

Geltung und Gerechtigkeit Hart und Aristoteles zum Recht als soziale Praxis

Falk Hamann

I. Einleitung

Der bekannte Streit zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus im 20. Jahrhundert fördert unterschiedliche Konzeptionen des positiven Rechts und seiner Funktion zutage, denen hier nachgegangen werden soll. Das Ziel ist, aus diesem Streit heraus ein genaueres Verständnis des Rechts als sozialer Praxis zu gewinnen. Der Ausdruck ‚Naturrecht‘ ist aber mehrdeutig und verlangt deshalb zu Beginn eine Disambiguierung. Vom Naturrecht lässt sich sowohl in einer moralphilosophischen als auch in einer rechtsphilosophischen Bedeutung sprechen.¹ In ersterer bezeichnet der Ausdruck eine *metaethische* Position, der zufolge es universelle und objektive ethische² Normen gibt, denen das menschliche Handeln unterliegt. Naturrechtliche Ethiken grenzen sich so einerseits von non-kognitivistischen, andererseits von relativistischen Konzeptionen der Moral ab. In dieser moralphilosophischen Bedeutung meint ‚Naturrecht‘ das, was bis in die Frühe Neuzeit hinein als „natürliches Gesetz“ (*lex naturalis*) bezeichnet wird. Im Naturrecht als *rechtsphilosophischer* Position geht es hingegen spezifisch um die natürlichen Prinzipien des gerechten Zusammenlebens, von denen zugleich behauptet wird, dass sie das ethische Fundament des positiven Rechts bilden. In dieser zweiten Bedeutung wird somit die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral thematisch. In der Antwort auf sie grenzt sich das Naturrecht zum einen von systemtheoretischen Rekonstruktionen des Rechts im Anschluss an *Luhmann*, zum anderen vom Rechtspositivismus ab. Der Ausdruck ‚Naturrecht‘ wird im Folgenden in dieser rechtsphilosophischen Bedeutung verwendet.

Der Streit zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht entzündet sich an der Frage, wie genau sich Recht und Moral zueinander verhalten, insbesondere ob das positive Recht ein ethisches Fundament hat bzw. benötigt. Im naturrechtlichen Denken basiert das positive Recht auf moralischen Prinzipien und gewinnt aus diesen seine Verbindlichkeit. Damit ist nicht gemeint, dass jedes einzelne Gesetz selbst einen moralischen Gehalt haben muss. Nicht jedes Gesetz stellt eine unmittelbare Kodifikation moralischer Normen dar, wie es sich z. B. beim Verbot von Mord oder Diebstahl behaupten lässt. Manche Gesetze regeln Bereiche, für die es keine direkte moralische Vorschrift gibt. Man denke etwa an das Verwaltungsrecht, in dem viele rechtliche Regelungen aus moralischer Sicht ebenso auch anders hätten gestaltet werden können.³ Für das Naturrecht ist jedoch entscheidend, dass ein *Widerspruch* zwischen Recht und Moral das

¹ Vgl. *Schockenhoff*, Naturrecht und Menschenwürde. Universale Ethik in einer geschichtlichen Welt, 1996, 20 ff.

² Ich verwende ‚moralisch‘ und ‚ethisch‘ hier als austauschbare Ausdrücke. Freilich kann es in anderen Kontexten sinnvoll sein, jedem von ihnen eine eigene Bedeutung zuzuweisen.

³ Zu diesen beiden Weisen, wie sich rechtliche Regeln und moralische Normen zueinander verhalten können, vgl. *Thomas von Aquin*, Summa theologiae, 3. Aufl. 1962, IaIIae, q. 95, a. 2 in c.

Rechts selbst angreift und sogar aufheben kann. Diesen Punkt macht schon *Augustinus* explizit, wenn er schreibt, „ein ungerechtes Gesetz scheint mir kein Gesetz zu sein“.⁴

Hierin sehen nun Rechtspositivisten wie *H.L.A. Hart* eine irreführende Vermengung von moralischen und rechtlichen Kategorien. Die Gültigkeit (*validity*) eines Gesetzes, so *Hart*, sei begrifflich unabhängig von seiner moralischen Güte oder Schlechtigkeit: „[I]t does not follow from the proposition that a rule is too iniquitous to obey that it is not a valid rule of law“.⁵ Ein Gesetz könne aus rechtspositivistischer Sicht ungerecht sein und bleibe nichtsdestoweniger ein gültiger Bestandteil des Rechts. Zwar gibt es für *Hart* verschiedene Berührungspunkte von Recht und Moral, die Gültigkeit von Gesetzen aber hängt ihm zufolge nicht daran, dass diese gewissen moralischen Standards genügen. Hier deutet sich ein Dissens zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus an, den es noch genauer zu fassen gilt.

Im Folgenden soll argumentiert werden, dass dieser Dissens, so wie *Hart* ihn darstellt, größtenteils auf einem Missverständnis beruht. Die rechtspositivistische Kritik geht an dem vorbei, was im Naturrecht zum Verhältnis von Recht und Moral behauptet wird. Wenn wir ferner die Stellen genauer betrachten, an denen sich beide Rechtskonzeptionen tatsächlich widersprechen, so erweist sich das Naturrecht als die theoretisch elaboriertere Konzeption. Um diese beiden Punkte deutlich herauszuarbeiten, wird zunächst *Harts* Kritik am Naturrecht genauer erläutert (II). Im nächsten Schritt wird in Rückgriff auf *Aristoteles* die naturrechtliche Konzeption des Rechts herausgearbeitet, aus der heraus der behauptete Zusammenhang von Recht und Moral verständlich wird (III). *Aristoteles* begreift das Recht zwar ähnlich wie *Hart* als eine soziale Praxis, stellt aber heraus, dass diese immer auch eine *moralisch-erzieherische Funktion* hat. Auf dieser Grundlage lässt sich zeigen, dass in der naturrechtlichen Konzeption durchaus zwischen der formalen Gültigkeit von Gesetzen und dem moralischem Wert ihres Inhalts unterschieden wird (IV). Abschließend wird argumentiert, dass *Harts* Behauptung, die begriffliche Trennung von Recht und Moral habe zugleich einen rechtstheoretischen Vorteil, nicht überzeugt. Im Gegenteil, gemessen an den Standards, die *Hart* selbst an Rechtstheorien anlegt, erweist sich die naturrechtliche Konzeption des Rechts phänomenal als die akkuratere Position (V). Abschließend werden die Ergebnisse zusammengefasst (VI).

II. Harts Kritik am Naturrecht

H.L.A. Hart entwickelt seine Theorie des Rechts als Mittelweg zwischen der sogenannten Befehlstheorie *John Austins* und dem klassischen Naturrecht. *Austins* Konzeption, der zufolge Gesetze allgemeine Befehle eines souveränen Gesetzgebers sind, kritisiert *Hart* mit Verweis auf die tatsächlichen rechtlichen Phänomene. Der Begriff des Befehls sei ungeeignet, um die Vielfalt unterschiedlicher Typen von Gesetzen in einem Rechtssystem theoretisch einzuholen, denn nicht alle Gesetze würden bestimmte Handlungsweisen vorschreiben bzw. verbieten. Eine Rekonstruktion von Gesetzen als allgemeinen Befehlen sei daher bestenfalls im Bereich des Strafrechts plausibel.⁶ Vom klassischen Naturrecht grenzt sich *Hart* dagegen in Hinblick auf die Bestimmung des

⁴ *Augustinus*, De libero arbitrio – Der freie Wille, übers. v. Brachtendorf, 2006, lib. I, 5.11.33.

⁵ *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. 1994, 209.

⁶ Vgl. *ibid.*, Kap. III.

Verhältnisses von Recht und Moral ab. Das klassische Naturrecht, so *Hart*, mache die Gültigkeit von Gesetzen von vorgängigen moralischen Prinzipien abhängig, so dass der Umstand, dass ein Gesetz ungerecht ist, dessen Gültigkeit aufheben müsse. Insofern aber positive Gesetze überhaupt nur als gültiger Bestandteil eines funktionierenden Rechtssystems existieren, gelte hier der naturrechtliche Slogan ‚*Lex iniusta non est lex*‘. Als historische Vertreter einer solchen naturrechtlichen Position benennt *Hart* *Augustinus* und *Thomas von Aquin*.⁷

Hart formuliert seine Version des Rechtspositivismus genau als Antithese zu diesem Gedanken:

„We shall take Legal Positivism to mean the simple contention that it is in no sense a necessary truth that laws reproduce or satisfy certain demands of morality, though in fact they have often done so.“⁸

Andernorts beschreibt er dies auch mit Verweis auf *Bentham* und *Austin* als die Unterscheidung zwischen dem Recht, wie es faktisch ist (*law as it is*), und dem Recht, wie es sein soll (*law as it ought to be*).⁹ Naturrechtler würden hingegen, so der Vorwurf, diese Unterscheidung einebnen. Um aber zwischen faktischem Recht einerseits und dem Recht, wie es aus moralischer Sicht sein soll, andererseits unterscheiden zu können, ist es notwendig, dass der Begriff der rechtlichen Gültigkeit selbst keine moralischen Kriterien enthält. Entsprechend definiert *Hart* den Begriff der *Gültigkeit* rechtsimmanent anhand seiner Unterscheidung zwischen primären und sekundären Regeln, welche zusammen ein Rechtssystem bilden. Während die primären Regeln des Rechts jene Gesetze umfassen, die sich unmittelbar auf das Handeln der Bürger eines Staates beziehen, ordnen die sekundären, höherstufigen Regeln die Gesetzgebung und -anwendung durch die offiziellen Institutionen im Staat. Unter diesen sekundären Regeln ist für *Hart* die sogenannte „Anerkennungsregel“ (*rule of recognition*) von herausgehobener Bedeutung, da in ihr überhaupt erst die Kriterien rechtlicher Gültigkeit fixiert werden: „To say that a given rule is valid is to recognize it as passing all the tests provided by the rule of recognition and so as a rule of the system.“¹⁰ Rechtliche Gültigkeit meint bei *Hart* mithin, dass ein Gesetz gemäß den offiziell anerkannten Regeln der Gesetzgebung erlassen worden ist. Entsprechend könne auch ein material, d. h. seinem Inhalt nach, ungerechtes Gesetz formal gültig sein.

Für *Harts* Position scheint in der Tat einiges zu sprechen. Zum einen kennen wir zahlreiche Beispiele, in denen ein ungerechtes Gesetz gültiger Bestandteil der Rechtspraxis ist. Man denke beispielsweise an das Wahlrecht vieler westlicher Länder, das noch zum Teil bis weit ins 20. Jahrhundert hinein Frauen sowohl als Wählerinnen als auch als Kandidatinnen von der Wahl ausschloss. Zum anderen scheinen die expliziten Kriterien rechtlicher Gültigkeit nicht von moralischer Art zu sein. Im Gegenteil, sie beziehen sich in den meisten Fällen auf selbst rechtlich kodifizierte Kompetenzen und Verfahrensweisen von Institutionen wie Parlamenten oder Gerichten. Prinzipiell können zwar auch moralische Prinzipien in die offiziellen Kriterien für die Gültigkeit von Gesetzen Eingang finden, z. B. im Sinne der Sittenwidrigkeit. Aber dies ist dann selbst eine rechtliche Festlegung und mithin keine vorgängige moralische Bedingung für gültige

⁷ Ibid., 156.

⁸ Ibid., 186.

⁹ Vgl. *Hart*, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, *Harvard Law Review* 71 (1958), 593.

¹⁰ Vgl. *Hart*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, 103.

Gesetzgebung überhaupt. Beobachtungen dieser Art sprechen für eine begriffliche Trennung der moralischen und der rechtlichen Sphäre, wie *Hart* sie behauptet.

Um die Opposition zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus bei *Hart* noch genauer in den Blick zu nehmen, ist es wichtig zu sehen, dass Recht und Moral zwar wie beschrieben begrifflich voneinander getrennt werden, aber nicht unverbunden nebeneinander stehen. Zum einen räumt *Hart* ein, dass sich die in einer Gesellschaft vorherrschenden moralischen Überzeugungen typischerweise auch in Gesetzgebung und Rechtsprechung niederschlagen. Das gelte insbesondere für Vorstellungen über Zurechnung und moralische Verantwortung, die sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht eine zentrale Rolle spielen.¹¹ Zum anderen lasse sich geltendes Recht natürlich immer auch aus moralischer Sicht kritisieren. Dies ist für *Hart* auch keine beliebige Art von Kritik, da es ihm zufolge dabei um die Frage geht, ob ein gegebenes Rechtssystem auch ein „gutes Rechtssystem“ sei. Der Umstand, dass das Recht auf diese Art einer moralischen Bewertung unterliegt, deutet auf ein bestimmtes Verhältnis der beiden Sphären hin, ohne jedoch dass damit die Gültigkeit von Gesetzen von moralischen Kriterien abhängig würde. Auch unmoralisches Recht, so betont *Hart* immer wieder, kann geltendes Recht sein.¹²

Eine noch engere Verschränkung von Recht und Moral liegt in den formalen Prinzipien der Gesetzlichkeit (*principles of legality*), etwa dem strafrechtlichen Grundsatz „Nulla poena sine lege“ oder dem Prinzip, dass Gesetze allgemein anzuwenden sind, d. h. nicht willkürlich und unbeeinflusst von persönlichen Interessen oder Vorurteilen. Diese Prinzipien enthalten bereits eine basale Form von Gerechtigkeit, die unauflösbar mit der Idee einer rechtlichen Ordnung verbunden ist. *Lon Fuller* spricht hier von der „morality of order“ oder der „internal morality of law“ und führt diese gegen die von *Hart* proklamierte Trennung von Recht und Moral ins Feld.¹³ Es ist nicht klar, wie sich *Hart* im Detail zu diesem Einwand positioniert.¹⁴ Interessant ist aber, dass selbst an den Stellen, wo er *Fuller* Recht gibt, das für ihn keine Auswirkung auf seine rechtspositivistische Grundposition zu haben scheint. *Hart* räumt ein, dass eine minimale Form von Gerechtigkeit im Recht als einem System allgemeiner Regeln strukturell angelegt sei, verweist aber darauf, dass diese „interne Moralität des Rechts“ damit vereinbar sei, dass Gesetze ihrem Inhalt nach zutiefst unmoralisch bzw. ungerecht sein können. Eine solche *materiale* Ungerechtigkeit greife — das ist für ihn der entscheidende Punkt — die Gültigkeit von Gesetzen nicht an.¹⁵

Wenn wir *Harts* Rechtspositivismus möglichst stark lesen wollen, sollten wir deshalb nicht bei *Fullers* Einwand stehenbleiben. *Harts* Kritik am Naturrecht richtet sich nicht so sehr gegen die Behauptung, dass Gerechtigkeit in einem minimalen Sinne schon ein strukturelles Erfordernis jeder funktionierenden Rechtsordnung ist. Er kritisiert vielmehr die These, dass Gerechtigkeit oder andere moralische Standards Kriterien dafür seien, was überhaupt *Inhalt* eines gültigen Gesetzes sein kann. „Lex iniusta non est lex“ als Slogan des Naturrechts meint aus *Harts* Sicht, dass ein Gesetz, dessen Inhalt ungerecht ist, aus diesem Grund kein gültiges Gesetz sein könne.

¹¹ Ibid., 203 f.

¹² Ibid., 205 f.

¹³ Vgl. *Fuller*, Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart, Harvard Law Review 71 (1958), 630.

¹⁴ Vgl. *Waldron*, Positivism and Legality. Hart's Equivocal Response to Fuller, New York University Law Review 83 (2008), 1135.

¹⁵ Vgl. *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. 1994, 206 f.

Es ist weiterhin wichtig, dass damit keine bloß *faktische Unmöglichkeit* gemeint ist, sondern eine *begriffliche Abhängigkeit* des Rechts von der Moral. Auch Hart weiß, dass sich ein Rechtssystem auf lange Sicht selbst unterminiert, wenn in ihm nicht gewisse Regeln für das Zusammenleben der Bürger festschreiben werden, wenn z. B. das Töten und Verletzen von Unschuldigen nicht verboten oder eine Form von Eigentum eingerichtet wird, welche es Menschen erlaubt, nachhaltig für ihr eigenes Überleben zu sorgen. Eine Gesellschaft, in der das Recht diese basalen Sicherungsfunktionen nicht erfüllt, läuft auf lange Sicht Gefahr, sich selbst zu zerstören. Hart beschreibt dies als den „Minimalgehalt des Naturrechts“. ¹⁶ Dies sind aber bloß faktische Erfordernisse, denen das Recht unter den Bedingungen menschlichen Lebens genügen muss. Sie begründen mithin keine begriffliche Abhängigkeit des Rechts von der Moral. Auch Gesetze, die diese basalen Sicherungsfunktionen nicht erfüllen, können in Harts Sinn vollgültiges Recht sein. Die Frage, welche Aussichten ein derartiges Rechtssystem hat, dauerhaft zu bestehen, berührt das Problem, was notwendig zum Begriff rechtlicher Gültigkeit gehört, in keiner Weise.

Harts Kritik am Naturrecht richtet sich somit gegen die Behauptung, dass moralische Standards, allen voran der der Gerechtigkeit, *materiale Kriterien* für die Gültigkeit, nicht für das faktische Fortbestehen von Gesetzen seien. Fragen rechtlicher Gültigkeit müssen ihm zufolge innerhalb des Rechts, ohne Rückgriff auf Moral, entschieden werden können. Dies ist der Kern des Hart'schen Rechtspositivismus. Es drängt sich damit die Frage auf, warum im klassischen Naturrecht überhaupt eine solche begriffliche Abhängigkeit des Rechts von der Moral behauptet wird. Die Antwort lässt sich nur auf der Grundlage dessen geben, wie im Naturrecht das positive Recht und seine Funktion verstanden werden.

III. Das Recht als institutionalisierte Praxis

Die Grundelemente der naturrechtlichen Konzeption des positiven Rechts finden sich bereits in der aristotelischen Ethik und werden von späteren Denkern wie etwa *Thomas von Aquin* nur systematisch weiter ausgearbeitet. Gesetze haben in dieser Konzeption eine ordnende Funktion: Sie geben dem Zusammenleben der Bürger in den unterschiedlichsten Bereichen eine klare Form. *Aristoteles* betont nun, dass dabei alle Gesetze einen gemeinsamen und übergreifenden Zweck haben. In letzter Instanz zielen alle auf das Wohlergehen des Staates, d. h. auf das gute Leben (*εὐδαιμονία*) seiner Bürger. In diesem Sinne schützten z. B. die einen Gesetze die Bürger vor gewaltsamen Übergriffen, andere begründeten eine Form von Eigentum, um allen eine sichere Grundlage für ein gutes Leben zu ermöglichen, wieder andere regelten Aufgaben der Erziehung und Bildung. „Die Gesetze“, sagt *Aristoteles*, „reden über alles und zielen auf das, was allen gemeinsam zuträglich ist oder den Besten oder den Regierenden“. ¹⁷

Mit dieser Unterscheidung deutet *Aristoteles* an, dass die konkrete Weise, wie Gesetze das Wohlergehen eines Staates befördern, von der Verfasstheit der betreffenden Gesellschaft abhängt. In einer weitestgehend egalitären Gesellschaft wird das Wohl aller Bürger freilich dadurch am besten gefördert, dass die gesetzlichen Regelungen alle Bürger gleichermaßen betreffen. In einer aristokratischen Gesellschaft hingegen spielt

¹⁶ Vgl. *ibid.*, Kap. IX, Abschnitt 2.

¹⁷ *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, übers. v. Gigon, 2. Aufl. 2001, 1129b14–16.

das Wohl des Adels eine spezielle Rolle, insofern dieser z. B. als wichtigster Arbeitgeber wesentlich zum Wohlergehen der anderen Bürger beiträgt. Der Umstand, dass das positive Recht auf diese Weise den gesellschaftlichen Gegebenheiten Rechnung tragen muss, bedeutet aber nicht, dass es nicht letztlich auf das Wohl des Staates als ganzes gerichtet ist.

Aufgrund seiner Ausrichtung auf das gute Leben der Bürger steht das positive Recht *Aristoteles* zufolge in einer engen Beziehung zur Moral. Denn Sicherheit und ein gewisser materieller Wohlstand sind zwar notwendige Voraussetzungen für ein gutes Leben, machen dieses selbst aber nicht aus. Ein gutes Leben besteht für *Aristoteles* primär im guten Handeln und richtigen Denken, d. h. in der Kultivierung und Verwirklichung unserer praktischen und intellektuellen Fähigkeiten.¹⁸ Aus diesem Grund gehört es beispielsweise zu den Aufgaben eines Staates, seinen Bürgern institutionell den Zugang zu einem Mindestmaß an Bildung zu ermöglichen. Ebenso trägt nach *Aristoteles* der Staat durch Gesetze auch zur moralischen Entwicklung seiner Bürger bei.

„Denn die Gesetzgeber machen die Bürger durch Gewöhnung tugendhaft, und dies ist das Ziel jedes Gesetzgebers; wer das nicht geschickt anstellt, der macht einen Fehler, und gerade hierin unterscheidet sich eine gute von einer schlechten Verfassung.“¹⁹

Es kein Zufall, dass z. B. Diebstahl, Betrug oder Mord nicht einfach nur rechtlich verbotene, sondern zugleich auch ungerechte und mithin moralisch schlechte Handlungen sind. In einem Staat mit moralisch guten Gesetzen zu leben hat ethisch betrachtet einen positiven Einfluss auf Personen, da diese sich an den Gesetzen orientieren und somit das entsprechende Handeln einüben. Dieser Gedanke sollte für einen Rechtspositivisten wie *Hart* nicht vollkommen abwegig sein, insofern auch er die primäre Funktion von Gesetzen darin sieht, dass sich Personen an ihnen selbstständig orientieren (*guide to conduct*).²⁰

Für diese spezielle Funktion des Rechts ist es zentral, dass es sich bei ihm wesentlich um eine *institutionalisierte* Praxis handelt, d. h. um eine komplexe Kooperationsform, deren Normen zudem – anders als bei Sitten oder Bräuchen – kodifiziert sind. Gesetze haben die Form festgeschriebener Regeln, die zudem öffentlich bekannt gemacht werden, so dass sich die Bürger an ihnen orientieren können. Dieser institutionelle Charakter unterscheidet das positive Recht von der Moral.²¹ Zur institutionellen Form des Rechts gehört aber nicht nur die Kodifizierung von Normen des Handelns, sondern in den meisten Fällen auch die Ausbildung höherstufiger Regeln, anhand derer im Staat Gesetzgebung und Rechtsprechung organisiert werden. Auf diese höherstufigen Regeln legt, wie oben gesehen, auch *Harts* Rechtstheorie großes Gewicht. Zu ihnen findet sich wiederum im Bereich der Moral keine Parallele. Ein drittes Merkmal besteht in der Sanktionsdrohung, die ebenfalls ein genuines Element des positiven Rechts ist. Während vor allem im Bereich des Strafrechts rechtswidriges Verhalten durch Sanktionen bestraft wird, besteht die moralische Reaktion auf schlechtes Handeln eher im informellen Tadel. Die rechtliche Androhung und Verhängung von Sanktionen setzt dabei die beiden zuvor genannten Elemente des Rechts als institutionalisierter Praxis voraus.

¹⁸ Vgl. *ibid.*, 1095a18–20.

¹⁹ *Ibid.*, 1103b3–6.

²⁰ Vgl. *Hart*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, 89.

²¹ Zu dieser Unterscheidung zwischen informeller Praxis und Institution vgl. *Tegtmeyer*, *Wissenschaft in der Krise? Versuch einer Diagnose im Anschluss an Husserl*, *Philokles* 21 (2015), 9 (13 f.).

Denn Gesetze müssen zum einen eindeutig festgeschrieben und öffentlich bekannt sein, damit Sanktionsdrohungen überhaupt eine Wirkung haben können, zum anderen bedarf es einer öffentlichen Instanz, die im Fall von Rechtsbrüchen die entsprechenden Sanktionen auch wirklich verhängt.

Durch seinen institutionellen Charakter leistet das positive Recht *Aristoteles* zufolge einen genuinen Beitrag zur moralischen Entwicklung der Bürger. Die Gesetze eines Staates schreiben gewisse moralische Normen, die für das Zusammenleben der Bürger von zentraler Bedeutung sind, öffentlich und für alle verbindlich fest und deren Einhaltung wird zugleich durch Sanktionsdrohungen befördert. Die Wirkung des Rechts ist nicht bloße Abschreckung. Gesetze haben für *Aristoteles* vielmehr auch einen genuinen *erzieherischen* Effekt, der von der Moral selbst nicht geleistet werden könne.

„Die väterliche Ermahnung besitzt weder solche Kraft noch Notwendigkeit und überhaupt nicht die Mahnung eines einzelnen Mannes [...]. Das Gesetz dagegen hat zwingende Gewalt und ist eine Regel, die von einer Form von Klugheit und Vernunft ausgeht.“²²

Rechtlicher Zwang zielt nicht auf eine rein äußerliche Konformität des Verhaltens. Gesetze sind selbst Regeln, die mit Klugheit und Sachverstand erlassen worden sind und daher von jedem Bürger als berechtigt eingesehen werden können. Ein Gesetz befolgt man im Idealfall, weil man selbst einsieht, dass es gut ist, so zu handeln. Das Recht liefert somit zuallererst eine stabile Orientierung für das Handeln, geht dabei aber in zwei Punkten über das hinaus, was eine informelle moralische Erziehung leisten kann: Erstens beruht das Recht nicht auf der Autorität einzelner Personen wie der Eltern und richtet sich deshalb nicht allein an Heranwachsende und Kinder, sondern an alle Bürger gleich welchen Alters. Zweitens fördern rechtliche Sanktionsdrohungen die Einhaltung von Gesetzen auch bei Personen, die sich von sich aus nicht rechtskonform verhalten und durch einfachen Tadel nicht von ihren Absichten abbringen lassen würden. Auf diese zweifache Weise trägt das positive Recht entscheidend zur moralischen Entwicklung der Bürger und damit zum guten Leben im Staat bei.

Wenn das naturrechtliche Verständnis dem Recht in diesem Sinne eine erzieherische Funktion zuspricht, bedeutet das aber keineswegs, dass alle moralischen Normen rechtlich kodifiziert werden sollten. Das klassische Naturrecht lehnt einen solchen Rigorismus vielmehr strikt ab. Eine zu weitgehende Überführung moralischer Normen in geltendes Recht führt nämlich nicht zu einem gesteigerten erzieherischen Effekt, sondern läuft im Gegenteil Gefahr, durch Überforderung der Bürger die öffentliche Anerkennung und damit schließlich auch die Wirksamkeit des Rechts zu unterminieren. Diesen Punkt stellt später *Thomas von Aquin* deutlich heraus:

„Das menschliche Gesetz gilt für eine Vielzahl von Menschen, von denen der Großteil moralisch nicht perfekt ist. Deshalb verbietet das menschliche Gesetz nicht jedes Laster, von dem sich die Tugendhaften fernhalten, sondern nur schwerwiegendere, von denen sich der Großteil der Bürger fernhalten kann, besonders solche, bei denen andere geschädigt werden, denn ohne ein Verbot derselben kann eine menschliche Gesellschaft nicht erhalten werden.“²³

²² *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, 2. Aufl. 2001, 1180a18–22 (Übersetzung leicht verändert, F.H.).

²³ *Thomas von Aquin*, *Summa theologiae*, 3. Aufl. 1962, IaIIae, q. 96, a. 2 in c. (meine Übersetzung, F.H.).

Nur ein Rechtssystem, das bei einem hinreichend großen Teil der Bevölkerung Anerkennung genießt, kann überhaupt seine Funktion erfüllen, das Wohlergehen der Bürger im Staat zu befördern. Eine allzu rigide Gesetzgebung führt aber zum Verlust eben dieser Anerkennung. Das gilt im gesteigerten Maße für pluralistisch verfasste Gesellschaften, denn hier schränkt die Vielzahl unterschiedlicher moralischer Überzeugungen den Umfang der Normen, die rechtlich kodifiziert werden sollten, zusätzlich ein. Allzu schnell entsteht der Eindruck, dass einem selbst per Gesetz Verhaltensregeln aufgezungen werden, die nicht den eigenen moralischen Wertvorstellungen entsprechen, was gerade die Achtung des Rechts als einer überparteilichen Instanz untergräbt. Aus diesem Grund muss ein guter Gesetzgeber über politische Klugheit verfügen, die es ihm erlaubt, das Recht der moralischen Verfasstheit der betreffenden Gesellschaft anzupassen.

Selbst mit diesen Einschränkungen ist aber deutlich, dass aus naturrechtlicher Sicht das Recht wesentlich auf Moral bezogen und in diesem Sinne von ihr begrifflich abhängig ist. Das Recht ist wesentlich auf das Wohlergehen der Bürger im Staat bezogen und dazu gehört an zentraler Stelle eben auch die Beförderung ihrer moralischen Entwicklung. Gesetze und die mit ihnen verbundenen Sanktionen dienen nicht der bloßen Abschreckung, sondern der Einübung oder, wie Aristoteles sagt, der „Gewöhnung“ an moralisch gutes Handeln. Vor diesem Hintergrund wird klar, dass ungerechte Gesetze diese erzieherische Funktion des Rechts nicht erfüllen und somit *als Gesetze* defizitär sind. Das erlaubt es nun weitergehend zu fragen, ob aus naturrechtlicher Perspektive solch ein moralischer Defekt auch, wie *Hart* behauptet, die Gültigkeit von Gesetzen aufheben kann.

IV. Gültigkeit und moralischer Makel

Das naturrechtliche Verständnis des positiven Rechts erklärt nicht nur, warum moralische Kritik an Gesetzen möglich ist, sondern auch warum diese Art von Kritik besonderes Gewicht hat. Wenn dem positiven Recht wesentlich eine erzieherische Funktion zukommt, insofern seine Regeln die Bürger dazu anleiten sollen, gut zu handeln bzw. schlechte Handlungen zu unterlassen, dann müssen ungerechte Gesetze ihre eigene Funktion verfehlen. Ungerechte Gesetze führen (zumindest bei gravierender Ungerechtigkeit) auf Dauer zu einer Verrohung der Sitten und damit zu einer Beeinträchtigung des Wohlergehens der Bürger. Ein ungerechtes Gesetz ist daher *als Gesetz* defekt oder unvollkommen. Es fällt von seinem internen Standard ab, das Wohlergehen der Bürger im Staat zu befördern. Die Frage mit Blick auf *Harts* Kritik am Naturrecht ist jedoch, ob ein solcher moralischer Makel die Gültigkeit eines Gesetzes angreifen kann.

Nichts in der naturrechtlichen Konzeption des Rechts scheint auszuschließen, dass man zwischen Gültigkeit im Sinne *Harts*, also dem richtigen Erlassen eines Gesetzes gemäß den Regeln der Gesetzgebung eines Staates, und dem Grad seiner moralischen Vollkommenheit unterscheiden kann. Genauer besehen ist es weniger die formale *Gültigkeit* von Gesetzen, die Naturrechtler interessiert, sondern deren *Verbindlichkeit* für das individuelle Handeln.²⁴ *Thomas von Aquin* z. B. diskutiert das Prinzip ‚*Lex iniusta non est lex*‘ im Kontext der Frage, ob ein von Menschen gesetztes Recht überhaupt das

²⁴ Vgl. aktuell *Finnis*, *Natural Law and Natural Rights*, 2. Aufl. 2011, 363–366.

Gewissen einer Person binden könne (*habere vim obligandi in foro conscientiae*).²⁵ Die Kategorie der formalen Gültigkeit wird hier nur am Rande behandelt, nämlich als ein Aspekt unter vielen, die bei der Beantwortung dieser Frage eine Rolle spielen.

Thomas argumentiert insgesamt dafür, dass nur gerechte Gesetze verbindlich sind, während jedes ungerechte Gesetz aufgrund seines moralischen Makels seine bindende Kraft für das Gewissen einer Person verliert. Er unterscheidet nun drei Hinsichten, in denen ein Gesetz ungerecht sein kann: Dies könne wegen seines Zwecks (*ex fine*), mit Blick auf den Gesetzgeber (*ex auctore*) oder auch aufgrund der Form des Gesetzes (*ex forma*) der Fall sein. In der ersten Hinsicht ist ein Gesetz ungerecht, wenn sein Zweck nicht das Wohlergehen des Staates und seiner Bürger ist, sondern im Gegenteil der private Vorteil einzelner Personen. Die Ungerechtigkeit besteht hier in der Übervorteilung derjenigen, für deren Wohl das Recht eigentlich eingerichtet worden ist. Selbst wenn aber ein Gesetz nicht dem privaten Vorteil z. B. des Gesetzgebers dient, kann es noch durch seine „Form“ ungerecht sein – nämlich, wenn es die „Lasten unter den Bürgern ungleich verteilt“ (*inaequaliter onera multitudini dispensantur*). Der Ausdruck ‚Form‘ bezieht sich in diesem Zusammenhang gerade nicht auf formale Aspekte der Gesetzgebung, sondern in seiner scholastischen Bedeutung darauf, was ein Gesetz als allgemeine Regel inhaltlich *bestimmt* oder festlegt. Die Ungerechtigkeit liegt in der Übervorteilung einer Bevölkerungsgruppe zugunsten der anderen. Unter diese beiden Hinsichten fallen somit all jene Fälle, in denen wir wie oben sagen können, dass ein Gesetz *material*, d. h. seinem Inhalt nach, ungerecht sei.²⁶

Damit bleibt noch die zweite genannte Hinsicht. Ein Gesetz kann Thomas zufolge auch ungerecht sein, wenn der Gesetzgeber dabei seine legislativen Kompetenzen überschreitet (*legem fert ultra sibi commissam potestatem*),²⁷ wenn er also etwas gesetzlich bestimmt, das außerhalb seiner Kompetenz liegt, oder Gesetze formal auf eine rechtswidrige Weise erlässt. In einem solchen Fall bringt der Gesetzgeber nicht einfach nur *ungültige* Gesetze im Sinne Harts hervor. Er handelt darüber hinaus in der Überschreitung seiner legislativen Befugnisse *ungerecht*, denn sich Befugnisse anzumaßen, die einem nicht zustehen, ist eine Form des ungerechten Handelns. Die rechtliche Ungültigkeit eines Gesetzes erweist sich bei Thomas als eine spezifische Weise, in der ein faktisch erlassenes Gesetz ungerecht sein kann. In dieser Form der Ungerechtigkeit erkennen wir zugleich *ex negativo* das, was später Lon Fuller gegen Hart als die „interne Moralität des Rechts“ bezeichnet (s. oben II.).

Aus naturrechtlicher Sicht wird somit, anders als Hart meint, durchaus zwischen der formalen Gültigkeit von Gesetzen und dem moralischen Wert ihres Inhalts unterschieden: Ein Gesetz kann material ungerecht sein – weil es nicht dem Gemeinwohl der Bürger dient oder weil es Lasten innerhalb der Bevölkerung ungerecht verteilt – und zugleich doch auf formal gültige Weise erlassen worden sein, und *vice versa*. Harts Kritik am Naturrecht zielt somit ins Leere. Für Thomas ist vielmehr entscheidend, dass sowohl material ungerechte als auch formal ungültige Gesetze, gerade weil sie auf ihre jeweilige Weise ungerecht sind, für das Gewissen der einzelnen Person nicht *verbindlich* sein können. Mit Blick hierauf deutet er schließlich auch das Prinzip ‚Lex iniusta non est lex‘:

²⁵ Vgl. Thomas von Aquin, *Summa theologiae*, 3. Aufl. 1962, IaIIae, q. 96, a. 4.

²⁶ Vgl. *ibid.*, a. 4 in c.

²⁷ Vgl. *ibid.*

„Und solche [ungerechten Gesetze, F.H.] sind eher Gewaltakte als Gesetze. Denn im Buch *Der freie Wille* heißt es, ‚ein ungerechtes Gesetz scheint mir kein Gesetz zu sein‘. Daher verpflichten derartige Gesetze das Gewissen nicht, es sei denn, um einen Skandal oder öffentliche Unordnung zu vermeiden, denn aus diesem Grund soll der Mensch sein Recht abtreten.“²⁸

Der Umstand, dass ein Gesetz aufgrund seiner Ungerechtigkeit das Gewissen einer Person nicht bindet, bedeutet, dass diese keine moralische Pflicht (*obligatio*) hat, dem Gesetz gemäß zu handeln. Denn sowohl material ungerechte als auch formal ungültige Gesetze sind gerade *als Gesetze* defekt. Sie verfehlen entweder die wesentliche Funktion des Rechts, das gute Leben der Bürger im Staat zu befördern, oder sie scheitern an den formalen Kriterien der Gesetzgebung. In beiden Fällen fehlt einem solchen Gesetz *Thomas* zufolge die Autorität wirklichen Rechts und damit dessen Verbindlichkeit für das individuelle Handeln. Wird solch ein Gesetz dennoch angewendet, so unterscheidet sich dies, wie er meint, nicht wesentlich von bloßem Zwang oder Gewalt (*violentia*).

Hieraus folgt jedoch kein pauschales Widerstandsrecht, dass es erlauben würde, sich jedem Gesetz zu widersetzen, das in irgendeiner der genannten Hinsichten ungerecht ist. Das Bestehen einer Rechtsordnung ist selbst eine unerlässliche Bedingung für das gute Leben der Bürger in einem Staat, die ohne jede Rechtssicherheit ein wechselhaftes und unsicheres Leben führen müssten. Aus diesem Grund müssten, so *Thomas*, oftmals auch ungerechte Gesetze in Kauf genommen und befolgt werden, wenn andernfalls die Rechtsordnung selbst Gefahr liefe zusammenzubrechen. Es gelte zunächst „Skandal oder öffentliche Unordnung“ (*scandalum vel turbatio*) zu vermeiden, wie es heißt. Die Verbindlichkeit für das Gewissen entspringt in solchen Fällen nicht aus dem ungerechten Gesetz als solchem, sondern aus dem öffentlichen Gut der Rechtsordnung, das *ceteris paribus* zu bewahren ist. Freilich kann das gesetzliche Unrecht ein Maß erreichen, bei dem selbst dieser Grund entfällt und Widerstand gegen das Recht auch moralisch gefordert ist. Die Entscheidung, wann solch ein solcher Fall vorliegt, lässt sich im Einzelfall oft nicht einfach treffen. Auch hier ist politische Klugheit im Handeln gefragt.

Es hat sich gezeigt, dass *Harts* Kritik am Naturrecht ins Leere zielt. Wie wir gesehen haben, lässt die naturrechtliche Konzeption des positiven Rechts durchaus Raum für die Unterscheidung zwischen der formalen Gültigkeit eines Gesetzes und dem moralischen Wert seines Inhalts. Die Möglichkeit, dass ein Gesetz material ungerecht, aber dennoch formal gültig ist, lässt sich problemlos denken. Naturrechtler behaupten lediglich, dass sowohl das material ungerechte als auch das formal ungültige Gesetz aufgrund ihres jeweiligen Makels für das Gewissen nicht *verbindlich* sind. Diesen Punkt will nun auch *Hart* nicht bestreiten. Im Gegenteil, er sieht es gerade als Pointe seines eigenen rechtspositivistischen Ansatzes mit der begrifflichen Trennung von Moral und Recht, dass man von einem Gesetz sagen könne, dass es zwar gültig ist, aber uns moralisch zu nichts verpflichtet: „This is law“, schreibt er, „but it is too iniquitous to be applied or obeyed.“²⁹ Gibt es somit gar keinen echten Dissens zwischen Rechtspositivismus und klassischem Naturrecht? Und wenn doch, wo ist er zu finden?

²⁸ *Thomas von Aquin*, *Summa theologica*, 3. Aufl. 1962, IaIIae, q. 96, a. 4 in c. (meine Übersetzung, F.H.).

²⁹ *Hart*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, 208.

V. Zwei Konzeptionen des Rechts

Den Kristallisationspunkt der Hart'schen Kritik am Naturrecht bildet die Auseinandersetzung mit der Position *Gustav Radbruchs*. Dieser spricht sich in dem Aufsatz *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* für eine Rückbesinnung auf ein naturrechtliches Verständnis des Rechts aus und greift dabei viele Elemente der aristotelisch-thomistischen Position auf. *Radbruch* knüpft die Verbindlichkeit des Rechts daran, dass dieses Werte wie Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und das Wohl der Bürger befördert. Ebenso betont er, dass Rechtssicherheit ein grundlegendes Gut sei, das es zu bewahren gilt, auch wenn sich Gesetze im Einzelfall als ungerecht oder dem Gemeinwohl abträglich erwiesen. Für *Radbruch* gibt es allerdings einen Punkt, an dem, wie er schreibt, „der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen“ habe. Dieser Widerspruch könne sogar so gravierend werden, dass ein Gesetz „überhaupt der Rechtsnatur [entbehrt]“.³⁰

Dieser Punkt ist entscheidend, denn für *Radbruch* bildet er den rechtsphilosophischen Hintergrund, vor dem nach dem Ende der NS-Herrschaft deutsche Gerichte Urteile fällten, in deren Begründungen NS-Recht aufgrund seines zutiefst ungerechten Charakters rückblickend als nichtig erklärt wurde. Einige Richter beriefen sich dabei sogar explizit auf naturrechtliche Prinzipien.³¹ *Hart* stellt nun diese Entscheidungen der Sache nach nicht infrage, sieht aber im richterlichen Vorgehen eine Vermengung von rechtlichen und moralischen Kategorien. Aus seiner Sicht wäre eine rückwirkende Strafgesetzgebung die bessere Lösung gewesen. Auch diese würde zwar mit grundlegenden Rechtsprinzipien brechen, hätte jedoch den Vorteil, dies zumindest offen zu tun (*merit of candour*).³² Das ist allerdings ein schwaches Argument, da die Entscheidung, welche der beiden juristischen Lösungsmöglichkeiten man bevorzugt, wesentlich daran hängt, ob man die von *Hart* und anderen Rechtspositivisten proklamierte begriffliche Trennung von Recht und Moral unterschreibt oder nicht.

In *The Concept of Law* legt *Hart* nun nahe, dass die rechtspositivistische Position mit ihrer Trennung von Recht und Moral auch einen *rechtstheoretischen* Vorrang gegenüber der naturrechtlichen Konzeption des Rechts hat. Das Naturrecht, so behauptet er, habe einen viel zu engen Rechtsbegriff, der allein moralisch einwandfreie Gesetze umfasse und unmoralische Gesetze von der rechtswissenschaftlichen Untersuchung ausschließe:

„It seems clear that nothing is to be gained in the theoretical and scientific study by adopting the narrower concept: it would lead us to exclude certain rules even though they exhibit all the other complex characteristics of law.“³³

Nachdem *Harts* Kritik am Naturrecht im Hinblick auf den Begriff der Gültigkeit nicht verfängt, bleibt hier zu fragen, ob das Naturrecht zumindest im Hinblick auf seinen Rechtsbegriff, wie *Hart* meint, als zu eng abzulehnen ist.

³⁰ Vgl. *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1 (1946), 105 (107).

³¹ Vgl. AG Wiesbaden, Urteil v. 13.11.1945, SJZ 1 (1946), 36.

³² Vgl. *Hart*, Harvard Law Review 71 (1958), 619.

³³ Vgl. *Hart*, The Concept of Law, 2. Aufl. 1994, 201 f.

Auch dieses Bedenken *Harts* lässt sich genau besehen als unbegründet zurückweisen. Ungerechte Gesetze sind aus der Perspektive des Naturrechts nicht einfach keine Gesetze, sondern vielmehr *privative* Gesetze, die ihre Verbindlichkeit für das individuelle Gewissen verloren haben – in diesem Sinne ist ‚*Lex iniusta non est lex*‘ zu interpretieren. Ihr privativer Charakter gleicht die Anwendung solcher Gesetze bloßem Zwang an. Aber gerade deswegen gehört die Auseinandersetzung mit ihnen zur Rechtswissenschaft. Denn jede Wissenschaft untersucht, wie *Aristoteles* betont, auch die Privationen oder Negation ihres Gegenstands.³⁴ So beschäftigt sich z. B. die Medizin nicht nur mit Gesundheit, sondern untersucht auch Krankheiten und ihre Ursachen; ebenso geht es in der Ethik neben dem guten Handeln immer auch um die Gründe, aus denen Menschen schlecht handeln.

Harts Argument lässt sich allerdings umkehren und gegen seinen Rechtspositivismus wenden. Denn dieser scheint durch die begriffliche Trennung von Recht und Moral einen zu weiten Rechtsbegriff zu haben, unter den auch Phänomene fallen, die nichts mit Recht zu tun haben. Das würde bedeuten, dass *Harts* Rechtsbegriff nicht wirklich erfasst, was positives Recht seinem Wesen nach ist, sondern nur einseitig einen Aspekt herausgreift, den dieses mit anderen, nicht-rechtlichen Phänomenen gemeinsam hat. Es hilft, sich nochmals *Harts* Kritik an *Austins* Befehlstheorie des Rechts vor Augen zu führen. *Austin* versteht Gesetze als allgemeine Befehle eines Souveräns, die mit Sanktionsdrohungen ausgestattet sind und zudem von großen Teilen der Bevölkerung gewohnheitsmäßig befolgt werden.

Hart kritisiert diese Theorie aus einer Reihe verschiedener Hinsichten – wegen ihres phänomenal zu engen Verständnisses rechtlicher Regeln, wegen der Idee eines Souveräns, der als Gesetzgeber selbst außerhalb des Rechts steht, usw. Einer der zentralen Kritikpunkte ist aber, dass *Austins* Analyse nicht mehr erlaubt, zwischen bloßer Gewaltanwendung und legitimer Rechtssetzung zu unterscheiden. Das Erlassen eines Gesetzes ähnelt bei ihm zu sehr dem Befehl eines Räubers, der mit gezogener Pistole von seinem Opfer die Herausgabe allen Geldes verlangt. „Law“, so schreibt *Hart*, „surely is not the gunman situation writ large, and legal order is surely not to be thus simply identified with compulsion.“³⁵ *Hart* versucht in seiner eigenen Theorie, diesen Unterschied dadurch einzuholen, dass er legislative Akte mit einer spezifischen Autorität ausstattet, welche in der Übereinstimmung dieser Akte mit den höherstufigen Regeln der Gesetzgebung (der *rule of recognition*) gründet.

Dass die Einführung sekundärer Regeln für Gesetzgebung und -anwendung nicht hinreicht, um legitimes Recht von bloßem Zwang und Gewalt zu unterscheiden, ist mehrfach bemerkt worden.³⁶ Das Räuberszenario lässt sich leicht dahingehend modifizieren, dass es gegen *Harts* eigene Theorie gewendet werden kann. Für *Hart* ist das Recht ein elaboriertes Instrument sozialer Kontrolle, für dessen Bestehen zwei Bedingungen erfüllt sein müssen:

„On the one hand, those rules of behaviour which are valid according to the system’s ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and, on the other hand, its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behaviour by its officials.“³⁷

³⁴ Vgl. *Aristoteles*, *Metaphysik*, übers. v. Seidl, 3. Aufl. 1989, 1004a10–12.

³⁵ *H.L.A. Hart*, *Harvard Law Review* 71 (1958), 603.

³⁶ Vgl. etwa *Payne*, *Hart’s Concept of a Legal System*, *William & Mary Law Review* 18 (1976), 287.

³⁷ *Hart*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, 116.

Von den Bürgern wird nur gefordert, dass sie die gültigen Gesetze, die primären Regeln des Verhaltens, befolgen, ganz gleich aus welchen Gründen. Die mit der Verwaltung des Rechts betrauten Beamten hingegen müssen die sekundären Regeln nicht bloß befolgen, sondern auch als verbindliche Standards der Gesetzgebung und -anwendung *anerkennen*. Es ist diese Anerkennung, die in *Harts* Konzeption die Autorität des Rechtssystems begründet. Mit dieser Art von Arbeitsteilung trägt *Hart* dem Umstand Rechnung, dass in einem komplexen Gebilde wie einem Staat nicht erwartet werden kann, dass alle Bürger die Gesetze als formal gültig anerkennen, obwohl sie oft aus anderen Motiven bestrebt sind, diese einzuhalten.³⁸

Unter diesen Begriff des Rechts fallen nun aber nicht nur echte Rechtssysteme, sondern ebenso Systeme organisierter Unterdrückung und Erpressung. Man modifiziere einfach das Räuberszenario so, dass es nicht nur einen einzelnen Räuber gibt, sondern ein *organisierte Räuberbande*, die in dem von ihr kontrollierten Gebiet Regeln dafür aufstellt, wer wann wie viel Schutzgeld zu entrichten hat. Es werden außerdem Regeln für die innere Organisation der Bande aufgestellt, die z. B. festlegen, welche Mitglieder berechtigt sind, Schutzgeld einzutreiben, und wer bestimmen darf, wie das weitere Agieren der Bande aussehen wird. In der Räuberbande werden diese organisatorischen Regeln von allen Mitgliedern akzeptiert, während die Mehrheit der Bevölkerung sich den ihnen auferlegten Regeln einfach beugt. Ganz offensichtlich stellt dieses Szenario kein Rechtssystem dar, denn es basiert – genau wie das ursprüngliche Räuberszenario – auf bloßem Zwang und physischer Überlegenheit. Eine Rechts-theorie, in der sich aber genuines Recht nicht von derartigen Szenarien unterscheiden lässt, scheint es an phänomenologischer Schärfe zu fehlen. Sie scheitert daran anzugeben, was positives Recht seinem Wesen nach ist.

Es gibt mehrere Stellen, die nahelegen, dass für *Hart* Fälle wie der der Räuberbande unter den Begriff des Rechts fallen. Die Zwangsgewalt des Rechts, so heißt es etwa an einer Stelle,

„may be used to subdue and maintain, in a position of permanent inferiority, a subject group whose size, relatively to the master group, may be large or small, depending on the means of coercion, solidarity, and discipline available to the latter“.³⁹

Die naturrechtliche Konzeption des Rechts hat hingegen kein Problem, begrifflich hier eine Unterscheidung zu machen. Ein mafiöses Regelsystem wie das der Räuberbande mag in sich strukturiert sein und gemäß der in der Bande anerkannten Kriterien aus gültigen Regeln bestehen. Insofern diese Regeln ihrem Inhalt nach aber zutiefst ungerecht sind, fehlt ihnen jene Verbindlichkeit, die das Recht als solches auszeichnet, auch wenn die Regeln von den Betroffenen faktisch befolgt werden. Der naturrechtliche Begriff des Rechts erweist sich folglich nicht etwa als zu eng, sondern vielmehr als phänomenal akkurat und in diesem Punkt der Konzeption *Harts* klar überlegen.

³⁸ Vgl. *ibid.*, 116 f.

³⁹ *Ibid.*, 201.

VI. Konklusion

Sowohl *Aristoteles* als auch *Hart* verstehen das positive Recht als eine soziale Praxis mit institutionellen Strukturen. Sie unterscheiden sich aber dahingehend, wie sie die Funktion dieser Praxis bestimmen. Während *Hart* das Recht als ein Instrument sozialer Kontrolle ohne notwendige Rückbindung an das moralisch Gute begreift, hat es für *Aristoteles* immer auch eine moralisch-erzieherische Funktion. In der Diskussion erwies sich die rechtspositivistische Position *Harts* in zweifacher Hinsicht als nicht überzeugend: *Als Kritik* an der naturrechtlichen Konzeption des Rechts zielt er ins Leere. Klassische Naturrechtler behaupten nicht, wie *Hart* unterstellt, dass material ungerechte Gesetze aufgrund ihrer Ungerechtigkeit formal ungültig seien. Vielmehr geht es darum zu zeigen, dass die Ungerechtigkeit eines Gesetzes dessen Verbindlichkeit für die einzelne Person und ihr Gewissen angreift, was auch *Hart* nicht leugnet. *Als eigene Konzeption* des Rechts ist *Harts* Rechtspositivismus zudem phänomenal inadäquat. Er erlaubt es nicht, Fälle legitimen Rechts von Systemen organisierten Zwangs zu unterscheiden und zwar gerade aufgrund seiner begrifflichen Trennung von Recht und Moral. Das naturrechtliche Verständnis des Rechts bleibt deshalb eine ernstzunehmende Position, die auch heute in der Rechtsphilosophie Beachtung verdient.

Falk Hamann,
Universität Regensburg, E-Mail: falk.hamann@psk.uni-regensburg.de