

Peng-Hsiang Wang*

Recht, Semantik und Objektivität**

I. Einleitung: Der Streit um den Rechtsbegriff als ein semantisches Problem?

Das Hauptproblem der Rechtsphilosophie läßt sich in einer Frage formulieren: „Was ist Recht?“. Zur Beantwortung dieser Frage sind in der Geschichte der Rechtsphilosophie zahlreiche Definitionen des Rechts vorgeschlagen worden, die so weit auseinander gehen, daß man sich fragen mag, ob sie sich überhaupt auf denselben Gegenstand beziehen. Wenn verschiedene Theorien im Streit um den Rechtsbegriff überhaupt keine Konvergenz hätten, wäre es nicht unberechtigt zu fragen, ob es einen objektiven Begriff des Rechts geben kann. Einen interessanten Ansatz zur Lösung des Objektivitätsproblems des Rechts bieten die sog. semantischen Theorien, die versuchen, die Bedeutung des Ausdrucks „Recht“ zu erklären. Die zugrundeliegende Annahme des semantischen Ansatzes ist die folgende: Die Bedeutung eines Ausdrucks bestimmt seine Referenz. Wenn wir die Bedeutung oder die gemeinsame Gebrauchsweise des Ausdrucks „Recht“ erfassen könnten, dann könnten wir auch erkennen, was das Recht ist. Ein objektiver Begriff des Rechts sei demnach nur dann möglich, wenn der Ausdruck „Recht“ eine objektive Bedeutung hätte. Die Frage „Was ist Recht?“ ließe sich dann in die Frage „Was bedeutet der Ausdruck *Recht*?“ transformieren. Der Streit um den Begriff des Rechts verwandelt sich dann von einem metaphysischen Problem in ein semantisches.

Die semantischen Theorien des Rechts sehen sich vehementer Kritik ausgesetzt. Nicht der geringste unter den Kritikern ist Ronald Dworkin, der in „Law's Empire“ den semantischen Zugang in Frage stellt.¹ Sowohl der Rechtspositivismus – vor allem in den von John Austin und H. L. A. Hart vertretenen Varianten – als auch die traditionelle Naturrechtslehre werden von Dworkin als die semantischen Theorien kritisiert. Der Grundfehler der semantischen Theorien, den Dworkin als „semantic sting“ bezeichnet, ist die Annahme, daß der Ausdruck „Recht“ von jedem nach denselben Regeln oder Kriterien verwendet werden muß, wenn der Streit um das, was Recht ist, sinnvoll sein soll. Diese Regeln oder Kriterien könnten vielleicht nicht immer explizit oder exakt formuliert sein, sie müßten aber stets in jeder vollentwickelten Rechtsgemeinschaft vorhanden sein. Nach den semantischen Theorien liegt die Hauptaufgabe der Rechtsphilosophie darin, diese gemeinsamen semantischen Regeln oder Kriterien zu explizieren. Ein derartiges Kriterium für die Identifikation des Rechts nennt Dworkin gelegentlich „fundamental master rule“². Weder der Rechtspositivismus noch die Naturrechtslehre bestreite nach Dworkin die Existenz einer solchen fundamental master rule im Rechtssystem. Für Dworkin besteht der Unterschied zwischen dem Rechtspositivismus und der Naturrechtslehre lediglich darin, daß die fundamental master rule im Rechtspositivismus konventionell akzeptiert wird, während sie in Naturrechtstheorien moralische Bewertungsmaßstäbe enthalten muß. Das Hauptziel von Dworkins Angriff bleibt allerdings der Rechtspositivismus. Seine umfassende Auseinandersetzung mit dem Rechtspositivismus kann hier unmöglich in allen Details behandelt werden. Im Folgen-

* Dr. jur., Assistant Research Fellow am Institutum Jurisprudentiae, Academia Sinica, Taiwan.

** Ich danke Carsten Bäcker für wertvolle Hinweise und die sprachliche Überarbeitung des Manuskripts.

1 *Ronald Dworkin, Law's Empire, Cambridge (Mass.) 1986, 31 ff.*

2 *Dworkin (Fn. 1), 34.*

den soll nur seine Kritik der positivistischen semantischen Theorie zusammengefaßt und rekonstruiert werden. Diese Rekonstruktion bildet den Ausgangspunkt meiner Überlegungen.

II. Rechtspositivismus als semantische Theorie und Dworkins Kritik

Die semantischen Grundannahmen des Rechtspositivismus bestehen aus drei miteinander verbundenen Elementen: (1) einem Kriterienmodell der Bedeutung, (2) einer Verifikationstheorie der rechtlichen Wahrheit und (3) dem Konventionalismus der Rechtspraxis.

Zum Kriterienmodell der Bedeutung: Der grundlegende Baustein der positivistischen Semantik besteht aus den folgenden zwei Annahmen: (a) Die Bedeutung des Ausdrucks „Recht“ bestimmt seine Referenz, nämlich das Recht. (b) Die Bedeutung oder die richtige Verwendung des Ausdrucks „Recht“ ist durch eine Zusammenstellung von Kriterien festgelegt. Aus (a) und (b) ergibt sich ein Schema der Definition des Rechts: „Ein Gegenstand x ist genau dann Recht, wenn x die Kriterien $K_1 \dots K_n$ erfüllt.“ Anhand dieser Kriterien läßt sich das Recht identifizieren. Das Hauptbeispiel für ein solches Identifikationskriterium ist Harts Erkenntnisregel (rule of recognition).³ Für das britische Rechtssystem formuliert Hart ein Kernstück der Erkenntnisregel in dem Satz: „What the Queen in Parliament enacts is law“⁴.

Zur Verifikationstheorie der rechtlichen Wahrheit: Die Identifikationskriterien statuieren zugleich die Wahrheitsbedingungen der rechtlichen Aussagen. Wenn der Ausdruck „Recht“ auf einen Gegenstand x zutrifft, dann ist die Aussage „x ist Recht“ wahr. „Recht“ trifft auf x genau dann zu, wenn x die Identifikationskriterien erfüllt. Insofern ist eine rechtliche Aussage genau dann wahr, wenn die semantischen Kriterien für den Ausdruck „Recht“ erfüllt werden. Die Erkenntnisregel enthält also die Kriterien, mit denen eine rechtliche Aussage verifiziert werden kann. Eine Hauptthese des Rechtspositivismus ist, daß die Wahrheitsbedingungen der rechtlichen Aussagen, die Dworkin „grounds of law“ nennt, ausschließlich aus solchen Kriterien bestehen.

Zum Konventionalismus der Rechtspraxis: Die Existenz der Erkenntnisregel manifestiert sich in der sozialen Tatsache, daß sie von den Mitgliedern einer Rechtsgemeinschaft als öffentlicher, gemeinsamer Standard akzeptiert und tatsächlich zur Identifizierung des Rechts verwendet wird.⁵ Die Existenz der Erkenntnisregel ist also eine konstitutive Konvention, nämlich eine die Rechtsquellen konstituierende Praxis. Weshalb diese oder jene Menge von Kriterien mit dem Ausdruck „Recht“ assoziiert wird, kommt ausschließlich auf die Konvention der jeweiligen Rechtsgemeinschaft an. Das Recht wird demzufolge allein durch Konventionen bestimmt.⁶

Die semantischen Thesen des Rechtspositivismus sind von besonderer Bedeutung für das Objektivitätsproblem im Recht. Zuerst ist das Problem der Bestimmtheit des Rechts (legal determinacy) zu betrachten. Nicht selten wird die Objektivität des Rechts als die Existenz richtiger Antworten auf alle oder einige rechtlichen Fragen verstanden.⁷ Eine auf diese Weise verstandene Objektivität lehnen die Rechtspositivisten

3 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2 Aufl. Oxford 1994, 100 ff.

4 Hart (Fn. 3), 107.

5 Hart (Fn. 3), 110.

6 Zu dem Zusammenhang zwischen Konvention und Erkenntnisregel vgl. insbesondere *Andrei Marmor*, *Positive Law and Objective Values*, Oxford 2001, 19 ff.

7 Vgl. dazu *David O. Brink*, *Legal Interpretation and Morality*, in: *Brian Leiter* (Hrsg.), *Objectivity in Law*

ab, weil die Kriterien für die Identifikation des Rechts unbestimmt oder lückenhaft sein könnten. In einigen Fällen ist es zweifelhaft, ob die Wahrheitsbedingungen für eine rechtliche Aussage p erfüllt werden oder nicht. In anderen Fällen ist es ferner möglich, daß weder p noch $\neg p$ aufgrund der vorhandenen Kriterien verifiziert werden kann. Nach der positivistischen Auffassung gibt es für solche umstrittenen Fälle, die *hard cases*, nicht eine einzig richtige Antwort. Die Entscheidungen dieser Fragen lägen im Spielraum des richterlichen Ermessens.⁸

Für die Rechtspositivisten besteht die Objektivität des Rechts nicht darin, daß ein Identifikationskriterium in jedem Fall genau eine richtige Antwort bestimmen kann, sondern vielmehr darin, daß das oberste Kriterium für die Identifikation des Rechts, also die Erkenntnisregel, von der Rechtsgemeinschaft gemeinsam akzeptiert wird. Die Objektivität des Rechts basiere also auf der intersubjektiven Akzeptanz des obersten Identifikationskriteriums in einer Rechtsgemeinschaft. Diese auf Konventionen beruhende Auffassung der Objektivität habe eine wichtige Konsequenz: Einzelne Rechtsorgane mögen bei der Anwendung der Erkenntnisregel Fehler begehen, aber es sei unmöglich, daß sich die ganze Rechtsgemeinschaft, zumindest alle Rechtsanwendungsorgane, bei der Identifizierung des Rechts irrt. Denn nach dem Rechtspositivismus werden die Identifikationskriterien ausschließlich von der sozialen Konvention konstituiert. Was Recht ist, sei demzufolge ausschließlich durch die konventionellen Kriterien zu bestimmen. Es wäre dann absurd zu sagen, daß sich die ganze Gemeinschaft in der Bestimmung der Referenz des Ausdrucks „Recht“ irrt. Die Möglichkeit des kollektiven Irrtums ist von den Positivisten ausgeschlossen.⁹

Es ist leicht zu sehen, weshalb die Rechtspositivisten auf der Existenz eines gemeinsam akzeptierten Identifikationskriteriums beharren müssen. Der Grund liegt in ihrer semantischen Annahme, daß die semantischen Regeln oder die Wortgebrauchsregeln eines Ausdrucks seine Referenz festlegen. Wenn der Ausdruck „Recht“ mit verschiedenen Bedeutungen verwendet würde, könnte er nicht auf dieselben Dinge referieren. Wenn zwei Juristen zwei unterschiedliche, eventuell miteinander unvereinbare oberste Kriterien zur Identifizierung des Rechts verwenden, könnten sie nicht sinnvoll über das Recht debattieren, weil sie einfach aneinander vorbeireden würden. Ohne die Akzeptanz der gemeinsamen Kriterien hätte die Debatte darüber, was Recht ist, überhaupt keine Konvergenz. Nach der positivistischen semantischen Theorie gibt es nur eine Art der Streitigkeiten über das Recht: Die empirische Streitigkeit darüber, ob die gemeinsam akzeptierten Kriterien im betreffenden Fall erfüllt werden oder nicht.¹⁰

Dworkin hält das positivistische Bild für falsch. Nach ihm ist ein Streit darüber, was Recht ist, stets eine theoretische Streitigkeit (*theoretical disagreement*). Bei den theoretischen Streitigkeiten gehe es nicht darum, ob die gemeinsam akzeptierten Kriterien für die Bedeutung oder Verwendung des Ausdrucks „Recht“ erfüllt werden oder nicht, sondern darum, ob diese Kriterien seine Referenz, nämlich das Recht, angemess-

and Morals, Cambridge 2001, 44 ff.; *Brian Leiter*, Law and Objectivity, in: *Jules Coleman/Scott Shapiro* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford 2002, 977.

8 Es ist bekannt, daß Dworkin diese These ablehnt und die gegensätzliche Auffassung vertritt. Nach ihm existiert die einzig richtige Antwort, selbst wenn wir über keine Verifizierungsmethode verfügten. Vgl. *Dworkin*, *A Matter of Principles*, Cambridge (Mass.) 1985, 119 ff.

9 Die Unmöglichkeit des kollektiven Irrtums im Positivismus hat Marmor deutlich ausgedrückt: „If a given concept is constituted by social conventions, it is impossible for the pertinent community to misidentify its reference“ (*Andrei Marmor*, An Essay on the Objectivity of Law, in: *Brian Bix* (Hrsg.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford 1998, 11).

10 Zu dieser Erklärung der Erforderlichkeit der Existenz der gemeinsam akzeptierten Kriterien vgl. *Dworkin* (Fn. 1), 43 f.

sen charakterisieren.¹¹ Nicht die Erfüllung, sondern die Angemessenheit der Kriterien selbst sei der Streitgegenstand. Die theoretischen Streitigkeiten setzten nicht voraus, daß alle Teilnehmer der Rechtspraxis über ein gemeinsames Kriterium für die Identifikation des Rechts verfügen müssen, denn die Frage, was Recht *wirklich* ist, sei gerade das zentrale Thema der Debatte. Die in den theoretischen Streitigkeiten angebrachten Argumente seien also stets Argumente über die Natur des Rechts.

Dworkins Erklärung der theoretischen Streitigkeiten verfeinert in gewissem Maße unser Verständnis des Streits um den Rechtsbegriff. Die verschiedenen Definitionen des Rechts sind weder stipulative noch lexikalische Definitionen, d.h. sie sind weder konventionelle Festsetzungen der Bedeutung noch Feststellungen des üblichen Sprachgebrauchs. Diese Definitionen lassen sich als sog. „theoretische Definitionen“ ansehen. Eine theoretische Definition versucht, durch Angabe der wesentlichen Merkmale eine angemessene Charakterisierung derjenigen Gegenstände zu geben, auf die sie angewendet wird.¹² Eine theoretische Definition des Rechts vorzuschlagen, heißt letztlich, eine substantive Theorie des Rechts aufzustellen, die beansprucht, eine beste Erklärung der Natur des Rechts zu liefern, wobei diese Theorien des Rechts stets debattierbar bleiben. Im Laufe der Argumentation könnte sich unsere Ansicht über die Natur des Rechts ändern. Eine Theorie kann revidiert oder durch eine andere Theorie, die die Natur des Rechts besser erklärt, ersetzt werden. In Hinblick auf die Revidierbarkeit oder Widerlegbarkeit können theoretische Definitionen besser als Hypothesen über die gesuchte Natur verstanden werden.

Ein ähnliches Bild hat Dworkin in *Law's Empire* in Bezug auf seine Theorie der konstruktiven Interpretation entwickelt. Recht ist nach Dworkin eine interpretative Praxis. Die konstruktive Interpretation bestehe aus drei Stufen:¹³ In der ersten, präinterpretativen Stufe werden die Regeln und Standards identifiziert, die den vorläufigen Inhalt der zu interpretierenden Praxis darstellen. In der zweiten, interpretativen Stufe soll eine allgemeine Rechtfertigung für die in der letzten Stufe identifizierten Hauptelemente der Praxis angebracht werden. Die interpretative Stufe hat zwei Aspekte: den Aspekt des Passens (*fit*) und den Aspekt der substantiven Rechtfertigung (*justification/substance*). Einerseits muß diese Rechtfertigung zwar nicht zu allen, doch zu hinreichend vielen Merkmalen der bestehenden Praxis passen, damit sie nicht als Erfindung, sondern als Interpretation einer Praxis qualifiziert werden kann. Andererseits muß diese Rechtfertigung versuchen, der zu interpretierenden Praxis einen Sinn oder Zweck, den Dworkin „point“ nennt, zuzuschreiben, damit sie eine substantive Theorie konstruieren kann, die die zu interpretierende Praxis im besten Licht erscheinen läßt. In der dritten, nachinterpretativen Stufe geht es um die Revision. Der Sinn dafür, was die Praxis „wirklich“ erfordert, soll auf die in der interpretativen Stufe akzeptierte Rechtfertigung angepasst werden. Als Ergebnis der Interpretation könnten die in der vorinterpretativen Stufe identifizierten Regeln oder Standards erweitert, geändert oder völlig aufgegeben werden. Insofern soll eine konstruktive Interpretation ein Gleichgewicht zwischen der vorgefundenen Praxis und ihrer besten Rechtfertigung erreichen.

„Recht“ ist nach Dworkin unvermeidlich ein umstrittener Begriff. Um eine beste Rechtfertigung der Rechtspraxis zu liefern, müsse jeder Interpretationsvorschlag eine Theorie über den Sinn oder die Natur des Rechts konstruieren. Was dieser Sinn oder diese Natur eigentlich ist, sei jedoch immer umstritten. Dabei gehe es um einen

11 Dworkin (Fn. 1), 3 ff., 41 ff.

12 Zu theoretischen Definitionen und ihrem Unterschied zu stipulativen und lexikalischen Definitionen vgl. Irving Copi, Einführung in die Logik, München 1998, 52 ff.

13 Dworkin (Fn. 1), 46 ff., 65 ff.

genuinen, einen theoretischen Streit, auch wenn verschiedene Kriterien für die Konstruktion der Interpretation verwendet würden, denn die konkurrierenden Interpretationen richten sich nach Dworkin auf denselben Gegenstand.¹⁴ Doch die Konvergenz der theoretischen Streitigkeiten besteht nach Dworkin nicht darin, daß die zu interpretierende Praxis „definierende Merkmale“ aufweise. Es wäre falsch anzunehmen, daß alle Anwendungsbeispiele einer Praxis über gemeinsame Merkmale verfügen, welche man in einem oder mehreren Kriterien zusammenfassen könnte. Anhand seines Beispiels der Höflichkeit (*courtesy*) behauptet Dworkin: „There is no feature that any stage or instance of the practice just must have, in virtue of the meaning of the word ‚courtesy‘, and the search for such a feature should be just another example of the lingering infection of the semantic sting“¹⁵. Nach Dworkin ergibt sich die Konvergenz vielmehr aus der historischen Kontinuität der Praxis. In jeder Stufe der Entwicklung der Praxis gebe es stets gewisse Beispiele, zu denen irgendeine plausible Interpretation passen müsse. Solche Beispiele nennt Dworkin „Paradigmen“. Paradigmen exemplifizierten die typischen Eigenschaften, die jede plausible Interpretation zu erklären habe. So sei z.B. die Regelung der Höchstgeschwindigkeit auf der Autobahn in Kalifornien ein paradigmatisches Beispiel des amerikanischen Rechtssystems, weil sie eine nach den Regeln der Gesetzgebung eines Bundesstaates erlassene Vorschrift sei. Ein Interpretationsvorschlag, der versucht, den Rechtscharakter der Geschwindigkeitsregelung in Kalifornien zu verleugnen, würde als völlig unpassend zu der Rechtspraxis der U.S.A. erscheinen. Dennoch hebt Dworkin hervor, daß Paradigmen zwar die Konvergenz verschiedener Interpretationen anziehen, sie aber dennoch nicht gegen Revisionen immun seien. So war die Regel, die gebietet, in Gegenwart eines Adligen den Hut abzunehmen, einmal ein Paradigma der Höflichkeitspraxis in der früheren Zeit. Nach der heutigen Ansicht über den Sinn der Höflichkeit wird sie jedoch nicht mehr als ein typisches Beispiel angesehen. Daß Paradigmen in Frage gestellt werden können, hat Dworkin wie folgt ausgedrückt: „Paradigms anchor interpretations, but no paradigm is secure from by a new interpretation that accounts for other paradigms better and leaves that one isolated as a mistake“¹⁶.

III. Eine alternative semantische Grundlage für die Theorie des Rechts

Die vorgenommene grobe Skizze der Kritik Dworkins sollte das Defizit der positivistischen Semantik einigermaßen verdeutlicht haben. Wenn die Debatte um den Begriff des Rechts im Wesentlichen eine Art der theoretischen Streitigkeiten ist, ist es fragwürdig, ob die Objektivität des Rechts auf einer Konvention, nämlich auf der intersubjektiven Akzeptanz eines obersten Identifikationskriteriums in einer Rechtsgemeinschaft, beruhen kann. In den theoretischen Streitigkeiten darüber, was Recht ist, wird gerade die Angemessenheit oder die Richtigkeit dieses Kriteriums in Frage gestellt. Hierbei werden verschiedene alternative Theorien des Rechts, die Dworkin in *Law's Empire* „Interpretationen“ nennt, vorgeschlagen. Sie konkurrieren miteinander um die beste Erklärung oder Rechtfertigung des Rechts. In theoretische Streitigkeiten einzutreten bedeutet schließlich, mit der Verwendung der gemeinsamen Kriterien aufzuhören. Damit kann die Objektivität des Rechts nicht mehr ausschließlich durch Konventionen begründet werden. Wenn die Rechtspraxis, wie Dworkin behauptet, eine *argumentative Praxis*

14 Dworkin (Fn. 1), 46.

15 Dworkin (Fn. 1), 70.

16 Dworkin (Fn. 1), 72.

ist,¹⁷ erscheint das Kriterienmodell der Bedeutung allein ebenfalls nicht plausibel, weil es nicht vermag, den argumentativen Charakter und die Objektivität des Rechts auf kohärente Weise zu erklären.

Ein Anhänger der positivistischen Semantik könnte meinen, daß das Kriterienmodell der Bedeutung ohne weiteres seine Anwendung auf die Theorie des Rechts finden kann, selbst wenn der Konventionalismus mit dem argumentativen Charakter der Rechtspraxis unvereinbar ist. Eine Theorie aufzustellen oder, mit Dworkins Worten, eine Interpretation vorzuschlagen, wäre dann in der Tat nichts anderes als ein Kriterium (oder eine Zusammenstellung von Kriterien) für die Bedeutung des Rechts aufzustellen. Aber das Kriterienmodell allein, wie oben bereits angedeutet, führt zu einem Relativismus, so daß die Konvergenz in theoretischen Streitigkeiten unmöglich wäre. Die Debatte um den Begriff des Rechts ist insofern ein „genuiner“ Streit, als sie voraussetzt, daß es verschiedene Theorien über dieselben Dinge, nämlich das Recht, gibt. Der Ausdruck „Recht“ in rivalisierenden Theorien soll und kann sich auf denselben Gegenstand beziehen. Die Referenz von „Recht“ muß also in einem gewissen Maße *theorieunabhängig* sein. Es muß eine gewisse Diskrepanz geben zwischen dem, was der Gegenstand *wirklich* ist, und unseren Vorstellungen, Überzeugungen oder Beschreibungen von diesem Gegenstand. Allerdings macht das Kriterienmodell der Bedeutung die Referenz des Ausdrucks „Recht“ vollkommen theorie relativ. Nach dem Kriterienmodell wird die Referenz von „Recht“ durch die semantischen Kriterien festgelegt. Recht ist demnach das, was diese Kriterien erfüllt. Angenommen, der Ausdruck „Recht“ wird in einer Theorie T_1 mit dem Kriterium *ABC* und in einer anderen Theorie T_2 mit einem anderen, mit *ABC* unvereinbaren Kriterium *XYZ* assoziiert. Der Ausdruck „Recht“ hätte dann in T_1 und T_2 verschiedene Bedeutungen. Vom Standpunkt T_1 aus referiert der Ausdruck „Recht“ in T_2 nicht auf das Recht, weil die Referenz von „Recht“ in T_2 das Kriterium *ABC* nicht erfüllen kann. Umgekehrt referiert der Ausdruck „Recht“ in T_1 nicht auf etwas, was von T_2 als Recht anerkannt würde, weil jeder Gegenstand, der *XYZ* nicht erfüllt, im Rahmen von T_2 keinesfalls als „Recht“ bezeichnet werden kann. Ein Anhänger der positivistischen Semantik könnte hiergegen einwenden, daß es sowohl richtige als auch unrichtige Kriterien gibt. Nicht jede beliebige Theorie lasse sich als eine adäquate Theorie des Rechts qualifizieren. Eine Theorie T sollte revidiert oder durch eine andere Theorie T' ersetzt werden, falls sich herausstellen wird, daß die von T aufgestellten Kriterien falsche Elemente hätten. Es ist aber fragwürdig, ob ein Positivist neben Konventionen noch andere substantive Maßstäbe für die Beurteilung der Richtigkeit der Kriterien annehmen könnte, ohne seiner positivistischen Haltung zu widersprechen. Diese Frage kann hier dahingestellt bleiben. Die unmittelbare inakzeptable Konsequenz der kriterialen Semantik ist, daß sich mit jeder Änderung einer Theorie auch die Bedeutung und damit die Referenz ändert. Der Ausdruck „Recht“ in T kann vor und nach der Revision nicht auf dasselbe referieren, weil die Kriterien von T durch die Revision schon verändert worden sind. Da die kriteriale Semantik die Änderung der Referenz und die Änderung der Theorien nicht unterscheidet, werden die theoretischen Streitigkeiten oft von den Positivisten nicht als ein Streit darüber, was Recht ist, sondern als ein Streit um die „Änderung des Rechts“ („Was soll Recht sein?“) angesehen. Wenn die Referenz des Ausdrucks „Recht“ theorieabhängig ist, so ist auch der rechtliche Wahrheitsbegriff theorieabhängig. Denn der Ausdruck „Recht“ trifft auf einen Gegenstand x genau dann zu, d.h. x erfüllt die Kriterien für den Begriff des Rechts, wenn die Aussage „ x ist Recht“ wahr ist. Dieselbe rechtliche Aussage p könnte im Rahmen einer Theorie verifiziert,

17 Dworkin (Fn. 1), 13.

doch im Rahmen einer anderen Theorie falsifiziert werden. Der Begriff der rechtlichen Wahrheit ließe sich dann jeweils nur innerhalb einer Theorie erklären.¹⁸ Die kriteriale Semantik führt folglich zur Inkommensurabilität von Theorien des Rechts. Es blieben dann nur „Paradigmenwechsel in der Theorie und Philosophie des Rechts“.¹⁹ Die Untersuchung zur Natur des Rechts wäre aus Sicht der positivistischen Semantik eine vergebliche Tätigkeit, weil jede Theorie nur auf *ihre eigene Welt* referieren könnte. Eine objektive Natur des Rechts wäre dann bloß ein Mythos. Schließlich werden die Objektivität und Konvergenz in den theoretischen Streitigkeiten vernachlässigt oder ungeklärt bleiben. Daraus ergibt sich das folgende Dilemma der positivistischen semantischen Theorie des Rechts: Wenn sie den argumentativen Charakter der Rechtspraxis erfassen will, muß sie einen Relativismus hinnehmen, nach dem ein objektiver Begriff des Rechts unmöglich ist; wenn sie dagegen die Objektivität des Rechts bewahren möchte, kann sie nur Zuflucht in Konventionen suchen. Der Begriff des Rechts wäre dann entweder konventionell konstituiert oder rein subjektivistisch.

Ich möchte zeigen, daß der argumentative Charakter der Rechtspraxis und die Objektivität des Rechts miteinander vereinbar sind. Zu diesem Zweck wird hier eine alternative semantische Grundlage, die auf Kripkes und Putnams „neuer Theorie der Referenz“ basiert,²⁰ für die Theorie des Rechts vorgeschlagen. In vielen Hinsichten läßt sich diese alternative Semantik als eine Explikation oder Weiterführung der intuitiven Ideen Dworkins ansehen. Die Kripke-Putnam Semantik richtet sich ursprünglich auf eine semantische Analyse von Wörtern für natürliche Arten, wie z.B. „Gold“, „Wasser“, „Tiger“. Nach Kripke und Putnam wird die Bedeutung oder die Referenz eines Ausdrucks für natürliche Arten, so etwa „Gold“, teilweise durch die Natur, teilweise durch die soziale Umgebung festgelegt, und nicht durch eine Zusammenstellung von Kriterien, die im voraus bestimmt wurden. Um zur Extension des Ausdrucks „Gold“ zu gehören, muß etwas von derselben Natur sein wie die Mehrheit der paradigmatischen Beispiele von Gold. Ein konventionelles Kriterium für die Identifizierung des Goldes, z.B. „Gold ist ein gelbes, schillerndes Schwermetall“, mag uns zwar helfen, gewisse Gegenstände als paradigmatische Beispiele für Gold zu bestimmen, aber sie ist weder synonym mit dem Ausdruck „Gold“ noch analytisch wahr. Es liefert vielmehr eine ungefähre zutreffende Charakterisierung der Referenz von „Gold“. Die mit einem Ausdruck konventionell verbundenen Kriterien enthalten normalerweise Merkmale, die für die fragliche natürliche Art charakteristisch, normal oder typisch sind, und an denen sich in normalen Situationen erkennen läßt, ob ein Ding von dieser Art ist. Sie geben jedoch weder hinreichende noch notwendige Bedingungen für die Zugehörigkeit zu dieser Art an. So ist nicht alles Gold, was gelb, schillernd, schwer und metallisch ist. Ein Stück Katzensgold weist alle diese Merkmale auf, doch es ist in Wirklichkeit kein Gold. Genauso ist es falsch anzunehmen, daß alles, was Gold ist, diese Merkmale besitzen muß. Ein einfaches Beispiel: ein

18 Aus diesem Grund plädiert ein konventioneller Positivist wie Marmor für eine relative, pluralistische Konzeption der Wahrheit (vgl. *Marmor* (Fn. 9), 7, 26).

19 Vgl. etwa *Werner Krawietz*, Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus. Eine kritische Auseinandersetzung mit dem Begriff des Rechts bei Ralf Dreier und Norbert Hoerster, in: *Rechtstheorie* 18 (1987), 232.

20 Vgl. *Saul Kripke*, *Naming and Necessity*, Cambridge (Mass.) 1982; *Hilary Putnam*, *Die Bedeutung von Bedeutung*, 3. Aufl. Frankfurt a. M. 2004. Zur Anwendung der Kripke-Putnam-Semantik auf die Philosophie des Rechts, vor allem das Objektivitätsproblem in der Interpretation, vgl. insbesondere *David Brink*, *Legal Interpretation, Objectivity and Morality*, in: *Brian Leiter* (Hrsg.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge 2001, 22 f.; *Michael Moore*, *Law as Functional Kinds*, in: *Robert George* (Hrsg.), *Natural Law Theory-Contemporary Essays*, 204 ff.; *Nicos Stavropoulos*, *Objectivity in Law*, Oxford 1996.

chemisch reines Gold sieht fast weiß aus. Ein konventionelles Kriterium liefert bestenfalls nur *defeasible* notwendige und hinreichende Bedingungen für die Zugehörigkeit zur fraglichen Art. Es ist jederzeit anfechtbar oder revidierbar, soweit es sich bei genauerer Untersuchung herausstellt, daß manche unter den paradigmatischen Beispielen von anderer Natur sind als die meisten anderen. Was etwas zu Gold macht, ist also die gleiche allgemeine verborgene Natur.

Was die Natur der fraglichen Art ist, ist nicht immer im voraus bekannt. Um diese Natur festzustellen, sind substantiv-theoretische Überlegungen erforderlich. Eine substantiv-theoretische Theorie besteht aus Annahmen über die Natur der fraglichen Art und zielt darauf, eine plausible Erklärung für die paradigmatischen Beispiele zu geben. Das obige, mit dem Ausdruck „Gold“ assoziierte Kriterium könnte man wohl als eine rudimentäre, vereinfachte Theorie über Gold ansehen, die sozusagen nur den „Stereotyp“, nämlich die oberflächlichen Merkmale von Gold, beschreibt. Die hinter diesem Kriterium stehenden Annahmen bieten keine befriedigende Theorie, da mit ihr das gesetzmäßige Verhalten von Gold nicht kohärent erklärt und unter gewissen Umständen echtes Gold nicht von falschem Gold unterschieden werden kann. Vom Standpunkt der besten heute verfügbaren Theorie aus erblicken wir die Natur des Goldes in seiner atomaren Grundzusammensetzung: Gold ist das Element mit der Atomzahl 79. Wenn das zutrifft, dann kann nichts anderes als das Element mit der Atomzahl 79 Gold sein. Die Entdeckung der Natur der fraglichen Dinge kann unbegrenzten Forschungsaufwand erfordern. Im Laufe der Forschung kann ein Identifikationskriterium durch neuartige Forschungsergebnisse bestritten, revidiert oder widerlegt werden. Geliefert wird also keine *Definition* von „Gold“, sondern immer nur eine *Hypothese* über die gesuchte Natur. Die Änderung unserer Ansicht über die Natur des Goldes führt zur Änderung der Theorien von Gold sowie der entsprechenden Kriterien für das Goldsein. Doch dies bedeutet nicht die Änderung der Referenz oder der Bedeutung von „Gold“, sondern lediglich die Ersetzung der alten Hypothese durch eine neue. Die Methoden für die Goldidentifizierung haben sich zwar in den letzten zwei Jahrtausenden ungeheuer verfeinert, doch bleibt die Referenz von „Gold“ immer dieselbe.

Neben der physikalisch-chemischen Beschaffenheit der natürlichen Umgebung spielt die soziale Umgebung auch eine Rolle bei der Bestimmung der Referenz. Dies erklärt Putnam mit Hilfe seiner Hypothese der sprachlichen Arbeitsteilung.²¹ Bei vielen Ausdrücken, wie z.B. „Gold“, können nur einige Benutzer dieses Ausdrucks, nämlich die Gruppe der Experten, zuverlässig feststellen, auf welche Gegenstände diese Ausdrücke zutreffen. Die übrigen Benutzer, die Laien, sind bei der Verwendung eines solchen Ausdrucks auf die Kooperation mit den Experten angewiesen. In Bezug auf „Gold“ sind die Experten diejenigen, die eine chemische Analyse durchführen können. Ein Laie kann zwar das Wort „Gold“ verwenden, um Gold zu bezeichnen, er weiß vielleicht sogar, daß Gold ein Element mit der Atomzahl 79 ist, aber er ist nicht dazu imstande, im Zweifelsfall Gold von ähnlich aussehenden Stoffen zu unterscheiden. Um festzustellen, ob etwas Gold ist oder nicht, kann der Laie sich auf das Expertenwissen berufen, ohne sich mit dem Verfahren zum Aufspüren von Falschgold auszukennen. Zu beachten ist, daß die Entscheidungskompetenz auf die Experten verlagert wird, nicht weil das Wissen der Experten die Referenz bestimmt, sondern weil sie über eine beste Theorie, die die Grundbeschaffenheit des Goldes erfolgreich erklärt, verfügen. Die epistemische Möglichkeit, daß diese Theorie durch heute noch nicht bekannte künftige Forschungen widerlegt oder revidiert wird, ist dabei nicht ausgeschlossen. Dennoch ist die Referenz zu verschiedenen Zeiten immer dieselbe, selbst wenn zu früheren Zeiten nur eine kleine

21 Vgl. Putnam (Fn. 20), 37 ff.

Zahl von Benutzern oder womöglich kaum jemand in der Lage ist, die Referenz eines Ausdrucks richtig zu bestimmen. Der Referenzbegriff ist somit theorieunabhängig.

IV. Fallibilität und Objektivität

Mit Hilfe der oben skizzierten Semantik läßt sich die Objektivität des Rechts ohne Rückgriff auf Konventionen begründen. Nach analoger Anwendung dieser neuen semantischen Grundlage wird die Bedeutung oder Referenz des Ausdrucks „Recht“ im wesentlichen durch die Natur des Rechts bestimmt und nicht durch irgendwelche semantischen Regeln oder konventionellen Kriterien. Ein konventionelles Identifikationskriterium könnte zwar Paradigmen des Rechts auswählen, aber es statuiert weder hinreichende noch notwendige Bedingungen für die Zugehörigkeit zum Recht. Nach einer theoretischen Reflexion über das Wesen des Rechts ist es nicht unmöglich, daß sich sogar von einem nach den Konventionen paradigmatischen Beispiel herausstellt, daß es der Rechtsnatur entbehrt und deshalb von der Extension von „Recht“ ausgeschlossen werden muß. In zweifelhaften Fällen haben die Rechtsanwendungsorgane, also die „juristischen Experten“, zwar die Autorität zu entscheiden, ob etwas Recht ist oder nicht, doch ihre Entscheidungen sind keinesfalls unfehlbar. Ein Argument für die Objektivität des Rechts, das sich unmittelbar der alternativen Semantik entnehmen läßt, ist damit die Einräumung der Möglichkeit von kollektiven Irrtümern. Nicht nur der Einzelne, sondern auch die ganze Gemeinschaft könnte sich in der Identifizierung der Referenz eines Ausdrucks irren. Die Fallibilität der menschlichen Erkenntnis ist für den Begriff der Objektivität konstitutiv, weil er voraussetzt, daß es eine Diskrepanz zwischen unseren Überzeugungen, Annahmen oder Kriterien und der objektiven Natur des Referenzobjekts gibt.²² Was wir für richtig oder wahr halten, ist nicht immer das, was richtig oder wahr ist.

Die Möglichkeit des kollektiven Irrtums läßt sich wiederum anhand des Beispiels von „Gold“ verdeutlichen. Es ist vorstellbar, daß es zu Archimedes Zeiten ein Metallstück X gegeben hat, das man damals nicht von dem echten Gold unterscheiden konnte. X sah genau so wie ein echtes Goldstück aus (d.h. es war gelb, schillernd und schwer) und hat sogar Archimedes' Dichtetest bestanden, so daß jeder vernünftige Grieche im Altertum geglaubt haben wird, daß es sich bei X um ein Goldstück handelte. Angenommen, X sei bis heute noch ohne große Änderungen an seinem Aussehen vorhanden. Ein heutiger Wissenschaftler hat eine chemische Analyse durchgeführt und ohne Schwierigkeiten festgestellt, daß X nicht aus dem Element mit der Atomzahl 79 besteht. Würden wir sagen, daß X zwar vor zwei Jahrtausenden Gold war, aber heute kein Gold mehr ist? Es scheint absurd zu sein, wenn man sagt, daß der Satz „X ist Gold“ zu Archimedes Zeiten richtig war und heute falsch ist. X gehört vielmehr von Anfang an nicht zur Extension von „Gold“, auch nicht zur Extension des altgriechischen „chrysos“, selbst wenn alle Griechen im Altertum X irrtümlich für Gold gehalten hätten. Der Satz „X ist Gold“ ist von Anfang an falsch.

Ein analoges Beispiel des kollektiven Irrtums im Recht findet sich in der Bewältigung des gesetzlichen Unrechts in Deutschland nach der Zerschlagung des Nationalsozialismus.²³ In dem Staatsangehörigkeitsbeschuß des Bundesverfassungsgerichts aus

22 Zum Verhältnis zwischen der Fallibilität und der Objektivität im Recht vgl. *Nicos Stavropoulos*, Objectivity, in: *A. Edmunson* (Hrsg.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford 2005, S. 316 f.

23 Zu diesem Beispiel siehe *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2. Aufl. Freiburg 1994, 18 ff.

dem Jahre 1968 geht es um § 2 der 11. Verordnung zum Reichbürgergesetz vom 25. November 1941, nach dem den emigrierten Juden aus rassistischen Gründen die deutsche Staatsangehörigkeit entzogen wurde. Nach der positivistischen Auffassung ist diese Vorschrift zweifelsohne Recht. Sie erfüllt das Identifikationskriterium des damaligen deutschen Rechtssystems und ist über einige Jahre hin praktiziert worden. Wahrscheinlich hätten nur sehr wenige in der damaligen deutschen Rechtsgemeinschaft bezweifelt, daß der Ausdruck „Recht“ wirklich auf dieses rassistische Gesetz zutrifft. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht diesen Vorschriften den Rechtscharakter abgesprochen, weil „sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolge anerkennen wolle, Unrecht statt Recht sprechen würde. ... In ihr (der 11. Verordnung, Anm. v. Verfasser) hat der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß sie von Anfang an als nichtig erachtet werden muß“²⁴. Damit ist die 11. Verordnung von Anfang an kein Recht, selbst wenn die ganze Rechtsgemeinschaft im nationalsozialistischen Deutschland sie irrtümlich für Recht gehalten hat, denn sie entbehrt der Natur des Rechts, dem Anspruch auf Gerechtigkeit.

Aus diesen Beispielen folgt, daß selbst wenn die Gemeinschaft über ein allgemein akzeptiertes Identifikationskriterium verfügt, dieses Kriterium nicht die Referenz des fraglichen Ausdrucks determinieren kann. Die Festlegung der Referenz bedarf stets substantiver Überlegungen. Eine Theorie, die nur den üblichen Wortgebrauch oder die semantischen Regeln von „Gold“ wiedergibt, sagt uns nicht, was Gold wirklich ist. Um festzustellen, ob etwas Gold ist, muß ein Wissenschaftler eine substantive Theorie über die Grundbeschaffenheit des Goldes entwickeln. Er kann nie mit einer Beschreibung des Stereotyps von Gold zufrieden sein. Im Gegenteil könnte seine Theorie sogar erweisen, daß den konventionellen Kriterien für die Identifizierung des Goldes ein Irrtum unterläuft. Im Streit darüber, was Recht ist, hilft uns ebensowenig eine reine „deskriptive“ Theorie des Rechts, die nur den üblichen Sprachgebrauch des Wortes „Recht“ feststellt oder die konventionellen Identifikationskriterien (angenommen, solche Kriterien seien tatsächlich vorhanden) beschreibt. Genauso wie die beste verfügbare naturwissenschaftliche Theorie die Natur des Goldes entdeckt und die paradigmatischen Beispiele für Gold erfolgreich erklären kann, muß eine Theorie des Rechts darauf zielen, die Natur des Rechts im besten Lichte zu erklären. Eine beste Theorie des Rechts muß nicht nur erklären können, weshalb gewisse Gegenstände als paradigmatische Beispiele für Recht anzusehen sind, sondern sie muß auch über diese Beispiele hinausgehen und ggf. erklären können, weshalb einige Paradigmen als Fehlbeispiele betrachtet werden müssen.

Die Erklärung der Irrtumsmöglichkeit führt einerseits zur Änderung unserer vorhandenen Überzeugungen, andererseits auch zur Verbesserung unseres Verständnisses von der Natur des Rechts. Was die gesuchte Natur des Rechts ist, ist immer umstritten. Dies erklärt, weshalb Theorien des Rechts stets debattierbar sind. Eine positivistische Theorie behauptet, daß die ordnungsgemäße Gesetztheit und die soziale Wirksamkeit ausschließlich die Natur des Rechts konstituieren. Recht sei demnach die Gesamtheit der Normen, die ordnungsgemäß gesetzt und sozial wirksam sind. Eine nichtpositivistische Theorie, die auch das Bundesverfassungsgericht im Staatsangehörigkeitsbeschuß vertritt, meint dagegen, daß die Natur des Rechts neben den beiden auf Konventionen oder Tatsachen abstellenden Elementen auch moralische Elemente einschließen. Danach gelte die inhaltliche Richtigkeit bzw. die Gerechtigkeit als eine Einschränkung, die durch die berühmte Radbruchsche Formel formuliert

24 BVerfGE 23, 98 (106).

werden könne: Eine ordnungsgemäß gesetzte und sozial wirksame Norm verliert ihren Rechtscharakter, wenn sie extrem ungerecht ist.²⁵ Das Verhältnis zwischen diesen drei Elementen, der ordnungsgemäßen Gesetztheit, der sozialen Wirksamkeit und der Gerechtigkeit, bildet den Kerngegenstand des Streits um die Natur des Rechts.²⁶ Wie diese drei Elemente am besten ins Verhältnis zu setzen sind, variiert je nach den verschiedenen Theorien des Rechts. Doch die Hauptsache ist, daß „Recht“ ein *trans-theoretischer* Terminus ist. Wir werden nicht sagen, daß die 11. Verordnung im Rahmen einer positivistischen Theorie Recht ist, aber im Rahmen einer nicht-positivistischen Theorie kein Recht. Wenn die nichtpositivistischen Argumente die positivistischen zurückdrängen, so wird die positivistische Theorie falsifiziert, nicht die Referenz des Ausdrucks „Recht“ verändert. Vielmehr referiert „Recht“ in verschiedenen Theorien immer auf dasselbe, selbst wenn eine Theorie ein falsches Kriterium zur Identifizierung der Referenz aufstellt. Deshalb können wir nicht sagen, daß die 11. Verordnung zur nationalsozialistischen Zeit Recht gewesen ist, doch nach dem Zusammenbruch des Nationalsozialismus kein Recht mehr war. Was sich im Laufe der Argumentation geändert hat, ist nicht die Natur des Rechts selbst, sondern unsere Ansicht über die Natur des Rechts. Insofern wird die Natur des Rechts nicht von der Theorie des Rechts festgesetzt, sondern entdeckt.

Es fragt sich jedoch, in welchem Maße die Natur des Rechts theorieunabhängig ist, so daß man von der „Entdeckung“ der Natur des Rechts sprechen kann. Diese Frage betrifft eine Vielzahl philosophischer Probleme um die Objektivität und kann im folgenden nur skizzenhaft behandelt werden. Es lassen sich zwei Arten der theoretischen Unabhängigkeit unterscheiden. Die starke Unabhängigkeitsthese behauptet, daß die Natur des Rechts völlig unabhängig von der menschlichen Erkenntnis existiere, d.h. unabhängig davon, ob es eine Theorie gibt, sie zu entdecken oder zu erweisen. Die Richtigkeit oder Wahrheit einer Theorie des Rechts sei danach zu überprüfen, ob sie mit dieser absolut theorieunabhängigen Natur übereinstimmt. Allerdings ist es nach der starken These möglich, daß wir von der Natur des Rechts überhaupt keine richtige Theorie konstruieren können, denn sogar eine in jeder Hinsicht ideale Theorie könnte dann falsch sein, soweit sie der objektiven (d.h. absolut geistesunabhängigen) Natur nicht entspricht. Aber die starke These ist nicht nur schwer zu begründen, sondern auch widersprüchlich: Wenn die Natur des Rechts in letzter Konsequenz unserem Wissen unzugänglich ist, ist es auch unmöglich festzustellen, ob eine Theorie mit der Natur des Rechts übereinstimmt oder nicht. Die der starken These zugrundeliegende metaphysische Annahme ist auf die Begriffe für natürliche Arten, z.B. „Gold“, ebenfalls nicht zutreffend. Die Aussage „Gold ist das Element mit der Atomzahl 79“ drückt das Wesen des Goldes aus, nicht weil sie irgendwelchen geistesunabhängigen Entitäten entspricht, sondern weil die Theorie, zu der sie gehört, eine erfolgreiche Erklärung für die Grundbeschaffenheit des Goldes liefert. Analog könnten wir wohl auch sagen, daß die von dem Bundesverfassungsgericht vertretene nichtpositivistische Theorie die Natur des Rechts entdeckt, nicht weil sie irgendwelchen der Erkenntnis transzendenten moralischen Tatsachen entspricht, sondern weil sie die beste Lösung des Problems des gesetzlichen Unrechts bietet, insbesondere wenn es um das Problem des Verbots der Rückwirkung in den sog. Mauerschützenfällen geht.²⁷ Demgegenüber behauptet die schwache Unabhängigkeitsthese, daß die Natur des Rechts nur relativ theorieunabhängig

25 Zu dieser Formulierung der Radbruchschen Formel siehe *Robert Alexy*, *Mauerschützen*, Hamburg 1993, 4.

26 Zur Rolle dieser drei Elemente im Streit um den Rechtsbegriff vgl. *Alexy* (Fn. 23), 29 ff.

27 Vgl. hierzu *Alexy* (Fn. 25), 30 ff.

ist. Nach dieser schwachen These läßt sich die Natur des Rechts durch eine idealisierte Theorie begreifen. Eine idealisierte Theorie des Rechts wäre eine Theorie, die ein perfektes Verhältnis zwischen der ordnungsgemäßen Gesetztheit, der sozialen Wirksamkeit und der inhaltlichen Richtigkeit für alle möglichen Fälle einschließt. Eine idealisierte Theorie wird zwar von *uns selbst* konstruiert, aber als eine Idealisierung so angesehen, als wäre sie unabhängig von uns. Eine solche Theorie ist zwar wegen der Fallibilität der menschlichen Erkenntnis faktisch nicht zu erstellen, doch sie hat den Charakter eines anzustrebenden Ziels: Im Streit darüber, was Recht ist, muß jede Theorie den Anspruch erheben, daß das von ihr vorgeschlagene Verhältnis das Beste ist, obwohl sie die idealisierte Theorie nicht vollständig erfassen kann. Die dauernde Revision der aktuellen Theorien läßt sich also als ein Verfahren der Annäherung an die idealisierte Theorie ansehen. Insofern ist der Gedanke einer objektiven Natur des Rechts eine regulative Idee, die wir in jedem vernünftigen Streit um den Rechtsbegriff voraussetzen müssen.²⁸

28 Zur regulativen Idee der absoluten Richtigkeit im praktischen Diskurs vgl. etwa Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M. 1995, 122.
