

Suhrkamp Verlag

Leseprobe



Hart, H. L. A.
Der Begriff des Rechts

Mit dem Postskriptum von 1994 und einem Nachwort von Christoph Möllers. Aus dem Englischen von Alexander von Baeyer

© Suhrkamp Verlag
suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2009
978-3-518-29609-7

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2009

H. L. A. Harts 1961 erschienenes Werk *Der Begriff des Rechts* gilt als der bedeutendste Beitrag zur Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert. Wirkmächtig geworden ist etwa seine Unterscheidung zwischen primären und sekundären Regeln, also zwischen Verhaltensnormen und solchen, die Verfahren zur Schaffung von Verhaltensnormen vorgeben. Zugleich hat Harts Rechtspositivismus jedoch eine Reihe bedeutender Kritiker auf den Plan gerufen. Mit diesen setzt er sich in einem 1994 posthum veröffentlichten Postskriptum auseinander, das diese Ausgabe nun erstmals in deutscher Übersetzung zugänglich macht. Begleitet wird der Band durch ein Nachwort von Christoph Möllers.

H. L. A. Hart (1907-1992) war Professor für Allgemeine Rechtslehre in Oxford.

Christoph Möllers ist Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Verfassungsrecht, und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität Berlin. Im Suhrkamp Verlag erschienen: *Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik* (es 2545) und *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren* (es 2638, zusammen mit Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius und Christoph Schönberger)

H. L. A. Hart
Der Begriff des Rechts

Mit dem Postskriptum
von 1994
und einem Nachwort
von Christoph Möllers

Aus dem Englischen
von Alexander von Baeyer

Suhrkamp

Titel der Originalausgabe:
The Concept of Law (Second Edition)
© Oxford University Press 1961, 1994
Die Übersetzung wurde für diese Ausgabe
durchgesehen und teilweise korrigiert.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet
über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2009
Erste Auflage 2011

© dieser Ausgabe Suhrkamp Verlag Berlin 2011
Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Umschlag nach Entwürfen
von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt
Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim
Printed in Germany
ISBN 978-3-518-29609-7

Inhalt

Vorwort	9
I. Hartnäckige Fragen	12
1. Verwirrungen in der Rechtsphilosophie	12
2. Drei wiederkehrende Probleme	17
3. Definition	26
II. Rechtsnormen, Gebote und Befehle	31
1. Verschiedenartige Imperative	31
2. Rechtsnormen als zwingende Befehle	34
III. Verschiedene Arten von Rechtsnormen	40
1. Der Inhalt der Rechtsnormen	41
2. Der Anwendungsspielraum	57
3. Arten des Ursprungs	60
IV. Souverän und Untertan	66
1. Die Gewohnheit zu gehorchen und die Kontinuität des Rechts	67
2. Die zeitliche Geltung der Gesetze	79
3. Rechtliche Grenzen der legislativen Gewalt	84
4. Der Souverän hinter der Legislative	90
V. Recht als Einheit von primären und sekundären Regeln	99
1. Ein neuer Beginn	99
2. Die Idee der Verpflichtung	102
3. Die Elemente des Rechts	112
VI. Die Grundlagen eines Rechtssystems	122
1. Erkenntnisregel und rechtliche Gültigkeit	122
2. Neue Fragen	133
3. Die Pathologie des Rechtssystems	141
VII. Formalismus und Regelskeptizismus	148
1. Die offene Struktur des Rechts	148

2. Verschiedene Regelskeptizismen	161
3. Abschließende Autorität und Unfehlbarkeit der richterlichen Entscheidung	168
4. Das Element der Unbestimmtheit in der Erkenntnisregel	175
 VIII. Gerechtigkeit und Moral	183
1. Prinzipien der Gerechtigkeit	185
2. Moralische und rechtliche Verpflichtung	197
3. Moralische Ideale und Gesellschaftskritik	212
 IX. Gesetze und Moral	218
1. Naturrecht und Rechtspositivismus	218
2. Der Minimalinhalt des Naturrechts	227
3. Rechtsgültigkeit und moralischer Wert	235
 X. Internationales Recht	250
1. Quellen des Zweifels	250
2. Verpflichtungen und Sanktionen	253
3. Verpflichtung und die Souveränität der Staaten	258
4. Internationales Recht und Moral	266
5. Analogien der Form und des Inhalts	272
 <i>Anmerkungen</i>	279
 Postskriptum	315
Hinweis der Herausgeber	362
Anmerkung des Übersetzers	365
 Nachwort von Christoph Möllers	366
 <i>Personenregister</i>	388
<i>Sachregister</i>	390

H.L. A. Hart
Der Begriff des Rechts

Vorwort

Zweck meines Buches ist, das Verständnis von Recht, Zwang und Moralität als zwar verschiedenen, aber miteinander verbundenen sozialen Phänomenen zu fördern. Obwohl es in erster Linie für den Rechtswissenschaftler gedacht ist, hoffe ich doch, daß es auch für die von Nutzen sein wird, deren Hauptinteresse weniger auf das Recht allein gerichtet ist als auch auf Ethik, politische Philosophie oder Soziologie. Der Jurist wird dieses Buch als einen Versuch der analytischen Jurisprudenz betrachten, denn es befaßt sich damit, den allgemeinen Rahmen des Rechtsdenkens zu klären, statt Recht und Rechtspolitik zu kritisieren. Darüber hinaus habe ich gelegentlich Fragen aufgeworfen, die eigentlich die Bedeutungen von Worten betreffen. So habe ich den Unterschied von »being obliged« und »having an obligation«* behandelt und untersucht, wie sich der Satz, daß eine Regel eine gültige Rechtsregel ist, von der Vorhersage amtlichen Verhaltens unterscheidet, sodann, was mit der Behauptung gemeint ist, eine soziale Gruppe würde Regeln beachten, und wie diese Behauptung von jener sich unterscheidet oder ihr ähnelt, daß Mitglieder einer sozialen Gruppe gewohnheitsmäßig diese oder jene Dinge tun. In der Tat ist eines der zentralen Themen dieses Buches die Tatsache, daß weder Recht noch sonst eine soziale Struktur richtig verstanden werden können, wenn man nicht von vornherein zwei Aussagenarten unterscheidet, die ich »interne« und »externe« Aussagen nenne und die immer dann ins Spiel kommen, wenn man Regeln im sozialen Verkehr untersucht.

Abgesehen von seiner analytischen Aufgabe kann dieses Buch aber auch als ein Versuch in deskriptiver Soziologie angesehen werden. Denn die Annahme, daß die Untersuchung von Wortbedeutungen bloß Worte erhellt, ist falsch. Viele wichtige, aber nicht unmittelbar offensichtliche Unterscheidungen zwischen Typen sozialer Situationen und Beziehungen können dadurch am besten ans Licht gebracht werden, daß man den Standardgebrauch der ent-

* Dieser Unterschied wird in den folgenden Kapiteln erläutert; auf ihm beruht ein großer Teil der Hartschen Argumentation. Im Deutschen ist er nur annähernd wiederzugeben: »etwas tun müssen« und »eine normative Verpflichtung haben«.
(Anm. d. Übers.)

sprechenden Worte untersucht und erforscht, wie diese vom sozialen Kontext abhängen. Dies wird ja häufig nicht direkt ausgesprochen. Hier können wir uns durchaus von J. L. Austin sagen lassen, daß »ein geschärftes Bewußtsein für Worte unsere Wahrnehmung der Phänomene schärfen wird«.

Ich stehe schwer und offensichtlich in der Schuld anderer Autoren. Tatsächlich befaßt sich ein großer Teil des Buches mit Mängeln eines einfachen rechtssystematischen Modells, das am Leitfaden von Austins Befehlstheorie aufgestellt werden kann. Der Leser wird aber im Text sehr wenige Hinweise auf andere Autoren und sehr wenige Fußnoten finden, statt dessen am Ende des Buches ausführliche Anmerkungen, die dazu da sind, nach jedem Kapitel gelesen zu werden. Dort vergleiche ich die im Text vorgestellten Ansichten mit denen meiner Vorgänger und Zeitgenossen; dort werde ich Vorschläge unterbreiten, wie man die Diskussion in ihren Schriften fortsetzen kann. Ich habe dieses Vorgehen gewählt, weil die gedankliche Entwicklung des Buches kontinuierlich verläuft und durch den Vergleich mit anderen Theorien nur unterbrochen würde. Ich hatte aber auch ein pädagogisches Ziel im Auge: Ich hoffe, daß diese Anlage diejenigen enttäuschen wird, die da glauben, ein rechtsphilosophisches Werk sei primär ein Buch, aus dem man lernen könne, was andere Bücher enthielten. Es wird wenig Fortschritt in der Sache geben, solange sich dieser Glaube bei den Schreibenden erhält; und auch der erzieherische Wert wird sehr klein bleiben, solange die Lesenden dasselbe glauben.

Schon zu lange stehe ich in der Schuld zu vieler Freunde, als daß ich jetzt noch alle meine Verpflichtungen auseinanderhalten könnte. Ganz besonders bin ich A. M. Honoré verpflichtet, dessen detaillierte Kritik so manche Konfusion im Denken und Ungeschicklichkeit im Stil aufgedeckt hat. Ich habe versucht, sie zu beseitigen, aber ich fürchte, daß noch viel übriggeblieben ist, was er nicht billigen würde. Was in diesem Buch an politischer Philosophie und an seiner neuen Auslegung des Naturrechts von Wert ist, verdanke ich den Gesprächen mit G. A. Paul. Ebenfalls muß ich ihm für das Korrekturlesen danken. Höchst dankbar bin ich auch Rupert Cross und P. F. Strawson, weil sie den Text mit wohlütigem Rat und mit Kritik lasen.

Oxford, im Februar 1961

H. L. A. Hart

In den letzten zehn Jahren wuchs eine beträchtliche Zahl von kritischen Werken um dieses Buch heran. Ich ergreife die Gelegenheit dieser deutschen Ausgabe, um den Anmerkungen eine ausgewählte Bibliographie der wichtigsten kritischen Stimmen beizufügen.* Sie enthält daneben entscheidende und für mich erhellende Modifikationen und Fortentwicklungen meiner Thesen. Bei nächster Gelegenheit hoffe ich, eine detaillierte Diskussion dieser Themen vorlegen zu können.

Oxford, im Februar 1972

H. L. A. Hart

* In dieser Ausgabe nicht mehr enthalten. Siehe nun für die aktuellere Auseinandersetzung mit Kritikern und die entsprechenden Literaturangaben das Postskriptum in diesem Band.

I. Hartnäckige Fragen

I. Verwirrungen in der Rechtsphilosophie

Wenige Fragen nach der menschlichen Gesellschaft wurden mit solcher Hartnäckigkeit gestellt und von ernsthaften Denkern auf so verschiedene, merkwürdige und sogar paradoxe Arten beantwortet wie die Frage »Was ist Recht?«. Selbst wenn wir unsere Aufmerksamkeit auf die Rechtsphilosophie der letzten 150 Jahre beschränken und die klassische und mittelalterliche Spekulation über die »Natur« des Rechts vernachlässigen, finden wir uns vor eine Situation gebracht, zu der es auf keinem anderen systematisch als akademische Disziplin untersuchten Gebiet eine Parallele gibt. Der Frage »Was ist Chemie?« oder »Was ist Medizin?« wird keine so umfangreiche Literatur gewidmet wie der Frage »Was ist Recht?«. Ein paar Zeilen auf der ersten Seite eines elementaren Lehrbuches ist alles, was der Student jener Wissenschaften beachten soll; die Antworten, die er erhält, unterscheiden sich sehr von denen, die einem Jurastudenten angeboten werden. Niemand denkt, daß es erleuchtend oder wichtig ist zu betonen, Medizin sei, »was Ärzte gegen Krankheiten tun«, oder »eine Vorhersage dessen, was Ärzte tun werden«; niemand würde plötzlich erklären, daß ein gewöhnlich als charakteristisch anerkannter, zentraler Teil der Chemie, sagen wir die Lehre von den Säuren, gar kein Teil der Chemie sei. Und doch wurden im Fall des Rechts oft solche Dinge, die auf den ersten Blick nicht weniger merkwürdig anmuten, gesagt und nicht nur gesagt, sondern eloquent und leidenschaftlich vorgetragen, als ob sie Offenbarungen der Wahrheit über das Recht wären, welche lange durch grobe Fehlinterpretationen seiner Wesensnatur im dunkeln gelegen hätten.

»Was Beamte in Streitfällen tun ... ist das Recht«¹; »Prophezeiungen darüber, was die Gerichte tun werden ... verstehe ich als Recht«²; positive Gesetze sind »Quellen des Rechts ... nicht das Recht selbst«³; »Verfassungsrecht ist bloß positive Sittlichkeit«⁴;

1 Llewellyn, *The Bramble Bush* (2. Auflage, 1951), S. 9.

2 O. W. Holmes, »The Path of the Law«, in *Collected Papers*, 1929, S. 173.

3 J. C. Gray, *The Nature and Sources of Law*, 1929, § 276.

4 Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), 6. Vorlesung (Ausgabe von 1954, S. 259).

»Man soll nicht stehlen; wenn einer stiehlt, soll er bestraft werden ... Wenn das erstere überhaupt eine Norm ist, dann ist es in der zweiten enthalten, die die echte Norm ist ... Recht ist die primäre Norm, die die Sanktion festsetzt.«⁵

Dies sind nur einige der vielen positiven und negativen Behauptungen über die Natur des Rechts, die zumindest auf den ersten Blick fremd und paradox anmuten. Einige von ihnen scheinen tief eingewurzelten Ansichten zu widerstreiten und leicht widerlegbar zu sein, so daß wir versucht sind zu antworten: »Sicher, positive Gesetze *sind* Recht, zumindest eine Rechtsart unter anderen.« »Sicher, Recht kann nicht nur das heißen, was Beamte oder Gerichtshöfe tun, weil ja ein Beamter oder ein Gerichtshof erst durch das Recht eingesetzt werden.«

Dennoch haben nicht Seher oder Philosophen, deren Beruf es ist, die einfachsten Aussagen des Common sense zu bezweifeln, diese scheinbar paradoxen Äußerungen gemacht. Sie sind das Ergebnis einer langen Reflexion über das Recht, angestellt von Männern, die in erster Linie Juristen sind und die sich beruflich damit befassen, entweder Recht zu lehren oder es zu handhaben und in manchen Fällen ihm als Richter sogar zu dienen. Mehr noch, was sie über das Recht sagen, hat zu ihrer Zeit und an ihrem Ort unser Wissen vermehrt. Denn im jeweiligen Zusammenhang verstanden, sind diese Aussagen *zugleich* erleuchtend und verwirrend: Sie sind eher große Übertreibungen einiger Rechtswahrheiten, die ungebührlich vernachlässigt wurden, als kühle Definitionen. Durch das Licht, das sie werfen, können wir vieles vom Recht erkennen, das sonst verborgen läge. Aber dieses Licht ist so hell, daß es uns für alles andere blind macht und uns noch keine klare Sicht auf das Ganze gestattet.

Im Kontrast zu dieser endlosen theoretischen Debatte in den Büchern finden wir, daß die meisten Menschen leicht und bestimmt Beispiele für Gesetze geben können, wenn man sie danach fragt. Kaum ein Engländer weiß nicht, daß es ein Gesetz gibt, welches den Mord verbietet, oder ein Gesetz, das verlangt, Einkommenssteuer zu zahlen, oder das genau erklärt, wie man ein gültiges Testament macht. Im Grunde genommen kann jedermann, außer ein Kind oder ein Ausländer, der zum ersten Mal das englische

5 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1949), S. 61.

Wort »law« hört, beliebige Beispiele geben; die meisten Leute können sogar mehr als das. Vielleicht können sie in Umrissen erklären, wie man herausfindet, was und ob etwas in England Gesetz ist; sie wissen, daß es Experten gibt, die man konsultieren kann, und Gerichte, deren letztinstanzliche Autorität alle solche Fragen entscheidet. Die meisten Gebildeten haben eine Vorstellung davon, daß die Gesetze in England irgendeine Art von System bilden und daß es in Frankreich oder den Vereinigten Staaten oder in der Sowjetunion und auf jedem Platz der Erde, den man sich als ein eigenes Land denken kann, Rechtssysteme gibt, die sich trotz gewichtiger Unterschiede einigermaßen in ihrer Struktur ähneln. In der Tat wäre die Erziehung sehr unvollständig geblieben, wenn sie die Leute über diese Tatsachen in Unwissenheit gelassen hätte; ja, wir würden es nicht einmal als ein Zeichen großer Intelligenz und Bildung ansehen, wenn jene, die das alles wissen, auch die wichtigsten Ähnlichkeiten der verschiedenen Rechtssysteme nennen können. Von jedem gebildeten Menschen wird erwartet, daß er diese Hauptpunkte kennt und etwa das folgende dürre Gerüst zustande bringt. Dazu gehören 1. Regeln, die gewisse Verhaltensweisen bei Strafe verbieten oder gebieten; 2. Regeln, die von denen, die in bestimmter Weise Unrecht getan haben, verlangen, daß sie Schadensersatz leisten; 3. Regeln, die genau erklären, was man tun muß, um ein Testament zu machen, Verträge oder andere Abmachungen zu schließen, wodurch Rechte übertragen und Verpflichtungen geschaffen werden; 4. Gerichte, die die Regeln festlegen oder auslegen und sagen, wann sie gebrochen wurden, und die Strafe oder den zu zahlenden Schadensersatz bestimmen; und 5. eine Gesetzgebung, welche neue Regeln aufstellt und alte abschafft.

Wenn dies alles allgemeines Wissen ist, wie kommt es dann, daß die Frage »Was ist Recht?« geblieben ist und daß so verschiedene und außergewöhnliche Antworten auf sie gegeben wurden? Kommt es daher, daß es, abgesehen von den klaren Standardfällen, die von den Rechtssystemen der modernen Staaten konstituiert werden, wo auch kein vernünftiger Mensch daran zweifelt, daß es sich um Rechtssysteme handelt, zweifelhafte Fälle gibt und daß über deren »rechtliche Qualität« nicht nur die gebildeten Laien, sondern auch die Juristen streiten? Das primitive und das internationale Recht sind die bekanntesten zweifelhaften Fälle; und jeder weiß, daß es viele Gründe gibt, wenn sie auch meistens nicht

schlüssig sind, diesen Fällen den derzeit üblichen Sprachgebrauch des Wortes »Recht« abzuspochen.

Die Existenz dieser zweifelhaften oder strittigen Fälle hat zwar eine lang anhaltende und irgendwie sterile Kontroverse entstehen lassen, kann aber sicher nicht für die Verwirrung um die Natur des Rechts verantwortlich gemacht werden, deren Ausdruck die hartnäckige Frage ist: »Was ist Recht?« Daß sie nicht die Wurzeln unserer Schwierigkeiten sind, scheint aus zwei Gründen klar zu sein.

Erstens ist es offensichtlich, warum man in diesen Fällen zögert. Das internationale Recht hat keinen Gesetzgeber; Staaten können nicht ohne ihre vorherige Einwilligung vor internationale Gerichtshöfe gebracht werden; und es gibt kein zentral organisiertes effektives Sanktionensystem. Gewissen Typen des primitiven Rechts, einschließlich jenen, aus denen sich einige zeitgenössische Rechtssysteme allmählich entwickelt haben, fehlen ebenfalls diese Merkmale. Jedermann ist außerdem völlig klar, daß in diesen Punkten die Abweichung von den Standardfällen die Klassifikation zweifelhaft macht. Hier gibt es kein Geheimnis.

Zweitens ist es keine Besonderheit solcher komplexen Begriffe wie »Recht« und »Rechtssystem«, die uns zwingt, auf Standardfälle und strittige Grenzfälle zu achten. Es ist inzwischen eine bekannte Tatsache, obwohl man früher wenig darauf hinwies, daß die Unterscheidung zwischen Standardfällen und Grenzfällen fast immer getroffen werden muß bei Allgemeinbegriffen, mit denen wir das Leben des Menschen und seine Lebenswelt begrifflich einteilen und klassifizieren. Der Unterschied zwischen einem klaren Standardfall, bzw. einem Beispiel für den Gebrauch eines verbalen Ausdrucks, und den fragwürdigen Fällen ist manchmal nur ein gradueller. Ein Mann mit glänzendem Schädel ist sicher kahl; ein anderer mit waltender Mähne ist es sicher nicht; aber über die Frage, ob ein dritter mit schütterem Haar schon kahl ist, kann man unendlich lang diskutieren, wenn man das für nötig hält oder wenn irgendeine praktische Konsequenz davon abhängt.

Die Abweichung von den Standardfällen ist manchmal keine bloße Frage des Grades, sondern entsteht auch, wenn der Standardfall tatsächlich ein Komplex von normalerweise zusammengehörigen, aber unterschiedenen Elementen ist, von denen jedoch eines oder mehrere im strittigen Fall fehlen. Ist ein fliegendes Boot

ein »Schiff«? Ist es noch »Schach«, wenn das Spiel ohne Königin gespielt wird? Solche Fragen können lehrreich sein, weil sie uns zum Denken zwingen und dazu anhalten, unsere Vorstellung von der Zusammensetzung der Standardfälle zu explizieren. Aber es ist auch offenbar, daß der sogenannte Grenzaspekt der Dinge ein zu allgemeines Phänomen ist, um einer langen Debatte über das »Recht« etwas zuzutragen. Darüber hinaus ist nur ein relativ kleiner und unwichtiger Teil der berühmtesten und kontroversen Rechtstheorien damit befaßt, festzustellen, ob die Ausdrücke »primitives Recht« oder »internationales Recht« in den Fällen korrekt gebraucht werden, wo man sie für gewöhnlich anwendet.

Wenn wir an die ganz allgemeine Fähigkeit der Leute denken, Beispiele für Gesetz und Recht zu nennen, und wenn wir daran denken, wieviel man im allgemeinen über den Normalfall eines Rechtssystems weiß, könnte es leicht den Anschein haben, als wollten wir dem hartnäckigen Fragen »Was ist Recht?« ein Ende machen, indem wir an eine Reihe bereits bekannter Dinge erinnern. Warum sollten wir nicht die dürre Aufzählung der Hauptpunkte eines innerstaatlichen Rechtssystems wiederholen, die wir – etwas optimistisch – einem gebildeten Menschen in den Mund legen? Dann können wir sagen: »So sieht der Normalfall dessen aus, was man mit ›Recht‹ und ›Rechtssystem‹ meint; vergiß aber nicht, daß du außer diesen Standardfällen auch Verbindungen im sozialen Leben finden wirst, die zwar einige dieser Hauptpunkte gemeinsam haben, aber andere vermissen lassen. Sie sind strittige Fälle, wo es kein abschließendes Argument für oder gegen ihre Klassifikation als ›Recht‹ gibt.«

Auf solche Weise wäre die Frage angenehm kurz. Aber das wäre auch schon der ganze Vorzug. Denn es ist zuallererst klar, daß diejenigen, die am meisten von der Frage »Was ist Recht?« verwirrt sind, die vertrauten Fakten jener dürren Antwort nicht vergessen haben und auch daran nicht erinnert zu werden brauchen. Die tiefe Verwirrung, welche die Frage am Leben erhielt, ist nicht Unwissen oder Vergeßlichkeit oder die Unfähigkeit, das Phänomen, auf das sich das Wort »Recht« gemeinhin bezieht, zu erkennen. Und wenn wir weiterhin die einzelnen Titel unserer dürren Aufzählung betrachten, sehen wir, daß sie wenig mehr tut, als zu behaupten, daß im Normalfall Gesetze verschiedener Art zusammenkommen. Das ist so, weil Gericht und Legislative, die in unserer kurzen Auf-

zählung als typische Elemente des normalen Rechtssystems auftauchen, selbst Schöpfungen des Rechts sind. Nur wenn es gewisse Gesetzestypen gibt, die den Menschen die Jurisdiktion verleihen, Rechtsfälle zu beurteilen, und die Autorität, Gesetze zu machen, konstituieren sie ein Gericht und eine Legislative.

Diese Art, die Frage kurz abzutun, macht nicht viel mehr, als den Fragenden an schon existierende Übereinkünfte zu erinnern, die den Sprachgebrauch der Worte »Recht« und »Rechtssystem« beherrschen, und ist deshalb nutzlos. Offenbar ist der beste Weg derjenige, die Antwort auf die Frage »Was ist Recht?« hinauszuschieben, bis wir herausgefunden haben, was denn die Leute so verlegen macht, welche die Frage gestellt und zu beantworten versucht haben, obwohl ihre Vertrautheit mit dem Recht und ihre Fähigkeit, Beispiele dafür anzugeben, außer Frage steht. Was wollen sie mehr wissen, und warum wollen sie es wissen? Auf *diese* Frage kann so etwas wie eine allgemeine Antwort gegeben werden. Denn es gibt einige immer wiederkehrende Hauptthemen, worin sich alle Argumente und Gegenargumente über die Natur des Rechts stets versammelt haben und die so übertriebene und paradoxe Behauptungen wie die bereits zitierten provozierten. Die Spekulation über die Natur des Rechts hat eine lange und komplizierte Geschichte. In der Rückschau jedoch ist es offenbar, daß sie sich fast immer auf nur einige wenige Hauptprobleme konzentrierte. Man hat sie nicht umsonst gewählt oder aus reinem Vergnügen an der akademischen Diskussion erfunden; sie betreffen Aspekte des Rechts, die ganz natürlich und zu jeder Zeit Mißverständnisse entstehen ließen, so daß einerseits Verwirrung und andererseits das Bedürfnis nach größerer Klarheit besteht selbst bei den nachdenklichen Menschen, die das Recht sicher beherrschen und kennen.

2. Drei wiederkehrende Probleme

Wir werden hier drei prinzipiell wiederkehrende Probleme unterscheiden und später zeigen, warum sie formal im Verlangen nach einer *Definition* des Rechts zusammenkommen oder in der Frage »Was ist Recht?« bzw. in den etwas dunkel formulierten Fragen wie zum Beispiel: »Was ist die Natur (oder das Wesen) des Rechts?«

Zwei Probleme entstehen auf die folgende Weise. Das hervor-

ragendste allgemeine Merkmal des Rechts ist zu allen Zeiten und überall, daß seine Existenz impliziert, daß einige Arten des menschlichen Verhaltens nicht mehr wahlfrei, sondern *im gewissen Sinne* obligatorisch sind, d. h., der Mensch ist zu einem gewissen Verhalten verpflichtet. Allerdings ist diese einfache Charakterisierung des Rechts gar nicht so einfach. Denn im Bereich des nichtfreien, obligatorischen Verhaltens können wir verschiedene Formen unterscheiden. Der erste und einfachste Sinn, in dem ein Verhalten nicht mehr frei ist, liegt dann vor, wenn ein Mensch von einem anderen gezwungen wird, das zu tun, was dieser ihm sagt, nicht weil er physisch gezwungen, weil sein Körper gestoßen oder gezogen würde, sondern weil der andere ihm widrigenfalls unangenehme Konsequenzen androht. Der bewaffnete Räuber befiehlt dem Opfer, ihm seinen Geldbeutel zu übergeben, und droht zu schießen, wenn jenes sich weigert. Wenn das Opfer nachgibt, nennen wir diese Art des Zwangs »Nötigung« (he was *obliged*). Es schien nun einigen Autoren, daß man mit dieser Situation das Wesen des Rechts erfaßt oder zumindest »den Schlüssel zur Rechtswissenschaft«⁶ empfangen habe – nämlich in dem Sachverhalt, daß eine Person einer anderen einen von Drohungen unterstützten Befehl gibt und sie im Sinn der Nötigung zwingt, sich dem Befehl zu unterwerfen. Hiervon gehen Austins Analysen aus, durch die die englische Jurisprudenz so sehr beeinflusst wurde.

Natürlich bestehen keine Zweifel darüber, daß ein Rechtssystem neben anderen Aspekten auch diesen zeigt. Ein Strafgesetz, das bestimmtes Verhalten zum Verbrechen erklärt und die Strafe festsetzt, die der Täter verwirkt, hat einige Ähnlichkeit mit der Situation des bewaffneten Räubers. Der einzige Unterschied ist scheinbar geringfügig: Beim Strafrecht werden einer Gruppe generell Befehle gegeben, die sie auch zu befolgen pflegt. So attraktiv aber die Reduktion des komplexen Rechtsphänomens auf dieses einfache Geschehen sein mag, so stellt sich bei genauerer Hinsicht doch heraus, daß die Reduktion den wahren Sachverhalt verdreht und deshalb eine Quelle der Konfusion ist; dies sogar im Fall des Strafrechts, wo eine so einfache Analyse noch am meisten plausibel erscheint. Wie also unterscheiden sich das Recht und die rechtliche Verpflichtung (*legal obligation*) von den durch Drohungen unterstützten Befehlen,

6 Austin, a.a.O., Lecture I, S. 13; er fügt hinzu »und zur Moral«.

und in welchem Verhältnis stehen sie zueinander? Zu allen Zeiten war dies ein Kardinalproblem, das sich hinter der Frage »Was ist Recht?« verbarg.

Ein anderes Problem entsteht aus der zweiten Art, in der Verhalten nicht freiwillig, sondern obligatorisch ist. Moralische Regeln legen Verpflichtungen auf und entziehen der freien Wahl des Individuums gewisse Verhaltensmöglichkeiten. Genauso wie das Rechtssystem Elemente enthält, die auf die einfachen Fälle der durch Drohungen unterstützten Befehle passen, so enthält es auch Elemente, die eng mit gewissen Aspekten der Moral verbunden sind. In beiden Fällen ist es schwierig, genau die Beziehung zu erkennen, und man gerät in die Versuchung, in der offensichtlich engen Verbindung eine Identität zu sehen. Das Recht und die Moral haben nicht nur das gleiche Vokabular, so daß es sowohl legale als auch moralische Pflichten und Rechte gibt, sondern auch alle staatlichen Rechtssysteme reproduzieren, was im wesentlichen Moral und Sitten verlangen. Der Mord und die ungerechtfertigte Gewaltanwendung sind nur die bekanntesten Beispiele, wo die Verbote des Rechts und der Moral zusammenkommen. Und es gibt eine Idee, nämlich die der *Gerechtigkeit*, die beide Gebiete zu vereinen scheint: Gerechtigkeit ist eine Tugend, die zumal dem Recht zukommt und die die rechtmäßigste aller Tugenden ist. Wir denken und sagen: »das ist *nach* dem Gesetz gerecht«, aber wir sprechen auch von der Gerechtigkeit *der* Gesetze.

Diese Tatsachen lassen uns vermuten, daß man Gesetz und Recht am besten als einen »Zweig« der Moral oder Gerechtigkeit versteht und daß die Übereinstimmung mit den Prinzipien der Moral und Gerechtigkeit eher als sein Gehalt an Befehlen und Drohungen das »Wesen« des Rechts ausmacht. Diese Lehre ist nicht nur für die scholastische Theorie des Naturrechts charakteristisch, sondern auch für eine gewisse zeitgenössische Rechtsphilosophie, die den von Austin überkommenen Rechtspositivismus kritisiert. Wiederum scheinen hier die Theorien, die Recht und Moral einander so sehr angleichen, schlußendlich die eine Art des obligatorischen Verhaltens mit der anderen zu vermengen. Sie lassen nicht genügend Raum, zwischen den Regeln des Rechts und den Regeln der Moral zu unterscheiden und beider Voraussetzungen zu differenzieren. Diese Unterschiede sind mindestens ebenso wichtig wie die auch vorhandenen Ähnlichkeiten. So klingt die Behauptung,

daß ein »ungerechtes Gesetz kein Gesetz ist«,⁷ genauso übertrieben und paradox, wenn nicht gar falsch, wie die Behauptung, »statutes are not laws« oder »Verfassungsrecht ist kein Recht«. Für ein solches Schwanken zwischen Extremen, das die ganze Geschichte der Rechtsphilosophie beherrscht, ist es bezeichnend, daß diejenigen, welche in der engen Angleichung von Gesetz und Moral nicht mehr gesehen haben als den falschen Schluß aus der Tatsache, daß Recht und Moral für Rechte und Pflichten die gleichen Worte *haben*, deshalb mit gleichermaßen übertriebenen und paradoxen Behauptungen dagegen protestieren. »Prophezeiungen, was die Gerichte tun werden, sind in der Tat das und nichts weiter als das, was ich unter ›Recht‹ verstehe.«⁸

Das dritte Hauptproblem, das die Frage »Was ist Recht?« ewig bewegt hat, ist allgemeinerer Art. Auf den ersten Blick könnte es den Anschein haben, daß die Aussage, ein Rechtssystem bestehe – im allgemeinen wenigstens – aus *Regeln*, kaum zu bezweifeln oder schwer zu verstehen sei. Diejenigen, welche den Schlüssel für das Verständnis des Rechts im Begriff der von Drohungen unterstützten Befehle fanden, und die, welche ihn in der Beziehung des Rechts zur Moral bzw. Gerechtigkeit fanden, sprechen in gleicher Weise davon, daß das Recht Regeln enthalte, wenn nicht gar überwiegend daraus bestehe. Nun liegt die Ursache der Verwirrung um die Natur des Rechts hauptsächlich in diesem unbefriedigenden, konfusen und unsicheren Begriff, der so unproblematisch erscheint. Was *sind* Regeln? Wenden die Gerichte wirklich Regeln an, oder tun sie bloß so? Was heißt, daß Regeln *existieren*, wie man sagt? Nachdem dieser Begriff durch die Jurisprudenz dieses Jahrhunderts thematisch gemacht worden war, traten sogleich die größten Meinungsverschiedenheiten auf, die wir aber nur werden andeuten können.

Natürlich ist es wahr, daß es Regeln verschiedenster Typen gibt, nicht nur in dem offenbaren Sinn, daß es neben den rechtlichen Regeln solche des Benehmens und der Sprache, auch Spiel- und Clubregeln gibt, sondern in dem weniger offenbaren Sinn, daß sogar innerhalb einer jeden dieser Sphären das, was Regeln heißt, auf verschiedene Arten entstehen und sehr verschiedene Beziehungen

7 »Non videtur esse lex quae justa non fuerit«; Augustin, *De libero arbitrio*, 5; Thomas, *Summa Theologica*, q. XCV, a. 2 und 4.

8 Holmes, a.a.O.