997); R. DREIER (1993a); DERS. (1993b); FROMMEL (1993); A. KAUFMANN (1995); SALIGER (1995), S. 33 ff.

²⁰ Im Schrifttum wird zudem vorgeschlagen, die Radbruch-Formel auch zur Lösung von Prinzipienkollisionen zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit innerhalb des positiven Rechts nutzbar zu machen. So z.B. SALIGER (1995), S. 54 ff.

²¹ Ausführlich zum Unrechtsargument aus positivistischer Sicht ENGLÄNDER (1997), S. 455 ff.

²² Vgl. HART (1971), S. 44; DERS. (1961), S. 207.

vom Gesetzgeber oder vom Richter zu treffen und darf diesen nicht durch die Einführung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs entzogen werden.²³

Praxisrelevant wird die Kontroverse um den Begriff des Rechts aber auch in der *juristischen Methodik*. Ausgangspunkt ist die Einsicht, daß Gesetzestexte eine richterliche Entscheidung nicht im Sinne einer logischen Ableitbarkeit bestimmen, sondern immer verschiedene Interpretationen denkbar sind.²⁴ Diese semantische Unbestimmtheit der Gesetzestexte nehmen die Naturrechtslehren zum Anlaß, den Konkretisierungsvorgang im richterlichen Entscheidungsprozeß durch einen gesetzestranszendenten Gerechtigkeitsmaßstab *rechtlich* binden zu wollen.²⁵ Richterliche Urteile beinhalten nach diesem Verständnis notwendig auch moralische Gründe. Der Rechtspositivismus macht dagegen geltend, daß der Richter in unklaren Fällen zwar berechtigt sei, nach außerrechtlichen, d.h. moralischen Kriterien zu entscheiden, dies aber die Trennung von Recht und Moral nicht aufhebe.

Die positivistischen Rechtstheorien hingegen wollen die Zweckmäßigkeit der Trennungsthese vor allem mit der Zielsetzung der Rechtswissenschaft begründen. Ihr Ziel sei es, wissenschaftliche Erkenntnisse über das Recht zu erlangen.²⁶ Wissenschaftliche Erkenntnis kann sich nach der dem Rechtspositivismus zugrundeliegenden erkenntnistheoretischen Auffas-

²³ Für eine richterrechtliche Einschränkung des Rückwirkungsverbots nach der Radbruch-Formel aber ALEXY (1992), S. 105 f; DERS. (1997b); R. DREIER (1986), S. 891; SALIGER (1995), S. 38 ff. Dagegen H. DREIER (1997), S. 431 ff; RENZIOWSKI (1995), S. 343 ff; SCHLINK (1994), S. 433 ff; SCHULZ (1996); THIENEL (1998), S. 192 ff.

²⁴ Diese Unbestimmtheit des Gesetzestextes ist zwischen den modernen Positivisten und den Naturrechtlern nicht umstritten. Hart spricht z.B. davon, daß jedes positive Recht eine *offene Struktur* hat („open texture“). Vgl. HART (1961), S. 124. Nach Kelsen bildet der Gesetzestext nur einen Rahmen, innerhalb dessen immer mehrere gleichberechtigte Interpretationen möglich sind. Vgl. KELSEN (1960), S. 346 ff. Rechtsanwendung als Akt der Festsetzung einer der verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten ist für Kelsen aufgrund des damit immer erforderlichen subjektiven Willensaktes des rechtsanwendenden Organs immer auch *Rechtserzeugung*. Vgl. KELSEN (1960), S. 240, S. 350 ff; DERS. (1968b); dazu auch H. DREIER (1990), S. 145 ff. Der moderne Rechtspositivismus darf deshalb nicht mit dem veralteten und heute nicht mehr vertretenen Gesetzespositivismus verwechselt werden, der den Rechtsanwender als bloßen „Subsumtionsautomaten“ mißversteht. Vgl. dazu HOERSTER (1972), S. 123; DERS. (1989a), S. 12 ff. Teilweise wird in der Methodenlehre allerdings bestritten, daß Gesetzestexte überhaupt eine Bestimmungsfunktion haben. So z.B. GRASNICK (1998).

²⁵ Vgl. ALEXY (1991), S. 17 ff, S. 261 ff, S. 273 ff; DERS. (1995b), S. 88 ff; BYDLINSKI (1991), S. 299 ff; DWORKIN (1984), S. 144 ff; DERS. (1986); GÜNTHER (1988), S. 255 ff, S. 309 ff; LARENZ (1991) S. 312 ff.

²⁶ Die Möglichkeit einer Rechtserkenntnis setzen sowohl der Rechtspositivismus als auch die Naturrechtslehren voraus. Bestritten wird sie dagegen von sogenannten postmodernen Strömungen in der Rechtstheorie. So z.B. SOMEK (1996).

sung immer nur auf etwas „Gegebenes“, „Vorhandenes“, d.h. auf *Tatsachen* beziehen.²⁷ Soll es eine Wissenschaft vom Recht geben, muß nach dem Positivismus der Gegenstand dieser Wissenschaft daher eine der Erfahrung zugängliche Tatsache sein. Als eine solche Tatsache sozialer Art sieht er die in einer Gesellschaft faktisch geltende Zwangsordnung. Für die wissenschaftliche Beobachtung und Beschreibung dieses wirksamen Systems sozialer Normen sei es nun aber unerheblich, ob es mit moralischen Grundsätzen übereinstimme oder nicht. Dieser vor allem in der analytischen Rechtstheorie vertretene Einwand wird daher auch als *Unerheblichkeitsargument* bezeichnet.²⁸

Danach ändert ein möglicher Widerspruch mit moralischen Grundsätzen nichts an der faktischen Geltung einer Zwangsordnung. Selbst wenn man über einen objektiven Maßstab moralischer Richtigkeit verfüge, könne dadurch allenfalls die moralische Fehlerhaftigkeit dieser Ordnung kognitiv begründet werden. Für die Rechtsgeltung als solche habe dies jedoch keine Konsequenzen:

„Recht, so moralisch verwerflich es auch wäre, würde (was diesen Punkt betrifft) immer noch Recht sein.“²⁹

Zusammenfassend kann damit gesagt werden, daß die Vertreter der Naturrechtslehren die Zweckmäßigkeit einer Verbindung von Recht und Moral vorwiegend im Bereich der *Rechtspraxis* begründen wollen. Die Rechtspositivisten hingegen sehen die Vorteile der Trennung von Recht und Moral hauptsächlich im Bereich der *Rechtswissenschaft*.

2. Die Begründbarkeit der moralischen Richtigkeit

Bei dem Streit zwischen den Naturrechtslehren und dem Rechtspositivismus um die angemessene Bestimmung des Rechtsbegriffs handelt es sich allerdings nicht nur um eine rechtstheoretische Kontroverse, sondern zugleich auch um eine *moralphilosophische Auseinandersetzung*. In dieser

²⁷ Der Rechtspositivismus wird vor allem zurückgeführt auf den philosophischen Positivismus, als deren Hauptvertreter Auguste Comte und John Stuart Mill gelten. Der Sache nach stellt der philosophische Positivismus aber nur eine besondere Variante des Empirismus dar. Einige rechtspositivistische Ansätze wie die Reine Rechtslehre greifen allerdings auch auf die Transzendentalphilosophie Immanuel Kants zurück. Vgl. zu den erkenntnistheoretischen Annahmen der positivistischen Rechtstheorien W. OTT (1992), S. 117 ff.

²⁸ Zu dem Grundannahmen der analytischen Rechtstheorie vgl. HOERSTER (1972).

²⁹ HART (1971), S. 53. Vgl. hierzu auch HOERSTER (1993), S. 417; THIENEL (1998), S. 189 f.

Auseinandersetzung geht es um die Frage, welchen Status moralische Äußerungen oder moralische Normen beanspruchen können. Eine Definition des Rechtsbegriffs anhand des Kriteriums der moralischen Richtigkeit muß nämlich voraussetzen, daß dieses Kriterium hinreichend bestimmbar ist. Es müßte also erkennbar sein, ob eine korrekt gesetzte und/oder wirksame Norm auch moralisch richtig oder falsch ist. Naturrechtler sind deshalb Vertreter eines moralphilosophischen Objektivismus.³⁰ Nach der objektivistischen Auffassung gibt es zumindest einige fundamentale moralische Prinzipien, die unabhängig von individuellen Interessen, Zielen und Wünschen objektiv richtig sind. Ihre Geltung ist nach dieser Ansicht deshalb auch keine Frage einer kontingenten Entscheidung, die auch anders ausfallen könnte. Für den moralphilosophischen Objektivismus kommt es vielmehr allein darauf an, diese objektiv geltenden moralische Regeln und Prinzipien zutreffend zu erkennen. Man kann den moralphilosophischen Objektivismus daher auch als *ethischen Kognitivismus* bezeichnen.³¹

Die meisten Rechtspositivisten machen nun gegen die Versuche, einen naturrechtlichen Rechtsbegriff auf einen ethischen Kognitivismus zu stützen, neben dem bereits oben erwähnten Unerheblichkeitsargument, das die Relevanz einer objektiven Begründbarkeit moralischer Richtigkeit für die Bestimmung des Rechtsbegriffs bestreitet, auch einen moralphilosophischen Einwand geltend. Bezeichnen kann man diesen Einwand als *Relativismusargument*.³² Das Relativismusargument verbindet den Rechtspositivismus mit einem *ethischen Nonkognitivismus*.³³ Nach der nonkognitivistischen Auffassung beruht die Geltung einer Norm nicht auf Erkenntnis, sondern erfordert eine wertende Entscheidung. Eine solche wertende Entscheidung ist abhängig von individuellen Präferenzen, d.h. sie basiert auf kontingenten Umständen. Die Geltung moralischer Normen läßt sich nach diesem Verständnis nicht objektiv begründen, sondern immer nur relativ zu den zugrundeliegenden wertenden Stellungnahmen, Einstellungen und

³⁰ Vgl. ALEXY (1992), S. 93.

³¹ Diese Gleichsetzung von moralischem Objektivismus und moralischem Kognitivismus ist zwar nicht begriffsnotwendig, da es denkbar ist, auf der *ontologischen Ebene* die Objektivität moralischer Normen zu bejahen, auf der *epistemologischen Ebene* dagegen ihre Erkennbarkeit zu verneinen. Faktisch bejahen aber moralische Objektivisten i.d.R. zugleich die prinzipielle Fähigkeit des Menschen, das moralisch Richtige und Falsche auch zu erkennen.

³² Vgl. dazu auch KOLLER (1997), S. 34 ff.

³³ Nicht alle Rechtspositivisten sind allerdings ethische Nonkognitivisten. Eine Ausnahme ist z.B. der Rechtsphilosoph John Austin, der eine objektive Begründung moralischer Prinzipien für möglich hält. Diese objektiven Prinzipien sieht Austin aber als Teil einer *Rechtsethik*, d.h. der Lehre, wie das Recht sein soll, die von der *Rechtswissenschaft*, d.h. der Lehre, wie das Recht tatsächlich ist, strikt zu trennen sei. Vgl. J. AUSTIN (1832). Der ethische Nonkognitivismus ist damit keine notwendige Bedingung eines rechtspositivistischen Standpunktes. So auch HOERSTER (1989a), S. 14 f.

Interessen.³⁴ Danach existiert kein objektives Kriterium zur Beurteilung der moralischen Richtigkeit oder Falschheit einer Norm. Beispielhaft für eine solche wertrelativistische Position ist der Standpunkt Max Webers:

„Die Unmöglichkeit ‘wissenschaftlicher’ Vertretung von praktischen Stellungnahmen – außer im Falle der Erörterung der Mittel für einen als fest gegeben vorausgesetzten Zweck – folgt aus weit tiefer liegenden Gründen. Sie ist prinzipiell deshalb sinnlos, weil die verschiedenen Wertordnungen der Welt in unlöslichem Kampf untereinander stehen.“³⁵

Die Annahme der Naturrechtslehren, über objektive Kriterien zur Beurteilung der moralischen Richtigkeit oder Falschheit einer Norm zu verfügen, stellt aus der Sicht wertrelativistischer Auffassungen eine Illusion dar und ist abzulehnen.³⁶ Zur *empirischen Bestätigung* seiner These von der Relativität moralischer Wertmaßstäbe verweist der moralphilosophische Nonkognitivismus auch auf die vielfältigen, bisweilen sogar inkommensurablen Moralvorstellungen, die den verschiedenen Naturrechtslehren zugrunde liegen. So merkt Kelsen an:

„Daß die Naturrechtslehre *kein* sicheres Kriterium für die Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit einer positiven Rechtsordnung liefert, zeigt ihre Geschichte. Sobald die Naturrechtslehre daran geht, den Inhalt der der Natur immanenten, aus der Natur deduzierten Normen zu bestimmen, gerät sie in die schärfsten Gegensätze. Ihre Vertreter haben nicht *ein* Naturrecht, sondern mehrere sehr verschiedene und einander widersprechende Naturrechte proklamiert.“³⁷

Festzuhalten ist somit, daß die naturrechtliche Auffassung einen moralphilosophischen Objektivismus voraussetzt. Der Rechtspositivismus kann dagegen zwei Einwände geltend machen. Mit dem Unerheblichkeitseinwand behauptet er, die Möglichkeit einer kognitivistischen Moralbegründung sei ohne Bedeutung für die Bestimmung des Rechtsbegriffs. Das Relativismusargument bestreitet, daß moralische und rechtliche Normen objektiv begründbar sind.

³⁴ Die Ablehnung eines moralphilosophischen Objektivismus führt dabei nicht zu einer Ablehnung jeglicher rationaler Begründung von Normen, wie einige Objektivisten behaupten. Vgl. dazu Kapitel 5 dieser Arbeit.

³⁵ WEBER (1919), S. 603. Aus der Akzeptanz einer wertrelativistischen Position folgt jedoch, anders als Weber meint, nicht die Kritikimmunität letzter Wertentscheidungen. Die Unmöglichkeit einer Reduktion von Wertentscheidungen auf Erkenntnisse impliziert nicht, daß sie rationaler Kritik nicht zugänglich sind. Vgl. dazu ALBERT (1975b), S. 67 ff; DERS. (1991), S. 81 ff.

³⁶ MACKIE (1977); S. 232 ff; KELSEN (1960), S. 65 ff.

³⁷ KELSEN (1968a), S. 828. Vgl. zu Kelsens Wertrelativismus auch H. DREIER (1990), S. 160 ff.

II. Die Diskurstheorie als Rekonstruktion des klassischen Vernunftrechts

Ordnet man das diskurstheoretische Begründungsprogramm in den Diskussionszusammenhang der Naturrecht/Positivismus-Debatte ein, kann die Diskurstheorie des Rechts als die zur Zeit anspruchsvollste Version einer nichtpositivistischen Rechtstheorie bezeichnet werden. Durch eine komplexe Verknüpfung von Handlungs- und Gesellschaftstheorie, Moralphilosophie, Argumentationstheorie und Rechtsphilosophie wollen die Diskurstheoretiker die notwendige moralische Qualität des Rechts belegen. Sie erheben damit den Anspruch, eine „Rekonstruktion von Teilen des klassischen Vernunftrechts im Rahmen einer Diskurstheorie des Rechts“ durchzuführen.³⁸ Es soll gezeigt werden, daß zur Klassifikation einer Norm als geltendes Recht nicht nur auf die Merkmale der ordnungsgemäßen Setzung und der Wirksamkeit abzustellen ist, sondern auch ein Merkmal der *Legitimität* berücksichtigt werden muß.

„Die Rechtsgültigkeit einer Norm – und darin besteht ihr Witz – besagt nun, daß *beides zugleich* garantiert ist: sowohl die Legalität des Verhaltens im Sinne einer durchschnittlichen Normbefolgung, die erforderlichenfalls durch Sanktionen erzwungen wird, wie auch die Legitimität der Regel selbst, die eine Befolgung der Norm aus Achtung vor dem Gesetz jederzeit möglich macht.

... Aus dieser Analyse des Geltungsmodus des zwingenden Rechts ergeben sich mithin Konsequenzen für die Rechtssetzung: auch das positive Recht muß legitim sein.“³⁹

Die Legitimität einer Norm bestimmt sich für die Diskurstheorie nach ihrer inhaltlichen, prozedural zu ermittelnden Richtigkeit. Dabei umfaßt der Begriff der Legitimität auch das Merkmal der moralischen Richtigkeit.⁴⁰ Dem positiven Recht sei daher ein Bezug zur Moral eingeschrieben,⁴¹ der den positivistischen Rechtsbegriff sprengt. Mit dem Nachweis der hier behaupteten Verbindung von Recht und Moral soll zugleich das positivistische Unerheblichkeitsargument widerlegt werden. Das Relativismusargument

³⁸ HABERMAS (1994), S. 10. Zur rekonstruktiven Methode vgl. HABERMAS (1984a); DERS. (1976), S. 363 ff.

³⁹ HABERMAS (1994), S. 49.

⁴⁰ Für Alexy sind die Begriffe der Legitimität und der Richtigkeit offenbar synonym, so daß er nur den letzteren verwendet; vgl. ALEXY (1992), S. 64. Habermas hingegen definiert den Begriff der Richtigkeit als moralische Gerechtigkeit und grenzt davon den seiner Ansicht nach komplexeren Anspruch von Rechtsnormen auf Legitimität ab, der nicht nur durch moralische, sondern auch durch ethisch-politische und pragmatische Gründe eingelöst werden könne; vgl. HABERMAS (1994), S. 667. Zu diesem breiteren Spektrum von Gründen vgl. im einzelnen HABERMAS (1991b).

⁴¹ HABERMAS (1994), S. 137; ALEXY (1992), S. 69 f.