

Robert Alexy

Begriff und Geltung des Rechts

VERLAG KARL ALBER



Im Zentrum dieses Buches steht das Verhältnis von Recht und Moral. Der Rechtspositivismus behauptet, dass beides zu trennen sei. Sowohl der Begriff des Rechts als auch der Begriff der Rechtsgeltung seien moralfrei zu definieren. Robert Alexy versucht zu zeigen, dass, diese These falsch ist. Es gibt erstens begrifflich notwendige Zusammenhänge zwischen Recht und Moral, und zweitens sprechen normative Gründe dafür, die Begriffe des Rechts und der Rechtsgeltung so zu definieren, dass sie moralische Elemente einschließen. Deshalb muss der Rechtspositivismus als umfassende Theorie des Rechts scheitern.

Diese Thesen werden in dem angefügten Artikel »Die Doppelnatur des Rechts« zu einem System der Institutionalisierung der praktischen Vernunft weiterentwickelt, das die Kernelemente des demokratischen Verfassungsstaates erfasst.

Robert Alexy, geb. 1945, ist Seniorprofessor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Weitere Buchveröffentlichungen: Theorie der juristischen Argumentation (1978, 8. Aufl. 2015) und Theorie der Grundrechte (1985, 8. Aufl. 2018).

Robert Alexy

Begriff und Geltung des Rechts

Erweiterte Neuausgabe

Verlag Karl Alber Freiburg / München



Erweiterte Neuausgabe 2020

© VERLAG KARL ALBER
in der Verlag Herder GmbH, Freiburg / München 1992–2020
Alle Rechte vorbehalten
www.verlag-alber.de
Satz: Autor

Herstellung: GGP Media GmbH, Pößneck

Printed in Germany

ISBN 978-3-495-49075-4

Vorwort

Dieses Buch ist im Rahmen eines zusammen mit Ralf Dreier betriebenen Unternehmens, das auf eine knappe Gesamtdarstellung der Rechtstheorie 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 Hilfe beim Lesen der Korrekturen.

Kiel, im Januar 1992

Robert Alexy

Vorwort zur erweiterten Neuausgabe

Dieser Neuausgabe ist der 2011 erstmals auf Deutsch erschienene Aufsatz »Die Doppelnatur des Rechts« angefügt. In diesem Artikel geht es erstens um die Vertiefung und zweitens um die Erweiterung der Thesen dieses Buchs. Die Vertiefung betrifft vor allem den Anspruch auf Richtigkeit, den archimedischen Punkt meiner Theorie des Rechts. Hinzu treten begriffliche Präzisierungen, wie etwa die Unterscheidungen zwischen Richtigkeit erster und zweiter Ordnung und zwischen drei Arten des Nichtpositivismus, dem exklusiven, dem superinklusiven und dem inklusiven Nichtpositivismus. Der Anspruch auf Richtigkeit bildet zusammen mit diesen begrifflichen Präzisierungen die Basis der Doppelnaturthese, welche sagt, dass das Recht notwendig sowohl eine reale als auch eine ideale Dimension aufweist. Bei der Erweiterung geht es um den Schritt von einer Theorie des Rechtsbegriffs und der Rechtsgeltung zu einer Theorie des demokratischen Konstitutionalismus. In dieser Theorie vereinigen sich fünf Elemente, die mein Werk im Ganzen bestimmen: die Radbruchsche Formel, die deliberative Demokratie, die Grundrechte als positivisierte Menschenrechte, die juristische Argumentation als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses und die Prinzipientheorie. Die Verknüpfung dieser Elemente auf der

Basis des Anspruchs auf Richtigkeit bildet ein System, das als Institutionalisierung der Vernunft begriffen werden kann.

Kiel, im März 2020

Robert Alexy

Inhalt

BEGRIFF UND GELTUNG DES RECHTS

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 Rechts-
begriffe 31

1.1. Äußerer Aspekt 32

1.2. Innerer Aspekt 33

2. Primär setzungsorientierte Rechts-
begriffe 34

III. Kritik der positivistischen Rechtsbegriffe . . .	39
1. Trennungs- und Verbindungsthese	39
2. Ein begrifflicher Rahmen	44
2.1. Geltungsfreie und nicht geltungs- freie Rechtsbegriffe	44
2.2. Rechtssysteme als Normensysteme und als Systeme von Prozeduren . . .	46
2.3. Beobachter- und Teilnehmer- perspektive	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 Rechtssicherheits- argument	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	
<i>Die Geltung des Rechts</i>	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 Grund-	
norm	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

DIE DOPPELNATUR DES RECHTS

I. Das Ideale	218
1. Der Anspruch auf Richtigkeit	218
2. Diskurstheorie	227
II. Das Reale	230
III. Die Versöhnung des Idealen mit dem Realen	232
1. Äußerste Grenze	235

2. Demokratischer Konstitutionalismus . .	241
3. Juristische Argumentation	244
4. Reales und ideales Sollen	247
Personenregister	249

BEGRIFF UND GELTUNG DES RECHTS

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