10. Jahrgang

Heft 2/1985

ÖZS

Herausgegeben von der Österreichischen Gesellschaft für Soziologie

RECHTSPOSITIVISMUS AUF DIE LEICHTE SCHULTER GENOMMEN?

Kommentar zu Ronald Dworkins Buch „Bürgerrechte ernst genommen“ (anlässlich des Erscheinens einer deutschen Übersetzung, Suhrkamp, Frankfurt 1984)

Michael Baurmann und Hartmut Kliemt

Der Rechtspositivismus hat in deutschsprachigen Ländern vor allem aus normativen Gründen nicht den besten Ruf. So wird häufig argumentiert, er habe den Nazigreueln Vorschub geleistet, indem er z.B. die unmoralischen Rassengesetze als geltendes Recht betrachtete und damit den politischen Widerstand gegen das nationalsozialistische Unrecht ideologisch und psychologisch erschwerte. Wenn es aber ein Faktum war, daß in diesen Fällen alle formalen Kriterien für ordnungsgemäß erlassenes Recht erfüllt waren, wie sollte dann die Leugnung dieses Faktums als solche etwas bewirken und eine moralische und politische Kritik an nationalsozialistischen Gesetzen erleichtern? Ist eine Kritik, die sich darauf beruft, daß ein unmoralisches Gesetz kein „Recht“ sein kann, politisch erfolversprechender oder argumentativ stärker als eine Kritik, die das geltende Recht des Staates wegen seiner Unmoral anprangert? Läßt es sich nicht vielmehr recht gut einsichtig machen, daß gerade die mangelnde Bereitschaft, „konservativ“ auf der bestehenden positiven Rechtsordnung zu beharren, den Nazis Vorschub leistete? Zusätzlich wird gern behauptet, der Rechtspositivismus vertrete die These, daß positiv oder sozial geltendes Recht in jedem Falle eine unbedingte moralische Verbindlichkeit besitze. Jedenfalls die Hauptströmung insonderheit des angelsächsischen Rechtspositivismus vertritt dies jedoch ebenso wenig wie die Auffassung mancher Theoretiker der sogenannten Begriffsjurisprudenz, das Recht sei ein lückenloses System, das die Entscheidung jeder Rechtsfrage durch rein logische Ableitung erlaube. Alle in den vorgenannten Fragen erhobenen Vorwürfe erscheinen im wesentlichen als verfehlt. Durch unverdrossene Wiederholung werden sie nicht zutreffender.

Würde sich Ronald Dworkin in seiner hier zu diskutierenden Aufsatzsammlung „Bürgerrechte ernst genommen“ auf solche eher abwegige, wenn auch gerade in Deutschland immer noch populäre Einwände gegen den Rechtspositivismus beschränken, dann würde es sich nicht lohnen, auf ihn weiter einzugehen. Dworkin geht jedoch gerade *nicht* so vor. Er konzentriert sich vielmehr von vornherein auf die stärkste Version der rechtspositivistischen Lehre, wie sie von H. L. A. Hart in seinem mittlerweile klassischen Werk „Der Begriff des Rechts“ (1973) ausgearbeitet wurde. Dworkin stellt dabei die Zentralfrage einer begrifflichen Trennbarkeit von „Recht und Moral“ in den Vordergrund (vgl. dazu speziell Hart 1971, S. 14 ff.) und verknüpft dies zugleich mit Argumenten, die sich gegen die zentralen rechtspolitischen Ideale wenden, die Rechtspositivisten explizit oder implizit mit dieser Trennungsthese zu verbinden pflegen. Mit diesem Ansatz stößt er unmittelbar zum Kern einer angemessenen Auseinandersetzung um Möglichkeit und Wünschbarkeit einer rechtspositivistischen Konzeption vor. Das ist selbstverständlich auch für die deutschsprachige Diskussion von großem Interesse. Im Kontext dieser Diskussion ist die Argumentation in „Bürgerrechte ernst genommen“ für sich allein allerdings nicht leicht zugänglich. Durch das Erscheinen der deutschen Übersetzung fiel zwar die Sprachbarriere. Dworkins Aufsatzsammlung bildet je-

noch insgesamt die Reaktion auf eine verwickelte Diskussionslage, die sich als Ergebnis der weit zurückreichenden gesellschaftstheoretischen Tradition des angelsächsischen Empirismus eingestellt hat. Ohne die Kenntnis einiger Grundelemente dieser Tradition erschließen sich gerade die sozialwissenschaftlich relevanten Aspekte von Dworkins Buch nur schwer. Da kaum vorausgesetzt werden kann, daß der deutschsprachige Leser, zumal der sozialwissenschaftlich orientierte, mit dieser Tradition vertraut ist, werden wir deshalb im folgenden Dworkins Buch zunächst in den Kontext der angelsächsischen empiristischen Rechtstheorie einordnen, um im Anschluß daran einige der in ihm aufgestellten Thesen kritisch zu untersuchen.

1. Zum Minimalgehalt des Rechtspositivismus

Wenn es nicht um die ideale, sondern um eine tatsächliche Geltung von Normen geht, wenn diese nicht nur auf dem Papier stehen oder nur verbal geäußert werden, sondern Wirksamkeit also *soziale* oder *gesellschaftliche Tatsachen* besitzen sollen, dann erhebt sich die Frage, worin ebendiese faktische Wirksamkeit oder Geltung besteht. Die traditionelle rechtspositivistische Antwort läuft im wesentlichen darauf hinaus, Normen als generelle Befehle zu betrachten und die Normgeltung auf die de facto Wahrscheinlichkeit zu reduzieren, daß Normbrecher bei abweichendem Verhalten Opfer einer Sanktion werden. Normen wären demnach generelle Befehle eines übergeordneten an einen Untergeordneten und die Befehlsgeltung hinge allein davon ab, ob der Übergeordnete die angedrohten Sanktionen auch wirklich durchsetzen kann. Rechtliche Normen unterscheiden sich nach dieser Auffassung von solchen etwa der Sitte und Moral durch die Tatsache, daß sie von einem „Souverän“ durchgesetzt werden, dem die Rechtssubjekte gewohnheitsmäßig gehorchen, während er selbst eine rechtlich unbegrenzte Gewalt hat und an keine Befehle oder Normen gebunden ist.

Diese Imperativtheorie der Rechtsnorm wurde und wird von vielen Rechtswissenschaftlern in der einen oder anderen Form vertreten (vgl. Austin 1977, Engisch 1975, S. 21 ff.). Rechtssoziologen sind von ihr ebenfalls beeinflusst. Sie neigen jedoch dazu – vor allem gilt dies für die Rechtssoziologie der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts –, ihr stark beobachtungspositivistische Untertöne zu verleihen (vgl. vor allem Geiger 1970). Nur das direkt Beobachtbare erscheint als wissenschaftlich unverdächtig. Das führt zu einer Tendenz, Normen oder Regeln auf bloße Regelmäßigkeiten im äußeren Verhalten zu reduzieren. In der Rechtswissenschaft im engeren Sinne haben die amerikanischen und skandinavischen Rechtsrealisten solche Auffassungen auf die Spitze getrieben, indem sie die Aussage, eine Rechtsnorm sei in Geltung, auf die Voraussage dessen, was die Gerichte tun werden, zurückführen wollten. Dieses Verfahren schien die Rechtswissenschaft endlich auf eine feste, letztlich mit den Mitteln der empirischen Sozialforschung zu erfassende Beobachtungsgrundlage zu stellen. Die Jurisprudenz wurde eine empirische Angelegenheit. Voraussage und Prüfung an der direkten Beobachtung sollten ihre Wissenschaftlichkeit verbürgen.

Die unter vielen Sozialwissenschaftlern bis Mitte unseres Jahrhunderts vorherrschenden beobachtungspositivistischen Auffassungen können heute, denkt man nur an das Problem der beobachtungsmäßig nicht gesättigten theoretischen Terme, wissenschaftstheoretisch als überholt gelten. Aber auch auf einem direkteren, rechtstheoretisch weit bedeutsameren Wege ist die Auffassung, daß sich die soziale Geltung von Normen letztlich nur in regelmäßigen Verhaltensneigungen erschöpfe, kritisiert worden. Gerade in dieser Kritik besteht eine der wesentlichen Leistungen der Hartschen Rechtstheorie. Hart betont, daß Normen eine „intensionale“ Seite, eine „Innenansicht“ haben, die für ihre

verhaltensorientierende Funktion wesentlich ist. Normunterworfenen Individuen haben demnach nicht nur die Fähigkeit vorauszusehen, welches Verhalten von ihnen erwartet wird, sondern sie können darüber hinaus Normen unabhängig von ihrer faktischen Geltung und Sanktionierung als Standard oder Kriterium eigenen Verhaltens akzeptieren oder ablehnen. Ohne diese Neigung von Individuen, Normen von einem „internen Standpunkt“ zu beurteilen und nicht nur als Voraussagen darüber aufzufassen, wie andere Individuen ihr eigenes Verhalten sanktionieren werden, ist nach dieser Theorie die soziale Realität nicht zu erklären. Nach Hart kann dieser intensionale Aspekt auch durch reduktionistische Anstrengungen letztlich nicht eliminiert werden: Das Konzept einer Rechtsnorm läßt sich weder auf das Konzept der Macht – oder genauer eines mit Zwangsmacht durchgesetzten Befehles – noch auf das einer empirischen Sanktionsregelmäßigkeit zurückführen.

Ein weiterer entscheidender Nachteil der Sanktionslehre der Normgeltung besteht darin, daß sie nur die zu einem bestimmten Handeln direkt verpflichtenden „primären“ Rechtsnormen kennt. „Sekundäre“ Normen, die den Umgang mit primären Normen selbst zum Gegenstand haben, indem sie die verbindlichen Normen identifizieren, eine bestimmte Gruppe von Personen zur Entscheidung über Normbrüche und Sanktionen ermächtigen oder Verfahren zur verbindlichen Normsetzung regeln, vermögen solche Ansätze nicht angemessen zu berücksichtigen. Das gilt vor allem für Normen, die die Erzeugung und Änderung von Normen normieren. Diese definieren überhaupt erst bestimmte Handlungen als normrelevant. Man denke an Normen für den Erlaß von Gesetzen, für die Aufstellung von Testamenten, für die „rechtsverbindliche“ – im Gegensatz etwa zu einer scherzhaften oder amtsanmaßenden – Ernennung. Diese Normen erzeugen die betreffenden Institutionen. Sie geben nicht nur an, wann die „Sanktionen“ der Nichtigkeit eines institutionellen Aktes droht, sondern informieren allererst darüber, wie ein institutioneller Akt zu vollziehen ist. Hier überhaupt von einer „Sanktion“ der Nichtigkeit zu sprechen, ist irreführend und verwischt nur zugunsten einer scheinbaren Einheitlichkeit relevante Unterschiede. Es ist reine Willkür, alle diese Phänomene auf regelmäßig zu erwartende Folgen eines bestimmten Verhaltens zu reduzieren und damit den handlungs- und sinnkonstitutiven Aspekt dieser Normen zu unterschlagen.

Vor diesem Hintergrund schlägt Hart vor, den Begriff des Rechts von der Existenz sekundärer Regeln her zu charakterisieren. Vor allem die Existenz einer *Erkenntnisregel* besitzt ausschlaggebende Bedeutung. Diese sekundäre Regel erlaubt der jeweiligen Rechtsgemeinschaft, das zu einem bestimmten Zeitpunkt verbindliche Recht „formal“ zu identifizieren. Dworkin drückt die Position Harts so aus (Dworkin 1984, S. 46): Das Recht sei nach Hart eine Menge besonderer Regeln, die durch besondere Kriterien, durch Tests, „die nicht mit ihrem Inhalt, sondern mit ihrer *Herkunft* oder der Weise zu tun haben, auf die sie angenommen oder entwickelt wurden“, von anderen gesellschaftlichen, insbesondere moralischen Regeln unterschieden werden können.

Das Recht ist danach näherhin eine Einheit von primären und sekundären Regeln. Einheitsstiftend wirkt eine sogenannte oberste Anerkennungs- oder Erkenntnisregel. Diese umfaßt das rein empirisch anwendbare Kriterium zur Identifikation all jener Regeln und Normen, die mit dem Anspruch auftreten können, rechtlich gültig zu sein. Die oberste Anerkennungsregel selbst besitzt jedoch keine im engeren Sinne rechtliche Gültigkeit, sondern nur eine soziale, faktische Geltung (vgl. auch Hoerster 1983). Sie muß zumindest von einer maßgebenden Gruppe von Personen innerhalb der legislativen, exekutiven und judikativen Institutionen von einem internen Standpunkt aus akzeptiert werden, damit ein Rechtssystem entstehen oder wirksam werden kann. Es ist die Zentralthese des Rechtspositivismus Hartscher Prägung, daß die Anerkennungsregel es erlaubt, Recht gegenüber anderen normativen Ordnungen aufgrund empirischer Gegebenheiten begrifflich

abzugrenzen. Dworkin bestreitet sowohl, daß dies an sich wünschenswert ist als auch, daß dies insbesondere in Verbindung mit dem Hartschen Rechtskonzept überhaupt möglich sein kann.

2. Zur Wünschbarkeit der begrifflichen Trennung von Recht und Moral

Dworkin selbst unterscheidet zwischen einer „übereinkommenden“ (concurrent) und einer „konventionellen“ Begründung für die Geltung einer Norm. Danach zeigt eine Gemeinschaft „eine übereinkommende Moral, wenn ihre Mitglieder sich darüber einig sind, dieselbe – oder ziemlich dieselbe – normative Regel zu behaupten, wenn sie jedoch die Tatsache dieser Übereinstimmung nicht als einen wesentlichen Teil ihrer Gründe für die Behauptung dieser Regel betrachten“. Um eine „konventionelle“ Begründung handle es sich demgegenüber, „wenn die Übereinstimmung als ein solcher Grund gilt“ (S. 102). Dworkin behauptet nun zu Recht, daß der Positivist den Begriff der rechtlichen Verpflichtung auf eine „konventionelle“ und nicht auf eine „übereinkommende“ Grundlage stützt. Kriterien für gültiges Recht können sich danach auf kodifizierte Normen, die Erlasse einer bestimmten Körperschaft, eine lange gebräuchliche Übung in der Rechtsgemeinschaft oder die Präzedenzfälle der Gerichte beziehen. Entscheidend ist, daß mit ihnen Rechtsquellen genannt werden, die die Frage nach dem gültigen Recht von dem unmittelbaren materialen Urteil des Rechtsanwenders oder -adressaten unabhängig werden lassen, indem sie bestimmte „konventionelle“ Fakten zur Grundlage einer Antwort machen.

Üblicherweise behaupten Rechtspositivisten aber nicht nur, daß sich Rechtssysteme *faktisch* durch eine Suspendierung der individuellen Urteilsautonomie zugunsten eines „konventionellen“ Kriteriums für die Gültigkeit von Rechtsnormen auszeichnen, sondern auch, daß es gewichtige *normative* Gründe für die Anwendung einer konventionsbezogenen rechtlichen Erkenntnisregel gibt. Dahinter steht die Überzeugung, daß in einem modernen Staatswesen, angesichts der tendenziellen Unterschiedlichkeit autonomer individueller Moralurteile eine Notwendigkeit besteht, die Anerkennung gewisser sozialer Praktiken nicht von der jeweiligen einzelfallbezogenen subjektiven Wertung der beteiligten Personen abhängig zu machen. Nach dieser Auffassung ist es im Interesse aller Mitglieder eines solchen Staatswesens, daß die Gültigkeit und Wirksamkeit bestimmter Normen und Regeln an festgelegte faktische Voraussetzungen gebunden ist und daß es für die Normadressaten zumindest im Normalfall einen guten prima facie Grund gibt, solche Normen und Regeln zu akzeptieren und ihre individuelle Urteilsautonomie insoweit zu suspendieren.

Es mag dann zwar eine moralische Einsicht aus autonomer individueller Urteilsfähigkeit sein, daß man die Nützlichkeit oder Notwendigkeit der Existenz einer allgemeinen Ordnung anerkennt. Dies führt nach rechtspositivistischer Auffassung jedoch gerade dazu, daß man gewisse Normen einfach deshalb als rechtlich verpflichtend anerkennt, weil sie der allgemeinen Ordnung de facto angehören und damit unabhängig davon, ob man ihnen inhaltlich oder „material“ zustimmt. Das schließt keineswegs aus, daß der Rechtspositivist die Befolgung einer bestimmten Norm, wiewohl diese alle seine Kriterien für eine positiv geltende Rechtsnorm erfüllt, letztlich ablehnen kann. Und dies kann selbstverständlich aufgrund seiner moralischen Überzeugung nach Maßgabe seines moralischen autonomen Urteils erfolgen. Rechtliche Verpflichtung ist nicht gleichbedeutend mit moralischer Verpflichtung. Die moralische Fragwürdigkeit einer Handlung wird durch ihre rechtliche Gebotenheit nicht ausgeschlossen. Die Rechtspositivisten halten aber andererseits daran fest, daß es notwendig ist, die „positiv“ als Recht gültigen Normen

und Regeln zunächst deskriptiv zu erfassen, wenn man überhaupt wissen will, was moralisch in einer konkreten Entscheidungssituation auf dem Spiele steht. Denn daß man etwa einer möglicherweise allgemein nützlichen Praxis zuwiderhandeln muß, wenn man seinen eigenen moralischen Überzeugungen folgen will, ist auch ein moralisch erheblicher Gesichtspunkt. Viele Rechtspositivisten würden es deshalb als eine moralisch gerechtfertigte Norm unseres Umgangs mit dem Recht ansehen, daß wir zumindest begrifflich zwischen dem „konventionell“ gültigen Recht und unseren moralischen Idealen trennen sollen.

Diese normative These wird herkömmlicherweise von Naturrechtlern bestritten. Sie argumentieren, daß grob sittenwidriges Recht, welches der „naturrechtlichen Moral“ widerspricht, allein deshalb *nicht* die Kriterien erfüllt, die man anwenden muß, um etwas als Recht klassifizieren zu können. Soweit diese Theoretiker dabei nicht einfach der begrifflichen Suggestion aufsitzen, die vom Begriff „Unrecht“ ausgeht, und aus „normativ unrecht“ im Sinne von „moralisch unakzeptabel“ folgern, daß das deskriptive Prädikat „zum Recht gehörig“ nicht anwendbar ist, können sie an ihrer Ablehnung der Trennungsthese an sich nur festhalten, wenn sie glauben, daß es besser ist, die unterschiedlichen Ebenen von „Idealität“ (idealem Sollen) und „Realität“ (Sein) miteinander zu vermengen.

Wir bezweifeln, daß derartige begriffliche Unklarheit je von Vorteil sein kann — nicht einmal und gerade nicht angesichts eindeutig unmoralischer Rechtssysteme wie etwa im Nationalsozialismus. Selbst bei einer derartigen begrifflichen Vermengung besteht die Notwendigkeit, überhaupt empirisch festzustellen, zu welchen moralisch verwerflichen Handlungen uns eine de facto vorherrschende Normordnung in ihrem Sinne verpflichtet. Wir müssen auch jene Teile sozialer Regelsysteme dingfest machen, die, obschon sie im normativen Sinne „Unrecht“ (also nach naturrechtlicher Auffassung „Nicht-Recht“) sind, dennoch faktisch den Anspruch auf Rechtlichkeit erheben. Auch der Naturrechtler muß ja etwa als Richter zunächst einmal herausfinden, welche Normen überhaupt Bestandteil eines existierenden und wirksamen Rechtssystems sind. Erst anschließend kann er die Verwerflichkeit so bestimmter Normen feststellen und diese für nicht verbindlich erklären. Die faktischen Konsequenzen hätte er ohnehin wie der nicht naturrechtlich orientierte Richter zu tragen. Man denke nur daran, wie es einem moralisch richtig handelnden Richter ergangen wäre, der die Anwendung der Nazi-Rassengesetze abgelehnt hätte. Die tatsächliche Geltung der betreffenden Normen hätte er postwendend am eigenen Leibe erfahren. Es hätte gegen ihre soziale Wirksamkeit nichts geholfen, wenn er gesagt hätte, daß das, was gegen ihn mit allen äußeren Insignien der Rechtsmacht wirksam ist, es nach seinen begrifflich idealisierten Maßstäben von Recht nicht sein dürfe.

3. Dworkins Argumente gegen die Möglichkeit einer Trennung von Recht und Moral

Selbst wenn man den Rechtspositivisten konzidiert, daß sie mit ihrem Wunsch nach einer begrifflichen Trennung von Recht und Moral an sich normativ richtig liegen, kann man natürlich weiterhin einwenden, daß dieser Wunsch unerfüllbar sei. Genau dies versucht Dworkin. Er geht davon aus, daß sich in „komplizierten“, modernen Rechtssystemen „nicht letztlich zwischen rechtlichen und moralischen Maßstäben unterscheiden läßt, während der Positivismus auf einer solchen Unterscheidung insistiert“ (S. 91). Nach Dworkin ist die Frage nach dem gültigen Recht keine Faktenfrage, sondern „im Kern“ eine „moralische Prinzipienfrage“ (S. 30), weil „die Wahrheit eines Satzes über juristische Rechte in einer bestimmten moralischen Tatsache bestehen kann“ (S. 562). Die positivistische These, „daß juristische Rechte und moralische Rechte begrifflich verschieden sind, ist daher falsch“ (S. 522).

3.1. Ein überzogener Einwand

Dworkin bestreitet die These, daß sich die motivationale Rolle von Rechtsnormen durch eine Suspendierung der individuellen Urteilsautonomie charakterisieren läßt. Insbesondere greift er die Konzeption einer Erkenntnisregel an, die nach rechtspositivistischer Auffassung an die Stelle einer subjektiven materialen Wertung einen empirischen oder formalen Maßstab für rechtliche Verbindlichkeit setzt. Wenn sich Rechtsanwender an bestimmte Rechtsprinzipien gebunden fühlen, dann aus Dworkins Sicht nicht deshalb, „weil eine zuständige Institution sie erlassen hat“ oder weil es „Brauch“ von Gerichten und Richtern ist, sie regelmäßig anzuwenden. Der „Ursprung dieser Prinzipien als Rechtsprinzipien liegt nicht in einer bestimmten Entscheidung einer gesetzgebenden Körperschaft oder eines Gerichts, sondern in einem Sinn für Angemessenheit, der sich im juristischen Berufsstand und in der Öffentlichkeit über Zeiten hinweg entwickelt hat. Der fortdauernde Einfluß der Prinzipien hängt davon ab, daß dieser Sinn für Angemessenheit aufrechterhalten wird.“ (S. 82) Wenn sich diese inhaltliche Bewertung bestimmter Prinzipien aber ändert und sie als „unfair“ erscheinen, „dann würden diese Prinzipien keine große Rolle mehr in neuen Fällen spielen, selbst wenn sie nie verworfen oder aufgehoben wurden“ (S. 82).

In extremer Interpretation könnte man Dworkin hier die Auffassung unterstellen, daß ein Rechtsanwender letztlich allein durch sein individuelles moralisches Urteil über den Wert eines Prinzips dazu motiviert wird, dieses in seinen Entscheidungen zu verwenden. Die Gültigkeit des Prinzips ergibt sich danach für jeden einzelnen Rechtsanwender unabhängig von dem Standpunkt anderer. Er läßt sich gerade nicht „konventionell“ davon leiten, daß eine bestimmte Praxis bereits als institutionelle Tatsache existiert, sondern beharrt auf seiner individuellen Urteilsautonomie, auf seinem eigenen „Sinn für Angemessenheit“.

Es läßt sich leicht einsehen, daß diese extreme, wenn auch von einzelnen Formulierungen des Autors nahegelegte Lesart nicht die Auffassung Dworkins sein kann. Nehmen wir an, ich folge den Anweisungen eines Verkehrspolizisten zur Räumung einer Gefahrenstelle nicht, weil ich aus moralischen Gründen der Überzeugung bin, mein Recht auf freie Wahl meines Aufenthaltsortes würde dadurch beeinträchtigt. Wie könnte der Polizist mir gegenüber argumentieren? Wenn die individuelle Urteilsautonomie nicht konventionell suspendiert werden kann, dann bleibt ihm nur der Versuch, meinen Sinn für Angemessenheit ohne Bezug auf institutionelle Tatsachen zu beeinflussen. Er könnte jedoch *nicht* vorbringen, daß es aus moralischen Gründen zumindest prima facie geboten ist (etwa weil nur so die Probleme des Massenverkehrs im Interesse aller geregelt werden können), den Anweisungen von Verkehrspolizisten zu folgen, weil diese für den betreffenden Bereich weisungsbefugt sind. In diesem Moment würde er mir nämlich ein „formales“ Kriterium für eine rechtliche Verpflichtung vorschlagen, das von einem „Sinn für Angemessenheit“ im Hinblick auf seine konkreten Anweisungen unabhängig wäre. Er würde moralische Gründe dafür anführen, warum es sinnvoll wäre, eine Erkenntnisregel für verbindliche Rechtsnormen zu akzeptieren und die eigene moralische Urteilsautonomie im Hinblick auf diese Normen teilweise zu suspendieren.

Offenbar ist es schwer, wenn nicht gänzlich unmöglich, sich ein „Rechts“system vorzustellen, in dem der Begriff der rechtlichen Verpflichtung *uneingeschränkt* an die individuelle Urteilsautonomie der Normadressaten gebunden bleibt und damit vollständig deckungsgleich mit dem Begriff der autonomen moralischen Verpflichtung wird. Es dürften keinerlei sekundäre Regeln oder Prinzipien zur Identifikation und Änderung rechtlicher Normen anerkannt werden. Welche Funktion könnten dann aber rechtliche Institutionen mit abgegrenzten Kompetenzen und Ermächtigungsregeln haben? Wären

sie nicht entweder unnötig oder aber nutzlos? Denn entweder wären die moralischen Wertungen der Mitglieder dieser Gesellschaft so einheitlich, daß sie ohnehin immer zu den gleichen Beurteilungen und Entscheidungen kämen, oder sie zeigten Unterschiede, dann könnte man in Konfliktfällen nicht auf spezielle Institutionen wie Gerichte oder einen Gesetzgeber zurückgreifen. Denn dies würde ja bedeuten, daß man moralische Autonomie zumindest teilweise einer Erkenntnisregel unterzuordnen hätte.

3.2. Einwände gegen die Erkenntnisregel

Dworkin geht im Gegensatz zu der zuvor geschilderten Extremposition sehr wohl davon aus, daß moderne Rechtssysteme stabile Institutionen besitzen und eindeutige Berufsrollen für die Mitglieder des Rechtsstabes definieren. Er konstatiert ebenfalls, daß Richter nicht jeweils allein aufgrund ihrer momentanen moralischen Intuition Recht sprechen, ohne die vom Gesetzgeber erlassenen Normen oder Präzedenzfälle zu berücksichtigen. In der Frage der rechtlichen Bindung des Richters geht er sogar einen erheblichen Schritt über den Rechtspositivismus hinaus, indem er bezweifelt, daß es überhaupt Fälle gibt, in denen das Recht einem Richter ein (starkes) „Ermessen“ im Sinne einer Unabhängigkeit von rechtlichen Maßstäben und Prinzipien zugesteht (vgl. S. 68 ff.). Dessen ungeachtet meint er, seine Kritik an der rechtspositivistischen Konzeption einer Erkenntnisregel zur „empirischen Identifikation“ positiv-gültigen Rechts aufrechterhalten zu können. Wie aber kann Dworkin die Existenz einer solchen Regel bestreiten, ohne zugleich bestimmte charakteristische Merkmale von Rechtssystemen leugnen zu müssen und damit in die zuvor geschilderte Extremsituation zu geraten?

3.2.1. Die Erkenntnisregel ist zu undifferenziert

Ein erstes mögliches Argument könnte lauten, daß das Konzept einer Erkenntnisregel zu *einfach* und *undifferenziert* ist, um den komplexen Vorgang der Identifikation des gültigen Rechts einer Gesellschaft zu analysieren und zu erklären. Und in der Tat muß man zugestehen, daß die positivistische Redeweise von *einer* Erkenntnisregel irreführend sein kann. Sie legt Vorstellungen wie die folgende nahe: „Wenn Du wissen willst, was in einem Fall gültiges Recht ist, schau im Gesetzbuch nach!“ Dworkin suggeriert eine solche Interpretation, wenn er behauptet, daß der „zentrale Begriff“ des Rechtspositivismus die Vorstellung von einer „Formel“ oder einem „einzigem grundlegenden Test“ sei, „mit dem sich die Zugehörigkeit zum Recht feststellen läßt“ (S. 55, vgl. auch S. 83 und 116) oder daß der Rechtspositivismus die Auffassung vertrete, „daß es für ein Rechtssystem charakteristisch ist, daß ein bestimmtes mehr oder weniger mechanisches Prüfverfahren notwendige und hinreichende Bedingungen für die Wahrheit von Sätzen darüber liefert, was das Recht ist“ (S. 553).

Die rechtspositivistische Konzeption einer Erkenntnisregel darf aber nicht mit einem „mechanischen Prüfverfahren“ verglichen werden, das jedem Mitglied einer Rechtsgemeinschaft in allen Situationen problemlos Auskunft über das jeweils gültige Recht geben könnte. Die Auffassung des Rechtspositivisten, Recht zeichne sich durch eine spezifische Einheit von primären und sekundären Regeln aus, würde sogar in einer Rechtsgemeinschaft, in der die ermächtigten Rechtsanwender ihre Fälle der Sache nach *ohne jeden Bezug* auf eine Erkenntnisregel entscheiden würden, *nicht* widerlegt oder sinnlos. Er würde diese Situation vielmehr so interpretieren, daß in dieser Rechtsgemeinschaft der Anwendungsbereich der Erkenntnisregel auf die „Ermächtigungsnormen“ beschränkt

ist, die festlegen, wer in der betreffenden Gesellschaft verbindliche Rechtsaussagen *über Einzelfälle* formulieren darf. Die *singulären* Rechtssätze, die von den ermächtigten Gremien so erlassen werden, können dann ebenfalls als gültiges Recht identifiziert werden. Die rechtliche Situation der Richter in einer solchen Gesellschaft würde der Positivist jedoch dadurch charakterisieren, daß sie keinerlei *rechtliche* Verpflichtung haben, „inhaltlich“ zu bestimmten Einzelurteilen zu gelangen, wobei noch nicht einmal festgelegt sein muß, ob sie verpflichtet sind, moralische Maßstäbe anzuwenden. Es mag zwar empirisch sehr unwahrscheinlich sein, daß eine solche Gesellschaft je existiert hat oder existieren kann. Konzeptuell stellt sich für den Rechtspositivismus Hartscher Prägung jedenfalls kein Problem dar.

Was die Begründungsfunktion der Erkenntnisregel betrifft, so stünde eine Vorstellung, die eine solche Funktion nur im Sinne eines mechanischen Tests verstehen kann, in einem ganz offenkundigen Widerstreit zur sozialen Praxis der Rechtsprechung. Stellen wir uns etwa einen Richter vor, der entscheiden soll, ob jemand das Recht hat, einen politischen Werbeposten in der Fußgängerzone einer Stadt aufzustellen. Um hier zu einer begründeten Entscheidung zu kommen, muß er eine Vielzahl von normativen und empirischen Prämissen heranziehen, die ihn jeweils wiederum vor verschiedene Begründungsprobleme stellen können. Er muß vielleicht über den Begriff des „innerstädtischen Fußwegs“ nachdenken und die Reichweite der Forderung nach „Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs“ erwägen. Es wird auf die Relation zwischen Fußwegbreite, Fußgängerdichte und Größe des Werbepostens ankommen, auf das generelle Gewicht des Rechts auf freie Meinungsäußerung und eine Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Vielleicht muß der Richter auch entscheiden, inwiefern der Inhalt der Werbung moralisch akzeptabel ist oder andere Menschen beleidigen könnte. Kein Rechtspositivist würde unterstellen, daß dem Richter hier eine knappe „Formel“ oder ein „einziger Test“ ausreichen könnte, um zu einer rechtlich begründeten Entscheidung zu gelangen. Der Richter steht vielmehr vor der Aufgabe, eine Vielzahl von normativen Prämissen, die als Grundlage für seine Entscheidung in Frage kommen, auf ihre rechtliche Verbindlichkeit hin zu untersuchen. Diese Aufgabe kann ihn bei einzelnen Prämissen wiederum vor große und anspruchsvolle Probleme stellen (für eine detaillierte Analyse der Elemente und Struktur juristischer Entscheidungsbegründungen vgl. Koch/Rüßmann 1982, S. 14 ff., von denen auch das Beispiel stammt).

Die Frage, welche Rolle eine Erkenntnisregel bei der Entscheidung eines Falles durch ein Gericht spielt, läßt also nicht nur Antworten im Sinne eines entweder – oder zu. Es ist vielmehr geradezu apriori ausgeschlossen, daß der Richter alle für eine begründete Entscheidung notwendigen Voraussetzungen „auf einen Schlag“, durch einen einzigen Test oder eine einfache Formel erhalten kann. Die einzige sinnvolle Frage, die man in diesem Zusammenhang stellen kann, ist demnach, *in welchen Teilen* seiner Begründung, bei welchen seiner Prämissen und Entscheidungsgrundlagen er auf eine solche Erkenntnisregel Bezug nehmen kann und bei welchen nicht. Der Rechtspositivismus behauptet im Hinblick auf die Begründungsfunktion einer Erkenntnisregel dementsprechend weder, daß sich *alle* normativ relevanten Entscheidungsgesichtspunkte nach einer Erkenntnisregel identifizieren lassen noch, daß die so bestimmten Gesichtspunkte die Entscheidung eindeutig determinieren. Er besteht allerdings darauf, daß es zumindest *einige* entscheidungsrelevante Gesichtspunkte gibt, die mit einer möglicherweise sehr komplexen Erkenntnisregel zu identifizieren sind. Diese Gesichtspunkte besitzen dann ein im engeren Sinne positiv rechtliches Gewicht und eine ebensolche Verbindlichkeit.

3.2.2. Die Erkenntnisregel ist praktisch irrelevant

Selbst wenn Dworkin den voranstehenden Argumenten folgen und die Existenz einer Erkenntnisregel deshalb nicht mehr schon allein aus Gründen zu großer Einfachheit oder mangelnder Differenziertheit für ausgeschlossen halten würde, könnte er immer noch behaupten, daß konventionelle Argumente bei der Begründung gerichtlicher Entscheidungen de facto nur eine so geringe Rolle spielen, daß man sie ohne Gefahr vernachlässigen kann. Dann dürfte eine adäquate Theorie des Rechts tatsächlich nicht von einer Zentralfunktion konventioneller Argumente ihren Ausgang nehmen. Betrachtet man aber Dworkins eigene detaillierte Analysen der richterlichen Urteilsfindung, dann sieht man sofort, daß er durchaus *nicht* die Ansicht vertritt, Rechtsprobleme würden durch Richter im wesentlichen nur aufgrund ihrer autonomen moralischen Stellungnahme entschieden. Daß auch er konventionellen Argumenten einen gewichtigen Anteil an der Begründung juristischer Entscheidungen bzw. der Antwort auf die Frage, welche Rechte eine Person in einem bestimmten Fall hat, zugesteht, hebt er mehrfach hervor: „Natürlich würden wir, wenn wir aufgefordert würden, unsere These zu stützen, daß ein bestimmtes Prinzip ein Rechtsprinzip ist, alle früheren Fälle anführen, in denen das Prinzip angeführt wurde oder eine Rolle in der Argumentation spielte. Wir würden außerdem jede Bestimmung des geschriebenen Rechts erwähnen, die eine Exemplifikation des Prinzips zu sein scheint (wobei es noch besser wäre, wenn das Prinzip in der Präambel zu der Gesetzesbestimmung angeführt würde oder in den Ausschlußberichten oder anderen legislativen Dokumenten, die sie begleiten). Wenn wir nicht eine derartige institutionelle Stützung finden könnten, würde es uns wahrscheinlich nicht gelingen, unsere These zu vertreten, und je mehr Stützung wir finden würden, um so mehr Gewicht könnten wir für das Prinzip beanspruchen.“ (S. 82 f.)

Offensichtlich sind das Anführen „früherer Fälle“ oder der „Bestimmungen des geschriebenen Rechts“ *konventionelle* Argumente für die Gültigkeit eines Rechtsprinzips, die seine Gültigkeit unter Hinweis auf bestimmte Fakten und nicht durch Verweis auf seinen materialen Gehalt begründen. Eine derartige „institutionelle Stützung“ ist eindeutig unterscheidbar von einer „Stützung“ bzw. Rechtfertigung eines Prinzips durch ein autonomes Argument oder subjektives Werturteil des betreffenden Rechtsanwenders. Daß Dworkin eine solche Eigenständigkeit konventioneller Argumente einräumt (und einräumen muß), zeigt sich insbesondere auch, wenn er von der Möglichkeit eines Konflikts zwischen konventionellen und autonomen Begründungen ausgeht. Ein solcher Konflikt könne z.B. dann auftreten, wenn ein Richter aufgrund seiner individuellen moralischen Werturteile zu der Überzeugung gelangt, daß „eine bestimmte Linie von Präzedenzfällen“ ungerecht ist, „weil sie sich weigert, einem bestimmten politischen Recht der Bürger als juristischem Recht Geltung zu verschaffen“. Trotzdem müsse dieser Richter die von ihm mißbilligten Entscheidungen bei seinen eigenen juristischen Begründungen berücksichtigen und es zulassen, „daß sein Argument von diesen Präzedenzfällen beeinflusst wird“ (S.157). „Seine eigenen politischen Überzeugungen ... müssen fallen, weil sie unvereinbar mit den populären Traditionen sind, die das Strafrecht geformt haben.“ (S. 214) Hier unterstellt Dworkin also nicht nur, daß ein Richter aufgrund von konventionellen Argumenten die von ihm mißbilligten Präzedenzfälle als „gültiges Recht“, das seinen autonomen Urteilen entgegensteht, identifiziert. Dworkin betont darüber hinaus, daß der Richter dieses „gültige Recht“ in seinen eigenen Entscheidungen wiederum berücksichtigen muß, also auch hier sein autonomes moralisches Urteil suspendieren soll.

Wenn Dworkin davon ausgeht, daß es „natürlich“ Fälle gibt, „in denen das institutionelle Recht durch das vorhandene Rechtsmaterial, etwa ein geschriebenes Gesetz, klar fest-

gelegt ist und klar mit moralischen Hintergrundrechten in Konflikt steht“ (S. 522), so daß „juristische Rechte in scharfem Widerspruch zu jedem vertretbaren Hintergrund der politischen Moral stehen“ und trotz dieses Widerspruchs „durch institutionellen Machtanspruch ... gelten“ (S. 562, vgl. auch S. 188 und 199), dann muß er konventionellen Argumenten nicht nur einen wichtigen Stellenwert im Hinblick auf Fragen der rechtlichen Gültigkeit einräumen, sondern sie auch zumindest in einigen Fällen als hinreichend für die Entscheidung betrachten, „was das Recht ist“ (und das wird verstärkt zutreffen, wenn das individuelle Werturteil des Richters mit dem Ergebnis seiner konventionellen Argumentation übereinstimmt). Es fragt sich allerdings, wie Dworkin den möglichen Konflikt zwischen konventionellen und autonomen Argumenten überhaupt beschreiben will, wenn er im gleichen Atemzug behauptet, daß man juristische und moralische Rechte begrifflich nicht trennen könne (S. 522). Der typische Richter ist nach Dworkins eigener Auffassung dazu aber offenbar in der Lage: „Er anerkennt also, daß Gesetzesbestimmungen das allgemeine Vermögen haben, juristische Rechte zu schaffen und zu tilgen, und daß Richter die allgemeine Pflicht haben, früheren Entscheidungen ihres Gerichts oder höherer Gerichte zu folgen, deren Grund, wie Juristen sagen, auf den dem Gericht vorliegenden Fall Anwendung hat.“ (S. 182)

Nach alledem kann Dworkin kaum daran festhalten, daß von einer Erkenntnisregel identifizierte Entscheidungsgründe für die Rechtspraxis nur selten relevant werden. Aus der Logik seiner eigenen Argumente ergibt sich vielmehr das Gegenteil. Es erhebt sich deshalb die Frage, ob Dworkin mit seinen Angriffen gegen die Erkenntnisregel nicht letztlich auf etwas ganz anderes abzielt.

3.2.3. Die Erkenntnisregel ist selbst moralischer Natur

Nun lassen sich einige Ausführungen Dworkins so verstehen, daß er zwar die *rechtliche* Verwendung konventioneller Argumente bei der Begründung gerichtlicher Entscheidungen zugesteht, aber gleichzeitig bestreitet, daß durch sie die *moralische* Urteilsautonomie des Richters eingeschränkt wird. Simpel ausgedrückt scheint er folgende Überlegung anzustellen: Wenn man aufgrund einer subjektiven moralischen Wertung der Meinung ist, man sollte die Gültigkeit einer Norm von konventionellen Fakten abhängig machen, dann ist das kein konventionelles Argument, sondern Ausdruck eines moralisch autonomen Urteils. Diese zutreffende Prämisse ergänzt Dworkin dann um die unzutreffende, daß eine solche moralische Begründung für das *Befolgen* einer Erkenntnisregel, die aus dieser Erkenntnisregel erwachsenden Gründe selbst zu moralischen werden läßt (vgl. z.B. S. 103 und S. 211 ff.). Die Tatsache, daß Richter z.B. das konventionelle Kriterium, wonach „Entscheidungen einer demokratisch gewählten Legislative“ als gültiges Recht zu betrachten seien, aufgrund ihrer autonomen Urteile und nicht aufgrund eines weiteren konventionellen Arguments akzeptieren, ändert aber nichts an der für den Rechtspositivismus entscheidenden Tatsache, daß sie damit einer Erkenntnisregel folgen und einen bestimmten Bereich ihrer „inhaltlichen“ Verpflichtungen „formal“ über ein konventionelles Kriterium bestimmen. Daß sie das Kriterium aus moralischen Gründen anwenden, beseitigt nicht seinen konventionellen Charakter. Ob jemand einer Erkenntnisregel faktisch folgt und sich damit an ein konventionelles Kriterium bindet, ist unabhängig von der Frage, aus welchen Gründen er das tut.

Diese Sichtweise hält Dworkins eigenen Belegen für das Gegenteil stand. Wenn Dworkin etwa argumentiert, die rechtspositivistische Position könne der Behandlung von Präzedenzfällen in der Rechtspraxis nicht gerecht werden, dann zeigt sich dies deutlich. Er sagt zunächst: „Die Gravitationskraft des Präzedenzfalls läßt sich nicht durch eine Theo-

rie erfassen, die die ganze Kraft des Präzedenzfalls in seiner Geltung kraft seines Erlasenseins als ein Stück Gesetzgebung sieht.“ Er fährt dann fort: „Die Unangemessenheit dieses Zugangs legt jedoch eine bessere Theorie nahe. Man könnte die Gravitationskraft eines Präzedenzfalls statt durch Berufung auf die Weisheit von Geltung verschaffenden Erlassen dadurch erklären, daß man sich darauf beruft, daß es fair ist, gleiche Fälle gleich zu behandeln.“ (S. 193) Ein einsichtiger Richter wird seiner Meinung nach „zu dem Schluß kommen, daß diese Lehre der Fairneß die einzige angemessene Erklärung der vollständigen Praxis des Präzedenzfalls ist“ (S. 194). Diese Berufung auf Fairneß würde jedoch im Gegensatz zu Dworkins Auffassungen nicht ausschließen, daß dieser Richter ein Rechtspositivist sein und von sich behaupten könnte, daß er mit seiner Berücksichtigung von Präzedenzfällen einer Erkenntnisregel bzw. einem konventionellen Argument folgt. Daß er für die Beachtung solcher konventioneller Argumente moralische Gründe hat, ändert nichts an der Tatsache, daß er immer dann, wenn er sie berücksichtigt, seine moralische Urteilsautonomie suspendiert. Ein Beobachter von Richtern, die in dieser Weise die Beachtung von Präzedenzfällen praktizieren, müßte feststellen, daß sie eine Erkenntnisregel anwenden. Aus welchen Gründen dies geschieht, ist sekundär. Die Feststellung würde ebenso gelten, wenn die Richter aus egoistischer Opportunität so verfahren. Im Einzelfall erklärt sich ihr Verhalten jeweils dadurch, daß es durch die Erkenntnisregel motiviert ist, und nicht durch die Gründe, die sie zur Annahme der Erkenntnisregel bestimmt haben.

Es ist in jedem Fall sowohl unter moralphilosophischen als auch rechtstheoretischen Gesichtspunkten ein erheblicher Unterschied, ob eine Person eine Norm aus inhaltlichen, „materialen“ Gründen akzeptiert oder ob sie diese etwa aus dem „formellen“ Grund anerkennt, daß sie von einem Parlament erlassen wurde. Zwar ist es möglich oder vielleicht sogar wahrscheinlich, daß die betreffende Person das Parlament nur deshalb als „Rechtsquelle“ akzeptiert, weil sie das Parlament als eine moralisch gerechtfertigte gesellschaftliche Institution ansieht. Diese materiale Wertung im Hinblick auf die verwendete „Erkenntnisregel“ ändert aber nichts an der Tatsache, daß der interne Standpunkt gegenüber der jeweiligen vom Parlament erlassenen Norm gerade nicht material begründet ist. Das schließt freilich nicht aus, daß die jeweilige Norm *auch* aufgrund einer inhaltlichen Bewertung für akzeptabel gehalten werden kann. Langfristig wird man ein Parlament vermutlich nur dann als legitime Rechtsquelle anerkennen, wenn man die von ihm erlassenen Gesetze im großen und ganzen auch inhaltlich zu übernehmen vermag.

Durch eine bloße Definition, nach der jede Anerkennung einer Norm eine Anerkennung aus moralischen Gründen wäre, läßt sich diese von der Sache her gegebene unterschiedliche Klassifikationsnotwendigkeit nicht aus der Welt schaffen. Denn auch dann gibt es selbstverständlich nach wie vor solche Motive, die von formellen Kriterien „der Herkunft“ ausgehen, und solche, die sich von materiellen Kriterien „des Inhalts“ herleiten. Sie unterschiedslos als moralisch zu bezeichnen, ändert nichts daran, daß sie sich sachlich unterscheiden. Es ist deshalb sinnvoller, weil den tatsächlichen Sachverhalten angemessener, den Begriff der Moral und moralischen Rechtfertigung auf Kriterien „des Inhalts“ zu beschränken.

3.2.4. Die Erkenntnisregel wird der Rolle von Rechtsprinzipien nicht gerecht

Das wichtigste und ernstzunehmendste Argument, das Dworkin gegen das Konzept der Erkenntnisregel vorbringt, besteht in seinem Hinweis auf den Stellenwert von *Rechtsprinzipien* bei der richterlichen Entscheidungsbegründung. Dworkin argumentiert, daß eine Hartsche Rechtstheorie nur Raum für Regeln lasse. Dem hält er entgegen, daß das

Recht nicht nur als eine Menge gültiger Regeln charakterisiert werden kann. Neben Regeln gehörten nach seiner Auffassung auch „Prinzipien“ zu den für einen Richter verbindlichen Bestandteilen des Rechts. Deshalb könne Recht nicht als eine Einheit sekundärer und primärer *Regeln* aufgefaßt werden. Selbst wenn man, wie wir es im folgenden versuchen werden, die These verteidigen will, daß der Rechtspositivismus Hartscher Prärogative der für die Rechtspraxis bedeutenden Rolle von Prinzipien Rechnung tragen kann, muß man feststellen, daß dieser Aspekt der Rechtswirklichkeit von Rechtspositivisten im allgemeinen zu wenig beachtet wurde. Diesen Aspekt nachdrücklich betont zu haben, ist ein zweifelloses und überaus bedeutsames Verdienst Dworkins. Auch der Rechtspositivist, der seine eigene Konzeption durch Dworkin keineswegs als widerlegt betrachtet, muß sich zur Ergänzung oder Fortentwicklung der positivistischen Auffassungen veranlaßt sehen, falls er nicht sogar Dworkins Prinzipienlehre in wesentlichen Teilen als Erweiterung und Ergänzung des Rechtspositivismus übernehmen will.

Der Unterschied zwischen Rechtsregeln und Rechtsprinzipien ist für Dworkin „ein logischer Unterschied“: „Beide Mengen von Maßstäben weisen den Weg zu bestimmten Entscheidungen über rechtliche Verpflichtungen in bestimmten Umständen, sie unterscheiden sich jedoch in der Art der Leitung, die sie geben. Regeln sind in der Weise des Alles-oder-Nichts anwendbar. Wenn die Tatsachen, die eine Regel als Bedingungen festsetzt, gegeben sind, dann ist die Regel entweder gültig – in diesem Fall muß die Antwort, die sie liefert, akzeptiert werden –, oder sie ist nicht gültig, dann trägt sie nichts zur Entscheidung bei.“ (S. 58) Prinzipien dagegen „legen keine rechtlichen Konsequenzen fest, die automatisch eintreten, wenn die festgesetzten Bedingungen erfüllt sind“ (S. 59). Sie sollen sich nach Dworkin dadurch auszeichnen, daß sie mit gegenläufigen Prinzipien kollidieren können, ohne daß eines der Prinzipien dadurch ungültig wird oder durch Ausnahmen qualifiziert werden müßte. Vielmehr muß über den Rang von Prinzipien jeweils unter den gegebenen speziellen Bedingungen eines Falles entschieden werden. Das legt allerdings das relative Gewicht der in Frage stehenden Prinzipien für andere Fälle nicht endgültig fest. Insoweit binden Prinzipien im Gegensatz zu Regeln den künftigen Anwender nicht (vgl. S. 60 ff.).

Hat man Prinzipien „als eine gesonderte und von Rechtsregeln verschiedene Art von Maßstäben“ erst einmal entdeckt, bemerkt man sie nach Dworkin „plötzlich überall“ (S. 64): „Rechtslehrer lehren sie, Bücher über das Recht führen sie an, die Rechtsgeschichte feiert sie. Am wirksamsten jedoch scheinen sie in schwierigen Prozessen ... zu operieren, und hier scheinen sie das größte Gewicht zu haben. In derartigen Fällen spielen Prinzipien eine wesentliche Rolle in Argumenten, die Urteile über einzelne juristische Rechte und Verpflichtungen stützen.“ (S. 65) Auch wir haben bereits ausdrücklich anerkannt, daß Dworkin mit diesen Bemerkungen grundsätzlich auf wesentliche Punkte der Rechtsrealität verweist. Einzelfragen nachzugehen würde im gegenwärtigen Kontext zu weit führen. Inwieweit sich Regeln und Prinzipien tatsächlich formal voneinander unterscheiden, oder ob der überragende Stellenwert, den Dworkin Rechtsprinzipien zuschreibt (bilden sie doch in seinen Augen den „Kern“ der Rechtswissenschaft, vgl. S. 26, 30), nur für das amerikanische „Case-Law“ zutreffend ist, können wir deshalb offenlassen und uns auf die Frage beschränken, ob die Verwendung von Prinzipien in juristischen Entscheidungen, wie Dworkin glaubt, als Einwand gegen die positivistische Trennungsthese gelten kann oder nicht.

Dworkins Argument für die Unhaltbarkeit der Trennungsthese ist relativ einfach: Erstens geht er davon aus, daß Prinzipien zum gültigen Recht zählen. Zweitens stellt er fest, daß deshalb jede angemessene Rechtstheorie Kriterien formulieren muß, die Prinzipien als gültiges Recht identifizieren. Drittens behauptet er, daß man mit einer positivistischen Erkenntnisregel Prinzipien gerade nicht als gültiges Recht identifizieren kann,

so daß der Positivismus die zweite Bedingung nicht erfüllt: „Ich werde argumentieren, daß der Positivismus ein Modell eines Regelsystems und für ein Regelsystem ist und daß uns sein zentraler Begriff eines einzigen grundlegenden Tests, mit dem sich die Zugehörigkeit zum Recht feststellen läßt, dazu nötigt, die wichtigen Rollen derjenigen Maßstäbe zu übersehen, die keine Regeln sind.“ (S. 55, vgl. auch S. 65, 77, 88)

Wenn man Dworkins erste Prämisse ebenso wie seine zweite Feststellung akzeptiert, dann bleibt allein die Frage, ob man mit der positivistischen Erkenntnisregel Prinzipien tatsächlich nicht als positives Recht identifizieren kann. Auf diese Zentralfrage beschränken wir uns im folgenden.

Prinzipien
finden, die
sie als
normative
Prämisse
bei ihren

Dworkin versucht seine Behauptung zu begründen, indem er auf das spezifische Verfahren verweist, mit dem Rechtsanwender die Entscheidungen verwenden: „Angenommen, wir würden alle Regeln zusammentragen, die eindeutig gültige Rechtsregeln zum Beispiel in einem bestimmten amerikanischen Staat sind ... Wir hätten jetzt eine eindrucksvolle Menge rechtlicher Materialien. Wir könnten dann fragen, welche Prinzipienmenge insgesamt erforderlich wäre, um die Annahme der expliziten Rechtsregeln und institutionellen Regeln, die wir aufgeführt hatten, zu *rechtfertigen* ... Wir könnten den Test für die Zugehörigkeit zum Recht, den diese Geschichte nahelegt, folgendermaßen formulieren: ein Prinzip ist ein Rechtsprinzip, wenn es in der treffendsten Rechtstheorie, die sich als Rechtfertigung der expliziten festen und institutionellen Regeln der betreffenden Rechtsprechung angeben läßt, eine Rolle spielt.“ (S. 122 f.) Dieser Test entspricht nach Dworkins Auffassung aber nicht einem Test mit einer positivistischen Erkenntnisregel. Sein Ergebnis sei vielmehr wesentlich abhängig von den jeweiligen autonomen moralischen Bewertungen und Urteilen der Rechtsanwender. Denn, „wenn eine Rechtstheorie eine Grundlage für die richterliche Pflicht liefern soll, dann müssen die Prinzipien, die sie aufstellt, die bestehenden Regeln dadurch zu *rechtfertigen* versuchen, daß sie die politischen oder moralischen Anliegen und Traditionen der Gemeinschaft auszumachen versuchen, die nach Meinung des Juristen, um dessen Theorie es sich handelt, die Regeln tatsächlich stützen. Dieser Rechtfertigungsprozeß muß den Juristen tief in die politische und moralische Theorie führen und über den Punkt hinaus, wo es richtig wäre zu sagen, daß ein ‚Test‘ durch die ‚Herkunft‘ existiert, mit dem sich bestimmen läßt, welche von zwei verschiedenen Rechtfertigungen unserer politischen Institutionen die überlegene ist.“ (S. 124, vgl. auch S. 87)

Im Gegensatz zu dieser Einschätzung Dworkins fällt aber zunächst einmal die Analogie auf, die zwischen dem Konstruieren einer empirischen Theorie, mit der man eine bestimmte Menge von Sachverhalten erklären will, und dem Verfahren besteht, das Dworkin für die „Konstruktion“ von Rechtsprinzipien angibt. Denn in beiden Fällen geht es darum, eine Menge von gegebenen „Daten“ aus einer Anzahl allgemeiner Thesen „abzuleiten“, zu „erklären“ oder zu „rechtfertigen“. Im Fall der empirischen Theorie handelt es sich um Tatsachen eines bestimmten Bereichs der empirischen Welt, im Fall der Rechtstheorie um die empirisch gegebenen Urteile von Gerichten, kodifizierte oder gewohnheitsmäßige Rechtsnormen etc. Diese Analogie betont Dworkin selbst (vgl. S. 273, 544), hebt aber gleichzeitig hervor, daß die Abhängigkeit des Richters von dem gegebenen empirischen Material eher der eines Bildhauers gleiche als der des Wissenschaftlers (S. 267).

Unabhängig von dem Ausmaß des hier möglichen und wünschenswerten Spielraums ist es aber offenkundig so, daß konventionelle Argumente in einem solchen rechtlichen Kohärenz-Verfahren eine tragende Rolle spielen müssen. Allein sie liefern dem Juristen die „Daten“, auf die seine Prinzipien sich beziehen. Das gilt auch dann, wenn er im Lichte seiner Prinzipien einige dieser Daten nicht berücksichtigen wird oder sie als „Fehler“ klassifiziert (vgl. S. 201 f.). Das Argument Dworkins reduziert sich deshalb darauf, zu

behaupten, daß konventionelle Argumente allein nicht hinreichend sind, um genau eine Prinzipienmenge als die allein richtige auszuzeichnen, da man nicht in der Lage sein wird, „irgendeine Prinzipienmenge zu finden, die alle vorliegenden Bestimmungen des geschriebenen Rechts und Präzedenzfälle miteinander in Einklang bringt“ (S. 203). In dieser Situation könne eine bestimmte Rechtfertigung „in zwei verschiedenen Hinsichten besser sein als eine andere: sie könnte sich als besser passend erweisen in dem Sinn, daß bei ihr weniger Material als ‚Fehler‘ aufgefaßt werden müßte, oder sie könnte sich als moralisch zwingendere Rechtfertigung erweisen, weil sie einer Erfassung der richtigen politischen Moral näherkommt“ (S. 543). In dieser Situation muß sich der Jurist nach Dworkin die Frage stellen, welche Hinsicht für die Bestimmung des Rechts wichtiger ist. Dworkin ist der Auffassung, daß hier die moralisch stärkere Theorie vorzuziehen ist. Er will diese Frage somit durch ein autonomes und nicht ein konventionelles Argument entschieden wissen: Der Richter soll sich als Bildhauer fühlen und nicht als Wissenschaftler.

Was der Richter „soll“, ist allerdings insofern eine empirische Frage, als es ja in einem Rechtssystem durchaus akzeptierte Praxis sein könnte, daß man in diesem Fall *nicht* die moralisch stärkere Theorie vorzieht, sondern die faktisch „passendere“ (man sich also für das konventionelle Argument entscheidet). Dworkins Auffassung bringt hier keine irgendwie konzeptuelle Wahrheit ans Licht, sondern bildet bestenfalls einen rechtspolitischen Vorschlag für eine bestimmte Verfahrensweise (vgl. zu diesem Aspekt Mackie 1984). Selbst wenn dieser Vorschlag annehmbar wäre, würde er als solcher kein Argument gegen die These bilden, daß konventionelle Argumente unverzichtbar sind und zumindest die Alternativenmenge erheblich eingrenzen, über die dann ein autonomes Argument entscheiden soll. Mit Dworkins eigenen Worten setzen sie „eine Grenze für das fest, was sonst in der Natur des Falls unbegrenzt sein muß“ (S. 188). Es kann auch im Hinblick auf das Kohärenz-Modell der Prinzipienrechtfertigung, das Dworkin *selbst* entwirft, keine Rede davon sein, daß konventionelle Argumente keine Rolle spielen. Der Rechtspositivist muß seinen Verweis auf den Stellenwert konventioneller Argumente keineswegs mit der Annahme verbinden, daß solche Argumente als Gründe für eine Entscheidung allein hinreichend sein müssen. Das Faktum, daß autonome moralische Wertungen im Sinne des Ermessens eine wichtige und wesentliche Rolle spielen können, ist also auch hier nicht geeignet, die Relevanz einer Erkenntnisregel zu widerlegen.

Dworkin resümiert seine Überlegungen zu diesem Punkt: „Es ist also mysteriös, wie die Frage, welche Prinzipien in vergangenen Traditionen und Praktiken ‚implizit enthalten‘ sind, nach einer positivistischen Konzeption dessen, was Tatsachen sind, eine Tatsachenfrage sein könnte ... Die Frage, welche Prinzipien in die institutionelle Geschichte ‚eingebettet‘ sind, ist normativ, und nicht (nur) historisch.“ (S. 545/563) Der Positivist kann aber damit zufrieden sein, wenn sie in demselben Sinne eine Tatsachenfrage ist wie die Frage, ob eine empirische Theorie zu den gegebenen Daten paßt. Sie läßt sich sicher nicht durch ein mechanisches Verfahren entscheiden. Keine Art von empirischen Daten bestimmt eindeutig die dazugehörige empirische Theorie. Aber wer wollte bestreiten, daß konventionelle Argumente, d.h. der Bezug auf Fakten und Tatsachen, eine wesentliche Rolle spielt.

4. Rechtskritik ernstgenommen

Wenn ein Positivist von Ermessen spricht, dann geht er davon aus, daß ein Richter bei seiner Entscheidung durch konventionelle Argumente jedenfalls in einem bestimmten Bereich nicht mehr gebunden ist. Konventionelle Argumente sind dann für die Begrün-

derung der in Frage stehenden normativen Prämisse allein nicht hinreichend. Oder das gültige Recht fordert den Richter ausdrücklich dazu auf, nicht konventionell, sondern autonom zu argumentieren und verlangt explizit eine moralische Wertung. Unter diesen Voraussetzungen findet es ein Positivist nicht mehr sinnvoll, von einer *rechtlichen* Bindung des Richters zu sprechen. Daraus folgt allerdings nicht, daß der Richter auch *moralisch* ohne Verpflichtung sein muß: In den meisten Rechtssystemen wird es im Gegenteil so sein, daß in solchen Fällen die Richter *rechtlich* verpflichtet sind, nach *moralischen* Kriterien zu urteilen, d.h. sie dürfen keine beliebigen Urteile fällen, etwa durch Wurf einer Münze. Der positivistische Begriff von Ermessen schließt also Kritik an einer gerichtlichen Ermessensentscheidung keineswegs aus. Für den Positivisten übt man in diesem Fall aber eine moralische und keine rechtliche Kritik. Auch Dworkin gesteht zu, daß eine solche Position eine Kritik an Ermessensentscheidungen nicht unmöglich macht (S. 71), er will diese Kritik aber als eine rechtliche Kritik qualifizieren: „Ich werde darlegen, daß auch dann, wenn keine feststehende Regel den Fall erfassen kann, die eine Seite ein Recht haben kann, den Prozeß zu gewinnen. Auch in schwierigen Fällen bleibt es Pflicht des Richters, herauszufinden, welches die Rechte der beiden Seiten sind, und nicht rückwirkend neue Rechte zu erfinden.“ (S. 144) In jedem Fall einer gerichtlichen Entscheidung gehe es darum, daß Richter „konkrete Rechte bestätigen oder absprechen“ (S. 175), so daß man nicht von einem Ermessen in dem Sinn ausgehen könne, daß sie von rechtlichen Verpflichtungen frei seien (S. 127).

Wir haben versucht zu zeigen, daß man eine solche Konzeption nur dann vertreten kann, wenn man zwischen rechtlicher und moralischer Verpflichtung nicht unterscheidet. Aber abgesehen von den empirisch-theoretischen Einwänden, die gegen eine solche Begriffsverwendung zu erheben sind, kann man auch fragen, ob es normative Gründe gibt, die für oder gegen eine solche Position sprechen. Wir kommen damit auf den Ausgangspunkt unserer Diskussion zurück. Dem Rechtspositivismus wird ja der Vorwurf gemacht, er schwäche eine kritische Haltung gegenüber gesellschaftlichen Normen und Institutionen, indem er einen von der individuellen Urteilsautonomie unabhängigen Begriff rechtlicher Gültigkeit annehme.

Ohne Zweifel sieht sich Dworkin hier – wie ja schon aus dem Titel seines Buchs hervorgeht – im Vorteil gegenüber dem Rechtspositivismus. Er geht davon aus, daß die *moralischen* Rechte eines Bürgers stärker verteidigt werden können, wenn sich dieser Bürger unter allen gesellschaftlichen Bedingungen darauf berufen kann, daß er im Besitz gewisser *juristischer* Rechte ist, „sei es mit oder ohne Gesetz“ (S. 316), und daß Richter einen „Rechtsirrtum“ begehen, wenn sie seine „existierenden politischen Rechte“ nicht durchsetzen (S. 27/153). Eine solche Behauptung wäre jedoch unsinnig, „wenn Richter ... in schwierigen Fällen nur neues Recht schaffen können“ (S. 27).

Abgesehen davon, daß sich in einer solchen Auffassung die Selbstüberschätzung des Rechtsphilosophen ausdrückt, der annimmt, „rechtstheoretische Definitionen könnten die Moral von Gesetzgeber oder Bürger bessern“ (Hoerster 1971, S. 9), läßt sich die Überlegenheit der rechtspositivistischen Konzeption entgegen dem ersten Anschein gerade auch an diesem Punkt verdeutlichen. Bei Dworkin erscheint die Kritik an einer gerichtlichen Entscheidung immer als Kritik an einem Irrtum: Der Richter hat sich darüber getäuscht, was die wirklichen juristischen Rechte eines Bürgers sind. Streng genommen wird unter diesen Voraussetzungen die Kritik an einem Gesetzgeber, der es versäumt hat, bestimmte moralische Rechte von Individuen positiv-rechtlich abzusichern und durchzusetzen, sinnlos. Es ist ja ohnehin der Richter, der solche Rechte aufgrund seiner individuellen, moralischen Urteilsautonomie erkennen muß. Einer radikalen Kritik an gesellschaftlichen Verhältnissen, in denen bestimmte grundlegende Rechte faktisch verweigert werden, wird so die Spitze genommen.

Der Rechtspositivist kann dagegen die tatsächlichen Sachverhalte in einer Rechtsgemeinschaft sehr viel genauer beschreiben und voneinander unterscheiden: Für ihn wird es nicht dasselbe sein, ob er einen Richter wegen eines Irrtums hinsichtlich des gültigen positiven Rechts angreift, oder ob er ihm vorwirft, im Rahmen seines rechtlich zulässigen Ermessens eine moralisch fragwürdige Wertung getroffen zu haben. Die Konsequenzen dieser Kritik sind jeweils recht unterschiedlich. Im ersten Fall wird er den Gesetzgeber vielleicht zu einer besseren Ausbildung der Richter auffordern, im zweiten Fall vielleicht dafür plädieren, den Ermessensspielraum der Richter durch ergänzende positivrechtliche Normen einzuschränken. Der Rechtspositivist wird aber auch dann der Wahrheit näherkommen, wenn ein ganzes Rechtssystem grundlegende moralische Rechte nicht berücksichtigt oder sogar systematisch verletzt – wie etwa im Nationalsozialismus. Angesichts eines solchen Systems staatlich institutionalisierter Unmoral scheint es uns der Realität eher zu entsprechen, wenn man davon ausgeht, daß es in dieser Gesellschaft bestimmte juristische Rechte schlechthin nicht gibt, als wenn man unterstellt, daß diese Rechte hier zwar existieren, aber irrtümlicherweise nur übersehen werden.

LITERATUR

- Austin, John (1977), Rechtsnormen als Befehle des politischen Machthabers, in: Hoerster, Norbert (Hrsg.), *Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie*, München, S. 16 – 20.
- Dworkin, Ronald (1984), Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt am Main (engl.: *Taking Rights Seriously*, Harvard 1978).
- Engisch, Karl (1975), Einführung in das juristische Denken, 6. Aufl. (1. Aufl. 1956), Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz.
- Geiger, Theodor (1970), Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 2. Aufl. (1. Aufl. 1964), Neuwied am Rhein und Berlin.
- Hart, H. L. A. (1971), Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, in: Hart, H. L. A., *Recht und Moral. Drei Aufsätze*, hrsg. von Norbert Hoerster, Göttingen, S. 14 – 57.
- Hart, H. L. A. (1973), *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt am Main (engl.: *The Concept of Law*, Oxford 1961).
- Hoerster, Norbert (1971), Einleitung, in: Hart, H. L. A., *Recht und Moral. Drei Aufsätze*, herausgegeben von Norbert Hoerster, Göttingen, S. 5 – 13.
- Hoerster, Norbert (1983), „Wirksamkeit“, „Geltung“ und „Gültigkeit“ von Normen, in: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, hrsg. von Dorothea Mayer-Maly und Peter M. Simons, Berlin, S. 585 – 596.
- Koch, Hans-Joachim, Helmut Rübmann (1982), *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München.
- Mackie, John Leslie (1984), *The Third Theory of Law*, in: Cohen, Marshall (Hrsg.), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, London, S. 161 – 170.

Eine ausführliche Diskussion der Theorie Dworkins findet der interessierte Leser in: Cohen, Marshall (Hrsg.), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, London 1984 (mit Beiträgen u.a. von Hart, Mackie, Posner, Raz und einer umfangreichen Erwiderung von Dworkin). Außerdem empfehlenswert mit einem etwas breiteren thematischen Spektrum: Stewart, M. A. (Hrsg.), *Law, Morality and Rights*, Dordrecht 1983 (mit Beiträgen u.a. von Kenny, Hanen, Honoré, Mackie und Murphy).