

H. L. A. Hart (1907):

Akzeptanz als Basis einer positiven Rechtsordnung

Wenn eine Gemeinde eine Satzung erlässt (die etwa von den Grundstückseigentümern verlangt, ihr Land zu entwässern oder einzuzäunen) oder wenn jemand einen Mietvertrag schließt, der eine Verpflichtung zur Mietzahlung erzeugt, dann müssen in beiden Fällen Rechtsnormen existieren, die aus einer bestimmten Verwendung gewisser sprachlicher Ausdrücke (in der Satzung beziehungsweise im Mietvertrag) die betreffenden Rechtspflichten entstehen lassen. Was jedoch bedeutet die Redeweise, daß diese Normen existieren? Wenn es sich um untergeordnete Normen einer Rechtsordnung handelt (wie etwa die Bestimmungen, die eine Gemeinde zum Erlass von Satzungen ermächtigen), dann bedeutet die Behauptung, daß die Normen existieren: Die Normen gehören zu jener Klasse von Normen, die durch die in den fundamentalen Normen der betreffenden Rechtsordnung enthaltenen Kriterien als *gültige* Normen dieser Rechtsordnung gekennzeichnet sind. Solche fundamentalen Normen sind etwa die Normen des Bonner Grundgesetzes, die bestimmen, daß Beschlüsse des Parlamentes — in bestimmten Bereichen und unter bestimmten Bedingungen — gültiges Recht sind.

Wenn man jedoch von diesen fundamentalen Normen, die die Gesetzgebungskompetenz der Legislative erzeugen und umschreiben, sagt, daß *sie* existieren, so hat das eine andere Bedeutung. »Existieren« kann hier nicht — wie bei untergeordneten Normen des Systems — bedeuten: »die Gültigkeitskriterien des Systems erfüllen«. In diesem Fall muss das Prädikat »Existenz« vielmehr auf die *tatsächliche Praxis* jener sozialen Gruppe Bezug nehmen, deren Rechtsordnung zur Debatte steht.

Selbst in einer denkbar einfachen Rechtsordnung, in der ein Monarch die uneingeschränkte Gesetzgebungskompetenz besitzt und Rechtspflichten durch die mündliche oder schriftliche Äußerung seines Willens erzeugen kann, ist die tatsächliche Praxis, die dieser Situation zugrunde liegt, komplex und nicht auf eine kurze Formel zu bringen. **Austin macht es sich zu einfach**, wenn er sie beschreibt als allgemeine Gehorsamsgewohnheit gegenüber einer oder mehreren Personen, die ihrerseits niemandem gewohnheitsmäßig Gehorsam leisten. **Kelsen, der die Unzulänglichkeiten dieser Formulierung erkannt hat**, erklärt zur Basis der Rechtsordnung eine »Grundnorm«, die er jedoch, dadurch daß er sie Irreführenderweise als fundamentale »Hypothese« oder als »Postulat« der Rechts-wissenschaft charakterisiert, von jeder tatsächlich geübten Praxis loslöst. Die Unzulänglichkeiten dieser beiden extremen Positionen haben andere Denker nur in ihrer Auffassung bestärkt, daß Grundlage jeder Rechtsordnung die allgemeine Anerkennung einer *moralischen* Gehorsamspflicht sein müsse. In dieser Sichtweise fallen die Feststellung, daß eine Rechtsordnung existiert, und

die Feststellung, daß der überwiegende Teil der betreffenden Bevölkerung eine moralische Gehorsamspflicht gegenüber den Normen dieser Ordnung anerkennt, mit logischer Notwendigkeit und nicht bloß unter bestimmten empirischen Bedingungen zusammen.

Um solchen rechtstheoretischen Irrtümern zu entgehen, muss man zunächst einmal sehen, warum die Begriffe »**Gewohnheit**« und »**Gehorsam**« **nicht ausreichen**, um jene Situation zu beschreiben, die vorliegt, wenn wir davon sprechen, daß im Wege der Gesetzgebung Rechtspflichten erzeugt werden.

Wenn Mitglieder einer Gruppe bloß *gewohnheitsmäßig* einem Individuum X gehorchen, das sie mit einem Übel bedroht und in der Lage ist, im Falle des Ungehorsams diese Drohung wahrzumachen, so lässt sich das zwar durch die Formulierung, sie seien zu den betreffenden Handlungen **genötigt oder gezwungen**, zum Ausdruck bringen. Aber man kann nicht sagen, daß sie eine entsprechende *Verpflichtung* haben oder anerkennen. Damit wir sagen können, daß sie eine Verpflichtung haben oder anerkennen, das zutun, was X sagt, müssen sie mehr als eine gewohnheitsmäßige Gehorsamshaltung gegenüber X einnehmen. Hinzukommen muss mindestens, daß sie

1. die Worte von X im großen und ganzen als *Maßstab* richtigen Verhaltens akzeptieren, so daß Abweichungen von diesem Maßstab (anders als bloße Abweichungen von einer gängigen sozialen Verhaltensweise, wie etwa der Sitte, Tee oder Kaffee zu trinken) einen Anlass für Kritik bilden, und daß sie
2. die Worte von X im allgemeinen als *Grund* für ihr eigenes Handeln, für ihre Verhaltenserwartungen gegenüber anderen sowie für die Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen bei Abweichungen anführen.

Die Frage, wie viele Mitglieder einer sozialen Gruppe (einfache Bürger oder Beamte) diese Dinge wie häufig und wie lange tun müssen, damit die genannten Bedingungen als erfüllt gelten können, lässt sich nicht präzise beantworten — so wenig, wie sich genau sagen lässt, wie alt jemand sein muss, um mittleren Alters zu sein. Aber in jeder sozialen Gruppe, in der Rechtspflichten im Wege der Gesetzgebung erzeugt werden und in der die Wendungen »Ich habe eine Rechtspflicht, so zu handeln« und »Er hat eine Rechtspflicht, so zu handeln« die derzeit übliche Bedeutung besitzen, muss es eine soziale Praxis geben, die wenigstens so komplex ist, wie ich es beschrieben habe, und nicht bloß eine Gehorsamsgewohnheit der Gruppenmitglieder. Jeder, der sagt, er oder ein anderer sei zu einer bestimmten Handlung rechtlich verpflichtet, bringt damit zum Ausdruck, daß seine eigene Einstellung gegenüber den Worten des Gesetzgebers von der oben beschriebenen Form ist; denn diese Verpflichtungsurteile dienen dazu, Schlussfolgerungen aus Rechtsnormen zu ziehen, die der Urteilende als für sich verbindlich anerkennt. Jemand, der eine solche Verbindlichkeit ganz und gar ablehnt, könnte sich natürlich trotzdem klarmachen, daß eine Missachtung der Normen ihm Schaden bringen würde. Doch die natürliche Ausdrucksweise für diese

Einstellung wäre nicht »Ich bin verpflichtet, x zu tun«, sondern »Ich bin genötigt, x zu tun« oder »Ich werde unter diesem System Schaden nehmen, wenn ich nicht x tue«.

Die vorangehenden Ausführungen dürften mit hinreichender Deutlichkeit gezeigt haben, daß es unzulänglich ist, das Wesen einer Rechtsordnung durch den Begriff der *Gehorsamsgewohnheit* zu charakterisieren. **Kelsen hat recht**, wenn er darauf besteht, daß hier Gewohnheiten oder regelmäßige Verhaltensweisen — in dem engen Sinne, daß regelmäßig getan wird, was die betreffende Autorität verlangt — nicht ausreichen. **Jedoch bringt** seine eigene Konzeption der fundamentalen Norm als einer »Hypothese« oder eines »Axioms«, dessen »Gültigkeit vorausgesetzt« oder »postuliert« wird, eine Reihe ganz unpassender, quasi-mathematischer Ausdrücke ins Spiel. Wir könnten uns zwar mit ihnen abfinden, wenn das die einzige Alternative zur Theorie der »Gehorsamsgewohnheit« wäre. **Aber es gibt eine dritte Möglichkeit:** Man kann sich zur Beschreibung der relevanten Fakten anstatt auf Gewohnheiten auf die in einer sozialen Gruppe tatsächlich akzeptierten Normen beziehen. Die Frage, ob eine Gruppe eine bestimmte Norm akzeptiert, unterscheidet sich in dem schon aufgezeigten Sinn von der Frage, ob diese Gruppe irgend jemandem gewohnheitsmäßig Gehorsam leistet, obschon sich die beiden Fragen darin gleichen, daß sie beide deskriptiver Natur sind, und obschon **Austin vor Kelsen** insofern den Vorzug verdient, als er sieht, daß in dem Urteil, jemand habe eine rechtliche Verpflichtung, eine Tatsachenbehauptung und keine »Gültigkeitsannahme« vorausgesetzt wird.

Wenn das Verhalten einer Gruppe von Menschen in der beschriebenen Weise zum Ausdruck bringt, daß die Gruppe die Worte eines Gesetzgebers als Verhaltensstandard akzeptiert, dann akzeptiert sie damit die Norm, daß man dem Gesetzgeber gehorchen muss; **die Norm, daß sein Wort Gesetz ist, ist für sie existent. Die Norm des Grundgesetzes etwa, daß Beschlüsse des Parlamentes Gesetzeskraft haben, existiert in dieser Weise.** Wenn man festgestellt hat, daß derartige Normen in der tatsächlichen Praxis einer Gruppe existieren, dann ist es absurd, so zu sprechen, als seien diese Normen *gültig* oder *ungültig* oder als müsse man ihre Gültigkeit *voraussetzen* oder *postulieren*. Ebenso gut könnten wir die Gültigkeit der derzeit herrschenden Sitte, beim Betreten eines Hauses den Hut abzunehmen, postulieren oder voraussetzen. Natürlich kann man eine Reihe von Fragen solchen Normen gegenüber aufwerfen; man kann etwa fragen, ob es gut oder wünschenswert ist, daß sie von der betreffenden Gruppe akzeptiert werden oder daß ihre Beachtung den Charakter einer moralischen Verpflichtung annimmt. Doch es stiftet nur Verwirrung, diese Fragen unter dem Gesichtspunkt der »Gültigkeit« zu erörtern.

Die dritte Fehlkonzeption in diesem Zusammenhang ist die These, eine logisch notwendige Voraussetzung für die Existenz einer Rechtsordnung sei die allgemeine Anerkennung **einer moralischen Pflicht** zur Rechtsbefolgung. Diese These ist eine Überreaktion auf Kelsens »geometrische« Konzeption der Grundnorm. Es dürfte zwar

zutreffen, daß keine auf Sanktionen gestützte Rechtsordnung Bestand haben könnte, wenn nicht die Mehrheit der Individuen die Rechtsnormen freiwillig befolgen würde. Und es mag sogar der Fall sein, daß die Verhältnisse ziemlich instabil wären, wenn nicht die meisten Individuen von einer *moralischen* Gehorsamspflicht bei sich und anderen ausgingen. Dies reicht jedoch nicht aus, um die behauptete *logische* Beziehung zwischen Sätzen wie »In England gibt es eine Rechtsordnung« und »In England wird allgemein anerkannt, daß man moralisch zum Rechtsgehorsam verpflichtet ist« zu demonstrieren — mag auch der erste dieser Sätze mit Sicherheit und der zweite mit Wahrscheinlichkeit wahr sein.

Ebenso unerheblich für den eigentlichen Streitpunkt ist die unbezweifelbare Tatsache, daß die Rechtsentwicklung durch Gesetzgeber und Gerichte immer in hohem Maße durch die moralischen Überzeugungen der Bevölkerung beeinflusst wurde und beeinflusst werden wird. Diese Tatsache beweist nicht, daß die Existenz einer Rechtsordnung undenkbar ist, falls sie nicht auf die Überzeugung gegründet werden kann, daß eine moralische Verpflichtung zum Rechtsgehorsam besteht. Die Behauptung, daß es irgendwo eine Rechtsordnung gibt, setzt zwar voraus, daß eine fundamentale Norm von der Art »Beschlüsse des Parlamentes sind gültiges Recht« in dem betreffenden Land de facto allgemein akzeptiert wird (wobei diese Norm unter Umständen sehr kompliziert sein kann). Und die allgemeine Akzeptanz einer solchen Norm besteht in mehr als gewohnheitsmäßigem Gehorsam, denn sie schließt jene darüber hinausgehende Einstellung zum Recht ein, die ich oben beschrieben habe. Aber sowohl jener allgemeine Gehorsam als auch diese zusätzliche Einstellung können ebenso gut durch Furcht, Trägheit, Traditionsbewusstsein oder langfristige Interessenabwägung motiviert sein wie durch die Anerkennung einer moralischen Verpflichtung zum Rechtsgehorsam. Als Antwort auf die Frage, ob eine Rechtsordnung vorliegt, genügt der Nachweis, daß eine allgemeine Praxis existiert, die von der beschriebenen, komplexen Art ist. Die Frage nach den Motiven dieser Praxis ist zwar nicht unwichtig, steht aber auf einem anderen Blatt. [. .]

Wir müssen noch jenes Element näher erörtern, das die meisten Leute als das hervorstechendste Merkmal rechtlicher Verpflichtung ansehen würden: die bedeutsame Verbindung, die zwischen Verpflichtung und Nötigung oder Zwang besteht. Wenn wir die Verpflichtung haben, x zu tun, so sind wir in einem gewissen Sinne gehalten, x zu tun; und wenn wir gehalten sind, x zu tun, dann sind wir in einem gewissen Sinne gezwungen, x zu tun. Um diese Begriffe im einzelnen untersuchen zu können, **müssen wir drei Dinge unterscheiden:**

1. den physischen Zwang zu einer Handlung;
2. die Nötigung zu einer Handlung;
3. die Verpflichtung zu einer Handlung.

Die Hauptschwierigkeit in diesem Zusammenhang besteht darin, die Beziehung zwischen dem dritten und den beiden übrigen Begriffen zu beschreiben, ohne dabei in Extreme zu verfallen. **Austin**, der große Anstrengungen unternahm, den Begriff der Rechtspflicht zu verstehen, hat diese Beziehung in verhängnisvoller Weise überbewertet. Er erkannte zwar, daß jemand, der ins Gefängnis geschleppt und damit in einem gewissen Sinne zum Betreten des Gefängnisses gezwungen wird, deshalb noch keiner entsprechenden Verpflichtung oder Pflicht unterliegt. Doch wenngleich er diese fehlerhafte Gleichsetzung vermied, so definierte er dennoch den Verpflichtungsbegriff durch die Sanktion oder das Übel, das jemand, der einen Befehl erteilt (der einem anderen gegenüber den Wunsch äußert, daß er etwas tun solle), für den Fall des Ungehorsams androht. **Nach Austin** ist man dann zu etwas verpflichtet, wenn man einem derartig angedrohten Übel ausgesetzt ist, das heißt wenn der Eintritt des Übels als wahrscheinlich anzusehen ist.

Der augenfälligste Fehler dieser Definition besteht darin, daß sie auch dann erfüllt ist, wenn ein Räuber mit gezückter Pistole von jemandem die Herausgabe seiner Brieftasche verlangt. In diesem Falle würden wir normalerweise jedoch keineswegs sagen »Er hatte die Verpflichtung, seine Brieftasche herauszugeben«. Wir würden allerdings sagen — und das mag Austin zu seinem Fehler verführt haben — »Er war genötigt, seine Brieftasche herauszugeben«. Auf den ersten Blick scheint Austin also zwar eine ziemlich gute Analyse des Sachverhaltes der Nötigung, aber eine sehr dürftige des Sachverhaltes der Verpflichtung zu geben.

Aber wir dürfen die Erweiterungen und Verfeinerungen, die **Austin** an seiner Ausgangsdefinition vorgenommen hat, nicht außer Betracht lassen. **Seine Konzeption** einer spezifisch *rechtlichen* Verpflichtung unterscheidet sich von dem simplen Modell des Räubers in einer Reihe von Punkten. An die Stelle des Räubers tritt der staatliche Souverän, der als die Person oder Personengruppe definiert ist, welcher der überwiegende Teil der Gesellschaft im allgemeinen Gehorsam leistet, ohne daß sie ihrerseits zu irgend jemandem in einer derartigen Gehorsamsbeziehung steht. Überdies müssen die Befehle des Souveräns in allgemeiner Form abgefasst und im Normalfall an eine Vielzahl von Personen gerichtet sein. Und abgesehen von diesen Modifikationen für den Sonderfall der rechtlichen Verpflichtung betont Austin ausdrücklich, daß seine Definition des allgemeinen Verpflichtungsbegriffs selbst dann erfüllt ist, wenn die Chance, das angedrohte Übel zu erleiden, sehr gering und das Übel selbst sehr klein ist:

»Die geringste Wahrscheinlichkeit einer noch so geringfügigen Übelzufügung« reicht aus, um eine Verpflichtung zu begründen. Schließlich macht Austin, wenn auch nur zögernd, geltend, daß zu einer Verpflichtung das Bewußtsein, die Furcht des drohenden Übels gehört. Allerdings spielt dieses psychologische Element in seiner Theorie keine bedeutende Rolle.

Unglücklicherweise führen diese Zusätze und Verfeinerungen dazu, daß **Austin** sich mit

seiner Analyse zwischen zwei Stühle setzt. Sie hört auf, eine plausible Rekonstruktion des Sachverhalts der Nötigung zu sein, und bleibt eine unzureichende Analyse rechtlicher Verpflichtung. Um den Fehler genau lokalisieren zu können, müssen wir zunächst ein Zugeständnis machen, über das sich streiten lässt: **Austin will ein Normensystem nur dann als Rechtsordnung gelten lassen, wenn die Normen für den Fall des Ungehorsams eine Übelzufügung vorsehen.** Es sei um des Argumentes willen einmal zugestanden, daß dies tatsächlich ein Bestandteil der Rechtsbegriffs ist, obgleich Austin diese These aus Prämissen ableitet, die man möglicherweise nicht unterschreiben möchte. (Austin fasst Rechtsnormen ja als Befehle auf und Befehle als Äußerungen von Wünschen seitens einer Person, die für den Fall der Nichtbefolgung eine Übelzufügung beabsichtigt und auch in einem gewissen Maße durchzusetzen vermag.) Aber selbst wenn man einräumt, daß zwischen dem Begriff der »Rechtsordnung« und dem Begriff der »Sanktion« im Sinne einer Übels- oder Schadenszufügung eine analytische Verknüpfung besteht, führt eine Definition des Verpflichtungsbegriffs, die auf die *Wahrscheinlichkeit* und das *Bewusstsein* der angedrohten Übelzufügung abstellt, zu Absurditäten.

Betrachten wir zunächst das psychologische Element — das *Bewusstsein* der angedrohten Übelzufügung —, das **Austin** selbst nur zögernd in seine Analyse einbezieht. Wenn man sagt, ein Dieb unterliege der rechtlichen Verpflichtung, die Brieftasche, auf die er es abgesehen hat, *nicht* zu stehlen, dann ist das keine psychologische Aussage. Auch wenn das angedrohte Übel in seiner Motivation keine Rolle spielt, so bleibt seine *Verpflichtung* davon unberührt. Wenn er jedoch aus Angst von seinem Diebstahl Abstand nimmt, so könnte man in einem gewissen, wenn auch ungewöhnlichen Sinne sagen, daß er *genötigt* war, die Brieftasche nicht zu nehmen.

Zum zweiten ist die Behauptung, daß jemand in einer bestimmten Situation eine bestimmte Verpflichtung hat, ganz unabhängig davon, wie hoch die *Wahrscheinlichkeit* einer Übelzufügung eingeschätzt werden muss, — obwohl diese *Wahrscheinlichkeit* sehr wichtig sein kann, wenn man beurteilen möchte, ob jemand *genötigt* war, das zu tun, was er in einer bestimmten Situation getan hat. Es ist nicht widersprüchlich und nicht einmal ungewöhnlich, wenn man sagt:

»Es ist deine Pflicht, dich zum Militärdienst zu melden; aber da du in Monte Carlo lebst und wir mit Monte Carlo keinen Auslieferungsvertrag haben, hast du nicht das geringste zu befürchten«.

Und drittens erscheint es als einigermaßen komisch, wenn **Austin** zunächst die Bedeutung der Übelandrohung herausstreicht und sie dann auf die »geringste *Wahrscheinlichkeit* einer noch so geringfügigen Übelzufügung« reduziert. Dies macht seine Analyse selbst als Analyse des Nötigungsbegriffs unbrauchbar. Denn nur dort, wo unsere Wahlmöglichkeit durch die Aussicht eines wesentlichen Nachteils eingeschränkt wird, sprechen wir von einer

Nötigung.

Der grundsätzlichsste Einwand gegenüber der Austinischen Analyse rechtlicher Verpflichtung besteht jedoch darin, daß die unpassenden Begriffe des *Bewußtseins* und der *Wahrscheinlichkeit* der Übelzufügung deshalb irreführend sind, weil sie ein zentrales Element jeder Rechtsordnung verschleiern: die Existenz von Normen im oben beschriebenen Sinne. Wenn man mit **Austins** Redeweise von einer wahrscheinlichen Übelzufügung sehr nachsichtig verfahren will, mag man in ihr den in eine unangemessene »Voraussage-Terminologie« gefaßten Ausdruck der beiden folgenden Tatsachen sehen:

1. Wenn eine Rechtsordnung, die Pflichten erzeugt, existieren soll, dann muß sie auf einer komplexen sozialen Praxis der oben beschriebenen Form basieren.
2. Die Rechtsordnung muß Normen enthalten, die für den Fall des Ungehorsams die Verhängung von Sanktionen vorsehen, obwohl nicht *sämtliche* Normen mit Sanktionen verknüpft sein müssen.

Ohne die Konzeption eines auf einer komplexen sozialen Praxis beruhenden Normensystems läßt sich der Unterschied zwischen einer Nötigung und einer Verpflichtung zum Handeln nicht verstehen.

Aus diesen Gründen kann die wichtige begriffliche Beziehung zwischen Zwang und Rechtspflicht in der begrenzten Terminologie Austins nicht klar formuliert werden. Weder der Gewohnheits- noch der Befehlsbegriff (mit seinem Rekurs auf die angedrohte Übelzufügung) reichen hierzu aus. Der Zwang, um den es hier geht, kann in der Tat — wie im Fall einer innerstaatlichen Rechtsordnung — die Form einer Übelzufügung annehmen. Aber dort, wo dies der Fall ist, muss die Übelzufügung selbst wiederum von den Normen des Systems vorgesehen sein. Wie offenkundig auch die faktische Macht eines Gesetzgebers, einem bestimmten Verhalten mit Sanktionen entgegenzutreten, sein mag: Seine Androhung und sogar seine Anwendung von Gewalt zur Erzwingung von Gehorsam würde keine Pflichten begründen, wenn die Sanktionen nicht durch die entsprechenden rechtlichen Normierungen vorgesehen würden. Allenfalls wären die Menschen *genötigt*, den Androhungen des Gesetzgebers zu folgen. Daher ist das wesentliche Element rechtlicher Zwangsgewalt nicht die Tatsache (die Wahrscheinlichkeit der das Bewußtsein), daß dem Ungehorsam ein Übel folgt, sondern die Existenz eines Systems von Normen, das bestimmten Personen die Autorität verleiht, gewisse Verhaltensweisen zu verbieten und Übertretungen der Verbote mit den dem System eigenen Mitteln des Zwanges, der Repression oder der Strafe zu begegnen.

Dieser letzte Gedanke muss in gewisser Weise eingeschränkt, wenn auch nicht preisgegeben werden. In jeder innerstaatlichen Rechtsordnung gibt es Normen, für deren Bruch keine Sanktionen vorgesehen sind. Obschon es möglicherweise ohne logischen Zirkel oder infiniten Regress eine selbstbezügliche Norm geben könnte, wonach alle Beamten für

alle Normverletzungen — einschließlich der Verletzung dieser Norm selbst — Sanktionen verhängen müssten, wird doch gewöhnlich von den staatlichen Beamten die Befolgung *gewisser* Rechtsnormen auch ohne die Androhung einer Sanktion erwartet. So verhält es sich zum Beispiel mit der in der Verfassung der USA verankerten Pflicht des amerikanischen Präsidenten, über die ordnungsgemäße Ausführung der Gesetze zu wachen. Dennoch zögern wir auch in diesen Fällen nicht, von einer Amtspflicht oder rechtlichen Verpflichtung zu sprechen. Sie zeigen, daß selbst innerhalb einer Rechtsordnung die komplexen Merkmale, die den Standardfall der Verpflichtung kennzeichnen, auseinanderfallen können. Diese Tatsache kommt in der juristischen Terminologie, etwa der des römischen Rechts zum Ausdruck, wo von »unvollkommenen Pflichten« die Rede ist. Und sie nährt den Zweifel daran, ob Völkerrecht »echtes« Recht ist oder besser als ein Zweig der Moral betrachtet werden sollte. [... .]

Es gibt eine Reihe unterschiedlicher Techniken sozialer Kontrolle. Für das Strafrecht ist es charakteristisch, daß durch die Normierung von Straftatbeständen bestimmte Verhaltensweisen verboten werden. Diese Normen bezwecken eine Verhaltenssteuerung entweder aller Individuen oder einzelner sozialer Gruppen in einer Gesellschaft. Man erwartet von diesen, daß sie die Strafbestimmungen ohne Hilfe oder Einmischung staatlicher Stellen verstehen, auf sich anwenden und auch befolgen. Erst wenn das Recht diese Funktion nicht erfüllt, wenn also ein Rechtsbruch vorliegt, ist es Aufgabe der Staatsorgane, diesen Rechtsbruch festzustellen und die angedrohte Sanktion zu verhängen. Das Spezifische dieser Technik sozialer Kontrolle im Vergleich zu einem persönlichen Befehl, wie ihn zum Beispiel ein Verkehrspolizist einem Autofahrer erteilt, besteht darin, daß es den Mitgliedern der Gesellschaft überlassen bleibt, die Strafbestimmungen selbst zu erkennen und sich entsprechend zu verhalten. In diesem Sinne wenden sie die Normen des Strafrechts auf sich selbst an. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß mit der Sanktionsandrohung der Norm ein zusätzliches Motiv zum Rechts-gehorsam gegeben ist. Man würde die typische Funktionsweise solcher Normen einfach verkennen, wenn man sein Augenmerk nur oder hauptsächlich auf die Bestimmungen richtet, die von den Gerichten fordern, im Falle eines Rechtsverstoßes Sanktionen zu verhängen. Denn diese Bestimmungen greifen nur ein, wenn die Rechtsordnung ihren primären Zweck verfehlt. Sie mögen unentbehrlich sein, erfüllen aber trotzdem nur eine Hilfsfunktion.

Den Gedanken, daß Funktion und Bedeutung der materiellen Strafrechtsbestimmungen darin besteht, nicht nur den staatlichen Beamten in ihrer Straftätigkeit, sondern auch den gewöhnlichen Bürgern in ihrem Privatleben als Anleitung zu dienen, kann man nicht aufgeben, ohne grundlegende Unterscheidungen über Bord zu werfen und den spezifischen Charakter des Rechts als eines Mittels sozialer Kontrolle zu verfälschen. Eine Strafe für ein

Vergehen, zum Beispiel eine Geldstrafe, ist nicht dasselbe wie eine Steuer, obwohl in beiden Fällen die Behörden angewiesen sind, Geld einzuziehen. Die beiden Fälle unterscheiden sich dadurch, daß nur der erste, nicht aber der zweite eine Pflichtverletzung voraussetzt, das heißt den Verstoß gegen eine Norm, die der Steuerung menschlichen Verhaltens dient.

Allerdings kann sich diese im allgemeinen klare Unterscheidung in Grenzfällen verwischen. So kann unter Umständen der Zweck von Steuergesetzen anstatt in der Erzielung von Einkünften darin bestehen, bestimmte Tätigkeiten zu unterbinden — und zwar im Unterschied zu einer »Kriminalisierung« von Handlungen *ohne* den ausdrücklichen Hinweis, daß die besteuerten Tätigkeiten zu unterlassen sind. Andererseits können Geldstrafen für bestimmte kriminelle Delikte im Zuge einer Geldentwertung so geringfügig werden, daß sie leichten Herzens bezahlt werden. Möglicherweise werden sie dann als »bloße Steuern« empfunden; und »Übertretungen« sind dann deshalb die häufige Folge, weil unter diesen Umständen das Gefühl dafür verloren geht, daß die Vorschrift, in gleicher Weise wie der überwiegende Teil des Strafrechts, als Verhaltensregel ernst genommen werden will.

Zugunsten der hier abgelehnten Theorie wird gelegentlich geltend gemacht, daß durch eine Umdeutung der Rechtsnormen in Anweisungen, Sanktionen zu verhängen, mehr Klarheit geschaffen werde. Denn diese Umdeutung enthalte alles, was der potentielle Rechtsbrecher über das Recht wissen wolle. Das mag richtig sein, ist aber eine unzureichende Verteidigung der Theorie. Warum sollten sich die Rechtsnormen nicht auch oder sogar in erster Linie an den Zweifelnden oder Unwissenden richten, der das Recht von sich aus befolgen möchte, sofern ihm nur gesagt wird, was es anordnet; oder an denjenigen, der seine privaten Angelegenheiten ordnen möchte, aber nicht weiß wie? Um ein zutreffendes Bild von der Wirkungsweise des Rechts zu gewinnen, ist es selbstverständlich wichtig, zu begreifen, wie die Gerichte verfahren, wenn es darum geht, die angedrohten Sanktionen zu verhängen. Aber das sollte uns nicht zu dem Glauben verleiten, daß wir uns auf das Verständnis dessen, was vor Gericht geschieht, beschränken können. Die wesentlichen Funktionen des Rechts als eines Mittels sozialer Kontrolle werden nicht in Zivil- oder Strafprozessen sichtbar. Gerichtsverfahren sind wichtige, aber nur hilfswise Vorkehrungen, falls das System versagt. Die Hauptfunktionen des Rechts ergeben sich vielmehr aus dem vielfältigen Gebrauch, den man von Rechtsnormen macht, um das soziale Leben auch ohne Gerichte zu kontrollieren, zu lenken und zu planen.

Die extreme Variante der hier erörterten Theorie begeht tatsächlich eine Vertauschung der Haupt- und Nebenfunktionen des Rechts, die der folgenden Uminterpretation von Spielregeln vergleichbar ist. Nehmen wir an, ein Theoretiker, der sich mit den Regeln des Fußballspiels befasst, würde behaupten, in diesen Regeln einen gemeinsamen Kern gefunden zu haben, der durch ihre sprachliche Fassung sowie durch die landläufige Meinung, daß einige von ihnen sich primär an die Spieler, andere primär an die Schiedsrichter und wieder andere an

beide Personengruppen wenden, verdeckt werde. Statt dessen vertritt er die Meinung, alle Regeln seien *in Wirklichkeit* Anweisungen an die Schiedsrichter, unter bestimmten Voraussetzungen in einer bestimmten Weise zu reagieren. Die Regel, daß ein Tor erzielt worden ist, wenn der Ball die Torlinie in vollem Umfang überschritten hat, oder die Regeln, die das Foulspiel verbieten, seien in Wahrheit komplexe Anweisungen an die Schiedsrichter, ein Tor zu pfeifen beziehungsweise einen Freistoß zu verhängen. Das Gegenargument gegen eine solche Umdeutung liegt nahe: Die den Regeln dadurch aufgezwungene Gemeinsamkeit verschleiert die Art und Weise, in der die Regeln wirken und in der die Spieler sich in ihrem Verhalten nach ihnen richten. Die Funktion von Spielregeln in einer zwar konkurrenzbestimmten, aber dennoch auf Kooperation angewiesenen sozialen Institution wird so nur verdunkelt.

Die weniger extreme Variante der Theorie würde zwar das Strafrecht und andere Rechtsgebiete, in denen es um die Auferlegung von Pflichten geht, unberührt lassen, da die betreffenden Normen ohne weiteres der einfachen Modellvorstellung des Zwangsbefehls entsprechen. Aber diese Variante würde alle die Vorschriften, die rechtliche Befugnisse verleihen und die Art ihrer Ausübung regeln, auf dieses eine Modell des Zwangsbefehls reduzieren. Sie setzt sich damit in gleicher Weise der Kritik aus wie die extreme Variante der Theorie. Wenn wir das gesamte Recht nur vom Standpunkt der Personen aus betrachten, denen Pflichten auferlegt werden, und wenn wir alle anderen Aspekte des Rechts nur als mehr oder weniger komplizierte Bedingungen für die Auferlegung von Pflichten ansehen, dann vernachlässigen wir Gesichtspunkte, die für die Gesellschaft mindestens ebenso wertvoll und für das Recht ebenso charakteristisch sind wie das Moment der Pflicht. Normen, welche die Veränderung des privaten Rechtsstatus ermöglichen, können nur vom Standpunkt der Personen aus verstanden werden, die selbst die ihnen eingeräumten rechtlichen Befugnisse ausüben. Sie erweisen sich dann als ein gegenüber kontrollierendem Zwang zusätzliches Rechtselement des sozialen Lebens. Das ist so, weil der Besitz dieser rechtlichen Befugnisse den Bürger, der sonst nichts weiter als ein Träger von Pflichten wäre, zu einem eigenen Gesetzgeber werden lässt. Die betreffenden Normen versetzen ihn in die Lage, rechtsgestaltend tätig zu werden. Das geschieht im Rahmen von Verträgen, Ermächtigungen, Testamenten und anderen Rechtsinstituten, aus denen subjektive Rechte und Pflichten hervorgehen. Warum sollten Normen, die in dieser charakteristischen Weise benutzt werden und so bedeutende und spezifische Vorteile mit sich bringen, nicht von solchen Normen unterschieden werden, die Pflichten auferlegen (mögen auch manche Pflichten nur dadurch entstehen, daß die genannten Befugnisse ausgeübt werden)? Im sozialen Leben denkt und spricht man über Normen, die Befugnisse verleihen, anders als über Normen, die Pflichten auferlegen. Man macht einen unterschiedlichen Gebrauch von beiden und schätzt sie aus unterschiedlichen Gründen. Könnte es für ihren unterschiedlichen Charakter noch

einen anderen Nachweis geben?

Ähnlich verschleiernd wirkt es sich aus, wenn man im *staatlichen* Bereich die Funktion von Normen, die gesetzgeberische oder richterliche Befugnisse verleihen und regeln, auf die Festlegung von Bedingungen, unter denen Pflichten entstehen, reduzieren will. Wer solche Befugnisse ausübt, um Gesetze oder Verfügungen zu erlassen, benutzt diese Normen im Rahmen einer zielgerichteten Handlungsweise, die sich von der Erfüllung einer Pflicht oder der Unterwerfung unter einen Zwang grundlegend unterscheidet. Wenn man solche Normen als bloße Aspekte oder Fragmente jener Normen ansieht, die Pflichten statuieren, erschwert man sich nur — mehr noch als im Bereich des Privatrechts — die Erkenntnis der typischen Merkmale einer Rechtsordnung und der Tätigkeiten, die in ihrem Rahmen möglich sind. Denn die Einführung von Normen, die einem Gesetzgeber die Kompetenz verleihen, Pflichten aufzuerlegen oder zu ändern, sowie von Normen, die Richter ermächtigen, einen Pflichtverstoß festzustellen, war für die Gesellschaft ein ebenso wichtiger Fortschritt wie die Erfindung des Rades. Dieser Fortschritt bedeutete den Übergang von einer vorrechtlichen zu einer rechtlich organisierten Form der Gesellschaft. [. .]

Die herrschende Sozialmoral beeinflusst in vielfältiger Weise das Recht eines jeden modernen Staates. Übergreifende moralische Ideale spielen ebenfalls eine wichtige Rolle. Diese Einflüsse gehen entweder zu einem bestimmten Zeitpunkt im Wege der Gesetzgebung offen in das Recht ein, oder sie setzen sich allmählich und stillschweigend mittels der Rechtsprechung durch. In einigen Rechtsordnungen wie etwa der amerikanischen nehmen die obersten Kriterien der Rechtsgeltung explizit auf Gerechtigkeitsprinzipien oder moralische Wertvorstellungen Bezug. In anderen Rechtsordnungen, wie zum Beispiel in England, gibt es keine derartigen formellen Beschränkungen der Gesetzgebungskompetenz. Das schließt nicht aus, daß auch hier die Legislative gewissenhaft bemüht ist, den Forderungen der Gerechtigkeit und der Moral zu genügen. Es gibt eine Vielzahl weiterer Möglichkeiten, wie das Recht zum Ausdruck bestimmter Moralvorstellungen werden kann. Diese Möglichkeiten wurden bislang noch nicht hinreichend untersucht. So sind manche Bestimmungen rechtlich leer, indem sie ausdrücklich eine Konkretisierung durch inhaltliche Moralprinzipien vorsehen. Die Vertragsfreiheit kann etwa durch Bezugnahme auf die »guten Sitten« oder »Treu und Glauben« eingeschränkt werden; oder man kann den Umfang straf- und zivilrechtlicher Verantwortlichkeit den herrschenden moralischen Ansichten anpassen. Kein Positivist wird diese Tatsachen bestreiten. Und ebenso wenig wird er leugnen, daß die Stabilität von Rechtsordnungen teilweise auf derartigen Übereinstimmungen mit der herrschenden Moral beruht. Wenn dies mit der These einer notwendigen Verbindung von Recht und Moral gemeint sein soll, so ist nichts dagegen einzuwenden.

Gesetze müssen ausgelegt werden, damit man sie auf konkrete Fälle anwenden kann. Wenn

die Mythen, die die wahre Natur der Rechtsanwendung verschleiern, erst einmal durch eine realistische Analyse zerstört worden sind, ist es offenkundig, daß die Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe einen breiten Raum für kreative Tätigkeit lässt. Mancher würde hier sogar von »gesetzgeberischer« Tätigkeit sprechen. Richter stehen bei der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen und bei der Interpretation von Präzedenzfällen nicht vor der Alternative zwischen blinder, willkürlicher Deziision einerseits und mechanischer Deduktion aus starren Regeln andererseits. Häufig werden sie sich von der Annahme leiten lassen, daß die von ihnen auszulegenden Normen einen vernünftigen Zweck verfolgen, das heißt, daß sie nicht auf die Herbeiführung von Unrecht oder auf die Verletzung etablierter Moralprinzipien abzielen.

Juristische Entscheidungen verlangen oft —insbesondere bei Grundfragen des Verfassungsrechts— eine Wahl zwischen konkurrierenden moralischen Wertvorstellungen und nicht die bloße Anwendung nur *eines* dominierenden Moralprinzips. Es wäre töricht anzunehmen, daß die Moral überall dort eine klare Antwort bereithält, wo die Bedeutung des Rechts umstritten ist. Auch hier vermag der Richter eine Entscheidung zu treffen, die weder mechanisch deduzierbar noch willkürlich ist. Gerade in diesem Bereich können typische richterliche Tugenden zur Entfaltung kommen. Sie sind so sehr auf richterliches Entscheiden ausgerichtet, daß manche es für problematisch halten, in diesem Zusammenhang von »gesetzgeberischer« Tätigkeit zu sprechen. Diese Tugenden sind: Unparteilichkeit und Neutralität bei der Prüfung der Entscheidungsalternativen; Berücksichtigung der Interessen aller Betroffenen; das Bemühen, ein annehmbares allgemeines Prinzip als vernünftige Entscheidungsgrundlage zu entwickeln. Da stets verschiedene Prinzipien in Frage kommen, kann zweifelsohne nicht *bewiesen* werden, daß eine bestimmte Entscheidung die einzig richtige ist. Aber diese Entscheidung kann dadurch annehmbar gemacht werden, daß man sie als das begründete Ergebnis einer auf Information und Unparteilichkeit beruhenden Wahl ausweist. In alledem begegnet uns jenes Moment des Abwägens und Ausgleichens, das charakteristisch ist für das Bemühen, konkurrierenden Interessen gerecht zu werden.

Kaum jemand streitet die Bedeutung dieser Faktoren ab, die man angesichts ihrer Funktion, Entscheidungen annehmbar zu machen, ruhig als »moralisch« bezeichnen kann. Sie kommen häufig in irgendeiner Form in den informellen und wechselnden Auslegungsregeln zum Ausdruck, die in den meisten Rechtsordnungen eine Rolle spielen. Sieht man jedoch bereits darin den Beweis für eine *notwendige* Verbindung zwischen Recht und Moral, so sollte man sich daran erinnern, daß diese Regeln der Rechtsfindung in der Praxis fast so oft gebrochen wie befolgt worden sind. Denn seit den Tagen Austins kam die Mahnung, daß sich die richterliche Entscheidungsfindung von ihnen leiten lassen *solle*, überwiegend von Kritikern, die dieser vorwarfen, de facto oft blind für soziale Werte, mechanisch oder unzureichend begründet zu sein.

Manchmal besagt die Behauptung, wonach es eine notwendige Verbindung zwischen Recht und Moral gibt, nichts weiter, als daß eine *gute* Rechtsordnung in gewissen Belangen den Forderungen von Gerechtigkeit und Moral genügen muss. Manche mögen diese Behauptung als trivial ansehen, aber sie ist keine Tautologie. In der kritischen Beurteilung des Rechts kann es durchaus Meinungsverschiedenheiten darüber geben, welches die einschlägigen moralischen Maßstäbe sind, und in welchen Punkten das Recht ihnen genügen muss. Meint man die herrschende Moral der Gruppe, für die das Rechtssystem gilt — und zwar auch dann, wenn diese Moral auf Aberglauben beruht oder wenn sie Sklaven oder unterdrückten Klassen Schutz und Sicherheit vorenthält? Oder meint man aufgeklärte Verhaltensnormen, das heißt Verhaltensnormen, die auf rationalen Tatsachenannahmen beruhen und allen menschlichen Wesen ein gleiches Recht auf Berücksichtigung und Achtung zuerkennen? Zweifellos wird die Forderung, daß eine Rechtsordnung allen Menschen in ihrem Geltungsbereich ein Minimum an Schutz und Freiheit gewähren muss, heutzutage allgemein geteilt und als kritischer Maßstab für die Beurteilung von Rechtsordnungen anerkannt. Selbst wo man in der Praxis diesem Ideal nicht entspricht, legt man gewöhnlich doch ein Lippenbekenntnis zu ihm ab. Vielleicht lässt sich sogar mit philosophischen Mitteln zeigen, daß ein Moralsystem, das nicht von einem Recht aller Menschen auf Gleichbehandlung ausgeht, innerlich widersprüchlich ist oder doch auf dogmatischen oder irrationalen Annahmen beruht. So gesehen wäre die aufgeklärte Moral, die dieses Recht achtet, nicht bloß eine unter vielen möglichen Moral, sondern die wahre Moral. Diese Thesen können hier nicht im einzelnen untersucht werden. Aber selbst wenn man ihnen zustimmt, würde das nichts daran ändern und sollte uns nicht darüber hinwegtäuschen, daß so manche staatliche Rechtsordnung (mit der für sie charakteristischen Struktur von primären und sekundären Normen) trotz einer Missachtung dieser Prinzipien der Gerechtigkeit lange Bestand gehabt hat. Ob irgend etwas damit gewonnen wird, ungerechten Gesetzen den Rechtscharakter abzuspochen, werden wir noch erörtern.

In einem gewissen Sinne kann man die Unterscheidung zwischen einer guten Rechtsordnung, die in bestimmter Hinsicht Moral und Gerechtigkeit entspricht, und einer Rechtsordnung, die dieses nicht tut, für irreführend halten. Denn ein Minimum an Gerechtigkeit wird notwendigerweise immer dann verwirklicht, wenn menschliches Verhalten durch allgemeine Normen kontrolliert wird, die öffentlich verkündet und von den Gerichten angewendet werden. Die Idee der Gerechtigkeit in ihrer einfachsten Form (Gerechtigkeit bei der Rechtsanwendung) verlangt lediglich, den Gedanken ernst zu nehmen, daß es ein und dieselben allgemeinen Regeln sind, die unbeeinflusst von Vorurteilen, Interessen und Launen auf eine Vielzahl verschiedener Personen angewendet werden sollen. Es ist diese Unparteilichkeit, welche die Verfahrensbestimmungen, die englischen und amerikanischen Juristen als Prinzipien der »natürlichen Gerechtigkeit« vertraut sind, sicherstellen sollen. Die

bloße Vorstellung, eine allgemeine Rechtsnorm anzuwenden, enthält also zumindest den Keim der Gerechtigkeit. Dem widerspricht nicht, daß man auch solche Normen in gerechter Weise anwenden kann, die äußerst verwerflich sind.

Man kann diese Minimalform der Gerechtigkeit durchaus als «natürliche Gerechtigkeit» bezeichnen. Weitere ihrer Aspekte ergeben sich aus einer Untersuchung der gemeinsamen Merkmale solcher Methoden sozialer Kontrolle (sei es der Normen eines Spiels oder der Normen des Rechts), die ihre Kontrollfunktion in erster Linie dadurch erfüllen, daß sie sich mit allgemeinen Verhaltensanforderungen an bestimmte Personengruppen wenden, von denen dann erwartet wird, daß sie die Normen ohne weitere Anleitung verstehen und befolgen. Wenn diese Art der sozialen Kontrolle wirksam sein soll, müssen die Normen bestimmten Bedingungen genügen: **Sie müssen verständlich und für die Mehrheit befolgbar sein; außerdem dürfen sie im allgemeinen nicht rückwirkend gelten**, obwohl hier Ausnahmen möglich sind. Das bedeutet, daß diejenigen, die schließlich für einen Normverstoß bestraft werden, im großen und ganzen die Fähigkeit und die Chance gehabt haben müssen, den Normen zu gehorchen. Es ist klar, daß diese allgemeinen Merkmale einer durch Normen ausgeübten Kontrolle eng mit jenen Erfordernissen der Gerechtigkeit verwandt sind, die von Juristen als Prinzipien der Legalität betrachtet werden. In der Tat hat ein Kritiker des Rechtspositivismus behauptet, daß diese Merkmale auf eine notwendige Verbindung von Recht und Moral hinauslaufen, und hier von einer «inneren Moralität des Rechts» gesprochen. Wenn *das* mit der These von der notwendigen Verbindung zwischen Recht und Moral gemeint sein soll, können wir auch insoweit dieser These zustimmen. Leider ist diese «innere Moralität des Rechts» mit einem hohen Maß an Ungerechtigkeit vereinbar.

Wie unvorsichtig die positivistischen Rechtstheoretiker ihren allgemeinen Standpunkt auch immer formuliert haben mögen, nur wenige von ihnen hätten die bisher erörterten Formen einer Verbindung von Recht und Moral bestritten. Was bezweckte der Rechtspositivismus aber dann mit seinen Slogans:

- »Die Existenz des Rechts ist eine Sache, sein Wert oder Unwert eine andere« **(Austin)**;
- »Das Recht eines Staates ist kein Ideal, sondern etwas, das tatsächlich existiert... Es ist nicht das, was sein sollte, sondern das, was ist« **(Gray)**;
- »Rechtsnormen können jeden beliebigen Inhalt haben« **(Kelsen)**?

Das wichtigste Anliegen dieser Denker war eine durchsichtigere und ehrlichere Formulierung der theoretischen und moralischen Probleme, die sich aus der Existenz solcher Gesetze ergeben, die vom moralischen Standpunkt aus verwerflich, jedoch formal ordnungsgemäß erlassen, klar in ihrer Bedeutung und im Einklang mit sämtlichen

Gültigkeitskriterien der betreffenden Rechtsordnung sind. Die Rechtspositivisten waren der Ansicht, daß sowohl der Rechtstheoretiker als auch jener unglückliche Beamte oder Bürger, der diese Gesetze anzuwenden oder zu befolgen hat, nur verwirrt würde, wenn man ihn aufforderte, diesen Gesetzen das Prädikat »Recht« oder »gültig« zu verweigern. Sie meinten, daß es einfachere und ehrlichere Mittel gäbe, um sich mit diesen Problemen auseinander zusetzen — Mittel, die alle intellektuellen und moralischen Gesichtspunkte von Relevanz weit besser zur Geltung bringen. So sollten wir sagen: »Dies ist zwar Recht; aber es ist zu verwerflich, um angewendet oder befolgt zu werden«.

Der entgegengesetzte Standpunkt erscheint dann als attraktiv, wenn nach einer Revolution oder einer größeren politischen Umwälzung die Gerichte zu jenen moralischen Vergehen Stellung nehmen müssen, die von Bürgern oder Beamten unter dem früheren Regime in gesetzlicher Form begangen worden sind. Die Bestrafung solcher Vergehen mag als sozial erwünscht empfunden werden; und doch kann es sich als schwierig, als seinerseits moralisch verwerflich oder einfach als unmöglich erweisen, durch offen rückwirkende Gesetzgebung ein Verhalten zu kriminalisieren, das nach den Gesetzen des früheren Regimes erlaubt oder gar geboten war. Unter diesen Umständen scheint es sich anzubieten, die im Begriff »Recht« (vergleiche auch »ius«, »diritto« und »droit«) latent enthaltenen moralischen und naturrechtlichen Implikationen zu nutzen. So könnte man behaupten, daß Gesetze, die Ungerechtigkeiten anordnen oder gestatten, nicht als gültig anerkannt werden oder keinen Rechtscharakter haben sollen, selbst wenn die betreffende Rechtsordnung ihrer Legislative in dieser Richtung keine Kompetenzbeschränkung auferlegt. In dieser Weise wurden in Deutschland nach dem letzten Krieg Naturrechtsargumente wiederbelebt, und zwar als Reaktion auf die akuten Probleme, die eine Hinterlassenschaft der verbrecherischen Naziherrschaft und ihres Untergangs bildeten. Sollten beispielsweise Denunzianten, die aus eigensüchtigen Motiven andere wegen eines Verstoßes gegen ungeheuerliche Nazigesetze ins Gefängnis gebracht hatten, bestraft werden? Konnten die Gerichte im Nachkriegsdeutschland sie deshalb verurteilen, weil die Vorschriften, deren Übertretung sie angezeigt hatten, naturrechtswidrig und daher nichtig waren, so daß die Inhaftierung der Opfer wegen eines Verstoßes gegen diese Vorschriften in Wahrheit rechtswidrig und die Beihilfe dazu selbst eine Straftat war?

So einfach auch die Streitfrage zwischen denjenigen, die moralisch verwerflichen Gesetzen den Rechtscharakter absprechen, und denjenigen, die das nicht tun, aussieht, so sehr scheinen sich doch die Disputanten über den allgemeinen Charakter des Problems häufig im unklaren zu sein. Es trifft zwar zu, daß es sich hier um alternative Formulierungen einer moralischen Entscheidung handelt —der Entscheidung, verwerfliche Gesetze nicht anzuwenden, sie nicht zu befolgen sowie anderen nicht zu gestatten, sich unter Berufung auf sie zu verteidigen. Und doch ist das Problem nicht eigentlich sprachlicher Natur. Keine der

beiden Seiten in diesem Streit wäre zufrieden, wenn man ihr sagen würde: »Ja, Sie haben recht, auf englisch (oder auf deutsch) bringt man eine derartige Entscheidung genauso zum Ausdruck, wie Sie es getan haben«. Der Positivist könnte zwar unter Bezugnahme auf den Sprachgebrauch zeigen, daß die Behauptung, eine Rechtsnorm sei zu verwerflich, um Gehorsam zu verdienen, nicht widersprüchlich ist, und daß aus der Aussage, eine Norm sei moralisch verwerflich, nicht folgt, daß sie keine gültige Rechtsnorm ist. Doch würden die Gegner des Positivismus das Problem damit kaum als erledigt betrachten.

Es ist klar, daß wir diese Fragen nicht angemessen behandeln können, wenn wir darin nur eine Angelegenheit des korrekten Sprachgebrauchs sehen. Denn in Wirklichkeit geht es um die Bewertung der *Vor-* und *Nachteile* eines weiteren und eines engeren Begriffs zur Erfassung von Normen, die zu einem bestimmten, im großen und ganzen wirksamen sozialen Normensystem gehören. Um uns aus gutem Grund für eine der beiden Konzeptionen entscheiden zu können, müssen wir herausfinden, welche sich für unsere theoretischen Untersuchungen und unsere moralischen Überlegungen als fruchtbarer oder klärender erweist.

Der weitere dieser beiden konkurrierenden Rechtsbegriffe umfasst den engeren. Machen wir uns den weiteren Begriff zu eigen, so führt uns das im theoretischen Bereich dazu, alle jene Normen als Recht zu qualifizieren, die nach den *formalen* Kriterien eines Systems von primären und sekundären Normen als gültig anzusehen sind. Das gilt selbst für solche Normen, die gegen die faktisch herrschende Moral der betreffenden Gesellschaft oder gegen die von uns als aufgeklärt oder wahr betrachteten moralischen Grundsätze verstoßen. Wenn wir dagegen von dem engeren Rechtsbegriff ausgehen, schließen wir solche moralisch anfechtbaren Normen aus dem Bereich des Rechts aus.

Es dürfte klar sein, daß mit dem engeren Begriff für die theoretische oder wissenschaftliche Analyse des sozialen Phänomens »Recht« nichts gewonnen wird: Er führt zum Ausschluss von Normen, die sämtliche anderen komplexen Merkmale des Rechts aufweisen. Die Untersuchung dieser Normen durch eine andere Disziplin als die Rechtswissenschaft könnte nur Verwirrung stiften, und weder in rechts-geschichtlichen noch in anderen juristischen Studien hält man ein solches Vorgehen für zweckmäßig. **Der weitere Rechtsbegriff erlaubt uns dagegen**, in seinem Rahmen auch moralisch verwerfliche Gesetze im einzelnen zu analysieren und die Reaktion der Gesellschaft auf sie zu untersuchen. Unsere Bemühungen um das **Verständnis von Entwicklung und Möglichkeiten sozialer Kontrolle durch ein System primärer und sekundärer Normen** würden also durch den Gebrauch des engeren Rechtsbegriffs in verwirrender Weise aufgespalten. Eine vollständige Analyse dieser Technik sozialer Kontrolle umfasst auch die Analyse ihres Missbrauchs.

Wie steht es nun mit dem praktischen Nutzen des engeren Rechtsbegriffs im Kontext moralischer Überlegungen? Inwiefern ist es angesichts moralisch verwerflicher Vorschriften

besser, sie überhaupt nicht als Recht anzusehen, als der Meinung zu sein, daß sie zwar zum positiven Recht gehören, aber zu verwerflich sind, um angewendet oder befolgt zu werden? Würde das die Menschen klarsichtiger machen oder ihre Bereitschaft fördern, das Gesetz zu missachten, falls die Moral es fordert? Würden jene Probleme, wie sie das Naziregime hinterlassen hat, leichter lösbar werden?

Ohne Zweifel haben Ideen ihren Einfluss. Aber dadurch, daß man die Bürger zum Gebrauch eines engeren Begriffs rechtlicher Gültigkeit erzieht, in dem kein Platz für gültiges, aber moralisch verwerfliches Recht ist, wird man den Widerstand gegen das Böse angesichts der Drohungen organisierter Macht wohl kaum stärken können. Und man wird auch nicht zu einer klareren Erkenntnis dessen beitragen, was moralisch auf dem Spiele steht, wenn Rechtsgehorsam gefordert wird. Solange sich Menschen zur Beherrschung ihrer Mitmenschen auf die Loyalität einer ausreichenden Minderheit stützen können, werden sie sich zur Erreichung ihrer Ziele unter anderem auch der verschiedenen Formen des Rechts bedienen. Schlechte Menschen werden schlechte Gesetze erlassen und mit Hilfe anderer Menschen durchsetzen. Der Bürger kann nur dann gegenüber staatlichem Machtmissbrauch feinfühlig werden, wenn man ihm den Sinn dafür bewahrt, daß die Feststellung, etwas sei gültiges Recht, nicht ohne weiteres eine Gehorsamspflicht zur Folge hat und daß die Ansprüche einer staatlichen Ordnung, mag sie auch von einer noch so starken Aura von Majestät oder Autorität umgeben sein, letztlich doch einer moralischen Prüfung unterliegen müssen. Diese Einsicht, daß es jenseits der staatlichen Ordnung etwas gibt, auf das das Individuum zurückgreifen muss, um das Problem des Rechtsgehorsams für sich zu lösen, kann man sicherlich eher in denen wach halten, die an den Gedanken gewöhnt sind, daß Rechtsnormen ungerecht sein können, als in denen, die glauben, daß Unrecht niemals den Status von Recht erlangen kann.

Ein vielleicht noch stärkeres Argument für die Bevorzugung des weiteren Rechtsbegriffs, der es uns erlaubt, auch verwerfliche Normen als Rechtsnormen zu bezeichnen, liegt darin, daß man die vielfältigen moralischen Probleme, die im Zusammenhang mit verwerflichen Rechtsnormen auftreten können, in unzulässiger Weise vereinfacht, wenn man diesen Normen die rechtliche Anerkennung vorenthält. Ältere Autoren wie **Bentham und Austin** legten auf die Unterscheidung zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein sollte, unter anderem deshalb so großen Wert, weil sie glaubten, ohne diese Unterscheidung würden die Menschen dazu neigen, voreilig und ohne Rücksicht auf mögliche Schäden für die Gesellschaft bestimmte Gesetze für ungültig und nicht befolgbar zu erklären. Doch abgesehen von dieser Gefahr der Anarchie, die Bentham und Austin möglicherweise überschätzt haben, handelt es sich hier auch noch in anderer Hinsicht um eine unzulässige Vereinfachung. Wenn wir unser Augenmerk nur auf das *Gehorsams*-problem richten, welches für den einzelnen gegenüber den Anforderungen verwerflicher Vorschriften entsteht,

dann könnte es als gleichgültig erscheinen, ob der Betreffende glaubt, es mit einer gültigen »Rechts«norm zu tun zu haben oder nicht, sofern er nur ihre moralische Verwerflichkeit erkannt hat und sich entsprechend verhält. Aber außer dem Problem des Gehorsams (Soll ich diese schlechte Handlung ausführen?) besteht noch Sokrates Problem der Unterwerfung: Soll ich die Strafe für meinen Ungehorsam auf mich nehmen oder soll ich fliehen? Und es gibt auch noch das Problem, mit dem die deutschen Nachkriegsgerichte konfrontiert waren: Sollen wir jene bestrafen, deren Übeltaten zur Zeit der Begehung durch verwerfliche Gesetze gestattet waren? — Aus diesen Fragen ergeben sich ganz unterschiedliche Probleme der Moral und der Gerechtigkeit, die es unabhängig voneinander zu untersuchen gilt. Diese Probleme werden nicht dadurch gelöst, daß man sich ein für allemal weigert, schlechte Gesetze unter welchem Gesichtspunkt auch immer als gültig anzuerkennen. Auf so grobe Weise lassen sich heikle und vielschichtige moralische Probleme nicht bewältigen.

Ein Rechtsbegriff, der es erlaubt, die Ungültigkeit des Rechts von seiner Unsittlichkeit zu unterscheiden, versetzt uns in die Lage, die Komplexität und Vielfalt dieser unterschiedlichen Fragen zu erkennen, wohingegen ein enger Rechtsbegriff, der verwerflichen Normen die rechtliche Gültigkeit versagt, uns diesen Problemen gegenüber leicht blind macht. Es ist zwar richtig, daß die deutschen Denunzianten, die aus eigennützigen Motiven andere einer Bestrafung aufgrund verabscheuungswürdiger Gesetze auslieferten, gegen die Moral verstießen. Aber die Moral verlangt möglicherweise auch, daß der Staat nur jene Übeltaten bestraft, die bereits zur Tatzeit mit Strafe bedroht waren. Diese Forderung ist enthalten in dem Grundsatz «nulla poena sine lege».

Wenn man von diesem Grundsatz Ausnahmen machen muss, ohne ein noch größeres Übel als die Preisgabe des Grundsatzes selbst zu vermeiden, so ist es unbedingt notwendig, die anstehenden Probleme deutlich herauszuarbeiten. Man sollte einen Fall rückwirkender Bestrafung nicht so hinstellen, daß der Anschein entsteht, es handele sich um einen Normalfall der Bestrafung einer zur Tatzeit rechtswidrigen Handlung. Für die einfache positivistische Lehre, daß moralisch verwerfliche Normen trotz ihrer Verwerflichkeit gültiges Recht sein können, spricht zumindest folgendes: Wenn unter extremen Umständen eine Wahl zwischen verschiedenen Übeln getroffen werden muss, so lässt sich dies mit den Mitteln der positivistischen Lehre jedenfalls nicht verschleiern.