

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](http://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.<sup>1</sup> (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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> Es genügt nicht,

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Dazu *Sieckmann*, *Recht als normatives System*, 2009, S. 126.

<sup>3</sup> Siehe auch *Dworkin*, *Law's Empire*, S. 190.

Recht als soziales Faktum zu verstehen,<sup>4</sup> die Frage, ob gemäß dem geltenden Recht entschieden werden soll, aber offen zu lassen.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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,<sup>7</sup> 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-

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

Nach dem hier entwickelten Ansatz besteht der Kern der Autonomie in der Begründung normativer Urteile aufgrund der Abwägung normativer Argumente.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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

---

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

<sup>11</sup> Dazu insbesondere *Sieckmann*, *The Logic of Autonomy*, S. 13 ff., 87 ff.

<sup>12</sup> 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 Konflikten<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Dies muss auch den autoritativen Charakter des Rechts einschließen,<sup>15</sup> 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

---

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Dazu *Sieckmann*, *Recht als normatives System*, S. 15.

<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> Das Verfahren der Konfliktlösung und dessen Ergebnis, die Erzeugung einer verbindlichen Ordnung, sind zwei Seiten einer Medaille.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> Von staatlichen Organen in formell ordnungsgemäßer Weise

---

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

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.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> Folgt man zunächst der systemischen Perspektive, die das Recht als normatives und daher rechtfertigungsbedürftiges System auffasst, lassen sich verschiedene Merkmale des Rechts festhalten.<sup>23</sup>

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.<sup>24</sup> 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.

<sup>20</sup> 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.

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

<sup>22</sup> Zu dieser Differenzierung *Alexy*, a.a.O., S. 147 ff.

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

<sup>24</sup> 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 demnach<sup>25</sup>

- 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.<sup>26</sup> 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<sub>R</sub>) 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.<sup>27</sup> Daraus

<sup>25</sup> Dazu im Einzelnen *Sieckmann*, *Recht als normatives System*, S. 122 ff.

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

<sup>27</sup> 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 ungerechtfertigte Regelung als geltendes Recht setzen,<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

## 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.

<sup>28</sup> *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.

<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>
- 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.<sup>32</sup> 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

---

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

<sup>31</sup> So z.B. *Stemmer*, Normativität, S. 157.

<sup>32</sup> Zur Kritik *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle, S. 126 ff.

normative Gehalte begründen lassen, um damit ein funktionierendes Rechtssystem zu etablieren.<sup>33</sup>

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.<sup>34</sup> 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.

---

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

<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> 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.

Befolgungspflicht offenlassen. Eine Konzeption des Rechts kann demzufolge auf vier verschiedene Weisen gebildet werden.

(1) Nicht-normativ/rein deskriptiv: Ein nicht-normativer Rechtsbegriff kann mit rein deskriptiven Geltungskriterien verbunden werden. Dies ist eine Position, die als „harter“ oder „exklusiver“ Rechtspositivismus bezeichnet wird.<sup>36</sup>

(2) Nicht-normativ/(auch) normativ: Ein nicht-normativer Geltungsbegriff kann mit normativen Geltungskriterien verbunden werden. Recht kann in einer Weise definiert werden, die dessen Identifizierung auch von normativen Kriterien abhängig macht. Eine rein normative Definition ist allerdings nicht möglich, da Recht als soziale Institution stets auch deskriptiv erfassbare Merkmale aufweisen muss. Für diese Kombination finden sich zwei Varianten:

– die Möglichkeit, normative Kriterien zur Identifizierung von Recht zu verwenden. So nimmt ein „weicher“ oder „inklusive“ Rechtspositivismus an, Gerechtigkeit oder andere normative Kriterien könnten Kriterien der Rechtsgeltung sein, sofern dies das positive Recht vorsieht.<sup>37</sup>

– die Notwendigkeit normativer Kriterien zur Identifizierung des Rechts. So kann ein begrifflich notwendiger Bezug des Rechts zur Gerechtigkeit angenommen werden, ohne damit einen normativen Geltungsbegriff zu verbinden.<sup>38</sup>

(3) Normativ/normativ: Es können normative (nicht rein deskriptive) Kriterien mit einem normativen Geltungsbegriff kombiniert werden.

(4) Normativ/deskriptiv: Konstruktiv möglich ist auch, rein deskriptive Kriterien mit einem normativen Geltungsbegriff zu verbinden. Dies kann als „normativer Rechtspositivismus“ bezeichnet werden.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Dazu *Waluchow*, *Inclusive Legal Positivism*, 1994, S. 80 ff.; *Székessy*, *Gerechtigkeit und inklusiver Rechtspositivismus*, 2003, S. 66 ff. Ein „exklusiver Positivismus“ wird vertreten von *Raz*, *Authority, Law, and Morality*, in: *ders.*, *Ethics in the Public Domain*, 1994, S. 211.

<sup>37</sup> So *Coleman*, *Negative and Positive Positivism*, in: *Journal of Legal Studies* 11 (1982), S. 139–164; *Waluchow*, *Inclusive Legal Positivism*, 1994.

<sup>38</sup> So bei *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 1932, S. 29, 33, der Rechts als Wirklichkeit, die den Sinn habe, der Gerechtigkeit zu dienen, charakterisiert und eine juristische Geltungslehre vertritt, die im Gegensatz zu philosophischen Geltungslehre nicht nach der Pflicht zur Befolgung des Rechts frage, ebd., S. 78 ff.

<sup>39</sup> Dazu *Sieckmann*, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle*, S. 129 ff.

Allerdings steht ein normativer Rechtspositivismus vor dem Problem, dass rein deskriptive Kriterien beliebige, also auch extrem ungerechte Inhalte zulassen, eine Anwendungs- und Befolungspflicht für extrem ungerechte Normen aber nicht zu begründen ist.<sup>40</sup> Diese Variante ist daher zu verwerfen, jedenfalls wenn Rechtsgeltung strikt und nicht lediglich als *prima facie*-Geltung, also als widerlegbar, angesehen wird.<sup>41</sup> Eine normative Konzeption des Rechts kann daher normative Geltungskriterien nicht ausschließen.<sup>42</sup>

### III. Deskriptive und normative Theorien des Rechts

Die Wahl eines normativen Rechtsbegriffs bedeutet nicht, dass die Theorie des Rechts selbst normativen Charakter haben müsste.<sup>43</sup> Methodisch möglich sind analytische, empirische und normative Ansätze zur Untersuchung des Rechts.

In analytischer Sicht geht es um die Analyse von Elementen und Strukturen des Rechts. Dies kann zu normativen Thesen führen, insofern mittels begrifflicher Analysen notwendige normative Gehalte des Rechtsbegriffs offengelegt werden. Empirische Untersuchungen zielen auf die Beschreibung der rechtlichen Wirklichkeit. Auch sie können im Zusammenhang mit gegebenen Normen normative Konsequenzen haben. So können empirische Aussagen wie die, dass eine individuelle Rechte weniger belastende Norm möglich wäre, die Rechtfertigung bestimmter Normen ausschließen.<sup>44</sup> Allerdings setzen sie normative Prämissen voraus und haben neben analytischen und normativen Ansätzen hier keine selbständige Bedeutung. Schließlich können Theorien direkt normative Aussagen einführen und zu zeigen versuchen, welche Normen als rechtlich gültig begründet werden können und für welche Normen dies nicht möglich ist.

---

<sup>40</sup> Siehe auch *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 70 ff.

<sup>41</sup> Zur Unterscheidung definitiver und prinzipieller Geltung sowie zum Begriff der *prima facie*-Geltung *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle, S. 67 ff.

<sup>42</sup> Ein Rechtssystem muss allerdings nicht notwendig normative Geltungskriterien verwenden, wenn seine positivistisch identifizierbaren Inhalte hinreichend gerecht sind. Zu dieser „Kontingenzthese“ *Sieckmann*, Recht als normatives System, S. 231.

<sup>43</sup> „Normativ“ wird dabei verstanden als praktische Normativität, nicht lediglich als Normativität hinsichtlich der Theoriewahl.

<sup>44</sup> Zu diesem Kriterium der Erforderlichkeit im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit, das wiederum eine Anwendung des allgemeinen Rationalitätskriterium der Pareto-Optimalität ist, siehe *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 181 ff.; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 149 Fn. 222; *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 111 ff.

Normative Theorien des Rechts können einzelne, mehrere oder alle Rechtssysteme zum Gegenstand haben.<sup>45</sup> Rechtsphilosophische Konzeptionen des Rechts zielen auf allgemeingültige Aussagen über das Recht. Aus der Weite ihres Anwendungsbereichs ergibt sich andererseits eine Schwäche hinsichtlich ihrer Inhalte. Sie gelangen kaum über abstrakte oder formale Aussagen hinaus. Interessantere normative Theorien des Rechts lassen sich entwickeln, wenn ihr Anwendungsbereich enger gefasst wird, etwa auf ein bestimmtes Rechtssystem oder einen Rechtskreis bezogen wird. Gleichwohl soll hier einem universalistischen rechtsphilosophischen Ansatz gefolgt werden.

Das Ziel, eine normative Konzeption des Rechts zu entwickeln, wirft die Frage auf, ob normative Aussagen wissenschaftlich begründbar sind. Ein ethischer Relativismus oder Skeptizismus bestreitet dies und hält nur deskriptive Theorien für wissenschaftlich begründbar.<sup>46</sup> Diese Auffassung erscheint jedoch unzutreffend. Sie stützt sich auf zwei Annahmen: die Trennung von Sein und Sollen sowie das Postulat der Werturteilsfreiheit der Wissenschaft.

(1) Die These der logischen Trennung von Sein und Sollen besagt, dass aus einem rein deskriptiven Satz kein normativer Satz folgt, und aus einem normativen Satz kein deskriptiver Satz.<sup>47</sup> So ist ein unzulässiger Schluss von einem Sein auf ein Sollen etwa: „Der Stärkere setzt sich durch. Daher hat der Stärkere das Recht zu herrschen.“ Jedoch führt die Trennung von Sein und Sollen lediglich dazu, dass zur Begründung normativer Folgerungen normative Prämissen angeführt werden müssen. Aus ihr folgt nicht, dass normative Theorien nicht wissenschaftlich begründbar sein können. Sie schließt insbesondere nicht aus, normative Gehalte des Rechtsbegriffs analytisch offenzulegen und so zu Aussagen mit normativem Gehalt zu gelangen, die notwendige Inhalte von Rechtssystemen aufzeigen.

---

<sup>45</sup> Dworkin schreibt Theorien des Rechts die Funktion zu, den Inhalt eines einzelnen Rechtssystems normativ zu bestimmen. Zugleich entwickelt seine interpretative Theorie des Rechts eine Methode hierfür. Siehe *Dworkin, Law's Empire*, 1986; *ders., Justice in Robes*, 2006.

<sup>46</sup> Insbesondere *Kelsen, The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, S. 141.

<sup>47</sup> Genauer: kein interessanter, inhaltlich gehaltvoller Satz, denn Systeme der deontischen Logik erlauben die Ableitung trivialer deskriptiver Sätze aus normativen Prämissen oder von trivialen normativen Sätzen aus deskriptiven Prämissen. Zur Sein/Sollen-Trennung siehe etwa *Stuhlmann-Laeisz, Das Sein-Sollen-Problem*, 1983; *Morscher, Normenlogik*, 2012, S. 203 ff.; *Zoglauer, Einführung in die formale Logik für Philosophen*, 4. Aufl., 2008, S. 23.

(2) Die Trennung von Sein und Sollen ist zu unterscheiden vom Postulat der Werturteilsfreiheit der Wissenschaft.<sup>48</sup> Letzteres basiert auf der Annahme, dass normative Theorien nicht wissenschaftlich (rational, objektiv) begründbar sind. Dies ist jedoch umstritten. Es gibt Ansätze, die eine rationale oder wissenschaftliche Begründbarkeit normativer oder evaluativer Aussagen möglich erscheinen lassen. Ein besonders fruchtbarer Ansatz, der auch der hier entwickelten Konzeption der Normbegründung zugrunde liegt, ist die Diskurstheorie.<sup>49</sup>

Es ist daher nicht anzunehmen, dass nur positivistische Theorien des Rechts wissenschaftlich möglich wären.<sup>50</sup> Andererseits bleibt die Frage, ob eine rationale oder wissenschaftliche Begründung einer normativen Theorie des Rechts gelingt, sei es auf universeller Ebene, sei es auch nur für bestimmte Rechtskulturen oder einzelne Rechtssysteme.

#### IV. *Recht, wie es ist, und Recht, wie es sein sollte*

Gegen die Adäquatheit normativer Rechtsbegriffe wird von Rechtspositivisten die Unterscheidung zwischen Recht, wie es ist, und Recht, wie es sein sollte, angeführt. Mit ihr wird dafür argumentiert, dass nur das positive Recht als Recht anzusehen sei, es aber kein überpositives Recht gebe. Als Recht, wie es sein soll, ist es dieser Ansicht nach gerade nicht das existierende, geltende Recht.

Allerdings ist diese Unterscheidung missverständlich und präzisierungsbedürftig. Die grundlegende Unterscheidung ist die zwischen Recht als Normensystem und Rechtspraxis als sozialer Tatsache (Recht vs. Rechtspraxis). Auf beide ist sodann die Unterscheidung deskriptiver und normativer Theorien anzuwenden. Daraus ergibt sich eine Vierteilung:

- (1) Rechtspraxis: tatsächliches Entscheidungsverhalten des Rechtstages.
- (2) Recht im deskriptiven Sinn: in Rechtspraxis als Recht anerkannte Normen.

---

<sup>48</sup> Dazu *Weber*, Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1968, S. 501 ff. Weber postuliert allerdings nicht Werturteilsfreiheit der Wissenschaft, sondern fordert die Offenlegung von Wertungen.

<sup>49</sup> Dazu sowie zu anderen Ansätzen rationaler Normbegründung *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 51 ff.

<sup>50</sup> Entgegen *Kelsen*, The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science, S. 137 ff.

- (3) Recht im normativen Sinn: Normen, die von den Organen des Rechtssystems angewandt werden sollen.
- (4) richtiges (gerechtes) Recht, d.h. Recht, wie es moralisch gesehen sein sollte.

Die Rechtspraxis als tatsächliches Entscheidungsverhalten ist von Recht in einem normativen Sinn zu unterscheiden, aber auch nicht mit Recht in einem deskriptiven Sinn zu identifizieren. Denn Recht ist ein System von Normen, nicht lediglich von Verhaltensweisen. Recht im deskriptiven Sinn sind die Normen, die eine Rechtspraxis leiten sollen, nicht die Praxis als solche.

Vom Recht im deskriptiven Sinn ist Recht im normativen Sinn zu unterscheiden. Es lässt sich anhand der Frage identifizieren, welche Normen die Organe des Rechtssystems in ihren Entscheidungen anwenden sollten und zur Begründung ihrer Entscheidungen verwenden sollten. Diese Frage ist auf der Grundlage des positiven Rechts zu beantworten, also keine rein moralische. Allerdings lässt sich der Normativitätsanspruch nicht vollständig auf der Basis positivrechtlicher Normen rechtfertigen. Recht im normativen Sinn muss daher moralische im Sinne von nicht-positiven normativen Kriterien der Rechtsgeltung einschließen.

Richtiges oder gerechtes Recht wiederum ist von Recht im normativen Sinn zu unterscheiden. Es ist Recht, wie es sein sollte. Das Recht im normativen Sinn ist hingegen tatsächlich geltendes Recht, tatsächlich geltend in dem Sinne, dass Rechtsorgane es tatsächlich anwenden sollen. Da Letzteres die positivrechtlichen Normen einschließt, kann es vom richtigen oder gerechten Recht abweichen. Aus Gründen der Rechtssicherheit oder auch der Legitimation des Gesetzgebers kann es geboten sein, auch moralisch fehlerhaftes positives Recht anzuwenden.

Es besteht daher eine Mehrdeutigkeit in der Konzeption des Rechts, wie es ist. Damit können die tatsächlich als Recht angewandten Normen gemeint sein, aber auch die Normen, die Rechtsorgane als Grundlage ihrer rechtlichen Entscheidungen anwenden sollen. Die Frage nach dem geltenden Recht muss daher präzisiert werden. Durch einen positivistischen Rechtsbegriff wird diese Mehrdeutigkeit hingegen verdeckt.

## D. Beobachter- und Teilnehmerperspektive

Von zentraler Bedeutung für die Theorie des Rechts ist die Unterscheidung von Beobachter- und Teilnehmerperspektive.<sup>51</sup> Es scheint, dass sie in Bezug auf Recht mit der zwischen deskriptiven und normativen Theorien zusammenfällt.<sup>52</sup> Teilnehmer am Rechtssystem treffen normative Urteile und stehen damit unter der argumentativen Verpflichtung, diese zu begründen.<sup>53</sup> Beobachter zielen nur auf eine Beschreibung und begriffliche Analyse des Rechts, ohne damit selbst normative Urteile zu verbinden. Natürlich muss aus der Beobachterperspektive auch die Perspektive der Teilnehmer am Rechtssystem erfasst und zutreffend beschrieben werden. Aber Beobachter treffen keine eigenen normativen Urteile. Dieser Punkt ist von H.L.A. Hart mit der Unterscheidung von internem und externem Standpunkt in die Rechtstheorie eingeführt worden.

### I. Interner und externer Standpunkt

Die Unterscheidung von internem und externem Standpunkt findet sich bei Hart in seiner Konzeption sozialer Regeln sowie im Kriterium für die Existenz einer obersten Erkenntnisregel, die das oberste Kriterium zur Identifikation der in einem Rechtssystem geltenden Rechtsnormen darstellt.

Soziale Regeln setzen nach Hart eine Verhaltensregelmäßigkeit zusammen mit einer reflexiven kritischen Einstellung voraus.<sup>54</sup> Letztere zeige sich insbesondere in der Kritik von Abweichungen von der Regel. Dies sei der interne Aspekt von Regeln. Hart erläutert den internen und den externen Aspekt von Regeln mit der Unterscheidung von internem und externem Standpunkt. Den externen Standpunkt nehme derjenige ein, der Regeln lediglich als Beobachter betrachte, ohne sie selbst zu akzeptieren. Den internen Standpunkt nehme ein, wer als Gruppenmitglied die Regeln akzeptiere und sie als Verhaltensmaßstab verwende:<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> Dazu *Dworkin*, *Law's Empire*, S. 14; *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, S. 47 ff.

<sup>52</sup> In soziologischen Theorien finden sich allerdings abweichende Verwendungweisen. Die Teilnahme an einem sozialen System muss nicht notwendig mit normativen Urteilen verbunden sein.

<sup>53</sup> Damit werden naturrechtliche Theorien verworfen, die beanspruchen, aus der Beschreibung der Natur normative Gesetze ableiten zu können.

<sup>54</sup> *Hart*, *The Concept of Law* (1961), 2. Aufl., 1994, S. 56 f.

<sup>55</sup> *Hart*, *The Concept of Law*, S. 89.

„When a social group has certain rules of conduct, this fact affords an opportunity for many closely related yet different kinds of assertion; for it is possible to be concerned with the rules, either merely as an observer who does not himself accept them, or as a member of the group which accepts and uses them as guides to conduct. We may call these respectively the ‚external‘ and the ‚internal points of view‘.“

Die oberste Erkenntnisregel ist eine Regel, die durch die Anerkennung durch die Rechtsanwendungsorgane erzeugt werde. Sie müsse zumindest von den Rechtsanwendungsorganen – also vom internen Standpunkt aus – als öffentlicher, gemeinsamer Standard angesehen werden. Es reiche nicht, wenn jeder einzelne Richter der Regel nur für sich folge. Abweichungen müssten vielmehr als Fehler kritisiert werden.<sup>56</sup> Zentral ist also die Anerkennung der obersten Erkenntnisregel, die sich in einer internen Einstellung – der Einnahme eines internen Standpunkts – ihr gegenüber zeigt.

Der interne Aspekt von Regeln bedarf allerdings der Präzisierung. Es ist zunächst zu unterscheiden, ob Regeln im empirischen Sinne (soziale Regeln) betrachtet werden oder aber Regeln im semantischen Sinn, d.h. Normen im Sinne der Bedeutung normativer Sätze. Eine rein empirische Betrachtung wäre extern, eine von Rechtsnormen im Sinne normativer Gehalte intern.

Es können ferner reflexive und kritische Einstellung im Sinne eines kognitiven und volitiven internen Standpunkts<sup>57</sup> unterschieden werden.<sup>58</sup> Von einem kognitiv-internen Standpunkt kann die Geltung einer Regel festgestellt werden, ohne eine Präferenz für deren Geltung zum Ausdruck zu bringen. Von einem volitiv-internen Standpunkt würde hingegen auch eine solche Präferenz geäußert.

Daraus ergeben sich verschiedene Möglichkeiten für die intern/extern-Differenzierung. Als „interne Einstellung“ kann zunächst die Betrachtung von Normen im Unterschied zur Betrachtung von sozialen Regeln als empirischen Tatsachen verstanden werden, also eine juristische im Unterschied zu einer soziologischen Betrachtungsweise. Letztere kann als extern-deskriptiv bezeichnet werden.

Sodann kann „interne Einstellung“ bedeuten, dass Geltungsaussagen innerhalb des betreffenden Rechtssystems gemacht werden. Die Geltungskriterien des betreffenden Systems werden akzeptiert, ohne sie zu bewerten. Dies wäre eine intern-deskriptive Einstellung.

<sup>56</sup> Hart, *The Concept of Law*, S. 115 f.

<sup>57</sup> Dazu *MacCormick*, H.L.A. Hart, 1981, S. 31 ff.; *ders.*, *Legal Theory and Legal Reasoning*, 1978, S. 288 ff.

<sup>58</sup> Dazu *Sieckmann*, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle*, S. 121.