

Analytische Rechts- philosophie

Grundlagentexte

Herausgegeben von

Felix Koch,

Amir Mohseni und

David P. Schweikard

suhrkamp taschenbuch

wissenschaft

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2219

Was ist ein Rechtssystem? Lassen sich Gehalt und Geltung rechtlicher Normen unabhängig von moralischen Annahmen bestimmen? Wodurch zeichnet sich Rechtsstaatlichkeit aus? Diese grundlegenden Fragen sind im angloamerikanischen Raum in den letzten Jahrzehnten unter der Rubrik »general jurisprudence« diskutiert worden. Die klassische Gegenüberstellung von »Positivismus« und »Naturrecht« ist dabei in ihren Konturen geschärft, zugleich aber auch grundlegend problematisiert worden. Der Band macht zentrale und debattenprägende Texte der analytischen Rechtsphilosophie zugänglich und vermittelt einen Eindruck von der Lebendigkeit und theoretischen Fruchtbarkeit dieser Disziplin.

Felix Koch ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Philosophie der Freien Universität Berlin.

Amir Mohseni ist Projektleiter am Exzellenzcluster »Religion und Politik« an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

David P. Schweikard ist Juniorprofessor für Politische Philosophie Europas am Philosophischen Seminar der Europa-Universität Flensburg. Im Suhrkamp Verlag hat er herausgegeben: *Kollektive Intentionalität. Eine Debatte über die Grundlagen des Sozialen* (stw 1898, zus. mit Hans Bernhard Schmid).

Analytische Rechtsphilosophie

Grundlagentexte

Herausgegeben von
Felix Koch, Amir Mohseni
und David P. Schweikard

Suhrkamp

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

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2219

Erste Auflage 2019

© Suhrkamp Verlag Berlin 2019

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 978-3-518-29819-0

Inhalt

Danksagung	7
<i>Felix Koch und Amir Mohseni</i>	
Analytische Rechtsphilosophie: Grundzüge einer Debatte ..	9
<i>1. H. L. A. Hart</i>	
Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral	55
<i>2. Lon L. Fuller</i>	
Positivismus und Gesetzestreue	101
<i>3. H. L. A. Hart</i>	
Recht als Einheit von primären und sekundären Regeln ...	152
<i>4. Ronald Dworkin</i>	
Das Regelmodell II	193
<i>5. Jules L. Coleman</i>	
Negativer und positiver Positivismus	245
<i>6. Joseph Raz</i>	
Autorität, Recht und Moral	282
<i>7. John Finnis</i>	
Wertung, Beschreibung und das Wesen des Rechts	326
<i>8. John Gardner</i>	
Rechtspositivismus: Fünfeinhalb Mythen	358
<i>9. Michael S. Moore</i>	
Recht als Gerechtigkeit	399
<i>10. Joseph Raz</i>	
Die Rechtsstaatlichkeit und ihr Wert	448
<i>11. Leslie Green</i>	
Der Positivismus und die Untrennbarkeit von Recht und Moral	473
<i>12. Jeremy Waldron</i>	
Wer braucht Anerkennungsregeln?	507

<i>13. Timothy A. O. Endicott</i>	
Die Unmöglichkeit der Rechtsstaatlichkeit	540
<i>14. Julie Dickson</i>	
Zur Methodologie in der Rechtsphilosophie	570
Textnachweise	629

Danksagung

Für die Unterstützung der Arbeit an diesem Band danken wir Stefan Gosepath, Michael Quante und R. Jay Wallace sowie der Einstein-Stiftung Berlin und dem Exzellenzcluster »Religion und Politik« an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Außerdem möchten wir uns bei Lasse Lorenzen, Thomas Meyer, Luise Müller, Sebastian Ostritsch und Karl Christoph Reinmuth für ihre Übersetzungsarbeit sowie bei Jeremias Düring, Yvonne Elger, Anna Kahmen, Simon Parketta und Nadja Winning für ihre Mithilfe bei der Einrichtung des Manuskripts bedanken. Julie Dickson, Timothy Endicott, John Finnis, Leslie Green, Michael Moore, Joseph Raz und Jeremy Waldron danken wir für die freundliche Erlaubnis zum Abdruck ihrer Texte. Wir bedauern sehr, dass wir John Gardner, der kurz vor der Drucklegung dieses Bandes viel zu früh verstorben ist, an dieser Stelle nicht mehr unseren Dank übermitteln können.

Jan-Erik Strasser vom Suhrkamp Verlag sind wir für sein hervorragendes Lektorat zu besonderem Dank verpflichtet, ebenso Philipp Hölzing für die geduldige Betreuung des Projekts in seiner Entstehungsphase.

Felix Koch
Amir Mohseni
David P. Schweikard

Felix Koch und Amir Mohseni

Analytische Rechtsphilosophie: Grundzüge einer Debatte

I. Zum Zweck dieses Bandes

Rechtssysteme sind ein zentrales Element gegenwärtiger wie auch vieler früherer Gesellschaftsformen. Rechtliche Normen bestimmen das Handeln von Beamten und Behörden, insbesondere von Gerichten, und in beträchtlichem Maße auch das Handeln privater Akteure. Sie setzen diesem Handeln Grenzen, und in vielen Fällen ermöglichen sie es allererst, denn es gehört zum Zweck auch zahlreicher ganz alltäglicher Handlungen, bestimmte rechtliche Tatsachen hervorzubringen. Aber worin besteht überhaupt die Existenz eines Rechtssystems, und was prädestiniert es dazu, diese handlungsleitende Rolle zu spielen? Und wie verhalten sich die Normen des positiven Rechts zu moralischen Rechten und Pflichten?

Den Versuch einer systematischen Antwort auf diese Fragen hat 1961 H. L. A. Hart in seinem Buch *The Concept of Law* unternommen und damit den Anstoß zu einem halben Jahrhundert intensiver philosophischer Forschung zu Grundfragen der Rechtsphilosophie gegeben, bei der Philosophie und Rechtswissenschaft auf höchst produktive Weise ineinander greifen. Aus einer Reihe unterschiedlicher Gründe, darunter nicht zuletzt der zentralen Rolle Harts, haben bei dieser Forschung Publikationen aus dem englischen Sprachraum den Takt angegeben. Während Harts Buch, ein moderner Klassiker der Philosophie, ins Deutsche übersetzt und auch auf Deutsch mehr oder weniger breit rezipiert wurde, haben sich Philosophen und Rechtswissenschaftler aus dem deutschen Sprachraum nur vergleichsweise wenig an den daran anschließenden Debatten beteiligt. Ein wesentliches Ziel dieses Bandes ist es, durch die Auswahl und Übersetzung exemplarischer englischsprachiger Beiträge aus den vergangenen sechzig Jahren den dort entwickelten rechtsphilosophischen Fragestellungen, Positionen, Argumenten und begrifflichen Differenzierungen ein breiteres Publikum zu gewinnen. Mit diesem Anliegen wendet sich der Band sowohl an Phi-

losophinnen und Philosophen als auch an Juristinnen und Juristen, die sich für die philosophische Reflexion auf die begrifflichen und normativen Grundlagen ihres Gegenstands interessieren. Damit ist auch die Hoffnung verbunden, dass der Band in Forschung wie Lehre zu einer Intensivierung des Gesprächs zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft beitragen kann.

Alle der hier versammelten Autoren sind einflussreiche und teils (im Falle von Hart, Dworkin, Raz und Finnis) den Debat-tenverlauf nachhaltig prägende Stimmen. Ihre hier abgedruckten Beiträge bilden mit den vielfachen gegenseitigen Bezugnahmen einen über Jahrzehnte hinweg fortgeführten Diskussionszusammenhang. Dazu trägt sicherlich auch der auffällige Umstand bei, dass ein Großteil von ihnen mit der Universität Oxford verbunden ist oder war. Raz, Finnis und in gewissem Umfang auch Dworkin waren dort die Schüler Harts, und alle drei hatten dort später selber rechtsphilosophische Lehrstühle inne. Mehrere weitere Autoren des Bandes – Green, Gardner, Endicott und Dickson – haben wiederum in Oxford bei den gerade genannten Philosophen ihre rechtsphilosophische Ausbildung erhalten und lehren heute selbst dort. Aus dieser Konstellation ergeben sich gemeinsame Schwerpunktsetzungen, die zwar einerseits die Gefahr blinder Flecken beinhalten mögen, andererseits aber eine philosophisch sehr ertragreiche argumentative Verdichtung und Detailgenauigkeit ermöglicht haben.¹

Die Auswahl der Texte wurde durch zwei hauptsächliche Ziele angeleitet: nämlich zum einen wichtige Stationen der an Hart anschließenden Debatte um das Wesen und die Grundlagen des Rechts zu präsentieren, zugleich und vor allem aber auch exemplarische Behandlungen grundlegender rechtsphilosophischer Fragen zu versammeln. Dabei mussten unvermeidlich Schwerpunkte gesetzt werden, weshalb eine Reihe von Themen, die durchaus als rechtsphilosophische Grundlagenfragen gelten können, entweder gar nicht oder nur *en passant* zur Sprache kommen. Dazu gehören insbesondere Grundlagenfragen, die primär in einzelnen Rechtsgebieten auftreten, wie zum Beispiel die Frage der Verantwortung im Strafrecht oder die Frage nach der Begrenzung legislativer Ge-

1 Vgl. dazu insbesondere Nicola Lacey's Biographie von Hart, die zugleich eine Studie seines intellektuellen Umfeldes ist: Nicola Lacey, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford 2006.

walt im Verfassungsrecht. Weitgehend ausgespart bleiben aber auch manche Fragen der im Folgenden noch zu charakterisierenden »allgemeinen Rechtsphilosophie«, zum Beispiel für Fragen zu den Kriterien und Methoden der Rechtsauslegung und des richterlichen Entscheidens.²

Ein besonders ins Auge stechender Aspekt der Textauswahl ist das starke Ungleichgewicht der Geschlechter. Leserinnen und Leser, die sich mit der betreffenden Literatur vertraut machen, werden selber darüber befinden, inwieweit dieses Ungleichgewicht primär den Herausgebern zur Last zu legen ist. Aus unserer Sicht ist es ein sehr bedauerlicher, aber kaum zu leugnender Umstand, dass bis in die jüngste Zeit nur sehr wenige einschlägige Beiträge von Frauen zu finden sind.³ Mit Julie Dickson ist allerdings eine der wichtigsten Stimmen der gegenwärtigen Grundlagendebatte vertreten, die maßgeblich für eine pointierte Erweiterung des rechtsphilosophischen Blickfeldes auf Fragen der philosophischen Methode verantwortlich zeichnet.

Die folgenden Abschnitte bieten eine knappe (und keine Vollständigkeit beanspruchende) Übersicht über die zentralen Themen des Bandes und über die systematischen und debattenhistorischen Zusammenhänge zwischen den Beiträgen sowie Hinweise auf weiterführende Literatur.

- 2 Erwähnt werden sollte an dieser Stelle auch, dass einige der maßgeblichen Beiträge in Form von Monographien vorliegen. Neben Harts wegweisendem Buch sind dabei insbesondere drei weitere Werke zu nennen: Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford 1975/21990, in deutscher Übersetzung: *Praktische Gründe und Normen*, Frankfurt/M. 2006; John M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980; Ronald M. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (MA) 1986.
- 3 Eine nennenswerte Ausnahme bildet Ruth Gavison, »Natural Law, Positivism, and the Limits of Jurisprudence. A Modern Round«, in: *Yale Law Journal* 91, 6 (1982), S. 1250-1285. Dieser Text wurde hier deshalb nicht aufgenommen, weil er primär eine kritische Exegese bietet. Eine weitere besonders zu nennende Autorin ist Nicola Lacey, die das in den hier präsentierten Texten verfolgte Projekt einer dezidiert analytischen Rechtsphilosophie grundsätzlich in Frage stellt und für dessen Auflösung in eine kritische Gesellschaftstheorie des Rechts plädiert, dieses Programm indessen im Sinne einer »special jurisprudence« spezifisch am Begriff der juristischen Verantwortung durchführt. Siehe dazu unter anderem Nicola Lacey, »Jurisprudence, History, and the Institutional Quality of Law«, in: *Virginia Law Review* 101 (2015), S. 919-945.

2. Was ist allgemeine Rechtsphilosophie?

Viele wichtige Beiträge zur analytischen Rechtsphilosophie gehören zur sogenannten *special jurisprudence*: Sie befassen sich mit philosophischen Fragen, die sich in Bezug auf einzelne Rechtsgebiete ergeben. Zur speziellen Rechtsphilosophie gehören zum Beispiel Fragen nach der Rechtfertigung von Strafe, nach der Funktionsweise von Verträgen, nach der begrifflichen Erfassung und Rechtfertigung von Eigentumsregelungen, nach der juristischen Relevanz fahrlässigen Verhaltens oder nach dem Status von Verfassungsnormen.⁴

Die für diesen Band ausgewählten Texte beschäftigen sich demgegenüber mit Fragen der *general jurisprudence*, der allgemeinen Rechtsphilosophie.⁵ Es sind Fragen, die das Recht als solches betreffen: das Wesen, die Geltung und die Funktion rechtlicher Normen, ganz gleich, welche Lebensbereiche von ihnen betroffen sind.⁶ Zu den grundlegenden Fragen der allgemeinen Rechtsphilosophie gehören zum Beispiel die folgenden:

(1) Was ist rechtliche Geltung? Welche Bedingungen muss eine Norm erfüllen, damit sie geltendes Recht darstellt?

(2) Woraus speist sich der Gehalt des geltenden Rechts? Was sind seine inhaltlichen Quellen? Gehören zu diesen Quellen neben Gesetzestexten zum Beispiel auch Präzedenzfälle, Gewohnheitsrecht, rechtswissenschaftliche Lehrmeinungen, Doktrinen der Rechtsauslegung oder moralische Prinzipien?

4 Die Bedeutung Harts für mehrere Gebiete der *special jurisprudence* steht seinen Leistungen in der allgemeinen Rechtsphilosophie nicht nach; siehe insbesondere die einflussreichen Aufsätze in Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford 1968, sowie H. L. A. Hart und Tony Honore, *Causation in the Law*, Oxford 1959.

5 Die Bezeichnungen »jurisprudence« und »legal philosophy« werden in der gegenwärtigen anglophonen Literatur zumeist austauschbar verwendet. Deshalb wird »general jurisprudence« hier überwiegend durch »allgemeine Rechtsphilosophie« übersetzt anstatt durch die im Deutschen für den betreffenden Fragebereich vielleicht gebräuchlicheren Ausdrücke »allgemeine Rechtstheorie« oder »allgemeine Rechtslehre«.

6 Zu dieser Unterscheidung vgl. u. a. Leslie Green, »General Jurisprudence. A 25th Anniversary Essay«, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 4, 1 (2005), S. 565-580; Jeremy Waldron, »Can There be a Democratic Jurisprudence?«, in: *Emory Law Journal* 58 (2009), S. 675-712.

(3) Was ist rechtliche Verbindlichkeit oder Verpflichtung? Wie verhält sich rechtliche Verpflichtung zu moralischer Verpflichtung? Ist sie eine Art von moralischer Verpflichtung oder impliziert sie diese?

(4) Worin besteht der Wert von Rechtssystemen? Ist ihr Wert immer bloß instrumenteller Art, oder kann die Existenz eines Rechtssystems auch ein konstitutives oder intrinsisches Gut sein?

Eine häufig wiederkehrende Frage in der allgemeinen Rechtsphilosophie ist die nach dem Verhältnis zwischen positivem Recht und Moral. Aber schon ein Blick auf die vier gerade genannten Problemkomplexe zeigt, dass diese Frage unterbestimmt ist. Sie kann sich auf jeden dieser Komplexe beziehen, aber auch auf andere in der allgemeinen Rechtsphilosophie anzutreffende Thesen wie etwa die, dass geltendes Recht notwendigerweise moralische Autorität beansprucht.

Aus ähnlichen Gründen sollte man einer Gegenüberstellung mit Vorsicht begegnen, die in der allgemeinen Rechtsphilosophie häufig anzutreffen ist und große Bereiche der rechtsphilosophischen Debatte strukturiert: nämlich der Entgegensetzung von »positivistischen« und nicht- oder antipositivistischen Theorien, die häufig unter dem Stichwort »Naturrecht« diskutiert werden. Eine wesentliche Pointe der Debatten, die in den hier gesammelten Texten geführt werden, ist, dass diese Kategorien unterkomplex und daher für weiterreichende philosophische Klärungen nur von begrenztem Wert sind. Die Ausdrücke »Positivismus«, »Nichtpositivismus« und »Naturrecht« bezeichnen in der Redeweise unterschiedlicher Autoren unterschiedliche Thesen beziehungsweise Antworten auf unterschiedliche Fragen. Um sich systematisch zu orientieren, ist es hilfreicher, den Fokus auf diese spezifischen Thesen und Fragen zu richten als auf die allgemeinen Rubriken.

In der von Hart ausgehenden Tradition der analytischen Rechtsphilosophie hat sich ein Konsens herausgebildet, mit dem Ausdruck »Rechtspositivismus« zumindest zwei allgemeine Thesen zu bezeichnen, eine negative und eine positive. Die negative These, häufig als »Trennungsthese« (mitunter auch als »Trennbarkeitsthese«) bezeichnet, lautet, dass die Antwort auf die Frage, was (in einer bestimmten Jurisdiktion) das Recht ist, nicht oder zumindest nicht grundlegend davon abhängt, was das Recht sein sollte. Die positive These, häufig als »Sozialthese« bezeichnet, besagt, dass alle

rechtlichen Normen ihre Grundlage in rein deskriptiv erfassbaren gesellschaftlichen Tatsachen haben, etwa in der Existenz bestimmter Dokumente und sozialer Praktiken.

Je nachdem, welche genauere Spezifizierung diese Thesen und die in ihnen vorkommenden Begriffe erfahren, ergeben sich signifikant unterschiedliche Spielarten des Rechtspositivismus.⁷ So ist mitunter als »Trennungsthese« auch die Behauptung bezeichnet worden, es gebe keinerlei notwendige Beziehungen zwischen positivem Recht und Moral. Aber diese weitreichende und, wie in mehreren der hier versammelten Texte argumentiert wird, spätestens auf den zweiten Blick unplausible Behauptung akzeptieren die wenigsten der Philosophen, die sich selber als Rechtspositivisten verstehen. Viele von ihnen, darunter Hart und Raz, erkennen durchaus die Möglichkeit wichtiger und sogar notwendiger Verbindungen zwischen Recht und Moral an.⁸ Die in diesem Band abgedruckten Aufsätze von John Gardner und Leslie Green (Kapitel 8 und 11) bemühen sich um eine genauere Klärung der Frage, was genau den Kern einer positivistischen Theorie des Rechts ausmacht, und weisen dabei eine Reihe vermeintlicher Festlegungen einer solchen Theorie als Missverständnisse oder Verzeichnungen zurück.⁹

Ähnliche Vorsicht wie bei der genauen Charakterisierung des Positivismus ist in Bezug auf nichtpositivistische Konzeptionen des Rechts angebracht. Es hat sich eingebürgert, nichtpositivistische Rechtstheorien unter der Bezeichnung »Naturrechtstheorien« zusammenzufassen. Aber die Entgegensetzung von Rechtspositivismus und »Naturrecht« lädt zu Missverständnissen ein. Rechtspositivisten leugnen nicht, dass es nichtpositive und in diesem Sinne »natürliche« – viele würden sagen: »moralische« – Rechte geben

7 Die Thesen sind zudem logisch voneinander unabhängig: keine der beiden impliziert, für sich genommen, die andere. Damit ergibt sich die Möglichkeit für minimalere Konzeptionen des Rechtspositivismus, die sich nur die negative oder nur die positive These zu eigen machen. Zum Beispiel ist fraglich, ob Kelsen irgendeine Version der positiven These zugeschrieben werden kann.

8 Siehe z. B. H. L. A. Hart, *Der Begriff des Rechts*, Berlin 2009, Kap. 9; Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, S. 165-170.

9 In ähnlicher Absicht vgl. in der deutschsprachigen rechtsphilosophischen Literatur z. B. Ralf Dreier, »Zerrbild Rechtspositivismus. Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden«, in: Clemens Jabloner u. a. (Hg.), *Vom praktischen Wert der Methode*, Wien 2011, S. 61-91.

kann.¹⁰ Und umgekehrt ist die Tradition der Natur- und Vernunftrechtstheorie, die von der antiken Philosophie über neuzeitliche Philosophen wie Grotius und Kant bis hin zu zeitgenössischen Spielarten des moralischen Realismus und des moralischen Rationalismus reicht, auf keine bestimmte Konzeption eines gesellschaftlich und staatlich sanktionierten, durch Gerichte und Legislaturen geprägten Rechts festgelegt. So spricht zum Beispiel manches dafür, dass ein moralischer Rationalist wie Kant eine erkennbar »positivistische« Theorie des Rechts vertreten hat.¹¹ Unvereinbar mit dem Rechtspositivismus sind Konzeptionen des Rechts, die behaupten, dass dessen Geltung oder Gehalt auf fundamentaler Ebene in moralischen Prinzipien begründet oder von ihnen abhängig ist. Solche Konzeptionen sind weder eine notwendige Implikation traditionellen Naturrechtsdenkens, noch sind sie ihrerseits auf ein naturrechtliches Verständnis der Moral festgelegt. Auf diese Zusammenhänge kommen wir weiter unten ausführlicher zurück.

Mit der Klassifikation bestimmter Autorinnen und Autoren als Positivistinnen oder Nichtpositivisten ist also noch bei weitem nicht alles darüber gesagt, wie diese im Einzelnen das Verhältnis zwischen Recht und Moral begreifen. Das eigentlich Interessante an den Debatten zum Verhältnis zwischen Recht und Moral ist deshalb weniger die Aussicht auf eine Entscheidung zwischen zwei vermeintlich monolithischen und scharf voneinander abgrenzbaren theoretischen Positionen als vielmehr die im Einzelnen gewonnenen Erkenntnisse über Struktur und Funktionsweise des Rechts als einer zentralen gesellschaftlichen Institution. Zudem beinhaltet die allgemeine Rechtsphilosophie auch Fragen, die nicht unmittelbar das Verhältnis zwischen Recht und Moral betreffen. Dazu gehört zum Beispiel die Frage, ob es einen notwendigen Zusammenhang zwischen rechtlicher Geltung und der Fähigkeit zur Sanktion oder der Androhung von Zwang gibt; die Frage, ob Recht notwendigerweise einen systemischen Charakter hat; und die Frage, ob rechtliche Normen notwendigerweise semantisch vage sind und welche Implikationen eine solche Vagheit für die Geltung und Anwendung des Rechts hätte. Diese Fragen stehen nicht im Mittelpunkt

10 Siehe dazu nur H. L. A. Hart, »Are There Any Natural Rights?«, in: *The Philosophical Review* 64 (1955), S. 175-191.

11 Siehe dazu Jeremy Waldron, »Kant's Legal Positivism«, in: *Harvard Law Review* 109 (1996), S. 1535-1566.

der in diesem Band versammelten Texte, bilden aber wichtige Seitenzweige der hier präsentierten Debatten.

3. H. L. A. Hart in der Tradition der analytischen Rechtsphilosophie

Für das so umrissene Gebiet der allgemeinen Rechtsphilosophie ist während der vergangenen sechs Jahrzehnte Harts *The Concept of Law* von kaum zu überschätzender Bedeutung gewesen. Wenn dieser Band deshalb mit Hart seinen Anfang nimmt, dann ist damit aber natürlich nicht gesagt, dass ältere Beiträge zur Rechtsphilosophie abschließend überholt wären. Sowohl naturrechtliches als auch positivistisches Denken lässt sich bis in die Antike zurückverfolgen. Für die in diesem Band dargestellte Debatte sind allerdings erst Arbeiten seit dem späten 18. Jahrhundert von unmittelbarer Relevanz.

Die erste systematische Entwicklung des modernen Rechtspositivismus geht auf den englischen Philosophen und Juristen Jeremy Bentham zurück und findet sich insbesondere in dessen zwar bereits 1782 weitestgehend fertiggestellter, aber erst 1945 posthum veröffentlichter Arbeit *Of Laws in General*.¹² Von Anfang an sind Benthams Ausführungen zur Natur des Rechts von seiner Grundüberzeugung geleitet, dass Rechtssysteme nichts anderes als der Ausdruck menschlichen Willens sind. Sie zu erfassen bedeutet für ihn, sich mit einem Bereich der sozialen Wirklichkeit analytisch auseinanderzusetzen, das heißt seine Grundelemente freizulegen. Dass er dabei Rechtsnormen prinzipiell als allgemeine Befehle eines Souveräns bestimmt, ist, für sich genommen, nicht originell. Auch Hobbes beispielsweise hatte Rechtsnormen bereits als Befehle des Souveräns bestimmt, denen Folge zu leisten sei. Die entscheidende Differenz ist durch Benthams Insistenz auf der evaluativen

¹² Die erste Publikation dieses Werks hat Charles Everett unter dem Titel *The Limits of Jurisprudence Defined* (New York 1945) besorgt. Hart selbst hat 1970 eine verbesserte Version des Manuskripts unter dem von Bentham selbst vorgesehenen Titel *Of Laws in General* (London 1970) herausgegeben. Inzwischen ist diese Ausgabe der relevanten Teile des Nachlasses durch eine neuere ersetzt worden: *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, Oxford 2010.

Enthaltsamkeit des Rechtsphilosophen begründet: die Frage, ob es auch moralisch geboten ist, den Rechtsnormen Folge zu leisten, falle nicht in den Gegenstandsbereich der rechtsphilosophischen Analyse.

Wie konsequent Bentham diese Unterscheidung zwischen dem, was Recht ist, und dem, was es wert ist, einzuhalten gewillt ist, zeigt sich in seiner Sensibilität für den Sprachgebrauch. So trage in bestimmten Kontexten etwa bereits die Rede von der »Aufrechterhaltung von Recht und Ordnung« eine inakzeptable Engführung von Darstellung und Bewertung und müsse durch einen neutraleren Ausdruck ersetzt werden.¹³ Der Unterschied zwischen einem solchen Ansatz und einem vernunftrechtlichen Zugang zur Wirklichkeit des Rechts lässt sich daran ermessen, dass beispielsweise Hegel noch 1830 »das Rechtssystem [als] das Reich der verwirklichten Freiheit, die Welt des Geistes aus ihm selbst hervorgebracht«¹⁴ versteht, während Bentham ein halbes Jahrhundert vor ihm rechtliche Normen als deklarative Ansammlungen von Zeichen begreift, die den Willen eines Souveräns mit Bezug auf ein bestimmtes Verhalten einer Gruppe von Personen ausdrücken, die dessen Macht unterworfen sind bzw. sein sollen.¹⁵ Ganz im Gegensatz also zu einem vermeintlichen Quietismus, der, einem immer noch weitverbreiteten Vorurteil nach, jedem rechtspositivistischen Ansatz mehr oder minder stark anhaften soll, geht es bereits bei Bentham, wie später

13 Jeremy Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, Band 2, London 1843, S. 436 ff.

14 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburg 2017, § 4. Die Rede vom »Rechtssystem« schließt bei Hegel in diesem Kontext zweifellos mehr ein als nur das, was Bentham unter »laws« fasst, nämlich den ganzen Gegenstandsbereich seiner *Grundlinien*; die hier zitierte Bestimmung gilt aber für Hegel eben *auch* für das Rechtssystem im engeren, gebräuchlichen Sinne des Wortes.

15 Vgl. Bentham, *Of Laws in General*, S. 1. – Im Übrigen kann es auch für Hegel durchaus vorkommen, dass einzelne Gesetze in einer bestimmten Jurisdiktion geltendes Recht sind, obwohl sie es besser nicht sein sollten (vgl. *Grundlinien*, § 212). Es können sogar »Gewalt und Tyrannei ein Element des positiven Rechts sein« (*Grundlinien*, § 3). Wird das positive Recht aber aus einem »echt philosophischen Standpunkt« zum Gegenstand gemacht, dann sind »die Gesetzgebung überhaupt und ihre besonderen Bestimmungen nicht isoliert und abstrakt zu betrachten, sondern vielmehr als abhängiges Moment einer Totalität, im Zusammenhange mit allen übrigen Bestimmungen, welche den Charakter einer Nation und einer Zeit ausmachen; in diesem Zusammenhange erhalten sie ihre wahrhafte Bedeutung sowie damit ihre Rechtfertigung.« (*Grundlinien*, § 3)

auch bei Hart, immer und nur um die nüchterne begriffliche Freilegung von Recht, die selbst als Grundlage für einen informierten Legitimationsdiskurs und für einen kritischen Blick auf bestehendes Recht verstanden wird.

Einen wichtigen Anteil an der anschließenden Verbreitung des Rechtspositivismus hat Benthams Schüler John Austin gehabt. In seiner 1832 publizierte Schrift *The Province of Jurisprudence Determined*, die auf seinen langjährigen Vorlesungen basiert, legt Austin eine überarbeitete und popularisierte Version der Befehlstheorie des Rechts vor. Danach ist Recht ein soziales Phänomen innerhalb komplexer Gesellschaften, in denen es einen politischen Machthaber gibt. Dieser Souverän – das kann eine einzelne Person oder auch eine Gruppe von Personen sein – erlässt Gesetze in Form von Befehlen, untersteht selbst aber niemandes Befehlsmacht. Diese Befehle, die durch die Androhung (und gegebenenfalls Anwendung) von Gewalt gestützt sind, haben in zweifacher Hinsicht *allgemeinen* Charakter: Sie richten sich nicht an einzelne Individuen, sondern an Gruppen; und sie nehmen Bezug nicht auf einzelne konkrete Handlungen, sondern auf Handlungstypen. Dass viele Gesetze innerhalb eines Rechtssystems sich in ihrer sprachlichen Gestalt deutlich von Befehlen unterscheiden, ändert nach Austin nichts an der Tatsache, dass sie es dem Bedeutungskern nach sind. Diesem reduktionistischen Theorieprogramm nach ist es möglich, jede Bezugnahme auf Recht und Gesetze, auf rechtliche Autorität, Verpflichtung, Erlaubnis usw. durch einen begrifflichen Zugang zu analysieren, der selbst keinen Gebrauch von moralisch aufgeladener Sprache macht und somit die genannten Phänomene letztlich rein deskriptiv als Zusammenhänge von Befehl und Gehorsam allein erfasst.

Hart wird, darauf ist gleich zurückzukommen, Benthams und Austins Fixierung auf das Konzept des durch Drohungen unterstützten Befehls nach allen Regeln der Kunst auseinanderpflücken. Er hat damit dazu beigetragen, dass heute kaum ein Positivist von Rang ernsthaft die Verteidigung der Imperativtheorie des Rechts in Angriff nimmt. Das ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass die Klarheit der wissenschaftstheoretischen Grundposition Benthams und Austins nach wie vor debattenprägend wirkt: »Das Vorhandensein von Recht ist eine Sache; sein Wert oder Unwert eine andere. Ob es existiert oder nicht existiert, ist eine Frage; ob es

einem angenommenen Maßstab genügt oder nicht, ist eine andere Frage.«¹⁶

Es ist die Verteidigung dieser Grundposition – der positivistischen Trennungsthese in ihrer klassischen Formulierung –, die sich Hart in seinem 1957 im *Harvard Law Review* erschienenen Aufsatz »Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral« (Kapitel 1 dieses Bandes) vornimmt. Gegen die Imperativtheorie formuliert er bereits in dieser kurzen Schrift skizzenhaft zwei fundamentale Einwände, die er in seinem Hauptwerk *The Concept of Law* detailreich ausarbeiten wird: Erstens weist er die Vorstellung, dass der befehlsgebende Souverän bei der Formulierung und Durchsetzung rechtlicher Normen selbst keinerlei Recht zu beachten habe, als der Wirklichkeit ausdifferenzierter Rechtssysteme schlicht unangemessen zurück. Inadäquat ist nach Hart zweitens die behauptete prinzipielle Reduzierbarkeit rechtlicher Normen auf die vertikale Struktur des Befehls. Viele rechtliche Regeln, etwa zur Aufsetzung eines gültigen Vertrags oder zum Erlass gültiger Gesetze, verleihen Kompetenzen, mit Hilfe deren Personen ihre eigenen rechtlichen Positionen und die rechtlichen Positionen anderer selbst verändern können. Sie als Befehle zu rekonstruieren bedeutet für Hart eine dogmatische Verzerrung des zu verhandelnden Gegenstands.

Mit beiden Einwänden berührt Hart bereits jene wichtige Unterscheidung von Regeln innerhalb eines Rechtssystems, die er in *Concept of Law* ausbuchstabiert und die als Meilenstein in der Geschichte der analytischen Rechtsphilosophie angesehen werden kann: Rechtssysteme enthalten nicht nur konkrete Verhaltensregeln – Hart nennt sie »primäre Regeln« des Rechts, die *Pflichten* auferlegen –, sondern wesentlich auch »sekundäre Regeln«, die die Bedingungen für die Erzeugung, Veränderung und Bestimmung der Gültigkeit der primären Regeln festlegen, also private und öffentliche *Kompetenzen* erteilen. Hart ist davon überzeugt, »dass in der Kombination dieser zwei Regeltypen das liegt, was Austin fälschlicherweise in dem Begriff der zwingenden Befehle gefunden haben wollte, nämlich der ›Schlüssel zur Wissenschaft der Jurisprudenz‹.«¹⁷

16 Austins Wortlaut im Original: »The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry.« (*The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge 1960, S. 157)

17 Hart, *Begriff des Rechts*, S. 118; in diesem Band, S. 154 f. »Jurisprudenz« übersetzt