

III. *Moralische Richtigkeit als Kriterium der Rechtsgeltung*

Wenn man davon ausgeht, dass das Recht ebenso wie Moral Verbindlichkeit beansprucht, dann ergeben sich Unterschiede des Rechts zur Moral auf der Ebene der Geltungskriterien. Das Recht verwendet andere Kriterien für die Bestimmung der rechtlich geltenden Normen als die Moral. In erster Linie sind die Kriterien rechtlicher Geltung die Inkraftsetzung einer Norm gemäß den im Rechtssystem festgelegten und anerkannten Bedingungen, z.B. Erlass eines Gesetzes durch das Parlament, Entstehung von Gewohnheitsrecht, richterliche Präjudizien (sofern diesen in einer Rechtsordnung rechtliche Verbindlichkeit zugeschrieben wird). Solche Kriterien der Rechtsgeltung sind jedenfalls teilweise unabhängig von denen der Moral. Es gibt rechtliche Regelungen, die überhaupt nichts mit Fragen der Moral oder Gerechtigkeit zu tun haben. Selbst in Bereichen, die Fragen der Moral oder Gerechtigkeit berühren, kommt es für die Rechtsgeltung jedenfalls in der Regel nicht auf die moralische Richtigkeit der Rechtsnorm an. Es bleibt die Frage, ob sich, wenn auch nicht für einzelne Normen, so doch für Rechtssysteme ein begrifflicher Zusammenhang zwischen rechtlicher und moralischer Geltung herstellen lässt. Es gibt eine Reihe solcher Ansätze.³²² Im Folgenden soll jedoch die *Alexysche* Konzeption der Verbindung von Recht und Moral diskutiert werden, da sie am Richtigkeitsanspruch des Rechts ansetzt und mit der These der Notwendigkeit eines Richtigkeitsanspruchs eine begriffliche Verbindung von Recht und Moral begründen möchte.

1. *Alexys These vom notwendigen Anspruch des Rechts auf Richtigkeit*

Alexy nimmt an, dass das Recht selbst notwendigerweise einen Richtigkeitsanspruch erhebe, der dazu führe, Gerechtigkeit oder moralische Richtigkeit als Kriterien der Rechtsgeltung anzuerkennen. Ein Rechtsetzungs- oder Rechtsanwendungsakt würde demnach von Rechts wegen eine Behauptung implizieren, dass dieser Akt gerecht sei. Die Begründung Alexys für die Annahme eines solchen Richtigkeitsanspruchs des Rechts ist,³²³ dass es performativ widersprüchlich sei, wenn eine Rechtsordnung in der Verfassung folgende Bestimmung enthielte:

"X ist ein souveräner, föderaler und ungerechter Staat."

Es handele sich um einen performativen Widerspruch, weil eine Verfassung, hier die des Staates X, implizit beanspruchen müsse, gerecht zu sein. Ebenso enthielten richterliche Urteile einen Richtigkeitsanspruch. Es sei widersprüchlich, wenn ein Gericht eine Entscheidung wie folgt begründete:

"Der Angeklagte wird zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt, wenn auch falsch, weil das geltende Gesetz fehlerhaft ausgelegt wurde."

Aber handelt es sich bei dem Richtigkeitsanspruch um einen Anspruch auf moralische Richtigkeit oder lediglich um einen formalen, relationalen Richtigkeitsanspruch, der

322 Z.B. Atria 2001.

323 Alexy 2000b, 139ff.

unabhängig von den Kriterien der Rechtsgeltung ist? Letzteres scheint jedenfalls im Beispiel der richterlichen Verurteilung plausibel.

Dies führt zu der Frage, in welchem Verhältnis der Begriff der rechtlichen Richtigkeit zur moralischen Richtigkeit steht. In einer elementaren Form lässt sich ein relationaler Richtigkeitsbegriff definieren. Richtigkeit wird als Erfüllung eines Gebots verstanden. Ein Urteil ist richtig, wenn es so ist, wie es die geltenden Normen es fordern. Rechtlicher und moralischer Richtigkeitsbegriff sind beide relational. Ein rechtlicher Richtigkeitsanspruch impliziert jedoch nicht notwendig einen moralischen.

2. Relationale Richtigkeit

Der relationale Richtigkeitsbegriff definiert Richtigkeit als Erfüllung eines Gebots, schreibt also einem Gegenstand (einer Handlung oder Entscheidung) Richtigkeit in Bezug auf eine Norm zu und hat damit relationalen Charakter.

In seinem relationalen Charakter stimmt der Begriff rechtlicher Richtigkeit mit dem der moralischen Richtigkeit überein. Ebenso wie das moralisch Richtige durch die Normen der Moral bestimmt wird, wird das rechtlich Richtige durch die Normen des Rechts bestimmt. Handlungen oder Entscheidungen werden also als richtig bezeichnet, wenn sie den für sie geltenden normativen Anforderungen entsprechen. Für Normen erscheint diese Redeweise allerdings unpassend. Normsetzungsakte können hingegen als eine Form von Entscheidung als richtig im relationalen Sinne von normgemäß qualifiziert werden. Für Recht und Moral lässt sich somit ein gemeinsamer Begriff der Richtigkeit bilden.

Die Übereinstimmung im Richtigkeitsbegriff begründet allerdings noch keine inhaltliche Verbindung von Recht und Moral. Rechtliche Richtigkeit kann in Bezug auf Rechtsnormen beurteilt werden, moralische Richtigkeit in Bezug auf Moralsnormen, ohne dass eine Beziehung zwischen beiden Normensystemen bestehen müsste. Der Umstand, dass manche Begriffe in Recht und Moral übereinstimmen, genügt nicht, eine begriffliche Verbindung von Recht und Moral zu begründen.

3. Richtigkeit als Gerechtigkeit

Alexy stellt einen Zusammenhang zwischen Recht und Moral über den Bezug des Rechts zur Gerechtigkeit her. Da Gerechtigkeit ein Teilaспект der Moral ist, folgt aus einem notwendigen Anspruch des Rechts auf Gerechtigkeit eine begriffliche Verbindung von Recht und Moral. Allerdings ist die Frage, ob Recht einen notwendigen Anspruch auf Gerechtigkeit erheben muss.

Es erscheint zutreffend, dass Gerechtigkeit nicht prinzipiell als rechtlich irrelevant behandelt werden kann. Ein Prinzip, ungerecht zu handeln, kann nicht rechtliche Gel tung besitzen. Es würde seinem Inhalt nach auf nicht zu rechtfertigende Regelungen zielen und ist daher nicht zustimmungsfähig. Daraus folgt allerdings nicht, dass Gerechtigkeit als Rechtsprinzip gelten muss. Eine Rechtsordnung kann die unmittelbare Berufung auf Gerechtigkeit ausschließen, aber nicht ungerecht sein.

Das Argument *Alexys* hat allerdings einen zutreffenden Kern, wenn statt auf Gerechtigkeit auf die Begründung einer verbindlichen Ordnung abgestellt wird. Recht zielt begrifflich notwendig auf die Bildung einer solchen Ordnung mit Anspruch auf Verbindlichkeit. In dieser Hinsicht lässt sich ein performativer Widerspruch begründen, wenn ein Gesetzgeber mit seinem Normsetzungsakt Voraussetzungen negiert, die zur Begründung einer verbindlichen Norm notwendig sind. Dazu gehört prinzipiell auch Gerechtigkeit, aber Gerechtigkeit kann mit anderen legitimen Zielen kollidieren und von ihnen verdrängt werden. Bedingungen, die strikt notwendig für die Begründung verbindlicher Normen sind, können hingegen in einem Normsetzungsakt nicht negiert werden, ohne dessen Charakter als Normsetzung zu konterkarieren.³²⁴ So kann ein Gesetzgeber nicht eine Norm erlassen:

"X ist ein souveräner Staat, der die berechtigten Interessen von Minderheiten nicht respektiert."

Ein solcher Akt wäre keine erfolgreiche Normsetzung, da er Gründe liefert, die Verbindlichkeit der formulierten Norm zu bestreiten. Allgemein lässt sich feststellen, dass Rechtserzeugungsakte nicht nur Anwendung und Befolgung beanspruchen müssen, sondern auch, dass es einen Grund dafür gibt, die gesetzte Norm als gültig anzuerkennen.

Insofern gibt es notwendige normative Voraussetzungen eines positivrechtlichen Rechtsbegriffs.³²⁵ Allerdings geht diese Verbindung von Recht und Moral nicht über den Verbindlichkeits- und Legitimitätsanspruch des Rechts hinaus. Er begründet insbesondere keine notwendige Verbindung auf der Ebene der Kriterien der Rechtsgeltung. Zwar setzt Rechtsgeltung voraus, dass ein Mindestmaß materieller Richtigkeit erreicht wird, also moralische Richtigkeit oder Gerechtigkeit in hinreichendem Maß realisiert wird. Recht kann - entgegen rechtspositivistischer Auffassung³²⁶ - nicht beliebigen Inhalt haben, sondern muss in gewissem Maß Forderung materieller Richtigkeit erfüllen. Dies wäre nicht der Fall, wenn das positive Recht Forderungen der Moral oder Gerechtigkeit in extremer Weise verletzte.³²⁷ Es lässt sich demnach nicht theoretisch, d.h. auf der Ebene des Rechtsbegriffs, ausschließen, dass moralische Richtigkeit oder Gerechtigkeit ein Element der Kriterien der Rechtsgeltung ist. Umgekehrt muss der Rechtsbegriff so gefasst werden, dass sich der Verbindlichkeitsanspruch des Rechts rechtfertigen lässt. Aber daraus folgt nicht, dass materielle Richtigkeit ein Kriterium der Rechtsgeltung sein müsste. Eine Rechtsordnung kann ohne Bezug auf materielle Richtigkeit auskommen, wenn die positiven Normen die Anforderungen materieller Richtigkeit im Ergebnis erfüllen.

324 Dieser Ansatz findet sich auch bei Fuller 1969. Es soll hier jedoch nicht untersucht werden, inwie weit die von Fuller aufgelisteten Inhalte notwendig als Rechtsnormen gelten müssen. Zu Fullers These der "internen Moralität des Rechts" Doerfer 2006, 85ff., 116ff.

325 Für Rechtskonzeptionen, die Recht nicht auf Setzungsakte zurückführen, müsste allerdings eine andere Begründung für den Zusammenhang mit Recht und substantiellen normativen Forderungen von Moral oder Gerechtigkeit gegeben werden.

326 Z.B. Kelsen 1960, 201f.

327 Zu diesem "Unrechtsargument" Dreier 1991; Alexy 1994.

4. Die Kontingenzthese

Die Kontingenzthese lautet, dass es von der jeweiligen Rechtsordnung abhängt, ob materielle Richtigkeit als Kriterium rechtlicher Geltung verwendet wird. Diese Frage lässt sich nicht rechtsbegrifflich, für alle Rechtssysteme, beantworten. Es lassen sich drei Positionen unterscheiden:

- (1) Der Rechtsbegriff schließt materielle Richtigkeit als Kriterium rechtlicher Geltung aus.³²⁸ D.h., materielle Richtigkeit ist niemals ein Kriterium rechtlicher Geltung (starker Rechtspositivismus).
- (2) Materielle Richtigkeit ist begrifflich notwendig Kriterium der Rechtsgeltung, jedenfalls in dem Sinn, dass extremes Unrecht kein geltendes Recht ist.³²⁹ (schwache Naturrechtskonzeption³³⁰)
- (3) Es hängt vom Rechtssystem ab, ob materielle Richtigkeit zu den Kriterien der Rechtsgeltung gehört.

Position (1) ist mit dem Verbindlichkeitssanspruch des Rechts unvereinbar, weil positives Recht extrem ungerechte Normen enthalten kann, dem die Rechtsgeltung im Sinne von verbindlicher Geltung abzusprechen ist.³³¹ Diese (2) trifft nicht zu, weil es positive Rechtssysteme geben kann, die Forderungen der Moral oder Gerechtigkeit in hinreichendem Maß erfüllen, so dass Rechtsgeltung in keinem Fall unter Rückgriff auf rein materielle Kriterien bestimmt wird. Wenn z.B. eine Verfassung vernunftrechtliche Prinzipien von Menschenrechten, Rechtsstaat und Demokratie inkorporiert, dann werden Streitfragen niemals unter Bezug auf Moralsnormen entschieden, sondern stets im Rahmen der positiven Verfassung.³³² Materielle Richtigkeit kommt in einem solchen System niemals als Kriterium der Rechtsgeltung zur Anwendung. Alles, was gesagt werden kann, ist, dass sie potentiell ein Kriterium der Rechtsgeltung darstellt und nicht bereits rechtsbegrifflich als Kriterium der Rechtsgeltung ausgeschlossen werden kann.

Die Kontingenzthese (3) kann wiederum in zwei Varianten vertreten werden, einer positivistischen und einer normativen. Die positivistische Variante ist die Konventionalitätsthese.³³³ Sie besagt, dass Recht eine Frage der Konvention ist, mithin beliebige

328 So Raz 1979, 38.

329 So Radbruch 1946; Alexy 1994.

330 Eine starke Naturrechtsposition würde hingegen annehmen, dass - negativ - jede Moralwidrigkeit die Rechtsgeltung ausschließen würde oder - positiv - moralische Richtigkeit rechtliche Geltung implizieren würde. Diese Positionen sind jedoch nicht zu rechtfertigen.

331 Vgl. Alexy 1994; Radbruch 1946.

332 So auch Dreier 1991, 107.

333 Genauer sind zwei Thesen zu unterscheiden. Die an dieser Stelle diskutierte rechtsbegriffliche Konventionalitätsthese behauptet, dass Recht eine Sache der Konvention ist. Sie enthält keine Aussage zu den Geltungskriterien innerhalb eines Rechtssystems. Die Kriterien, die innerhalb eines Rechtssystems angewandt werden, können andere sein als die, nach der in der Theorie Recht identifiziert wird. Die geltungstheoretische Variante behauptet, dass die obersten Geltungskriterien eines Rechtssystems konventionalen Charakter haben. Dies impliziert, dass die Tatsache, dass eine Norm von den Beteiligten als rechtlich gültig anerkannt wird, in der Rechtspraxis für die Beurteilung der Rechtsgeltung verwendet wird, also Rechtsanwendungsorgane ihre Beurteilung von der anderer Organe abhängig machen. Vgl. Marmor 2001, 6, 8, 21. Die geltungstheoretische Variante ist eine Form der Inkorporationsthese, die im folgenden Abschnitt diskutieren wird.

gen Inhalt haben kann und damit auch materielle Richtigkeit ein Kriterium rechtlicher Geltung sein kann, wenn dies in der Rechtspraxis anerkannt wird. Diese These steht jedoch, als Konzeption des Rechts als normatives System verstanden, vor dem Problem, die Verbindlichkeit des Rechts begründen zu müssen. Eine Definition des Rechts nach rein empirischen Kriterien kann diese Verbindlichkeit nicht sicherstellen.

Die Konventionalitätsthese trifft sich allerdings mit der Prinzipientheorie in einem Punkt. Der objektive Charakter des Rechts schließt es aus, die rechtliche Geltung einer Norm allein aufgrund einer individuellen Überzeugung ihrer moralischen Richtigkeit zu behaupten.³³⁴ Rechtsgeltung setzt empirisch feststellbare Akte der Anerkennung der betreffenden Norm voraus. Jedoch verkennt die Konventionalitätsthese den Charakter dieser Anerkennung. Voraussetzung objektiver Geltung ist die vernünftige Konvergenz der Beteiligten auf der Basis rationaler Argumentation und intersubjektiver Reflektion. Der Umstand, dass andere eine bestimmte normative Position akzeptieren oder nicht, ist für die Argumentation als Faktum relevant, aber kein die Argumentation leitendes Kriterium. Die Beteiligten müssen dieses Faktum bei ihrer Beurteilung berücksichtigen, welche Norm in der Situation der Divergenz verschiedener vertretbarer Auffassungen definitiv gelten sollte. Für diese Beurteilung leitend ist jedoch die Frage, welche Norm jemand in der fraglichen Situation für richtig hält. Daraus ergibt sich ein zweiter Einwand gegen die Konventionalitätsthese. Muss ein Gericht eine Entscheidung treffen, ohne das eine vernünftige Konvergenz über die Frage der Rechtsgeltung erreicht ist, muss es entsprechend seiner normativen Überzeugung über die Frage der rechtlichen Geltung einer Norm urteilen. Rechtssysteme müssen in solchen Fällen Aussagen über rechtliche Geltung aufgrund autonomer Urteile zulassen. Rechtsgeltung kann somit nicht konventional definiert werden.

Die normative Variante der Kontingenzthese macht die Definition oberster Kriterien der Rechtsgeltung von ihrer Rechtfertigung im Rahmen einer normativen Theorie der Rechtsgeltung abhängig. Die Grundfrage einer solchen Theorie ist, welche Normen rechtlich gelten müssen, um den Verbindlichkeitsanspruch des Rechts - einschließlich seiner zwangsweisen Durchsetzung - zu rechtfertigen. Eine solche Theorie kann dazu führen, dass die obersten Kriterien rechtlicher Geltung in einem bestimmten Rechtssystem empirischen Charakter haben. So kann gefordert werden, dass nur solche Normen als rechtlich angesehen werden, deren Geltung in irgendeiner Weise aufgrund der Verfassung begründet werden kann. Dies ist insbesondere dann plausibel, wenn die Verfassung die Prinzipien des Vernunftrechts wie Demokratie, Menschenrechte und Rechtsstaat inkorporiert hat.³³⁵ Eine normative Konzeption des Rechts kann andererseits dazu führen, dass die rechtliche Geltung von Verfassungsprinzipien unmittelbar aufgrund ihrer materiellen Richtigkeit behauptet werden kann, auch ohne einen Akt der Inkorporation oder eine andere empirische Geltungsbasis. Dies ist geboten, wenn die empirisch identifizierbaren Verfassungsnormen nicht ausreichen, die Legitimität des Rechtssystems oder einzelner seiner Teile zu gewährleisten.

334 Dazu s.o., § 5, I.

335 Vgl. Dreier 1991, 107.

Eine Konzeption des Rechts als normatives System muss es ermöglichen, dessen Anspruch auf Verbindlichkeit zu rechtfertigen. Die Identifizierung des Rechts kann daher nicht auf empirische Kriterien beschränkt werden. Vielmehr ist die normative Variante der Kontingenztthese zugrunde zu legen. Nach der normativen Kontingenztthese lässt sich eine zumindest indirekte Abhängigkeit der rechtlichen Geltung von der moralischen Richtigkeit der Rechtsnormen feststellen. Dieser Zusammenhang zwischen rechtlicher und moralischer Geltung ist jedoch lediglich extensionaler Natur, nicht intensionaler Natur. Auf der Ergebnisebene müssen die rechtlichen Normen in hinreichendem Maße Anforderungen von Moral und Gerechtigkeit erfüllen, um Legitimität beanspruchen zu können. Moralische Richtigkeit ist jedoch nicht ein aufgrund des Rechtsbegriffs notwendiges Kriterium der Rechtsgeltung.

5. *Inklusiver Rechtspositivismus*

Die in Position (3) formulierte Kontingenztthese kann in zwei Varianten vertreten werden. In der soeben diskutierten schwachen, negativen Form bestreitet sie eine allgemeine, rechtsbegriffliche Relevanz materieller Richtigkeit als Kriterium rechtlicher Geltung. Eine stärkere, positive Variante ist die These, dass in jeder Rechtsordnung die rechtliche Relevanz materieller Richtigkeit von positivrechtlicher Anerkennung abhängt. Dies ist die These eines inklusiven (schwachen, weichen) Rechtspositivismus,³³⁶ der moralische Richtigkeit als Kriterium der Rechtsgeltung zulässt, jedoch nur dann, wenn das positive Recht dies vorsieht.³³⁷ Dies kann als Inkorporationsthese bezeichnet werden.³³⁸ Mit ihr wird moralische Richtigkeit als oberstes Geltungskriterium innerhalb eines Rechtssystems ausgeschlossen. Sie steht allerdings vor einer Reihe von Problemen.

Ein erstes Problem ist, was für eine solche Inkorporation moralischer Kriterien in das Recht erforderlich ist. Es könnte explizite Anerkennung gefordert werden, andererseits könnte jede Form institutioneller Stützung ausreichen, oder es könnte eine mittlere, näher zu definierende Position angenommen werden. Die Forderung expliziter Anerken-

336 Vgl. Coleman 1983; Waluchow 1994; Soper 1996. Zum inklusiven Rechtspositivismus Székessy 2003. Die Terminologie wurde von Waluchow eingeführt. Eine andere Bezeichnung ist die als "soft positivism", vgl. Hart 1994, Postscript 247f., 250ff., 265f.; Kramer 1999, 152. Als Variante eines inklusiven Positivismus kann auch der "kritische Positivismus" von Tuori 2002 eingeordnet werden.

337 So z.B. Waluchow 1994.

338 Dies kann auch als Inkorporationsthese bezeichnet werden, so Sieckmann 1990, 193, in Abgrenzung zu anderen Formen eines schwachen Positivismus. Sie ist von der zuvor diskutierten Konventionalitätsthese zu unterscheiden. Die Konventionalitätsthese enthält eine These über die Natur des Rechts, während die Inkorporationsthese den möglichen Inhalt der obersten Geltungskriterien eines Rechtssystems betrifft. Anders als die Inkorporationsthese schließt die Konventionalitätsthese nicht aus, dass Gerechtigkeit oder moralische Richtigkeit als oberstes Geltungskriterium innerhalb eines Rechtssystems anerkannt wird.

Allerdings ist nicht klar, ob diese Unterscheidung von Konventionalitäts- und Inkorporationsthese von Vertretern eines inklusiven Rechtspositivismus geteilt wird. Coleman 1983, 35, verteidigt die Konventionalitätsthese, unterscheidet andererseits aber auch Inkorporation und Konventionalität, Coleman 1998, 381ff.

nung erscheint zu stark, da die Begründung rechtlicher Aussagen durch Interpretation allgemein zugelassen wird. Lässt man jede Form institutioneller Stützung genügen, stellt sich das Problem, dass verschiedene unvereinbare Normen diese Stützung aufweisen können und dann die Frage der Rechtsgeltung nach anderen, nicht positiven Kriterien entschieden werden muss. Beide Extreme erscheinen inadäquat. Andererseits ist nicht offensichtlich, wie eine mittlere Position für die Forderung positivrechtlicher Stützung zu definieren wäre.

Ein zweites Problem ist, dass ein inklusiver Rechtspositivismus in zwei Varianten vertreten werden kann:

- (1) Eine positivrechtliche Stützung ist notwendige Voraussetzung für die Anwendung moralischer Kriterien im Recht.
- (2) Eine positivrechtliche Stützung ist hinreichende Voraussetzung für die Anwendung moralischer Kriterien im Recht.

Die erste Position dürfte für moderne Rechtssysteme allgemein zutreffen, ist jedoch nicht ausreichend, eine positivistische Geltungstheorie zu rechtfertigen, deren zentrales Element eine oberste Erkenntnisregel im Sinne *H.L.A. Harts* darstellt. Die oberste Erkenntnisregel muss erlauben, die Rechtsgeltung einer Norm festzustellen. Dazu sind hinreichende Bedingungen der Rechtsgeltung notwendig. In modernen Rechtssystemen wird man kaum Fälle finden, in denen die rechtliche Geltung einer Norm ohne jegliche positivrechtliche Stützung festgestellt werden könnte.³³⁹ Kennzeichen einer positivistischen Geltungstheorie ist demnach, dass sie empirische Kriterien nicht nur als notwendig, sondern auch als hinreichend für die Begründung rechtlicher Geltung ansehen.

Ein inklusiver Rechtspositivismus, der beansprucht, hinreichende Bedingungen rechtlicher Geltung zu formulieren, ist verschiedenen Einwänden ausgesetzt. Aus der normativen Interpretation rechtlicher Geltung ergibt sich der Einwand der Möglichkeit extremen Unrechts. Da eine Pflicht zur Anwendung und Befolgung extrem ungerechten Rechts nicht gelten kann, muss eine Theorie rechtlicher Geltung ausschließen, dass die Kriterien rechtlicher Geltung zu einem solchen Ergebnis führen. Der inklusive Rechtspositivismus kann dies jedoch nicht ausschließen.³⁴⁰

Der inklusive Positivismus führt zudem zu konstruktiven Problemen. Im Fall einer Kollision von positivrechtlichen Prinzipien ist das Abwägungsurteil ein normatives mit absolutem Richtigkeitsanspruch, aber mit dem Anspruch auf rechtliche Geltung. Genügt für den inklusiven Positivismus diese Stützung durch positivrechtliche Prinzipien? Damit würden rechtliche Urteile mit moralanalogem Richtigkeitsanspruch zugelassen, so dass sich die gleichen Begründungsprobleme wie bei rein moralischen Urteilen stellen. Die Frage ist dann, was die Motivation für die Annahme eines inklusiven Positivismus sein soll. Ausgeschlossen würde immerhin die Berücksichtigung rein mora-

339 Vgl. auch Dworkin 1978, 40 (der allerdings die Eignung als formellen Geltungstest bestreitet, 64ff., 338ff.); Dreier 1991, 106.

340 Wird andererseits ein deskriptiver Begriff der Rechtsgeltung verwendet, können zwar die Normen, die Kriterien moralischer Richtigkeit in das positive Recht inkorporieren, empirisch-deskriptiv erfasst werden, nicht aber die Normen, die anhand von Kriterien moralischer Richtigkeit identifiziert werden sollen. Als deskriptive Theorie erscheint ein exklusiver Positivismus vorzugswürdig.

lisch begründeter Prinzipien in rechtlichen Abwägungen. Dies wiederum wäre aber dem Unrechtsargument ausgesetzt.

Im Fall einer Kollision eines positivrechtlichen Prinzips mit einem nicht positivrechtlich anerkannten Prinzip könnte eine definitive Norm festgesetzt werden, die das positivrechtliche Prinzip teilweise beschränkt. Ist dieses Ergebnis eine Rechtsnorm, oder nur der Teil dieser Norm, der dem positivrechtlich anerkannten Prinzip Vorrang gibt? Nun lässt sich, wenn die jeweiligen Vorränge komplementär sind, ein Bikonditional bilden: R genau dann, wenn T. Ein Teil dieser Norm ist durch ein positivrechtliches Prinzip begründet, ein anderer nicht positivrechtlich. Soll es dementsprechend hybride Normen mit sowohl rechtlichen wie nicht-rechtlichem Charakter geben?

Der inklusive Positivismus wirft somit mehr Probleme auf als er löst und bietet weder allgemein noch für das Prinzipienmodell eine adäquate Theorie der Rechtsgeltung.

IV. Konflikte zwischen Recht, Moral und Gerechtigkeit

Wenn eine positivrechtliche Regelung eindeutig ungerecht ist, ist die Frage, ob sich Bürger oder Gerichte und andere Organe des Rechtssystems an das positive Recht halten sollen oder ob sie Geboten der Moral oder Gerechtigkeit folgen sollen. Typischerweise stellt sich dieses Problem allerdings erst nach dem Zusammenbruch eines Unrechtssystems. Dann ist die Frage, wie mit dem vergangenen Unrecht umzugehen ist. Sind ungerechte Regelungen oder Maßnahmen als rechtlich gültig anzusehen oder nicht? Die Frage kann sich allerdings auch innerhalb einer faktisch geltenden Rechtsordnung stellen.

Da es sich um eine normative Frage handelt, ist ein normativer Rechtsbegriff zugrunde zu legen. Die Qualifizierung einer Norm als geltendes Recht impliziert einem normativen Rechtsbegriff zufolge eine Pflicht der Rechtsanwendungsorgane zur Anwendung und Befolgung der geltenden Rechtsnormen. Daraus folgt, dass die moralische Zulässigkeit der Anwendung des geltenden Rechts gewährleistet sein muss. Daher sind Kriterien der Gerechtigkeit oder allgemeiner materieller Richtigkeit für die rechtliche Geltung einer Norm relevant. Sind sie nicht positiviert, müssen sie als überpositives Recht anerkannt werden.

Für die Definition dieser überpositiven Kriterien rechtlicher Geltung gibt es verschiedene Vorschläge. *Radbruch* hat in seiner "Radbruchschen Formel" die Kriterien der Verleugnung der Gerechtigkeit und der Unerträglichkeit des Widerspruchs zur Gerechtigkeit angeführt. *Alexy* hat dies auf die Kurzformel, dass extremes Unrecht kein Recht sei, gebracht und ferner Schwere und Evidenz des Unrechts unterschieden.

Diese Kriterien sind vage und wertungsabhängig. Jedoch lassen sich eindeutige und zweifelhafte Fälle unterscheiden.

- Die Judenverfolgung des NS-Systems ist ein Fall extremen und evidenten Unrechts. Sie zielte darauf, einer Gruppe von Menschen ihre Lebensgrundlage und letztlich ihr Leben zu nehmen. Regeln, die zu diesem System gehören, wie die Ausbürgerung und