

Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff

Elemente einer diskursiven Theorie
fundamentaler Rechte

Symposium zum 75. Geburtstag von Robert Alexy

Herausgegeben
von
Carsten Bäcker

Mohr Siebeck

Carsten Bäcker ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie an der Universität Bayreuth.

ISBN 978-3-16-161810-9 / eISBN 978-3-16-161907-6
DOI 10.1628/ 978-3-16-161907-6

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von SatzWeise in Bad Wünnenberg aus der Minion gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Inhalt

Vorwort	V
Einleitung	1

Präludium

<i>Robert Alexy</i> Einige Reflexionen über die „Theorie der Grundrechte“ nach mehr als 35 Jahren	15
---	----

I. Diskurstheorie und Menschenrechte

<i>Carsten Bäcker</i> Unbegründetes Begründen. Zur Relativität von Robert Alexys diskurstheoretischer Begründung der Menschenrechte	25
---	----

<i>Laura Clérico/Martín Aldao</i> Theorie der juristischen Argumentation und Analyse von Genderstereotypen	45
--	----

<i>Leonardo Di Carlo</i> Robert Alexys Diskursregeln zwischen funktionaler und transzendentaler Dimension	69
---	----

<i>Eric Hilgendorf</i> Diskurstheorie des Rechts	83
---	----

<i>Georg Lohmann †</i> Über die Rollen von Rechtfertigungen bei Menschenrechten	97
--	----

<i>Alejandro Nava Tovar</i> Kulturelrelativismus und Menschenrechte. Eine Antwort auf die dekoloniale Wende	109
---	-----

Ulfrid Neumann

„Gute“ und „schlechte“ Metaphysik bei der Begründung
der Menschenwürde? 125

Jan Sieckmann

Diskurs und Autonomie 143

II. Prinzipientheorie und Grundrechte

Hidehiko Adachi

Ideales Sollen als Sollen in der idealen Welt 165

Carlos Bernal Pulido

Wirtschaftliche und soziale Grundrechte und Verhältnismäßigkeit . . . 175

Martin Borowski

Die Grundrechte als Gebote vollständiger Optimierung 197

Virgílio Afonso da Silva

Das Abwägen von Prinzipien in einer Welt voller Regeln 217

María Elósegui

Die Gewichtsformel und das Kopftuch. 247

Dieter Grimm

Mehr Vor- als Nachteile? Robert Alexys Verteidigung des
allgemeinen Freiheitsrechts 277

Matthias Klatt

Abwägung im Erkenntnisvakuum. Zu Bedeutung und Funktion
formeller Prinzipien 287

Josef Franz Lindner

Grundrechte als Kooperationsrechte 319

Julian Rivers

Verhältnismäßigkeit und richterliche Kontrollkompetenz 329

Axel Tschentscher

Die schweizerische Rezeption der Grundrechtstheorie Robert Alexys . . 357

Mark Tushnet

Verhältnismäßigkeit und das Problem regulatorischer Subventionen . . . 371

III. Rechtsbegriff, Rechtsgeltung und Rechtsinterpretation

Andreas Funke

Das institutionalistische Vorurteil in der Interpretationslehre.

Zur Bedeutung der Selbstbeurteilung von und im Recht 387

Nils Jansen

Die Geltung des Rechts. Begriffsgeschichte und Begriffsbildung 401

Jorge Alexander Portocarrero Quispe

Der Sondercharakter der Verfassungsnormen 419

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

Die formellen Prinzipien und der Begriff des Rechts 439

Peng-Hsiang Wang

Alexys inklusiver Rechtsnichtpositivismus als eine hybride

Naturrechtstheorie? 453

Autorenverzeichnis 471

Alexys inklusiver Rechtsnichtpositivismus als eine hybride Naturrechtstheorie?

*Peng-Hsiang Wang**

I. Einleitung

Robert Alexys inklusiver Rechtsnichtpositivismus wird von einigen führenden Naturrechtstheoretikern, etwa von *Mark Murphy* oder von *Jonathan Crowe*, als Hybrid zwischen einer starken und einer schwachen Naturrechtsposition angesehen.¹ Dabei bleibt unklar, wie *Alexys* nichtpositivistische Theorie als eine Version der Naturrechtstheorie gelesen werden kann und inwiefern seine Argumente für den Nichtpositivismus zur Verteidigung der Naturrechtsthese verwendet werden können.

In diesem Beitrag werde ich zwei Versionen der Naturrechtsthese mit *Alexys* Unterscheidung dreier Formen des Nichtpositivismus vergleichen, und versuchsweise *Alexys* inklusiven Nichtpositivismus als hybride Naturrechtstheorie umformulieren. Sodann werde ich untersuchen, ob und – bejahendenfalls – wie *Alexys* Richtigkeitsargument als Unterstützung einer schwachen Naturrechtsposition fruchtbar gemacht werden kann. Dabei werde ich auch einige Probleme beleuchten, die den Übergang *Alexys* von einer schwachen Naturrechtsposition bezüglich der Nichtfehlerhaftigkeit des Rechts zu einer stärkeren Behauptung bezüglich der Existenzbedingungen des Rechts betreffen. Schließlich werde ich vorschlagen, dass seine nichtpositivistische Rechtstheorie am besten als eingeschränkte Version einer starken Naturrechtstheorie anzusehen ist – wobei vorausgesetzt ist, dass der Richtigkeitsanspruch des Rechts, wie von *Alexy* in jüngeren Schriften behauptet, als Anspruch auf Richtigkeit zweiter Ordnung verstanden wird.

* Aus dem Englischen übersetzt von Georg Binzenhöfer.

¹ *M. C. Murphy*, Defect and Deviance in Natural Law Jurisprudence, in: M. Klatt (Hrsg.), Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy, 2012, S. 45–60; *J. Crowe*, Natural Law and the Nature of Law, 2019, S. 153–154.

II. Zwei Versionen der Naturrechtsthese und drei Formen des Nichtpositivismus

Die zentrale Behauptung, die von zeitgenössischen Naturrechtstheoretikern wie *John Finnis*, *Mark Murphy*, *Jonathan Crowe* und *George Duke* vertreten wird, ist die *Naturrechtsthese*, nach der das Recht notwendigerweise eine rationale Verhaltensanweisung ist.² Bei der Naturrechtsthese geht es um eine notwendige Verbindung zwischen Recht und normativen Handlungsgründen. Wie *Murphy* es ausdrückt, wird das Recht notwendigerweise durch entscheidende Gründe für das Handeln gestützt.³

Im Hinblick auf die handlungsbegründende Kraft des Rechts ist eine Rechtsnorm *rational fehlerhaft*, wenn sie von den Menschen eine Handlung verlangt, für die sie entweder keinen Grund haben, sie auszuführen, oder einen entscheidenden Grund haben, sie zu unterlassen.⁴ Hinsichtlich der Wirkung rationaler Fehler lässt die Naturrechtsthese zwei Interpretationen zu.⁵ In der starken Lesart stellt die Naturrechtsthese eine notwendige Bedingung für die Existenz und Geltung des Rechts auf: Eine mutmaßliche Rechtsnorm, die keine entscheidenden Gründe für die Befolgung liefert, ist rechtlich ungültig oder überhaupt kein Recht. Die starke Naturrechtsthese kann wie folgt formuliert werden:

Die starke Naturrechtsthese: Ein rationaler Fehler einer Norm führt zu ihrer rechtlichen Ungültigkeit.

Im Gegensatz dazu interpretiert die schwache Lesart die Naturrechtsthese dahingehend, dass sie eine Bedingung für die Nichtfehlerhaftigkeit des Rechts darstellt. Nach der schwachen Lesart ist eine Rechtsnorm, die keine entscheidenden Gründe für ihre Befolgung liefert, eine defekte Rechtsnorm, so wie ein Wecker, der die Menschen nicht aufweckt, ein defekter Wecker ist. Die schwache Naturrechtsthese kann wie folgt formulieren werden:

Die schwache Naturrechtsthese: Ein rationaler Fehler einer Norm führt zu ihrer rechtlichen Fehlerhaftigkeit.

Während sich die Naturrechtsthese, sowohl in ihrer starken als auch in ihrer schwachen Version, auf die Verbindung des Rechts mit praktischen Gründen

² *J. Finnis*, *Natural Law and Natural Rights*, 2. Aufl. 2011; *M. C. Murphy*, *Natural Law Jurisprudence*, in: *Legal Theory* 9 (2013), S. 241–267; *J. Crowe*, *Natural Law Theories*, in: *Philosophy Compass* 11 (2016), S. 91–101; *G. Duke*, *The Weak Natural Law Thesis and the Common Good*, in: *Law and Philosophy* 35 (2016), S. 485–509.

³ *M. C. Murphy*, *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, 2006, S. 1.

⁴ *Crowe*, *Natural Law and the Nature of Law* (Fn. 1), S. 141–142, 179–180.

⁵ Für die starke und die schwache Lesart der Naturrechtsthese, siehe *Crowe*, *Natural Law and the Nature of Law* (Fn. 1), S. 142–144; *Murphy*, *Natural Law in Jurisprudence and Politics* (Fn. 3), S. 8–20.

oder praktischer Rationalität konzentriert, befasst sich die nichtpositivistische Theorie von *Alexy* in erster Linie mit der Beziehung zwischen Recht und Moral. Nach *Alexy* vertreten alle Nichtpositivisten die *Verbindungsthese*, nach der es einen notwendigen Zusammenhang zwischen Rechtsgeltung bzw. rechtlicher Richtigkeit einerseits und moralischen Wertungen bzw. moralischer Richtigkeit und Fehlerhaftigkeit andererseits gibt.⁶ Analog zur rationalen Fehlerhaftigkeit ist eine Norm moralisch fehlerhaft, wenn sie von den Menschen eine moralisch unrichtige Handlung oder eine Handlung verlangt, die sie aus moralischen Gründen nicht ausführen dürfen. Hinsichtlich der Auswirkung moralischer Fehler auf die Rechtsgeltung unterscheidet *Alexy* drei Formen des Nichtpositivismus.⁷

Die erste ist der *exklusive Nichtpositivismus*, demzufolge jeder moralische Fehler einer Norm den Verlust ihrer Rechtsgeltung oder ihres Rechtscharakters zur Folge hat. Diese radikalste Form des Nichtpositivismus, die in der Literatur allerdings nur selten zu finden ist, wird häufig mit dem Satz *lex iniusta non est lex* ausgedrückt.

Die zweite ist der *superinklusive Nichtpositivismus*, der behauptet, dass die Rechtsgeltung keineswegs durch moralische Fehler beeinflusst wird. Eine moralisch fehlerhafte Rechtsnorm ist zwar rechtlich fehlerhaft, aber sie verliert nie ihre Rechtsgeltung. Mit anderen Worten: Ungerechte oder moralisch unrichtige Rechtsnormen sind immer noch Recht, auch wenn sie fehlerhaft sind. Nach Ansicht von *Alexy* kann *Finnis'* Naturrechtstheorie als ein Beispiel für den superinklusive Nichtpositivismus gelesen werden.⁸

Die dritte Form des Nichtpositivismus, die *Alexy* vertritt, ist der *inklusive Nichtpositivismus*. Als Mittelposition zwischen den beiden oben genannten Extremen behauptet der inklusive Nichtpositivismus weder, dass moralische Defekte stets die Rechtsgeltung zerstören, noch dass sie dies niemals tun. Vielmehr behauptet der inklusive Nichtpositivismus, dass moralische Defekte positive Rechtsnormen unter bestimmten Bedingungen rechtlich ungültig machen, unter anderen jedoch nicht. In Anlehnung an die Radbruchsche Formel behauptet *Alexys* inklusiver Nichtpositivismus, dass moralische Defekte die Rechtsgeltung nur dann zerstören, wenn die Schwelle der extremen Ungerechtigkeit überschritten wird. Unterhalb dieser Schwelle ist eine ungerechte oder moralisch unrichtige positive Rechtsnorm rechtlich fehlerhaft, aber gültig.

Das allen drei Formen des Nichtpositivismus gemeinsame kennzeichnende Merkmal ist nach *Alexy* eine *qualifizierende* Verbindung zwischen Recht und Moral: Der Effekt der moralischen Fehlerhaftigkeit oder Unrichtigkeit ist die

⁶ R. Alexy, *Law's Ideal Dimension*, 2021, S. 22.

⁷ Ebd., S. 23–27, 53–56, 95–97.

⁸ R. Alexy, *Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis*, in: *The American Journal of Jurisprudence* 58 (2013), S. 97–110 (105–107).

rechtliche Fehlerhaftigkeit oder Unrichtigkeit. Die drei Formen des Nichtpositivismus unterscheiden sich nur in der Wirkung ihres jeweiligen *klassifizierenden* Zusammenhangs, nämlich ob und wie sich moralische Fehlerhaftigkeit als rechtliche Fehlerhaftigkeit auf die Rechtsgeltung auswirkt. Eine interessante Frage ist, ob die drei Formen des Nichtpositivismus als eine starke oder schwache Version der Naturrechtstheorie rekonstruiert werden können. Die Antwort lautet ja, wenn moralische Fehlerhaftigkeit als eine Art rationaler Fehlerhaftigkeit angesehen werden kann.

In der Tat hat Alexy einen inneren Zusammenhang zwischen moralischer Richtigkeit und praktischer Rationalität vorgeschlagen. Er stellt fest: „what is morally correct is, *ceteris paribus*, reasonable, and what is practically reasonable, is, at least in this respect, morally correct“⁹. Die Verbindung zwischen Moral und praktischen Gründen kann auch als *moralischer Rationalismus* charakterisiert werden, der wie folgt lautet: Wenn eine Handlung moralisch unrichtig ist, gibt es notwendigerweise einen entscheidenden Grund, die Handlung nicht auszuführen.¹⁰ Angenommen, es liegt ein entscheidender Grund, eine moralisch unrichtige Handlung nicht auszuführen, vor, so ist eine moralisch fehlerhafte Norm auch rational defekt. Demnach entsprechen der exklusive und der superinklusive Nichtpositivismus der starken bzw. der schwachen Naturrechtstheorie. Alexys inklusiver Nichtpositivismus scheint eine mittlere Position einzunehmen, die Crowe eine *hybride Naturrechtstheorie* nennt:¹¹

Die hybride Naturrechtsthese: Ein rationaler Fehler einer Norm führt zu ihrer rechtlichen Fehlerhaftigkeit oder Ungültigkeit.

Nach dieser These sind einige rational fehlerhafte Normen lediglich rechtlich fehlerhaft, während andere rechtlich ungültig sind. Alexys Unterscheidung zwischen extrem ungerechten und weniger ungerechten Normen gibt Aufschluss darüber, unter welchen Umständen einer fehlerhaften positiven Rechtsnorm die rechtliche Geltung entzogen wird.

Alexy hat zwei Hauptargumente für den inklusiven Nichtpositivismus vorgebracht: *das Richtigkeitsargument* und das Argument der *Doppelnatur des Rechts*. Es gibt jedoch mindestens zwei ungeklärte Probleme, die entstehen, wenn seine Argumente, *mutatis mutandis*, zur Verteidigung der hybriden Naturrechtsthese verwendet werden.

Erstens: Obwohl einige Naturrechtstheoretiker Alexys Richtigkeitsargument als paradigmatisches Sprechaktargument für die schwache Naturrechtsthese

⁹ Alexy, *Some Reflections on the Ideal Dimension of Law* (Fn. 8), S. 99.

¹⁰ S. Darwall, *Reasons, Motives, and the Demands of Morality: An Introduction*, in: S. Darwall/A. Gibbard/P. Railton (Hrsg.), *Moral Discourse and Practice: Some Philosophical Approaches*, 1997, S. 305–312 (306–307).

¹¹ Crowe, *Natural Law and the Nature of Law* (Fn. 1), S. 153–155.

ansehen,¹² ist nicht ganz klar, wie dieses Argument begründen kann, dass moralische Richtigkeit zu den Bedingungen der Nichtfehlerhaftigkeit des Rechts gehört, wonach eine moralisch unrichtige Rechtsnorm *qua* Recht fehlerhaft ist.

Zweitens: Obwohl sich *Alexys* Doppelnaturthese nicht nur mit den Bedingungen der Nichtfehlerhaftigkeit, sondern auch mit denen der Existenz des Rechts befasst, ist dennoch undurchsichtig, wie man von der Einbeziehung der moralischen Richtigkeit in die Bedingung der Nichtfehlerhaftigkeit des Rechts zur Einbeziehung der Moral in die notwendigen Bedingungen der Rechtsgültigkeit übergeht.

Im weiteren Verlauf dieses Artikels werde ich diese beiden Probleme der Reihe nach behandeln und zeigen, dass *Alexys* Argumente, wenn sie durch ein funktionales Argument ergänzt werden, eine spezifische Version der Naturrechtstheorie unterstützen können, die einer eingeschränkten starken Naturrechtsposition näher steht als einer hybriden.

III. Das Richtigkeitsargument und die schwache Naturrechtsthese

Der Eckpfeiler der nichtpositivistischen Theorie von *Alexy* ist das Richtigkeitsargument, das aus zwei Prämissen besteht:

- (1) Das Recht, d. h. sowohl einzelne Rechtsnormen und einzelne Rechtsentscheidungen als auch Rechtssysteme im Ganzen, erhebt notwendig einen Anspruch auf Richtigkeit.
- (2) Der Richtigkeitsanspruch des Rechts beinhaltet einen Anspruch auf moralische Richtigkeit.

Aus (1) und (2) folgert *Alexy*, dass es sowohl einen klassifizierenden als auch einen qualifizierenden Zusammenhang zwischen Recht und Moral gibt:

„Normensysteme, die diesen Anspruch nicht explizit oder implizit erheben, sind keine Rechtssysteme. Insofern hat der Anspruch auf Richtigkeit eine klassifizierende Bedeutung. Rechtssysteme, die diesen Anspruch zwar erheben, ihn aber nicht erfüllen, sind rechtlich fehlerhafte Rechtssysteme. In dieser Hinsicht hat der Anspruch auf Richtigkeit eine qualifizierende Bedeutung. Eine ausschließlich qualifizierende Bedeutung kommt dem Anspruch auf Richtigkeit bei einzelnen Rechtsnormen und einzelnen Rechtsentscheidungen zu. Sie sind rechtlich fehlerhaft, wenn sie den Anspruch auf Richtigkeit nicht erheben oder nicht erfüllen.“¹³

¹² *Murphy*, Defect and Deviance in Natural Law Jurisprudence (Fn. 1), S. 54–57; *Crowe*, Natural Law and the Nature of Law (Fn. 1), S. 150.

¹³ *R. Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, Erweiterte Neuausgabe 2020, S. 64.

Ich gehe vorerst davon aus, dass sowohl (1) als auch (2) wahr sind (obwohl sie keineswegs unumstritten sind¹⁴) und beschränke mich auf die Frage, ob sie die schwache Naturrechtsthese stützen können, bei der es nur um die qualifizierende Bedeutung des Anspruchs auf Richtigkeit geht.

Nach dem Richtigkeitsargument ist das Recht das, was *Judith Jarvis Thomson* eine *richtigkeitsfixierende Art* (correctness-fixing kind) nennt: K ist eine richtigkeitsfixierende Art, wenn das, was ein K ist, selbst die Standards setzt, die ein K erfüllen muss, um *qua* K richtig oder korrekt zu sein.¹⁵ Da der Richtigkeitsanspruch des Rechts einen Anspruch auf moralische Richtigkeit beinhaltet, ist moralische Richtigkeit ein Standard, den eine Rechtsnorm oder -entscheidung erfüllen muss, wenn sie *qua* Recht richtig sein soll. Moralische Richtigkeit ist also mit den Standards der rechtlichen Richtigkeit verbunden. Hier geht es um die Frage, ob das Richtigkeitsargument allein begründen kann, dass moralische Richtigkeit zu den Bedingungen der Nichtfehlerhaftigkeit des Rechts gehört, so dass moralisch unrichtige Rechtsnormen *qua* Recht fehlerhaft sind.

Wie bereits erwähnt ist das Richtigkeitsargument ein Sprechaktargument. *Alexy* räumt ein, dass das Recht im wörtlichen Sinne nicht in der Lage ist, einen Anspruch zu erheben, da Ansprüche nur von Subjekten erhoben werden können, die die Fähigkeit haben, zu sprechen und zu handeln. Der Richtigkeitsanspruch des Rechts ist daher am besten als ein Anspruch zu verstehen, der von den Teilnehmern eines Rechtssystems, etwa von Richtern oder dem Gesetzgeber, erhoben wird, wenn sie den rechtlichen Sprechakt der Normbehauptung, Normsetzung oder Normanwendung vollziehen.¹⁶

Sprechakte, ob rechtlich oder nicht rechtlich, sind ebenfalls richtigkeitsfixierende Arten. Wie *Thomson* hervorhebt, legt eine Sprechaktart zwei Wege fest, auf denen ihre Mitglieder richtig oder korrekt sein können. Ein Fall einer Sprechaktart ist nur dann *intern-richtig* (internal correct), wenn der Sprecher den Sprechakt korrekt vollzieht, und *extern-richtig* (external correct), wenn der propositionale Gehalt des Sprechakts, sofern er einen propositionalen Gehalt hat, wahr ist.¹⁷

Nehmen wir zum Beispiel das Behaupten. Ein Akt der Behauptung ist dann und nur dann intern-richtig, wenn er die Erfolgs- oder Gelingensbedingungen der Behauptung erfüllt: zum Beispiel die Bedingung, dass der behauptete Inhalt *p* wahrheitsfähig ist, die Bedingung, dass der Sprecher glaubt oder vorgibt zu

¹⁴ Für eine ausführliche Kritik des Richtigkeitsarguments von *Alexy*, siehe *C. Heidemann*, Law's Claim to Correctness, in: S. Coyle/G. Pavlakos (Hrsg.), *Jurisprudence or Legal Science? A Debate on the Nature of Legal Theory*, 2005, S. 127–146.

¹⁵ *J. J. Thomson*, *Normativity*, 2008, S. 83.

¹⁶ *Alexy*, *Law's Ideal Dimension* (Fn. 6), S. 36–37, 312–315; siehe auch *Heidemann*, *Law's Claim to Correctness* (Fn. 14), S. 130–131.

¹⁷ *Thomson*, *Normativity* (Fn. 15), S. 86–88.

glauben, dass p der Fall ist und die Bedingung, dass p rechtfertigbar ist. Ein Akt der Behauptung ist dann und nur dann extern-richtig, wenn der behauptete Satz wahr ist. Man könnte sagen, dass die Bedingungen für die interne Richtigkeit einer Behauptung die Bedingungen sind, die erfüllt sein müssen, um überhaupt eine Behauptung aufstellen zu können; ebenso könnte man sagen, dass die Bedingungen für die externe Richtigkeit einer Behauptung die Wahrheitsbedingungen des behaupteten Satzes sind.

Anspruch dazu ist ein rechtlicher Sprechakt intern-richtig, wenn er einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt und bestimmte institutionalisierte Bedingungen erfüllt: zum Beispiel die Bedingung, dass der Sprecher befugt ist oder die Kompetenz hat, Gesetze zu erlassen oder rechtliche Entscheidungen gemäß bestimmten Verfahrensregeln zu fällen. Ein rechtlicher Sprechakt ist extern-richtig, wenn sein normativer Inhalt moralisch richtig oder gerechtfertigt ist. Anstatt von interner und externer Richtigkeit zu sprechen, könnte man sagen, dass eine rechtliche Sprechaktart zwei Wege festlegt, auf denen ihre Mitglieder richtig sein können: prozedural oder formell richtig und inhaltlich oder substantiell richtig.

Wenn *Alexy* sagt, dass das Recht notwendig einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, dann meint er mit „Richtigkeit“ in erster Linie die externe oder inhaltliche Richtigkeit. Die Erhebung des Richtigkeitsanspruchs ist für einen rechtlichen Sprechakt „notwendig“, weil sie zu den Erfolgs- oder Gelingensbedingungen, d. h. zu den Bedingungen der internen Richtigkeit des rechtlichen Sprechakts gehört. *Alexy* hat an den Beispielen performativer Widersprüche gezeigt, dass die Äußerung eines Sprechers eines rechtlichen Sprechakts nicht als erfolgreicher Fall der Sprechaktart gelten kann, wenn der Sprecher nicht behauptet, dass der normative Inhalt des Akts moralisch richtig ist.¹⁸ Erhebt der Sprecher dagegen einen Anspruch auf Richtigkeit, so zählt seine Äußerung, solange sie andere formelle oder prozedurale Anforderungen an die interne Richtigkeit erfüllt, immer noch als ein erfolgreicher Fall der rechtlichen Sprechaktart, unabhängig davon, wie schlecht dieser Anspruch erfüllt wird. Ob der normative Inhalt der Äußerung des Sprechers moralisch richtig ist oder nicht (d. h., ob der Anspruch auf Richtigkeit erfüllt ist oder nicht), ist eine Frage der externen Richtigkeit, die für die interne Richtigkeit des Sprechaktes irrelevant ist.

¹⁸ *Alexys* erstes Beispiel für einen performativen Widerspruch ist der fiktive erste Artikel einer Verfassung, der lautet „X ist eine souveräne, föderale und ungerechte Republik“; das zweite Beispiel ist eine gerichtliche Entscheidung, die lautet, „Der Angeklagte wird, was eine falsche Interpretation des geltenden Rechts ist, zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.“ Siehe *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 13), S. 65–70. Es ist jedoch umstritten, ob diese beiden Beispiele zeigen können, dass der Anspruch auf Richtigkeit notwendigerweise im Recht erhoben wird oder dass das Unterlassen des Anspruchs auf Richtigkeit ein fehlerhafter rechtlicher Sprechakt ist, siehe *Heidemann*, Law’s Claim to Correctness (Fn. 14), S. 136–139.

Wie *Thomson* hervorhebt, ist ein Sprechakt, der nicht intern-richtig vollzogen wird, entweder fehlerhaft *qua* der Sprechaktart, zu der er gehört, oder er kann nicht als Fall dieser Art gelten. Wenn der Sprechakt jedoch intern-richtig, aber extern-unrichtig ist, dürfen wir nicht immer zu dem Schluss kommen, dass er auch in Bezug auf die Art des Sprechakts fehlerhaft ist.¹⁹

Nehmen wir erneut die Behauptung als Beispiel. Behaupten ist ein Sprechakt, bei dem ausgesagt wird, dass etwas der Fall ist. Nehmen wir an, dass ein Akt des Behauptens notwendigerweise einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, d. h. einen Anspruch auf Wahrheit.²⁰ Wenn jemand eine Behauptung aufstellt, aber nicht behauptet, dass der behauptete Inhalt *p* wahr ist (d. h. er gibt nicht vor zu glauben, dass *p* der Fall ist oder dass *p* gerechtfertigt werden kann), ist seine Äußerung entweder keine Behauptung oder eine fehlerhafte. Behauptet er dagegen, dass *p* wahr ist, tatsächlich ist *p* aber nicht der Fall, so gilt seine Äußerung dennoch erfolgreich als Behauptung (d. h. sein Behauptungsakt ist intern-richtig), wenn auch als falsche (d. h. sein Behauptungsakt ist extern-unrichtig).

Stellen wir uns zum Beispiel folgendes Szenario vor: (1) John behauptet, dass Bert der Bruder von Alice ist und (2) John lügt nicht, d. h. er glaubt, dass Bert der Bruder von Alice ist. Nehmen wir nun an, dass Bert in Wirklichkeit nicht der Bruder von Alice ist. Johns Behauptung ist extern-unrichtig, aber seine Äußerung wird dennoch als Behauptung gelten. Er hat eine falsche Behauptung aufgestellt, und der Wahrheitswert des behaupteten Satzes hat keinen Einfluss darauf, ob John den Akt der Behauptung gelingend oder richtig vollzieht.²¹

Kann man Johns Behauptung als fehlerhaft bezeichnen, nur weil sie falsch ist? Das hängt von dem pragmatischen Kontext der Behauptung ab. Betrachten wir folgendes Szenario: Tom fragt John: „Wer ist der Bruder von Alice?“ Als Antwort auf die Frage sagt John: „Bert ist der Bruder von Alice.“ John gibt Tom eine falsche Antwort. Die Antwort ist falsch, weil Johns Behauptung, dass Bert der Bruder von Alice ist, falsch ist. In diesem Zusammenhang könnte man sagen, dass Johns Behauptung fehlerhaft ist. Sie ist aber fehlerhaft in Bezug auf die Beantwortung einer Frage, nicht in Bezug auf die Behauptung an sich. Wenn Johns Behauptung wahr wäre, wäre sie eine richtige oder nicht fehlerhafte Antwort auf Toms Frage.

Wie *Thomson* hervorhebt, ist die Beantwortung einer Frage ein auf Behauptungen basierender Sprechakt, d. h. ein Akt, der durch die Behauptung einer

¹⁹ *Thomson*, Normativity (Fn. 15), S. 101–105.

²⁰ Zum Anspruch auf Wahrheit als Anspruch auf Richtigkeit, der von einer Behauptung erhoben wird, siehe *Heidemann*, Law's Claim to Correctness (Fn. 14), S. 132–134.

²¹ *Thomson*, Normativity (Fn. 15), S. 101–105. Siehe auch *Heidemann*, Law's Claim to Correctness (Fn. 14), S. 134.

Aussage vollzogen wird.²² Für einige auf Behauptungen basierende Sprechaktarten (Ks), zu denen Akte der Beantwortung einer Frage, Akte der Beschreibung von etwas und Akte der Erklärung, warum etwas geschieht, gehören, ist eine Behauptung, die der Sprecher macht, um einen Akt von K zu vollziehen, nur dann defekt *qua* K, wenn der Inhalt der Behauptung falsch ist. Zu den Bedingungen der Nichtfehlerhaftigkeit von K gehören also die Wahrheit bzw. die externe Richtigkeit der Behauptung.

Wir können weiter fragen, warum K Bedingungen der Nichtfehlerhaftigkeit hat, die aus der Wahrheit der behaupteten Sätze bestehen. Eine mögliche Erklärung ist, dass einige auf Behauptungen basierende Sprechaktarten nicht nur richtigkeitsfixierende Arten sind, sondern auch *funktionale Arten*; das heißt, es gibt eine Funktion, die mit jeder der Arten verbunden ist, so dass ein Mitglied, das diese Funktion nicht oder schlecht erfüllt, als fehlerhaftes Mitglied der Art gekennzeichnet ist.²³ Die charakteristische Funktion der Beantwortung einer Frage besteht beispielsweise darin, wahre Informationen zu vermitteln. Wenn A auf die Frage von B mit einer falschen Behauptung antwortet, gibt die Behauptung B keine wahre Information und ist somit eine fehlerhafte Antwort. Allgemein gilt für eine funktionale Art K, dass das, was ein K ist, selbst die Standards festlegt, die ein K erfüllen muss, um nicht-defekt *qua* K zu sein, und es ist möglich, dass es ein K gibt, das diese Standards, nämlich die Bedingung der Nichtfehlerhaftigkeit von K, nicht erfüllt.²⁴

Kehren wir zum Richtigkeitsargument zurück. Alexys Argument kann eine Einbeziehung der moralischen Richtigkeit in die Bedingungen der Nichtfehlerhaftigkeit des Rechts nur dann stützen, wenn sein Argument davon ausgeht, dass das Recht nicht nur eine richtigkeitsfixierende, sondern auch eine funktionale Art ist. Alexy stellt also fest:

„The argument from correctness *qua* conceptual-analytical argument requires that normative or practical arguments be given in order to establish the adequacy of the concept of law as a concept of a social kind, normative arguments that are based on the idea of making the best of this social practice in the light of its functions or tasks.“²⁵

Die meisten Naturrechtstheoretiker sind der Ansicht, dass der Grundgedanke der Naturrechtsthese die Funktion des Rechts betrifft. Die primäre Funktion des Rechts ist es, das Handeln zu leiten, indem es normative Gründe liefert. Recht ist genau in diesem Sinne eine rationale Verhaltensanweisung.²⁶ Rechts-

²² Thomson, Normativity (Fn. 15), S. 94–97.

²³ Ebd., S. 209.

²⁴ M. C. Murphy, The Explanatory Role of the Weak Natural Law Thesis, in: W. Waluchow/ S. Sciaraffa (Hrsg.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, 2013, S. 3–21 (4).

²⁵ Alexy, *Law's Ideal Dimension* (Fn. 6), S. 89.

²⁶ Crowe, *Natural Law Theories* (Fn. 2), S. 91. Für funktionale Argumente in der Naturrechtstheorie siehe Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics* (Fn. 3), S. 29–36; Crowe, *Natural Law and the Nature of Law* (Fn. 1), S. 140–150, 169–181; M. S. Moore, *Law as*

normen, die es versäumen, entscheidende Gründe für das Handeln zu liefern, sind fehlerhaft *qua* Recht, weil die Rechtsnormen ihre handlungsleitende Funktion nicht oder nur schlecht erfüllen. Die Handlungsbegründungsfähigkeit ist also ein Standard, dem eine Rechtsnorm genügen muss, um *qua* Recht nicht fehlerhaft zu sein. Das Problem dabei ist, wie man – ausgehend von dem Anspruch auf Richtigkeit in Verbindung mit der funktionalen Sichtweise des Rechts – argumentieren kann, dass moralische Richtigkeit zu den Bedingungen der Nichtfehlerhaftigkeit des Rechts gehört.

Wie bereits erwähnt, wird der Anspruch auf Richtigkeit durch rechtliche Sprechakte erhoben, die von Teilnehmern eines Rechtssystems vorgenommen werden. Nach *Alexy* ist ein Teilnehmer an der richtigen Antwort auf die Frage interessiert, was in dem jeweiligen Rechtssystem, in dem er sich befindet, rechtlich geboten, erlaubt oder verboten ist.²⁷ Ein Gesetzgeber oder ein Richter – beide sind typische Teilnehmer eines Rechtssystems – können diese Frage konkret beantworten, indem sie in einem institutionalisierten Kontext direktive illokutionäre Akte vollziehen, wie etwa den gesetzgeberischen Akt des Erlasses von Gesetzen und den richterlichen Akt der Verkündung von Urteilen. Man könnte sagen, dass gesetzliche Normen und richterliche Entscheidungen die „Antwort“ des Gesetzgebers und des Richters auf die Frage darstellen, was rechtlich geboten, erlaubt oder verboten ist. Aus funktionaler Sicht beabsichtigt der Akteur, der die Frage durch einen institutionalisierten direktiven illokutionären Akt beantwortet, den Subjekten des Rechtssystems entscheidende Handlungsgründe zu geben. Mit anderen Worten: Die Funktion der Beantwortung einer Rechtsfrage besteht aus der Teilnehmerperspektive darin, einen entscheidenden Grund zu liefern, das zu tun, was rechtlich geboten ist, oder das zu unterlassen, was rechtlich verboten ist.

Im institutionalisierten Kontext direkter illokutionärer Akte erhebt der Sprecher nicht nur einen Anspruch auf Richtigkeit, sondern auch einen Anspruch auf Handlungsbegründung. Die Akteure eines Rechtssystems (z. B. Gesetzgeber und Richter) behaupten, entscheidende Handlungsgründe in Form von Direktiven zu liefern, wie z. B. einzelne Rechtsnormen und gerichtliche Entscheidungen, die, wie oben ausgeführt, die Antwort der Akteure auf eine Rechtsfrage darstellen. Mit dem Anspruch darauf, dass der normative Inhalt ihrer Direktiven moralisch richtig ist, behaupten die Akteure weitergehend, dass ihre Direktiven entscheidende Handlungsgründe liefern. Wenn der Anspruch auf Richtigkeit nicht erfüllt ist, d. h., wenn der normative Inhalt der Direktiven moralisch unrichtig ist, geben sie nach dem moralischen Rationa-

a Functional Kind, in: R. P. George (Hrsg.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, 1992, S. 188–242.

²⁷ *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* (Fn. 13), S. 47; *Alexy*, *Law's Ideal Dimension* (Fn. 6), S. 72–75.

lismus keine entscheidenden Gründe für ihre Befolgung. In diesem Fall sind die moralisch unrichtigen Direktiven rechtlich fehlerhaft, auch wenn weder der gegebene gesetzgeberische noch der gegebene richterliche Akt als rechtlicher Sprechakt an sich fehlerhaft ist. Auf diese Weise ist die moralische Richtigkeit (d. h. die Bedingungen für die externe Richtigkeit rechtlicher Sprechakte) nicht nur mit der rechtlichen Richtigkeit verbunden, sondern auch ein notwendiger Teil der Bedingungen für die Nichtfehlerhaftigkeit des Rechts.

IV. Die Doppelnatur des Rechts und die hybride Naturrechtsthese

Der Ausgangspunkt von *Alexys* zweitem Argument für den inklusiven Nichtpositivismus ist die Doppelnaturthese, die besagt, dass das Recht notwendig sowohl eine reale Dimension, die durch autoritative Gesetztheit und soziale Wirksamkeit repräsentiert wird, als auch eine ideale Dimension, die durch moralische Richtigkeit repräsentiert wird, aufweist.²⁸ *Alexy* argumentiert für die Notwendigkeit der realen Dimension wie folgt: Die Moral lässt einerseits vernünftige Meinungsverschiedenheiten darüber, was moralisch richtig und unrichtig ist, zu und verlangt andererseits eine Lösung der Probleme der sozialen Koordination und Kooperation, um die moralischen Kosten der Anarchie zu vermeiden. Diese Probleme können nur durch das Recht als Unternehmen, das danach strebt, den Wert der Rechtssicherheit zu verwirklichen, gelöst werden. Rechtssicherheit kann dabei nur durch das positive Recht, d. h. durch autoritativ gesetzte und sozial wirksame Normen, erreicht werden.²⁹

Da die Moral selbst die Verwirklichung von Rechtssicherheit verlangt, unterscheidet *Alexy* zwischen zwei Stufen oder Ordnungen der Richtigkeit: Richtigkeit erster Ordnung und Richtigkeit zweiter Ordnung:

„Die Richtigkeit erster Ordnung bezieht sich ausschließlich auf die ideale Dimension. Sie betrifft die Gerechtigkeit als solche. Die Richtigkeit zweiter Ordnung ist umfassender. Sie bezieht sich sowohl auf die ideale als auch auf die reale Dimension. Das bedeutet, dass es bei ihr sowohl um Gerechtigkeit als auch um Rechtssicherheit geht. Nun kann Rechtssicherheit nur durch Positivität erlangt werden. Auf diese Weise verknüpft der Anspruch auf Richtigkeit als Anspruch zweiter Ordnung sowohl das Prinzip der Gerechtigkeit als auch das Prinzip der Rechtssicherheit notwendig mit dem Recht.“³⁰

Auf den ersten Blick scheint *Alexy* anzunehmen, dass der Richtigkeitsanspruch des Rechts nicht nur moralische oder inhaltliche Richtigkeit, sondern auch prozedurale oder formelle Richtigkeit umfasst. Eine authentischere Interpretation der Richtigkeit zweiter Ordnung ist jedoch, dass die Kriterien der recht-

²⁸ R. *Alexy*, Die Doppelnatur des Rechts, in: *Der Staat* 50 (2011), S. 389–404.

²⁹ *Alexy*, *Law's Ideal Dimension* (Fn. 6), S. 30–31.

³⁰ *Alexy*, Die Doppelnatur des Rechts (Fn. 28), S. 397.

lichen Richtigkeit aus zwei verschiedenen Arten von moralischen Prinzipien bestehen: dem materiellen Prinzip der Gerechtigkeit und dem formellen Prinzip der Rechtssicherheit. Tatsächlich vertreten die meisten Naturrechtstheoretiker auch die Ansicht, dass das Recht das Handeln der Menschen angeblich im Dienste höherer Ziele wie der Gerechtigkeit oder des Gemeinwohls steuert. Diese höheren Ziele erklären, warum das Recht seine handlungsbegründete Kraft hat: Wir haben Gründe, das Recht zu befolgen, und diese Gründe sind in der behaupteten Übereinstimmung der Rechtsnormen mit der Gerechtigkeit, dem Gemeinwohl oder zumindest dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit verwurzelt. Normen, die der Gerechtigkeit zuwiderlaufen oder keine verbindlichen Lösungen für die Probleme der Koordination und Kooperation bieten, scheinen daher *qua* Recht defekt zu sein.³¹

Nach der Doppelnaturthese gehören sowohl das Prinzip der Gerechtigkeit als auch das Prinzip der Rechtssicherheit zu den Bedingungen der Nichtfehlerhaftigkeit des Rechts. Dennoch ist rechtliche Richtigkeit oder Nichtfehlerhaftigkeit nicht identisch mit Rechtsgeltung. Wie *Alexy* einräumt, impliziert weder die rechtliche Fehlerhaftigkeit als solche die rechtliche Ungültigkeit, noch impliziert die moralische Richtigkeit als Richtigkeit erster Ordnung unmittelbar die rechtliche Gültigkeit.³² Wenn die „Natur“ des Rechts als Existenz oder Geltung des Rechts verstanden wird,³³ bleibt die Doppelnaturthese eine Darlegung der Rolle schuldig, die das Prinzip der Gerechtigkeit und das Prinzip der Rechtssicherheit bei der Bestimmung der Existenzbedingungen des Rechts oder der Bedingungen der Rechtsgültigkeit spielen.

Auch hier ist ein funktionales Argument erforderlich, um von den Bedingungen der Nichtfehlerhaftigkeit zu den Existenzbedingungen des Rechts überzugehen. Die charakteristische Funktion einer funktionalen Art *K* liefert nicht nur einen Maßstab für die Bewertung eines Falls von *K* als fehlerhaftes oder nicht fehlerhaftes *K*, sondern spielt auch eine entscheidende Rolle bei der Erklärung, warum etwas als Fall von *K* gilt. Um ein Mitglied von *K* zu sein, muss ein mutmaßlicher Fall von *K* konstitutiv in der Lage sein, die charakteristische Funktion der Mitglieder von *K* zu erfüllen. Wenn etwas konstitutiv nicht in der Lage ist, diese Funktion zu erfüllen, zählt es nicht als Mitglied von *K*.³⁴

Die Hauptfunktion von Weckern besteht beispielsweise darin, Menschen aus dem Schlaf oder einem kurzen Nickerchen zu wecken. Um diese Funktion

³¹ *Crowe*, *Natural Law Theories* (Fn. 2), S. 91; *Moore*, *Law as a Functional Kind* (Fn. 26), S. 213–227; *Duke*, *The Weak Natural Law Thesis and the Common Good* (Fn. 2), S. 492–502.

³² *Alexy*, *Law's Ideal Dimension* (Fn. 6), S. 30.

³³ *M. C. Murphy*, *Two Unhappy Dilemmas for Natural Law Jurisprudence*, in: *The American Journal of Jurisprudence* 60 (2015), S. 121–141 (122).

³⁴ *Crowe*, *Natural Law Theories* (Fn. 2), S. 170–173; siehe auch *J. Crowe*, *Metaphysical Foundations of Natural Law Theories*, in: G. Duke/R. P. George (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, 2017, S. 103–129 (120–121).

erfüllen zu können, muss ein Wecker eine Vorrichtung haben, die den Menschen weckt. In der Regel macht ein solches Gerät zu einer bestimmten Zeit Geräusche. Ein Wecker, der zwar eine Glocke hat, aber nicht zur eingestellten Zeit klingelt, ist ein fehlerhafter Wecker. Eine Uhr oder etwas anderes, das keine Vorrichtung hat, um Menschen zu einer bestimmten Zeit zu alarmieren, ist plausiblerweise überhaupt kein Wecker. Das Vorhandensein einer Vorrichtung, die Menschen zu einer bestimmten Zeit alarmiert, ist also eine notwendige Existenzbedingung, um ein Wecker zu sein.

In Anlehnung an das Beispiel des Weckers müssen sich die Existenzbedingungen des Rechts auf die Funktion des Rechts beziehen. Um eine Rechtsnorm zu sein, muss eine Norm teilweise durch eine Eigenschaft oder Tatsache konstituiert sein, die geeignet ist, die handlungsbegründende Funktion des Rechts zu erfüllen, in der Regel im behaupteten Dienst der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit. Aus diesem Grund können die Existenzbedingungen des Rechts als Verwirklichungsbedingungen dafür angesehen werden, rechtlich fehlerfrei zu sein, d. h. als Bedingungen dafür, die Funktion des Rechts angemessen erfüllen zu können. Diese funktionale Erklärung der Existenzbedingungen des Rechts kann, wie *Murphy* es ausdrückt, als *Argument der hypothetischen Notwendigkeit* bezeichnet werden.³⁵

Wie oben dargelegt, sind sowohl das Prinzip der Gerechtigkeit als auch das Prinzip der Rechtssicherheit Maßstäbe für die Beurteilung, ob eine mutmaßliche Rechtsnorm fehlerhaft ist oder nicht, und die Bedingungen der Rechtsgültigkeit müssen Eigenschaften oder Tatsachen enthalten, die für die Verwirklichung der Gerechtigkeit oder der Rechtssicherheit erforderlich sind. Um das Prinzip der Gerechtigkeit zu verwirklichen, müssen die Bedingungen der Rechtsgültigkeit einige materielle moralische Kriterien enthalten, so dass eine richtige Verteilung oder ein gerechter Ausgleich durch die Rechtsnormen erreicht werden kann. Damit das Prinzip der Rechtssicherheit verwirklicht werden kann, müssen die Bedingungen der Rechtsgültigkeit einige Elemente der autoritativen Gesetztheit enthalten, weil Gesellschaften auf autoritative Entscheidungen angewiesen sind, um die Probleme der sozialen Koordination und Kooperation zu lösen, die sich aus moralischen Meinungsverschiedenheiten ergeben.³⁶

Dennoch stellt *Alexy* fest, dass das Prinzip der Gerechtigkeit und das Prinzip der Rechtssicherheit wie Prinzipien ganz allgemein kollidieren können und dies auch oft tun. Die Kollision von Prinzipien wird durch Abwägung aufgelöst. So ist die Richtigkeit zweiter Ordnung eine Sache der Abwägung: Bei der Bestimmung der Bedingungen der Rechtsgültigkeit müssen das Prinzip der Ge-

³⁵ *Murphy*, The Explanatory Role of the Weak Natural Law Thesis (Fn. 24), S. 11–16.

³⁶ Siehe *P.-H. Wang*, On Alexy's Argument from Inclusion, in: *Ratio Juris* 29 (2016), S. 288–305 (301–302).

rechtigkeit und das Prinzip der Rechtssicherheit in ein richtiges Verhältnis gesetzt werden; nur so kann man das richtige Verhältnis der beiden Prinzipien im Diskurs über die Natur des Rechts erreichen.³⁷

Alexy hat versucht, die drei Formen des Nichtpositivismus mittels der Abwägung zwischen dem Prinzip der Rechtssicherheit und dem Prinzip der Gerechtigkeit zu rekonstruieren. Der exklusive Nichtpositivismus räumt der Gerechtigkeit unter allen Umständen absoluten Vorrang vor der Rechtssicherheit ein, so dass eine ungerechte Norm, auch wenn sie autoritativ gesetzt wird und sozial wirksam ist, niemals rechtlich gültig ist. Im Gegensatz dazu räumt der superinklusive Nichtpositivismus der Rechtssicherheit unter allen Umständen absoluten Vorrang vor der Gerechtigkeit ein, so dass eine ungerechte Norm, solange sie autoritativ gesetzt wird und sozial wirksam ist, niemals ihre Rechtsgeltung verliert. In Bezug auf die Rechtsgeltung gibt es keinen Unterschied zwischen dem superinklusive Nichtpositivismus und dem Rechtspositivismus, da beide behaupten, dass die Bedingungen der Rechtsgültigkeit nur aus den Elementen der autoritativen Gesetztheit und der sozialen Wirksamkeit bestehen.³⁸

Nach *Alexys* Ansicht gibt der exklusive Nichtpositivismus der Gerechtigkeit zu viel Gewicht, und der superinklusive Nichtpositivismus gibt der Rechtssicherheit zu viel Gewicht. Nur der inklusive Nichtpositivismus gibt diesen beiden Prinzipien ein angemessenes Gewicht: „the correct result of this balancing is that the principle of legal certainty precedes justice in all cases of injustice except for the case of extreme injustice.“³⁹ Nach *Alexys* inklusivem Nichtpositivismus ist eine autoritativ gesetzte und sozial wirksame Norm, selbst wenn sie ungerecht ist, immer noch rechtlich gültig, es sei denn, ihre Ungerechtigkeit erreicht ein extremes Maß.⁴⁰ Zusätzlich zu den Elementen der autoritativen Gesetztheit und der sozialen Wirksamkeit ist also das moralische Element „nicht extrem ungerecht zu sein“ in die Bedingungen der Rechtsgültigkeit einzubeziehen, damit eine gültige Rechtsnorm richtig im Sinne der Richtigkeit zweiter Ordnung oder rechtlich nicht fehlerhaft sein kann.⁴¹

Das Richtigkeitsargument und die Doppelnaturthese scheinen zusammen mit dem funktionalen Argument der hypothetischen Notwendigkeit eine hybride Naturrechtsposition zu unterstützen: Der Richtigkeitsanspruch des Rechts schließt einen Anspruch auf moralische Richtigkeit ein, und einzelne Normen, die diesem Anspruch nicht gerecht werden, sind im Normalfall recht-

³⁷ *Alexy*, Die Doppelnatur des Rechts (Fn. 28), S. 397–398.

³⁸ *Alexy*, Law's Ideal Dimension (Fn. 6), S. 99.

³⁹ R. *Alexy*, Between Positivism and Non-Positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin, in: J. Ferrer Beltrán/J. J. Moreso/D. M. Papayannis (Hrsg.), *Neutrality and Theory of Law*, 2013, S. 225–238 (227).

⁴⁰ *Alexy*, Law's Ideal Dimension (Fn. 6), S. 98.

⁴¹ *Wang*, On *Alexy's* Argument from Inclusion (Fn. 36), S. 303.

lich fehlerhaft und im Extremfall rechtlich ungültig. Mit anderen Worten: Ein moralischer Fehler *qua* rationalem Fehler macht eine Norm rechtlich fehlerhaft und dieser Fehler zerstört ihre Rechtsgeltung, wenn er die Schwelle zur extremen Ungerechtigkeit überschreitet. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass Alexy moralische Fehler im Allgemeinen als moralische Unrichtigkeit erster Ordnung versteht.⁴² Wenn die rechtliche Richtigkeit auf die Richtigkeit zweiter Ordnung ausgedehnt wird, ist es zweifelhaft, dass ungerechte positive Rechtsnormen unterhalb der Schwelle extremer Ungerechtigkeit immer noch rational oder rechtlich fehlerhaft sein werden.

Wie bereits erwähnt, ist eine Norm nach naturrechtlicher Ansicht rational fehlerhaft, wenn sie nicht durch *entscheidende* Gründe für die Befolgung gestützt wird, wobei die handlungsbegründende Kraft der Rechtsnormen auf deren Förderung von Werten oder Zielen beruht, wie dem Prinzip der Gerechtigkeit und dem Prinzip der Rechtssicherheit. Nach Alexy sind Prinzipien *prima facie* oder genauer gesagt *pro tanto* Gründe, da sie eine Dimension von Gewicht haben und gegeneinander abgewogen werden können. Ein Prinzip allein kann nicht definitiv gewährleisten, dass eine Handlung, für die es ein Grund ist, durchgeführt werden soll, weil das Prinzip durch einige entgegenwirkende Prinzipien, die Gründe gegen die Handlung bieten, zurückgedrängt werden könnte. Um zu bestimmen, was *definitiv* getan werden soll, muss man Gründe und Gegen Gründe aus den relevanten Prinzipien unter bestimmten Umständen abwägen.⁴³ Dementsprechend ist das, was getan werden soll, eine Handlung, die man aus einem entscheidenden Grund durchführen soll, d. h. einem Grund, der schwerer wiegt als alle gegensätzlichen Gründe, sei es einzeln oder zusammengekommen.

Ob ein formelles Prinzip gegen ein materielles Prinzip abgewogen werden kann oder dieses sogar überwiegt, ist eine umstrittene Frage, zu der Alexy noch nicht zu einer abschließenden Position gelangt zu sein scheint.⁴⁴ Vorliegend soll jedoch diese Frage beiseitegelassen und angenommen werden, dass formelle und materielle Prinzipien gegeneinander abgewogen werden können. Nach Alexy ist das formelle Prinzip der Rechtssicherheit ein moralischer Grund

⁴² Alexy, *Law's Ideal Dimension* (Fn. 6), S. 23–27, 53–56.

⁴³ Für Prinzipien als normative Gründe, siehe R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl. 1994, S. 90–92; P.-H. Wang, *Formal Principles as Second-Order Reasons*, in: M. Borowski/S. L. Paulson/J.-R. Sieckmann (Hrsg.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System*, 2017, S. 429–448 (437–439).

⁴⁴ In einer Erwiderung auf einige Kritiker der formellen Prinzipien nimmt Alexy das epistemische Modell an, in dem formelle Prinzipien nicht direkt an der Abwägung erster Ordnung, d. h. der Abwägung der materiellen Prinzipien, beteiligt sind, sondern nur das Gewicht der materiellen Prinzipien angesichts der epistemischen Unsicherheit beeinflussen. Siehe Alexy, *Law's Ideal Dimension* (Fn. 6), S. 175–189. Für weiterführende Diskussionen dieses Problem betreffend, siehe Wang, *Formal Principles as Second-Order Reasons* (Fn. 43), S. 429–448.

für die Befolgung des positiven Rechts, d. h. von Normen, die autoritativ gesetzt wurden und sozial wirksam sind. Das materielle Prinzip der Gerechtigkeit ist ein moralischer Grund gegen die Befolgung des ungerechten positiven Rechts. *Alexy* erklärt:

„The reason for the general priority of legal certainty over justice is the moral value and legitimacy of authoritative. But if moral reasons are relevant as reasons for abiding by the law, then moral reasons must also be relevant as reasons against abiding by the law; and if reasons of the same kind stand on both sides of a problem, then it is always possible that sometimes those on the one side will prevail, and sometimes those on the other. Thus, the possibility cannot be excluded that the moral reasons on the side of legal certainty will be outweighed by moral reasons on the side of justice. Precisely this is the case when the threshold of extreme injustice is crossed.“⁴⁵

Wenn positive Rechtsnormen extrem ungerecht sind, spricht die Abwägung der Gründe für ihre Nichtbefolgung. Bei extrem ungerechten Normen haben wir keinen entscheidenden Grund, sie zu befolgen, oder wir haben entscheidende Gründe, sie nicht zu befolgen. Der daraus resultierende rationale Fehler macht die Normen nicht nur rechtlich fehlerhaft, sondern auch rechtlich ungültig.

Wenn jedoch die Schwelle der extremen Ungerechtigkeit bei ungerechten positiven Rechtsnormen unterschritten wird, gibt es angesichts des allgemeinen Vorrangs des Prinzips der Rechtssicherheit vor dem Prinzip der Gerechtigkeit immer noch entscheidende Gründe für ihre Befolgung, weil umgekehrt die moralischen Gründe, die auf der Gerechtigkeit beruhen, unter diesen Umständen durch die moralischen Gründe, die auf der Rechtssicherheit beruhen, überwogen werden. Wenn also die Schwelle der extremen Ungerechtigkeit nicht überschritten wird, sind die ungerechten positiven Rechtsnormen nicht rational fehlerhaft. Mit anderen Worten sind ungerechte Rechtsnormen, solange ihre Ungerechtigkeit nicht ein extremes Ausmaß erreicht hat, rechtlich nicht fehlerhaft: Sie werden immer noch durch entscheidende Gründe gestützt, die auf dem Prinzip der Rechtssicherheit beruhen.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Wenn der Richtigkeitsanspruch des Rechts ein Anspruch auf Richtigkeit zweiter Ordnung ist, der sowohl das Prinzip der Rechtssicherheit als auch das Prinzip der Gerechtigkeit mit den Bedingungen der Nichtfehlerhaftigkeit des Rechts verbindet, und wenn die Richtigkeit zweiter Ordnung eine Sache der Abwägung ist, dann sind ungerechte positive Rechtsnormen, die unterhalb der Schwelle der extremen Ungerechtigkeit liegen, zumindest auf der Ebene der Richtigkeit zweiter Ordnung rational nicht fehlerhaft und rechtlich richtig. Unterhalb der Schwelle der extremen Ungerechtigkeit sind ungerechte positive Rechtsnormen nur inhaltlich unrichtig oder moralisch fehlerhaft im Sinne der Richtigkeit erster Ordnung, aber, wie

⁴⁵ *Alexy*, *Law's Ideal Dimension* (Fn. 6), S. 79.

Alexy einräumt, sie sind immer noch gestützt durch entscheidende Gründe im Hinblick auf die richtige Abwägung der relevanten moralischen Gründe. Ungerechte positive Rechtsnormen sind nur dann rational fehlerhaft, wenn die Schwelle der extremen Ungerechtigkeit überschritten wird, und jeder rationale Fehler führt zum Verlust der Rechtsgeltung. Folglich ist *Alexys* nichtpositivistische Theorie im Gegensatz zu *Murphys* und *Crowes* Auffassung tatsächlich eine eingeschränkte Version der starken Naturrechtstheorie. Sie unterscheidet sich von den üblichen starken Naturrechtstheorien nur dadurch, dass sie rationale Fehlerhaftigkeit auf extreme Ungerechtigkeit beschränkt.

V. Schluss

In diesem Artikel habe ich gezeigt, dass *Alexys* nichtpositivistische Theorie des Rechts als eine Version der Naturrechtstheorie gelesen werden kann. Seine Argumente für den inklusiven Nichtpositivismus, die durch das von den meisten zeitgenössischen Naturrechtstheoretikern vorgebrachte funktionale Argument ergänzt werden, können die Behauptung untermauern, dass moralische Richtigkeit sowohl in den Bedingungen der Nichtfehlerhaftigkeit des Rechts als auch in den Bedingungen der Existenz des Rechts eine Rolle spielt. Wenn jedoch der Richtigkeitsanspruch des Rechts als Anspruch auf Richtigkeit zweiter Ordnung das richtige Abwägen moralischer Gründe auf beiden Seiten der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit erfordert, entspricht *Alexys* inklusiver Nichtpositivismus eher der starken Naturrechtsposition: Ein rationaler Fehler in einer Norm führt zu ihrer rechtlichen Ungültigkeit, während eine mutmaßliche Rechtsnorm nur dann rational fehlerhaft ist, wenn sie extrem ungerecht ist.