

JAN-REINARD SIECKMANN

Rechts-
philosophie

Mohr Siebeck



Jan-Reinard Sieckmann
Rechtsphilosophie



Jan-Reinard Sieckmann

Rechtsphilosophie

Mohr Siebeck

Jan-Reinard Sieckmann, geboren 1960; Studium der Rechtswissenschaft und der Philosophie an der Universität Göttingen; 1988 Promotion (Göttingen); 1997 Habilitation (Kiel); Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bamberg (1998–2008) und an der FAU Erlangen-Nürnberg (seit 2009); 2007–2012 DAAD-Langzeitdozent an der Rechtsfakultät der Universität Buenos Aires; seit 2016 Professor für Rechtstheorie und Rechtsphilosophie an der FAU Erlangen-Nürnberg.

ISBN 978-3-16-155901-3 / eISBN 978-3-16-156185-6
DOI 10.1628 / 978-3-16-156185-6

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Times New Roman gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Im Gedenken an Ralf Dreier

Vorwort

Rechtsphilosophie ist die philosophische Reflexion über das Phänomen Recht. Sie ist aber nicht nur Reflexion, sondern auch ein notwendiges Instrument zur Lösung juristischer Probleme. Die Konzeption der Rechtsphilosophie, die hier entwickelt werden soll, wird durchaus auch als ein Instrument der Problemlösung verstanden. Dementsprechend sollen juristische Probleme behandelt werden, die die Auseinandersetzung mit rechtsphilosophischen Theorien erfordern. Es geht also um Themen der Rechtsphilosophie, die notwendiger Gegenstand der Rechtswissenschaft sind und damit auch Teil einer rechtswissenschaftlichen Ausbildung sein müssen. Nicht in Frage gestellt wird, dass rechtsphilosophische Reflexion als Selbstzweck und aus reinem Erkenntniserkenntnis betrieben werden kann. Die hier verfolgte Konzeption der Rechtsphilosophie zielt jedoch darauf, rechtsphilosophische Themen herauszuarbeiten, die in einer Rechtsdogmatik mit wissenschaftlichem Anspruch nicht ignoriert werden können.

Diese Themen sind die Funktion des Rechts als Instrument rationaler Konfliktentscheidung, die Abwägung normativer Argumente als Methode rationaler Konfliktlösung und die Frage nach Prinzipien oder Strukturen, die abwägungsfeste Fundamente des Rechts bilden könnten. Rechtsnormen dienen der Konfliktentscheidung, sind als solche aber begründungsbedürftig. Dies gilt sowohl für bereits gesetzte Normen als auch für Normen, die – in offenen oder schwierigen Fällen – erst noch festzusetzen sind. Dort, wo Konfliktlösungen nicht mehr durch systematische Analyse des gegebenen Rechtsmaterials gefunden werden können, hat die Rechtsphilosophie ihren praktischen Anwendungsbereich. Sie ist damit auf das Instrument der Abwägung angewiesen. Die Möglichkeiten und Grenzen rechtswissenschaftlicher Erkenntnis in solchen Konfliktbereichen hängen davon ab, inwiefern Abwägungsurteile objektiv begründbar sind. Es ist daher unumgänglich, deren Rationalitätspotential soweit wie möglich zu entwickeln. Zugleich ist fraglich, inwieweit rechtswissenschaftliche Aussagen unabhängig von Abwägungen begründet und damit Gehalte des Rechts festgestellt werden können, die dem Einwand mangelnder Objektivität von vornherein nicht ausgesetzt sind.

Die skizzierten Themen werden hier auf der Grundlage einer Konzeption der Autonomie als Selbstgesetzgebung behandelt. Mit dieser Konzeption soll dargelegt werden, wie rationale Normbegründung in Situationen normativer Konflikte möglich ist. Ihr Kern ist die Interpretation moralischer Autonomie als Abwägung normativer Argumente. Normbegründung ist dann auf zwei Weisen möglich. Die Anerkennung bestimmter Normen kann notwendige Bedingung der Möglichkeit einer Normbegründung sein, oder eine Norm kann als das Ergebnis von Prozessen intersubjektiver Reflexion auf der Grundlage autonomer Abwägungen begründet werden.

Der Ansatz der Begründung des Rechts aufgrund der Idee moralischer Autonomie ist in verschiedenen Arbeiten bereits entwickelt worden, allerdings zunächst in analytischer Hinsicht im Hinblick auf die Konzeption moralischer Autonomie (*The Logic of Autonomy*, 2012) und auf die „Prinzipientheorie“ des Rechts (*Recht als normatives System*, 2009). In der hier vorgelegten „Rechtsphilosophie“ soll es demgegenüber auch um die normative Frage gehen, wie rechtliche Probleme objektiv, d.h. mit dem Anspruch auf rationale Notwendigkeit, beantwortet werden sollten. Es werden daher nicht nur Begriffe und Strukturen analysiert, sondern auch, allerdings punktuell und exemplarisch, normative Positionen vertreten. Damit sollen Relevanz und Nutzen der Konzeption autonom begründeten Rechts auch für praktische juristische Fragestellungen belegt werden.

Danken möchte ich den Teilnehmern meines Forschungsseminars für die kritische Diskussion mancher Entwürfe zu dieser Arbeit, vor allem aber meinen rechtsphilosophischen Lehrern, Ralf Dreier und Robert Alexy, deren Einfluss auf diese Arbeit größer ist als im Text selbst zum Ausdruck kommt. Ralf Dreier hat das Erscheinen dieses Buchs nicht mehr erlebt. Ihm ist dieses Buch gewidmet.

Erlangen, im Januar 2018

Jan-Reinard Sieckmann

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung	1
A. Recht und Autonomie	3
B. Der Begriff des Rechts	5
C. Normativität des Rechts	9
I. Konzeptionen der Normativität	10
II. Deskriptive und normative Rechtsbegriffe	11
III. Deskriptive und normative Theorien des Rechts	15
IV. Recht, wie es ist, und Recht, wie es sein sollte	17
D. Beobachter- und Teilnehmerperspektive	19
I. Interner und externer Standpunkt	19
II. Juristische Perspektive	21
E. Fazit	22

1. Teil:

Konflikte im Recht

§ 2 Rechtsbegriff und Rechtsgeltung	25
A. Das Problem ungerechten Rechts	26
B. Naturrecht und Rechtspositivismus	28
I. Trennungs- und Verbindungsthese	28
II. Moralische Richtigkeit als Kriterium der Rechtsgeltung	32
C. Die „Radbruchsche Formel“	33
D. Die Anwendung der Radbruchschen Formel auf die „Mauerschützen“	35
I. Voraussetzung eines normativen Rechtsbegriffs	35
II. Grenzen der Geltung positiven Rechts	37

III. Das Problem der Objektivität der Abwägung zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit	41
IV. Das Problem der Rückwirkung	43
E. Fazit	46
§ 3 Recht und Moral	48
A. Verbindlichkeit des Rechts, ziviler Ungehorsam und Widerstandsrecht	48
B. Die Pflicht zur Befolgung des Rechts	49
I. Die Verbindlichkeit des positiven Rechts	50
II. Direkte Begründungen	51
1. Immanuel Kant: Vernunftrechtliche Begründung ...	53
2. Hans Kelsen: Positivistische Normativität	58
3. H.L.A. Hart: Soziale Normativität	59
4. Zur Reichweite direkter Begründungen	60
III. Indirekte Begründungen	61
IV. Systematisierung der Begründungsansätze	64
C. Konflikte zwischen Recht und Moral	68
I. Das Problem der Anarchie	68
II. Das Problem des Widerstandsrechts	69
III. Das Problem des zivilen Ungehorsams	71
1. Moralische Rechtfertigung	72
2. Rechtliche Rechtfertigung	73
D. Fazit	75
§ 4 Rechtssysteme im Konflikt	77
A. Unionsrecht und nationales Verfassungsrecht	78
B. Relationen zwischen Rechtssystemen	81
I. Rechtssysteme als Normensysteme	81
II. Systemische rechtliche Geltung	82
III. Intrasystemische Relationen im Recht	84
IV. Intersystemische Relationen im Recht	86
1. Intersystemische Forderungen	86
2. Validierung und Inkorporation	86
3. Konfliktlösungsregelungen	88
V. Autonomie von Rechtssystemen	89

C. Zum Anwendungsvorrang des EU-Rechts	91
D. Fazit	96
§ 5 Konflikte von Rechtsnormen:	
Regeln und Prinzipien	98
A. Die Konstruktion des Rechts auf allgemeine Handlungsfreiheit	99
B. Zur Diskussion um Regeln und Prinzipien	101
I. Dworkins Unterscheidung von Regeln und Prinzipien	101
II. Das Problem der Konstruktion von Abwägungsbegründungen	103
1. Die Frage nach der Begründungsrelation	104
2. Inferentielle Begründungsrelationen	105
3. Die Konzeption einer normativen Begründungs- relation	110
C. Prinzipien als normative Argumente	111
I. Die Reiterationsthese	113
1. Argumente für die Reiterationsthese	115
2. Einwände	118
II. Die Nicht-Propositionalitätsthese	119
D. Fazit	121

2. Teil:

Die Methode der Abwägung

§ 6 Normkonflikte und Abwägungen	125
A. Zur Konzeption von Normkonflikten	125
I. Zur Definition von Normkonflikten	125
II. Kontradiktion und Kontrarität	126
III. Prinzipienkollisionen und Regelkonflikte	128
B. Struktur der Abwägung	130
I. Das Grundscheema der Abwägung	132
II. Optimierung als Abwägungsziel	136
1. Elemente der Optimierung	136
2. Faktische Optimalität	138

3. Relative Gewichtungen	139
4. Normative Optimalität	141
C. Abwägungsvarianten	144
I. Komparative und optimierende Abwägung	144
II. Formulierung der abzuwägenden Prinzipien	147
III. Kumulation von Prinzipien	148
D. Fazit	150
§ 7 Abwägungsbegründungen	152
A. Elemente der Abwägungsbegründung	152
B. Begründungsstrukturen	155
I. Abwägungsfaktoren und Bewertungsfunktionen	155
1. Konzeptualisierungen der Abwägung	156
2. Operative und rekonstruktive Abwägungs- begründungen	158
II. Erfüllungs- und Beeinträchtigungsgrade	161
III. Relative Gewichte	163
IV. Relative Gewichte im konkreten Fall	165
V. Bewertungsfunktionen und autonome Abwägung	166
1. Die Bestimmung abstrakter relativer Gewichte	167
2. Die Wahl einer Bewertungsfunktion	169
VI. Alternativen	172
C. Abwägungsergebnisse	175
I. Positive und negative Abwägungsurteile	177
II. Vorrangregeln	177
III. Abwägungskritik	179
IV. Kriterien formaler Korrektheit	179
1. Konsistenz- und Kohärenzforderungen	180
2. Komparative Kriterien und Abwägungsgesetze	180
D. Die Objektivität der Abwägung	181
I. Normative Objektivität	182
II. Die Kritisierbarkeit von Abwägungsurteilen	183
III. Intersubjektive Reflexion und vernünftige Konvergenz	184
E. Fazit	186

§ 8 Abwägungskompetenzen	188
A. Zur Rolle formeller Prinzipien im Recht	188
B. Gerichtliche Kontrollkompetenzen	190
I. Abwägung als Rechtsanwendung	190
II. Die Anerkennung von Spielräumen anderer Organe ..	193
C. Die Konzeption formeller Prinzipien	196
I. Der Begriff formeller Prinzipien	196
II. Der Anwendungsbereich formeller Prinzipien	197
III. Formelle Prinzipien bei der Konstruktion von Abwägungsspielräumen	200
1. Einstufige Konstruktion	200
2. Zweistufige Konstruktion	202
D. Das Modell konkurrierender Rechtskonzeptionen	203
I. Grundstruktur	204
II. Kriterien der Abwägung formeller Prinzipien	206
1. Anwendung allgemeiner Abwägungskriterien	207
2. Besonderheiten der Abwägung formeller Prinzipien	208
3. Das Problem der Begründung formeller Prinzipien .	209
4. Zur Rolle materieller Belange in der Abwägung formeller Prinzipien	210
III. Die Abgrenzung von Entscheidungskompetenzen	211
E. Fazit	212

3. Teil:

Rechte und Rechtsprinzipien

§ 9 Autonomie	217
A. Individuelle Autonomie und Autorität des Rechts	218
B. Die Idee der Autonomie	220
C. Autonomie als Selbstgesetzgebung	221
I. Die Struktur moralischer Autonomie	221
1. Autonomie als Notwendigkeit der Zustimmung	221
2. Autonomie als Geltungsbegründung durch Zustimmung	222
3. Autonomie als Abwägung normativer Argumente ..	223

II.	Zur Möglichkeit autonomer Normbegründung	224
1.	Interessen und normative Argumente	225
2.	Individuelle normative Konzeptionen	226
3.	Intersubjektiv verbindliche Normen	228
a)	Autonomie, Diskurs und Konsens	229
b)	Vernünftige Konvergenz	230
c)	Die Normativität vernünftiger Konvergenz	231
d)	Objektiv gerechtfertigte Behauptung der Verbindlichkeit	233
4.	Diskurse und autoritative Entscheidungen	233
III.	Autonomierechte	234
D.	Autonomie als Selbstbestimmung	237
I.	Die Konzeption persönlicher Autonomie	238
II.	Das Recht zu persönlicher Autonomie	240
E.	Zum Verhältnis von Selbstgesetzgebung und Selbstbestimmung	242
F.	Fazit	243
§ 10	Menschenrechte	245
A.	Universalismus oder Imperialismus der Menschenrechte? ...	246
B.	Die Idee der Menschenrechte	247
C.	Zum Problem der Begründung von Menschenrechten	250
I.	Menschenrechte und Menschenwürde	251
II.	Menschenrechte und Autonomie	251
D.	Strukturen von Menschenrechten	253
I.	Inhaber, Adressaten und Gegenstände von Menschenrechten	253
1.	Inhaber	254
2.	Adressaten	254
3.	Gegenstände	255
II.	Einfache und exklusionäre Menschenrechtsprinzipien	257
III.	Fundamentalität von Menschenrechten	258
E.	Systematik von Menschenrechten	260
I.	Allgemeine Menschenrechte	260
1.	Integrität	261
2.	Gleichheit	261
3.	Allgemeine Handlungsfreiheit	262

II. Spezifische Menschenrechte	263
III. Institutionelle Voraussetzungen der Realisierung von Autonomierechten	264
F. Relativismus und Menschenrechte	266
G. Fazit	268
§ 11 Grundrechte	270
A. Die Transformationsthese	271
I. Zur Struktur der Transformation	272
1. Direkte und indirekte Transformation	272
2. Definitive und prinzipielle Gebotenheit der Transformation	273
II. Die Institutionalisierungsforderung	274
B. Der Prinzipiencharakter der Grundrechte	274
I. Die moralische Geltung von Prinzipien	276
II. Die rechtliche Geltung von Prinzipien	277
III. Die prinzipielle verfassungsrechtliche Geltung von Menschenrechten	279
1. Verfassungskonzeptionen	280
2. Die Geltung von Prinzipien im Modell der Verfassungsbindung	281
3. Die Geltung von Prinzipien im Modell des Vorrangs der Verfassung	282
C. Definitive Grundrechtsgeltung	283
D. Der Sonderstatus von Grundrechten in der Abwägung	285
I. Zur Rolle individueller Rechte in der Abwägung	286
II. Grundrechte als prinzipiell immune Rechte	287
1. Zur Begründung prinzipiell immuner Rechte	288
a) Normbegründung und individuelle Autonomie	288
b) Subjektive Rechte als Voraussetzung der Normbegründung	290
2. Die Struktur der Abwägung von Grundrechten	295
III. Persönliche Autonomie und das „Recht auf Rausch“	296
E. Fazit	300

§ 12 Gleichheit und Gerechtigkeit	301
A. Begriff der Gerechtigkeit	302
I. Ausgleichende und verteilende Gerechtigkeit	303
1. Ausgleichende Gerechtigkeit (iustitia commutativa)	303
2. Verteilende Gerechtigkeit (iustitia distributiva)	304
II. Gerechtigkeitskonzeptionen	305
1. John Rawls: Gerechtigkeit als Fairness	307
2. Robert Nozick: Der Minimalstaat	308
3. Michael Walzer: Sphären der Gerechtigkeit	309
III. Prozedurale Gerechtigkeit	310
IV. Gerechtigkeit und Abwägung	311
B. Die Idee der Gleichheit	312
I. Begriffliche Klärungen	313
II. Egalitarismus	313
1. Zur Debatte um den Egalitarismus	314
2. Zur Verteidigung des Egalitarismus	317
3. Kritik	319
III. Gleichheit in der Abwägung	322
C. Fazit	324
Résumé	325
Bibliographie	329
Register	345

§ 1 Einführung

Ziel dieser Arbeit ist die Entwicklung einer Konzeption der Rechtsphilosophie aufgrund von drei Kernthesen: (1) Grundlage des Rechts als normatives System ist die Idee moralischer Autonomie im Sinne individueller Selbstgesetzgebung. (2) Recht ist ein Instrument rationaler Konfliktlösung.¹ (3) Rechtsphilosophie wird verstanden als die Reflexion über das Recht in Bereichen, in denen sich eine Konfliktlösung nicht bereits aufgrund einer systematischen Analyse des vorhandenen Rechtsmaterials finden lässt.

Es geht somit um die Konstruktion des Rechts auf der Grundlage der Idee moralischer Autonomie. Recht wird als normatives System verstanden, d.h. als ein System, das Anspruch auf Verbindlichkeit erhebt. Die Notwendigkeit von Recht als normatives System ergibt sich aus der Existenz von Konflikten zwischen unvereinbaren Interessen und normativen Forderungen. Rechtsnormen regeln solche Konflikte. Recht besteht aber nicht nur aus bereits getroffenen Regelungen, sondern hat auch die Funktion, offene, noch nicht geregelte Konflikte in rationaler Weise zu entscheiden. Es ist daher auch als ein Instrument rationaler Konfliktlösung zu konzipieren.

Konfliktregelungen erfordern verbindliche Normierungen. Recht ist dementsprechend ein normatives System, das einen begründeten Anspruch auf Verbindlichkeit erhebt.² Es ist normativ jedenfalls in drei Hinsichten: sein Inhalt sind Normen, es verlangt Befolgung, und es beansprucht, dass dieser Anspruch auf Verbindlichkeit gerechtfertigt ist. Es muss sich also begründen lassen, dass die Organe des Rechtssystems anwenden und u.U. auch zwangsweise durchsetzen.³ Es genügt nicht,

¹ Das Verständnis des Rechts als Instrument zur Konfliktlösung ist ein gesicherter und allgemein akzeptierter theoretischer Ausgangspunkt, wenn auch nicht der einzig mögliche. Zu Konflikten als Ausgangspunkt der Rechtstheorie auch *R. Dworkin*, *Law's Empire*, 1986, S. 3 ff.; *Waldron*, *Law and Disagreement*, 1999; *Besson*, *The Morality of Conflict*, 2005; *von der Pfordten*, Was ist Recht? Ziele und Mittel, in: *JZ* 2008, S. 648.

² Dazu *Sieckmann*, *Recht als normatives System*, 2009, S. 126.

³ Siehe auch *Dworkin*, *Law's Empire*, S. 190.

Recht als soziales Faktum zu verstehen,⁴ die Frage, ob gemäß dem geltenden Recht entschieden werden soll, aber offen zu lassen.⁵ Es genügt auch nicht, Verbindlichkeit des Rechts zu verlangen, sondern diese muss begründet werden. Eine rationale Begründung wiederum erfordert die Angabe allgemeiner und kohärenter Kriterien, die die Entscheidung tragen.

Das Rechtssystem bedarf also einer Begründung. Es ist daher eine rechtsphilosophische Konzeption erforderlich, die zumindest im Ansatz eine normative Theorie des Rechts entwickelt.⁶ Diese muss zunächst der Frage nachgehen, ob und wie der Verbindlichkeitsanspruch des Rechts zu rechtfertigen ist. Weil und soweit formale oder prozedurale Ansätze zur Legitimation des Rechts nicht ausreichen,⁷ muss diese Rechtfertigung sich mit möglichen und notwendigen Inhalten des Rechts befassen. Dies dient zum einen der Legitimierung etablierter Normen. Zum anderen ist eine materiale Theorie des Rechts insbesondere dort relevant, wo juristische Urteile nicht allein aufgrund des positiven Rechtsmaterials begründet werden können. In entwickelten Rechtssystemen wird dies weniger Folge des Fehlens einschlägiger Rechtsmaterialien sein als vielmehr von Konflikten verschiedener Rechtsprinzipien oder sonstiger rechtlicher Argumente, die jeweils rechtliche Geltung beanspruchen können. In solchen Bereichen der Offenheit des Rechts und insbesondere der Konflikte im Recht kommt rechtsphilosophischen Überlegungen unmittelbare rechtliche Relevanz zu.

Allerdings geht es in dieser Studie nicht darum, normative Gehalte des Rechts im Detail rechtsphilosophisch zu begründen. Der methodische Ansatz ist primär analytisch. Es geht um die Analyse des Rechtsbegriffs, von Strukturen von Rechtssystemen sowie von Strukturen der Normbegründung. Eine weitere Frage ist dann, inwieweit daraus normative Aussagen über notwendige oder mögliche rechtliche Inhalte abgeleitet werden können. Die Reichweite des analytischen Ansatzes ist allerdings begrenzt. Konkrete normative Aussagen hängen in vie-

⁴ So die „social fact“-These von *Raz*, *The Concept of a Legal System*, 2. Aufl., 1980, S. 213 f.; *ders.*, *The Authority of Law*, 1979, S. 39 ff.

⁵ So die rechtspositivistische Trennung der Frage, was Recht ist, von der, was Recht sein sollte. Siehe *Hart*, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, in: *ders.*, *Recht und Moral*, 1971, S. 17 ff.

⁶ Natürlich kann und sollte Rechtsphilosophie auch aus reinem Erkenntnisinteresse betrieben werden. Rechtsphilosophie muss nicht notwendig Relevanz für eine praktisch orientierte Rechtswissenschaft besitzen. Weil und soweit sie diese Relevanz besitzt, ist sie aber notwendig für die Rechtswissenschaft.

⁷ Damit wird eine nicht-positivistische Theorie des Rechts vertreten. Dazu auch unten § 2.

len Fällen von empirischen und normativen Annahmen ab. Aufgrund der Begrenztheit des analytischen Ansatzes werden substantielle normative Aussagen im Folgenden abstrakt, punktuell oder exemplarisch bleiben. Dennoch muss eine Rechtsphilosophie, die normative Relevanz beansprucht, versuchen, auch Fragen nach notwendigen Rechtsinhalten soweit wie möglich zu beantworten. Dies erfordert normative und empirische Annahmen. Ziel ist damit eine analytische, nicht aber eine „reine“ Konzeption des Rechts.⁸ Die Theorie des Rechts muss vielmehr offen sein gegenüber empirischen und normativen Erkenntnissen.

Der Charakterisierung von Recht als Instrument rationaler Konfliktlösung entsprechend sollen Konflikte im Recht oder hinsichtlich des Rechts dargestellt und am Beispiel dieser Konflikte untersucht werden, inwiefern rechtsphilosophische Argumentation zu deren Lösung beiträgt. Es soll zunächst in dieser Einführung skizziert werden, was das Verständnis von Recht als Instrument rationaler Konfliktlösung für den Begriff des Rechts und die Theorie der Rechtsgeltung bedeutet. Sodann werden im ersten Teil Grundkonflikte im Bereich des Rechts dargestellt. Im zweiten Teil wird die Methode der Abwägung normativer Argumente als Instrument rationaler Konfliktlösung erläutert. Der dritte Teil untersucht, inwieweit Grundprinzipien von Autonomie, Menschenrechten, Grundrechten, Gerechtigkeit und Gleichheit abwägungsfeste Gehalte und insofern Fundamente des Rechts darstellen könnten.

A. Recht und Autonomie

Philosophische Grundlage der hier entwickelten Konzeption des Rechts ist die Idee der Autonomie im Sinne von Selbstgesetzgebung.⁹ Sie ist Voraussetzung der Möglichkeit der Normbegründung nicht nur im Bereich der Moral, sondern auch im Bereich des Rechts. Die Gültigkeit von Normen hängt demnach von den Urteilen der Normadressaten selbst ab. Damit muss jede normative Begründung auf die Zustimmung vernünftiger Subjekte zielen. Was genau dies erfordert, welche Art von Zustimmung oder Zustimmungsfähigkeit notwendig

⁸ Das „Reinheitspostulat“ Hans Kelsens wird somit verworfen. Dazu *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 1. Zur Kritik *Sieckmann*, *Kelsen on Natural Law and Legal Science*, in: Langford et al. (Hg.), *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, 2017, S. 257–273.

⁹ Der Begriff der Autonomie ist allerdings kontrovers. Zu verschiedenen Konzeptionen der Autonomie *Sieckmann*, *The Logic of Autonomy*, 2012, S. 11 ff.

ist und was unter vernünftigen Subjekten zu verstehen ist, ist in einer Konzeption der Autonomie zu klären.¹⁰

Nach dem hier entwickelten Ansatz besteht der Kern der Autonomie in der Begründung normativer Urteile aufgrund der Abwägung normativer Argumente.¹¹ Normative Argumente gründen sich auf Forderungen, die autonome Subjekte legitimerweise aneinander richten, etwa dass ihr Leben, ihre körperliche Unversehrtheit oder ihr Recht auf Selbstbestimmung respektiert werden soll. Konfligierende normative Argumente sind gegeneinander abzuwägen. Das Ergebnis solcher Abwägungen sind normative Urteile darüber, welche Normen als definitiv gültig anerkannt und dem Handeln zugrunde gelegt werden sollen. Da solche Urteile normative Ansprüche erheben, aber nicht vollständig durch vorgegebene Kriterien determiniert sind, handelt es sich um autonome Urteile.

Verschiedene Individuen können somit legitimerweise zu unterschiedlichen Urteilen gelangen. Im Fall der Divergenz wird eine Abwägung höherer Stufe zur Frage notwendig, welche Norm in Anbetracht divergierender individueller normativer Urteile gelten soll. Diese Abwägung erfordert einen Prozess intersubjektiver Reflexion, in dem es darum geht, individuelle Urteile aller autonomen Subjekte in gleicher Weise zu berücksichtigen und zu einer für alle zustimmungsfähigen Lösung zu gelangen.

Allerdings führt solche intersubjektive Reflexion zunächst wiederum zu individuellen Urteilen. Solche Urteile darf jedes autonome Subjekt selbständig treffen, ohne aber Verbindlichkeit für andere autonome Subjekte beanspruchen zu können. Die Frage nach der objektiven Geltung im Sinne der Verbindlichkeit von Normen lässt sich aufgrund individueller autonomer Urteile in Streitfragen nicht entscheiden. Dafür ist ein zusätzliches Kriterium erforderlich, dass der vernünftigen Konvergenz.¹² Wenn eine gemeinsame, für alle verbindliche Norm notwendig ist und ein Prozess vernünftiger intersubjektiver Argumentation zu einer überwiegenden und tendenziell immer stärkeren Anerkennung einer bestimmten Norm führt, dann muss auch von Opponenten akzeptiert werden, dass diese Norm als verbindlich vertreten werden darf. Es ist also legitim, diese Norm als verbindlich zu behaupten. Opponenten können sie gleichwohl inhaltlich für falsch halten. Sie müssen lediglich anerkennen, dass es unter den

¹⁰ Zu Arten der Zustimmung oder Zustimmungsfähigkeit *Sieckmann*, *Autonomia y legitimación democrática*, in: *Discusiones* 17 (2017), S. 24 ff.

¹¹ Dazu insbesondere *Sieckmann*, *The Logic of Autonomy*, S. 13 ff., 87 ff.

¹² Dazu *Sieckmann*, *Recht als normatives System*, S. 111 ff., 184 ff.

genannten Bedingungen legitim ist, die von ihnen abgelehnte Norm als allgemeinverbindlich zu vertreten.

Zentrale Elemente der Konzeption individueller Autonomie sind also die Abwägung normativer Argumente, intersubjektive Reflexion und die Begründung objektiver Geltung aufgrund vernünftiger Konvergenz. Die Normativität des Rechts, d.h. die Legitimität seines Verbindlichkeitsanspruchs, muss aufgrund der Konzeption individueller Autonomie begründet werden. Es muss also gezeigt werden, dass es gerechtfertigt ist, bestimmte Rechtsnormen gegen konfligierende Forderungen oder Argumente durchzusetzen.

Die Frage der Legitimität des Anspruchs auf Verbindlichkeit stellt sich somit in Anbetracht von Konflikten. Ohne regelungsbedürftige Konflikte gäbe es keinen Anlass für verbindliche Normierungen und damit keinen Grund für die Existenz von Recht. Erst das Gegenüber unvereinbarer Forderungen macht Recht notwendig. Autonome Abwägung – einschließlich der Notwendigkeit intersubjektiver Reflexion und der Frage nach der Verbindlichkeit von Normen – ist ein Verfahren zur rationalen Lösung von Konflikten¹³ zwischen verschiedenen normativen Forderungen. Insofern Recht mit solchen Konflikten befasst ist und ein Instrument zur rationalen Entscheidung solcher Konflikte darstellen soll, muss es sich aufgrund autonomer Abwägung rekonstruieren lassen.¹⁴ Dies muss auch den autoritativen Charakter des Rechts einschließen,¹⁵ also den Anspruch des Rechts, unabhängig von seiner inhaltlichen Richtigkeit verbindlich zu sein.

B. Der Begriff des Rechts

Mit der Konzeption des Rechts als Instrument rationaler Konfliktlösung wird eine Leitidee formuliert, an der sich die Bestimmung des Rechtsbegriffs orientieren kann. Die Frage nach dem Rechtsbegriff ist ein Kernproblem der Rechtsphilosophie. Es gibt unterschiedliche, teils konträre Vorschläge, aber keine einhellig akzeptierte Definition des Rechts. Schon die Frage, was der Gegenstand dieser Definition sein sollte, ist umstritten – das positive, empirisch feststellbare Recht

¹³ Mit „Konfliktlösung“ ist nicht gemeint, dass der Konflikt verschwindet und völlige Harmonie hergestellt würde. Es geht vielmehr darum, eine Regelung zu finden, die unter den Bedingungen des Konflikts für vernünftige Subjekte akzeptabel erscheint.

¹⁴ Dazu *Sieckmann*, *Recht als normatives System*, S. 15.

¹⁵ Zum autoritativen Charakter des Rechts *Raz*, *The Authority of Law*, 2009, S. 3 ff.; *ders.*, *The Morality of Freedom*, 1986, S. 23 ff.

oder ein richtiges Recht? Andererseits gibt es Auffassungen, die eine Definition des Rechts für überflüssig halten.¹⁶ Es sei normalerweise auch ohne abstrakte Definition, die für alle möglichen Systeme Geltung beanspruche, kein Problem, die geltende Rechtsordnung zu identifizieren. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es Problemfälle gibt, in denen es auf eine Definition ankommt, und im Übrigen verlangt auch das wissenschaftliche Interesse an einer systematischen Erforschung des Phänomens Recht nach einer Definition des Rechts.

Der Konzeption des Rechts als Instrument rationaler Konfliktlösung entsprechend, lässt sich Recht als normative Ordnung einer Gesellschaft mit Anspruch auf Verbindlichkeit charakterisieren.¹⁷ Das Verfahren der Konfliktlösung und dessen Ergebnis, die Erzeugung einer verbindlichen Ordnung, sind zwei Seiten einer Medaille.¹⁸ Recht regelt Konflikte, indem es verbindliche Normen für das Zusammenleben in einer Gesellschaft festsetzt. Diese Festsetzungen müssen rational begründet sein, so dass der Anspruch des Rechts auf Verbindlichkeit als gerechtfertigt angesehen werden kann. Konflikt, Norm, Verbindlichkeitsanspruch und Rechtfertigung dieses Anspruchs sind somit notwendige Elemente des Rechts, die in einem Rechtsbegriff in verschiedener Weise kombiniert werden können, aber stets vorhanden sein müssen.

Paradigmatischer Fall eines Rechtssystems ist das staatliche Recht.¹⁹ Von staatlichen Organen in formell ordnungsgemäßer Weise

¹⁶ So *Dworkin*, *Law's Empire*, S. 87 ff.; *ders.*, *Justice in Robes*, 2006, S. 10 ff.; *ders.*, *Justice for Hedgehogs*, 2011, S. 400 ff., der die Aufgabe der Rechtsphilosophie in der Interpretation der Rechtspraxis sieht, nicht in der Bestimmung eines allgemeinen Rechtsbegriffs.

¹⁷ Wird eine Ordnung, die einen Anspruch auf Verbindlichkeit erhebt, selbst als verbindliche Ordnung bezeichnet, lässt sich Recht kurz als verbindliche normative Ordnung einer Gesellschaft definieren. In diesem Sinn *Sieckmann*, *Recht als normatives System*, S. 120.

¹⁸ Hingegen reduziert die „social fact“- oder „sources“-These von *Raz*, *The Concept of a Legal System*, 2. Aufl., 1980, S. 213 f.; *ders.*, *The Authority of Law*, S. 39 ff., Recht auf das Ergebnis von Verfahren der Konfliktlösung. Um den Streit um moralische Fragen zu beseitigen, müssen Rechtsnormen unabhängig von moralischen Argumenten und damit empirisch identifizierbar sein. Dies ist der richtige Kern der „social fact“-These. Die Folgerung, Recht müsse ausschließlich aus sozialen Tatsachen bestehen, übersieht jedoch die prozedurale und argumentative Dimension des Rechts, die ebenfalls zum Recht als Instrument normativer Konfliktlösung gehört. Zur Kritik von *Raz'* exklusivem Positivismus umfassend *Leal*, *Ziele und Autorität*, 2014.

¹⁹ Ob dieser Anspruch auf Verbindlichkeit für alle möglichen Formen des Rechts notwendig ist, könnte allerdings in Frage gestellt werden. So gibt es andere, nicht-staatliche Formen des Rechts (insbesondere internationales, supranationales, transnationales Recht oder das Recht nicht staatlich organisierter Gesellschaften).

erlassene Normen sind von den Adressaten und den Rechtsanwendungsorganen zu befolgen. Dies ist jedenfalls der Anspruch auf Verbindlichkeit, der in einem Rechtssystem mit der Rechtsgeltung von Normen verbunden ist. Dieser Anspruch muss auch begründet werden, d.h. es muss zumindest ein Anspruch auf Richtigkeit für das Recht erhoben werden.²⁰

Eine Differenzierung hinsichtlich des Rechtsbegriffs ergibt sich daraus, dass die Frage nach der Rechtfertigung des Rechts auf einzelne Normen oder aber auf die Existenz eines Rechtssystems bezogen werden kann.²¹ Darin zeigt sich eine Mehrdeutigkeit im Rechtsbegriff. Recht kann als System verstanden werden, also als Recht im Sinne von Rechtsordnung. Es kann aber auch als rechtlich geltende Norm verstanden werden, also als Recht im Sinne des Inhalts einer Rechtsordnung.²² Folgt man zunächst der systemischen Perspektive, die das Recht als normatives und daher rechtfertigungsbedürftiges System auffasst, lassen sich verschiedene Merkmale des Rechts festhalten.²³

Die Kennzeichnung des Rechts als System bedeutet, dass es nicht aus isolierten Normen besteht, sondern aus einer Menge von Normen, die wiederum in bestimmten Relationen zueinanderstehen. Ein Rechtssystem ist zudem normativ in dem Sinn, dass es die Forderung enthält, die zu ihm gehörenden, rechtlich geltenden Normen anzuwenden und zu befolgen.²⁴ Auf dieser Grundlage lässt sich Recht durch verschiedene Merkmale charakterisieren, die den Rechtsbegriff präzisieren. Recht ist demnach zu definieren als ein System von Normen

ten). Dennoch lässt sich am Verbindlichkeitsanspruch als begriffliches Merkmal des Rechts festhalten. Organisationsformen, die diesen Anspruch nicht erheben, sollen hier nicht als Recht behandelt werden. Würde hingegen der Rechtsbegriff weiter gefasst, wäre die hier verfolgte Konzeption ein Modell des Rechts, dessen Anwendungsbereich auf Systeme mit Verbindlichkeitsanspruch zu beschränken wäre.

²⁰ Der Anspruch auf Richtigkeit wird von *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1994, S. 64 ff., in den Vordergrund gestellt. Allerdings ist zwischen Verbindlichkeits- und Richtigkeitsanspruch zu unterscheiden. Der autoritative Charakter des Rechts impliziert, dass zunächst lediglich der Anspruch auf Verbindlichkeit gerechtfertigt werden muss, nicht unbedingt die inhaltliche Richtigkeit des Rechts. Ob eine Rechtfertigung des Verbindlichkeitsanspruchs einen Anspruch auf inhaltliche Richtigkeit impliziert, ist zwischen positivistischen und nicht-positivistischen Theorien des Rechts umstritten. Dazu s.u., § 2.

²¹ Siehe auch *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, S. 52, 70 f.

²² Zu dieser Differenzierung *Alexy*, a.a.O., S. 147 ff.

²³ Siehe zum Folgenden auch *Sieckmann*, *Recht als normatives System*, S. 120–127.

²⁴ Zu dieser Konzeption von Normativität auch *Sieckmann*, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, 1990, S. 98 f., 172, 245; *ders.*, *Recht als normatives System*, S. 101 f.

mit Anspruch auf Verbindlichkeit für einen nicht individuell bestimmten Adressatenkreis. Dies erfordert verschiedene weitere Merkmale. Recht ist demnach²⁵

- institutionalisiert, d.h. eine Ordnung mit Organen zur Festsetzung von Normen und/oder Entscheidungen;
- objektiv, d.h. nicht nur die subjektive Auffassung eines einzelnen Individuums;
- autoritativ, d.h. die Geltung des Rechts ist jedenfalls teilweise das Ergebnis positiver Entscheidung und nicht seiner inhaltlichen Richtigkeit;
- verbunden mit dem Anspruch auf die Legitimität rechtlicher Autorität.

Die genannten Bedingungen sind als notwendige Merkmale des Rechts anzusehen, jedenfalls nach dem Verständnis des Rechts, wie es sich in modernen Rechtssystemen entwickelt hat.²⁶ Zusammen können sie als hinreichend für das Vorliegen eines Rechtssystems angesehen werden. Es sind keine Fälle von Normensystemen ersichtlich, die diese Merkmale erfüllen, aber nicht als Recht einzuordnen sind, oder zumindest so eingeordnet werden können. Es erscheint demnach folgende Definition adäquat:

(D_R) Recht ist ein institutionalisiertes System von Normen mit dem Anspruch, das Zusammenleben in einer Gesellschaft verbindlich zu regeln, in dem die Rechtsgeltung von Normen unter Berücksichtigung objektiver Kriterien und autoritativer Entscheidungen begründet wird und das Anspruch auf die Legitimität seines Verbindlichkeitsanspruchs erhebt.

Der Verbindlichkeitsanspruch des Rechts impliziert, dass Rechtsnormen ein Gebot an ihre Adressaten enthalten, diese Norm anzuwenden oder zu befolgen. Anwendung heißt, die Konsequenzen der Norm für bestimmte Fälle festzulegen, Befolgung ist die Erfüllung des von der Norm Verlangten. Anwendungsgebote richten sich dementsprechend an die zuständigen Rechtsanwendungsorgane, Befolgungsgebote an die direkten Adressaten der betreffenden Norm.²⁷ Daraus

²⁵ Dazu im Einzelnen *Sieckmann*, *Recht als normatives System*, S. 122 ff.

²⁶ Die Betrachtung wird auf moderne Rechtssysteme beschränkt, da dies eine klarere Analyse des Rechts erlaubt.

²⁷ Entsprechend lassen sich primäres und sekundäres Rechtssystem unterscheiden. Vgl. *Alchourrón/Bulygin*, *Normative Systems*, 1971, S. 15. Eine ähnliche Unterscheidung, aber mit entgegengesetzter Terminologie, trifft Kelsen. Für Kelsen sind primäre Rechtsnormen die an die Rechtsorgane adressierten Ermächtigungen zur Sanktionierung von Normverletzungen, sekundäre Normen die Pflichten der

ergeben sich notwendige Inhalte von Rechtsordnungen sowie die Unmöglichkeit der Geltung rechtlicher Regelungen, die in Widerspruch zu ihnen stehen. So kann eine Rechtsordnung nicht explizit eine un gerechtfertigte Regelung als geltendes Recht setzen,²⁸ etwa: „Jeder kann ohne Grund zu öffentlichen Abgaben herangezogen werden“. Mit einer solchen Regelung würde den Adressaten ein Grund gegeben, die betreffende Norm nicht zu befolgen. Da Recht aber seinem Normativitätsanspruch gemäß Befolgung fordert, würde die Rechtsordnung widersprüchlich. Ein Normwiderspruch führt dazu, dass keine gültige definitive Norm existiert. Daher können keine Normen gesetzt werden, die explizit keine Rechtfertigung haben. Generell lässt sich folgende „Unmöglichkeitsthese“ formulieren:

(UT) Es können keine Normen als geltendes Recht gesetzt werden, die explizit den Voraussetzungen der Begründung verbindlicher Normen widersprechen.

Dies ist von zentraler Bedeutung für die Begründung der rechtlichen Geltung von Autonomie- und Menschenrechten.²⁹

C. Normativität des Rechts

Ein zentrales Merkmal der hier entwickelten Konzeption des Rechts ist das der Normativität. Recht ist normativ hinsichtlich seines Inhalts, Geltungsanspruchs und des Anspruchs auf Rechtfertigung dieses Geltungsanspruchs. Recht besteht also aus Normen, verlangt Befolgung dieser Normen, und es ist Rechtsorganen zumindest erlaubt, diesen Befolgungsanspruch durchzusetzen. Diese These zur Normativität des Rechts ist allerdings nicht unbestritten. Während der normative Inhalt des Rechts unproblematisch ist, gibt es unterschiedliche Konzeptionen zum Geltungsanspruch des Rechts und dessen Recht-

Normadressaten, deren Verletzung sanktioniert werden kann. Siehe *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 51.

²⁸ *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 65, verwendet als Beispiel für einen performativen Widerspruch die Setzung einer Verfassungsnorm, die das eigene Rechtssystem für ungerecht erklärt. Auch in *Sieckmann*, Recht als normatives System, S. 121, wird von „ungerechten“ Regelungen gesprochen. Ungerechtigkeit ist allerdings nicht identisch mit fehlender Rechtfertigung, sondern könnte gerechtfertigt sein. Mit ihrem Anspruch auf Verbindlichkeit ist also nicht gänzlich unvereinbar, dass eine Rechtsordnung ungerechte Normen erlässt. Mit der Notwendigkeit einer Rechtfertigung ungerechter Regelungen wird allerdings Gerechtigkeit als prinzipielles Gebot anerkannt.

²⁹ Dazu s.u., §§9 und 10.

fertigung. Dies hängt zum einen mit der Konzeption von Normativität zusammen. Des Weiteren ist umstritten, ob ein normativer Geltungsanspruch und dessen Rechtfertigung als Elemente des Rechtsbegriffs selbst eingeführt werden sollten. Ferner unterscheiden sich Theorien über das Recht darin, ob sie eine Rechtfertigung des Geltungsanspruchs des Rechts bieten und in diesem Sinne normativ sind oder nicht. Schließlich bleibt zu klären, welche Konsequenzen sich aus diesen Unterscheidungen für die Gegenüberstellung von Recht, wie es ist, und Recht, wie es sein sollte, ergeben.

I. Konzeptionen der Normativität

Der Begriff der Normativität ist keineswegs klar.³⁰ Eine rein semantische, auf den Inhalt des Rechts bezogene Konzeption genügt nicht. Normativität muss jedenfalls auch die Geltung des Rechts charakterisieren. Insofern kommen verschiedene Konzeptionen von Normativität in Betracht:

- Normativität als Zwangsandrohung oder Sanktionierung.³¹
- Normativität als soziale Regel.
- Normativität als moralische Geltung.
- Normativität als Gebot der Anerkennung, Anwendung und Befolgung.

Die ersten drei Konzeptionen können jedoch die Normativität des Rechts nicht angemessen erklären. Zwang als solcher ist nicht geeignet, die Verbindlichkeit von Normen und damit Normativität zu begründen. Die gewaltsame Wegnahme eines Gegenstands ist Raub, begründet aber keine Norm, der zufolge es dem Opfer geboten ist, diesen Gegenstand zu übergeben. Harts Konzeption sozialer Regeln als Verhaltensregelmäßigkeit, die mit Kritik gegenüber Abweichungen verbunden ist, kann zwar erläutern, wie diejenigen, die eine Regel akzeptieren, sich verhalten, gibt aber keine Begründung, warum man eine solche Regel akzeptieren sollte.³² Auch sie genügt nicht zur Begründung von Normativität. Moralische Geltung ist sicher eine Form von Normativität, steht aber vor dem Problem der Moralbegründung. Allein aufgrund moralischer Argumente werden sich nicht ausreichend

³⁰ Zum Begriff der Normativität *Stemmer*, Normativität, 2008; *Ehrhardt*, Was ist Normativität? Semantische Grundlagen einer neuen Theorie, 2014.

³¹ So z.B. *Stemmer*, Normativität, S. 157.

³² Zur Kritik *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle, S. 126 ff.

normative Gehalte begründen lassen, um damit ein funktionierendes Rechtssystem zu etablieren.³³

Es bleibt die strukturtheoretische Konzeption, die Normativität durch die Implikation eines Anerkennungs-, Anwendungs- und Befolungsgebots charakterisiert. Sie beschränkt sich allerdings darauf, ein notwendiges Merkmal von Normativität aufzuzeigen. Wenn Normen in einem normativen Sinn gelten, also Normativität besitzen, dann sind sie nicht isoliert, sondern begleitet von Normen zweiter Stufe, die ihre Anerkennung, Anwendung und Befolgung verlangen. Sie besagt noch nichts darüber, inwieweit die Geltung der betreffenden Normen begründet ist.

Mit Blick auf die Begründetheit des Geltungsanspruchs können wiederum verschiedene Konzeptionen der Normativität eingeführt werden: Normativität als

- (1) tatsächliche (definitive) Pflicht zur Anwendung oder Befolgung einer Norm;
- (2) gerechtfertigter Anspruch auf Anwendung und Befolgung;
- (3) Anspruch auf Rechtfertigung des Anspruchs auf Anwendung und Befolgung.

Obige Definition des Rechts entspricht Variante (3). Recht beansprucht also legitime Normativität. Ob dieser Anspruch begründet ist und daraus eine prinzipielle oder gar definitive Pflicht zur Anwendung und Befolgung des Rechts führt, ist eine Frage der Verbindlichkeit des Rechts.³⁴ Deskriptive und normative Rechtsbegriffe lassen sich danach unterscheiden, ob sie einen Anspruch auf Legitimität genügen lassen oder erfordern, dass dieser Anspruch auch begründet ist. Jedoch sind weitere Differenzierungen notwendig.

II. Deskriptive und normative Rechtsbegriffe

Bei der Unterscheidung deskriptiver und normativer Konzeptionen des Rechts geht es im Kern darum, ob mit der Qualifizierung als Recht normative Konsequenzen verbunden sind. Es sind allerdings verschiedene Varianten solcher Konsequenzen möglich. Zudem ist zwischen Rechtsordnungen und einzelnen Rechtsnormen zu unterscheiden. Zunächst sollen einzelne Normen betrachtet werden.

³³ Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Aufl., 1994, S. 255, 356, 430, zur Schwäche des rationalen praktischen Diskurses.

³⁴ Dazu s.u., § 3.

Die stärkste normative Konsequenz wäre die tatsächliche Verbindlichkeit einer Norm. Aus der Qualifizierung als geltendes Recht würde folgen, dass diese Norm anzuwenden und zu befolgen ist. Schwächere Varianten sind, dass Rechtsgeltung die definitive Erlaubtheit der Anwendung und Befolgung der betreffenden Norm impliziert, sowie, dass jedenfalls ein prinzipielles Argument dafür gegeben ist, wobei offen ist, ob dieses Argument sich durchsetzt und zu einer definitiven Erlaubnis oder einem definitiven Gebot der Anwendung oder Befolgung führt. Eine weitere Differenzierung betrifft den Adressatenkreis. Es kann zwischen der Verbindlichkeit einer Norm für sämtliche Adressaten, also einer allgemeinen Befolgungspflicht, und einer Anwendungspflicht für Rechtsanwendungsorgane unterschieden werden. Letzteres ist interessant, weil Rechtsanwendungsorgane definitionsgemäß zur Anwendung des geltenden Rechts verpflichtet sind und die Frage, was als geltendes Recht anzusehen ist, von der Frage ausgehend analysiert werden kann, wie Rechtsanwendungsorgane entscheiden sollten. Dementsprechend soll im Folgenden ein normativer Rechtsbegriff aus der Perspektive der Rechtsanwendungsorgane entwickelt werden. Die rechtliche Geltung einer Norm impliziert demnach, dass jedenfalls Rechtsanwendungsorgane diese anwenden und befolgen sollen.

In Bezug auf Rechtssysteme wird hingegen der Rechtsbegriff so verstanden, dass durch die Rechtsorgane lediglich ein Anspruch auf Legitimität des rechtlichen Geltungsanspruchs erhoben wird, dieser aber nicht notwendig begründet sein muss. Da Rechtsorgane einzelne Normen, aber nicht ganze Systeme anwenden, fehlt die Grundlage für die Verknüpfung des Rechtsbegriffs mit der Perspektive des handelnden Rechtsanwendungsorgans. Rechtssysteme sind vielmehr Gegenstand theoretischer Untersuchungen.

Aber auch der bloße Anspruch auf legitime Normativität hat interessante Implikationen. Ist dieser Anspruch nicht begründbar, ist dies ein Mangel, der auch aus rechtlicher Sicht relevant ist. Denn das Rechtssystem genügt seinem eigenen normativen Anspruch nicht. Moralische Fehlerhaftigkeit einer Norm kann damit auch in einer deskriptiven Theorie des Rechts eine rechtsimmanente Kritik begründen, wenn sie derart gravierend ist, dass sich der Anspruch des Rechts auf legitime Normativität nicht halten lässt. Dies führt nicht dazu, die rechtliche Geltung der angegriffenen Norm zu verneinen, solange die Organe des Systems an ihr festhalten. Es ist aber festzustellen, dass innerhalb des Rechts eine moralisch begründete Kritik möglich ist.³⁵

³⁵ Dieser Zusammenhang dürfte der Alexyschen Unterscheidung von klassifizie-

Es werden somit im Folgenden in Bezug auf einzelne Normen ein normativer Rechtsbegriff und in Bezug auf Rechtssysteme ein deskriptiver Rechtsbegriff verwendet. Letzterer impliziert allerdings, dass die Rechtsorgane selbst Recht in einem normativen Sinn verstehen. Mit dieser Festlegung werden andere Begriffsbildungen nicht ausgeschlossen. Die vorgeschlagene Kombination erscheint jedoch als die für diese Untersuchung adäquateste. Allerdings ist eine Präzisierung der Unterscheidung deskriptiver und normativer Rechtsbegriffe geboten.

Eine erste Präzisierung setzt an der Charakterisierung als deskriptiv oder nicht normativ an. Die Charakterisierung als nicht normativ bezieht sich auf das Fehlen einer normativen Implikation, ist somit lediglich negativ. Die Bezeichnung als deskriptiv hat hingegen einen positiven Gehalt. Sie setzt einen Gegenstand voraus, der beschrieben wird. Ein deskriptiver Rechtsbegriff fasst Recht dementsprechend als etwas auf, das Gegenstand von Beschreibungen. Folgt man nicht einer Konzeption von Naturrecht, die meint, Normen durch Beschreibung der Natur identifizieren zu können, kann ein deskriptiver Rechtsbegriff Aussagen zur Rechtsgeltung nur auf empirische Wahrnehmungen stützen. Recht müsste demnach etwas sein, das aufgrund empirischer Kriterien identifiziert werden kann. Dies führt zu einem positivistischen Rechtsbegriff, der Recht anhand der Kriterien der Gesetztheit oder sozialen Wirksamkeit identifiziert. Diese positivistische Bestimmung der Kriterien rechtlicher Geltung ist aber etwas anderes als die Bestimmung des Rechtsbegriffs als nicht-normativ.

Es sind demnach zwei Unterscheidungen zu treffen, die von normativen und nicht-normativen Rechtsbegriffen und die von normativen und deskriptiven Rechtsbegriffen. Erstere setzt an den Implikationen des Rechtsbegriffs an. Ein normativer Rechtsbegriff impliziert ein Gebot der Anwendung und Befolgung, ist also mit einem normativen Begriff der Rechtsgeltung verbunden. Ein nicht-normativer Rechtsbegriff enthält hingegen keinen normativen Geltungsbegriff. Die zweite Unterscheidung betrifft die Kriterien rechtlicher Geltung. Beide Unterscheidungen schließen sich nicht bereits aus begrifflichen Gründen aus, sondern können kombiniert werden. Kriterien der Rechtsgeltung können deskriptiv (Gesetztheit und/oder Wirksamkeit) oder normativ (moralische Richtigkeit) sein. Der Begriff der Rechtsgeltung kann normative Implikationen (Anwendungs- und Befolgungspflicht) haben oder nicht-normativ sein, also die Frage nach der Anwendungs- und

rendem und qualifizierendem Zusammenhang zwischen Recht und Moral zugrundeliegen, siehe *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 48 ff.