

Die Vielfalt des Rechtspositivismus

Der Positivist erscheint heute vielen Juristen „als ein minderwertiges Mitglied seiner Zunft“¹: Man sieht ihn vornehmlich als Paragraphenreiter, der sich stur an den Wortlaut der geltenden Gesetze klammert, mag das Ergebnis noch so unsinnig sein. Ja schlimmer noch, er erscheint als ein willfähriger Diener der jeweils Mächtigen, deren Anordnungen er eine juristische Scheinlegitimität verleiht, mag der Inhalt noch so empörend sein.

Es dürfte daher nicht uninteressant sein, die unter der Flagge des Rechtspositivismus segelnden Lehren unter die Lupe zu nehmen und – sine ira et studio – die kritische Sonde anzusetzen. Dabei möchte ich, der besseren Übersichtlichkeit halber, gleich zu Beginn meiner Ausführungen vier Thesen formulieren:

1. These: Es gibt nicht einen Rechtspositivismus, sondern es gibt Rechtspositivismen, also verschiedene Arten des Rechtspositivismus. Die verschiedenen Arten des Rechtspositivismus unterscheiden sich durch ihre verschiedenen Begriffe des Rechts, von denen sie ausgehen.
2. These: Jeder Rechtspositivist bestimmt seinen Begriff des Rechts durch gewisse äussere empirisch fassbare Merkmale, nicht durch inhaltliche Merkmale. Der Positivist stellt z. B. ab auf die Anerkennung von Normen durch die Bevölkerung oder auf die Existenz eines staatlich organisierten Zwangsapparates, der die Normen durchsetzt. Welche Normen inhaltlich die Bevölkerung anerkennt oder der staatliche Zwangsapparat durchsetzt, ändert nach der positivistischen Auffassung nichts an deren Rechtscharakter.
3. These: Der Positivist unterscheidet damit scharf zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein sollte; er trennt, wie

1 E. Riezler, Der totgesagte Positivismus (1951), in: W. Maihofer (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Darmstadt 1966, S. 239 ff. (239).

man es auszudrücken pflegt, zwischen dem Recht und der Moral. Daraus folgt zweierlei: Erstens: Auch vom positivistischen Standpunkt aus ist es möglich, Kritik am positiven Recht zu üben. Zweitens: Der Positivist muss nicht notwendigerweise im überpositiven Bereich ein Wertrelativist oder Wertnihilist sein. Er kann z. B. im überpositiven Bereich ein Anhänger einer absoluten oder utilitaristischen Wertlehre oder einer Naturrechtslehre sein.

4. These: Über den Wert der verschiedenen rechtspositivistischen Richtungen kann nichts Allgemeingültiges gesagt werden. Es kommt immer darauf an, auf was für ein Problem man sie ansetzt. Zum Beispiel haben alle rechtspositivistischen Theorien unseren Blick für die reale Seite der Rechtsbildung geschärft. Umgekehrt gibt keine etwas her zur Frage, wie man neues Recht gestalten soll. Sie sind also weder für einen Gesetzgeber noch einen Richter, der einen neuartigen Fall entscheiden soll, hilfreich.

In allen rechtspositivistischen Lehren wird das Bestreben deutlich, sich auf den festen Boden der Fakten zu begeben. Diese Methode, die darin besteht, sich streng an logisch-empirischen Gegebenheiten zu orientieren, hat die Naturwissenschaften zu ihren augenscheinlichen Erfolgen geführt. Es fragt sich daher, ob es auch im Bereich des Rechts möglich sei, dadurch zu objektivieren, wissenschaftlicheren Aussagen über das Recht zu gelangen. Analysiert man die rechtspositivistischen Theorien, dann zeigt sich, dass sie die Positivität des Rechts immer in einer physischen oder in einer psychischen Wirklichkeit oder in einer Verbindung zwischen beiden erblicken. Von daher kann man drei Hauptrichtungen des Rechtspositivismus unterscheiden, nämlich den analytischen, den psychologischen und den soziologischen Positivismus.

Die bekanntesten Erscheinungen des analytischen Positivismus sind der deutsche Gesetzespositivismus und die Reine Rechtslehre Hans Kelsens.

Der deutsche Gesetzespositivismus ist, was die Auswirkungen auf die Praxis anbelangt, die bedeutendste Spielart des juristischen Positivismus. Er wird im Schrifttum häufig mit dem Rechtspositivismus

schlechthin gleichgesetzt². Alles und nur das, was der jeweilige Machthaber in formell korrekter Weise als Gesetz erlässt, erlangt Rechtsqualität. Im Gegensatz zu allen übrigen Arten des Rechtspositivismus ist der Gesetzespositivismus zusätzlich durch eine bestimmte Rechtsanwendungslehre gekennzeichnet³. Das Recht anwenden heisst: Unter die Normen des Gesetzes subsumieren. Die Rechtsanwendung beschränkt sich auf eine logische Operation. Daraus resultiert die Vorstellung vom Richter als einem „Subsumtionsautomaten“⁴. Die richterliche Tätigkeit kann nach dem gesetzpositivistischen Modell nicht rechtschöpferisch sein.

Für die Reine Rechtslehre besteht die Positivität des Rechts darin, dass es einerseits durch in bestimmter Weise qualifizierte menschliche Akte, insbesondere staatliche Akte, gesetzt sein muss (lat. *ponere* = setzen). Das Recht ist eine normative Ordnung. Folglich ist die spezifisch juristische Erkenntnis auf die Erkenntnis von Rechtsnormen gerichtet. Die Rechtsnormen erlauben es, gewisse in Raum und Zeit sich abspielende Vorgänge menschlichen Verhaltens juristisch zu deuten. Zum Beispiel lässt sich der Befehl eines Steuerbeamten, eine bestimmte Geldsumme zu geben, darum als gültige individuelle Norm deuten – im Gegensatz zu einem entsprechenden Befehl eines Gangsters –, weil er in Anwendung des Steuergesetzes gesetzt wurde⁵. Die Norm des Steuergesetzes gilt ihrerseits darum, weil sie von der gesetzgebenden Körperschaft beschlossen wurde und diese durch eine Norm der Staatsverfassung ermächtigt ist, generelle Normen zu setzen. Fragt man nach dem Geltungsgrund der Staatsverfassung, gerät man vielleicht auf eine ältere Staatsverfassung. Die Geltung der historisch ersten Staatsverfassung kann nun nicht mehr durch eine von einer

2 Vgl. z. B. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel – Stationen eines Weges*, Frankfurt a.M. 1972, S. 105, 137, 208, 275.

3 Aufschlussreich ist etwa, wie schwer sich K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I*, Leipzig 1892, S. 381 f., tut, um das Dogma von der Lückenlosigkeit des im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Rechts zu begründen.

4 Die Vorstellung vom Richter, der nichts Anderes sei als „la bouche, qui prononce les paroles de la loi“ findet sich schon bei *Montesquieu*, *De l'Esprit des Lois*, Livre XI, chapitre 6.

5 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 8.

Rechtsautorität gesetzte Norm begründet werden⁶. Will man auch die Normen der historisch ersten Staatsverfassung als objektiv-gültige Normen deuten, muss man nach Kelsen eine Norm voraussetzen, der keine reale Existenz mehr zukommt; sie ist vielmehr eine bloss gedachte Norm. Diese hypothetisch vorausgesetzte Grundnorm lautet in der ausführlichen Fassung: „Zwangsakte sollen gesetzt werden unter den Bedingungen und auf die Weise, die die historisch erste Staatsverfassung und die ihr gemäß gesetzten Normen statuieren“⁷.

An dieser Stelle ist es wichtig zu betonen, dass die Reine Rechtslehre nicht behauptet, die wirksamen Zwangsnormen seien auch objektiv-gültige Normen, sondern sie beschreibt sie nur, als ob sie es wären⁸. Denn nach Kelsen ist niemand gezwungen, diese durch die hypothetische Grundnorm ermöglichte Deutung nachzuvollziehen. Diese Deutung ist nur eine mögliche, keinesfalls aber notwendige Deutung der rechtssetzenden Akte⁹. Niemand kann nach Kelsen mit zwingenden Gründen daran gehindert werden dort, wo die Juristen von Recht sprechen, nichts anderes als nackte Gewalt zu sehen¹⁰.

Die verschiedenen Varianten des psychologischen Positivismus stimmen darin überein, dass die Positivität des Rechts in bestimmten Gefühls- und Bewusstseinsinhalten erblickt wird. Da sich diese aber auch in einem äusseren Verhalten der Rechtsunterworfenen und der rechtsanwendenden Organe auszudrücken pflegen, nämlich in der tatsächlichen Befolgung bzw. Anwendung des Rechts, lässt sich eine scharfe Grenze zwischen den psychologischen und den soziologischen Positivismen nicht ziehen. Die Einteilung zur einen oder anderen Richtung hat nach der vorherrschenden Tendenz zu erfolgen¹¹.

6 Kelsen, Rechtslehre (Fn. 5), S. 203.

7 Kelsen, Rechtslehre (Fn. 5), S. 203 f.

8 E. A. Kramer, Zum Problem der Definition des Rechts. Vier Antworten auf eine Frage des Augustinus, in: ÖZöR NF 23, 1972, S. 105 ff. (111).

9 Kelsen, Rechtslehre (Fn. 5), S. 218, Fussnote.

10 H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., Leipzig/Wien 1934, S. 36.

11 H. Eckmann, Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des Rechts in der Rechtstheorie H.L.A. Harts, Berlin 1969, S. 2.

Die sog. individuellen Anerkennungstheorien, wie sie von Ernst Rudolf Bierling¹² und Rudolf Laun¹³ entwickelt wurden, stellen ab auf die Anerkennung jedes einzelnen Normadressaten. Die verpflichtende Kraft der Rechtsnormen gegenüber einem Individuum erklärt sich also daraus, dass dieses selbst ihnen zugestimmt hat. Demgegenüber stellen die generellen Anerkennungstheorien Adolf Merckels¹⁴ und Georg Jellineks¹⁵ auf die Anerkennung durch die Mehrheit der Normadressaten ab.

Von den Vertretern des soziologischen Positivismus möchte ich nur Theodor Geiger erwähnen. Sein Bemühen geht dahin, „metaphysisch-ideologisch geladene Vorstellungskomplexe wie Norm, Geltung, Pflicht, Rechtsanspruch usw. auf die durch sie verfälschten Tatsachenzusammenhänge hin zu analysieren und diese in Termini der wahrnehmbaren Wirklichkeit zu fassen“¹⁶. Daher fällt für Geiger die allgemeine Rechtslehre mit der theoretischen Rechtssoziologie zusammen. Die Wirklichkeit einer Norm muss folglich auf in der äusseren Welt feststellbare Tatsachen zurückgeführt werden. Sie besteht in ihrer Wirksamkeit, d.h. in der Chance, dass die Norm tatsächlich befolgt wird oder ein Normbruch eine Sanktion nach sich zieht. Die Sanktionen des Rechts werden durch einen eigens dafür eingerichteten, von besonderen Organen monopolistisch gehandhabten Sanktionsapparat ausgeübt. Das Charakteristische des Rechts besteht in der Existenz dieses spezifischen Rechtsstabes.

Beim Rechtspositivismus gibt es aber auch Mischformen, die analytische, psychologische und soziologische Elemente enthalten. In erster Linie sind hier H.L.A. Hart zu nennen, das britische Gegenstück zu Hans Kelsen, sowie der inklusive und der exklusive Positivismus.

12 E. R. Bierling, Juristische Prinzipienlehre I–V, Freiburg/Leipzig 1894–1917; ders., Kritik der juristischen Grundbegriffe I/II, Gotha 1877/1883.

13 R. Laun, Recht und Sittlichkeit, 3. Aufl., Berlin 1935.

14 A. Merkel, Juristische Enzyklopädie, 5. Aufl., Berlin 1913.

15 G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914, S. 332 ff.

16 Th. Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 2. Aufl., hrsgg. von P. Trappe, Neuwied 1972, S. 40.

Nach H.L.A. Hart (1907–1992) besteht das Recht aus sogenannten Primärregeln, die die Einzelnen zu einem bestimmten Verhalten motivieren (z. B. die Regeln des Strafrechts), und den Sekundärregeln, die private oder öffentliche Macht übertragen¹⁷ (z. B. die Regeln über die Gesetzgebungskompetenzen oder die Formvorschriften bei Testamenten). Die wichtigste Sekundärregel ist die „rule of recognition“, was man mit Erkennungs-, Identifikations- oder Anerkennungsregel übersetzen kann¹⁸. Sie enthält die höchsten Identifikations- und Geltungskriterien eines Systems. Für die Schweiz würde sie lauten: „Was Volk und Stände beschliessen, ist Recht¹⁹.“ Denn in der Schweiz steht die verfassunggebende Gewalt dem Volk und den Ständen (= den Kantonen) zu. Die rule of recognition existiert in der Form einer komplexen, aber normalerweise übereinstimmenden Praxis der Gerichte, Amtspersonen und Privaten beim Identifizieren des Rechtes nach gewissen Kriterien. Für Hart besteht die Positivität des Rechts auf der einen Seite in der psychologischen Tatsache, dass die Amtspersonen die rule of recognition akzeptieren (der interne Aspekt) und auf der anderen Seite in der soziologischen Tatsache, dass sie die rule of recognition anwenden (externer Aspekt). Bei den gewöhnlichen Menschen genügt es, dass sie mehr oder weniger den Primärregeln folgen. Harts Theorie enthält also psychologische, soziologische und analytische Elemente. Sie stimmt mit dem deutschen Gesetzespositivismus und der Reinen Rechtslehre darin überein, dass sie auf einem normativen Geltungsbegriff basiert.

Als Folge von Dworkins Kritik an der Theorie Harts²⁰ stellte sich der analytischen Rechtstheorie die Frage, ob die rule of recognition moralische Werte als höchste Kriterien für die rechtliche Geltung von Rechtsregeln inkorporieren kann. Dies liess zwei neue dogmatische Richtungen entstehen: Während die Vertreter eines sog. exklusiven

17 H.L.A. Hart, *Der Begriff des Rechts*. Mit dem Postskriptum von 1994 und einem Nachwort von Christoph Möllers, Berlin 2011, S. 99 ff.

18 Hart, *Begriff* (Fn. 17), S. 122 f.

19 BV Art. 140 Abs. 1 lit. a und 142 Abs. 2 und 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999.

20 R. Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt a.M. 1984, S. 54 ff., 130 ff.

Positivismus die Inkorporation moralischer Werte ablehnen, halten die Vertreter eines inklusiven Positivismus deren Inkorporation zwar für möglich, wenn auch nicht für notwendig. Wie alle anderen Geltungskriterien, die Teil der rule of recognition sind, müssen moralische Werte in einer übereinstimmenden Praxis der Amtspersonen Ausdruck finden. Dieses Praxiserfordernis gilt sowohl für den exklusiven wie auch für den inklusiven Positivismus.

Die Basis für diese neuen Positivismen hatte Hart 1961 mit der ersten Auflage seines Buches „Der Begriff des Rechts“ gelegt²¹. Hart vertrat die These, dass die rule of recognition eines modernen Rechtssystems neben den traditionellen Kriterien (Gesetzgebungsakte, Fallrecht und Gewohnheit) moralische Anforderungen – wie zum Beispiel die Zusätze zur amerikanischen Verfassung – enthalten könne, die ebenfalls Massstäbe der rechtlichen Geltung zum Beispiel eines Bundesgesetzes sein können²². Im Nachwort der zweiten Auflage des „Begriffs des Rechts“ verwendete Hart dafür den Ausdruck „sanfter Positivismus“²³. Der nächste Schritt erfolgte durch Dworkin, der „einen allgemeinen Angriff gegen den Positivismus“²⁴ lancierte, der auf die Thesen seines Lehrers abzielte, indem er das Buch „Bürgerrechte ernstgenommen“ publizierte. Obwohl Dworkin ein Gegner des Positivismus war, übten seine Beiträge einen signifikanten Einfluss auf die Entwicklung des Neuen Positivismus aus. Dworkin argumentierte, dass in schwierigen Fällen die Richter auf Prinzipien (als Gegensatz zu Regeln) zurückgreifen müssten. Solche Prinzipien könnten nicht identifiziert werden durch einen positivistischen Stammbaumtest, sondern der Richter müsse moralische Erwägungen anstellen, um sie zu finden. Darüber hinaus postulierte er eine Art Lückenlosigkeitsdogma. Nach seiner Ansicht gibt es sogar in schwierigen Rechtsfällen nur eine

21 *H.L.A. Hart*, Der Begriff des Rechts, Frankfurt a.M. 1973, S. 105 f.

22 *Hart*, Begriff (Fn. 17), S. 90 ff.

23 *Hart*, Begriff (Fn. 17), S. 329 ff.; hier übersetzt mit „weicher Positivismus“.

24 *R. Dworkin*, Bürgerrechte (Fn. 20), S. 54.

einzig richtige Antwort (die These der richtigen Antwort)²⁵. Diese basiert nicht auf Regeln, sondern auf Prinzipien. Der Richter hat kein Ermessen. Folglich ist der Richter auch in schwierigen Fällen nicht rechtsschöpferisch tätig, sondern er entdeckt mit Hilfe der Prinzipien, was für Rechte die Parteien schon haben.

Das dritte Stadium war charakterisiert durch das Aufkommen der beiden genannten dogmatischen Richtungen des exklusiven und des inklusiven Positivismus. Beide bauen auf Hart auf und versuchen ihn gegen die Kritiken Dworkins zu verteidigen. Die eine Gruppe hält sich an Harts begriffliche Trennung von Recht und Moral, aber bezieht sich auf Harts Bestätigung, dass in gewissen Rechtssystemen die höchsten Kriterien der Rechtsgeltung ausdrücklich moralische Kriterien inkorporieren können. Diese Position wurde bekannt als inklusiver Rechtspositivismus, vertreten vor allem durch Coleman und Székessy²⁶. Die andere Gruppe verteidigt Harts begriffliche Trennung von Recht und Moral, verneint aber, dass die rule of recognition moralische Prinzipien enthalten kann, die Bedingungen der rechtlichen Geltung sind. Diese Theorien werden im Allgemeinen unter dem Terminus exklusiver Positivismus zusammengefasst, vertreten vor allem durch Raz²⁷.

Zentral für die Position von Raz ist die Quellenthese: „A jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms,

25 Dworkin, Bürgerrechte (Fn. 20), S. 449 ff.; ders., No Right Answer?, in: P.M.S. Hacker/J. Raz (Hrsg.), Law, morality, and society: Essays in Honour of H.L.A. Hart, Oxford 1977, S. 58 ff. (84).

26 J. Coleman, Negative and Positive Positivism, Journal of Legal Studies XI (1982), S. 139 ff. Coleman hat kürzlich zum exklusiven Positivismus gewechselt im Artikel: The Architecture of Jurisprudence, in: The Yale Law Journal, 10/4/2011, S. 2 ff. und L. Székessy, Gerechtigkeit und inklusiver Positivismus, Berlin 2003.

27 J. Raz, Authority of Law, Neudruck der ersten Aufl. von 1979, Oxford 2002; ders., Authority, Law, and Morality, in: ders. (Hrsg.), Ethics in the Public Domain, Oxford 1994.

and applied without resort to moral argument.²⁸ Mit andern Worten: Die Normen, die es zu überprüfen gilt, müssen aus der Gesetzgebung, aus richterlichen Entscheidungen oder Gewohnheit hervorgehen.

Nach Raz gibt es drei Argumente, die kombiniert für die Quellenthese sprechen. Raz glaubt, dass sie unsere Auffassung des Rechts prägt. Die anderen Argumente zeigen, dass es gute Gründe gibt, sich dieser Auffassung anzuschliessen.

Raz argumentiert, dass es zwei Eigenschaften gibt, die wir bei einem Richter für wünschenswert erachten: Auf der einen Seite schätzen wir seine Kenntnis des Rechts hoch und seine Fähigkeiten, das Recht auszulegen. Auf der anderen Seite schätzen wir seine Klugheit und sein Verständnis der menschlichen Natur, sein moralisches Feingefühl usw. Während es allgemein anerkannt ist, dass alle diese Eigenschaften wichtig für einen Richter sind, betrachtet man nur die erste Gruppe als die rechtlichen Fähigkeiten eines Richters. In gleicher Weise differenzieren wir, wenn wir einen richterlichen Entscheid als gut oder schlecht bewerten, zwischen den rechtlich akzeptablen und nicht akzeptablen Argumenten, und erst dann überprüfen wir ihre moralische Haltbarkeit. Folglich wird der Gebrauch eines moralischen Urteils nicht gesehen als ein Spezialfall der Rechtsanwendung oder der rechtlichen Argumentation, sondern als getrennt und komplementär zu diesen. Weiter entspricht es der allgemeinen Ansicht, dass die Richter das Recht sowohl anwenden und auch weiterentwickeln. Tun sie Ersteres, gebrauchen sie ihre rechtlichen Fähigkeiten, tun sie Letzteres, gebrauchen sie moralische Argumente. Die Quellenthese erklärt und systematisiert diese Unterscheidung. Wenn eine Rechtsfrage durch Normen nicht beantwortet wird, die aus Rechtsquellen hervorgehen, regelt das Recht diesen Punkt nicht. Ein Richter, der einen solchen Fall entscheidet, schafft neues Recht. Solche Entscheidungen

28 Raz, *Authority of Law* (Fn. 27), S. 39 f. (Eine rechtliche Theorie ist nur akzeptabel, wenn die Kriterien, welche den Inhalt des Rechts und seine Existenz ausschliesslich von Tatsachen menschlichen Verhaltens abhängig machen, durch wertneutrale Ausdrücke beschrieben und angewendet werden können.)

stützen sich von Natur aus mindestens zum Teil auf moralische und andere nicht rechtliche Erwägungen²⁹.

Die Quellenthese bringt auch eine grundlegende Einsicht zum Ausdruck in Bezug auf die Funktion des Rechts. Es ist allgemein anerkannt, dass das soziale Leben Kooperation, Koordination und Geduld verlangt: „It is an essential part of the function of law in society to mark the point at which a private view of members of the society, or of influential sections or powerful groups in it, ceases to be their private view and becomes [...] a view binding on all members notwithstanding their disagreement with it. It does so and can only do so by providing publicly ascertainable ways of guiding behaviour and regulating aspects of social life.“³⁰

In der Folge versucht Raz seine eigene Vorstellung von Autorität zu entwickeln. Diese Sicht kann am besten anhand eines Beispiels erklärt werden³¹:

Bis 1967 galt in Schweden der Linksverkehr. Um zu entscheiden, ob man auf der rechten Seite fahren sollte, hatte der Gesetzgeber zuerst die Gründe erster Ordnung abzuwägen. Ein Argument für den Wechsel auf die rechte Seite war, dass der Verkehr in den Nachbarländern Norwegen, Finnland und Dänemark bereits auf der rechten Seite zirkulierte. Ein Gegenargument waren die höheren Unfallzahlen, bis die schwedischen Fahrer sich gewöhnt hatten, rechts zu fahren. Auch mussten die erheblichen Kosten für die neue Infrastruktur und Informationsmaterial zuhanden der Bevölkerung bei der Abwägung berücksichtigt werden. Die Autorität des schwedischen Gesetzgebers war eine legitime:

Erstens, weil er die bessere Übersicht hatte über das internationale Umfeld, die psychologischen Voraussetzungen der schwedischen Fah-

29 Raz, *Authority of Law* (Fn. 27), S. 48 ff., Hervorhebung durch den Verfasser.

30 Raz, *Authority of Law* (Fn. 27), S. 51. (Es ist ein wesentlicher Teil der Funktion des Rechts in der Gesellschaft, den Punkt zu setzen, bei dem eine private Meinung von Mitgliedern der Gesellschaft aufhört, deren private Meinung zu sein und zu einer Sicht wird, die alle Mitglieder bindet, unabhängig von deren Missfallen. Diese Sicht kann nur durch öffentliche und eindeutige Wege durchgesetzt werden, die das Verhalten steuern und Aspekte des gesellschaftlichen Lebens regulieren.)

31 Das Beispiel stammt vom Verfasser.

rer und die zu erwartenden Kosten; und zweitens, weil der individuelle Fahrer besser fährt, wenn er der Entscheidung des Gesetzgebers folgt, als wenn er sich auf sein eigenes Urteil verlässt. Oder abstrakt ausgedrückt:

In erster Linie ist die Entscheidung des Gesetzgebers ein Handlungsgrund für die Fahrer. Dieser Handlungsgrund sollte grundsätzlich das Resultat der Betrachtung der Gründe sein, die schon auf das Problem anwendbar sind, nämlich der „Gründe erster Ordnung“ oder „abhängigen“ Gründe, d.h. der von unserer Beurteilung abhängigen Gründe³². Zum anderen schliesst die Entscheidung des Gesetzgebers die Gründe erster Ordnung aus³³. Das heisst man kann sich auf die Gründe erster Ordnung nicht mehr berufen, um eine Handlung zu rechtfertigen, wenn die Entscheidung gefallen ist. Dies führt zu folgendem Schluss: Der einzige entscheidende Grund für die Autorität einer Person über eine andere Person ist, dass man die Entscheidung als einen Handlungsgrund sieht, der die Handlungsgründe ersetzt, aufgrund derer die Entscheidung gefällt worden ist.

Als Folgerung leitet Raz die normale Rechtfertigungsthese ab: „The normal and primary way to establish that a person should be acknowledged to have authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him [...] if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding, and tries to follow them, than if he tries to follow the reasons which apply to him directly.“³⁴ Damit ist der Kern des Begriffs der Legitimität i.S. von Raz erstellt: Nur wenn der Entscheid der Autorität wahrscheinlich besser mit den abhängigen Gründen übereinstimmt, ist der Anspruch der Autorität auf Legitimität gerecht-

32 Raz, *Authority, Law, and Morality* (Fn. 27), S. 198 ff.

33 Raz, *Authority, Law, and Morality* (Fn. 27), S. 196.

34 Raz, *Authority, Law, and Morality* (Fn. 27), S. 198. (Der normale und erste Weg um zu erreichen, dass eine Person anerkannt werden sollte, Autorität zu haben über eine andere Person, erfordert, dass diesem Subjekt wahrscheinlich die auf ihn anwendbaren Gründe besser entsprechen [...], wenn es die Direktiven der angeblichen Autorität als autoritativ bindend akzeptiert und ihnen zu folgen versucht, als wenn es versuchen würde, den Gründen zu folgen, die direkt auf es anwendbar sind.)

fertigt³⁵. Damit etwas autoritativ bindend sein kann, müssen die folgenden Eigenschaften gegeben sein:

1. Eine Direktive, welche nicht als Urteil einer vorgegebenen Autorität erscheint oder zumindest als solche vorgestellt wird, fällt dahin, nicht, weil sie falsch ist, sondern weil sie nicht eine Direktive der richtigen Art ist, zum Beispiel, weil sie für eine andere Gelegenheit erlassen worden ist oder die Drohung eines Gangsters war, der nur auf sich selbst bezogen ist.
2. Es muss möglich sein, die Norm zu identifizieren als von der Autorität erlassen, ohne zurückgehen zu müssen auf die Gründe, welche zur Entscheidung geführt haben. Das wäre zum Beispiel nicht der Fall, wenn man den Fahrern nur sagen würde, dass der Gesetzgeber das allein richtige Gesetz erlassen hat. Die Fahrer könnten dessen Inhalt nur bestimmen, indem sie auf die Gründe zurückgreifen würden, die zur Entscheidung geführt haben (abhängige Gründe). Indessen, wenn sie dies tun könnten, hätten sie kein Gesetz des Gesetzgebers gebraucht.
3. Entscheidend für die Ableitung der Quellenthese vom Autoritätsargument ist, dass Rechtsquellen beide Bedingungen erfüllen: Gesetze (Gesetzgeber), Urteile (Richter) und Gewohnheitsrecht (Bevölkerung) stellen alle die Meinung von jemandem dar, wie sich die Rechtssubjekte zu verhalten haben. In gleicher Weise können Rechtsquellen identifiziert werden ohne Rückgriff auf die Gründe, über die zu entscheiden ist.

Die inklusiven Positivisten gehen von der offensichtlichen Tatsache aus, dass es Rechtssysteme gibt, die moralische Prinzipien als höchste Geltungskriterien einschliessen (z. B. die Zusätze zur US-Verfassung oder die Kanadische Charter of Rights and Freedoms). In gleicher Weise nehmen sie an, dass der inklusive Ansatz es erlaubt, die potenzielle Rolle moralischer Überlegungen anzuerkennen bei der Definition des Rechts, ohne zu verneinen, dass die Kriterien des Rechts adäquate institutionelle Beziehungen aufweisen: „Unlike traditional natural-law theory which denies the necessity of such connections, inclu-

35 Raz, *Authority, Law, and Morality* (Fn. 27), S. 198 f.

sive positivism places them front and centre by insisting that moral reasons are sometimes relevant but only to the extent that the legal system recognizes them as such.³⁶

Folglich basiert der inklusive Positivismus auf den folgenden The-
sen:

1. Alle Arten des Positivismus bauen auf der These der sozialen Tatsachen auf. Aber sie nehmen verschiedene Tatsachen als Grundlagen. Nach Austin besteht eine solche Tatsache in der Gegenwart eines Souveräns, der willens und fähig ist, Sanktionen aufzuerlegen im Falle der Nichtbeachtung seiner Regeln³⁷.
2. Hart verwarf Austins Version der These sozialer Tatsachen hauptsächlich aus einem Grund: Es fehlt die Existenz von Metaregeln, die gerichtet sind auf die Existenz von Primärregeln. Nach Hart ist es das Dasein einer bindenden rule of recognition, nicht eines Souveräns, die zählt für die Existenz eines bindenden Rechtssystems. Damit eine bindende rule of recognition existiert, müssen zwei Bedingungen erfüllt sein: Erstens müssen die Geltungskriterien der rule of recognition anerkannt und angewendet werden durch die Amtspersonen des Staates S als ein Standard ihres offiziellen Verhaltens. Zweitens verhält es sich so, dass die gewöhnlichen Bürger von S gewöhnlich die Primärregeln befolgen, denen die rule of recognition Geltung verliehen hat. Meines Erachtens müssen aber die Bürger auch mehr oder weniger den Sekundärregeln genügen, die private Macht übertragen, denn wenn die Menschen ihre Testamente oder Verträge nie in Übereinstimmung mit den Formvorschriften machen würden, dann wären solche Formvorschriften blasse paper rules.

36 *W.J. Waluchow*, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford 1994, S. 141; Hervorhebung durch den Verfasser. (Anders als die traditionelle Naturrechtstheorie, welche eine Notwendigkeit solcher Verbindungen bestreitet, setzt der inklusive Positivismus sie ins Zentrum, indem er darauf beharrt, dass moralische Gründe manchmal relevant sind, aber nur in dem Ausmass, als das Rechtssystem sie als solche anerkennt.)

37 *J. Austin*, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Band I, 4. Aufl., Bristol 1996, S. 91, 226 ff.

3. Wie vorne gezeigt³⁸, enthält die rule of recognition eines modernen Rechtssystems normalerweise verschiedene Gültigkeitskriterien, nämlich gesetzgeberische, richterliche und gewohnheitsrechtliche Rechtsetzung. Die Vertreter des exklusiven Positivismus begnügen sich mit diesen formalen Kriterien (Quellenthesen). Die Vertreter des inklusiven Positivismus indessen halten eine solche rule of recognition für zu eng, weil diese auch moralische Prinzipien einschliessen sollte, die nicht immer einer formalen Quelle zugeordnet werden können. Indessen darf nicht vergessen werden, dass auch die Vertreter des inklusiven Positivismus formale Kriterien in die rule of recognition aufnehmen müssen, weil eine rule of recognition, nach der „alle und nur moralische Regeln rechtlich gültig sind“, keinen Mechanismus vorsehen würde, das Recht zu ändern auf Grund von Änderungsregeln in Harts Sinn³⁹.
4. Die Konventionsthese vervollständigt die These der sozialen Fakten durch eine tiefere Erklärung der Autorität der Geltungskriterien: Diese konstituieren den Inhalt einer sozialen Konvention unter den Amtspersonen. Die Existenz einer Konvention hängt daher von der Konformität ihres Verhaltens und ihrer Einstellung (der Glaube, dass nicht-konformes Verhalten ein legitimer Grund ist für Kritik) ab. Alle Positivisten, die ihre Theorien auf Hart gründen, wie auch die Vertreter der Anerkennungstheorien⁴⁰, stimmen darin überein, dass die Geltungskriterien autoritativ sind im Sinne einer Konvention.
5. Wie wir gesehen haben, trennen alle Positivisten begrifflich zwischen dem Recht und der Moral. Zum Beispiel sagt ein Jurist: „Dieses Steuergesetz ist ungerecht und sollte deshalb geändert werden.“ Mit diesem einfachen Satz hat dieser Jurist die logische Trennung zwischen dem Steuergesetz (dem positiven Recht) und der Gerechtigkeit (die einen Teil der Moral darstellt) vollzogen. Im Gegensatz dazu hat Hart ebenfalls die empirische Verbindung zwischen dem Recht und der Moral hervorgehoben, was von seinen

38 Siehe oben, S. 6.

39 Hart, Begriff (Fn. 17), S. 117 f.

40 Siehe oben, S. 4.

Kritikern oft übersehen wird. Er bezieht sich dabei auf Bentham und Austin: Beide hätten nie bestritten, dass moralische Überzeugungen einen starken Einfluss auf die Entwicklung von Rechtssystemen ausgeübt haben und umgekehrt, dass das Recht die Moral geformt hat. Folglich erhebt sich die Frage, ob die Vertreter des inklusiven Positivismus die Trennungsthese begrenzen oder gar verwerfen. Die Antwort lautet nein: Denn die rule of recognition hängt von einem bestimmten Rechtssystem ab. Für jedes lautet sie anders. Wenn ein Rechtssystem moralische Prinzipien enthält, dann wird das auch der Fall sein in seiner rule of recognition. Wenn das nicht der Fall ist, wird auch seine rule of recognition nicht moralische Prinzipien inkorporieren. Sogar wenn man Rechtssysteme betrachtet, die moralische Kriterien enthalten in der Art, wie wir sie unter Ziff. 5 a. E. betrachtet haben, bleibt der inklusive Positivismus eine deskriptive Theorie. Denn: „Eine Beschreibung bleibt eine Beschreibung, selbst wenn das, was beschrieben wird, eine Wertung ist“⁴¹. Betrachten wir ein Rechtssystem wie dasjenige des nationalsozialistischen Staates. Zusätzlich zu den formalen Quellen enthielt es ideologische Prinzipien wie das Führerprinzip, die Rassentheorie, das „gesunde Volksempfinden“ und das Parteiprogramm der NSDAP als Prinzipien des positiven Rechts. Diese Prinzipien kann man beschreiben, man kann sie aber auch verwerfen und sie in einen Gegensatz setzen zu den Prinzipien einer „kritischen Moral“. Wenn man dies tut, akzeptiert man einmal mehr die begriffliche Trennung zwischen dem Nazi-Recht einschliesslich seiner Prinzipien und einer kritischen Moral, d.h. man trennt wieder das Recht von der Moral.

Von der Trennungsthese kann man nur ableiten, dass die rule of recognition nicht notwendigerweise moralische Kriterien enthält. Dieser letztere Anspruch, nämlich, dass die rule of recognition moralische Kriterien enthalten kann, ergibt sich aus der Inkorporationsthese, die man als den Kern des inklusiven oder sanften Positivismus betrachten kann. Die Geltung einer Norm kann abhängen von der moralischen

41 Hart, Begriff (Fn. 17), Nachwort, S. 322.

Güte ihres Inhaltes auf zwei Arten, die den zwei Bestandteilen der Inkorporationsthese entsprechen:

1. Nach der hinreichenden Komponente, die zuerst entwickelt wurde als Antwort auf Dworkins Analyse von Riggs gegen Palmer (kann ein Mörder Erbe seines Opfers sein?), gibt es begrifflich mögliche Rechtssysteme, in denen es eine hinreichende Bedingung gibt für die Geltung einer Regel, dass sie ein moralisches Prinzip wiedergibt. Diese Version wurde früher durch Coleman⁴² vertreten. Folglich kann eine nicht publizierte Norm rechtlich gültig sein nur aufgrund ihres moralischen Inhaltes.
2. Nach der notwendigen Komponente, die zuerst von Hart in seiner Debatte gegen Lon Fuller artikuliert wurde, muss eine Norm, um gültig zu sein, nicht nur eine angemessene soziale Quelle haben, sondern auch notwendigerweise die Anforderungen einiger moralischer Prinzipien erfüllen. Denn Hart hat gesagt, dass die Verfassung dem Gesetzgeber rechtliche Schranken moralischen Inhalts auferlegen kann (z. B. die Zusätze zur US-Verfassung⁴³). Daraus folgt, dass keine Regel des amerikanischen Rechts diesen Zusätzen widersprechen darf.

Obwohl die Vertreter des exklusiven Positivismus die Inkorporationsthese verwerfen, bestreiten sie nicht, dass Rechtssysteme häufig Kriterien enthalten, die eine „moralische Sprache“ sprechen. Indessen argumentieren sie, dass dies nicht zu einer Geltung führt, die von moralischen Kriterien abhängt, sondern, dass solche Vorschriften nur den Richter anweisen, unter gewissen Umständen in moralische Überlegungen einzutreten.

Wenn man sich fragt, welcher neue Positivismus dem anderen vorzuziehen ist, gilt zunächst, dass der exklusive Positivismus realistischer ist als der inklusive. Denn weder die Parteien noch ihre Anwälte noch die Richter der Vorinstanz können den Entscheid des Supreme Court voraussehen. Ausserdem ist es eine Tatsache, dass gewisse schwerwiegende Fragen über den Inhalt des Rechts kontrovers sind.

42 Coleman, Negative and Positive Positivism (Fn. 26), S. 163.

43 Hart, Begriff (Fn. 17), Nachwort, S. 322.

Himma erwähnt für die USA die Fragen, ob die Abtreibung oder die Todesstrafe erlaubt sind. In solchen Fällen muss jemand autorisiert werden, das letzte Wort zu haben. Es ist unbestritten, dass Grossbritannien, Kanada und die USA diese Kompetenz einem Gericht zuweisen. Wenn indessen die *rule of recognition* einem Gericht die allgemeine rechtliche Autorität zuweist, die Amtspersonen zu binden mit einer von zwei einander widersprechenden Entscheidungen, ob etwas übereinstimmt mit dem moralischen Prinzip P, dann kann P nicht mehr ein hinreichendes oder ein notwendiges Geltungskriterium sein. Denn dann müssen die untergeordneten Amtspersonen eine Regel anwenden, die sie als Recht anerkennen müssen, was auch immer die Gerichte als mit P vereinbar erklärt haben. Wenn das entsprechende Kriterium in der *rule of recognition* niedergeschrieben war, basiert es nicht länger auf seinem Inhalt, sondern auf seiner Rechtsquelle⁴⁴.

Soviel zur These 1: Es gibt nicht einen Positivismus, sondern es gibt Rechtspositivismen, also verschiedene Arten des Rechtspositivismus.

Nun zu den Thesen 2 und 3:

Charakteristisch ist für alle rechtspositivistischen Theorien, dass sie ohne sog. metaphysische Annahmen zu operieren versuchen. Die Positivisten verzichten insbesondere darauf, die Existenz Gottes, eines Reiches absoluter Ideen oder Werte, einer Weltvernunft, einer teleologisch bestimmten Natur des Menschen oder einer unveränderlichen Natur des Menschen vorauszusetzen bzw. nach dem „Wesen“, der „Idee“ oder der „Essenz“ des Rechts zu fahnden. Dieser Verzicht eines Rückgriffs auf metaphysische Annahmen führt die Positivisten dazu, wie in These 2 formuliert, den Begriff des Rechts durch empirische Merkmale zu bestimmen, die als solche nicht auf Werte bezogen sind⁴⁵.

44 K.E. Himma, *Final Authority to Bind with Moral Mistakes*, *Law and Philosophy* 24, 2005, S. 11 ff. (30 f.).

45 Hier fragt es sich, ob das auch für den inklusiven Positivismus gilt. Zwei Gründe sprechen dafür: 1. Wenn ein Supreme Court schwierige und kontroverse Fragen in letzter Instanz entscheidet, basiert das als massgebend erachtete moralische Kriterium nicht mehr auf seinem Inhalt, sondern auf seiner *Rechtsquelle* (vgl. vorstehend

Die Ausklammerung von Rechtsinhalten aus dem Begriff des Rechts wird bei allen Rechtspositivismen deutlich: Wenn man das Recht zurückführt auf den Willen des Gesetzgebers oder auf die Anerkennung durch die Mehrheit der Mitglieder einer Gesellschaft oder darauf, was der staatliche Zwangsapparat durchsetzt, kommt es offensichtlich nicht mehr darauf an, was nun inhaltlich der Gesetzgeber gebietet oder die Mehrheit in der Gesellschaft anerkennt oder was der Zwangsapparat durchsetzt. Dem Rechtspositivismus dient als Kriterium seines Begriffs des Rechts allein das Moment der „Positivität“: Das Recht wird immer definiert unter Bezugnahme auf eine physische oder psychische Wirklichkeit; die rechtskonstituierenden Merkmale sind Tatsachen der raumzeitlichen Aussenwelt, wie zum Beispiel Akte eines Gesetzgebers bzw. die tatsächliche Befolgung oder Anwendung von Regeln, oder Tatsachen der seelischen Innenwelt, d.h. psychologische Tatsachen wie „Anerkennung“, „Sollenserlebnis“, „Pflichtgefühl“.

Die Konsequenz aus dem positivistischen Begriff des Rechts ist, wie in These 3 formuliert, die Unterscheidung zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein sollte oder – wie man es kürzer zu umschreiben pflegt: die Trennung von Recht und Moral. Was heisst das?

Zunächst soll hervorgehoben werden, was damit nicht gemeint ist: Die positivistische Forderung einer Trennung von Recht und Moral bedeutet keinesfalls, dass nach Meinung der Positivisten das Recht nicht in irgendeiner Weise „moralisch“ sein soll, d.h. inhaltlich nicht einen bestimmten absolut oder relativ gedachten Gerechtigkeitswert erfüllen soll.

Die positivistische Trennungsthese bedeutet auch nicht, dass die tatsächlichen Einflüsse von moralischen Vorstellungen über das Recht, wie es sein sollte, auf die inhaltliche Ausgestaltung des positiven Rechts geleugnet werden. Was von den Positivisten (mit Ausnahme der inklusiven Positivisten) abgelehnt wird, ist die These, inhaltliche

S. 19 f.). 2. Die als moralisch geltenden Zusätze z. B. zur amerikanischen Verfassung lassen sich in aller Regel durch einen positivistischen Herkunftstest identifizieren.

Kriterien in den Begriff des Rechts aufzunehmen. Gegenstand der positivistischen Betrachtungsweise ist das Recht so, wie es effektiv besteht, wie es tatsächlich existiert, nicht aber ein Idealrecht. John Austin, der Begründer der sog. „Analytical Jurisprudence“ formulierte die Trennungsthese wie folgt:

„The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation.“⁴⁶

Austin bringt dafür folgendes Beispiel:

„Suppose an act innocuous, or positively beneficial, be prohibited by the sovereign under the penalty of death; if I commit this act, I shall be tried and condemned, and if I object to the sentence, that it is contrary to the law of God, [...], the Court of Justice will demonstrate the inconclusiveness of my reasoning by hanging me up, in pursuance of the law of which I have impugned the validity.“⁴⁷

Daraus wird folgendes deutlich: Auch vom positivistischen Standpunkt aus kann man Kritik am positiven Recht üben, jedoch nur mit der Folge, dass man ein positives Recht gegebenenfalls als schlechtes, moralisch verwerfliches Recht disqualifiziert; die Folge einer Kritik am positiven Recht kann aber nie die sein, dass dieses wegen seines Widerspruches zur Gerechtigkeit seinen Rechtscharakter verliert, d.h. zum Nicht-Recht wird. Un-Recht ist für den Positivisten nie gleichbedeutend mit „Nicht-Recht“, sondern nur mit „moralisch verwerfli-

46 J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. by W.E. Rumble, Cambridge 1995, S. 157. (Das Vorhandensein einer Rechtsnorm ist eine Sache, ihre Richtigkeit oder Unrichtigkeit eine andere. Ob sie besteht oder nicht, ist eine Sache; ob sie einer zugrunde gelegten Idealvorstellung entspricht oder nicht, eine andere. Ein bestehendes Gesetz ist auch dann Gesetz, wenn es uns nicht zusagt oder wenn es von dem Kriterium abweicht, an dem wir unsere Billigung oder Missbilligung orientieren.)

47 Austin, *Province* (Fn. 46), S. 158. (Angenommen, eine harmlose oder geradezu nützliche Tat wird vom Machthaber mit Todesstrafe bestraft: begehe ich diese Tat, so wird man mich anklagen und verurteilen, und wenn ich dem Urteil entgegenhalte, dass es dem Gesetze Gottes widerspricht, so wird mir das Gericht die Unmassgeblichkeit meiner Argumentation dadurch beweisen, dass es mich kraft des Gesetzes, dessen Gültigkeit ich angefochten habe, aufhängen lässt.)

chem“ Recht. Wenn der Positivist von „Rechtsordnung“ spricht, meint er eben nicht ohne weiteres, dass er dieses auch ge-recht findet und sie billigt, was das deutsche Wort „Recht“ immer nahelegt, im Gegensatz zum Englischen, wo zwischen „law“ und „justice“ keine Verwechslung möglich ist.

Weiter ist auf folgendes hinzuweisen: Die Tatsache, dass der Positivist seinen Begriff des Rechts ohne Bezugnahme auf Werte definiert, führte zur weit verbreiteten Auffassung, der Rechtspositivismus müsse immer mit einem ethischen Relativismus in der überpositiven Sphäre Hand in Hand gehen. Darüber gibt es eine subtile Untersuchung von H.L.A. Hart. Nehmen wir einmal an, schlägt Hart vor, moralische Urteile liessen sich ebenso gut rational rechtfertigen wie alle andern Arten von Urteilen. Dies allein würde nach Hart nämlich noch nichts gegen die positivistische Trennungsthese besagen. Denn der einzige Unterschied, der sich daraus ergäbe, wäre der, dass die moralische Verwerflichkeit solcher Rechtsnormen etwas wäre, das man beweisen könnte; man könnte beweisen, dass die Norm verwerflich ist und nicht Recht sein sollte, oder umgekehrt, dass sie moralisch wünschenswert ist und Recht sein sollte. Aber dieser Nachweis würde nicht besagen, dass die Norm Recht ist bzw. nicht ist. Die Beweisbarkeit moralischer Prinzipien würde die Tatsache unberührt lassen, „dass es Recht jeden Grades von Ungerechtigkeit oder Dummheit gibt, das dennoch Recht ist, und dass es andererseits Regeln gibt, die jede moralische Qualifikation besitzen, Recht zu sein, und es dennoch nicht sind“⁴⁸. Ein positivistischer Begriff des Rechts wäre also – entgegen der gängigen Meinung – vereinbar mit der Anerkennung absoluter Werte. Zum Beispiel muss ein Rechtshistoriker, wie wir noch sehen werden, seinen Forschungen einen von Rechtsinhalten abstrahierten Begriff des Rechts zugrunde legen. Trotzdem kann er – in der überpositiven Sphäre – von der Existenz eines Naturrechts überzeugt sein. „Der Rechtspositivismus als solcher behandelt überpositive Fragen überhaupt nicht, weder in relativistischer noch in absoluter Weise“⁴⁹. Rechtsposi-

48 H.L.A. Hart, *Recht und Moral*, Göttingen 1971, S. 53 f.

49 A. Brecht, *Politische Theorie. Die Grundlagen politischen Denkens im 20. Jahrhundert*, Tübingen 1961, S. 223.

tivismus und Wertrelativismus sind logisch voneinander unabhängige Thesen, auch wenn de facto die meisten Positivisten zugleich Wertrelativisten sind.

In der Folge soll nun die Frage nach der Leistungsfähigkeit der positivistischen Lehren gestellt werden, d.h. es soll danach gefragt werden, inwiefern die positivistischen Lehren zur Lösung bestimmter praktischer oder theoretischer Probleme geeignet sind und inwiefern sie das nicht sind. Dabei möchte ich mich gleich zu Beginn jenem Gebiet zuwenden, auf dem die Hauptschlacht mit dem Positivismus geschlagen wurde, die zu seiner weitgehenden Diskreditierung in der heutigen Zeit geführt hat: Gemeint ist der Einwand, der deutsche Gesetzespositivismus habe den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts des Dritten Reiches. Ich nenne dieses Argument das „Hitler-Argument“ gegen den Positivismus.

Dieser Vorwurf geht auf Gustav Radbruch zurück. In seinem berühmten Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, der 1946 erschien, entwickelte Radbruch unter dem Eindruck der nationalsozialistischen Rechtsverwüstung seine bekannte Formel vom „gesetzlichen Unrecht“: „[...] wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen. An diesem Maßstab gemessen sind ganze Parteien des nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt“⁵⁰. Das positive Recht ist also nicht nur durch gewisse empirische und damit wertneutrale Merkmale gekennzeichnet, sondern es muss, um als geltendes Recht anerkannt werden zu können, wenigstens einen, wenn auch minimalen Gerechtigkeitsgehalt aufweisen. Die Verschiedenheit dieser

50 G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristenzeitung 1, 1946, S. 105 ff. (107), Spalte links.

Radbruchschen Konzeption von der positivistischen sei an einem Beispiel erläutert:

Nehmen wir an, der Jurist A sei ein Naturrechtler Radbruchscher Prägung. Als Richter sehe er sich vor das Dilemma gestellt, ein Terrorgesetz anwenden zu müssen. Da er von dem Radbruchschen Begriff des Rechts ausgeht, wird er zum Schluss kommen, dass hier ein Fall eines „gesetzlichen Unrechts“ vorliegt und dass folglich für ihn – richtig betrachtet – gar keine Rechtspflicht zur Anwendung der fraglichen Norm besteht. Falls er das in einem totalitären Regime mögliche Martyrium nicht fürchtet, wird er deshalb die Anwendung des Terrorgesetzes verweigern, und zwar aufgrund juristischer Überlegungen.

Der Jurist B sei ein Positivist Hartscher Prägung. Auch er sehe sich in dieselbe Lage versetzt. Unter Zugrundelegung der Hartschen Konzeption wird er zum Schlusse kommen, dass das Terrorgesetz als „Recht“ zu qualifizieren ist und er – folglich – juristisch gesehen, verpflichtet ist, es auch anzuwenden. Andererseits weiss er aber, „dass es Recht jeden Grades von Ungerechtigkeit oder Dummheit gibt“⁵¹ und dass daher mit der Feststellung einer Rechtspflicht noch nicht die moralisch-sittliche Frage entschieden ist, ob man dem Gesetz wirklich gehorchen soll. Falls auch er sich nicht vor den möglichen Folgen fürchtet, wird er gleichfalls die Anwendung des Terrorgesetzes verweigern, allerdings unter Berufung auf moralisch-sittliche Überlegungen.

Die Radbruchsche Lösung dieses Falles ist der positivistischen überlegen. Denn ein Richter wird – vor allem nach dem Kollaps des Unrechtsstaates – eher bereit sein, die Anwendung des Gesetzes zu verweigern, wenn er weiss, dass er zur Anwendung auch rechtlich nicht verpflichtet ist, als wenn ihn eine solche Rechtspflicht trifft und er „bloss“ moralische Gründe für seine Weigerung vorbringen kann. Die Richter der zivilisierten Staaten sollten aus juristischen, nicht bloss moralphilosophischen und moraltheologischen Gründen die Anwendung von Terrorgesetzen verweigern dürfen. Dass letztere von einem soziologischen, historischen oder ethnologischen Standpunkt

51 Hart, *Recht und Moral* (Fn. 48), S. 53 f.

aus als „Recht“ qualifiziert werden können, schliesst nicht aus, dass man ihre Anwendbarkeit verneint, wenn es um die Frage des vom Richter eines zivilisierten Staates anwendbaren Rechtes geht. Dies liesse sich im Wesentlichen auf zwei Wege erreichen: Entweder, indem man sich auf die Geltung völkerrechtlicher Prinzipien beruft; oder, wenn die völkerrechtliche Lage umstritten ist, wie dies zur Zeit des Dritten Reiches der Fall war, indem man unmenschliche positive Anordnungen vom Inhaltlichen her angreift, um ihnen den Charakter des Rechts zu nehmen.

Trotzdem ist, historisch gesehen, der Vorwurf, der Rechtspositivismus, insbesondere der deutsche Gesetzespositivismus, sei schuld an der nationalsozialistischen Rechtsverwüstung, nachweislich falsch:

Der Gesetzespositivismus hatte schon in der Weimarer Zeit seine führende Rolle eingebüsst. Weder die realistischen Theorien (psychologischer bzw. soziologischer Positivismus) noch die Reine Rechtslehre waren herrschende Lehre in der Weimarer Zeit, und das nationalsozialistische Rechtsdenken war dem gesetzesspositivistischen Rechtsdenken geradezu entgegengesetzt.

So führte Carl Schmitt 1935 beispielsweise aus, „daß ‚Gesetz‘ etwas theoretisch und praktisch völlig Verschiedenartiges bedeutet, je nachdem es sich um das Gesetz einer konstitutionellen Monarchie, eines parlamentarischen Gesetzgebungsstaates oder eines modernen Führerstaates handelt“⁵². In einem Rechtsstaat, der mit dem liberalen Verfassungsstaat gleichgesetzt sei, werde das Gesetz nur durch die Mitwirkung der gewählten Volksvertretung und nur durch das vorgeschriebene Verfahren zu einer für alle geltenden Rechtsnorm. Im „deutschen Rechtsstaat Adolf Hitlers“ dagegen bedeute Gesetz im Wesentlichen „Plan und Wille des Führers“, womit der hohle Gesetzesstaat überwunden sei⁵³. Damit sind auch gleich die Hauptangriffspunkte des nationalsozialistischen Rechtsdenkens angedeutet, die leichter zu eruieren sind als seine inhaltlichen Kernpunkte: Es war u. a. antidemokratisch, antiliberalistisch und antipositivistisch. Karl

52 C. Schmitt, Der Rechtsstaat, in: H. Frank (Hrsg), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, S. 3 ff. (7).

53 Schmitt, Rechtsstaat (Fn. 52), S. 9 f.

Larenz schrieb 1934: „Die Erneuerung des deutschen Rechtsdenkens ist ohne eine radikale Abkehr von Positivismus und Individualismus nicht denkbar“⁵⁴.

Die bei den Nationalsozialisten beliebte Technik, in ihre Gesetze massenhaft Generalklauseln einzufügen (z. B. das „gesunde Volksempfinden“ in § 2 Satz 1 StGB in der Fassung vom 28. Juni 1935: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient“), die offene Ausserkraftsetzung des Grundsatzes „nulla poena sine lege“ (StGB § 2 Satz 1 und 2 vom gleichen Datum: „Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.“⁵⁵), die zahllosen Eingriffe in Strafverfahren gegen SS- und SA-Leute, die Massentötungen von Patienten in den Heil- und Pflegeanstalten auf Grund des geheimen Euthanasiebefehls des Führers vom 1.9.1939⁵⁶ und der Völkermord an den Juden – dies alles hätte man unter gesetzespositivistischen Gesichtspunkten auf das entschiedenste zurückweisen können.

Dass sich eine Mehrzahl der deutschen Juristen in den Dienst der nationalsozialistischen „Rechtserneuerung“ stellen liess, erklärt sich aus ihrem obrigkeitsstaatlichen Denken und aus ihrer antidemokratischen und ihrer antiliberalen Gesinnung sowie aus den massiven Eingriffen der politischen Führung in den originären Rechtsprechungsbe- reich.

Ganz anders als der Richter, der an dem Recht, das er anzuwenden hat, interessiert ist, sind der Rechtssoziologe, der Rechtshistoriker und der Rechtsethnologe am Recht als einem sozialen Phänomen interessiert. Im Gegensatz zum soeben behandelten Problemkomplex erweist sich hier eine positivistische Konzeption als fruchtbar. Wenn man

54 K. Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 15.

55 § 2 des Gesetzes zur Änderung des StGB vom 28. Juni 1935, RGBI. 1935 I, 839.

56 Vgl. dazu W. Ott, Der Euthanasie-Befehl Hitlers vom 1. September 1939 im Lichte der rechtspositivistischen Theorien, in: H. Mayer (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag, Wien 1991, S. 519 ff.

auch hier in den Begriff des Rechts gewisse materiale Gerechtigkeitskriterien aufnehmen wollte, mit der Folge, dass eine positive Satzung, die diese Kriterien nicht erfüllt, des Rechtscharakters entbehrt, dann würden zum Beispiel das antike Sklavenrecht oder weite Partien des nationalsozialistischen Rechts aus den Untersuchungsbereichen des Rechtshistorikers und des Rechtssoziologen fallen, obwohl diese Erscheinungen doch gerade dem Juristen nicht gleichgültig sein können. Entsprechendes gilt für Regelungen von Stammesgesellschaften, die unseren Vorstellungen widerstreben, wie dies etwa bei den durch rechtliche Ermächtigungen gedeckten Tötungen von Kindern, Gebrechlichen und Greisen der Fall ist. Der Rechtsethnologe könnte sich mit solchen Phänomenen nicht befassen, weil diese nicht unter den Begriff des Rechts fallen würden, und das wäre zweifellos eine unzweckmässige Einengung des Forschungsgebietes. Aus diesen Gründen empfiehlt es sich für die Rechtshistoriker, die Rechtssoziologen und die Rechtsethnologen, ihren Untersuchungen einen von Rechtsinhalten abstrahierten Begriff des Rechts zugrunde zu legen, um nicht durch eine zu enge Vorstellung, von dem, was Recht ist, dem jeweiligen Gegenstand der Forschung Gewalt anzutun. Welcher Begriff des Rechts im Einzelnen am ehesten geeignet ist, kann nur aufgrund einer fundamentalen Kenntnis des rechtssoziologischen, -historischen und -ethnologischen Materials entschieden werden. Dabei ist nicht gesagt, dass alle diese Disziplinen mit dem gleichen Begriff des Rechts operieren müssen. So interessieren sich der Rechtshistoriker und der Rechtsethnologe für Rechtsvorstellungen in einem so frühen Stadium der Rechtsentwicklung, dass es für sie sinnlos wäre, „Existenz und Funktion des Rechts mit Institutionen wie Polizei, Gerichtshöfen, Verwaltung usw. in Verbindung zu bringen; dagegen wird, wer sich mit dem aktuellen Recht beschäftigen will, natürlicherweise gerade auf diese Institutionen Gewicht legen, etwa um Recht und Moral zu unterscheiden.“⁵⁷

So notwendig eine Abstrahierung von Rechtsinhalten für diese Disziplinen ist, um eine vorurteilslose Erforschung ihres Gegenstandes zu

57 S. Jørgensen, *Recht und Gesellschaft*, Göttingen 1971, S. 11.

ermöglichen, so steril wirkt sich andererseits eine positivistische Konzeption dann aus, wenn man die Frage aufwirft, wie neues Recht gestaltet werden soll. Da eine positivistische Lehre immer nur sagt, was Recht ist, also deskriptiv ist, wird kein Gesetzgeber, der neues Recht schaffen, und kein Richter, der einen bisher weder gesetzlich noch durch die Rechtsprechung entschiedenen Fall lösen muss, von ihr darüber Aufschluss erhalten, in welchem Sinne er vorgehen soll. Alle rechtspositivistischen Theorien schweigen sich gerade im Hinblick auf diese Fragen, die als die Wichtigsten anzusehen sind, aus. Der Positivist wird hier nun einwenden, dass der Rechtspositivismus darauf auch gar keine Antwort geben will und dass dies rechtspolitische Fragen sind. Dieser Einwand ist richtig, doch bleibt die Tatsache bestehen, dass der Positivist immer in der Gefahr steht, seinen Scharfsinn an rein theoretischen Problemen zu vergeuden, die zwar sehr interessant und schwierig sind, oft aber keine grosse praktische Bedeutung besitzen.

Im Folgenden möchte ich nun einzelne Argumente und Gegenargumente aufgreifen, die sich nicht auf den Rechtspositivismus im Allgemeinen beziehen, sondern nur bei einzelnen Varianten des Rechtspositivismus sinnvoll sind.

Zunächst zum deutschen Gesetzespositivismus: Dem Gesetzespositivisten ist einzuräumen, dass im modernen Verfassungsstaat das staatliche Gesetz in seinen verschiedenen Erscheinungsformen des Verfassungsgesetzes, des einfachen Gesetzes und der Verordnung unzweifelhaft zur dominierenden Rechtsquelle geworden ist. Eine unerwartete Aktualität hat ferner die gesetzespositivistische Lehre vom Richter als einem „Subsumtionsautomaten“ in neuerer Zeit durch die Möglichkeiten erfahren, in der Rechtsanwendung Computer einzusetzen.

Gegen den Gesetzespositivismus ist vor allem einzuwenden, dass sich die richterliche Tätigkeit nicht in einer Anwendung stringent logischer Schlussverfahren erschöpft, wenn man von der Entscheidung ganz trivialer Rechtsfälle absieht. Diese Kritik am Gesetzespositivismus ist schon unzählige Male vorgebracht und zwingend begründet worden, so dass ich nicht offene Türen einrennen möchte, indem ich an dieser Stelle länger verweile.

Die Stärke der als „Anerkennungstheorien“ bezeichneten psychologischen Rechtslehren liegt darin, dass in der Regel das Recht, um wirksam zu sein, auf eine positive Haltung der Sozietät ihm gegenüber stossen muss. Erfahrungsgemäss pflegen Normen, die bei den Rechtsgenossen keinen Widerhall mehr finden, vom Zwangsapparat früher oder später nicht mehr durchgesetzt zu werden. Ein sprechendes Beispiel hiefür ist die Beeinflussung der Gesetzgebung und der Rechtsprechung durch die gewandelte Sexualmoral⁵⁸.

Indessen sind die individuellen Anerkennungstheorien, die die verpflichtende Kraft der Rechtsnormen gegenüber einem Individuum daraus erklären, dass dieses selbst die Normen anerkannt hat, offenkundig unhaltbar. Denn es erhebt sich natürlich sofort die Frage, was geschieht, wenn eine Norm auf einen Rechtsbrecher angewendet werden soll. Da die Nichtbefolgung als Symptom mangelnder Anerkennung durch den Rechtsbrecher gedeutet werden muss, verliert die Norm ausgerechnet dann ihren Rechtscharakter, wenn es gilt, sie gegenüber einem widerstrebenden Einzelnen durchzusetzen! Gegen die generellen Anerkennungstheorien, die auf die Anerkennung der Rechtsnormen durch die Mehrheit der Bevölkerung abstellen, ist einzuwenden, dass nur ein verschwindend kleiner Prozentsatz der Bevölkerung die Gesetzesblätter wirklich liest. Von einer realen Normanerkennung kann daher nicht die Rede sein. Als Beispiel sei Art. 102 GG erwähnt, wonach die Todesstrafe in der Bundesrepublik abgeschafft ist. Würde man auf die generelle Anerkennungstheorie abstellen, dann wäre Art 102 GG nicht zu geltendem Recht geworden, weil – wie Meinungsumfragen ergeben haben⁵⁹ – zum Zeitpunkt seiner Inkraftsetzung eine Mehrheit der Bevölkerung die Todesstrafe bejaht hat.

Als Positivum der soziologischen Zwangstheorie, die auf die Existenz eines spezifischen Rechtsstabes abstellt, der auf einen Normbruch

58 In BGE 96 IV 64 ff. führte das Bundesgericht der Schweiz aus, dass sich die Rechtsprechung dem allgemeinen Wandel in der Einstellung zur Sexualität und der damit verbundenen Herabsetzung der Empfindlichkeit nicht verschliessen könne.

59 *W. Maihofer*, Gesetzgebung und Rechtsprechung im Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft, in: Süddeutscher Rundfunk (Hrsg.), *Das Rechtswesen, Lenker oder Spiegel der Gesellschaft?*, München 1971, S. 31 ff. (54).

mit einem charakteristischen Zwang reagiert, ist hervorzuheben, dass sie eine Abgrenzung zwischen dem aktuellen Recht und solchen Regeln ermöglicht, die sich in der Praxis niemals durchgesetzt haben oder aufgehört haben, sich durchzusetzen⁶⁰. Die Fruchtbarkeit einer solchen Betrachtungsweise zeigt sich zum Beispiel, wenn man das Phänomen einer gesetzeswidrigen Gerichtspraxis ins Auge fasst. Für den soziologischen Positivisten ist eine gesetzeswidrige Praxis darum „Recht“, weil sie und nur sie tatsächlich angewendet wird. Sie allein ist „real rule“, d.h. lebendes Recht; die vom Gesetz geforderte Lösung ist bloße „paper rule“, weil es an der Bereitschaft des Rechtsstabes zu ihrer Anwendung fehlt. Weiter bringt die soziologische Konzeption im Gegensatz zum Gesetzespositivismus richtig zum Ausdruck, dass die Rechtsanwendung meist nicht auf einer logisch determinierten Entscheidung beruht, und man folglich die Rechtsprechung als Rechtsquelle anerkennen muss. Auch ist die Betrachtungsweise des soziologischen Positivismus für den Anwalt wertvoll. Denn dieser will nicht wissen, wie der Rechtsstab, insbesondere ein Gericht, sich verhalten sollte, sondern wie es sich tatsächlich verhält⁶¹. Nur so kann er seine Klienten realistisch beraten.

Umgekehrt ist aber eine rein soziologische Betrachtungsweise des Rechts für den Richter wenig hilfreich. Dem Richter nützt es nämlich nicht zu wissen, dass das Recht das ist, was er tun wird, bzw. jene Ordnung ist, die durch die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes von physischem oder psychischem Zwang äusserlich garantiert ist. Denn die Frage ist ja für den Richter gerade die, wie er sich verhalten soll, bzw. welcher Regel er mit seiner Zwangsgewalt zum Durchbruch verhelfen soll. Der Richter kann nämlich nicht aus seinem eigenen Entscheidungsverhalten das Recht erschliessen, sondern er muss wissen, was Recht ist, bevor er entschieden hat. Der Richter sucht also nach einer Begründung seiner Entscheidung, und die kann ihm nur das Recht im Sinne eines Normgefüges liefern, das unabhängig von seiner Entscheidung besteht. Andernfalls wäre eine falsche Entscheidung unmöglich

60 Jørgensen, *Recht* (Fn. 57), S. 29, 39.

61 M. Rehbinder, *Einführung in die Rechtssoziologie*, Frankfurt a.M. 1971, S. 55.

und man könnte den Obersten Gerichtshof genau so gut mit neun Generälen besetzen, da kein Zweifel besteht, dass diese wüssten, wie sie ihre Entscheidungen zu vollstrecken hätten⁶².

Die Annahme eines soziologischen Begriffs des Rechts schliesst ferner das Recht von Stammesgemeinschaften, d.h. von Gemeinschaften ohne Gerichtorganisation aus⁶³. Selbst wenn sich sog. „Organe“ wie Häuptlinge, Magier, Priester, Stammesälteste oder Sippengerichte gebildet haben, erfüllen sie noch ganz andere Funktionen politischer, ritueller und militärischer Art und können also nicht als Stab juristischer Spezialisten, als „Rechtsstab“ im soziologischen Sinne angesehen werden⁶⁴. Ebenso wenig könnten die völkerrechtlichen Regeln als Recht begriffen werden, da es an einer obligatorischen internationalen Gerichtsbarkeit fehlt⁶⁵.

Ich komme zum Schluss meiner Überlegungen. Das Thema hatte gelautet: „Die Vielfalt des Rechtspositivismus“. Wie in der vierten These formuliert, hat diese Untersuchung der rechtspositivistischen Lehren gezeigt, dass der Test ihrer Leistungsfähigkeit ganz verschieden ausfällt, je nach dem Problemkreis, auf den man die einzelne Theorie ansetzt. Aus der Wahl eines Ansatzes ergeben sich ganz verschiedene Lösungen, die für bestimmte Problemkomplexe geeignet, für andere dagegen ungeeignet sind. Die Kunst besteht darin zu wissen, in welcher Situation es sinnvoll ist, eine positivistische Haltung einzunehmen und in welcher Situation nicht.

62 H. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe 1962, S. 114.

63 Jørgensen, *Recht* (Fn. 57), S. 30.

64 H. Kantorowicz, *Der Begriff des Rechts*, Göttingen o.J., S. 80.

65 Jørgensen, *Recht* (Fn. 57), S. 30; Kantorowicz, *Rechtswissenschaft* (Fn. 62), S. 31.



Prof. Dr. Walter Ott

Curriculum vitae

Geboren am 21.12.1942 in Zürich

1961	Matura an der Kantonsschule in St. Gallen
1961–1966	Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich
1966	Lizenziat mit dem Prädikat „summa cum laude“, in der Folge wissenschaftlicher Assistent bei Prof. Dr. iur. Arthur Meier-Hayoz
1971	Promotion mit einer Arbeit über „Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht. Dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bd. 412, Bern 1972.“
1976	Veröffentlichung der Habilitationsschrift „Der Rechtspositivismus, 1. Auflage, Berlin 1976.“
1974–1976	Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Meilen
1976	Anwaltsprüfung am Obergericht Zürich
1974–1982	Gerichtsschreiber am Handelsgericht Zürich
1978	Habilitation für die Fächer Schweizerisches Obligationenrecht und Rechtsphilosophie
1980–1982	Ersatzrichter des Züricher Obergerichts, zugeteilt dem Handelsgericht
1982	Wahl durch den Erziehungsrat des Kantons Zürich zum Assistenzprofessor für Privatrecht mit Schwergewicht ZGB und Rechtsphilosophie
1982–2012	Mitglied der Notariatskommission des Obergerichts Zürich
1987	außerordentlicher Professor

1997	Ordinarius für Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Privatrecht
2003	Ernennung zum internationalen Korrespondenten des Hans Kelsen-Institutes, Wien
2006	Wissenschaftlicher Berater bei der Herausgabe der Werke Hans Kelsens
2008	emeritiert

Wichtige Veröffentlichungen

Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1972.

Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus. Erfahrung und Denken, Schriften zur Förderung der Beziehung zwischen Philosophen und Einzelwissenschaften, Band 45, Berlin 1976.

Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn. Gedanken zum Problem der sachkundigen Hilfsperson, in: Schweiz. Juristen-Zeitung, Bd. 74, 1978, S. 185–290.

Die Abtretung vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte als Vertragsübernahme, in: Schweiz. Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Bd. 59, 1978, S. 257–287.

Der Euthanasie-Befehl Hitlers vom 1. September 1939 im Lichte der rechtspositivistischen Theorien, in: Heinz Mayer (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag, Wien 1991, S. 519–533.

Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus. Erfahrung und Denken, Schriften zur Förderung der Beziehung zwischen Philosophen und Einzelwissenschaften, Band 45, Zweite überarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1992.

Did East German Border Guards along the Berlin Wall act illegally? Comments on the Decision of the German Federal Constitutional Court of 24 October 1996, in: Israel Law Review 34, 2000, S. 325–372.

Jenseits von Fiktions- und Realitätstheorie: Die juristische Person als institutionelle Tatsache, in: Hans Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht. Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 3–13.