

2. Kapitel: Transzendente versus analytische Rechtsphilosophie

Herbert L. A. Hart gilt in der Literatur als bedeutendster Repräsentant der analytischen Rechtsphilosophie.²⁰ Wenn überhaupt irgendwo, dann muss sich also hier die Frage nach der Leistungsfähigkeit des Sprachparadigmas für eine Verständigung über das Problem des Rechts zur Entscheidung bringen lassen. Es ist nun allerdings mehr als nur Symptom, dass sich Hart in seinem Hauptwerk „Der Begriff des Rechts“²¹ spezifisch *sprach-analytischer* Überlegungen, dem ersten Augenschein wie auch seiner einleitenden methodologischen Selbstverortung entgegen, nur in präliminären

²⁰ „Im 20. Jahrhundert hat man auf die Frage, was denn Recht sei, nur noch selten mit einer [...] mehr oder minder griffigen Definition geantwortet. Die ‘Analytical Jurisprudence’ gibt uns eine Begründung für diese Zurückhaltung. Ihr Hauptvertreter ist heute H. L. A. Hart, dem wir eine kritische Auseinandersetzung mit der ‘klassischen’ Fragestellung nach dem Recht verdanken. Er macht zunächst auf ihre Mehrdeutigkeit aufmerksam.“ Kurt Seelmann: Rechtsphilosophie, München 1994, S. 29. Heinrich Weber-Grellert führt überhaupt nur Hart als Vertreter der analytischen Rechtsphilosophie an, die dabei wie folgt charakterisiert wird: „Linguistische und logische Ansätze gehören zu den essentialia der analytischen Rechtsphilosophie; sie wird mit *Positivismus* und *Empirismus* in Verbindung gebracht. Besonderes Interesse widmet die analytische Rechtsphilosophie den Grenzen der Bindung an den sprachlichen Gehalt der Gesetze, z.B. bei unbestimmten Gesetzesbegriffen, sowie auch den normativen Maßstäben des Entscheidens, zwischen absoluter Bindung, der Möglichkeit deduktiver Entscheidungsbegründung und der Erforderlichkeit von Eigenwertungen des Rechtsanwenders bis hin zur freien Willkür, dem Primat des Bedingungslosen Wertens. Die analytische Rechtsphilosophie erleichtert den Problemzugang und die Problembehandlung; sie öffnet die Augen für die Fehlerhaftigkeit der Extrempositionen des Meinungsspektrums, weist über Strukturanalysen den Weg zu rationalen Entscheidungen von Wertfragen und lehnt verdunkelnde Metaphern von der eigenwertungsfreien objektiv-teleologischen Auslegung [...] ab.“ (Ders.: Rechtsphilosophie, Münster 1997, S. 73.) In diesem weiten Sinne gefasst, ist die analytische Rechtsphilosophie mithin sowohl von den Spezialfragen einer formal-logischen Analyse juristischer Entscheidungen bzw. deren Formalisierbarkeit wie auch dem Problem einer allgemeinen juristischen Argumentationstheorie noch zu unterscheiden (vgl. dazu: Robert Alexy: Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt ²1991 sowie ders.: Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt 1995). Letztere stehen hier nicht zur Diskussion.

²¹ Herbert L. A. Hart: Der Begriff des Rechts, Frankfurt 1973 (im folgenden zitiert als BdR).

und illustrativen Zusammenhängen, kaum je aber zu argumentativen und inhaltlichen Zwecken bedient. Die Sprachanalyse erscheint hier, vornehmlich im ersten Drittel des Buches, in dem Hart, ausgehend von der Problematik einer Definition des Rechts, das Austinsche Modell vom Recht als eines auf Drohungen gestützten Befehls kritisch diskutiert, lediglich als ein bloßes *Stilphänomen*, das sich schon im zweiten Drittel, in dem er seine Schlüsselthese vom Recht als einer Einheit aus primären und sekundären Regeln vorstellt sowie die Grundlagen des Rechtssystems und seine offene Struktur erörtert, zunehmend verflüchtigt, um am Ende, wo die Verhältnisse von Recht und Gerechtigkeit und von Naturrecht und Rechtspositivismus sowie die Problematik des internationalen Rechts thematisch werden, schließlich Erklärungen zu weichen, die den argumentativen Wert sprachanalytischer Überlegungen mehr oder minder ausdrücklich bestreiten.²² Nicht etwa 'die' Sprache, sondern vielmehr die 'Tatsachen', speziell des angelsächsischen Rechts, und Theorien über das Recht (von Austin bis Kelsen und Radbruch) bilden die Rückgangsdimensionen, aus denen und von deren Kritik her Hart seine Antworten auf die Fragen nach den Charakteristika und der Funktion des Rechts sowie dem Grund seiner Geltung bezieht. Und dabei scheut er vor der Verwendung einer mentalistischen Terminologie keineswegs zurück: Ist es doch nichts Geringeres als die *Idee* der Gerechtigkeit, die ihm zufolge die Gebiete von Recht und Moral miteinander verbindet. Es kann kein Zufall sein, dass der so beredt und vielstimmig proklamierte Übergang vom mentalistischen zum Sprachparadigma hier ein ganz äußerlicher bleibt, gleichsam eine Konzession an die aktuell herrschende Mode, aber für das, was Hart zur Verständigung über das Recht beizutragen weiß, kaum etwas Substantielles austrägt. Der Einsatz äußerer Stilmittel, die für sprachanalytisches Philosophieren gemeinhin als typisch gelten, etwa die Präsentation von Thesen und Gegenthesen im Gewand fingierter wörtlicher Rede, darf darüber nicht hinwegtäuschen.

²² Vgl. etwa die Formulierung S. 214: „Dass wir der Einheit von primären und sekundären Regeln diesen zentralen Platz zuweisen, rechtfertigen wir *nicht* damit, dass sie lexikalisch zusammengehören, sondern damit, dass wir mit ihnen viel erklären können.“ oder diejenige auf S. 300: „Dass sie [bestimmte Regeln] notwendig sind, kann man behaupten, *ohne* darauf bestehen zu müssen, dass dies allein schon aus der Wortbedeutung von 'verbindlich' oder 'Verpflichtung' folgt.“ oder schließlich diejenige auf S. 288: „[E]s genügt nicht, die Widerspruchsfreiheit der Behauptung zu beweisen, eine Rechtsregel sei zu ungerecht, um befolgt zu werden; und es genügt ebenfalls nicht, zu sagen, dass aus dem Satz, die Bedingung einer zu ungerechten Regel sei nicht angezeigt, zugleich folgt, dass sie eine ungültige Regel sei. *Natürlich können wir dieses Problem nicht angemessen anpacken, wenn wir es als ein Problem ansehen, das allein in den Bereich des Sprachgebrauchs gehört.*“ (alle Hervorhebungen G. E.) Vgl. diesbezüglich ferner S. 294-296.

Dieser Befund, der an konkreten Text- bzw. Argumentationsbeispielen noch im einzelnen zu dokumentieren sein wird, kann nach dem Ergebnis des vorigen Kapitels, dem Scheitern der sprachanalytischen Methode an den Fragen der Ethik, kaum mehr überraschen – wie auch nicht jener zweite Befund, dass Hart, nicht anders als Tugendhat, um einen zwar unausdrücklichen, aber doch ubiquitär-affirmativen Rückgriff auf das Freiheitspostulat der philosophischen Tradition nicht umhin kommt. Dieser zweite Befund lässt sich nicht einfach als eine Trivialität abtun oder gar stillschweigend ignorieren. Es ist zwar eine schlichte Selbstverständlichkeit, dass Ethik und Recht, a fortiori also auch die Rechtstheorie, unmittelbar bedeutungslos werden, weil das spezifische Subjectum verlieren, an das sie sich richten, wenn dieses Postulat *nicht* in Ansatz gebracht wird. Aber so einleuchtend dieser Umstand auch ist, so ist er doch jedenfalls dann und so lange nicht trivial und kann folglich auch solches stillschweigende Ignorieren nicht legitimieren, wenn und solange auf der Überlegenheit des Sprachparadigmas insistiert wird.

Im vorangegangenen Kapitel ist bereits betont worden, dass das Freiheitspostulat in seinem metaphysischen Vollsinn nicht aus einer Analyse der Verwendungsweise des Adjektivs ‘frei’ gewonnen werden kann; auch lässt es sich der empirischen Realität nicht durch Beobachtung einfachhin ‘entnehmen’. Deshalb aber ist es mitnichten ‘sinnlos’. Es ist vielmehr die unabdingbar notwendige Voraussetzung, die *transzendente Hypothese*, die angenommen und zugrunde gelegt werden muss, wenn eine Theorie des Rechts überhaupt möglich sein soll, wie auch immer sie des Näheren angelegt und montiert werden möge, und diesseits auch der notorischen Kluft zwischen Naturrechtslehre und Rechtspositivismus. Man kann zwar, etwa unter Hinweis auf genetische Ausstattung und dadurch prädeternierte Verhaltensmuster, auf biologische und psychologische Zwänge oder auch auf gesellschaftliche Verhältnisse, dafürhalten, dass menschliche Individuen nicht frei seien, wie man auch gegen die Existenz von Moral, gegen die Existenz von Gerechtigkeit in dieser Welt plädieren kann – aber die Existenz des Instituts des *positiven Rechts* als eines Faktums der empirischen Welt lässt sich mit Gründen nicht bestreiten.²³ Denn die Individuen sind ihm unterworfen ‘ob sie es wollen oder nicht’ und bleiben dies, auch und selbst dann, wenn sie die Gerechtigkeit seiner Regeln, Normen und Erkenntnisse (Urteile) bestreiten oder sich ihnen zu entziehen

²³ Der Hinweis auf Ausnahmesituationen wie etwa bestimmte Bürgerkriegskonstellationen, in denen es ganz aufgehoben erscheint, kann hiergegen natürlich nicht greifen, da sie das Faktum selbst ohnehin nicht beseitigen und zudem gewöhnlich regional und temporal begrenzt sind.

bemühen. Und es ist dieses Institut des positiven, d. h. gesetzten Rechts selbst, welches das Freiheitspostulat überall, in allen seinen Verfahrensregeln und Verhaltensnormen, in Anspruch nimmt und zugrunde legt. Sie würden unmittelbar sinnlos, zwar nicht buchstäblich, wohl aber inhaltlich, wenn sie nicht voraussetzten, dass menschliche Individuen die Freiheit haben, sich ihnen gemäß zu verhalten oder aber gegen sie zu verstoßen, in ihren Handlungen also nicht durchgängig kausal determiniert sind. Das geht nicht zuletzt auch aus Harts 'analytischer' Rechtsphilosophie hervor, nur indirekt zwar, aber doch deutlich genug: Ohne die transzendente Hypothese der Freiheit kommt sie nicht aus.

Bevor diese beiden Befunde genauer dargelegt werden sollen, ist es erforderlich, sich zunächst einmal die methodologischen Erklärungen zu vergegenwärtigen, die Hart seinen Ausführungen voranstellt. Im Vorwort des Buches schreibt er: „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.“ (BdR, S. 7)

Diese methodologische Selbstverortung ist zwar nicht ohne jede Ambivalenz, genau besehen in Stoßrichtung und Tendenz aber doch eindeutig. Sie besagt natürlich nicht etwa, dass es sich bei der Klärung des „Rahmen[s] des Rechtsdenkens“ um eine Aufgabe handelte, die von Fragen nach den „Bedeutungen von Worten“ grundverschieden wäre, was man nur bei massiver Überinterpretation der Wendung „darüber hinaus“ am Anfang des zweiten Satzes des Zitats annehmen könnte. Sie etabliert vielmehr, wie die Beispiele bzw. Konkretionen und insbesondere der letzte Satz des Zitats klarstellen, einen methodischen Zusammenhang zwischen beidem: ersteres soll offenbar mittels letzterem erfolgen. Andernfalls wäre es ganz

und gar unverständlich, warum die Unterscheidung bestimmter „Aussagenarten“ essentiell für das Verständnis des Rechts sein und warum in eben dieser These eines der „zentralen Themen“ des Buches liegen soll. Diesen methodischen Zusammenhang unterstreicht und erläutert auch die folgende Passage, die Hart unmittelbar an das obige Zitat anschließt: „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 entsprechenden Worte untersucht und erforscht, wie diese vom sozialen Kontext abhängen. Dies wird ja häufig nicht direkt ausgesprochen. Hier können wir uns durchaus von J. A. Austin sagen lassen, dass ‘ein geschärftes Bewusstsein für Worte unsere Wahrnehmung der Phänomene schärfen wird’.“ (BdR, S. 8) Auch hier kann die vordergründige Ambivalenz der Formulierung nicht irritieren. Die „analytische Aufgabe“, eben die Klärung des ‘Rahmens des Rechtsdenkens’ mittels einer „Untersuchung von Wortbedeutungen“ und des „Standardgebrauchs“ der einschlägigen Worte, ist nicht etwa ein zweites neben dem „Versuch in deskriptiver Soziologie“, was man wiederum nur bei massiver Überinterpretation der Wendung „abgesehen von“ am Beginn des Zitats meinen könnte. Vielmehr steht erstere im Dienst von letzterem und fällt mit ihm zusammen: Die Untersuchung der Bedeutung bestimmter Worte und ihres Standardgebrauchs ist selbst ein Versuch in deskriptiver Soziologie bzw. erhebt diesen Erkenntnisanspruch, weil Hart von eben jener Grundannahme ausgeht, die sich im ersten Teil dieser Untersuchung als Implikation des sprachanalytischen Ansatzes ergeben hatte, von der Annahme nämlich, dass Sprache eo ipso realitätshaltig ist (vgl. o. S. 124 f.).

Der methodische Ansatz ist damit klar. Hart behauptet zwar nicht, dass er die Klärung des ‘Rahmens des Rechtsdenkens’ allein oder ausschließlich mit den Mitteln der Sprachanalyse durchzuführen beabsichtige (was allerdings an sich schon Zweifel an der überlegenen Leistungsfähigkeit des Sprachparadigmas Raum gibt). Aber dass er diesen Mitteln dafür eine gewichtige Rolle zuweist, ist offensichtlich und wird durch eine Reihe weiterer Umstände noch unterstrichen, die seiner Theorie zumindest in den Anfangsgründen ihrer Entfaltung gleichsam einen sprachanalytischen Anstrich verleihen. Dazu gehören zunächst einige inhaltliche Bemerkungen im ersten Kapitel, etwa die Versicherung, dass der Unterschied zwischen konvergentem und regelgeleitetem Sozialverhalten „sich oft

sprachlich“ zeige (BdR, S. 22), und dass man zur Beschreibung von letzterem „gewisse Worte“ benutzen könne, aber nicht müsse,²⁴ oder etwa auch die Rede von dem „verborgene[n] Prinzip, das unseren Sprachgebrauch leitet“ und das „manchmal“ von einer „Wortdefinition“ expliziert werden könne (S. 28). Dazu gehört sodann die Vorgehensweise des zweiten Kapitels, in dem Hart seine Kritik der Austinschen Befehlstheorie mit einer Betrachtung verschiedener Arten von Imperativen eröffnet und betont, dass dabei „viele hübsche linguistische Fragen“ auftauchen können (S. 36). Und dazu gehören schließlich ganz äußere Stilmerkmale, die man, mehr oder minder wohlbegründet, mit sprachanalytischem Philosophieren assoziieren mag: Der Ausgang von der Frage nach einer Definition des je in Rede stehenden Begriffs, die Verwendung wörtlicher Rede zwecks Explikation begrifflicher Differenzen und, zuletzt, die Thesen- bzw. Theorieentfaltung auf dem Wege einer Kritik alternativer Theorien.²⁵

Bereits im ersten Kapitel regt sich nun allerdings der Verdacht, dass der Einsatz der sprachanalytischen Mittel tatsächlich weit weniger austrägt, als Harts methodologische Selbstverortung erwarten lässt. Hart diskutiert hier in drei Unterkapiteln das Problem einer Definition des Rechts. Im ersten Unterkapitel erörtert er einige der Antworten, die in der Rechtstheorie auf die Frage ‘Was ist Recht?’ gegeben worden sind, im zweiten führt er drei Hauptprobleme ein, die seiner Auffassung nach dieser Frage zugrunde liegen und „formal im Verlagen nach einer *Definition* des Rechts zusammenkommen“ (ebd. S. 17), und im dritten schließlich wendet er sich einigen elementaren definitionstheoretischen Sachverhalten selber zu, so etwa den Bedingungen, die für eine konventionelle Definition per genus et differentiam erfüllt sein müssen.

²⁴ Wörtlich heißt es: „Wenn wir das geregelte Verhalten beschreiben wollen, können wir – müssen aber nicht – gewisse Worte benützen [...]“ (S. 22) Die Parenthese ist pikant: Dementiert sie doch, dass die Verwendung dieser und nur dieser Worte notwendig für die Beschreibung jenes Verhaltens ist, und setzt so, ob beabsichtigt oder nicht, dem methodischen Wert der Analyse ihrer Verwendungsweise Grenzen, die es nicht mehr erlauben, sie als den ersten oder gar den einzigen Weg zum Verständnis des Verhaltens auszugeben.

²⁵ Auf diesen methodischen Grundzug weist Hart ausdrücklich hin: „Tatsächlich befasst sich ein großer Teil des Buches mit Mängeln eines einfachen rechtssystematischen Modells, das am Leitfaden von Austins Befehlstheorie aufgestellt werden kann.“ (Ebd. S. 8) Die Kritik einfacher Modelle ist zwar in der Tat ein Stilmerkmal der analytischen Philosophie insgesamt, aber natürlich kein solches, das sie von der traditionellen philosophischen Theoriebildung hinreichend unterschiede oder gar ihre Überlegenheit über diese zu begründen vermöchte. Ist doch Kritik alternativer bzw. konkurrierender Theorien weder eine Errungenschaft der Wende zur Sprache noch ein Monopol der analytischen Philosophie.

Dieses Procedere, diese Focussierung auf das *Definitionsproblem*, ist, anders als man bei oberflächlicher Betrachtung meinen mag und anders auch, als es die gewöhnliche Lesart wissen will, nicht lediglich einer Wiederaufnahme der 'klassischen' Fragestellung nach dem Recht geschuldet. Denn weder bei Kant noch bei Hegel noch auch, um die beiden einflussreichsten deutschsprachigen Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts zu nennen, bei Kelsen und Radbruch findet sich eine vergleichbare Konzentration auf dieses Problem. Kant überschreibt zwar den Paragraphen B der Einleitung in seine Rechtslehre mit jener Frage und beschließt ihn auch mit einer Definition, erörtert und gewinnt diese aber nicht unter spezifisch definitionstheoretischen Aspekten.²⁶ Hegel, andererseits, geht in seiner Rechtsphilosophie bekanntlich zur Forderung des Beginns mit einer Definition insgesamt auf Distanz, indem er sie er als Ausdruck „der formellen, nicht philosophischen Methode der Wissenschaften“ zurückweist.²⁷ In Kelsens „Reine[r] Rechtslehre“ wiederum gewinnt die Bestimmung des Rechts als Zwangsnorm noch nicht einmal die äußere Form einer Definition.²⁸ Radbruch schließlich liefert zwar eine Bestimmung des Rechts, die der äußeren Form nach als Definition erscheint, stellt dabei aber (ganz wie Kant) keinerlei explizit definitionstheoretische Überlegungen an.²⁹

Nicht die traditionelle (d. i. nichtanalytische) Rechtsphilosophie verlangt die Focussierung auf das Definitionsproblem, sondern vielmehr die sachlichen Vorgaben und die Zielstellung des sprachanalytischen Ansatzes selbst, weil und sofern dessen Gründungsprogramm ja postuliert, dass alle Propositionen der neuen, sprachanalytischen Philosophie „Definitionen aus[drücken] oder die formalen Konsequenzen von Definitionen“, weil alle philosophischen Fragen „der Art ‘Was ist ein x ?’ [...] Fragen nach Definitionen“ seien (vgl. o. S. 64). Erst vor *diesem* Hintergrund wird Harts Procedere vollends verständlich, und insofern liegt dann auch die Annahme nahe, dass er zuletzt eben auf eine Definition des Rechts abziele, und zwar, berücksichtigt man seine methodologische Selbstverortung, speziell auf eine solche, die auf sprachanalytischem Weg gewonnen ist. Das jedenfalls wäre verlangt, wenn der Überlegenheitsanspruch des Sprachparadigmas über das mentalistische Paradigma der philosophischen Tradition mit Beziehung

²⁶ Vgl. Kant, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, Einleitung § B, in: Ak.-Ausg. Bd. VI, S. 229-231.

²⁷ Vgl. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 2; in: *Werke* Bd. 7, S. 31.

²⁸ Vgl. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Leipzig/Wien ¹1934 (zitiert als RR1) S. 25 f.

²⁹ Vgl. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Studienausgabe Heidelberg 1999 (zitiert als RP) § 4, S. 34.

auf das Recht einlösbar sein soll. Worin anders, wenn nicht hier, in der besseren Definition, sollte sich dieser Anspruch sonst erfüllen?

Diese Annahme erweist sich jedoch sogleich als falsch, und zwar in allen drei Unterabschnitten auf je spezifische Weise. Schon im Rahmen des ersten Unterabschnitts, d. h. der Erörterung der Antworten, die in der Rechtstheorie (Hart zitiert Llewellyn, O. W. Holmes, J. C. Gray, Austin und Kelsen) auf die Frage nach dem Recht gegeben worden sind, findet sich eine Passage, die seine methodologische Selbstverortung nicht lediglich relativiert, sondern vielmehr in diametralem Gegensatz zu ihr steht, ja ihre Kernaussage nachgerade zu dementieren scheint. Dabei hebt Hart zunächst die paradoxe Verschiedenartigkeit dieser Antworten hervor und weist darauf hin, dass sie in einem bemerkenswerten „Kontrast“ (S. 13) zu dem Umstand stehe, dass jeder gebildete Mensch zumindest ein „dürres Gerüst“ (ebd.) dessen angeben könne, was das Rechtssystem moderner Staaten ausmache (mit Sanktionen bedrohte Handlungsverbote, Verfahrensregeln, die Rechte übertragen und Verpflichtungen schaffen, Jurisdiktion, Legislative). Sodann erwägt er, ob die Frage nach dem Recht nicht durch solche „Aufzählung der Hauptpunkte eines innerstaatlichen Rechtssystems“ (S. 16) eine kurze Antwort finden könne, verwirft diese Möglichkeit jedoch, da sie „wenig mehr tut, als zu behaupten, dass im Normalfall Gesetze verschiedener Art zusammenkommen“, was darin begründet sei, dass erst „gewisse Gesetzestypen [...] ein Gericht und eine Legislative“ (ebd.) konstituieren. Abschließend erklärt er diesbezüglich dann: „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.*“ (S. 17; Hvg. G. E.)

Wie aber soll man es verstehen, dass Hart im Vorwort eigens darauf hinweist, dass er die ‘Bedeutungen’ bestimmter Worte und deren ‘Standardgebrauch’ untersucht habe, und überdies die Wichtigkeit und den methodischen Wert solcher Untersuchungen unterstreicht, wenn doch die Erinnerung an bestehende Konventionen des Sprachgebrauchs „nutzlos“ ist? – Handelt es sich hier nur um eine neuerliche Manifestation jenes im ersten Teil dieser Untersuchung ausführlich dargelegten Janusgesichts des sprachanalytischen Ansatzes, wonach ‘die’ Sprache *beides* sein soll, einerseits Quellgrund aller metaphysischen Verwirrung (weshalb dann auch die ‘Erinnerung’ an den konventionellen Sprachgebrauch ‘nutzlos’ wäre), zugleich aber, andererseits, auch die Rückgangsdimension, durch deren logische Analyse alle Fragen der Philosophie eine definitive Antwort erhalten

können (womit die Orientierung am Sprachgebrauch gefordert ist)? Dann allerdings müßte die Sprache bei Hart wenn schon nicht als alleinige, dann doch zumindest als primäre Rückgangsdimension fungieren, was faktisch nicht der Fall ist. Sollte man also jene Erklärung bereits als ein komplettes Dementi jener methodologischen Selbstverortung werten? Das wäre gewiss vorschnell. Man könnte ja immerhin noch dafür plädieren, dass sie sich eben nur auf die Worte 'Recht' und 'Rechtssystem' bzw. den sie betreffenden Sprachgebrauch beziehe, nicht aber auf bestimmte andere Worte (etwa Sanktion, Regel etc.), die für eine Verständigung über das Recht von Belang sind. Selbst dann aber bleibt sie ein bemerkenswertes Eingeständnis: Sagt sie doch nichts Geringeres als dies, dass die Analyse des Gebrauchs *eben derjenigen* Worte, die den *Gegenstand* einer Theorie des Rechts bezeichnen, für seine Erkenntnis *nichts austrägt*, und das heißt kontextbezogen und weniger scharf pointiert, dass eine Definition des Rechts durch Analyse des konventionellen Gebrauchs dieser Worte nicht gewonnen werden kann.

Diese Auskunft ist der Sache nach natürlich weder überraschend noch etwa gar anstößig. Aber sie ist ein *erstes* Indiz, das zu Zweifeln an der Leistungsfähigkeit des Sprachparadigmas für eine Verständigung über das Recht Anlass gibt. *Zwei weitere* Indizien dafür finden sich im zweiten Schritt, d. h. der Einführung der drei Hauptprobleme, die Hart zufolge der Frage nach dem Recht zugrunde liegen. Werden sie doch, ganz jener Auskunft entsprechend, nicht etwa 'der' Sprache bzw. dem Sprachgebrauch entnommen, sondern vielmehr dem *Denken*, nämlich der „Spekulation über die Natur des Rechts“, in deren „lange[r] und komplizierte[r] Geschichte“ sie „immer wiederkehrende Hauptthemen“ bildeten (S. 17). Für das erste dieser Themen, das Verhältnis von Recht und Drohung, verweist Hart auf „Austins Analysen [...] durch die die englische Jurisprudenz so sehr beeinflusst wurde“ (S. 18), für das zweite, das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit, auf die „scholastische Theorie des Naturrechts“ sowie „eine gewisse zeitgenössische Rechtsphilosophie, die den von Austin überkommenen Rechtspositivismus kritisiert“ (S. 20), für das dritte, das Verhältnis von Recht und Regel, ganz allgemein auf die „Jurisprudenz dieses Jahrhunderts“ (S. 21). Und nur im Rahmen der Exposition dieses *dritten* Hauptproblems, speziell der Erörterung der „scheinbar einfachen Idee [!] einer zwingenden Regel“ (S. 22) mittels der Unterscheidung von konvergentem und regelgeleiteten Sozialverhalten, nimmt er spezifisch sprachanalytische Überlegungen vor, indem er darauf hinweist, dass „die Worte 'müssen' (must), 'sollen' (should) und '(zu tun) haben' (ought to) [...] trotz ihrer

Unterschiede die gemeinsame Funktion haben, auf das Vorhandensein einer Verhaltensregel hinzuweisen“ (S. 22), wobei der durch sie angezeigte „Unterschied (das Element des ‘Müssens’ und des ‘Sollens’) in der Tatsache liegt, dass Abweichungen von gewissen Verhaltenstypen wahrscheinlich auf eine feindliche Reaktion stoßen und dass sie (dies nur bei Rechtsregeln) von Beamten bestraft werden.“ (S. 23)

Im Rahmen der Exposition der ersten beiden Hauptprobleme hingegen unterbleiben solche sprachlichen Überlegungen ganz oder doch weitestgehend.³⁰ Stattdessen nimmt Hart hier das *Freiheitspostulat* umstandslos und wie selbstverständlich in Anspruch, was ein schlichter Blick auf die sie einführenden Passagen unmittelbar belegt. Die erste dieser Passagen lautet: „Das hervorragendste allgemeine Merkmal des Rechts ist, zu allen Zeiten und überall, dass seine Existenz impliziert, dass einige Arten des menschlichen Verhaltens nicht mehr wahl-*frei*, sondern in gewissem Sinne obligatorisch sind, d. h. der Mensch ist zu einem gewissen Verhalten verpflichtet [...] im Bereich des nicht-*freien*, obligatorischen Verhaltens können wir verschiedene Formen unterscheiden. Der erste und einfachste Sinn 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 Zwanges ‘Nötigung’ (he was obliged).“ (S. 18; Hvg. G. E.) Nicht minder deutlich heißt es in der zweiten Passage: „Ein anderes Problem entsteht aus der zweiten Art, in der Verhalten nicht *freiwillig*, sondern obligatorisch ist. Sittliche 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 Sittlichkeit verbunden sind.“ (S. 19; Hvg. G. E.)

³⁰ Wenn man einmal von sporadischen Bemerkungen wie etwa jener absieht, dass die schon bei Augustinus und Thomas von Aquin anzutreffende These, wonach ein ungerechtes Gesetz kein Gesetz ist, „übertrieben und paradox, wenn nicht gar falsch“ „*klingt*“ (S. 20; Hvg. G. E.), die zwar einen Appell an das allgemeine Sprachgefühl darstellt, aber argumentativ nur wenig austrägt (zumal Hart selber, wie sich noch zeigen wird, an einem naturrechtlichen Minimalbestand im Recht festhält).

Die Tatsache, dass Hart das Freiheitspostulat in Anspruch nimmt und voraussetzt, ist also offensichtlich und schlechterdings nicht zu bestreiten. Strittig können nur die Konsequenzen sein, die daraus zu ziehen sind: Ist diese Tatsache, sofern der spezifische Sinn dieses Postulats eben aus 'der' Sprache nicht zu gewinnen ist (und nur am Rande sei bemerkt, dass Hart so wenig wie Tugendhat einen diesbezüglichen Versuch unternimmt), allein bereits ein hinreichender Grund, um das Scheitern des Sprachparadigmas auch an der Aufgabe einer Verständigung über das Recht zu konstatieren? Man möchte zögern, diese Konsequenz schon hier zu ziehen, und könnte sie durch den Hinweis darauf zu unterlaufen suchen, dass *jede* Rechtslehre diese Prämisse in Ansatz bringt und bringen *muss*, weil der Gedanken des *Sollens*, sei es in Gestalt des rechtlichen Zwangs bzw. der Nötigung, sei es auch in Gestalt moralischer Verpflichtung, eben anders überhaupt nicht formuliert und nicht verstanden werden kann. Dieser Hinweis allerdings ist aus der Defensive geboren und durchaus nicht geeignet, die Überlegenheit des Sprachparadigmas zu demonstrieren: Konzediert er doch, dass auch dieses Paradigma zwecks Verständigung über das Recht eine Prämisse heranziehen und beanspruchen muss, die, wenn überhaupt, dann nur mentalistisch gewonnen und begründet werden kann.

Zweifel am Überlegenheitsanspruch des Sprachparadigmas bleiben also angebracht. Diese Zweifel verschärfen sich noch, wenn man den dritten Schritt der Erörterung des Definitionsproblems genauer in den Blick nimmt. Weit davon entfernt, hier nun die erwartete Definition des Rechts zu liefern, trägt Hart vielmehr zwei Argumente *gegen* die Möglichkeit einer solchen vor, und *distanziert* sich schließlich von dem Definitionsvorhaben insgesamt. Das erste Argument besagt, bezogen auf die klassische Definitionsform (*per genus et differentiam*), dass eine solche Definition „im Fall des Rechts wertlos“ ist, *weil* es „keine allgemeinverständliche und generelle Kategorie“ gibt, „von der das Recht ein Mitglied ist“ (S. 29 f.). Lässt sich dieses erste Argument noch im weitesten Sinne als ein spezifisch sprachanalytisches werten, sofern es eben auf die in der Sprache vorhandenen Kategorien (bzw. Worte) abstellt, so ist das zweite strikt problem- bzw. theorieorientiert. Auch wenn man andere Definitionsformen (außer jener klassischen) mit einbeziehe, so erklärt Hart dabei, „können wir nichts finden, was präzise genug wäre, eine befriedigende Definition des Rechts zu liefern [...] Die Basisprobleme sind voneinander zu verschieden und je für sich zu bedeutend, als dass sie eine solche Art der Lösung selbst bringen könnten. Dies hat die Geschichte der Versuche gezeigt, genaue Definitionen zu liefern“ (S. 31).

Diese beiden Argumente bedürfen hier keiner näheren Diskussion. Entscheidend ist im aktuellen Zusammenhang vielmehr die Konsequenz, die Hart daraus zieht: „An manchen Stellen dieses Buches wird der Leser Diskussionen über Grenzfälle finden, wo die Rechtstheoretiker zweifelten, ob sie den Ausdruck ‘Recht’ bzw. ‘Rechtssystem’ verwenden sollen. Die vorgeschlagene Auflösung dieser Zweifel, die der Leser hier auch finden wird, ist jedoch nur in *zweiter* Linie die Absicht dieses Buches. Denn der Zweck ist hier *nicht* der, eine Definition des Rechts, im Sinne einer Regel, zu liefern, mit Bezug auf welche man den korrekten Wortgebrauch testen kann. Der Zweck des Buches besteht vielmehr darin, die Rechtsphilosophie zu fördern. Dies soll dadurch geschehen, dass wir die besondere Struktur des Rechtssystems einer staatlich organisierten Gesellschaft untersuchen und dabei die Ähnlichkeiten und Unterschiede von Recht, Zwang und Sittlichkeit als typische Phänomene des sozialen Geschehens besser verstehen lernen.“ (S. 32; Hvg. G. E.) Die Anknüpfung an die sprachanalytische Methodik, die zuletzt im ‘Verlangen nach einer Definition’ gipfelt, ist hier ebenso offensichtlich wie die Distanzierung von ihm. Man könnte zwar einwenden, dass es den Protagonisten der Wende zur Sprache von allem Anfang an doch wohl immer vor allem um eine ‘Förderung’ der Philosophie gegangen sei, dass also die Analyse des Wortgebrauchs wie auch das Verlangen nach einer Definition niemals Selbstzweck, sondern eben *nur* Methode gewesen ist. Was aber bleibt vom Überlegenheitsanspruch dieser Methode, wenn sie weder eine Definition des Rechts erbringt noch auf das mentalistische Paradigma zu verzichten imstande ist?

Beides geht unzweideutig aus Harts letztem Kapitel hervor, das die Problematik des internationalen Rechts erörtert. Jene Distanzierung vom analytischen Definitionsverlangen erfährt dort eine massive Bekräftigung, und es ist hochgradig signifikant, dass Hart in diesem Zusammenhang – wenngleich keineswegs erst hier – ausdrücklich auf die mentalistische Terminologie zurückgreift. Er eröffnet dieses Kapitel mit der Erinnerung an seine Schlüsselthese vom Recht als einer Einheit aus primären und sekundären Regeln³¹ und fasst deren Vorzüge wie folgt zusammen: „Es ist die Tugend der *Idee*, die wir in den *Mittelpunkt* unserer Betrachtungen

³¹ Letztere sind nach Hart „Regeln *über* Regeln. Während die primären Regeln damit beschäftigt sind, festzustellen, was die Individuen tun dürfen und was nicht, beschäftigen sich die sekundären Regeln mit den primären. Sie bestimmen, auf welche Weise man sich der primären Regeln schlüssig vergewissern kann, wie sie eingeführt und wieder abgeschafft werden, wie man sie verändert und wie man die Tatsache ihrer Verletzung schlüssig bestimmt.“ (S. 135)

gerückt haben, dass sie uns erlaubt, die vielfältigen Beziehungen von Recht, Zwang und Sittlichkeit als das zu sehen, was sie sind [...]“ (S. 293; Hvg. G. E.). Mit Beziehung auf das Definitionsproblem erklärt er sodann: „Obwohl die *Idee* der Einheit von primären und sekundären Regeln diese Vorzüge hat und *obwohl* es mit dem *Sprachgebrauch übereinstimmen würde*, die Existenz dieser charakteristischen Einheit der Regeln als eine ausreichende Bedingung für die Anwendung des Ausdrucks ‘Rechtssystem’ anzusehen, haben wir *nicht* behauptet, dass das Wort ‘Recht’ durch diese Ausdrücke definiert werden muss. Weil wir *nicht* behaupten, Worte wie ‘Recht’ oder ‘rechtlich’ auf diese Weise *definieren zu wollen*, bietet sich dieses Buch auch nur als eine Erklärung des *Begriffs* [Hvg. Hart] des Rechts an, statt als eine Definition des ‘Rechts’, von der man natürlicherweise erwarten kann, dass sie eine Regel oder sogar Regeln für den Gebrauch dieses Ausdrucks liefert.“ (Ebd.; Hvg. G. E.) Hart nimmt hier also zwar noch Bezug auf spezifisch sprachanalytische Methodenforderungen bzw. Beweisziele, indem er für seine Schlüsselthese Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauch reklamiert (allerdings ohne dies näher zu demonstrieren) und auch das Definitionsverlangen erneut anspricht. Aber die Abgrenzung von diesen Vorgaben und damit (zumindest indirekt) auch von der Zielstellung des analytischen Gründungsprogramms ist dennoch deutlich. Diesem zufolge müßte die Erklärung des Begriffs des Rechts in eine Definition dieses Wortes einmünden bzw. damit zusammenfallen. Hart hingegen setzt, ganz mentalistisch, offenbar den Begriff *gegen* das Wort, so dass Begriffserklärung und Wortdefinition auseinander fallen, und das Definitionsverlangen weist er zurück. Überdies stehen im „Mittelpunkt“ seiner Betrachtungen nicht Worte, sondern erklärtermaßen eine *Idee*.

Vor diesem Hintergrund ist es nun möglich, mit Beziehung auf die Frage nach der Leistungsfähigkeit des Sprachparadigmas für eine Verständigung über das Recht eine erste Zwischenbilanz zu ziehen. Es hat sich bereits gezeigt, dass Hart zufolge die Erinnerung an bestehende Konventionen des Gebrauchs der Worte ‘Recht’ und ‘Rechtssystem’ *nutzlos* ist, dass sich also durch deren Analyse keine Definition dieser Worte und kein angemessenes Verständnis des Gegenstandes, den sie bezeichnen, gewinnen lässt. Es hat sich ferner gezeigt, dass die drei Hauptprobleme, die seiner Auffassung nach der Frage nach dem Recht zugrunde liegen, nicht ‘der’ Sprache entnommen sind, sondern dem Denken, sofern es sich als Theorie des Rechts Gestalt gibt, und überdies, dass das, was Hart als das ‘hervorragendste allgemeine Merkmal des Rechts’ auszeichnet, nämlich

das Moment der Nötigung oder des Zwangs, die transzendente Hypothese der Freiheit impliziert, die nur mentalistisch gewonnen sein kann. Nun zeigt sich nicht nur, dass er zum analytischen Definitionsverlangen insgesamt auf Distanz geht, sondern auch seiner Schlüsselthese selber den logischen Status einer Idee zuweist. Jedes dieser Einzelergebnisse ist für sich genommen ein Beleg dafür, dass das Sprachparadigma das mentalistische Paradigma der philosophischen Tradition nicht zu ersetzen vermag. Zusammengenommen und im Verein jedoch rechtfertigen sie, noch vor jeder weiteren Analyse der Einzelheiten der Hartschen Rechtstheorie, die These, dass das Sprachparadigma, streng methodologisch betrachtet, auch an der Aufgabe einer Verständigung über das Recht scheitert, nicht anders als an der einer Verständigung über die Probleme der Ethik.

Gegen diese Konsequenz lassen sich zwei und nur zwei Einwände vorbringen. Der erste Einwand würde lauten, dass es doch nun gerade das Verdienst der sprachanalytisch inspirierten, wenn auch nicht immer oder primär sprachanalytisch argumentierenden Überlegungen Harts (speziell seiner Focussierung auf das Definitionsproblem) sei, auf die „Mehrdeutigkeit“ der Frage nach dem Recht aufmerksam gemacht zu haben.³² Diesem Einwand allerdings muss man gar nicht widersprechen. Hebt er doch lediglich auf das negative Potential des Sprachparadigmas ab, ohne seine theoriekonstitutive Kraft im mindesten zu belegen. Die hier vertretene Auffassung, dass Hart die Hauptprobleme, die er der Theorie des Rechts gestellt sieht, überhaupt *nur* unter Ansatz des mentalistischen Paradigmas zu formulieren und zu exponieren vermag, ist damit nicht widerlegt. Dies führt unmittelbar zum zweiten Einwand. Er würde besagen, dass der Rückgriff auf dieses Paradigma, der nicht nur bei der Inanspruchnahme des Freiheitspostulats impliziert ist, sondern in der Rede von der *Idee* des Rechts qua Einheit primärer und sekundärer Regeln auch in terminologischer Ausdrücklichkeit hervortritt, lediglich der Bequemlichkeit geschuldet sei (wie dies etwa Quine dort reklamiert, wo er sich der mentalistischen Semantik bedient; vgl. o. S. 304), und also vermeidbar bliebe, wenn man beispielsweise die betreffenden Terme nur extensional definierte.

Aber auch dieser zweite Einwand kann nicht wirklich greifen. Denn es handelt sich hier durchaus nicht nur um eine Frage der Terminologie. Es trifft zwar zu, dass man zumindest an einigen der Stellen, an denen Hart das Wort ‘Idee’ verwendet, auf dieses Wort verzichten könnte, indem man es durch ein anderes ersetzt (beispielsweise durch den Ausdruck ‘Vorstel-

³² Dieser Einwand liegt auf der Linie der Würdigung, die Seelmann Harts Rechtstheorie zuteil werden lässt, vgl. o. Anm. 20.

lungsbild' wie Quine will; vgl. o. S. 306) oder den jeweiligen Satz so umformuliert, dass es darin nicht mehr vorkommt. Das ist insbesondere dort der Fall, wo von der „Idee des Gebots“ (S. 37), von der „Idee des Befehls als Modells für das Recht“ (S. 39), der „Idee eines gewohnheitsmäßigen Gehorsams“ (S. 82) und von der „Idee des Wandels durch ein vom Menschen bewirktes *Fiat*“ (S. 317) die Rede ist. Aber diese Substitutions- bzw. Umformulierungsmöglichkeit besteht weder durchgängig noch an jenen sachlich entscheidenden Stellen, wo das Wort 'Idee' zweifellos den Begriff der Idee oder die Idee *qua* Idee meint, und sie besteht noch nicht einmal dort, wo Hart offensichtlich mit der *Idee des Rechts* operiert und argumentiert, obwohl das Wort 'Idee' dabei gar nicht zur Verwendung kommt. Das sei anhand von vier einschlägigen Passagen kurz demonstriert.

Die erste dieser Passagen findet sich im zweiten Kapitel, in dem Hart mit der kritischen Diskussion des Austinschen Befehlsmodells beginnt, das gleichsam die negative Folie für die Überlegungen des ersten Drittels seines Buches bildet, in dem es darum geht, zunächst einmal einige elementare Merkmale des Rechts (etwa das der „Allgemeinheit“ und der „Dauer und Beständigkeit“; S. 40) herauszuarbeiten. In dieser Passage beschreibt Hart seine Vorgehensweise wie folgt: „Daher werden wir weiterhin Austins Versuch folgen, aus den Elementen der Räubersituation die *Idee des Rechts aufzubauen*. Wir werden jedoch nicht hoffen, Erfolg zu haben, sondern wollen eher aus dem Versagen lernen.“ (S. 37; Hvg. G. E.) Es gibt nicht den mindesten Grund, Hart zu unterstellen, dass er hier – indem er den Ausdruck 'Idee des Rechts' verwendet – lediglich fahrlässig formulieren würde, was schon daraus erhellt, dass das Wort 'Recht' nicht allererst theoretisch 'aufgebaut' werden muss. Gemeint ist hier durchaus die *Idee*. Dies ließe sich nur bestreiten, wenn man auf die Differenz von Begriff und Idee abhobe, und damit dann allerdings seinerseits das mentalistische Paradigma in Anspruch nähme, dem diese Differenz entstammt.

Die zweite Passage entzieht sich jedem derartigen Substitutions- bzw. Relativierungsversuch, obschon das Wort 'Idee' darin noch nicht einmal vorkommt. Sie findet sich im Zusammenhang der an die Erörterung der verschiedenen Arten von Imperativen (S. 34-44) und Rechtsnormen (S. 45-75) anschließenden Diskussion des Modells von Souverän und Untertan (S. 76-114) und führt erstmals den Grundgedanken dessen ein, was Hart später, im zweiten Drittel des Buches, mit dem Ausdruck '*Erkenntnisregel*' bezeichnet (ab S. 135). Ausgehend von einer knappen Rekapitulation der entscheidenden Merkmale, die soziale Regeln von bloßen Gruppengewohnheiten unterscheiden, stellt Hart dabei zunächst die folgende Annahme vor: „Wir können annehmen, dass unsere soziale Gruppe nicht nur Regeln

besitzt, die – wie jene die Barhüptigkeit in der Kirche betreffende – eine spezifische Verhaltensart zum Standard erklären, sondern auch eine Regel, die dafür sorgt, dass die Verhaltensstandards in einer weniger direkten Weise durch Beziehung auf geschriebene oder gesprochene Worte einer bestimmten Person identifiziert werden können. In ihrer einfachsten Form wird diese Regel in der Weise wirken, dass das zu tun sei, was Rex [der Souverän] als Handlungen vorschreibt (vielleicht auf eine besonders formalisierte Weise vorschreibt).“ (S. 86) Mit Beziehung auf diese *‘Identifikationsregel’* (wie sie hier der Kürze halber genannt sei) erklärt er dann: „Dadurch verändert sich die Situation, die wir zuerst mit Ausdrücken der bloßen Gewohnheit, Rex zu gehorchen, umschrieben haben. Denn wo eine solche Regel angenommen ist, wird Rex in der Tat nicht nur sagen, was getan werden muss, sondern er wird das *Recht* haben, dies zu tun. Und man wird nicht nur allgemein seinen Befehlen gehorchen, sondern es wird allgemein anerkannt sein, dass es *Recht* ist, ihm zu gehorchen. Rex wird in der Tat ein Gesetzgeber sein mit der *Autorität*, Gesetze zu geben, d. h. neue Verhaltensstandards in das Gruppenleben einzuführen.“ (S. 86)

Diese Passage verdient höchste Beachtung. Es bedarf wohl keiner umständlichen Erläuterung, dass Hart hier nicht sprachanalytisch argumentiert: die Verknüpfung der Existenz der Identifikationsregel mit der Existenz des Rechts ist hier nicht irgendeinem Sprachgebrauch analytisch entnommen, sondern wird synthetisch postuliert. Dabei ist im Auge zu behalten, dass Hart in der zuerst zitierten Passage erklärt hatte, die Idee des Rechts ‘aufbauen’ zu wollen, und dass nun hier, in dieser zweiten Passage, das Wort ‘Recht’ erstmals im Kursivdruck erscheint. Was dieses Wort bezeichnet, liegt Hart zufolge nicht schon dort vor, wo lediglich eine Verhaltensregel als Standard befolgt wird, und auch nicht schon dort, wo den Befehlen eines Souveräns bloß gewohnheitsmäßig gehorcht wird, sondern erst dort, wo eine Regel existiert, welche die Verhaltensstandards mit den Befehlen zu identifizieren bzw. sie darauf zurückzuführen erlaubt: erst dann – so die These – ‘hat’ der Souverän das *Recht*, Gesetze zu geben, und dann auch „wird allgemein anerkannt“, dass es „*Recht* ist, ihm zu gehorchen“. Hier wird weder das Wort ‘Recht’ definiert noch der Begriff des Rechts in seine konstitutiven Elemente zerlegt. Die doppelseitige Verwendung dieses Wortes, einmal im Sinne von ‘Recht haben’ (bzw. Kompetenz zur Gesetzgebung auf Seiten des Souveräns), einmal im Sinne von ‘Recht sein’ (bzw. Anerkennung des Rechtscharakters der Befehle auf Seiten der Untertanen) belegt in Verbindung mit dem Kursivdruck vielmehr, dass hier die *Idee* des Rechts gemeint ist, in Anspruch genommen und nach dem, was sie Hart zufolge im Kern, eben *qua* Idee ausmacht,

bestimmt wird. Denn man muss über diese Idee (in einem noch so vagen Sinn) bereits verfügen, um überhaupt zu verstehen, dass sie auf beiden Seiten auftritt, und dass eben darin für Hart offenbar ihr Kern liegt.³³

Letzte Zweifel daran, dass Hart nicht nur kontingenterweise die mentalistische Terminologie benutzt, sondern zum Rückgriff auf das mentalistische Paradigma tatsächlich gezwungen ist, räumen die beiden letzten in diesem Zusammenhang noch anzuführenden Passagen aus. Sie dokumentieren, noch deutlicher als die beiden Vorstehenden, eine wohlkalkulierte Verwendung des Begriffs der Idee. Die erste dieser Passagen fasst die Kritik, die Hart am Austinschen Befehlsmodell des Rechts vorträgt, rückblickend zusammen: „Die Wurzel des Versagens liegt darin, dass die Elemente, aus denen die Theorie konstruiert wurde, d. h. die Vorstellungen von Befehlen, Gehorsam, Gewohnheiten und Drohungen, allein nicht – und auch nicht durch ihre Kombination – die *Idee einer Regel* erbringen können, ohne die es hoffnungslos ist, selbst die elementarsten Formen des Rechts zu erhehlen. Es ist richtig, dass die *Idee einer Regel* keineswegs eine einfache ist.“ (S. 117; Hvg. G. E.) Es *gibt* schlechterdings *keine* Möglichkeit, den Ausdruck '*Idee einer Regel*' hier um des Sprachparadigmas willen zu vermeiden – und allein dieser schlichte Umstand dokumentiert dessen Insuffizienz. Philosophie ist eben nicht nur ein 'Sprachspiel'. Man kann zwar statt des Wortes 'Idee' das Wort 'Gedanke' einsetzen, aber was wäre damit aus der Sicht oder im Interesse des Sprachparadigmas gewonnen? Und eine danach noch denkbare Ersetzung von 'Idee' durch 'Wort' verbietet sich schon aus sprachlichen Gründen. Gleiches gilt, mutatis mutandis, für die folgende Passage, die sich auf die 'Identitäts'- bzw. die Erkenntnisregel bezieht: „Indem sie ein Kennzeichen für Autorität liefert, führt sie die, obgleich embryonale, *Idee eines Rechtssystems* ein: Denn die Regeln bilden jetzt keinen inkohärenten Komplex mehr, sondern in einfacher Form eine Einheit. Weiterhin haben wir mit der simplen Handlung, von einer gegebenen Regel auszusagen, dass sie das verlangte Merkmal besitzt, in einer autoritativen Liste vorzukommen, den Kern der *Idee der rechtlichen Gültigkeit*.“ (S. 136; Hvg. G. E.)

³³ Eine ganz ähnliche Verwendungsweise des Wortes 'Recht' findet sich wenige Seiten später: „Die Antwort auf dieses Problem, 'warum noch Recht', ist im Prinzip dieselbe wie die Antwort auf unser erstes Problem, 'warum schon Recht'; sie enthält die gleiche Ersetzung des zu einfachen Begriffs der Gewohnheit, einem Souverän zu gehorchen, durch den Begriff der durchwegs anerkannten und fundamentalen Regel, die eine Klasse oder Familie von Personen spezifiziert, deren Worte einen Verhaltensstandard für die Gesellschaft konstituieren, d. h. die das *Recht* zur Gesetzgebung haben.“ (S. 91 f.) Auch hier indiziert die Kursivierung, dass die Idee des Rechts gemeint ist, ohne dass das Wort 'Idee' in dem Satz vorkommt.

Man sage nicht, hier sei anderes als die *'Idee eines Rechtssystems'*, anderes als die *'Idee rechtlicher Gültigkeit'* gemeint. Es gibt Grenzen für eine manipulative Auslegung von Texten im Interesse einer bestimmten philosophischen Position, die man gerade dann nicht einreißen und übersteigen sollte, wenn man vorgibt, im Namen der Wissenschaftlichkeit der Philosophie zu argumentieren. Harts *'analytische'* Rechtstheorie kann den Überlegenheitsanspruch des Sprachparadigmas schon deshalb weder unterfüttern noch gar begründen, weil sie vielmehr umgekehrt, ob beabsichtigt oder nicht, die Unverzichtbarkeit des mentalistischen Paradigmas der philosophischen Tradition dokumentiert. Im Blick auf die Leitfrage der vorliegenden Untersuchung – die Frage nach der philosophischen Überzeugungskraft der Wende zur Sprache, die in allen bisher betrachteten Problembereichen (vom analytischen Gründungsprogramm über die Rückbesinnung auf Kant, das Systemproblem sowie das Verhältnis von Sprache und Denken bis hin zuletzt zur Frage eines semantischen Zugangs zur Moral) negativ beantwortet werden musste – bleibt also nur noch zu fragen: Führt Harts Rechtstheorie denn wenigstens *inhaltlich*, also jenseits des rein methodologischen Aspekts der Art der Argumentation, über die theoretischen Alternativen hinaus, mit denen sie in der Sache konkurriert?

Dabei handelt es sich natürlich nicht um Austin, den Hart nur als Lieferanten eines einfachen, deshalb aber auch leicht zu kritisierenden Modells des Rechts benutzt, und der dabei, wie auch immer bedeutend für die englische Jurisprudenz, doch nur ein Theoretiker des 19. Jahrhunderts bleibt. Die relevanten zeitgenössischen Alternativen sind vielmehr die Rechtstheorien von Hans Kelsen und Gustav Radbruch, die man mit guten Gründen, nämlich gemessen an der *Rechtswirklichkeit*, als die einflussreichsten des 20. Jahrhunderts betrachten kann.³⁴ Da sich beide in aller

³⁴ Bezogen auf Kelsen, dessen Feder die Verfassung der Bundesrepublik Österreich entstammt, schreibt Stanley L. Paulson: „Kelsen’s influence in legal philosophy and legal theory is unrivalled in this century. It is seen not only in the extraordinary juridico-philosophical controversies surrounding the Pure Theory of Law, but also in the Kelsenian concepts and doctrines – ranging from legal power to centralized constitutional review – that have profoundly affected the way jurists look at the law.“ Stanley L. Paulson u. Bonnie Litschewski Paulson (Hg.): *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford 1998, S. VII. Und bezogen auf Radbruchs berühmten Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ schreiben Dreier und Paulson: „Dieser Aufsatz ist von den deutschen Gerichten bei der Aufarbeitung des NS-Unrechts ebenso wie später de[s] SED-Unrechts herangezogen worden und hat sich so als praktisch wohl einflussreichster rechtsphilosophischer Aufsatz des 20. Jahrhunderts erwiesen.“ Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: Ralf Dreier u. Stanley L. Paulson (Hg.): *Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie*, S. 235-250, hier S. 245.

Ausdrücklichkeit auf die neukantianische Transzendentalphilosophie beziehen und berufen, Kelsen primär auf Hermann Cohen,³⁵ Radbruch primär auf Emil Lask,³⁶ gewinnt somit jene Leitfrage, die im zweiten Teil dieser

³⁵ In der „Vorrede“ zur zweiten Auflage der „Hauptprobleme des Staatsrechts“ aus dem Jahr 1923 bekennt Kelsen sich mit folgenden Worten zur Cohenschen Epistemologie: „Den entscheidenden erkenntnistheoretischen Gesichtspunkt, von dem allein aus die richtige Einstellung der Begriffe Staat und Recht möglich war, gewann ich durch COHEN'S KANT-Interpretation, insbesondere durch seine 'Ethik des reinen Willens'“. (Hans Kelsen: Hauptprobleme des Staatsrechts, ²Tübingen 1923, S. XVII.; im folgenden durchgängig zitiert als HP) Zehn Jahre später erneuert und präzisiert er dies Bekenntnis in einem Brief an Renato Treves: „ad 2) Es trifft durchaus zu, dass die philosophische Grundlage der Reinen Rechtslehre die Kantische Philosophie, und zwar in ihrer *Deutung* ist, die sie durch *Cohen* erfahren hat. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass ich, so wie *Cohen* Kants Kritik der Reinen Vernunft als eine Theorie der Erfahrung verstanden hat, die transzendente Methode zu einer Theorie des positiven Rechts zu verwenden versuche [...] ad 4) Obgleich es durchaus richtig ist, dass die Theorie von der Grundnorm in dem Mach'schen Prinzip der Denkökonomie und in *Vaihingers* Fiktionslehre gewisse Stützen findet, so möchte ich doch heute wegen mannigfacher Missverständnisse, die sich aus diesen Hinweisen ergeben haben, mich *nicht mehr* auf *Mach* und *Vaihinger* berufen. Wesentlich ist, dass die Theorie der Grundnorm sich restlos aus der von *Cohen* entwickelten *Methode der Hypothesis* ergibt. Die Grundnorm ist die Antwort auf die Frage: welches die Voraussetzung ist, von der aus alle als Rechtsakte qualifizierten Tatbestände in diesem Sinne, d. h. als Akte gedeutet werden können, durch die Normen gesetzt oder vollzogen werden. Das ist eine im echtsten Geist der Transzendental-Logik gestellte Frage.“ (Hans Kelsen: Reine Rechtslehre, 'Labandismus' und Neukantianismus. Ein Brief an Renato Treves; in: Hans Kelsen, Renato Treves: *Formalismo Giuridico E Realta Sociale*, Hg. von Stanley L. Paulson, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane 1992, S. 55-58, hier S. 56 u. 58; Hvg. G. E.) Zum allgemeinen Verhältnis der 'Reinen Rechtslehre' zum Neukantianismus vgl. ferner: Fritz Sander u. Hans Kelsen: *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre*, hg. von Stanley L. Paulson, Aalen 1988. Zur neukantianischen Dimension von Kelsens 'klassischer Phase' vgl. ferner: Stanley L. Paulson u. Bonnie Litschewski Paulson (Hg.): *Normativity and Norms* (a. a. O. (Anm. 34) S. XXVI-XXIII). Für eine ausführliche Interpretation des Verhältnisses Kelsens zu *Cohen* vgl. vom Verfasser: *The Hypothesis of the Basic Norm. Hans Kelsen and Hermann Cohen*, in: Stanley L. Paulson u. Bonnie Litschewski Paulson (Hg.): *Normativity and Norms*, S. 195-220.

³⁶ Im ersten Satz des § 1 seiner 'Rechtsphilosophie' von 1932 erklärt Radbruch: „*Rechtsphilosophie* ist ein Teil der Philosophie. Es ist deshalb unerlässlich, zunächst die allgemeinen philosophischen Voraussetzungen der Rechtsphilosophie aufzuzeigen“, und fügt in einer Fußnote unmittelbar hinzu: „Die folgenden Ausführungen haben zum Hintergrund die philosophischen Lehren *Windelbands*, *Rickerts* und *Lasks*, insbesondere ist *Lasks* Rechtsphilosophie, jetzt in seinen *Gesammelten Schriften*, Bd. 1, 1923, S.275 ff., für diese Ausführungen und dieses Buch wegweisend gewesen.“ (RP, S. 8) für konkrete Bezüge auf Lask vgl. ebd. S. 10, 14, 22, 31, 207, 235, 237. Für die biographische Konstellation bzw. den persönlichen Kontakt zwischen Radbruch und Lask sowie den allgemein neukantianischen Charakter von Radbruchs Theorie vgl. Ralf Dreier u. Stanley L. Paulson: *Einführung*

Arbeit speziell anhand der analytischen Rückbesinnung auf Kant bereits ausführlich diskutiert worden ist, eine weitere und nunmehr auch abschließende Konkretion: Führt die sprachanalytische Philosophie – anspruchsgemäß und wie es eine von diesem Anspruch imprägnierte, von Ignoranz und Missverständnissen geprägte Philosophiegeschichtsschreibung vermeint – tatsächlich, hier jetzt auf dem Feld der Rechtsphilosophie, über das im Anschluss an den Neukantianismus bereits erreichte Reflexionsniveau hinaus?

Angesichts der Komplexität der respektiven Theorien und der damit vorliegenden Problemkonstellation ist es zweckmäßig, diese Frage in Konzentration auf die beiden entscheidenden Haupt- und Schlüsselprobleme zu diskutieren, die jede Rechtstheorie beantworten muss, welche philosophisch überzeugend sein will: die Frage nach dem ‘letzten’ oder ‘höchsten’ Geltungsgrund des Rechts und die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral.

Welche Antwort also bietet Hart auf die erste dieser beiden Fragen an? Den Kern der ‘Idee der rechtlichen Gültigkeit’ „haben wir“, so hieß es, „mit der simplen Handlung, von einer gegebenen Regel auszusagen, dass sie das verlangte Merkmal besitzt, in einer autoritativen Liste vorzukommen“ (vgl. o. S. 385). Diese Auskunft muss befremden: Die Handlung, also der performative bzw. illokutionäre Akt, von einer Regel etwas ‘auszusagen’ (wenn auch etwas Bestimmtes, nämlich: in einer autoritativen Liste vorzukommen), sollte den Kern der Idee der Rechtsgeltung bilden? Führt hier die Orientierung am Sprachparadigma ins Absurde oder ist das tatsächlich gemeint?

Es *ist* tatsächlich gemeint – wenngleich aufgrund der ambivalenten Formulierung unentscheidbar bleibt, ob für Hart wirklich die Handlung qua Akt des Aussagens oder nicht vielmehr doch, was allein plausibel wäre, der Aussageinhalt, das auf die (Verhaltens-) Regel bezogene Urteil also, den Kern der Idee der Rechtsgeltung bildet. Aber diese Ambivalenz ist hier letztlich nicht entscheidend. Zieht man die Ausführungen über „Erkenntnisregel und rechtliche Gültigkeit“ (das erste Unterkapitel im Abschnitt „VI. Die Grundlagen des Rechtssystems“) heran, so wird deutlich, dass nach Hart eine beliebige primäre Regel (ein Gesetz, ein ministerieller Erlass, ein richterliches Urteil) dann rechtsgültig ist, wenn sie ein

in die Rechtsphilosophie Radbruchs, a. a. O. (Anm. 34), S. 236-239. Für Details des Verhältnisses zum Südwestdeutschen Neukantianismus vgl. Jisu Kim: ‘Methodentialismus’ und ‘Natur der Sache’ im Denken Gustav Radbruchs. Quellenstudien zu ihren kulturphilosophischen Vorfragen bei Windelband, Rickert und Lask, Freiburg (Diss.) 1966.

bestimmtes Merkmal besitzt (oder mehrere), das es erlaubt, sie als Regel des dabei vorausgesetzten Rechtssystems zu identifizieren. Dieses Merkmal legen die sekundären Regeln fest, und zwar zuletzt die *letzte Erkenntnisregel* des jeweiligen Rechtssystems: „Wir verstehen die Bedeutung der Erkenntnisregel als *letzter Regel* am besten, wenn wir eine sehr vertraute Kette rechtlichen Denkens verfolgen. Wenn sich die Frage erhebt, ob eine Rechtsregel gültig ist, müssen wir, um die Frage zu beantworten, ein Gültigkeitskriterium verwenden, das uns eine andere Regel liefert: Ist diese bestimmte Verordnung des County Council der Grafschaft Oxford gültig? Ja: Weil sie in Ausübung von Befugnissen erlassen wurde (und einem Verfahren entsprach), die das Gesundheitsministerium durch Erlass eingeräumt hatte. In diesem Fall liefert der Erlass die Kriterien, nach denen die Gültigkeit der Verordnung festgestellt wird. Wahrscheinlich gibt es keine praktische Notwendigkeit, hier weiterzuforschen, aber man kann dies stets tun. Wir können die Gültigkeit der gesetzlichen Erlasse in Frage stellen und deren Gültigkeit durch das Gesetz bestimmen, das dem Ministerium erlaubt, solche Erlasse herauszugeben. Und wenn schließlich die Gültigkeit des Gesetzes in Frage gestellt und durch Bezug auf die Regel bestimmt wurde, dass alles, was die Königin im Parlament erlässt, Recht ist, *kommen wir an das Ende der Fragen nach der Gültigkeit*: Denn wir haben dann eine Regel erhalten, die ebenso wie die mittelbaren Erlasse und Gesetze Kriterien für die Bestimmung der Gültigkeit anderer Regeln liefert. Aber hier *gibt es dann*, anders als sonst, *keine weitere Regel* mehr, welche Kriterien für die Bestimmung ihrer eigenen rechtlichen Gültigkeit liefert.“ (S. 151; Hvg. G. E.)

Der Umstand, dass Hart hier nicht sprachanalytisch, sondern mit den ‘Tatsachen’ argumentiert, speziell denen des englischen Rechts, sei nur am Rande vermerkt. Dass er diese Tatsachen korrekt wiedergibt und beschreibt, soll hier nicht in Frage gestellt und nicht bestritten werden. Denn diese Fragestellung würde von dem im aktuellen Zusammenhang entscheidenden Manko der Hartschen Theorie nur ablenken. Dieses Manko resultiert aus der methodischen Beschränkung auf die bloße Deskription, aus der offenbar empiristisch motivierten Wiedergabe des ‘Gegebenen’ (in Gestalt zumeist des englischen, gelegentlich aber auch des amerikanischen Rechtssystems; vgl. etwa S. 150), und begründet die These, dass diese Theorie philosophisch, nämlich hinsichtlich der Verständigung über den ‘letzten’ oder ‘höchsten’ Grund der Geltung des Rechts, das im Anschluss an den Neukantianismus erreichte Reflexionsniveau rechtsphilosophischer Theoriebildung nicht übertrifft, sondern vielmehr *hinter* Kelsens Lehre von der Grundnorm *zurückfällt*. Zur theoretischen Erkenntnis dieses ‘letzten’

Grundes der Geltung des Rechts – und das ist mehr als bloße Deskription einer gegebenen Rechtswirklichkeit – dringt Hart nicht vor.

Zwar geht er mit den Unterscheidungen von ‘primären’ und ‘sekundären’ Regeln und von ‘internen’ und ‘externen’ Aussagen³⁷ und schließlich auch mit dem Begriff der ‘letzten Erkenntnisregel’ selber insofern über die Ebene bloßer Deskription hinaus, als er ein Instrumentarium, eine Begrifflichkeit zur theoretischen Durchdringung und Erfassung der Rechtswirklichkeit zur Verfügung stellt, das sich *so* in dieser selbst nicht findet. Das ist die im Empirismus vergessene Aufgabe aller Theorie. Aber Hart *reduziert* die Idee und das Problem der Rechtsgeltung auf die Identifizierungsfrage, d. h. auf die Frage nach einem „oberste[n] Gültigkeitskriterium“ (S. 150) für die primären Regeln eines *gegebenen* Rechtssystems, das dabei in seiner spezifischen Bestimmtheit *als gültig* vorausgesetzt bleibt. Nur so wird die Behauptung des obigen Zitats verständlich, dass mit der Regel, „dass alles, was die Königin im Parlament erlässt, Recht ist“, „das *Ende der Fragen nach der Gültigkeit*“ erreicht sei. Sollte man allen Ernstes nicht fragen können, warum *diese* Regel gilt? Darauf wird sogleich zurückzukommen sein.

Bei dieser Regel handelt es sich nach Hart um eine interne Aussage, und dieser interne Aspekt, der die Anerkennung der Gültigkeit des jeweiligen Rechtssystems impliziert, soll mit Hilfe des Begriffs der ‘letzten Erkenntnisregel’ nun gerade überwunden werden: „Wenn wir jetzt nicht mehr sagen, dass ein besonderer Erlass gültig ist, weil er der Regel entspricht, dass, was die Königin im Parlament erlässt, Recht ist, sondern sagen, dass die letztere Regel in England von Gerichten, Beamten und Privatpersonen als letzte Erkenntnisregel verwendet wird, sind wir von der internen Rechtsaussage, welche die Gültigkeit einer Regel des Systems feststellt, zur externen Tatsachenaussage übergewechselt, die ein Beobachter des Systems selbst dann machen könnte, wenn er sie nicht annähme.“

³⁷ Diese Unterscheidung, nämlich von Aussagen aus der Teilnehmer- oder der Beobachterperspektive eines gegebenen Rechtssystems, erläutert Hart wie folgt: „In der folgenden Gegenüberstellung von ‘internem’ und ‘externem’ Aspekt der Regeln wollen wir noch einmal hervorheben, was jenen Unterschied für das Verständnis nicht nur des Rechts, sondern auch der Struktur jeder Gesellschaft so wichtig macht. Wenn eine soziale Gruppe gewisse Verhaltensregeln besitzt, lassen sich an diese Tatsache viele verschiedene Aussagen anknüpfen. Denn wir können uns mit diesen Regeln entweder bloß als Beobachter befassen, der sie selbst nicht anerkennt, oder als Mitglied der Gruppe, der sie anerkennt und sich von ihnen bei seinem Verhalten leiten lässt. Wir können dies den ‘externen’ und den ‘internen’ Gesichtspunkt nennen.“ (S. 128) Dass der ‘interne’ Gesichtspunkt die Gültigkeit des Rechtssystems impliziert, ist unmittelbar evident, wie auch dies, dass Hart mit dem ‘externen’ Gesichtspunkt diese Implikation zu vermeiden sucht.

(S. 152) Doch die Überwindung jener Implikation mittels solcher 'externen Tatsachenaussage' (bzw. des Begriffs der 'letzten Erkenntnisregel') ist nur Schein.

Der Begriff der 'letzten Erkenntnisregel' ermöglicht zwar und erlaubt lediglich, dass „ein Beobachter des Systems“, der dessen Gültigkeit *für sich selbst* nicht akzeptiert (und nur insofern kann der Anschein entstehen, die Gültigkeit des Systems werde nicht vorausgesetzt) dennoch das anzugeben vermag, was in diesem inhaltlich als 'oberstes Gültigkeitskriterium' bzw. als 'letzte Erkenntnisregel' fungiert. Aber die Gültigkeit dessen, was diesem Kriterium zufolge Rechtsgültigkeit konstituiert, also die Gültigkeit des dabei jeweils angegebenen Inhalts dieser Regel, der *abhängig* ist vom je zugrunde gelegten System, bleibt doch allemal *vorausgesetzt*, und damit eben auch die Gültigkeit des Systems in toto. Es liegt in der Logik der Identifizierungsfrage (bzw. des dieser entspringenden Begriffs der 'letzten Erkenntnisregel'), dass sie den transzendentalen Grund der Geltung des Inhalts dieser Regel, der *unabhängig* vom jeweiligen System ist, weil in allen denkbaren Rechtssystemen *formal identisch*, überhaupt nicht in den Blick bringt.

Es ist insofern nur konsequent, dass Hart die *Letztheit* der Erkenntnisregel mit Nachdruck betont, nicht nur mit der obigen These vom (vermeintlichen) „Ende der Frage nach der Gültigkeit“, sondern auch an anderen Stellen.³⁸ Er räumt zwar ein, dass man „[n]atürlich [...] zu dieser letzten Regel mancherlei Fragen stellen“ kann: „Wir können fragen, ob die Gerichte, Legislativen, Beamten oder Bürger in England diese Regel wirklich als letzte Erkenntnisregel verwenden [...] Wir können fragen, ob uns die Form des Rechtssystems befriedigt, das auf einer solchen Regel begründet ist. Bringt es mehr Gutes oder Böses? Gibt es vernünftige Gründe für seine Unterstützung? Gibt es dafür eine moralische Verpflichtung? Dies sind ganz sicher sehr wichtige Fragen; aber ebenso sicher versuchen wir nicht mehr, wenn man uns nach der Erkenntnisregel fragt, diese Frage auf die gleiche Weise zu beantworten, wie wir mit ihrer Hilfe die Frage nach anderen Regeln beantwortet hätten.“ (S. 151 f.) Doch man

³⁸ Vgl. etwa: „Die Erkenntnisregel, welche die Kriterien für die Gültigkeit anderer Regeln des System liefert, ist in einem wichtigen Sinn, den wir jetzt verdeutlichen wollen, eine *letzte* Regel: Und wo es – wie üblich – verschiedene Kriterien gibt, die in einer bestimmten Hierarchie geordnet sind, ist eines dieser Kriterien das oberste und besitzt Vorrang vor den anderen. Diese Begriffe der Letzthinnigkeit der Erkenntnisregel und des Vorrangs eines ihrer Kriterien verdienen besondere Aufmerksamkeit [...] Von diesen beiden Begriffen, oberstes Kriterium und letzte Regel, ist der erste am leichtesten zu definieren.“ (BdR, S. 149)

kann es vorerst dahingestellt sein lassen, ob diese Andersartigkeit der Antworten bereits einen hinreichenden Grund bildet, um zu postulieren, dass mit der 'letzten Erkenntnisregel' das 'Ende der Fragen nach der Gültigkeit' erreicht sei. Denn Hart konzediert nicht nur, dass man diese Regel sehr wohl noch zum Thema der Reflexion machen kann (etwa in der soeben zitierten Weise), sondern er diskutiert das Problem ihrer Gültigkeit wie auch das ihrer Existenz sogar ausdrücklich – und gerade diese Diskussion ist, sowohl hinsichtlich der Spezifik von Fragestellung und Argumentation als auch hinsichtlich der Resultate, zu denen sie gelangt, für das Verhältnis zu Kelsens Lehre von der Grundnorm entscheidend.

Hier sei nur die Diskussion des Gültigkeitsproblems näher betrachtet, da die Positionen hinsichtlich der Existenzproblematik in der Sache nicht wesentlich auseinanderliegen, sondern höchst bemerkenswerte Übereinstimmungen aufweisen.³⁹ Hart eröffnet diese Diskussion wie folgt: „Einige Autoren, die die rechtliche Letztthinnigkeit der Erkenntnisregel betont haben, drückten dies mit dem Argument aus, dass, während die Rechtsgültigkeit anderer Regeln des Systems durch Bezug auf die Erkenntnisregel bewiesen wird, ihre eigene Gültigkeit nicht bewiesen werden kann, sondern 'angenommen' oder 'postuliert' wird bzw. eine 'Hypothese' ist. Das ist jedoch sehr irreführend.“ (S. 152) Sodann hebt er hervor, dass Aussagen über die Rechtsgültigkeit einzelner Regeln „im alltäglichen Rechtsleben“ (ebd.) durchaus Voraussetzungen hätten, ferner, dass es wichtig sei, „deren Eigenschaften nicht im Dunklen zu lassen“, und schließlich, dass sie „aus zweierlei“ bestünden: a) Wer die Gültigkeit einer gegebenen Rechtsregel behauptete, bediene „sich selber einer Erkenntnisregel“, b) diese sei „auch die Erkenntnisregel, die von dem ganzen Rechtssystem anerkannt wird“, und wenn es Zweifel an der Wahrheit dieser letztgenannten Voraussetzung (b) gäbe, könne man sie durch einen Hinweis „auf die allgemeine Rechtspraxis beweisen“ (S. 153). Darauf bezogen erklärt er dann: „Keine dieser beiden Voraussetzungen ist eigentlich 'Annahme' einer 'Gültigkeit', die nicht zu beweisen ist. Wir müssen das Wort 'Gültigkeit' nur in seinem gewöhnlichen Gebrauch verwenden, um Fragen zu beantworten, die *innerhalb* [Hvg. Hart] eines Regelsystems sich stellen, wo der Stellenwert einer

³⁹ Kelsen betont, dass die Grundnorm selber *keine* Norm innerhalb der positiven Rechtsordnung ist (vgl. RR2, 201). Da sie aber qua transzendente Hypothese notwendig vorausgesetzt werden muss und auch wird, wann immer irgendeiner Norm Rechtsgeltung zugesprochen wird, kann man sagen, dass sie in diesem Sinne sehr wohl 'existiert'. Auch Hart hebt hervor, dass die letzte Erkenntnisregel nicht eine positive Regel des Rechtssystems ist, das sie identifiziert (vgl. BdR, S. 156), insistiert gleichwohl aber auf ihrer 'Existenz' (vgl. BdR, S. 154 f.).

Regel als Teil des Systems davon abhängt, dass sie bestimmte Kriterien erfüllt, welche die Erkenntnisregel angibt. Es *gibt keine Frage nach der Gültigkeit gerade dieser Erkenntnisregel*, die die Kriterien angibt. Sie kann *weder gültig noch ungültig sein, sondern sie wird einfach angenommen* für den Zweck, dem sie dienen soll. Diese einfache Tatsache so auszudrücken, indem man mysteriös sagt, dass die Gültigkeit der Erkenntnisregel 'angenommen wird, aber nicht bewiesen werden kann', ist dasselbe, wie wenn man sagt, dass wir annehmen, aber nie werden beweisen können, dass das originale Ur-Meter in Paris, das das letzte Maß aller Messungen ist, selbst richtig ist.“ (S. 153; Hvg. G. E.)

Diese Argumentation darf in mehrfacher Hinsicht als 'Musterbeispiel' sprachanalytischen Philosophierens bezeichnet werden, da sie sämtliche Topoi enthält, die dafür typisch sind: Sie hebt an mit einer unspezifizierten Kritik, die anderen Positionen 'Irreführung' und 'Dunkelheit' vorhält; sie behauptet weiter, dass beides vermeidbar wäre, ja, dass es überhaupt kein Problem gäbe, wenn man sich nur an den 'gewöhnlichen Sprachgebrauch' halte, und, so legitimiert, verweigert sie schließlich das Problem insgesamt und bricht die Reflexion ab. – Aber kann solche Argumentation wirklich überzeugen?

Doch wohl kaum, weder formal noch inhaltlich. Man kann durchaus, ja man muss natürlich konzederen, dass die beiden Voraussetzungen (a) und (b) „eigentlich“ keine unbeweisbaren Gültigkeitsannahmen sind. Denn in der Tat bedient sich jeder, der die Gültigkeit einer gegebenen Rechtsregel behauptet, seinerseits einer Erkenntnisregel, und in der Tat auch lässt sich die Frage, ob eine Erkenntnisregel von einem gegebenen Rechtssystem „anerkannt“ werde, überhaupt nur durch Hinweis auf die „allgemeine Rechtspraxis“ 'beweisen'. Darüber hinaus muss man natürlich und kann durchaus auch konzederen, dass „*innerhalb*“ eines Regelsystems, in dem die Gültigkeit der einzelnen Regeln von Kriterien abhängt, welche eine Erkenntnisregel angibt, die Frage nach der Gültigkeit dieser Erkenntnisregel nicht in der gleichen *Weise* beantwortet werden kann, wie die Frage nach der Gültigkeit der einzelnen Regeln (nämlich durch Bezug auf eine weitere Erkenntnisregel, die alsdann ihrerseits die 'letzte' wäre), und dass, mehr noch, die Gültigkeit der letzten Erkenntnisregel nicht von der gleichen *Art* ist, wie die Gültigkeit der Einzelregeln. Denn andernfalls könnte sie ihre Kriterienfunktion eben nicht erfüllen. *Insofern* ist Harts Argumentation, abgesehen von dem, was die rhetorischen Floskeln „irreführend“, „im Dunkeln“ und „mysteriös“ insinuierten, logisch stringent und zutreffend.

Aber eben diese polemischen Floskeln dürfen und können doch die Problemverschiebung nicht verdecken, die hier vorliegt und die zugleich

eine Problemverengung ist. Hart behauptet nicht weniger als dies, dass mit der letzten Erkenntnisregel das „*Ende der Fragen nach der Gültigkeit*“ erreicht sei. Die Begründung jedoch, die er für diese Behauptung anbietet, erschöpft sich in einer dreifachen Versicherung: erstens, dass es keine weitere Regel, kein höheres Kriterium „gibt“, mittels dessen die Gültigkeit der letzten Erkenntnisregel bewiesen werden könne (wie es zunächst im Zitat o. S. 389 hieß, und dies folgt natürlich analytisch, wenn denn die Erkenntnisregel wirklich die ‘letzte’ des jeweiligen Systems ist); zweitens, dass es (offenbar deshalb, d. i. mangels eines höheren Kriteriums) „keine Frage nach der Gültigkeit gerade dieser Erkenntnisregel“ „gibt“, und dass diese (offenbar deshalb, d. i. mangels der Frage) drittens, „weder gültig noch ungültig“ sei, sondern „einfach angenommen“ werde.

Mit dieser Begründung *reduziert* Hart das Problem, das die These vom ‘Ende der Fragen nach der Gültigkeit’ evoziert – und das ist nichts Geringeres als die Frage nach dem ‘letzten’ oder ‘höchsten’ Grund der Geltung des *Rechts* – auf das Problem der Gültigkeit qua Beweisbarkeit oder Unbeweisbarkeit der letzten *Erkenntnisregel*. Beide Probleme aber fallen *keineswegs* zusammen. Der Anschein, dass dem so sei, der Anschein also der Stringenz der Hartschen Argumentation, entspringt der einseitigen Orientierung an der Identifizierungs- bzw. der Kriterienfrage, in deren Horizont Harts Argumentation gänzlich verbleibt und die, Harts eigene Kursivierung des Wortes ‘innerhalb’ im obigen Zitat (S. 374) signalisiert dies deutlich, eben nur unter Voraussetzung eines spezifisch bestimmten Rechtssystems beantwortet werden kann. Unter dieser Voraussetzung wird ein Teilnehmer an diesem System wie auch ein externer Beobachter die Geltungsfrage zunächst auf die von Hart beschriebene Weise beantworten, also die Geltung einer primären Rechtsregel auf die einer sekundären zurückführen und diese wiederum auf die ‘letzte’ Erkenntnisregel des Systems, womit dann auch die Geltungsfrage zu einem internen, einem vorläufigen Abschluss kommt.

Aber das heißt und daraus folgt durchaus nicht, dass man jene Voraussetzung nicht noch transzendieren könnte, dass also mit diesem vorläufigen Abschluss wirklich schon das ‘Ende der Fragen nach der Gültigkeit’ erreicht wäre. Man kann (ob nun Teilnehmer oder Beobachter) sehr wohl noch weiter fragen. Man kann sehr wohl noch fragen, worauf der Geltungsanspruch des Rechts beruht, nicht nur diesen oder jenen konkret gegebenen Rechtssystem, sondern *des Rechts* schlechthin. Man kann fragen, was den Zwang, die Nötigung begründet, dem (bzw. der) das Institut des positiven Rechts empirisch-faktisch alle Individuen unterwirft, die in einem Rechtssystem leben (wie auch immer dies bestimmt sei und

gleichgültig auch, ob hochdifferenziert oder nur rudimentär ausgebildet). Man kann, ferner, diese Frage weiter spezifizieren, dahingehend nämlich, dass sie entweder auf den empirisch-faktischen Möglichkeitsgrund des Zwanges oder aber auf seine sittlich-moralische Legitimität und Legitimation abzielt. Und man kann schließlich, um zu Harts 'letzter Erkenntnisregel' zurückzukehren, natürlich auch fragen, warum (als interne Aussage formuliert) die Regel, wonach „alles, was die Königin im Parlament erlässt, Recht ist“ (vgl. o. S. 388) gilt oder warum (als externe Aussage formuliert) diese Regel von den Teilnehmern des englischen Rechtssystems als letzte Erkenntnisregel anerkannt wird.⁴⁰

Man kann diese Fragen nicht nur stellen, sondern muss es sogar, wenn man eine philosophisch zulängliche Auskunft über das Problem der Geltung des Rechts zu geben beansprucht. Ja mehr noch: Man kann diese Fragen nicht nur stellen, sondern auch beantworten, wenn man sich auf das diesbezügliche Theorieangebot besinnt, das die nichtanalytische Rechtsphilosophie des 20. Jahrhunderts bereit hält. Die hier einschlägige Alternative bildet, wie schon gesagt, Kelsens „Reine Rechtslehre“, und zwar speziell mit ihrem Herz- und Kernstück, der Lehre von der *Grundnorm*, die (auch das bereits erwähnt, aber im Zusammenhang der vorliegenden Untersuchung von exzeptioneller Bedeutung und deshalb von vornherein im Auge zu behalten) Kelsens ausdrücklichem Selbstzeugnis zufolge „sich restlos aus der von *Cohen* entwickelten *Methode der Hypothese* ergibt“ (vgl. o. Fußnote 35).

Es ist im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nun weder erforderlich, den Nachweis zu erbringen, dass Kelsen nicht, wie man zunächst meinen könnte, an Cohens Rechts- und Moralphilosophie, sondern vielmehr an dessen Epistemologie anknüpft,⁴¹ noch auch die Differenzen und Gemeinsamkeiten zwischen den Rechtstheorien Harts und Kelsens in extenso zu diskutieren. Die Vergleichbarkeit beider hier interessierenden Lehrstücke, desjenigen der 'letzten Erkenntnisregel' und desjenigen der

⁴⁰ Harts Behauptung, dass man diese Fragen nicht stellen können, begegnet Robert Alexy mit dem folgenden Hinweis: „Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Frage nach der rechtlichen Geltung einer Verfassung üblich und möglich ist. Es wirkt ungewöhnlich und konstruiert, wenn ein Richter auf die Frage, weshalb er der Verfassung folgt, antwortet: 'Ich folge der Verfassung nicht, weil sie rechtlich gilt, sondern ausschließlich deshalb, weil meine Kollegen und ich sie akzeptieren und praktizieren. Das ist eine Tatsache, und mehr ist nicht zu sagen.'“ (Robert Alexy: *Begriff und Geltung des Rechts*, S. 162 f.)

⁴¹ Vgl. dazu vom Verfasser: *The Hypothesis of the Basic Norm. Hans Kelsen and Hermann Cohen*, a. a. O. (Anm. 35) sowie: *Zum Problem der Rechtsgeltung. Kelsens Lehre von der Grundnorm und das Hypothesis-Theorem Cohens*, in: *Grenzen der kritischen Vernunft*, hg. von Peter A. Schmid u. Simone Zurbuchen, Basel 1997, S. 178-194.

‘Grundnorm’, ergibt sich nicht nur aus der sie gleichermaßen motivierenden Absicht, die Frage nach der Geltung des Rechts zu einem rationalen Abschluss zu bringen, sondern wird auch dadurch gewährleistet, dass Hart selber beide in eine direkte Beziehung zueinander setzt, indem er Kelsens ‘Grundnorm’ als (letzte) Erkenntnisregel interpretiert: „Kelsen und viele andere moderne Theoretiker bestehen darauf, dass das internationale Recht, ebenso wie das staatliche, eine ‘Grundnorm’ besitzt und in der Tat besitzen muss (in unserer Terminologie nannten wir dies eine Erkenntnisregel), mit Bezug auf welche die Gültigkeit der anderen Regeln des Systems festgestellt wird und kraft derer diese Regeln ein einziges System konstituieren.“ (S. 321 f.)

Diese Interpretation jedoch ist korrekturbedürftig. Denn, um den hier entscheidenden Gegensatz vorab scharf zu pointieren, Kelsens ‘Grundnorm’ ist gerade *nicht* nur eine Erkenntnisregel, mittels derer die Zugehörigkeit einer beliebigen gegebenen Regel oder Norm zu einem als gültig vorausgesetzten System erkannt und festgestellt werden kann; sie ist *kein* spezifisches ‘Kriterium’ zur Identifikation gültiger Regeln, das von Rechtssystem zu Rechtssystem variiert. Sie erfüllt diese Funktion zwar auch, nämlich dann, wenn sie in systemspezifisch bedingter Konkretion genommen, illustriert und so gleichsam zur *empirischen* ‘Erkenntnisregel’ im Sinne Harts (der sich die Teilnehmer eines Rechtssystems faktisch bedienen) depotenziert wird.⁴² Der Sinn des Grundnorm-Theorems aber erschöpft sich darin nicht, sondern zielt vielmehr auf den ‘letzten’ oder ‘höchsten’ Grund der Geltung *des Rechts selber* ab. Genauer: Der Ausdruck ‘Grundnorm’ benennt die *transzendente Hypothese*, in und mit der nach Auskunft der „Reinen Rechtslehre“ – auf der Basis und im Rahmen der methodischen Vorgaben, denen sie sich verpflichtet – der letzte, weil *systeminvariante* Geltungsgrund des Rechts theoretisch erfasst, erkannt und bestimmt ist. Diese Hypothese wird, ganz ebenso wie diejenige der Freiheit, nicht nur von und in jeder theoretischen Verständigung über das Recht (zumindest implizit) vorausgesetzt und zugrunde gelegt, sondern auch innerhalb der Sphäre des Rechts selbst, gleichgültig, wie das jeweilige System auch spezifisch konkretisiert sein mag. Um sich der Hartschen Terminologie zu bedienen: Keine primäre Regel eines beliebigen Rechtssystems, keine sekundäre und auch keine ‘letzte Erkenntnisregel’ eines

⁴² Das ist etwa dort der Fall, wo Kelsen selber von einer „auf eine ganz bestimmte Verfassung bezogene[n] Grundnorm“ spricht (RR 2, 204), oder zu Erläuterungszwecken am Beispiel eines theistisch fundierten Normensystems „die Norm: man soll den Befehlen Gottes gehorchen“ als „eine Grundnorm“ bezeichnet (RR2, 206).

solchen ist denkbar, ohne dass dabei diese Hypothese immer schon in Anspruch genommen würde. Es ist deshalb nur logisch und keineswegs überraschend, dass sich diese Inanspruchnahme auch bei Hart selber sistieren lässt, zwar nur in einer höchst indirekten und rudimentären, weil lediglich in einem einzigen Terminus – dem der *Autorität* – verkörperten Gestalt, aber doch an zentraler Stelle, nämlich gerade dort, wo Hart den rechtskonstituierenden Effekt des Vorhandenseins einer Identifikations- bzw. Erkenntnisregel exponiert (vgl. o. S. 365), und dann erneut dort, wo er die „embryonale“ Idee eines Rechtssystems einführt (vgl. o. S. 386).

Bevor nun Kelsens transzendente Geltungsbegründung des Rechts genauer in den Blick genommen werden soll, ist es zweckmäßig, zunächst noch einmal auf jene letzte Erkenntnisregel des englischen Rechtssystems zurückzukommen, an und mit der Hart die Frage nach dem Geltungsgrund des Rechts abbricht, also der Regel, „dass alles, was die Königin im Parlament erlässt, Recht ist“ (vgl. o. S. 389). Einem durchschnittlichen Teilnehmer an diesem Rechtssystem mag Harts Auskunft, dass mit dieser Regel (gleichgültig, ob sie nun als interne oder ob sie als externe Aussage formuliert wird) das ‘Ende der Fragen nach der Gültigkeit’ erreicht sei, ja noch als plausibel erscheinen. Die Unzulänglichkeit dieser Auskunft aber wird unmittelbar deutlich, ja springt geradezu drastisch in die Augen, wenn man ein simples Gedankenexperiment durchführt und in jener Regel drei Worte durch drei andere ersetzt: ‘Königin’ durch ‘Führer’, ‘Parlament’ durch ‘Reichstag’ (oder auch ‘Reichskanzlei’, ‘Rundfunk’, ‘Führerbunker’) und ‘erlässt’ durch ‘verkündet’. Die grammatikalische bzw. syntaktische Struktur der Regel bleibt in dieser Ersetzung vollständig erhalten und es mag sein, ja ist sogar der Fall, dass das Resultat die letzte Erkenntnisregel des NS-deutschen Unrechtssystems korrekt wiedergibt. Dennoch wird sich niemand mit der Auskunft beruhigen und ernsthaft postulieren wollen, mit dieser zweiten Regel sei das ‘Ende der Fragen nach der Gültigkeit’ des Rechts erreicht. Man kann nicht nur, sondern man muss fragen, warum diese Regel zu einer bestimmten Zeit auf einem bestimmten Territorium gültig war (die Antwort auf diese Frage gibt zunächst die Geschichtswissenschaft), und dann auch, warum sie überhaupt gültig sein *konnte*. Dieser Frage muss sich die Rechtstheorie stellen, wenn sie überzeugend sein will. Doch Hart bietet darauf keine Antwort an, ja mehr noch: er verweigert sie.

Das Problem, das dieses Gedankenexperiment aufwirft, besteht natürlich nicht etwa in der Frage, warum die erste Erkenntnisregel diejenige eines Rechtssystems und die zweite, obwohl strukturidentisch mit der

ersten, diejenige eines Unrechtssystems darstellt, sondern liegt diesseits, liegt noch vor dieser Frage, die das Problem der *Geltung* des Rechts vorschnell auf das der *Gerechtigkeit* des Rechts verkürzt und mit ihm identifiziert. Denn es handelt sich hier nicht um die semantische, letztlich nur terminologische Frage, ob ungerechtes Recht als 'Recht' bezeichnet werden kann, darf oder sollte. Die sittlich-moralische Verwerflichkeit des NS-Rechts bedarf hier keines Beweises, keiner Begründung, steht nicht zu Diskussion. So unbestreitbar der Unrechtscharakter dieses Rechts auch ist, so unbestreitbar ist doch auch, dass es in der Zeit von 1933 bis 1945 auf dem vom Nationalsozialismus beherrschten Territorium in Funktion, in Kraft war und insofern *galt*, nämlich alle Individuen innerhalb seines Herrschaftsbereichs (nicht nur die Opfer des rassistischen Genozids, sondern auch die 'arischen Volksgenossen') eben jenem *Zwang* unterwarf, der das Recht wesentlich und elementar, weil noch vor jeder inhaltlichen Spezifizierung, a fortiori also auch vor der Frage seiner Gerechtigkeit, charakterisiert und in dem sich sein Geltungsanspruch empirisch-faktisch realisiert.⁴³

Erst dann, wenn dieses Moment des Zwangs hinreichend erklärt und verstanden, nämlich auf den Grund seiner *Möglichkeit* zurückgeführt und eben dadurch in seiner bloßen Faktizität transzendiert ist, erst dann, wenn der sich in diesem Zwang manifestierende Gedanke des *rechtlichen Sollens*, der nicht nur allen Regeln bzw. Normen jeden beliebigen Rechtssystems noch zugrunde liegt und demgemäß auch in den beiden obigen Erkenntnisregeln gleichermaßen (eben in der Prädikation 'ist Recht') impliziert ist, in die ihn konstituierenden Elemente zerlegt und theoretisch erfasst ist – erst dann kann mit einiger Plausibilität der Anspruch erhoben werden, dass das 'Ende der Fragen nach der Gültigkeit' erreicht sei.

Hart diskutiert dieses Moment des Zwangs bzw. der Nötigung zunächst anlässlich seiner Einführung der „Idee einer zwingenden Regel“ (S. 21), die allein auf die Differenz zwischen konvergentem und regelgeleiteten Sozialverhalten abstellt, und sodann am Beispiel der Austinschen 'Räubersituation'. Doch zum einen erschöpft sich diese Diskussion weitgehend in Überlegungen zur sprachlichen Artikulation des Zwangs, d. h. in der Erörterung einerseits der gemeinsamen Funktion der Worte 'Sollen'

⁴³ Beispiele für dieses faktische Gelten nicht nur auf der großen propagandistisch-politischen Bühne (insbesondere der Reichstagsbrandprozesse oder auch der 20. Juli-Tribunale des Volksgerichtshofs), sondern bis hinunter auf die Ebene von Bagatelldelikten liefert etwa Dietrich Güstrow: *Tödlicher Alltag. Strafverteidiger im Dritten Reich*, Berlin 1981. Vgl. in diesem Zusammenhang ferner: Ilse Staff (Hg.): *Justiz im Dritten Reich*, Frankfurt a. M. 1964.

und 'Müssen' (vgl. o. S. 377 f.), andererseits verschiedener Arten von Imperativen,⁴⁴ und zum zweiten ist natürlich klar, dass die 'Räubersituation' nun gerade keinen Fall eines spezifisch *rechtlichen* Zwangs darstellt. Sodann exponiert Hart Rechtsnormen zwar als „zwingende Befehle“, hebt dabei aber sogleich darauf ab, dass die einfache Situation, in der „ein Beamter einem Individuum von Angesicht zu Angesicht befiehlt, etwas zu tun“ nicht die „Standardfunktion des Rechts“ wiedergäbe (S. 37) und dass sie fundamentaler Merkmale des Rechts entbehre.⁴⁵ Die Idee des Rechts befindet sich hier eben noch 'im Aufbau'. Je schärfer Hart dann aber im weiteren Verlauf seiner Ausführungen die Mängel des Austinschen Befehlsmodells herausarbeitet,⁴⁶ desto mehr gerät das Moment des Zwangs bzw. der Nötigung, das Hart doch selber als das 'hervorragendste allgemeine Merkmal des Rechts' eingeführt und ausgezeichnet hatte, zugunsten des Regelgedankens in den Hintergrund, bis es schließlich dort, wo die *Geltung* des Rechts direkt thematisch wird, in dem Postulat, dass die letzte Erkenntnisregel weder gültig noch ungültig (vgl. o. S. 392), also der Geltungsfrage überhoben sei, ganz verschwindet. Die These, mit der letzten Erkenntnisregel sei das „Ende der Fragen nach der Gültigkeit“ erreicht, setzt den empirischen Erkenntnisgrund (d. i. die systemspezifische Antwort auf die Kriterienfrage: Woran ist die Gültigkeit einer Rechtsregel zu erkennen?) an die Stelle des transzendentalen Geltungsgrundes (der Antwort auf die Frage: Worauf beruht der Geltungsanspruch des Rechts?). Eben deshalb und damit fällt Hart *hinter* Kelsens Lehre von der Grundnorm *zurück*, die genau diese Frage nach dem systeminvarianten Geltungsgrund des Rechts noch zu beantworten erlaubt.⁴⁷

⁴⁴ Vgl. S. 34-36. Daneben findet sich lediglich noch die Erklärung, in welcher Weise Hart „die Ausdrücke 'von Drohungen unterstützte Befehle' und 'zwingende Befehle'“ und „die Worte 'Gehorsam' und 'gehorschen'“ verwenden wolle (S. 36) und eine Begründung dafür, warum der Austinsche Begriff des Gebots nicht verwendet werde (S. 37).

⁴⁵ Hart nennt hierbei konkret „Allgemeinheit“, „Dauer“ und „Beständigkeit“ (S. 40), „territoriale[n] *Oberhoheit* und *Unabhängigkeit* von anderen Rechtssystemen“ (S. 42) und schließlich „Hierarchie von über- und untergeordneten Elementen“ (S. 43).

⁴⁶ Indem er insbesondere betont, dass dieses Modell bei jenen Normen insgesamt versagt, die keine Verpflichtungen schaffen, sondern rechtliche Befugnisse einräumen (vgl. S. 47-54, 74 f.).

⁴⁷ Den Umstand, dass Hart hinter Kelsens Grundnormtheorie zurückfällt, diagnostiziert auch Robert Alexy: „Hart schließt von der rule of recognition, die sich in der rechtlichen Praxis manifestiert, auf deren Existenz und verwendet dann deren Existenz als Grund für die Geltung aller anderen Rechtsregeln. Das entscheidende Problem steckt im Begriff der Akzeptanz. Eine Regel, die ihren Ausdruck in einer gemeinsamen Praxis findet, zu

Nach Kelsen besteht die Aufgabe einer philosophischen Theorie des Rechts, des positiven, gesetzten Rechts als eines Faktums der empirisch-realen Welt, weder in seiner Bewertung noch gar seiner praktischen Gestaltung, sondern ausschließlich in seiner „Erkenntnis“.⁴⁸ Insofern ist Kelsens Zielstellung von derjenigen Harts, der ja gleichfalls ausdrücklich darauf verzichtet, „Recht und Rechtspolitik zu kritisieren“ (o. S. 372), nicht wesentlich unterschieden und insofern auch lassen sich beide Theorien unter das Etikett ‘positivistisch’ subsumieren. Doch die Grenzen einer solchen Etikettierung bzw. ihre beschränkte Aussagekraft hinsichtlich des tatsächlichen systematischen Ansatzes sollte man nicht übersehen. Hart bleibt zwar über seine methodologische Selbstverortung einer empiristischen Epistemologie verpflichtet, sieht aber dessen ungeachtet die Gebiete von Recht und Moral durch die Idee der Gerechtigkeit verbunden (S. 19, 214-219), insistiert demgemäß auf einem „Kern der unbestreitbaren Wahrheit im Lehrgebäude des Naturrechts“ (S. 249) und tritt in diesem Sinne schließlich auch, auf Kelsen anspielend, der „These des Positivisten“ entgegen, „dass ‘das Recht jeden Inhalt haben kann’“ (S. 275). Auf diesen Problemkomplex wird noch zurückzukommen sein. Kelsen hingegen vertritt in seiner klassischen Phase, gestützt auf eine ausführliche Kritik der Naturrechtslehre,⁴⁹ zwar die positivistische Trennungsthese von Recht und Moral in aller Entschiedenheit. Zugleich aber stellt er sich ausdrücklich auf den Boden der Transzendentalphilosophie und macht speziell den Versuch,

akzeptieren, heißt, von der Tatsache, dass die Praxis existiert, zu dem Urteil, dass es geboten ist, sich gemäß dieser Praxis zu verhalten, überzugehen. Der Vorzug der Kelsenschen Theorie der Grundnorm besteht darin, dass dieser Übergang von einem Sein zu einem Sollen nicht hinter Begriffen wie denen der Akzeptanz und der Existenz einer Praxis verborgen, sondern ans Licht gehoben und zum Thema gemacht wird. Eine empirische Grundnormtheorie muss letztlich scheitern, weil sie das eigentliche Problem jeder Grundnormtheorie, den Übergang von einem Sein zu einem Sollen, nicht adäquat erfassen kann“ (Robert Alexy: Begriff und Geltung des Rechts, S. 197). So berechtigt diese Diagnose und speziell die These, dass eine empirische Grundnormtheorie den Übergang vom Sein zum Sollen nicht adäquat erfassen kann, auch ist, so bedarf sie doch in einem Punkt der Ergänzung. Nach Kelsen lässt sich gerade *nicht* vom Sein auf das Sollen schließen (vgl. u Anm. 62, 63). Insofern ist die Formulierung missverständlich, er mache den „Übergang“ vom Sein zum Sollen thematisch.

⁴⁸ Hans Kelsen: Reine Rechtslehre, Wien 1934, III; vgl. auch I, 17, 49, 52, 58 u. ö. Diese erste Auflage wird im folgenden durchgängig als RR1, die zweite Auflage von 1960 als RR2 zitiert.

⁴⁹ Hans Kelsen: Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Berlin 1928 (zitiert als PGNR).

die 'transzendente Methode' Cohens „zu einer Theorie des positiven Rechts“ zu verwenden.⁵⁰ Damit spezifiziert sich die transzendente Frage nach den 'Bedingungen der Möglichkeit' zunächst zu der Frage nach den *Geltungsbedingungen* des positiven Rechts, nach den Voraussetzungen und Grundlagen, die seinem Geltungsanspruch zugrunde liegen und ihn insofern auch 'begründen'.

Die Folgefrage, die sich hier sogleich anschließt, ob dabei vom Recht selbst, in Gestalt einer besonderen *Rechtserfahrung*, oder von der *Rechtswissenschaft* auszugehen sei, liegt jenseits des Methodenbewusstseins von Hart, ergibt sich aber zwingend, wenn man sich auf Cohens 'transzendente Methode' bezieht, und ist deshalb einer der Hauptstreitpunkte in der Kontroverse zwischen Kelsen und Fritz Sander gewesen.⁵¹ Genau besehen spiegelt sie nur die Differenz zwischen dem historischen Kant, der nach den Bedingungen der Möglichkeit zunächst und primär der vorwissenschaftlichlebensweltlichen Erfahrung fragt, und Cohens Kantinterpretation und Epistemologie, die Erfahrung und Wissenschaft gleichsetzt (vgl. o. S. 149-153). Berücksichtigt man diese methodische Gleichsetzung, der zufolge für die Erkenntnistheorie Erfahrung (bzw. Erkenntnis) nur in der Wissenschaft, nur als Wissenschaft gegeben ist, dann verliert jene Differenz zwischen Rechtserfahrung und Rechtswissenschaft zunächst ihre scheinbare Brisanz. Zugleich aber wird fraglich, wie die philosophische Betrachtung noch auf eine besondere Rechtserfahrung neben oder außer der Rechtswissenschaft zugreifen können soll. Sie könnte sie nur selbst konstruieren, überschritte damit aber die Grenzen ihrer von Kant auf Kritik restringierten Kompetenz und würde so zu dem, was Cohen als Metaphysik ablehnt (vgl. o. S. 148-150). Deshalb stellt Kelsen gegen Sander auch immer wieder unzweideutig heraus, dass die transzendente Theorie des Rechts ohne Bezugnahme auf die Rechtswissenschaft nicht auskommt.⁵²

⁵⁰ Hans Kelsen: Reine Rechtslehre, „Labandismus“ und Neukantianismus. Ein Brief an Renato Treves, a. a. O. (Anm. 35) S. 56.

⁵¹ Vgl. dazu die Texte in dem von Stanley L. Paulson herausgegebenen Band: Fritz Sander u. Hans Kelsen, Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre a. a. O. (Anm. 35).

⁵² Hans Kelsen: Rechtswissenschaft und Recht, in: Stanley L. Paulson (Hg.): Fritz Sander u. Hans Kelsen, Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre (a. a. O.), S. 303-309; vgl. in diesem Zusammenhang auch Kelsen: Was ist die Reine Rechtslehre?, in: Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Hg. von H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Wien: Europa Verlag 1953, 611-629, hier 611 f., im folgenden durchgängig zitiert als WRR.

Sodann ist aber auch der von Kelsen noch stärker betonte Unterschied zwischen Recht und Natur, zwischen Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft zu beachten. Er geht zurück auf die Kantische Differenz von Sein und Sollen, an der auch Cohen mit Entschiedenheit festhält. Hart vermag diese Differenz – darin ist Robert Alexy voll zuzustimmen – aufgrund seines empiristischen Ansatzes nicht adäquat zu erfassen (vgl. o. Fußnote 47), ja, der Übergang von der „internen Rechtsaussage“ zur „externen Tatsachenaussage“ (vgl. o. S. 372) indiziert, dass er letztlich sogar darauf abstellt, den Gedanken des Sollens aus der letzten Erkenntnisregel ganz zu entfernen. Kelsen hingegen transformiert das Kantische Sollen in den Begriff der *Rechtsnorm* und verknüpft ihn mit dem der *Zurechnung* als der besonderen „Gesetzlichkeit des Rechts“.⁵³ Das wird sogleich noch näher zu betrachten sein. Hier ist zunächst nur so viel entscheidend: Die Natur ist, wie sie ist, noch bevor und auch ganz unabhängig davon, ob ihre Gesetze in der Wissenschaft erkannt werden. Nicht die Natur, wohl aber die Naturwissenschaft ist ein Produkt, ein ‘Erzeugnis’ menschlicher Erkenntnistätigkeit. Das positive Recht hingegen ist selbst ein Produkt, ein zudem höchst wandelbares ‘Erzeugnis’ menschlicher Aktivität. Was in Frage steht, wenn transzendental nach den Geltungsbedingungen des positiven Rechts gefragt wird, das sind deshalb nicht etwa die Geltungsbedingungen der Rechtswissenschaft, sondern das ist vielmehr der Geltungsanspruch des Rechts selbst, der sich in staatlichen Zwangsakten unmittelbar-praktisch manifestiert. Nach Maßgabe der Cohenschen Epistemologie ist dieser Geltungsanspruch durch die philosophische Theorie nur in der Bezugnahme auf die Rechtswissenschaft zu klären, die dadurch ihrerseits ein neues, transzendentales Fundament gewinnt, durch das sie sich, so Kelsen, zur *reinen Rechtslehre* vertieft.

Rein ist die Rechtslehre dann, wenn sie den Geltungsanspruch des positiven Rechts, nach dessen Voraussetzungen und Grundlagen sie in transzendentaler Einstellung fragt, ausschließlich aus dem positiven Recht selbst heraus erklärt, d. h. wenn sie – anders als Hart, der im Rahmen seines Festhaltens an einem „Minimalinhalt des Naturrechts“ (S. 266) auf „natürliche Tatsachen“ (S. 267) rekurriert – sich jeden Ausgriffs auf rechtsfremde Instanzen enthält. Hier liegt eine wichtige methodologische Parallele zu Cohen. Wie Cohen in der „Logik der reinen Erkenntnis“ die Erkenntnis ausschließlich erkenntnisimmanent betrachtet (vgl. o. S. 161), so betrachtet auch Kelsen in der „Reinen Rechtslehre“ das Recht ausschließlich

⁵³ RR1, 20-22, hier 22; Vgl. auch HP, VI.

rechtsimmanent.⁵⁴ Denn nur so ist es möglich, „die Eigengesetzlichkeit des Rechts gegenüber der Natur oder einer nach Art der Natur bestimmten sozialen Realität“ unverstellt in den Blick zu bekommen.⁵⁵ Ohne Verständigung über diese Eigengesetzlichkeit jedoch, d. h. über das, was das positive Recht *als Recht* von der Natur und von allen anderen Phänomenen der kulturellen Wirklichkeit unterscheidet, bleibt auch sein Geltungsanspruch unverstanden.

Das positive Recht, wie es sich für die Rechtswissenschaft und durch sie der philosophischen Theorie zunächst darbietet, ist ganz allgemein gesagt nichts anderes als die Gesamtheit aller seiner Einzelbestimmungen, insbesondere der Gesetze. Nur aus diesem Material dürfen nach Kelsen die Sätze gebildet sein, mit denen die Rechtswissenschaft ihren Gegenstand beschreibt (HP, V, 510 ff.). Alsdann tritt in ihnen, den *Rechtssätzen*, das Recht in seiner spezifischen Eigengesetzlichkeit hervor. Damit erschließt sich eine weitere Parallele zu Cohen: Wie Cohen in der „Logik der reinen Erkenntnis“ die Wissenschaft als ein System von Urteilen betrachtet (vgl. o. S. 162), so betrachtet Kelsen in der „Reinen Rechtslehre“ das positive Recht als ein „System von Rechtssätzen“ (HP, VI). Auch diese sind Urteile, die, wie die Urteile der Naturwissenschaft, deren Geltung Cohens Logik thematisiert, mit- und untereinander in einem systematischen Zusammenhang stehen. Aber sie sind von jenen in einer alles entscheidenden Hinsicht radikal verschieden.

Die Urteile der Naturwissenschaft zielen auf ein *Sein*, auf die Natur in ihrem Ansichsein ab, das in ihnen kausalgesetzlich, d. h. als notwendige Verknüpfung von Ursache und Wirkung beschrieben wird. Das positive Recht hingegen ist kein Sein, sondern ein *Sollen*,⁵⁶ das als solches, um eine auch hier einschlägige Formulierung Cohens erneut heranzuziehen, „in der Natur schlechterdings nicht vorhanden“,⁵⁷ vielmehr ein Produkt, ein Erzeugnis menschlicher Aktivität ist. Seine Gesetze, die Rechtsgesetze, sind

⁵⁴ Daher die Formel, dass „juristisch erkennen oder rechtlich begreifen nichts anderes bedeutet, als etwas als Recht begreifen“ (HP, XII); ganz ähnlich die Formulierung in der „Reinen Rechtslehre“, RR1, 6; RR2, 72.

⁵⁵ HP, VI. Dass es ihm darauf zu allernächst ankommt, betont Kelsen immer wieder mit Nachdruck in nur leicht variierten Formulierungen. Vgl. die Bestimmungen der „Reinheit“ in HP, V; RR1, III, 1, 26 u. ö.; WRR, 616 sowie die Beschreibung des „eigentlichste(n) Ziel(es)“ seiner wissenschaftlichen Arbeit seit den „Hauptproblemen“ in „Rechtswissenschaft und Recht“ ebd. 281.

⁵⁶ Vgl. HP, VI; RR1, 22; RR2, 73-77; WRR, 613 f.

⁵⁷ Hermann Cohen: Platons Ideenlehre und die Mathematik, a. a. O. (Teil 2, Anm. 81) S. 356.

daher in der spezifischen *Art* ihrer Gesetzlichkeit von denen der Natur zu unterscheiden. Als Gesetze des Sollens beschreiben sie nicht kausal, was geschieht, sondern normieren, was geschehen soll, sind also *Normen*. So präzisiert sich die Frage nach dem Geltungsanspruch des positiven Rechts zur Frage nach dem Geltungsanspruch seiner einzelnen Normen, der Rechtsnormen, die ihrerseits in der Frage nach der Art und dem Grund des Sollens kulminiert.

Der Geltungsanspruch der Rechtsnormen nun beruht nach Kelsen vordergründig betrachtet auf zwei, genau besehen aber nur auf einer einzigen Säule. *Conditio sine qua non* ist zunächst der systematische Zusammenhang der einzelnen Normen unter- und miteinander. Insofern besteht Einigkeit zwischen Kelsen und Hart, der jenen Geltungsanspruch allerdings nur auf diese *Conditio* zurückführt, die er allein schon durch die letzte Erkenntnisregel, welche die Zugehörigkeit der primären und sekundären Regeln zu einem spezifischen System festzustellen erlaubt, gewährleistet sieht. Es ist unmittelbar einleuchtend, dass eine Norm, die nicht in diesen Zusammenhang, nicht in die *Rechtsordnung* als dem System aller gültigen Rechtsnormen integrierbar wäre, auch nicht gültig sein kann. Hart setzt hier den Akzent auf die 'Identifizierbarkeit', Kelsen hingegen auf die faktische Herkunft, den 'Ursprung' der Norm selbst: Innerhalb einer bestimmten Rechtsordnung ist eine Norm nur dann gültig, wenn sie den darin dafür vorgesehenen Normen gemäß 'erzeugt', d. h. hervorgebracht worden ist. Dies ist nach Kelsen eine „besondere Eigentümlichkeit“ des Rechts, die er so beschreibt: „Das Recht regelt seine eigene Erzeugung; und zwar in der Weise, dass die eine Rechtsnorm das Verfahren, in dem eine andere Rechtsnorm erzeugt wird, und – in verschiedenem Grade – auch den Inhalt der zu erzeugenden Norm regelt.“⁵⁸ Harts Schlüsselunterscheidung zwischen 'primären' und 'sekundären' Regeln ist damit bereits *vorweggenommen*, zwar nicht terminologisch, wohl aber der Sache nach (nämlich mit der implizierten Unterscheidung differenter Normfunktionen bzw. Funktionsbereiche). Zugleich erschließt sich hier eine dritte Parallele zu Cohen: Wie dieser die Erkenntnis als einen Erzeugungszusammenhang betrachtet, dessen philosophische Systematisierung die Einheit der Natur als des idealen Gesamtgegenstandes der Erkenntnis allererst konstituiert, so betrachtet auch Kelsen das Recht als einen „Erzeugungszusammenhang“ (RR1, 63), der letztlich erst durch die rechtswissenschaftliche Systematisierung zu einem „einheitlichen, widerspruchslosen System“ wird (RR2, S. 74). Die Rechtsordnung erweist sich dabei nicht als lineares Nebenein-

⁵⁸ RR1, 74; vgl. auch RR2, 73.

ander gleichrangiger Normen, sondern vielmehr als eine „Stufenordnung verschiedener Schichten von Rechtsnormen“, deren Zusammenhang sich daraus ergibt, „dass die Erzeugung und sohin die Geltung der einen auf eine andere zurückgeht, deren Erzeugung wieder durch andere bestimmt ist“ (RR1, 74). Bleibt man im Bilde der Stufenordnung, so geht also die Geltung einer beliebigen Norm auf die Geltung einer höheren zurück, deren Geltung ihrerseits auf die Geltung einer noch höheren zurückgeht.

Es ist aus logischen Gründen klar, dass dieser Prozess der Geltungsbe-gründung einer Norm durch ihre Zurückführung auf die Geltung einer höheren Norm nicht in infinitum fortgesetzt werden kann, sondern an irgendeiner Stelle enden muss. Dieses Ende, das bei einer Umkehr der Blickrichtung vielmehr als Ursprung betrachtet werden muss, aus dem alle gültigen Normen hervorgehen, ist die „*Hypothese der Grundnorm*“ (PGNR S. 25; Hvg. G. E.). Dass die Grundnorm Hypothese ist, dass sie, scharf pointiert gesagt, sich nicht aus der gleichnamigen Methode Cohens nur „ergibt“, sondern der Sache nach durchaus Hypothese – Grundlegung – ist, ja gar nichts anderes sein kann (und deshalb von Kelsen selbst auch ausdrücklich, wenngleich nicht durchgängig so betitelt wird)⁵⁹, bedarf einer genaueren Darlegung.

Zunächst sei an das Ziel und die Grenzen einer transzendentalen Geltungsbe-gründung des positiven Rechts erinnert. Sie zielt nicht darauf ab, das positive Recht in irgendeiner Weise philosophisch zu überhöhen oder gar im Interesse irgendeiner Ideologie zu ‘legitimieren’. Es geht dabei überhaupt nicht darum, das positive Recht zu *bewerten*, d. h. darzulegen, dass seine Bestimmungen in moralischer Hinsicht gerecht oder ungerecht oder ob sie politisch nützlich oder gesellschaftlich sinnvoll sind.⁶⁰ Alles

⁵⁹ Das ist insbesondere in der Schrift über die „Philosophischen Grundlagen etc.“ der Fall, aber auch schon im Vorwort zur zweiten Auflage der „Hauptprobleme“, wo von einer „Hypothese nach Analogie der naturwissenschaftlichen Hypothese“ die Rede ist (HP, XV) (Analogie, nicht Identität!). Die „Reine Rechtslehre“ selbst bezeichnet die Grundnorm als „hypothetische Grundlage“ (RR1, 66) bzw. als „transzendental-logische Voraussetzung“ (RR2, 204): in beiden Fällen ist genau das gemeint, was der Terminus ‘Hypothese’ besagt.

⁶⁰ Die Freiheit von allen Wertstandpunkten, das betont Kelsen bekanntlich immer wieder mit großem Nachdruck, ist konstitutives Element der Reinheit der Rechtslehre, nämlich die negative Kehrseite des Vorhabens, den Geltungsanspruch des positiven Rechts ausschließlich aus diesem selbst heraus zu erklären. Hier sei stellvertretend nur eine besonders eindringliche Passage zitiert: „Die Trennung der – nur nach dem Wert der Wahrheit orientierten – Rechtswissenschaft von der – auf die Verwirklichung anderer Werte, insbesondere der Gerechtigkeit gerichteten – Rechtspolitik, als der willensmäßigen Gestaltung der gesellschaftlichen Ordnung, ist das zweite Postulat, das die Reinheit einer Rechtslehre gewährleistet [...] die Wissenschaft vom Recht kann und muss von der Politik getrennt werden,

dies sind auf der Basis der positivistischen Trennungsthese abstrakte Dispute, die ohne Frage theoretisch zulässig und im Kontext der ethischen Selbstverständigung des Menschen sogar unentbehrlich sind, aber an dem faktischen Geltungsanspruch des positiven Rechts kein Jota ändern. Nicht Legitimation, nicht Affirmation, sondern Erkenntnis der Funktionsweise des positiven Rechts ist für Kelsen das Ziel seiner transzendentalen Geltungsbegründung und die Faktizität seines Geltungsanspruchs ihr unmittelbarer Grund. Sie ist notwendig, nicht damit, sondern *weil* das positive Recht gilt. Das macht die Frage unabweisbar: Was ist und woher stammt das Sollen, das sich im staatlichen Zwangsakt unmittelbar-praktisch Geltung verschafft?

Die *Conditio sine qua non*, die Integrierbarkeit einer Norm in den Zusammenhang aller gültigen Normen, bietet – so wenig wie Harts ‘letzte Erkenntnisregel’ – keine Antwort auf diese Frage, weil sie von der Gültigkeit der Rechtsordnung immer schon ausgeht. Der Prozess der Geltungsbegründung einer Norm durch ihre Zurückführung auf die Geltung einer höheren Norm muss, wie gesagt, an *irgendeiner* Stelle enden, wenn der Geltungsanspruch des positiven Rechts *überhaupt* begründbar sein, wenn das Recht als Recht, als Sollen und Norm überhaupt verständlich werden soll. Das, was das Recht als Recht ausmacht, worin seine spezifische Eigengesetzlichkeit besteht, ist nach Kelsen die *Zurechnung* der Rechts- (bzw. Unrechts)folge zur Rechtsbedingung.⁶¹ Hart diskutiert dieses Problem nur cursorisch und zudem nur unter dem Aspekt ihrer sprachlichen Artikulation in „Wenn-Sätze[n]“ (S. 57 f.), bei Kelsen hingegen ist es, ist die

wenn sie überhaupt den Anspruch erheben darf, als Wissenschaft zu gelten [...] Aber die Reine Rechtslehre ist eine reine Lehre des Rechts, nicht die Lehre eines reinen Rechts [... das ...] nur ein richtiges, und das heißt gerechtes Recht bedeuten [könnte]. Aber die Reine Rechtslehre will nicht und kann nicht eine Lehre vom richtigen oder gerechten Recht sein, denn sie *maßt sich nicht an, die Frage zu beantworten, was gerecht sei* [Hvg. G. E.]. Als Wissenschaft vom positiven Recht ist sie [...] eine Lehre vom wirklichen Recht, vom Recht so wie es durch Gewohnheit, Gesetzgebung, Rechtsprechung tatsächlich geschaffen und in der gesellschaftlichen Realität wirksam ist, ohne Rücksicht darauf, ob dieses positive Recht von irgendeinem Wert-Standpunkt, und das heißt von einem politischen Standpunkt aus, als gut oder schlecht, als gerecht oder ungerecht beurteilt wird; und jedes positive Recht kann von irgendeinem politischen Standpunkt aus als gerecht, und zugleich von einem anderen, ebenso politischen Standpunkt aus als ungerecht beurteilt werden; aber nicht von der Wissenschaft des Rechts, die wie jede echte Wissenschaft ihren Gegenstand nicht bewertet, sondern beschreibt, nicht emotional rechtfertigt oder verurteilt, sondern rational erklärt.“ WRR, 620 f.

⁶¹ Vgl. RR1, 22; WRR, 612.

Reflexion auf die *Art* der Verbindung von Bedingung und Folge, Schlüssel- und Kernbestand der Theorie: Die Zurechnung besagt, dass ein bedingender Tatbestand (ein Delikt) mit der Rechtsfolge (der Strafe) notwendig verknüpft ist, genauer, notwendig verknüpft sein *soll*. Diese Verknüpfung lässt sich nach Kelsen *nicht* kausalgesetzlich deuten, weil in der empirisch-realen Welt die Strafe de facto ausbleiben kann (wenn etwa der Delinquent sich ihr zu entziehen versteht). Sondern sie hat *normative* Bedeutung: sie verknüpft bedingenden und bedingten Tatbestand mit der „nicht geringeren Strenge des Sollens“ (HP, VI) und ist „ebenso unverbrüchlich“ wie eine kausale, da *im System des Rechts* oder „von Rechts wegen“ die Strafe „stets und ausnahmslos“ auf das Delikt folgt (RR1, 23). Und nur diese Verknüpfung, nicht mehr, aber auch nicht weniger, ist der *Sinn* des *rechtlichen Sollens*, „der Ausdruck der spezifischen Existenz des Rechts, seiner Geltung“ (RR1, 22).

Die Frage nach dem Geltungsgrund der Rechtsnormen, als Frage nach dem Grund des Sollens, zielt daher *nicht* auf irgendeinen transzendenten Wert in einem lediglich postulierten metaphysischen Jenseits, sondern exakt und präzise, allein und ausschließlich auf jene Verknüpfung ab. Woher also stammt das so gefasste Sollen? Woher stammt die Notwendigkeit, die Rechtsbedingung und Rechtsfolge im System des Rechts miteinander verknüpft?

Die theoretischen Alternativen, auf die man hier zurückgreifen könnte, sind aus der philosophischen Tradition bekannt. Sie lauten, um nur die entscheidenden Begriffe zu nennen, kurz: Natur, Mensch, Gott, und seit der Wende zur Sprache wäre hier ‘die Sprache’ noch hinzuzufügen. Da Kelsen sich mehrfach auf die Kantinterpretation Cohens beruft, ist es sinnvoll und zulässig, Cohens „Theorie der Erfahrung“ zur Klärung dieser Alternativen heranzuziehen. Wie oben (S. 184 f.) erwähnt, führt sie die wissenschaftliche Erfahrung geltungsmäßig auf ein System von Grundsätzen zurück, deren Geltung wiederum auf den obersten Grundsatz zurückgeht. Und Cohen diskutiert dort ein dem vorliegenden ganz analoges Problem, indem er die Frage aufwirft, was denn nun den obersten Grundsatz seinerseits ermögliche oder ‘begründe’. Die Antwort lautet: „Nichts, außer ihm selbst. Es gibt keine Instanz über dem obersten Grundsatz: es gibt keine Notwendigkeit über dem Gedanken, dass wir Notwendigkeit anerkennen wollen in demjenigen Gebiete unseres Bewusstseins, welches als Wissenschaft, als mathematische Naturwissenschaft ausgezeichnet ist. Woher sonst sollte Notwendigkeit kommen, wenn nicht aus dieser Festsetzung für solchen ausgezeichneten Inhalt des Bewusstseins, wenn nicht

also *aus dem Faktum selbst*, auf welches unsere Frage gespannt ist. Wer andere Notwendigkeit, andere Gewähr derselben erwartet und für denkbar hält, stellt sich *außerhalb* des Interesses, auf welches unsere Frage gespannt ist, – mag er sie vom *Himmel* oder vom eigenen *Leibe* erwarten. Wer die *Quelle des Gesetzes* in einer *übernatürlichen Offenbarung* anerkennt, wird als des philosophischen Tugendfleisses *baar* betrachtet.“ (TE 2, 139; TE 3, 185; Hvg. G. E.)

Die Übertragung dieser Auskunft auf die Frage nach der Herkunft des Sollens liegt auf der Hand. Das Sollen von Gott, von einer „übernatürlichen Offenbarung“ ‘abzuleiten’, hieße schlicht, den Glauben an die Stelle philosophischer Erkenntnis zu setzen. Zugleich ist klar, dass keine Brücke vom Sein zum Sollen führt,⁶² weder vom Sein der Natur noch vom leiblichen Sosein des Menschen (seiner natürlichen psychophysischen Organisation) noch auch von irgendeinem faktischen, in seiner puren Faktizität aber doch ganz kontingenten Sprachgebrauch. Alles dies liefe, um im Cohenschen Bild zu bleiben, auf eine Art der „Offenbarung“ (in diesem Falle eine seitens der Natur bzw. ‘der’ Sprache) hinaus, deren Unzulässigkeit, was den naiven Rückgriff auf ‘die’ Natur betrifft, in der zeitgenössischen Philosophie durch das Stichwort vom ‘naturalistischen Fehlschluss’ kenntlich gemacht wird.⁶³ Fasst man das Sollen nicht als einen transzendenten Wert auf, sondern als eine transzendente Kategorie, dann ist es in der Natur sowenig wie irgendeine andere Kategorie vorhanden und muss deshalb, wie alle anderen Begriffe auch, als ‘Erzeugnis’ des Denkens aufgefasst werden.

Die philosophische Theorie kann diese Kategorie – den reinen Gedanken des rechtlichen Sollens – daher nur dem Recht selbst entnehmen, in dem sie als transzendente Kategorie immer schon wirksam und in Kraft, in Funktion ist. Gewonnen wird sie auf dem Weg einer „logischen Analyse“ nicht etwa der ‘normalen’ Sprache, sondern der Rechtssätze, in denen die Rechtswissenschaft die Rechtsnormen fixiert (WRR, 612). Sie ist in jeder einzelnen Norm, unabhängig von ihrem jeweiligen Inhalt, als das Moment enthalten, das diesen Inhalt zur Norm macht, und kann also auch daran

⁶² Kelsen erklärt unzweideutig: „Daraus, dass etwas ist, kann nicht folgen, dass etwas sein soll; sowie daraus, dass etwas sein soll, nicht folgen kann, dass etwas ist. Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein.“ RR2, 196.

⁶³ Diesen Fehlschluss diagnostiziert Kelsen so: „Und daher glaubt denn auch eine metaphysische Rechtslehre in der Natur als einer Manifestation des göttlichen Willens ein Naturrecht zu finden, d. h. aber aus einem Sein auf ein Sollen schließen zu können. Das ist ein Trugschluss; und auf diesen Trugschluss ist die Naturrechtslehre gegründet.“ WRR, 613.

‘erkannt’, d. h. daraus entnommen werden. Im Verfahren der rechtsnormgemäßen Erzeugung, d. h. der *Setzung* einer Norm wird dieses Moment des rechtlichen Sollens, der Ausdruck der Geltung des Rechts, von Norm zu Norm, von der höheren auf die niedere übertragen. Die philosophische Geltungsbegründung verfolgt dieses Verfahren, diesen „Erzeugungszusammenhang“ bis an sein logisches Ende zurück. Dieses logische Ende ist nicht eine empirisch-faktische ‘letzte’ Erkenntnisregel, die inhaltlich von System zu System variiert, sondern der Gedanke einer ‘letzten’ oder ‘höchsten’ Norm selber, deren Geltung nicht nur systemimmanent auf keine höhere zurückgeht, sondern in und mit welcher der transzendente, weil systeminvariante Grund der Geltung aller niederen Normen erfasst ist. Dieses ist die *Grundnorm*.

Zunächst sei ihr epistemischer Status betrachtet. Anders als die Normen, deren Geltung sie eben dadurch begründet, dass diese norm-, mithin grundnormgemäß erzeugt, also gesetzt sind, kann sie ihrerseits (qua letzte oder höchste Norm) nicht mehr normgemäß erzeugt oder gesetzt sein, sondern muss vielmehr vorausgesetzt werden.⁶⁴ Da sie *als* Norm weder irgendwo in der Natur vorhanden und ‘verborgen’ noch auf geheimnisvolle Weise irgendwie vom Himmel gefallen sein kann, muss sie als letzter Geltungsgrund der Normen zugrunde gelegt werden, ist also keine an sich (in der Natur, in ‘der’ Sprache oder gar von Gott) gegebene Grundlage, sondern *Grundlegung*, d. h. Hypothese. Sie ist *keine* empirische Hypothese, die durch Erfahrung verifiziert oder falsifiziert werden könnte, da Normen, die kein Sein be-, sondern ein Verhalten *vorschreiben*, überhaupt nicht wahr oder falsch sein können, sondern entweder gültig oder ungültig sind (vgl. RR2, 73, 75 f.). Das heißt natürlich nicht, dass es keine realen Vorgänge in der Wirklichkeit gäbe oder gegeben hätte, die mittels der Hypothese der Grundnorm erfasst, beschrieben und gedeutet würden, im Gegenteil: Kelsen illustriert die Bedeutung der Grundnorm mit Hilfe des Beispiels einer revolutionären Ersetzung einer alten durch eine neue Rechtsordnung (vgl. RR1, 67 f.). Aber der Sinn der Grundnorm, letzter, weil systeminvarianter Geltungsgrund zu sein, hängt gerade nicht von den je konkreten Ereignissen und empirischen Umständen ab, die einen solchen Vorgang ausmachen: sie ist keine historische Hypothese, deren Bedeutung sich in der Erschließung realhistorischer Ereignisse erschöpfte, durch die sie dann auch falsifiziert werden könnte. Die Grundnorm ist vielmehr durchaus Hypothese im Sinne Cohens. Denn sie ist die transzendental-

⁶⁴ Vgl. RR1, 66; PGNR, 24 f.; RR2, 197, 203, 208.

logisch notwendige Voraussetzung, die angenommen, die zugrunde gelegt werden muss, wenn überhaupt irgendeine Bestimmung als gültige Norm, als Rechtsnorm gedacht und verständlich werden soll. Sie ist daher keineswegs etwa ein „Produkt freier Erfindung“ (RR2, 204), dessen Annahme willkürlich oder beliebig wäre. Sondern sie wird de facto immer dann und überall dort (im juristischen Denken ebenso wie in seiner philosophischen Erkenntnis) als Grundlage in Anspruch genommen, mithin vorausgesetzt, wo einer Norm oder der Rechtsordnung insgesamt (gleichgültig, wie diese inhaltlich spezifiziert sein möge) objektive Geltung zugesprochen wird.⁶⁵ Gleichwohl ist sie nicht als eine besondere positive Norm in der Rechtsordnung selbst „enthalten“ (RR2, 201). Denn die Positivität des Rechts wie aller seiner Normen besteht nach Kelsen – neben seiner faktischen Wirksamkeit, die sich im staatlichen Zwang manifestiert – allein darin, gesetzt, d. h. rechtsnormgemäß erzeugt worden zu sein.⁶⁶ Das aber trifft auf die Grundnorm nicht zu, da sie vielmehr die ‘letzte’, ‘höchste’ oder *erste* Norm ist: der „oberste(n) Geltungsgrund“, der seiner Funktion nach nichts weiter als die „Grundregel“ der Normerzeugung selbst ist und daher zugleich die „Einheit“ des „Erzeugungszusammenhanges stiftet“ (RR1, 74), den die Rechtsordnung darstellt.

Damit kommt nach dem erkenntnislogischen Status und ihrer Funktion nun auch der rein *formale* Inhalt der Grundnorm in den Blick, dessen Formalität sicherstellt, dass mit Hilfe dieser Hypothese *beliebige* konkrete Rechtsordnungen rechtswissenschaftlich erfasst, durchdrungen und erkannt werden können.⁶⁷ Als oberster Geltungsgrund ist sie nichts weiter als die Grundregel der Normerzeugung selbst und besteht daher nur aus zwei Komponenten. Sie verbindet den Gedanken des Rechts, also des *rechtlichen Sollens* als der gesetzlichen Verknüpfung von Rechtsbedingung und Rechtsfolge, mit dem Gedanken einer *obersten Autorität zu seiner Erzeugung*: „Sie verleiht dem Akt des ersten Gesetzgebers und sohin allen anderen Akten der auf ihm beruhenden Rechtsordnung den Sinn des Sollens, jenen spezifischen Sinn, in dem die Rechtsbedingung mit der Rechtsfolge im

⁶⁵ Daher Kelsens Hinweis darauf, dass die Lehre von der Grundnorm „nur die transzendentallogischen Bedingungen der seit jeher geübten Methode positiver Rechtserkenntnis durch eine Analyse des tatsächlichen Verfahrens“ bloßlegt RR1, 67; PGNR, 26; RR2, 209.

⁶⁶ RR 2, 207; WRR, 614.

⁶⁷ Vgl. dazu Kelsens Stellungnahme gegen den Vorwurf des Formalismus, die bezeichnenderweise auf eine Passage aus Cohens „Logik der reinen Erkenntnis“ Bezug nimmt: WRR, 627 sowie seinen Hinweis, die Grundnorm sei nur die „Voraussetzung jeder positivistischen Erfassung des Rechtsmaterials“ RR1, 66; PGNR, 26.

Rechtssatz verbunden ist“ (RR1, 66). Sie „beschränkt sich“ – so akzentuiert Kelsen denselben Sachverhalt in der zweiten Auflage der „Reinen Rechtslehre“ – „darauf, eine normsetzende Autorität zu delegieren, nach der die Normen dieses Systems zu erzeugen sind.“ (RR2, 199). In der Grundnorm ist also der Zwangscharakter des Rechts, der seinen Geltungsanspruch in der realen, empirischen Welt oder dem System der Natur äußerlich sichtbar macht und unmittelbar-praktisch manifestiert, ebenso enthalten wie seine spezifische Eigengesetzlichkeit, die es als Sollen vom Sein der Natur unterscheidet. Eben deshalb hat sie selbst: „die Grundform des Rechtsgesetzes [...] Und weil diese Hypothese jeder positiven Rechtsordnung die Form des Grundgesetzes alles Rechtes hat, ist mit ihr der Gedanke der Gesetzlichkeit selbst mitgesetzt. Das ist der Gedanke, dass an eine bestimmte Bedingung eine bestimmte Folge geknüpft ist [...] Die Grundnorm sagt, dass unter bestimmten bzw. zu bestimmenden Bedingungen eine bestimmte bzw. zu bestimmende Folge als gesollt gesetzt ist.“ (PGNR, 25)

Inhalt und Form der Hypothese der Grundnorm entsprechen also einander: Das positive Recht ist nicht die naturnotwendige Wirkung, sondern lediglich die gesollte Folge eben jener Bedingung, dass *ein* „erster Gesetzgeber“ eine „normsetzende Autorität“ und das heißt zuletzt: die Macht erlangt hat, ihm Geltung zu verschaffen, d. h. seinen Zwangscharakter auch tatsächlich durchzusetzen. Den Inhalt der Grundnorm – die Verknüpfung des Gedankens des Rechts mit dem einer obersten Autorität zu seiner Erzeugung – *nicht* nach Art des Sollens, sondern nach dem Kausalschema zu deuten, würde heißen, diesen Machtfaktor zu ignorieren, ohne den das positive Recht, salopp gesprochen, nicht in die Welt kommt und nicht in der Welt bleibt: denn es gilt nur, solange sein Geltungsanspruch auch durchgesetzt werden kann.⁶⁸ Und weil Inhalt und Form der Hypothese der Grundnorm einander entsprechen, sie also nur die Grundform des Rechtsgesetzes selbst zum Inhalt hat, den sie in seine konstitutiven Komponenten auseinanderlegt, ist durch sie nur die Geltung, nicht aber der je besondere Inhalt der einzelnen Rechtsnormen ‘begründet’.⁶⁹ Welcher konkrete Inhalt Rechtsnorm wird, das ist in und mit ihr nicht prädeterniert, sondern kann nur auf dem Wege einer norm-, d. h. grundnormgemäßen Erzeugung gesetzt werden.

⁶⁸ Vgl. dazu Kelsens Ausführungen zum Verhältnis von Geltung und Wirksamkeit der Rechtsordnung, RR1, 69 ff.; RR2, 215-221.

⁶⁹ RR2, 199f., 208; WRR, 616.

An dieser Stelle tritt die Stärke der Kelsenschen Theorie, die ihre Überlegenheit über diejenige Harts begründet, ganz unmittelbar hervor, zugleich aber auch ihre Schwäche, die fatale Konsequenz, die sie nach sich zieht. Hart verweigert, wie gesehen, die Antwort auf die Frage nach dem Grund der Geltung der letzten Erkenntnisregel und bleibt eben damit und deshalb auch die Antwort auf die Frage nach dem letzten Grund der Geltung des Rechts schuldig: seine Theorie erschöpft sich diesbezüglich in dem bloßen Hinweis darauf, dass in diesem oder jenem spezifischen Rechtssystem diese oder jene Regel als letzte Erkenntnisregel fungiert, und bricht dann und damit die Reflexion auf den Geltungsgrund des Rechts ab.

Kelsens Theorie hingegen führt einen entscheidenden Schritt darüber hinaus. Der letzte Grund der Geltung des Rechts liegt danach nicht in einer *letzten Erkenntnisregel*, welche die Zu- oder Einordnung einer Norm in ein vorgegebenes Rechtssystem ermöglicht und daher sach- bzw. funktionsgemäß immer nur eine jeweils systemspezifische sein kann, sondern vielmehr in einer *ersten Norm*, eben 'der' Grundnorm, die ein (beliebiges) Rechtssystem (und mithin alle) in seiner (ihrer) Gültigkeit nicht schon voraussetzt, sondern allererst *etabliert*. Dieser Gedanke ist durchaus plausibel. Denn der letzte Grund des Rechts schlechthin kann logischerweise nicht darin liegen, wie eine beliebige Norm innerjuristisch bzw. systemimmanent und -spezifisch als gültig erkannt werden kann. Was die philosophische Theorie als *letzten* Grund der Geltung des positiven Rechts benennt, das muss – sofern sie sich jeden Ausgriffs in die Gefilde der Metaphysik enthält (gleich, ob diese dabei unter dem Titel 'Gott' oder 'Natur' firmieren) – vielmehr der *erste* sein und also das erfassen, wodurch gültiges *wirkames* Recht als solches überhaupt in die Welt kommt und ist: den Möglichkeitsgrund seines *Zwangscharakters* nämlich, in dem sich dieses Recht zuletzt manifestiert, noch diesseits oder, je nach Blickrichtung, auch jenseits aller näheren spezifischen Bestimmtheit, in der es sich empirisch-faktisch realisiert.

Zwei Einwände liegen hier nun allerdings auf der Hand. Man könnte zunächst meinen, dass auch die Grundnorm von System zu System variierte, nämlich mit der spezifischen Bestimmtheit a) des ersten Gesetzgebers und b) der Weise der Normerzeugung des jeweiligen Systems – und das ist in der Tat insofern auch immer dann der Fall (insbesondere in der Sphäre des Rechts selbst), wenn ein Rechtssystem in seiner spezifischen Konkretion genommen wird. Die philosophische Theorie jedoch *abstrahiert* von dieser Konkretion, was sprachlich der Übergang vom bestimmten zum unbestimmten Artikel (von 'dem' zu 'einem' ersten Gesetzgeber) deutlich signalisiert. Invariant ist nur das Schema, die formale Struktur, die sich über alle

systemspezifischen Differenzen und Konkretionen hinweg durchhält. Indem die philosophische Theorie auf dieses invariante Schema focussiert, wiederum sprachlich artikuliert im nunmehr umgekehrten Übergang vom unbestimmten zum bestimmten Artikel (von 'einer' zu 'der' Grundnorm), legt sie zugleich die ultimative Möglichkeitsbedingung des Zwangs frei, die implizite in die Grundnorm eingeht und auf der diese insofern ihrerseits noch beruht: *Jedes* Rechtssystem, gleich, ob hochdifferenziert oder nur rudimentär ausgebildet, beruht zuletzt, rein *geltungs-* bzw. *wirksamkeitsmäßig* betrachtet und also noch *vor* aller inhaltlichen Bestimmtheit (mithin noch diesseits auch der Frage seiner Gerechtigkeit), auf der soeben genannten Bedingung, dass *ein* logisch (und d. h. konkret natürlich immer: nicht historisch-absolut, sondern systemspezifisch) *erster* Gesetzgeber die *Macht* erlangt hat, eine Rechtsordnung (qua Erzeugungszusammenhang von Rechtsnormen) zu *etablieren*, und das heißt und dokumentiert sich in letzter Konsequenz eben darin, die Normen des jeweiligen Systems auch dauerhaft (nämlich für die Dauer seiner Geltung) durchzusetzen, also ihnen bzw. dem Sollen, das sie sind und artikulieren, in der empirisch-realen Welt Geltung zu verleihen.⁷⁰ Eben dies ist die oben mehrfach eingeklagte Antwort auf die Frage nach dem Grund der Geltung der 'letzten' Erkenntnisregel eines (beliebigen) Rechtssystems. Denn *beide* Erkenntnisregeln, die letzte des englischen Rechtssystems, mit der Hart die Reflexion abbricht, wie auch die daraus durch Ersetzung der Substantive konstruierte des NS-deutschen Unrechtssystems, beruhen *gleichermaßen* auf dieser Bedingung.

Diese Auskunft ist einerseits nüchtern und realistisch, weil durch die historischen Tatsachen ganz unmittelbar belegt. Wie anders als durch solche Akzentuierung des Machtfaktors ließe sich verstehen, *dass* das NS-Recht (oder auch andere Unrechtssysteme) *überhaupt* gelten, nämlich in Kraft, empirisch-faktisch wirksam sein konnte? Andererseits aber birgt sie die Gefahr einer Reduktion von Recht auf Macht, die, so nahe liegend sie einem Zyniker im Blick auf die politischen Realitäten nicht nur des 20. Jahrhunderts auch erscheinen mag, unter Einbeziehung sittlich-moralischer Gesichtspunkte scharfen Widerspruch erfahren muss, die überdies mit den Motiven und Intentionen der gesamten Naturrechtstradition kollidiert und der zuletzt auch der 'normale' Sprachgebrauch entgegensteht, in dem das Wort 'Recht' zumeist positiv konnotiert ist (wenn man einmal von politischen Schlagworten wie etwa dem der 'Siegerjustiz' absieht, die unmittelbar Ausdruck jener Reduktion sind).

⁷⁰ Vgl. RR 2, 224.

Kelsen tritt dieser Reduktion zwar ausdrücklich entgegen, wenn er erklärt, „Wirksamkeit ist eine Bedingung der Geltung, aber ist nicht diese Geltung selbst. Dies muss mit Nachdruck betont werden, da der Versuch, die Geltung des Rechts mit seiner Wirksamkeit zu identifizieren [...] notwendigerweise zum Scheitern verurteilt [ist]“ (RR2, 220), und wenn er zudem für seine Lösung des Problems einer angemessenen Verhältnisbestimmung von Wirksamkeit und Geltung, mithin von Recht und Macht, reklamiert, sie sei „nur die wissenschaftlich exakte Formulierung der alten Wahrheit: dass das Recht zwar nicht ohne Macht bestehen kann, dass es aber doch nicht identisch ist mit der Macht. Es ist – im Sinne der hier entwickelten Theorie – eine bestimmte Ordnung (oder Organisation) der Macht.“ (RR2, 221)

Aber die Argumentation, auf die er sich dabei stützt, dass nämlich jene Identifikation mit dem Sollenscharakter des Rechts konfligiert, genauer, mit dessen Idealität, sofern diese eben einen ‘Überschuss’ über seine „natürliche Wirklichkeit“, mithin seine Wirksamkeit impliziert,⁷¹ kann doch den *zweiten* Einwand nicht entkräften. Denn die Unterscheidung zwischen dem Idealitätsmoment der Geltung des Rechts (seinem Sollenscharakter) und dem Wirklichkeitsmoment des Rechts, der faktischen Wirksamkeit seiner Geltung, bezeichnet, so plausibel sie im Interesse sauberer begrifflicher Distinktionen auch ist, doch keine symmetrische Relation. Sie verbietet nur die Reduktion von ersterem auf letzteres, nicht aber (zumindest nicht ohne weitere Zusatzbedingungen) den realistischen Umkehrschluss, dass dort, wo ein Rechtssystem empirisch wirksam ist, es eben auch *gilt* – jedenfalls insofern, als die Individuen innerhalb seines ‘Geltungsbereichs’ seinem Zwangscharakter faktisch unterworfen sind. Daher entgeht Kelsen mit dieser Unterscheidung dem Einwand nicht, dass die positivistische Trennungsthese von Recht und Moral *zuletzt* doch auf eine Reduktion von Recht auf Macht hinausläuft, und diese Reduktion tritt bei ihm auch nolens volens eben dort unzweideutig hervor, wo er erklärt, dass „*jeder beliebige* Inhalt Recht sein“ kann (RR2, 201, Hvg. G. E.). Diese Konsequenz ist die unvermeidbare Folge und gleichsam die negative Kehrseite einer Theorie, die darauf abstellt, einen systeminvarianten Geltungsgrund des Rechts aufzudecken, der noch diesseits aller inhaltlichen Bestimmtheit, diesseits

⁷¹ „[W]enn man die Geltung, das ist die spezifische Existenz des Rechts, in irgendeiner natürlichen Wirklichkeit behauptet, [ist] man außerstande [...], den eigentümlichen Sinn zu erfassen, in dem sich das Recht an die Wirklichkeit wendet und eben dadurch sich der Wirklichkeit gegenüberstellt, die – nur wenn sie mit der Geltung des Rechts nicht identisch ist – diesem entsprechen oder widersprechen kann.“ (RR2, 220)

also eben auch der Frage der Gerechtigkeit angesiedelt ist.⁷² Aber ist sie auch unter Einbeziehung sittlichmoralischer Gesichtspunkte akzeptabel?

Damit kommt abschließend nun auch die notorische Streitfrage nach dem Verhältnis von Recht und Moral, von Rechtspositivismus und Naturrechtslehre in den Blick, die im Problem der *Gerechtigkeit* gipfelt. Kann eine Theorie der Rechtsgeltung philosophisch genügen, welche die Begriffe von Recht und Gerechtigkeit sowie den Geltungsgrund vom Geltungsinhalt des Rechts nicht nur scharf unterscheidet,⁷³ was ja methodisch durchaus plausibel ist, sondern darüber hinaus so weit auseinanderreißt, dass sie in strikt logischer Konsequenz auch statuieren muss: „Ein positives Recht gilt *nicht darum*, weil es gerecht ist, das heißt: weil seine Setzung einer Gerechtigkeitsnorm entspricht, und *gilt auch*, wenn es *ungerecht* ist. Seine Geltung ist von der Geltung einer Gerechtigkeitsnorm unabhängig.“ (RR2, 402, Hvg. G. E.)?

Der Umstand, dass auch ungerechtes Recht *gelten* und das heißt hier *nur*: empirisch-faktisch wirksam sein kann (a fortiori: weil in der Tat gewesen ist), ist bereits betont worden und ließe sich nur bestreiten, wenn man die politischen Realitäten des 20. Jahrhunderts schlicht ignorierte. Dennoch bleiben hier Zweifel – Zweifel, die nicht nur im ‘gesunden Menschenverstand’ bzw. dem ‘allgemeinen Rechtsempfinden’ wurzeln, das sich gegen die aus der positivistischen Trennungsthese resultierenden Konsequenzen sträubt, und ebensowenig nur auf den ‘normalen’ Sprachgebrauch gründen lassen, in dem eine gemeinsame linguistische Wurzel zwischen ‘Recht’ und ‘Gerechtigkeit’ zu finden ist, sondern sich aus eben diesen politischen Realitäten selber ergeben. Wer sie nicht ignoriert, muss

⁷² „Die von der Reinen Rechtslehre als Bedingung der objektiven Rechtsgeltung festgestellte Grundnorm begründet aber die Geltung *jeder* positiven Rechtsordnung, das heißt jeder durch menschliche Akte gesetzten, im großen und ganzen wirksamen Zwangsordnung. Der Reinen Rechtslehre, als einer positivistischen Theorie zufolge, kann *keine* positive Rechtsordnung als ihrer Grundnorm *nicht* entsprechend und daher als nicht gültig angesehen werden. Der *Inhalt* einer positiven Rechtsordnung ist von ihrer Grundnorm *völlig unabhängig*. Denn – wie mit Nachdruck betont werden muss – aus der Grundnorm kann nur die Geltung, nicht der Inhalt der Rechtsordnung abgeleitet werden. *Jede im großen und ganzen wirksame Zwangsordnung* kann als objektiv gültige normative Ordnung gedeutet werden. *Keiner* positiven Rechtsordnung kann wegen des Inhalts ihrer Normen die Geltung abgesprochen werden. Das ist ein wesentliches Element des Rechtspositivismus; und gerade in ihrer Theorie der Grundnorm erweist sich die Reine Rechtslehre als positivistische Rechtslehre.“ (RR2, 224; Hvg. G. E.)

⁷³ Vgl. RR2, 402, 443.

konzedieren, dass es historische Konstellationen gibt und gab, in der die juristischen Aufarbeitung dessen, was man mit Radbruchs griffiger Prägung als *Gesetzliches Unrecht* bezeichnen kann,⁷⁴ zur politischen Notwendigkeit wird und faktisch wurde. Eine Theorie, die in aller Ausdrücklichkeit behauptet: „Keiner positiven Rechtsordnung kann wegen des Inhalts ihrer Normen die Geltung abgesprochen werden.“ (a. a. O. Anm. 72), bietet hier offenbar keine überzeugende Antwort mehr an.⁷⁵ Hat also die ‘analytische’ Rechtstheorie Harts diesbezüglich ein besseres Theorieangebot?

Auf den ersten Blick könnte es so scheinen. Denn Hart hält, wie schon erwähnt, nicht nur an einem „Kern der unbestreitbaren Wahrheit im Lehrgebäude des Naturrechts“ fest (vgl. o. S. 400), sondern tritt auch Kelsens These entgegen (wenngleich nur im Konjunktiv und mit einem sehr

⁷⁴ Gustav Radbruch: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, zuerst in: Süddeutsche Juristen-Zeitung 1946, wieder abgedruckt in: Ralf Dreier u. Stanley L. Paulson (Hg.): Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie (a. a. O. Anm. 34), S. 211-219 (danach zitiert)

⁷⁵ Damit ist natürlich nicht gesagt, dass die „Reine Rechtslehre“ zum Problem des Staatsunrechts überhaupt keine Stellung bezöge (etwa in Gestalt eines erstinstanzlichen Urteils, das durch ein nachinstanzliches aufgehoben, insofern mithin als ‘Unrecht’ erkannt wird und daher auch nach Maßgabe einer entsprechenden Vorschrift der Rechtsordnung sogar „durch eine Leistung aus dem Staatsvermögen gutzumachen ist“; vgl. RR2, 308). Aber es ist, ganz im Sinne des im Haupttext soeben angeführten Zitats, hochgradig charakteristisch, dass Kelsens diesbezügliche Überlegungen von der Feststellung ausgehen: „Ein Unrecht pflegt man aber der Rechtsgemeinschaft nicht zuzuschreiben.“ (RR2, 155) und sich dann – gestützt im wesentlichen auf Probleme der Deliktfähigkeit der Körperschaft als juristischer Person, die „eine Fiktion involviert“ (vgl. RR2, 185, 304-306) – darauf konzentrieren, die Bedingungen herausarbeiten, unter denen das Prinzip „Der Staat kann kein Unrecht tun.“ (RR2, 307) gilt. Die entscheidende Passage lautet: „Geschieht ein Unrecht, kann es nur ein Unrecht des Menschen sein, der es durch sein Verhalten begangen hat, nicht aber ein Unrecht des Staates, als dessen Organ dieser Mensch sich nur verhält, wenn sein Verhalten von der Rechtsordnung in dem Sinne ermächtigt ist, dass es Rechtserzeugung, Rechtsanwendung oder Rechtsbefolgung, nicht aber Rechtsverletzung ist. Rechtsverletzung fällt außerhalb der einem Staatsorgan erteilten Ermächtigung und ist daher dem Staat nicht zuschreibbar. *Ein Unrecht tuender Staat wäre ein Widerspruch in sich.*“ (ebd. Hvg. G. E.) Darauf insistierend, dass eine „solche Einschränkung der Zurechnung zum Staat [...] durchaus möglich“ ist, konzediert Kelsen, dass sie „nicht notwendig in dem Sinne [ist], dass Zuschreibung eines Unrechts zum Staat einen logischen Widerspruch bedeuten würde“ (ebd.), und räumt dann auch ein, dass jenes Prinzip „nicht ohne bedeutende Ausnahmen aufrechterhalten“ werden kann (RR2, 308). Die im aktuellen Kontext entscheidende Frage aber, ob einer positiven Rechtsordnung womöglich kraft ihres Unrechtscharakters die Geltung in toto abzusprechen ist, kommt dabei, auch dies in Konsequenz jenes obigen Zitats, nicht in den Blick.

skizzenhaften Argument)⁷⁶, dass „jeder beliebige Inhalt Recht sein“ könne. Sieht man aber genauer zu, so zeigt sich, dass Harts Ausführungen hochgradig ambivalent bleiben und in einem bloßen ‘Einerseits – Andererseits’ verharren: Einerseits insistiert Hart auf einem „*Minimalinhalt* des Naturrechts“ (S. 266), kraft dessen solche Bestimmungen des positiven Rechts, die ihm nicht entsprechen, als ungültig verworfen werden können bzw. müssen, andererseits aber schreckt er vor der Konsequenz zurück, die darin liegt – nämlich: die Gültigkeit von Gesetzen an ihre auf diesen Minimalbestand fundierte Moralität durchgängig anzubinden –, und geht so in der Sache über die „einfache positivistische Doktrin, dass ungerechte Regeln dennoch Gesetze bleiben“ (S. 292), nicht wirklich hinaus.

Es kommt hier nun nicht darauf an, Harts Überlegungen zum Verhältnis von Recht und Sittlichkeit in extenso zu diskutieren oder die „vier Kriterien“ im einzelnen vorzustellen, die er zunächst herausarbeitet, „um die Sittlichkeit von anderen sozialen Standards und anderen Formen der sozialen Reglementierung zu unterscheiden“, zumal es sich dabei um „im gewissen Sinne *formale* Kriterien“ handelt, die sich „nicht direkt auf irgendeinen notwendigen Inhalt“ beziehen, „den Regeln oder Standards haben müssen, um Regeln der Sittlichkeit zu sein“ (S. 249). Wichtiger sind im Zusammenhang der vorliegenden Untersuchung vielmehr drei Aspekte, zwei streng methodische und ein inhaltlich-argumentativer.

1. Hart hebt zwar, scheinbar ganz sprachanalytisch argumentierend, an mit Überlegungen zum Gebrauch der Worte ‘gerecht’, ‘ungerecht’, ‘fair’ und ‘unfair’ (S. 218 f.). Doch die angeführten Verwendungsweisen dieser Worte gelten dabei jeweils als „verschiedene Anwendungen der *Idee* der Gerechtigkeit“ (S. 219; Hvg. G. E.), welche ihrerseits als „ein Teil“ der „*Idee* der Sittlichkeit“ (S. 231; Hvg. G. E.) betrachtet wird. Das mentalistische Paradigma bleibt also, dies ist festzuhalten, *vorausgesetzt* und ist keineswegs aus dem Spiel.

⁷⁶ Hart erklärt: „Wir können, wenn wir den Komplex der natürlichen Tatsachen und Zwecke voraussetzen, die Sanktionen in einem innerstaatlichen System notwendig und möglich machen, sagen, dass dies eine *natürliche Notwendigkeit* darstellt; und dergleichen Sätze brauchen wir auch, um den Status der Minimalformen des Schutzes für Personen, Eigentum und Versprechen deutlich zu machen, die ähnlich unabdingbare Grundzüge des staatlichen Rechts sind. In dieser Form *würden wir* [Hvg. G. E.] auf die These des Positivisten antworten, dass das ‘Recht jeden Inhalt haben kann’. Denn es ist eine Wahrheit von einiger Bedeutung, dass man für die angemessene Beschreibung nicht nur des Rechtes, sondern vieler anderer sozialer Institutionen neben den Definitionen und gewöhnlichen Tatsachenaussagen noch Platz braucht für eine dritte Kategorie von Aussagen: solche, deren Wahrheit zufällig von den Menschenwesen und der Welt, in der sie leben, abhängt, und die dennoch deren entscheidende Merkmale enthalten.“ (S. 275)

2. Was den Minimalbestand des Naturrechts betrifft, jenen „notwendigen Inhalt“ also, mit dem positive Rechtsregeln nicht konfliktieren dürfen, um sittlich gültig zu sein, so ist Hart darum bestrebt (wiederum einem vertrauten sprachanalytischen Topos folgend), die damit in Frage stehenden „elementaren Wahrheiten [...] aus ihrer metaphysischen Einbettung [zu] befreien und mit einfacheren Ausdrücken neu [zu] formulieren.“ (S. 259). Er will jenen „philosophischen Schwierigkeiten [...] entgegen“ (S. 232), die traditionell mit deren Annahme verbunden sind – ob diese ‘Wahrheiten’ also „unwandelbare Prinzipien und damit ein Teil des Universums, nicht von Menschen gemacht [...] Ausdrücke der sich wandelnden menschlichen Einstellungen“ (S. 231 f.) sind –, und eine „magere Version“ (S. 263) des Naturrechts anbieten, die den auf diese Schwierigkeiten bezogenen Einwänden gegen seine „klassischen Darstellungen“ (S. 264) standhält. Damit steht zunächst das Problem der Rückgangsdimension zur Diskussion, also die Frage, aus welcher Sphäre diese „elementare[n] Wahrheiten über den Menschen, dessen natürliche Umwelt und dessen Ziele, [...] die [...] als der *Minimalinhalt* des Naturrechts betrachtet“ werden können (S. 266), zu entnehmen sind. Entstammen sie ‘der’ Sprache, ‘der’ Natur oder womöglich gar doch dem *Denken*?

‘Der’ Sprache, das sollte nach allem hier bereits Ausgeführten keiner umständlichen Begründung mehr bedürfen, sind sie jedenfalls *nicht* zu entnehmen, und insofern kann es auch nicht überraschen, dass Hart im einschlägigen Kapitel (S. 266-275) überhaupt keinen derartigen Versuch unternimmt (spezifisch sprachanalytische Überlegungen unterbleiben hier ganz) und sich auf die „natürlichen Tatsachen“ (S. 267) selber bezieht. Was hingegen überrascht, das ist der dabei zugrunde liegende *Begriff der Natur*. Denn diese ‘natürlichen Tatsachen’ werden nicht etwa, wie es einem klassischempiristischen Naturalismus entspräche, in ihrer vorwissenschaftlichen Unmittelbarkeit herangezogen, sondern in *wissenschaftlicher* Vermittlung: Hart beruft sich diesbezüglich auf die „moderne Sichtweise“, verweist auf die „Struktur großer naturwissenschaftlicher Theorien [...] die aus abstrakten mathematischen Formulierungen [bestehen], die kein direktes Gegenstück in beobachtbaren Tatsachen haben“ (S. 259), und zuletzt auch, im Blick auf das, was sich wissenschaftlich begründet über das ‘Wesen’ und die ‘Natur’ des Menschen sagen lässt, auf „Psychologie und Soziologie“ (S. 267).

Dieser Umstand ist in zweifacher Hinsicht signifikant. Zum einen stellt er *objektiv* eine Entsprechung zur Cohenschen Epistemologie dar (die ja eben postuliert, dass die Natur für die Philosophie nur in der Wissenschaft, nur in wissenschaftlicher Vermittlung ‘gegeben’ ist), gewissermaßen

eine Anwendung und Bestätigung derselben, die jedoch *subjektiv* nicht vorliegen, da es keinerlei Anhaltspunkt dafür gibt, dass Hart diese Epistemologie überhaupt zu Kenntnis genommen hätte. Zum zweiten: Indem Hart sich auf die 'natürlichen Tatsachen' in ihrer wissenschaftlichen Vermittlung beruft (und gerade so jenen „philosophischen Schwierigkeiten“ zu entgehen glaubt), nimmt er der Sache nach das *Denken* als Rückgangsdimension in Anspruch.

Das aber bleibt uneingestanden. Denn Harts Argumentation insgesamt operiert mit und 'lebt' gleichsam von der Suggestivkraft jenes geheimen Credo jeden Naturalismus', das man selbst noch in der „Kritik der reinen Vernunft“ lesen kann, wenn Kant dort formuliert: „Alles, was die Natur selbst anordnet, ist zu irgend einer Absicht gut.“ (KrV, B 771). Abstrahiert man von dem spezifisch teleologischen Aspekt, so ist damit gesagt: Die Natur ist, wie sie ist, in allem Wandel, der in ihr stattfinden mag, doch unwandelbar und ewig, anders als alles vergängliche Menschenwerk und eben deshalb ein Maßstab von unbezweifelbarer Dignität, an dem dieses – konkret also: das positive Recht – zu messen ist. Ohne diese Präsumpion kommt Harts Argumentation nicht aus. Denn anders macht das Insistieren auf einen „Kern der unbestreitbaren Wahrheit im Naturrecht“ keinen guten Sinn.

3. Dennoch, trotz dieses Insistierens, geht Hart über die „positivistische Doktrin“, wonach „auch ungerechte Regeln [...] Gesetze“ bleiben (o. S. 417), *nicht* hinaus. Das lässt sich am schärfsten und eindringlichsten anhand seiner Auseinandersetzung mit Radbruch demonstrieren. Sie liegt in zwei Fassungen vor: Zum einen in Harts 1957 an der Harvard Law School gehaltenen „Oliver Wendell Holmes Vorlesung“⁷⁷, zum zweiten in den diesbezüglich einschlägigen Ausführungen im „Begriff des Rechts“ selbst. Beide Fassungen unterscheiden sich in ihrer inhaltlichen Stoßrichtung und Tendenz nicht wesentlich: beide verteidigen die positivistische Trennungsthese gegen Radbruchs *positivismuskritische* Überlegungen in dessen Aufsatz über „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ (a. a. O. Anm. 74), beide argumentieren auf weite Strecken bloß appellativ und beide reduzieren das Problem des gesetzlichen Unrechts zuletzt auf die Frage rückwirkender Strafbarkeit.

Was zunächst die Vorlesung aus dem Jahr 1957 betrifft, so geht Hart darin von der These aus, dass Radbruch „bis zur Nazityrannei selbst die

⁷⁷ Auf deutsch abgedruckt unter dem Titel: Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, in: Herbert L. A. Hart: Recht und Moral: Drei Aufsätze, Göttingen 1971 (zitiert als TRM), S. 14-56.

‘positivistische’ Lehre vertreten“ habe, weshalb sein „Aufruf, die Lehre von der Trennung von Recht und Moral aufzugeben, die besondere Eindringlichkeit eines Widerrufs“ (S. 40) habe, der „unmöglich [...] ohne Sympathie“ (TRM, S. 42) zu lesen sei. Diese These wird in der neueren Literatur kaum noch vertreten und ist sachlich insofern haltlos, als sie Radbruchs Anknüpfung an die Rechtsphilosophie Emil Lasks ignoriert, welche sich schwerlich unter das Etikett ‘positivistisch’ subsumieren lässt. Darauf wird noch zurückzukommen sein. Harts Argumentation selber gliedert sich in zwei Stränge. Der erste Strang, den Hart mit dem Hinweis beschließt (und so zugleich in seinem Stellenwert relativiert), es handele sich um „eine bloß akademische Diskussion“ (S. 43), argumentiert erkennbar *ad hominem*⁷⁸ und gipfelt zuletzt in dem Vorhalt, Radbruch habe „die geistige Botschaft des Liberalismus, die er dem Juristenstand zu vermitteln sucht, *nur halb verstanden*. Denn alles, was er sagt, beruht auf dem *Missverständnis*, dass mit der Anerkennung einer Norm als einer gültigen Norm des Rechts auch schon die *moralische* [Hvg. Hart] Frage ‘Soll man dieser Rechtsnorm Gehorsam leisten?’ entschieden ist.“ (S. 42, Hvg. G. E.) Dieser Vorhalt jedoch ist nicht mehr als eine ebenso pauschale wie unausgewiesene Unterstellung, die das Problemniveau, auf dem Radbruch argumentiert, schon deshalb unterbietet, weil Radbruch, wie sich noch zeigen wird, keineswegs undifferenziert postuliert, dass schlechterdings und in toto *allen* ungerechten Gesetzen der Gehorsam zu verweigern sei, also die moralische ‘Gehorsamsfrage’ von der Frage der Rechtsgeltung sehr wohl noch unterscheidet (vgl. u. S. 404).

Harts zweiter Argumentationsstrang schließt sich an die Präsentation eines konkreten Einzelfalles von Denunziation an,⁷⁹ die mit der folgenden Erklärung eröffnet wird: „Nach dem Krieg wurde Radbruchs Rechtsbegriff, der die wesentlichen moralischen Grundsätze der Humanität einschließt, von deutschen Gerichten in gewissen Prozessen angewendet, in denen es um die Bestrafung lokaler Kriegsverbrecher, Spione und Denunzianten des Naziregimes ging. Die besondere Bedeutung dieser Fälle liegt

⁷⁸ So etwa, wenn Hart erklärt, es liege „eine außerordentliche Naivität in der Ansicht, die Unempfänglichkeit für moralische Forderungen und die Unterwürfigkeit gegenüber der Staatsgewalt könnten in einem Volk wie dem deutschen aus dem Glauben erwachsen sein, Gesetz sei Gesetz, auch wenn es den moralischen Mindestanforderungen widerspreche.“ (S. 42)

⁷⁹ Angemerkt sei, dass dieses Beispiel die Brisanz der Problemsituation verharmlost: Radbruch diskutiert nicht lediglich die Frage rückwirkender Strafbarkeit von Denunziationen, sondern das weitaus gravierendere Problem der „Verantwortlichkeit für unmenschliche *Richtersprüche*“ (GU, 214, Hvg. G: E.).

darin, dass die solcher Verbrechen beschuldigten Personen geltend machten, was sie getan hätten, sei nach den zum Zeitpunkt ihrer Tat gültigen Gesetzen nicht rechtswidrig. Diesem Einwand hielt man entgegen, die betreffenden Gesetze seien wegen ihres Verstoßes gegen die fundamentalen Grundsätze der Moral ungültig gewesen.“ (S. 43)

Diese Erklärung ist im aktuellen Zusammenhang von höchster Brisanz, so harmlos sie qua historische Tatsachenaussage auch zu sein scheint. Denn sie konzediert in aller Ausdrücklichkeit ein Faktum der Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts: die Tatsache eben, *dass* die deutschen Gerichte sich zwecks Aufarbeitung des NS-Unrechts Radbruchs Rechtsbegriffs bedienten – und genau diese Tatsache *widerlegt* das Hauptargument (wenn man es denn es ein Argument nennen will), mit dem Hart später, im „Begriff des Rechts“, bezüglich des fraglichen Zusammenhangs gegen Radbruch operiert. Bevor dies demonstriert werden soll, ist es zweckmäßig, dem zweiten Argumentationsstrang der Vorlesung von 1957 noch ein wenig genauer nachzugehen.

Wie das obige Zitat bereits indiziert, focussiert Hart im zweiten Argumentationsstrang ganz auf das Problem rückwirkender Strafbarkeit. Die Argumente, die er dabei vorträgt, liegen allerdings ironischerweise weitgehend auf der Linie von Ayers 'emotionalistischer Werttheorie': Da ist die Rede davon, dass die „Entscheidungen [deutscher Gerichte], die man als Sieg des Naturrechts und als ein Zeichen der Überwindung des Positivismus gepriesen hat [...] eine Art von Hysterie“ seien (S. 44), ferner, dass rückwirkende Strafgesetzgebung „abstoßend“ sei und eine anderslautende Rechtsprechung „den Vorzug der Redlichkeit gehabt“ (ebd.) hätte, und sodann, dass der „Nachteil der vorliegenden Heranziehung des Prinzips“ (wonach moralisch unerträglich ungerechten Gesetzen der Rechtscharakter insgesamt abzusprechen ist), darin liege, dass es die wahre Natur der uns gestellten Probleme bemäntelt und dem romantischen Optimismus Nahrung gibt, alle unsere Werte ließen sich letzten Endes in einem einzigen System unterbringen“ (S. 44 f.). Zuletzt gipfelt dieser zweite Argumentationsstrang in dem folgenden Vorwurf: „[W]enn wir uns Radbruchs Ansicht anschließen und mit ihm und den deutschen Gerichten unseren Protest gegen verwerfliche Gesetze in die Behauptung kleiden, dass gewisse Normen wegen ihrer moralischer Unhaltbarkeit nicht Recht sein können, so bringen wir Verwirrung in eine der stärksten, weil einfachsten Formen moralischer Kritik. Wenn wir uns die deutliche Sprache der Utilitaristen zu eigen machen, sagen wir, dass positive Gesetze Recht sein mögen, aber zu verwerfliches Recht, um Gehorsam zu verdienen. Das ist

eine moralische Verurteilung, die jeder versteht und die unmittelbar und unübersehbar moralische Beachtung beansprucht. Machen wir aber unseren Protest in der Form geltend, diese verwerflichen Dinge seien kein Recht, so behaupten wir etwas, das viele Leute nicht glauben und das – wenn sie überhaupt dazu bereit sind, darüber nachzudenken – eine ganze Fülle philosophischer Streitfragen auf den Plan rufen dürfte, bevor man es akzeptieren kann.“ (S. 45 f.)

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob eine solche Kombination von emotional begründeter ‘Gerichtsschelte’ mit dem aus der sprachanalytischen Kritik der traditionellen Philosophie hinlänglich vertrauten Vorwurf der ‘Verwirrung’ theoretisch zu überzeugen vermag. Wichtiger sind vielmehr die folgenden drei Aspekte. *Erstens*: Auch Hart räumt ein, dass es Gesetze geben kann bzw. gab, die aus moralischen Gründen keinen Gehorsam verdienen, und konzediert damit der Sache nach das entscheidende Motiv, das Radbruchs Überlegungen zugrunde liegt. Insofern ist seine Position von derjenigen Radbruchs nicht wesentlich unterschieden, zumindest nicht so weit, wie es seine Kritik an Radbruch suggeriert. *Zweitens*: Dennoch bleibt Hart ersichtlich – und offenbar ganz gezielt – hinter Radbruch zurück. Dieser Rückfall wirft unmittelbar eine Reihe von Fragen auf, welche seine Begründung und die Alternative betreffen, die Hart anbietet: Waren die Entscheidungen deutscher Gerichte wirklich nur „eine Art von Hysterie“, die zuletzt auf ‘philosophische Verwirrung’ zurückgeht und solche stiftet? Reicht die von Hart empfohlene Unterscheidung zwischen Ungültigkeit und Immoralität von Gesetzen (wie es später im „Begriff des Rechts“ heißt) allein schon für die juristische Aufarbeitung gesetzlichen Unrechts aus oder bedarf es dafür nicht doch einer weiterreichenden theoretischen Grundlage? Ist Harts Focussierung auf die Frage rückwirkender Strafbarkeit der Sache angemessen oder nicht vielmehr doch eine zuletzt unzulängliche Problemverkürzung? Entscheidend ist schließlich *drittens*: Die Argumentation, die Hart im „Begriff des Rechts“ selbst zugunsten der positivistischen Trennungsthese und in latenter Bezugnahme auf Radbruch bzw. gegen ihn vorträgt, steht in eklatantem Widerspruch zu jenem oben genannten Faktum der jüngeren Rechtsgeschichte, das Hart doch selber ausdrücklich konzediert.

Hart unterscheidet dort zwei Rechtskonzepte, ein „engere[s] Konzept“, das verlangt, „vom ‘Recht’ alle [...] sittlich verwerflichen Regeln“ auszuschließen (BdR, S. 288), und ein „weitere[s] Konzept“, in dem dies nicht der Fall ist, und wägt sie hinsichtlich ihrer theoretischen Reichweite und ihres praktischen Nutzens gegeneinander ab. Trotz aller Vorsichtigkeit der

Formulierungen, die Ausgewogenheit suggeriert,⁸⁰ fällt das Plädoyer dabei letztlich aber doch zugunsten des 'weiteren' Konzepts aus: „Ein Begriff des Rechts, der es erlaubt, die Ungültigkeit der Gesetze von deren Immoralität zu unterscheiden, befähigt uns, die Kompliziertheit und die Vielfältigkeit dieser verschiedenen [mit gesetzlichem Unrecht verbundenen] Probleme zu erkennen, während ein engeres Rechtskonzept, das den ungerechten Regeln die Rechtsgültigkeit abspricht, uns dieser Tatsache gegenüber blind macht.“ (S. 291)

Nun ist es zweifellos nicht nur plausibel, sondern auch theoretisch erforderlich, zwischen Ungültigkeit und Immoralität von Gesetzen zu unterscheiden. Denn selbstverständlich können Gesetze noch *diesseits* der Frage ihre moralischen Qualifikation ungültig sein (wenn sie etwa aufgrund eines formalen Verfahrensfehlers zustande gekommen sind). Aber zum einen ergibt sich aus der Notwendigkeit dieser Unterscheidung kein schlüssiges Argument gegen Radbruch, dessen Theorie diese Unterscheidung keineswegs aus-, sondern vielmehr einschließt – und insofern verwundert es nicht, dass Hart jeden diesbezüglichen Nachweis schuldig bleibt. Zum anderen läuft Harts nachfolgende Argumentation zugunsten des 'weiteren' und gegen das 'engere' Rechtskonzept, sofern sie nicht nur gänzlich unausgewiesen und ein bloßes Postulat ist,⁸¹ zuletzt auf dieses schlichte Glaubensbekenntnis hinaus: „Worin besteht [...] der praktische Nutzen des engeren Rechtskonzepts bei der ethischen Überlegung? Worin besteht der Vorteil, wenn wir mit moralisch ungerechten Forderungen konfrontiert werden; sollen wir denken: 'Dies ist überhaupt kein Recht', oder sollen wir denken: 'Dies ist zwar Gesetz, aber zu ungerecht, um befolgt oder angewandt zu werden'? Würde dies die Menschen klarsichtiger machen, oder würde es ihren Ungehorsam steigern, wenn die Sittlichkeit dies verlangt? Würde es die Möglichkeit verbessern, mit Problemen fertig zu werden, die das Nazi-Regime hinterließ? Zweifellos haben Ideen ihren Einfluss; *aber wir glauben nicht*, dass ein Versuch, den Menschen das enge Konzept der Rechtsgültigkeit beizubringen, wo es also keinen Raum für gültige, jedoch moralisch ungerechte Gesetze gibt, jemals

⁸⁰ Vgl. z. B.: „Es *scheint klar zu sein*, dass nichts für die theoretische und wissenschaftliche Untersuchung des Rechts als eines sozialen Phänomens gewonnen wird, wenn wir das engere Konzept annehmen“ (S. 288, Hvg. G. E.).

⁸¹ So etwa die Versicherung, dass das 'weitere' das 'engere' Rechtskonzept einschließe (vgl. S. 288) und dass nur das 'weitere' es erlaube, die „besonderen Merkmale ungerechte[r] Gesetze“ zu untersuchen, während das 'engere' „[n]ichts als Verwirrung“ stifte, weil es dazu zwingt, diese Untersuchung „einer anderen Disziplin“ als der Rechtstheorie zu überlassen (S. 289).

mit Erfolg den Widerstand gegen das Böse stärken würde, wenn organisierte Gewalt droht, oder selbst eine klare Vorstellung davon schaffen könnte, was überhaupt in Frage steht, wenn Rechts-Gehorsam gefordert wird.“ (S. 289; Hvg. G. E.)

Diesen auf den ‘Widerstand gegen das Böse’ bezogenen (Un-) Glauben könnte man ja noch teilen – aber die in der rhetorischen Frageform verborgene und doch so zugleich auch suggerierte These, dass das ‘engere’ Rechtskonzept *keinen Nutzen* habe und die Möglichkeiten zur Bewältigung der Probleme, „die das Nazi-Regime hinterließ“, nicht verbessere, ist durch die Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts *widerlegt*.

Denn es war eben durchaus kein Zufall, lediglich ‘philosophischer Verwirrung’ entsprungen, und schon gar nicht etwa nur eine „Art von Hysterie“, dass sich die deutschen Gerichte zwecks Aufarbeitung des NS-Unrechts – und, wie hier hinzuzufügen ist, bezeichnenderweise später dann auch des DDR-Unrechts⁸² – des ‘engeren’ Rechtskonzepts bzw. konkret des Radbruchschen Rechtsbegriffs bedienten, sondern gleichsam der ‘Not’ der Problemlage geschuldet. Dieser gerichtliche Rückgriff auf Radbruchs Rechtsbegriff belegt daher ipso facto, dass *weder* die bloße Unterscheidung zwischen ‘Ungültigkeit’ und ‘Immoralität’ von Gesetzen (die nicht gekannt zu haben man im Übrigen weder Radbruch noch den Gerichten unterstellen sollte) *noch* auch das Prinzip ‘nulla poene sine lege’, auf dem Hart mehr oder minder ausdrücklich insistiert,⁸³ *noch auch* ihr bloßer Verein eine hinreichende theoretische Grundlage für die juristische Aufarbeitung gesetzlichen Unrechts bietet. Das geht schon daraus hervor, dass die Focussierung auf das Problem rückwirkender Strafbarkeit, in der Harts diesbezügliche Ausführungen gipfeln, sich schlussendlich aber auch erschöpfen, nicht die geringste Handhabe dafür bietet, die *anderen* mit dieser Aufarbeitung verbundenen Probleme einer Lösung zuzuführen: etwa das der Entschädigung bei Enteignungsfällen oder das nicht nur moralisch, sondern zuletzt sogar rententechnisch bedeutsame Problem der Amnestie. Denn diese beiden Problemkomplexe stellen sich, wie die jüngste deutsche

⁸² Vgl. hierzu Dreier und Paulson, o. Anm. 34.

⁸³ Hart beschließt seine Ausführungen zum gesetzlichen Unrecht mit der folgenden Erklärung zu diesem Prinzip: „Wenn überhaupt dieses Prinzip angetastet werden soll, um das, was man für ein größeres Übel als die Opferung des Prinzips hält, abzuwenden, dann ist es entscheidend, dass die in Frage stehenden Probleme klar identifiziert werden. Ein Fall von rückwirkender Bestrafung sollte nicht wie eine gewöhnliche Bestrafung für eine zur Tatzeit unrechtmäßige Handlung aussehen.“ (BdR, S. 291) Mit diesem vagen Appell an ‘klare Identifizierbarkeit’ und das ‘Aussehen’ rückwirkender Bestrafung ist das Problemniveau, auf das Radbruch reagiert, deutlich *unterboten*.

Geschichte zeigt, eben auch noch dann, wenn Täter, die zu bestrafen wären, juristisch nicht mehr zur Rechenschaft zu ziehen, weil beispielsweise schlicht nicht mehr am Leben sind. Ein 'Kriterium', das, wie Radbruchs zweiseitige Formel,⁸⁴ es erlaubt, „ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts [als] niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt“⁸⁵ abzuweisen, gibt Harts 'analytische' Rechtstheorie daher nicht an die Hand.

Damit kommt abschließend nun auch die letzte Frage in den Blick, die im aktuellen Kontext noch zu diskutieren ist. Handelt es sich bei den positivismuskritischen Überlegungen Radbruchs, die in diese Formel einfließen und denen sie geschuldet ist, wie Hart meint, lediglich um eine „Bekehrung“,⁸⁶ die nur äußerlich durch die Erfahrung des Nazi-Regimes motiviert und insofern in theoretisches vermeintlich haltlos und ungedeckt ist? Oder sind diese Überlegungen nicht vielmehr doch schon durch das Theoriepotential ermöglicht und gleichsam in ihm angelegt, das Radbruchs „Rechtsphilosophie“ von 1932 bereits anbietet? Diese Frage betrifft durchaus nicht nur ein Spezialproblem der Radbruch-Forschung, nämlich das der Kontinuität oder Diskontinuität seines Denkens, sondern in einer letzten Hinsicht auch die im vorliegenden Kapitel zur Diskussion stehende Alternative zwischen 'analytischer' und transzendentaler Rechtsphilosophie insgesamt. Denn die Antwort auf sie erlaubt es, diese Alternative zu ultimativer Zuspitzung zu bringen.

Wie bereits angedeutet, kann man gegen Harts 'Bekehrungsthese' mit guten Gründen der in jüngster Zeit etwa von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson vertretenen Auffassung zustimmen, dass „Radbruchs Position schon vor 1933 nicht positivistisch im Sinne der Trennungsthese“ war,⁸⁷ dass er mithin „zwischen 1933 und 1945 [keine] grundsätzliche 'Kehre' vollzogen hat“ und dass bei allen Modifikationen doch „deutlich ist, dass die Hauptelemente seiner Theorie in allen Phasen seines Schaffens dieselben geblieben sind.“⁸⁸

Zum einen sind die Begriffe des Rechts und der Gerechtigkeit, die in die zweiseitige Formel einfließen und auf denen sie beruht, schon in der „Rechtsphilosophie“ von 1932 grundgelegt und expliziert. Die entschei-

⁸⁴ Vgl. hierzu Dreier und Paulson, o. Anm. 34.

⁸⁵ Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, a. a. O. (Anm.74) S. 216.

⁸⁶ Hart, Der Positivismus und die Trennungsthese von Recht und Moral, a. a. O. (Anm. 77) S. 43.

⁸⁷ R. Dreier u. St. L. Paulson: Einführung in die Rechtstheorie Radbruchs, a. a. O. (Anm.34), S. 240.

⁸⁸ Ebd. S. 244.

dende Passage des Aufsatzes von 1946 lautet: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahingehend zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‘unrichtiges Recht’ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‘unrichtiges Recht’, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“⁸⁹ Beides, sowohl diese Definition des Rechts mit ihrer spezifischen Bezugnahme auf die Begriffe des ‘Sinnes’ und des ‘Dienens’, wie auch die Bestimmung der Gleichheit als des Kerns der Gerechtigkeit ist in begrifflich elaborierterer Gestalt in der „Rechtsphilosophie“ von 1932 unübersehbar vorformuliert: „Der Begriff des Rechts ist ein Kulturbegriff, d. h. ein Begriff von einer wertbezogenen Wirklichkeit, einer Wirklichkeit, die den Sinn hat einem Werte zu dienen. *Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.* Der Rechtsbegriff ist also ausgerichtet an der Rechtsidee [...] Die Idee des Rechts nun kann keine andere sein als die Gerechtigkeit [...] Gerechtigkeit in solchem Sinne bedeutet Gleichheit.“ (S. 34 f.)

Zum zweiten knüpft Radbruch „Rechtphilosophie“, seinem hier schon zitierten Selbstzeugnis zufolge (vgl. Anm. 36), an den *Neukantianismus* der ‘Badischen’ bzw. ‘Südwestdeutschen’ Schule an, speziell an die auf der Wertphilosophie Wilhelm Windelbands und Heinrich Rickerts⁹⁰ basierende Rechtsphilosophie von Emil Lask. Die vielfältigen Einzelheiten der dabei vorliegenden Verbindungen müssen hier nicht ausführlich dargelegt werden, zumal dies andernorts bereits geschehen ist.⁹¹ Wichtig ist im aktuellen Kontext lediglich zweierlei. Zunächst, Lask betreffend, dies: Seine Rechts-

⁸⁹ Radbruch: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, a. a. O. (Anm. 74) 216.

⁹⁰ Vgl. dazu aus jüngster Zeit die umfassende Darstellung von Christian Krijnen: *Nachmetaphysischer Sinn. Eine problemgeschichtliche und systematische Studie zu den Prinzipien der Wertphilosophie Heinrich Rickerts*, Würzburg 2001.

⁹¹ Vgl. dazu Jisu Kim, a. a. O. Anm. 36.

philosophie nimmt einen Standpunkt *jenseits* von Positivismus und Naturrechtslehre ein: „Naturrecht und Historismus sind die beiden Klippen, vor denen die Rechtsphilosophie sich hüten muss.“⁹² Dem Naturrecht wirft er „Ungeschichtlichkeit“ vor,⁹³ dem Historismus, dass er „alle Philosophie und Weltanschauung [zerstört]“.⁹⁴ Auf der Grundlage von Windelbands „Scheidung von Wert- und Wirklichkeitsbetrachtung“⁹⁵ vertritt Lask eine „kritische Wertlehre“, der „im Unterschied zu jeder platonisierenden Zweiweltentheorie die empirische Wirklichkeit, und demgemäß auch die des geschichtlichen Lebens, als *einzig* Art der Realität [gilt], zugleich aber als Schauplatz oder Substrat überempirischer Werte, allgemeingültiger Bedeutungen. Sie lässt deshalb auch nur eine *juristische Einweltentheorie* zu, und nach ihr gibt es *nur einerlei Art von Recht*: die empirische, geschichtlich sich entwickelnde *Rechtswirklichkeit*.“⁹⁶

Was schließlich Radbruch selber betrifft, so lässt sich jenes Selbstzeugnis nicht als ein bloßes ‘Lippenbekenntnis’ einfach abtun (etwa im Interesse der Aufrechterhaltung jener Philosophiegeschichtsschreibung, der zufolge der Neukantianismus antiquiert sei). Die Anknüpfung an Lask, an die neukantianische Kulturphilosophie besteht in der Sache und ist schlechterdings unübersehbar, wenn Radbruch etwa, so die Überschrift des § 2 der „Rechtsphilosophie“ von 1932, „Rechtsphilosophie als Rechtswertbetrachtung“ exponiert,⁹⁷ wenn er, ganz wie Lask, die „Unableitbarkeit des Wertes aus der Wirklichkeit“ (S. 14) betont,⁹⁸ und wenn er schließlich, durchaus im Sinne von Lasks ‘juristischer Einweltentheorie’, das Recht als eine „*Wirklichkeit*“ definiert, nämlich eben als jene, „die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen.“ (S. 37) Dieser Rechtsbegriff liegt, wie gezeigt, auch noch dem Aufsatz von 1946 zugrunde.

⁹² Emil Lask, Rechtsphilosophie, S. 291.

⁹³ Ebd. S. 284, 286; vgl. ferner: „Das Naturrecht ist immer unhistorischer Rationalismus und Metaphysik“ S. 285.

⁹⁴ Ebd. S. 291; vgl. ferner: „Der Historismus ist in der Tat nichts anderes als eine empirische Wissenschaftsmethode, die sich als Weltanschauung gebärdet, eine inkonsequente, unkontrollierte, dogmatische Art des Wertens. Darin gleicht er genau dem Naturrecht.“ S. 290.

⁹⁵ Ebd. S. 287.

⁹⁶ Ebd. S. 279 f.

⁹⁷ Bei Lask heißt es: „Die Rechtsphilosophie ist nach dieser Anschauung Rechtswert-, die empirische Wissenschaft Rechtswirklichkeitsbetrachtung, und beide können sich niemals im Wege stehen.“ Rechtsphilosophie S. 280.

⁹⁸ Vgl. Lask: „Das Naturrecht will aus der Absolutheit des Wertes das empirische Substrat, der Historismus aus dem empirischen Substrat die Absolutheit des Wertes hervorzaubern.“ Rechtsphilosophie, S. 219.

Man könnte nun dagegen halten – das wäre das Hauptargument, wenn man meint, im Interesse einer bestimmten Philosophiegeschichtsschreibung die neukantianischen Grundlagen der Radbruchschen Rechtsphilosophie bestreiten zu müssen – , dass der „Relativismus“, den Radbruch 1932 vertritt, der „absoluten Wertbetrachtung“, auf die Lask abstellt,⁹⁹ wenn nicht diametral entgegensteht, so doch zumindest nicht umstandslos damit zu vereinbaren ist. Aber dieses Argument kehrt sich unmittelbar gegen den so Argumentierenden selbst. Denn zum einen ist dieser Relativismus kein Relativismus der *Werte* selbst, sondern der *Bewertung*, und besagt präzise erstens dies, „dass die Richtigkeit jedes Werturteils nur in Beziehung zu einem bestimmten obersten Werturteil“ festgestellt werden kann¹⁰⁰ (mithin: jedes Werturteil ist wertbezogen, sprich: wertrelativ), und zweitens, dass die Richtigkeit des je fraglichen Werturteils nicht zur Debatte steht.

Diesen *zweiten* Aspekt seines Relativismus, das ist gewiss zu konzedieren, hat Radbruch im Aufsatz von 1946 zurückgenommen und deutlich modifiziert. Aber in dieser Tatsache liegt keine *Abkehr* von den neukantianischen Grundlagen, sondern vielmehr eine *Rücknahme* der Differenz, gleichsam eine Rückkehr zur „Absolutheit [der Werte] im Gegensatz zur bloßen relativen Geltung der menschlichen Satzung“, die Lask zu betonen nicht müde wird.¹⁰¹ Wenn es dieses Aufsatzes als theoretischer Grundlage der Aufarbeitung gesetzlichen Unrechts bedurfte und bis heute bedarf, dann kann der Neukantianismus, dem zwar nicht die Radbruch-Formel selbst, wohl aber die theoretischen Grundlagen entstammen, ohne die sie gar nicht gewonnen werden kann, nicht ‘antiquiert’ sein.

⁹⁹ Lask, Rechtsphilosophie, a. a. O., S. 286.

¹⁰⁰ Radbruch, Rechtsphilosophie, a. a. O., S. 17.

¹⁰¹ Ebd. S. 285.