

Robert Alexy

Begriff und Geltung des Rechts

Verlag Karl Alber Freiburg / München



MIX
Papier aus verantwortungsvollen Quellen
FSC® C083411

3. Auflage der Studienausgabe 2011
(= 5. Auflage)

© VERLAG KARL ALBER
in der Verlag Herder GmbH, Freiburg im Breisgau 1992
Alle Rechte vorbehalten
www.verlag-alber.de

Druck und Bindung: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISBN 978-3-495-48063-2

Vorwort

Dieses Buch ist im Rahmen eines zusammen mit Ralf Dreier betriebenen Unternehmens, das auf eine knappe Gesamtdarstellung der Rechts-
theorie zielt, während eines Forschungssemesters entstanden. Da es vom Umfang her weit über den eines Kapitels des geplanten Gemeinschaftswerkes hinausgewachsen ist, entschied ich mich für eine separate Publikation. Für die Anregung hierzu danke ich Ernesto Garzón Valdés und Meinolf Wewel. Mein besonderer Dank gilt Ralf Dreier. Sein über viele Jahre wirkender Einfluß ist überall erkennbar. Die Verantwortung für Irrtümer trage ich allerdings allein. Zu danken habe ich ferner Frau Heinke Dietmair für ihre unermüdliche Geduld und Sorgfalt bei der Erstellung der Druckvorlage sowie den Herren Martin Borowski, Carsten Heidemann und Marius Raabe für die Mithilfe beim Lesen der Korrekturen.

Kiel, im Januar 1992

Robert Alexy

Inhalt

1. Kapitel

Das Problem des Rechtspositivismus 13

- I. Die Grundpositionen 15
- II. Die praktische Bedeutung des Streits um den Rechtspositivismus 18
 - 1. Gesetzliches Unrecht 18
 - 2. Rechtsfortbildung 22

2. Kapitel

Der Begriff des Rechts 27

- I. Hauptelemente 29
- II. Positivistische Rechtsbegriffe 31
 - 1. Primär wirksamkeitsorientierte Rechtsbegriffe 31
 - 1.1. Äußerer Aspekt 32
 - 1.2. Innerer Aspekt 33
 - 2. Primär setzungsorientierte Rechtsbegriffe 34
- III. Kritik der positivistischen Rechtsbegriffe 39
 - 1. Trennungs- und Verbindungsthese 39
 - 2. Ein begrifflicher Rahmen 44

- 2.1. Geltungsfreie und nicht geltungsfreie Rechtsbegriffe 44
- 2.2. Rechtssysteme als Normensysteme und als Systeme von Prozeduren 46
- 2.3. Beobachter- und Teilnehmerperspektive 47
- 2.4. Klassifizierende und qualifizierende Zusammenhänge 48
- 2.5. Kombinationen 49
- 3. Die Beobachterperspektive 51
- 3.1. Einzelne Normen 52
- 3.2. Rechtssysteme 57
- 4. Die Teilnehmerperspektive 63
- 4.1. Das Richtigkeitsargument 64
- 4.2. Das Unrechtsargument 70
- 4.2.1. Einzelne Normen 71
- 4.2.1.1. Das Sprachargument 72
- 4.2.1.2. Das Klarheitsargument 75
- 4.2.1.3. Das Effektivitätsargument 80
- 4.2.1.4. Das Rechtssicherheitsargument 90
- 4.2.1.5. Das Relativismusargument 92
- 4.2.1.6. Das Demokratieargument 97
- 4.2.1.7. Das Unnötigkeitsargument 98
- 4.2.1.8. Das Redlichkeitsargument 101
- 4.2.1.9. Ergebnis 106
- 4.2.2. Rechtssysteme 108
- 4.2.2.1. Die Ausstrahlungsthese 110
- 4.2.2.2. Die Zusammenbruchsthese 113
- 4.3. Das Prinzipienargument 117

- 4.3.1. Die Inkorporationsthese 121
- 4.3.2. Die Moralthese 126
- 4.3.3. Die Richtigkeitsthese 129

3. Kapitel

Die Geltung des Rechts 137

- I. Geltungsbegriffe 139
 - 1. Der soziologische Geltungsbegriff 139
 - 2. Der ethische Geltungsbegriff 141
 - 3. Der juristische Geltungsbegriff 142
- II. Geltungskollisionen 144
 - 1. Rechtliche und soziale Geltung 144
 - 1.1. Normensysteme 144
 - 1.2. Einzelne Normen 147
 - 2. Rechtliche und moralische Geltung 148
 - 2.1. Normensysteme 148
 - 2.2. Einzelne Normen 151
- III. Grundnorm 154
 - 1. Die analytische Grundnorm (Kelsen) 155
 - 1.1. Der Begriff der Grundnorm 155
 - 1.2. Die Notwendigkeit einer Grundnorm 159
 - 1.3. Die Möglichkeit einer Grundnorm 165

- 1.4. Der Inhalt der Grundnorm 169
- 1.5. Status und Aufgaben der Grundnorm 170
 - 1.5.1. Aufgaben 170
 - 1.5.1.1. Kategorientransformation 170
 - 1.5.1.2. Kriterienfestlegung 171
 - 1.5.1.3. Einheitsstiftung 172
 - 1.5.2. Status 173
 - 1.5.2.1. Notwendige Voraussetzung 174
 - 1.5.2.2. Mögliche Voraussetzung 175
 - 1.5.2.3. Gedachte Norm 177
 - 1.5.2.4. Begründungsunfähigkeit 182
- 2. Die normative Grundnorm (Kant) 186
- 3. Die empirische Grundnorm (Hart) 194

4. Kapitel

Definition 199

Literaturverzeichnis 207

Personenregister 214

1. Kapitel

Das Problem des Rechtspositivismus

I. Die Grundpositionen

Das Hauptproblem im Streit um den Rechtsbegriff ist das Verhältnis von Recht und Moral. Trotz einer mehr als zweitausendjährigen Diskussion¹ stehen sich nach wie vor zwei Grundpositionen gegenüber: die positivistische und die nichtpositivistische.

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. Der große Rechtspositivist Hans Kelsen hat dies in die Formel

¹ So werden, um nur ein Beispiel zu nennen, auf die von Xenophon berichtete Frage des Alkibiades an Perikles: "Also auch, wenn ein Tyrann sich des Staates bemächtigt und den Bürgern vorschreibt, was sie tun sollen, auch das ist ein Gesetz?" (Xenophon 1917: 16) bis heute, wenn man unter "Gesetz" ein rechtlich geltendes Gesetz versteht, unterschiedliche Antworten gegeben.

gefaßt: "Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein."²

Dem positivistischen Rechtsbegriff bleiben damit nur zwei Definitionselemente: das der ordnungsgemäßen oder der autoritativen³ Gesetztheit und das der sozialen Wirksamkeit. Die zahlreichen Varianten des Rechtspositivismus⁴ resultieren aus unterschiedlichen Interpretationen und Gewichtungen dieser beiden Definitionselemente.⁵ Ihnen allen gemeinsam ist, daß

² Kelsen 1960: 201.

³ Die Ausdrücke "ordnungsgemäße" und "autoritative Gesetztheit" können synonym oder nicht synonym verwendet werden. Sie werden synonym verwendet, wenn sie sich gleichermaßen auf Normen beziehen, die die Kompetenz zur Normsetzung statuieren, also sagen, wer auf welche Weise zur Normsetzung befugt ist. Diese Normen begründen dann, indem sie die Kriterien für die ordnungsgemäße Gesetztheit festlegen, die Normsetzungsautorität. Was ordnungsgemäß gesetzt ist, ist unter dieser Voraussetzung autoritativ gesetzt, und umgekehrt. Nicht synonym werden die beiden Ausdrücke demgegenüber gebraucht, wenn nur der Ausdruck "ordnungsgemäße Gesetztheit" auf Kompetenznormen bezogen wird, der Ausdruck "autoritative Gesetztheit" demgegenüber nur oder auch auf die faktische Macht zur Normsetzung. Es soll hier ausreichen, auf diese Bedeutungsvarianten hinzuweisen. Da der Faktor der Macht als Aspekt der Effektivität der sozialen Wirksamkeit zugeordnet werden kann, sollen im folgenden die beiden Ausdrücke synonym verwendet werden. Zumeist wird nur von "ordnungsgemäßer Gesetztheit" die Rede sein.

⁴ Vgl. hierzu Ott 1976: 33-98.

⁵ Vgl. R. Dreier 1991: 96.

das, was Recht ist, ausschließlich davon abhängt, was gesetzt und/oder wirksam ist. Eine wie auch immer beschaffene inhaltliche Richtigkeit spielt keine Rolle.

Alle nichtpositivistischen Theorien vertreten demgegenüber die *Verbindungsthese*. Diese sagt, daß der Begriff des Rechts so zu definieren ist, daß er moralische Elemente enthält. Dabei schließt kein ernstzunehmender Nichtpositivist die Elemente der ordnungsgemäßen Gesetztheit und der sozialen Wirksamkeit aus dem Rechtsbegriff aus. Was ihn vom Positivisten unterscheidet, ist vielmehr die Auffassung, daß der Begriff des Rechts so zu definieren ist, daß er neben diesen Merkmalen, die auf Tatsachen abstellen, auch moralische Elemente einschließt. Wiederum sind die unterschiedlichsten Interpretationen und Gewichtungen möglich.

II. Die praktische Bedeutung des Streits um den Rechtspositivismus

Der Streit um den Rechtsbegriff ist ein Streit darüber, was Recht ist. Jeder Jurist hat hierüber eine mehr oder weniger klare Vorstellung, die in seiner Praxis zum Ausdruck kommt. Der der juristischen Praxis zugrundeliegende Rechtsbegriff wird im allgemeinen als selbstverständlich vorausgesetzt, und es wird in gewöhnlichen Fällen, selbst wenn ihre Lösung zweifelhaft ist, als überflüssig angesehen, Überlegungen zum Rechtsbegriff anzustellen. Anders ist die Sache in ungewöhnlichen Fällen. In ihnen tritt der hinter jeder juristischen Praxis stehende Rechtsbegriff zu Tage und wird zu einem drängenden Problem. Das sei anhand von zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts verdeutlicht.

1. Gesetzliches Unrecht

In der ersten Entscheidung, dem Staatsangehörigkeitsbeschuß aus dem Jahre 1968, geht es um das Problem gesetzlichen Unrechts. § 2 der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom

25. November 1941 (RGBl. I S. 722) entzog emigrierten Juden aus rassistischen Gründen die deutsche Staatsangehörigkeit. Das Bundesverfassungsgericht hatte zu entscheiden, ob ein jüdischer Rechtsanwalt, der kurz vor dem Zweiten Weltkrieg nach Amsterdam emigrierte, nach dieser Vorschrift die deutsche Staatsangehörigkeit verloren hat. Der Rechtsanwalt war 1942 von Amsterdam aus deportiert worden. Über sein weiteres Schicksal war nichts bekannt. Es war daher zu vermuten, daß er ums Leben gekommen ist, was bedeutet, daß die Möglichkeit, gemäß Art. 116 Abs. 2 GG die deutsche Staatsangehörigkeit wiederzuerlangen, auszuscheiden hatte.

Das Bundesverfassungsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß der Rechtsanwalt seine deutsche Staatsangehörigkeit nie verloren hat, weil die 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz von Anfang an nichtig war. Seine Begründung lautet:

"Recht und Gerechtigkeit stehen nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Die Vorstellung, daß ein 'Verfassungsgeber alles nach seinem Willen ordnen kann, würde einen Rückfall in die Geisteshaltung eines wertungsfreien Gesetzespositivismus bedeuten, wie sie in der juristischen Wissenschaft und Praxis seit längerem überwunden ist. Gerade die Zeit des nationalsozialistischen Regimes in Deutschland hat gelehrt, daß auch der Gesetzgeber Unrecht setzen kann' (BVerfGE 3, 225 (232)). Daher hat das

Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit bejaht, nationalsozialistischen 'Rechts'-Vorschriften die Geltung als Recht abzuerkennen, weil sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde (BVerfGE 3, 58 (119); 6, 132 (198)).

Die 11. Verordnung verstieß gegen diese fundamentalen Prinzipien. In ihr hat der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß sie von Anfang an als nichtig erachtet werden muß (vgl. BGH, RzW 1962, 563; BGHZ 9, 34 (44); 10, 340 (342); 16, 350 (354); 26, 91 (93)). Sie ist auch nicht dadurch wirksam geworden, daß sie über einige Jahre hin praktiziert worden ist oder daß sich einige der von der 'Ausbürgerung' Betroffenen seinerzeit mit den nationalsozialistischen Maßnahmen im Einzelfall abgefunden oder gar einverstanden erklärt haben. Denn einmal gesetztes Unrecht, das offenbar gegen konstituierende Grundsätze des Rechts verstößt, wird nicht dadurch zu Recht, daß es angewendet und befolgt wird."⁶

Das ist ein klassisches nichtpositivistisches Argument. Einer ordnungsgemäß gesetzten und während ihrer Geltungsdauer sozial wirksamen Norm wird die Geltung oder — die Entscheidung ist hier nicht eindeutig — der Rechtscha-

⁶ BVerfGE 23, 98 (106).

rakter abgesprochen, weil sie gegen überpositives Recht verstößt.

Man kann fragen, ob dieses Argument im Staatsangehörigkeitsbeschluß überhaupt erforderlich war. Das Gericht hätte versuchen können, sein Ergebnis ausschließlich damit zu begründen, daß die *heutige* Anerkennung der Rechtswirksamkeit der Ausbürgerung gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie gegen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG verstößt. Diese Möglichkeit mindert zwar für den im Staatsangehörigkeitsbeschluß entschiedenen Fall das Gewicht des nichtpositivistischen Arguments, nicht aber seine allgemeine Bedeutung. Nicht in jeder Situation, in der die rechtlichen Folgen eines Unrechtsregimes zu beurteilen sind, gilt eine Verfassung wie die des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland. Zudem gibt es Fälle, in denen es darauf ankommt, ob eine Norm von Anfang an nichtig war, was eine spätere Verfassung nicht bewirken kann. Man denke etwa an ordnungsgemäß gesetzte und sozial wirksame Normen eines Unrechtsregimes, die menschenrechtswidrige Verfolgungsmaßnahmen gebieten oder erlauben.⁷ Die Frage, ob diejenigen, die gemäß diesen Normen gehandelt haben, nach Niederwerfung des Unrechtsregimes bestraft werden können, hängt, wenn kein rückwirkendes Gesetz erlassen wird,

⁷ Vgl. etwa BGHSt 2, 173 (174 ff.).

wesentlich davon ab, ob diese Normen von Anfang an nichtig waren oder nicht.

2. Rechtsfortbildung

In der zweiten Entscheidung, dem Rechtsfortbildungsbeschuß aus dem Jahre 1973, geht es um die Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung gegen den Wortlaut eines Gesetzes, also um die Zulässigkeit einer *contra-legem*-Entscheidung. Nach § 253 BGB ist eine Entschädigung in Geld für immaterielle Schäden außer in den eng umgrenzten gesetzlich vorgesehenen Fällen ausgeschlossen. Der Bundesgerichtshof hat sich an diese Regelung nicht gehalten. Seit dem Jahre 1958 hat er in zahlreichen Fällen Entschädigung in Geld bei schweren Verletzungen des Persönlichkeitsrechts zugesprochen. Im zu entscheidenden Fall ging es darum, daß eine Wochenzeitschrift ein frei erfundenes Interview über private Angelegenheiten veröffentlicht hatte, welches die geschiedene Ehefrau des letzten Schahs von Iran, Prinzessin Soraya, gewährt haben sollte. Der Bundesgerichtshof sprach Prinzessin Soraya einen Schadensersatz in Höhe von 15 000 DM zu. Das widersprach dem Wortlaut des § 253 BGB, der Ersatz für immaterielle Schäden "nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen" zuläßt. Der Fall der Prinzessin Soraya gehörte eindeutig nicht zu