
Naturrecht und Rechtspositivismus

Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlurteile*

Horst Dreier

1. Vielfalt der Positionen und Gefahr von Pauschalurteilen

Beim Widerspiel von Naturrecht und Rechtspositivismus handelt es sich um eine geradezu „klassische“ Entgegensetzung. Kein Lehrbuch der Rechtsphilosophie, das dieses Thema ausließe, kaum eine rechtsphilosophische Diskussion, in der – sei es als Vorwurf, sei es als argumentative Stütze – rechtspositivistische oder naturrechtliche Vorstellungen und Aussagen ohne Bedeutung wären.

Letztlich handelt es sich dabei um einen niemals irgendwie endgültig entscheidbaren Konflikt zweier ganz unterschiedlicher Rechtsbetrachtungs- und Rechtserfassungsmöglichkeiten. Man kann mit Heinrich Rommen von einer „ewigen Wiederkehr des Naturrechts“¹, mit gleichem Recht aber auch von einer ewigen Wiederkehr des Rechtspositivismus sprechen. Es geht im Folgenden nicht darum, diesen Konflikt in irgendeiner Weise lösen zu wollen; es soll lediglich ein möglichst präzises Verständnis dafür entwickelt werden, welche Positionen mit der Etikettierung als naturrechtlich oder rechtspositivistisch zutreffend bezeichnet sind und welche nicht. Und hier zeigt sich doch ein recht großes Maß an Missverständnissen und Fehlvorstellungen, und zwar sowohl im Hinblick auf den Rechtspositivismus wie auch auf das Naturrecht².

Die Gefahr pauschalierender Verzeichnungen ist beim Naturrecht schon wegen dessen Vielgestaltigkeit besonders

groß. Man übertreibt ja nicht mit der Feststellung, dass im Grunde genommen fast die gesamte Geschichte des rechtsphilosophischen Denkens eine Geschichte naturrechtlicher Lehren war. Dies hängt vor allem mit der Wandlungsfähigkeit, Modifikationsbedürftigkeit und Uneindeutigkeit des Naturrechtsbegriffs zusammen³. So kann man beim Merkmal Natur abstellen auf die äußere Welt, die wie in der Philosophie der Stoa als vernünftig strukturierte und geordnete angesehen wird (sog. „kosmologisches“ Naturrecht); man kann aber auch abstellen auf die Natur des Menschen, und hier wiederum entweder auf seine biologische Konstitution (so die Sophisten) bzw. auf seine Bedürfnisnatur (Hobbes) oder auf seine Vernunftnatur, bei der dann wieder die Vernunft als Nachvollzug der objektiv vorgegebenen wesenhaften Lebenszwecke (Thomas von Aquin) oder als autonome Setzung aufgrund menschlicher Einsicht (Kant) gemeint sein kann. Ähnliche Unterscheidungen lassen sich bei der Vorstellung dessen, was unter „Recht“ zu verstehen wäre, vornehmen: es kann die Partizipation an der Weltvernunft (Cicero) oder göttliche Offenbarung (Augustinus) sein, es kann sich aber auch um aus dem Streben nach Selbsterhaltung abgeleitete Klugheitsregeln (Hobbes) oder um reine Vernunftsätze (Kant) handeln. Schon im Römischen Recht des *Corpus Iuris Civilis*, genauer im „Institutionen“ überschriebenen Teil⁴, findet man eine signifikante Unterscheidung zwischen dem „*ius naturale*“ („das, was die Natur alle Lebewesen gelehrt hat“, Inst. 1, 2, pr), und dem „*ius gentium*“ („was die natürliche Vernunft für alle Menschen bestimmt hat, das wird bei allen Völkern gleichermaßen beachtet“, Inst. 1, 2, 1; vgl. aber 2, 1, 41)⁵.

Bedenkt man zu alledem noch die Erstreckung naturrechtlicher Positionen von der griechischen Antike über das christliche Mittelalter bis hin zur Neuzeit mit ihrer strukturellen Wandlung vom eher ontologischen zum eher rationalistischen Naturrecht, so wird vollends deutlich,

dass pauschale Charakterisierungen kaum der Pluralität der Positionen gerecht werden können. Gleichwohl besteht für solche allgemeinen Kennzeichnungen natürlich Bedarf, und so sind entsprechende Zuschreibungen bis heute gang und gäbe. Es lassen sich insofern durchaus prominente Namen nennen: hat doch etwa Max Weber in seinen einschlägigen Studien eher den revolutionären Charakter des Naturrechts betont, während Hans Kelsen in seinen beständig wiederholten Angriffen auf jedwedes Naturrecht dieses fast durchgängig als affirmativ und konservativ dargestellt hat⁶.

Im Folgenden geht es nicht darum, die Fülle der einzelnen Positionen herauszustellen und gewissermaßen für jede einen eigenen Status zu reklamieren, sondern umgekehrt, an einigen Beispielen aufzuzeigen, dass gängige Pauschalvorstellungen über „das“ Naturrecht oder „den“ Rechtspositivismus nicht oder jedenfalls nicht in der oft behaupteten Allgemeinheit zutreffen. Im Vordergrund steht dabei zuerst die Frage nach der Berechtigung der geläufigen Sentenz „Naturrecht bricht positives Recht“ (dazu 2.). Sodann wird geprüft, ob dem Rechtspositivismus tatsächlich die Vorstellung eines Gehorsamsanspruches dem positiven Recht gegenüber eigen ist (3.). Auf die Beleuchtung des Verhältnisses von Recht und Moral in naturrechtlichen Lehren wie rechtspositivistischen Theorien (4.) folgen abschließend einige Hinweise auf die Fehlvorstellungen zur Rechtsanwendung in Naturrecht und Rechtspositivismus (5.).

2. Geltungsanspruch und Normenhierarchie: Bricht Naturrecht positives Recht?

Wenn im Folgenden als erstes die Sentenz „Naturrecht bricht positives Recht“ auf den Prüfstand gestellt wird, so mag dies zunächst verwundern. Denn wenn es ein Merk-

mal gibt, das auf so gut wie alle Naturrechtslehren zutrifft, dann doch offenbar jenes, dass das Naturrecht sich auf vorpositive und überempirische Vorgaben stützt, die als unverfügbar angesehen werden. Diese sind nicht Produkt menschlicher Satzung, sondern bilden deren unverbrüchlichen Maßstab⁷. Max Weber hat plastisch vom „Recht des Rechtes“ gesprochen, um diesen normativen Vorrang zu charakterisieren⁸.

2.1 Antike und Mittelalter

a) So ist denn die Vorstellung, das Naturrecht gehe ihm zuwiderlaufenden positiven Rechtsnormen vor, aus gut nachvollziehbaren Gründen weit verbreitet⁹. Sie liegt nicht nur intuitiv nahe, sondern steht gleichsam an der Wiege rechtsphilosophischen Denkens. Genau mit dem höheren Rang der göttlichen Normen gegenüber den variablen Rechtssetzungen und Anordnungen der weltlichen Herrscher rechtfertigt die Antigone des Sophokles ja ihren Akt des Ungehorsams Kreon gegenüber. Die berühmten Verse lauten: „So groß schien dein Befehl mir nicht, der sterbliche, dass er die ungeschriebnen Gottgebote, die wandellosen, konnte übertreffen. Sie stammen nicht von heute oder gestern, sie leben immer, keiner weiß, seit wann.“¹⁰

b) Und auch in den etwas systematischer ausgearbeiteten naturrechtlichen Lehren der Stoa und des christlichen Mittelalters (der Scholastik) mit ihrer klaren Legeshierarchie von *lex aeterna*, *lex naturalis* und *lex humana/positiva* scheint nichts selbstverständlicher als der höhere Rang des Naturrechts gegenüber dem weltlichen Recht. Die Übereinstimmung des positiven Rechts mit dem natürlichen und göttlichen Recht gilt als Geltungs- oder Wirksamkeitsvoraussetzung. Bei Widerspruch setzt sich (natürlich) die höhere Normschicht durch. Der Jurist erkennt darin sofort die ihm bekannte römisch-rechtliche Parömie: „*lex supe-*

rior derogat legi inferiori“¹¹. Das höhere Recht bricht das niedere: „Naturrecht bricht positives Recht“¹². Dafür lassen sich mehrere berühmte Beispiele nennen, so etwa Cicero¹³, Augustinus¹⁴ oder Thomas von Aquin¹⁵.

c) Aber bei Thomas zeigen sich desgleichen schon starke Einschränkungen eines allzu unvermittelten und kategorischen Vorranges der ranghöheren Normebene¹⁶. Zum einen zieht die Weite und Unbestimmtheit der Grundnorm der *lex naturalis* („Das Gute ist zu tun und zu erstreben, das Böse ist zu meiden“)¹⁷ ihre geringe Determinierungskraft nach sich. Sie kann die inhaltliche Ausgestaltung und Fixierung der unteren Normebenen nicht besonders präzise und detailgenau anleiten bzw. entsprechende Vorgaben formulieren. Von daher kommen zahlreiche verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten und -modalitäten für die positive Rechtssetzung in Betracht. Man darf sich also (entgegen einem insbesondere von Kelsen zuweilen vorgetragenen, in der Sache aber nicht überzeugenden Argument¹⁸) die positive Normgebung in naturrechtlichen Systemen bzw. nach naturrechtlichen Auffassungen gerade nicht wie die bloße „Kopie“ der vorgeblich vollständigen Normenordnung des Naturrechts vorstellen¹⁹.

d) Allerdings ist zuzugeben, dass die prinzipielle Offenheit für Konkretisierungen und das Einräumen von Gestaltungsspielräumen den Gedanken eines hierarchischen (Derogations-)Vorranges der höheren Normebene im Konflikt- bzw. Kollisionsfalle nicht völlig destruiert, sondern lediglich auf wenige Anwendungsfälle reduziert. Aber die Relativierung geht doch noch ein Stück weiter, wie man wiederum gut bei Thomas sehen kann. Er bezeichnet die naturrechtswidrige Norm zwar eindeutig als *legis corruptio*, also nicht als Entsprechung und Konkretisierung des höheren vorgegebenen Rechts, sondern als dessen Zerstörung, ja Verderbnis²⁰. Er fügt aber in der folgenden *quaestio* hinzu, dass es unter bestimmten Umständen durchaus ge-

boten sein könne, derartigen Normen doch Folge zu leisten, um nämlich Ärgernis oder grobe Unordnung zu vermeiden (*propter vitandum scandalum vel turbationem*²¹). Schon kurz zuvor hat er darauf hingewiesen, dass selbst das ungerechte Gesetz sich insoweit von der *lex aeterna* herleite, als es Ausdruck der *potestas ordinis* des Gesetzgebers ist²². Die gleiche „zuständige Autorität“ kann schließlich auch Ausnahmen von den Geboten des Naturgesetzes in ihre Anordnungen aufnehmen, sofern sie nur die obersten, jedem Zweifel enthobenen Sätze wahr²³. Die Zahl der Beispiele für solche „positivistischen“ Einschränkungen und Vorbehalte ließe sich vermehren. Gerade der noch stärker praxisbezogene Traktat über die Tugend der Gerechtigkeit in der *Secunda Secundae* spricht hier eine deutliche Sprache, wie sich etwa anhand des von Thomas besonders intensiv durchdachten Zinsverbotes demonstrieren lässt: dort folgt auf den Nachweis, dass der „Wucher“ nicht nur mit dem Naturrecht, sondern auch der *lex divina* keineswegs vereinbar ist, der lapidare Hinweis, dass das menschliche Gesetz den Zins zulassen oder anordnen könne, um nicht den „Nutzen für die vielen“ zu unterbinden²⁴.

e) Der Aquinate stellt also den Vorrang der *lex naturalis* unter einen Ordnungs-, besser vielleicht: einen Sozialverträglichkeitsvorbehalt; es gilt auf jeden Fall, Unruhe oder Verwirrung zu vermeiden sowie Rücksicht auf die sozialen Folgen der Normsetzung zu nehmen. Die Konkretisierung des natürlichen Rechts in diesem Sinne ist letztlich Sache der rechtmäßigen Obrigkeit. Die Grenze ist erst dort erreicht, wo Gesetze zugleich flagrant gegen göttliches Recht verstoßen, wie Thomas am Beispiel des Tyrannen ausführt, der sein Volk zum Götzendienst zwingen will²⁵: dieses Gesetz wäre ungerecht „*per contrarietatem ad bonum divinum: sicut leges tyrannorum inducentes ad idololatriam, vel ad quodcumque aliud quod sit contra legem divinam*“. Hier (und erst hier) gilt: „Man muß Gott mehr gehorchen

als den Menschen“ („Et tales leges nullo modo licet observare; quia sicut dicitur Act. 5, „obedire oportet Deo magis quam hominibus“)²⁶.

2.2 Neuzeit

a) Schon auf dem Höhepunkt mittelalterlicher Scholastik ist also bei Thomas von Aquin der legeshierarchische Vorrang des göttlichen und natürlichen Rechts gegenüber dem positiven weltlichen Recht mit gravierenden Einschränkungen versehen. Das Naturrecht lässt Raum für das menschliche Gesetz und schmiegt sich diesem an. Der Satz „Naturrecht bricht positives Recht“ relativiert sich dann bis zu seiner völligen Aufgabe im modernen neuzeitlichen Naturrecht (also dem rationalen oder säkularisierten Naturrecht²⁷). Damit ist nicht bzw. nicht in erster Linie Thomas Hobbes gemeint, dessen Staatstheorie ja die nur scheinbar paradoxe „naturrechtliche Legitimation der bedingungslosen Autorität des positiven menschlichen Rechts“²⁸ bietet und gerade deswegen allem traditionellen Naturrecht eine Absage erteilt. Gemeint ist damit zunächst und in erster Linie die ältere deutsche Naturrechtslehre, die von der konstruktiven Radikalität Hobbes' weit entfernt ist und durchaus noch mit dem Systemarsenal einer vorgegebenen Naturrechtsordnung operiert. Doch letztlich legt auch sie die Vorstellung positiver weltlicher Normen, die durch höherrangiges Naturrecht gebrochen werden, ad acta. Für Pufendorf, Thomasius und Wolff wird umgekehrt das Naturrecht „für den positiven Gesetzgeber nach Maßgabe des Staatszwecks weitgehend verfügbar“²⁹. Die konstruktiven und argumentativen Mittel, die die Genannten hierbei anwandten, sind von Jan Schröder und Diethelm Klippel in eindringlichen und gründlichen Studien aufgezeigt worden³⁰.

b) Insbesondere Jan Schröder hat herausgearbeitet, dass die Vertreter des älteren Naturrechts (Pufendorf, Thomasi-

us, Wolff u. a.) mit verschiedenen argumentativen Mitteln Abweichungen des positiven Rechts vom Naturrecht für zulässig erklärt haben und insofern gerade nicht der Maxime „Naturrecht bricht positives Recht“ gefolgt sind³¹. Ein erstes Mittel: der Gesetzgeber kann, aus welchen Gründen auch immer, das eigentlich Unerlaubte dulden, also gleichsam auch auf eigentlich gebotene (strafrechtliche) Ahndung verzichten. Dieses Prinzip wird dann bald (zweiter Schritt) dahingehend ausgeweitet, dass der Gesetzgeber auch etwas befehlen, erlauben oder verbieten könne, was nach dem Naturrecht gleichgültig, verboten oder erlaubt ist. Als Voraussetzung galt zwar, dass damit dem Gemeinwohl (besser) gedient war. Aber hierin lag keine wirkliche Beschränkung, weil die Definition des Gemeinwohls wiederum ganz in die Entscheidungshoheit des Souveräns fiel³².

Mit dem jüngeren Naturrecht³³ des ausgehenden 18. Jahrhunderts setzte insofern ein gewisser Wandel ein, als nun an die Stelle des bislang dominanten Staatszwecks der allgemeinen Wohlfahrt (*bonum commune*) die Sicherung der Rechte der Mitglieder der Gesellschaft trat. Sofern diese als unveräußerlich angesehen wurden, war zwar immer noch die Art und Weise ihrer Ausübung Gegenstand möglicher hoheitlicher Regelung. Doch ließ sich etwa das Institut der Leibeigenschaft in diesem Stadium der Entwicklung mit den naturrechtlichen Maximen kaum mehr vereinbaren. Nicht zwingend folgte daraus freilich, dass die insofern als naturrechtswidrig zu beurteilenden tatsächlichen Verhältnisse gleichsam automatisch als null und nichtig anzusehen waren. Vielmehr schälte sich für das Verhältnis von Sätzen des Naturrechts und denen des positiven Rechts bald eine Deutung heraus, die einerseits das Naturrecht nicht völlig außer Kraft und Funktion setzte, andererseits das positive, aber naturrechtswidrige Recht auch nicht ohne weiteres verdrängte und „brach“. Das Naturrecht wurde jetzt nicht mehr „als Gültigkeitsmaßstab,

sondern nur noch als unverbindliche Anforderung an das positive Recht, als Element der Politik, der Gesetzgebungslehre“ verstanden³⁴. Die damit verbundene Funktion des Naturrechts sollte nicht unterschätzt werden; als beständiger Appell und Reformaufforderung, als Vorschlag für andere und bessere Gesetze war es sicher nicht ohne Belang. Aber an der Verbindlichkeit der naturrechtswidrigen Gesetze konnte kein Zweifel bestehen. Der Satz „Naturrecht bricht positives Recht“ galt eben nicht. Das trifft auf Vertreter des älteren wie für solche des neueren Naturrechts zu. Die naturrechtliche Einsicht in das bessere und richtige Recht führt nicht unmittelbar zur Validitätsbestreitung des zuwiderlaufenden positiven Rechts, sondern mutiert zum Reformvorschlag an den Gesetzgeber, der so zum eigentlichen Adressaten der Einsichten des Naturrechts wird.

c) Damit gewinnt der Zeitfaktor, und das heißt konkret: die Reformperspektive, zentrale Bedeutung. Bei Immanuel Kant, dessen staats-theoretisches Konzept man plastisch mit der Wendung „Reform nach Prinzipien“³⁵ umschrieben hat, lässt sich das gut studieren³⁶. Denn er postuliert zunächst für die staatlich-politische Ordnung strukturell parallel zur moralischen Selbstgesetzgebung auch die Selbstgesetzgebung in Bezug auf die politische Ordnung. Es gehöre zur Würde eines vernünftigen Wesens, so Kant, dass es keinem Gesetze gehorcht, als dem, das es zugleich selbst gibt³⁷. Niemand sei obli-giert außer durch seine Übereinstimmung, lautet eine ähnliche und des öfteren begegnende Sentenz³⁸. Nach Vernunftgrundsätzen könne die gesetzgebende Gewalt im Staat nur dem vereinigten Willen des Volkes zukommen, schärft er wiederholt ein³⁹. Dies alles klingt außerordentlich modern, rousseauistisch und demokratisch. Doch lässt Kant eben nicht die so ganz andersgeartete politisch-gesellschaftliche Realität seiner Zeit an seinen Vernunftgrundsätzen zerschellen. Wiederum gilt nicht: Naturrecht, in diesem Fall: rationalistisches Natur-

recht, bricht positives Recht. Dieses wird nicht automatisch delegitimiert⁴⁰. Andererseits ist Kant kein Apologetiker des Bestehenden. Vielmehr setzt er auf den Prozess sukzessiver Aufklärung und vor allem die Selbstaufklärung der Monarchen. Evolution, nicht Revolution ist der programmatische Grundgedanke. Im Zentrum seiner diesbezüglichen Erwägungen steht bei Kant der schillernde Begriff der (reinen) Republik⁴¹.

d) Bei Georg Friedrich Wilhelm Hegel schließlich, mit dessen Erwähnung die geistige Gipfelwanderung abgeschlossen werden soll, ist die Vorstellung eines vernunftwidrigen und deswegen nichtigen positiven Rechts praktisch nicht mehr greifbar. Wie er in der Vorrede zu seiner Rechtsphilosophie, die in ihrem Gesamttitel immerhin noch das Naturrecht mitführt, mehr als hinlänglich deutlich werden lässt, ist für ihn das Ausmalen schönerer oder besserer Zustände gerade *nicht* die Aufgabe der Philosophie⁴². Diese bestehe vielmehr darin, den Staat als „Wirklichkeit der sittlichen Idee“ (§ 257) und als Verwirklichungsform des Weltgeistes (§ 340) zu begreifen. Es ist von dieser Warte aus offenkundig sinnlos, ein Naturrecht als kritischen Maßstab für die reale Rechts- und Staatsordnung etablieren und der historischen Entwicklung des Staates übergeordnetes Normgefüge positionieren zu wollen. Hegel ist der Überzeugung, dass eine Infragestellung des Staates deshalb „überflüssig, ja geradezu lächerlich ist, weil das sittliche Ideal des Staates in der jeweiligen historischen Realität immer schon als Faktum vor uns steht. Das Seinsollende und das Seiende, das Vernünftige und das Wirkliche fallen zusammen“⁴³.

3. *Rechtsgeltung und Rechtsgehorsam im Rechtspositivismus*

Was aber, wenn das positive (ordnungsgemäß erlassene, gehörig publizierte) Recht sich als evident unsittlich darstellt, sich als wertwidriges, amoralisches Recht erweist? Steht der Rechtspositivismus dem nicht wehrlos gegenüber? Ja, befördert er die Unsittlichkeit und Amoralität nicht noch dadurch, dass er – will er sich nicht selbst untreu werden – die Pflicht zum Gehorsam auch solchen Normen gegenüber behaupten muss?

3.1 Die These von der „Wehrlosigkeit“ des Rechtspositivismus

Eine solche Wehrlosigkeit dem unsittlichen Recht gegenüber hat man dem Rechtspositivismus in der Tat vorgehalten. Leitend ist insofern die Vorstellung einer unauflösbaren Verknüpfung zwischen dem moralneutralen Rechtsbegriff und der Gehorsamsfrage. Besonders deutlich kommt diese Verquickung in den berühmten und wirkmächtigen Worten Gustav Radbruchs zum Ausdruck, der Positivismus habe den Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze verbrecherischen oder unsittlichen Inhalts⁴⁴.

Diese Wehrlosigkeitsthese hat zwei Aspekte, einen historisch-empirischen (dazu a) und einen systematisch-analytischen (dazu b).

a) Dem ersten Aspekt zufolge trifft den Rechtspositivismus eine gleichsam historisch nachweisbare Schuld am wehrlosen Untergang der Weimarer Republik und an den folgenden Rechtsverwüstungen im Dritten Reich. Diese Seite des Vorwurfs kann heute überzeugend als widerlegt angesehen werden. Wie wir spätestens aus den einschlägigen Arbeiten von Bernd Rüthers, Hubert Rottleuthner und Michael Stolleis wissen, war der Rechtspositivismus ent-

gegen der recht zählebigen Legende weder Steigbügelhalter für den Weg in den totalitären Staat noch im NS-Regime ein willfähriger und maßgeblicher Handlanger der Machthaber⁴⁵. Denn der Rechtspositivismus bildete insbesondere gegen Ende der Weimarer Republik keineswegs die innerhalb der Richterschaft wie in der Zukunft der Rechtswissenschaftler vorbehaltlos dominierende Sichtweise oder Grundhaltung; vielmehr lässt sich ein dramatisches Erstarken von Richterrecht und naturrechtlichen oder anderen nicht-positivistischen Positionen verzeichnen. In der Zeit des Nationalsozialismus wiederum wurde jede Art eines als verengend und nicht-völkisch verunglimpften Positivismus von den herrschenden Machthabern wie von den systemkonformen Juristen zugunsten sehr viel offenerer, auf jeden Fall nicht-positivistischer Konzepte verdammt. Die beschämendsten Rechtsakte waren denn auch nicht solche, die sich einer buchstabengetreuen Umsetzung des wie auch immer inhaltlich geprägten positiven Gesetzesrechts, sondern der Uminterpretation des oft unverändert weitergeltenden Rechts im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie verdankten. Das hat Rüthers materialreich belegt und begriffsprägend als „unbegrenzte Auslegung“ bezeichnet⁴⁶. Ganz folgerichtig wurden massiv unter Druck gesetzt und vielfach zur Emigration gezwungen nicht die Antipositivisten, sondern die Positivisten. Die bis zum heutigen Tag verbreitete Auffassung, sie – die Positivisten – trügen ein gerüttelt' Maß an Mitschuld am Gang in die Diktatur und an ihrer inneren Befestigung, entpuppt sich bei näherem Hinsehen daher als Legende, als Positivismuslegende. Die Opfer der Diktatur ernteten mit ihrer erfolgreichen Verbreitung Schuldvorwürfe, während die Legitimationsbeschaffer des NS-Regimes an ihren materialen, substanzhaften Positionen und ihrer Verurteilung des Rechtspositivismus strukturell festhielten oder sich zu Naturrechtsaposteln wandelten. Die Positivismuslegende ist eine überaus erfolgreiche Des-

informationskampagne, die aus den Opfern Täter und aus den Tätern Opfer machte⁴⁷.

b) Aber auch wenn sich der historische Vorwurf einer realen Mitverursachung am Rechtsfiasko des Nationalsozialismus somit als unzutreffend erweist, so ist damit noch nicht widerlegt, dass der Rechtspositivismus gleichsam aus seiner inneren Disposition heraus und seinen Leitprinzipien gemäß eine Haltung propagieren müsse, der zufolge dem geltenden Recht (welchen Inhalts auch immer) unbedingter Gehorsam geschuldet sei, ohne nach sittlichen Mindestmaßstäben oder zumindest rudimentären Gerechtigkeitsvorstellungen fragen zu dürfen. Auch solche Einschätzungen, die man von den konkreten historischen Vorgängen durchaus abtrennen kann, sind Legion. So hat man den Rechtspositivismus schlicht als zynische Rechtfertigungs-ideologie diktatorischer Herrschaftssysteme beschrieben⁴⁸. Etwas weniger polemisch, aber im Grunde gleichsinnig wurde behauptet, der Rechtspositivismus beanspruche „als Grundtugend die Gesetzestreue“, und das Recht finde ihm zufolge „seine Rechtfertigung schon in seinem Bestehen“⁴⁹. Im vergangenen Jahr hat es eine Kontroverse über eine in diesen Bahnen sich bewegende Äußerung sogar in die Feuilleton- und anschließend in die Leserbrief-Spalten einer großen Tageszeitung geschafft. Es ging dabei um die Aussage des Präsidenten des Bundesgerichtshofes: „der Positivismus als bedingungsloser Gehorsam gegenüber dem Gesetz ist überwunden“⁵⁰. Dieser hier nochmals repetierte Vorwurf lautet also, der Rechtspositivismus propagiere bzw. befürworte eine Haltung, der zufolge dem positiven Recht (welchen Inhalts auch immer) Gehorsam geschuldet sei.

3.2 Kritische Dissoziation von Recht und Gerechtigkeit

Dieser systematisch-analytische Vorwurf ist im Ergebnis genauso haltlos wie der historisch-empirische. Anhand der beiden führenden Vertreter des Rechtspositivismus des 20. Jahrhunderts, Kelsen und Hart, kann man gut zeigen, dass insofern ein krasses Fehltriteil oder massives Missverständnis vorliegt⁵¹. Denn diese Autoren – wie andere Rechtspositivisten auch – differenzieren klar und deutlich zwischen der Rechtsgeltungs- bzw. Rechtsbegriffsfrage einerseits, der Rechtsgehorsamsfrage andererseits. Die Einstufung einer Norm als „geltendes Recht“ sagt danach über die Frage einer Pflicht zur Befolgung und zum Rechtsgehorsam dieser Norm gegenüber gar nichts aus. Die Aussage, dass es sich bei einer Norm um eine Rechtsnorm handelt, die zur allgemein wirksamen Zwangsordnung eines Staates gehört, verbindet mit sich nach Auffassung des Rechtspositivismus selbst noch überhaupt kein Werturteil über die Güte oder Qualität jener Rechtsordnung im allgemeinen oder der einzelnen Rechtsnorm im speziellen⁵². Die Qualifizierung als Recht entbehrt jeder Verleihung einer bestimmten Dignität und verhält sich überhaupt nicht zu der Frage, ob diesen Normen bzw. der Staatsordnung Gehorsam geschuldet wird oder nicht. Die Beantwortung dieser Frage hängt von sittlich-moralischen, politischen, religiösen oder anderen maßgeblichen Wertmaßstäben ab und liegt von daher auf einer ganz anderen Ebene. Eben weil und nur weil sie auf einer anderen Ebene liegt, kann von jenem Maßstab auch das „geltende“ Recht als verwerflich, unsittlich, areligiös beurteilt und verworfen werden: verworfen in dem Sinne, dass ihm die Gefolgschaft aufgekündigt wird, indem die Rechtsnormen nicht befolgt und angewendet, der Rechtsgehorsam der Bürger wie des Rechtsstabes also verweigert wird. Im Ergebnis finden wir also eine dramatische Aufwertung des Bewertungsmaßstabes des Einzelnen, *seiner Moral, seiner*

ethischen Vorstellungen, *seiner* sittlichen, religiösen, politischen Anschauungen.

Für Kelsen kann man in zusammenfassender Analyse folgendes sagen: „Die Aussage, dass eine bestimmte Norm zur Rechtsordnung gehört, besagt für Kelsen lediglich, dass sie sich in den Gesamtzusammenhang einer im großen und ganzen effektiven, in der Regel staatlichen Zwangsordnung einfügt. Wertungen dergestalt, dass diese Norm mit moralischen Prinzipien, ethischen Maximen, Sätzen der Naturrechtslehre oder sittlichen Maximen breiter Bevölkerungskreise übereinstimmt oder nicht, sind damit gerade nicht verbunden. Noch weniger wird ein objektiver Befolgungsanspruch und – damit korrespondierend – eine Pflicht zum Rechtsgehorsam der Rechtsunterworfenen behauptet. Kelsens bewusst kritische Dissoziation von Recht und Gerechtigkeit schafft die Möglichkeit einer neutralen Wiedergabe und Systematisierung effektiver Zwangsordnungen. Dabei wird das Recht ganz nüchtern als – möglicherweise fehlerhaftes – Menschenwerk bedeutet, um so einer ‚falschen Ethisierung des Rechts‘ (Baratta) entgegenzuwirken. Die damit verbundene strikte Trennung von Recht und Moral soll den Blick für schlechtes, wertwidriges, unsittliches Recht schärfen, nicht trüben. Indem das Recht ganz neutral als effektive Zwangsordnung gefasst wird, kann die autonome Moral der Individuen als Kritik- und Reflexionspotential der heteronomen Verhaltensregeln fungieren. Ob der jeweiligen staatlichen Ordnung zu folgen oder gegen sie zu revoltieren sei, überlässt Kelsen demzufolge dem selbstverantwortlichen Urteil des Einzelnen. Eine objektive Pflicht zum Gesetzesgehorsam gibt es gerade nicht. So führt die Unmöglichkeit objektiv-praktischer Legitimation einer Rechtsordnung zur Bedeutungssteigerung der Einzelmoral. Nicht das positive Recht als solches, sondern die eigene Anschauung vom Wert oder vom Unwert des Rechts wird absolut gesetzt.“⁵³

Dass durch eine neutrale Fassung des Rechtsbegriffs, die also auf eine begriffliche Verknüpfung mit der Moral verzichtet, der Klarheit gedient und die zugrundeliegenden Konflikte schärfer und präziser herausgearbeitet werden können, hat vor allem H.L.A. Hart betont. „Das wichtigste Anliegen dieser Denker [der Rechtspositivisten, H.D.] war eine durchsichtigere und ehrlichere Formulierung der theoretischen und moralischen Probleme, die sich aus der Existenz solcher Gesetze ergeben, die vom moralischen Standpunkt aus verwerflich, jedoch formal ordnungsgemäß erlassen, klar in ihrer Bedeutung und im Einklang mit sämtlichen Gültigkeitskriterien der betreffenden Rechtsordnung sind. Die Rechtspositivisten waren der Ansicht, dass sowohl der Rechtstheoretiker als auch jener unglückliche Beamte oder Bürger, der diese Gesetze anzuwenden oder zu befolgen hat, nur verwirrt würde, wenn man ihn aufforderte, diesen Gesetzen das Prädikat ‚Recht‘ oder ‚gültig‘ zu verweigern. Sie meinten, dass es einfachere und ehrlichere Mittel gäbe, um sich mit diesen Problemen auseinanderzusetzen – Mittel, die alle intellektuellen und moralischen Gesichtspunkte von Relevanz weit besser zur Geltung bringen. So sollten wir sagen: ‚Dies ist zwar Recht; aber es ist zu verwerflich, um angewendet oder befolgt zu werden‘“⁵⁴.

Diese strikte Disjunktion von Rechtsgeltung und Rechtsgehorsam verlangt also nur, aber immerhin die Bereitschaft, Rechtspflichten nicht auch und zugleich als sittliche, objektiv bindende Pflichten anzusehen. Das hat lange vor Hart bereits der Rechtstheoretiker Felix Somló klar und deutlich betont: „Man kann jedoch von diesem Ausgangspunkt aus keinesfalls zu dem Ergebnis gelangen, dass auch die sog. Rechtspflichten sittliche Pflichten seien. Diese Folgerung beruht einerseits auf einer Verwechslung der juristischen und der ethischen Bedeutung von Recht und geht nach dieser Richtung letzten Endes auf die irrtümliche Annahme eines inhaltlichen Rechtsbegriffes

hinaus. Andererseits hat sie die Auffassung zur Voraussetzung, daß die Moral dem Recht eine *charte blanche* gebe, die das Recht beliebig ausfüllen könnte. Dadurch würde aber das Recht der Moral über den Kopf wachsen und der Gehorsam gegen das Recht schließlich zur obersten Moralflicht erhoben werden. Da dem jedoch nicht so ist, da es absolut unsittliches Recht geben kann, so müssen wir die Auferlegungen der Rechtsnorm als von den moralischen Pflichten unabhängige Belastungen, und wenn wir zu diesem Behufe die Bezeichnung Pflicht verwenden wollen, als von den moralischen unabhängige Rechtspflichten anerkennen.“⁵⁵

Diesen Schritt hat Radbruch im Grunde nicht mitvollzogen, und er ist daher gezwungen, nach 1945 eine neue Vermittlung von allgemeiner Normbefolgungspflicht aus „sittlichen“ Gründen und Konstruktion des Rechtsbegriffs zu suchen. Gleich nach Erscheinen seiner Rechtsphilosophie im Jahre 1914 hat man darauf aufmerksam gemacht, dass hier von einem reinen Wertrelativismus eigentlich keine Rede sein könne⁵⁶. Tatsächlich fächert Radbruch eine Pluralität von (objektiven) Wertbegründungsmöglichkeiten auf, ohne die Idee objektiver Geltung und damit auch subjektiver Verbindlichkeit aufgeben zu können oder auch nur zu wollen⁵⁷. Bei ihm fehlt es also gerade an jener Disjunktion von Rechtsgeltung und Befolgungsanspruch, die wir bei Kelsen, Somló und Hart so eindeutig ausgeprägt finden. Um neben Emge einen weiteren Zeitgenossen ganz unverdächtig Provenienz zu zitieren, können wir auf Richard Thoma verweisen. Er kennzeichnet die Radbruchsche Position mit dem außerordentlich sprechenden Bild einer „Brücke von der Autonomie des Individuums zur Heteronomie des Gesetzes“ und fährt in Erläuterung Radbruchs fort: „indem das sittliche Bewusstsein die Rechtsordnung bejaht und die Notwendigkeit der Rechtssicherheit einsieht, signiert es gleichsam ein Blankoakzept zugunsten des verfassungs-

mäßigen Gesetzgebers“⁵⁸. Genau eine solche Blankovollmacht gibt es für die anderen Rechtspositivisten nicht.

Kurz gesagt also: für konsequente Rechtspositivisten wie Kelsen und Hart, aber auch für einen Vertreter des staatsrechtlichen Positivismus wie Richard Thoma⁵⁹ sind Rechtsgeltung und Rechtsgehorsam zwei ganz unterschiedliche Dinge. Die Unsittlichkeit von Gesetzen führt nicht zum Verlust ihres Rechtscharakters. Aber die aufgrund ethischer, moralischer, religiöser oder weltanschaulicher Bewertung erfolgende Einstufung als unrichtiges, unsittliches oder ungerechtes Recht kann dazu führen, ihm die Gefolgschaft aufzusagen. Es ist somit auf der Grundlage eines positivistischen Rechtsbegriffes die Frage nach der Gerechtigkeit oder Richtigkeit des positiven Rechts keineswegs abgeschnitten oder für illegitim erklärt⁶⁰, sondern im Grunde erst in voller Breite eröffnet und im Bewusstsein eines radikalen Individualismus der Einschätzung des Einzelnen überantwortet. So weist auch Kelsen etwa die Rechtsphilosophie als solche nicht ab, sondern ihr lediglich einen Platz außerhalb der Bestimmung des Begriffes des positiven Rechts zu.

Die Disjunktion von Rechtsgeltung und Rechtsgehorsam beruht auf einer fortgeschrittenen Entwicklung der Pluralisierung und Relativierung, auch des Auseinanderfallens von moralischen und rechtlichen Pflichten. Jetzt wird der Gedanke gedacht und muss ertragen werden, dass Rechtsnormen formell gültig werden, aber am anderweitigen Normenkosmos des Einzelnen zerschellen.

Insgesamt ist die praktische Differenz zum konventionellen Naturrecht gar nicht sehr groß⁶¹. Was dort zur Nichtanerkennung formell gültiger, aber unsittlicher Rechtsnormen führt, ist der gleichsam objektive oder für objektivierbar gehaltene Widerspruch gegen zentrale Elemente des jeweiligen naturrechtlichen Systems. Bei der rechtspositivistischen Disjunktion von Rechtsgeltung und Rechtsgehorsam ergibt

sich ein Widerspruch zwischen jenen unsittlichen Rechtsnormen im Verhältnis zu den Wertungen und Überzeugungen des Individuums, gewissermaßen gegen dessen private Normwelt. Ob das gesetzte auch das richtige und gerechte Recht ist, bleibt damit eine offene und immer wieder zu diskutierende, letztlich von jedem Einzelnen zu beantwortende Frage. Die Spannung zwischen dem formell gültigen (und auch befolgten und angewendeten) Recht einerseits und den Gerechtigkeitsvorstellungen andererseits wird aufrechterhalten. Das Naturrecht neigt hingegen zu einer gleichsam rechtsimmanenten Versöhnung von Rechtsgeltung und Rechtsgüte und deswegen dazu, dem unsittlichen Recht nicht nur seine Unsittlichkeit zu bescheinigen, sondern ihm den Rechtscharakter abzuspochen.

Man kann auch noch einfacher sagen, dass die Positivisten mit einem doppelten Rechtsbegriff operieren, während Naturrechtler eine monistische Lösung bevorzugen. Der doppelte Rechtsbegriff betreibt allerdings kein „Verwirrspiel“⁶², wie man gemeint hat, sondern stützt sich auf die nicht erst seit John Austin geläufige Unterscheidung zwischen dem Recht, wie es ist, und dem, wie es sein sollte⁶³.

4. Recht und Moral

Der nun zu behandelnde Komplex ist der wohl schwierigste. Denn die Zusammenhänge wie die Unterscheidungsmöglichkeiten zwischen Recht und Moral sind außerordentlich vielschichtig⁶⁴. Deshalb sei die Behandlung im Folgenden auf zwei Grundfragen reduziert. Zum einen geht es darum, was dem Rechtspositivismus zufolge die Trennung von Recht und Moral bedeutet (dazu 4.1); zum anderen stellt sich die Frage, ob man die naturrechtlichen Lehren als Versuche einer möglichst weitgehenden Moralisierung des Rechts begreifen kann (4.2).

4.1 Trennung von Recht und Moral im Rechtspositivismus

In Bezug auf die erste Frage kann man zunächst festhalten, was die Trennung dem Rechtspositivismus zufolge *nicht* bedeutet. Weder können noch wollen deren Vertreter den realen Kausalzusammenhang zwischen dem Inhalt des Rechts und den gesellschaftlichen Faktoren, zu denen nicht zuletzt die moralischen Anschauungen gehören, leugnen. Dieser empirisch-tatsächliche Zusammenhang zwischen ethischen Überzeugungen der Bürger und ihren moralischen Grundsätzen einerseits, der Rechtsordnung andererseits ist so evident, dass man das Recht kompakt als „geronnene Moral“ bezeichnen kann. Georg Jellinek hat das Recht in denkbar knapper Weise als das „ethische Minimum“ definiert⁶⁵. Nicht minder evident ist, dass in den konkreten Rechtssetzungsprozess auch Interessen ökonomischer, politischer oder religiöser Art eingehen, wie Philipp Heck das in einer vielzitierten Wendung betont hat⁶⁶.

So ist etwa für Kelsen die soziale Bestimmung und Bedingtheit des Rechts eine schlichte Selbstverständlichkeit. Er hat immer wieder darauf hingewiesen, dass die positivistische These der Trennung von Recht und Moral eben nicht die Leugnung des auf bestimmten moralischen Erwägungen, auf religiösen Prinzipien, aber auch auf ökonomischen Interessen und politischen Zielen beruhenden Inhalts der Rechtsnormen und einer entsprechenden Genese bedeute⁶⁷. Daher stellt es eine ganz unhaltbare, aber vermutlich unausrottbare Verzeichnung seines Werkes dar, wenn man die postulierte Reinheit als Reinheit des Gegenstandes, als Freihalten des Rechts von den sozialen Tatsachen und kontroversen Interessen der realen Gesellschaft ausgibt und der Lehre dann „Leere“, gern auch (zumindest heutzutage wenig sensibel) „Blutleere“ vorwirft⁶⁸. Gefordert wird vor dem Hintergrund eines scharf herausgearbeiteten Dualismus von Sein und Sollen vielmehr die Reinheit der rechtswissen-

schaftlichen Behandlung des Normenmaterials. Die Reine Rechtslehre will nicht Lehre des „reinen“ (guten, wünschbaren, richtigen) Rechts, sondern reine unverfälschte Lehre des geltenden positiven Rechts sein⁶⁹, in dessen wertungsabstinenter Deskription Kelsen die einzig legitime Aufgabe der Rechtswissenschaft erblickt.

Was besagt die rechtspositivistische These der Trennung von Recht und Moral nun tatsächlich? Sie besagt, dass bei einem Widerspruch zwischen dem positiven, formell gültigen Recht und bestimmten moralischen Grundsätzen und Wertungen das Recht dadurch seinen Rechtscharakter nicht verliert. Das ist die sog. Trennungs- oder Neutralitätsthese⁷⁰. Bei ihr ist freilich wichtig, dass mit der Qualifizierung als Recht eben noch nichts über die Dignität und Befolgungswürdigkeit der entsprechenden positiven Normen ausgesagt wird. Die Einstufung der Normen als Recht wird von der Frage, ob es sich dabei um richtige und gerechte oder unsittliche und verwerfliche Regelungen handelt, getrennt. Für eine solche Trennung lässt sich insbesondere der Gedanke der Zweckmäßigkeit und Klarheit anführen⁷¹. Außerdem kann man das Recht im Grunde nur dann als unsittlich, ungerecht oder moralwidrig kritisieren, wenn man es vorher als Recht identifiziert hat⁷². Während also der Rechtspositivismus die Qualitätsbeurteilung des positiven Rechts sozusagen von außen an die Normen heranträgt, wird sie von den Naturrechtslehren bzw. von Radbruch gleichsam in den Rechtsbegriff hineinverlegt⁷³.

4.2 Naturrecht als Ineinssetzung von Recht und Moral?

Während man dem Rechtspositivismus also zuweilen vorhält, überhaupt jeglichen Einfluss der Moral auf das Recht zu leugnen oder zu ignorieren, fasst man das Naturrecht nicht selten so auf, dass es hier im Grunde um die Umsetzung der Postulate der Moral in das Recht ginge, also gleich-

sam um die Transformation von Moralpostulaten in verbindliche, allgemein gültige Rechtsregeln. Aber auch insofern wäre es eine Verkennung, auf jeden Fall eine schwerwiegende Verkürzung des Naturrechts, wenn man in ihm nur den großangelegten Versuch sehen würde, moralische (sittliche, religiöse) Vorstellungen und Imperative in die Form zwingenden staatlichen Rechts zu gießen. Auch hierzu einige, notgedrungen punktuelle Anmerkungen.

a) Eine gewisse Differenz zwischen den Postulaten des christlichen Sittengesetzes einerseits und den weltlichen Gesetzen andererseits wird schon bei Augustinus deutlich, wenn er die Duldung der Prostitution mit dem Argument des kleineren Übels rechtfertigt⁷⁴. Etwas stärker ins Generelle gewendet und den bloßen Pragmatismus des geringeren Übels überschreitend ist seine Betonung der besonderen, nämlich weltlichen Rolle des Gesetzes, das der friedlichen Koexistenz der Menschen zu dienen bestimmt ist⁷⁵. Jedenfalls wird deutlich, dass hier keine vollständige, gleichsam flächendeckende Umsetzung sittlicher Normen in staatliche (Straf-)Gesetze gefordert wird⁷⁶.

b) Ganz ähnlich sind nach Thomas von Aquin durch das menschliche Gesetz nicht alle Laster verboten, sondern nur die schwerer wiegenden⁷⁷. So hat man über Thomas zu Recht gesagt, er lehne die „Kodifizierung der gesamten Sittlichkeit ab. Das Zurückbleiben des menschlichen Gesetzes hinter dem Naturgesetz gilt ihm nicht schlechthin als Mangel, sondern als Nachahmung göttlichen Verhaltens.“⁷⁸ Das darf freilich nicht verunklaren, dass der Christ als solcher auch dort zu sittlichem, religionsgemäßen Verhalten verpflichtet ist, wo die staatlichen Gesetze schweigen oder die entgegengesetzte Handlungsvariante ausdrücklich zulassen⁷⁹. Zugleich unterstreicht das aber nur die Rede vom staatlichen Recht als einem ethischen Minimum, das darüber hinausgehende Verpflichtungsansprüche religiöser, sittlicher, moralischer Art keineswegs aus-

schließt⁸⁰. Nochmals Thomas: „Vieles bleibt nach den menschlichen Gesetzen ungestraft, was nach dem göttlichen Gericht Sünde ist, so zum Beispiel die einfache Unzucht; denn das menschliche Gesetz verlangt vom Menschen nicht letzte Tugendhaftigkeit“⁸¹. Und umgekehrt gilt: Handlungen, die der Staat zulässt oder jedenfalls nicht straft, sind nicht allein deswegen sittlich bedeutungslos oder gar sittlich erlaubt⁸². Es bleibt gewissermaßen bei der autonomen Beurteilung dieser Fragen innerhalb der jeweiligen Subsysteme nach deren je eigenen Beurteilungskriterien. Das II. Vaticanum hat insofern von der „richtigen Autonomie der irdischen Wirklichkeiten“ gesprochen⁸³. Pointiert: der Katechismus der Katholischen Kirche bzw. das Kompendium mit seiner scharfen Verurteilung vieler heute allgemein als unproblematisch angesehener Verhaltensweisen⁸⁴ ist eben nicht als Strafgesetzbuch (StGB) und auch nicht als Alternativ-Entwurf zu ihm (StGB-AE) zu lesen! Vielmehr handelt es sich um eine Fixierung des Sittlichkeitsstandards einer bestimmten religiösen Gemeinschaft für ihre Mitglieder und Anhänger.

c) Am stärksten finden wir diese Dissoziation von Sittlichkeit und Recht bei Kant ausgeprägt. Die klare Unterscheidung von Tugendlehre und Rechtslehre in seiner „Metaphysik der Sitten“ weist in Kombination mit der weiteren zentralen Unterscheidung zwischen Moralität und Legalität den Weg⁸⁵. Die Begriffspaare sind nicht identisch, aber miteinander verknüpft. Moralität und Legalität unterscheiden sich in Bezug auf den Befolgungsmodus von Normen jeweils danach, wie die „innere Triebfeder“ (wie Kant sagt) beschaffen ist. Ist diese Triebfeder die Idee der Pflicht aus dem Gesetze, so spricht Kant von Moralität. Die bloße Übereinstimmung des Handelns mit dem Gebot ohne Rücksicht auf die Triebfeder hingegen nennt Kant Legalität. Beispiel dafür: Befolgung der Strafgesetze aus Furcht vor Sanktionen, nicht aus innerer Einsicht. Diese

Differenz im Befolgungsmodus kann sich aber sowohl auf Rechts- wie auch auf Tugendpflichten beziehen. Tugendpflichten unterscheiden sich nun von Rechtspflichten dadurch, dass diese äußerlich und erzwingbar sind, jene aber mangels äußerer Erzwingbarkeit ganz auf den Zwang zum Selbstzwang setzen müssen. Auch Tugendpflichten kann man im Modus der Moralität oder der Legalität erfüllen. Für den staatsphilosophischen Kontext ist entscheidend, dass im Rechtsstaat allein die äußerlich legale Befolgung der Gesetze ausreichen muss. Die innere Motivation, der vorhandene oder nicht vorhandene moralische Impetus, geht den Staat danach schlicht nichts an. Auch bei Befolgung einer Rechtsnorm lediglich aus Furcht vor Strafe und nicht aus innerer Einsicht wird der Vorschrift Genüge getan, ohne dass diese vom Rechtsunterworfenen als „rechters“ betrachtet und internalisiert werden müsste. Der freiheitliche Staat begnügt sich mit der Übereinstimmung von Handeln und Rechtsgebot ungeachtet der Motive, also der Triebfedern. Insofern kann Kant mit gutem Recht als „Begründer einer liberalen Rechts- und Politiktheorie in Deutschland“⁸⁶ eingestuft werden. Dies auch deshalb, weil die Bestimmung des Rechts als „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“⁸⁷, einen unauflöselichen Zweckbezug des Rechts auf den Freiheitsstatus des Individuums impliziert. In diesem Freiheitsbezug findet das Recht Legitimation wie Limitation zugleich. Damit steht in engstem inneren Zusammenhang, dass die von Kant avisierte „reine Republik“⁸⁸, also der nach Vernunftgrundsätzen organisierte Staat, nicht derjenige ist, der Sätze der Moral vollständig und unmittelbar in zwangsbewehrte Rechtsnormen überführen würde. Die Moral steht nicht wartend im Vorhof des Rechts. Die Rechtsordnung soll nicht sittlich sein, sondern Sittlichkeit des Einzelnen er-

möglichen⁸⁹. Kant will gerade nicht, dass Sätze der Moral vollständig und unmittelbar zu solchen des positiven Rechts würden; er will vielmehr eine Rechtsordnung auf Vernunftgrundsätzen fußen lassen. Und diese Normen des vernünftigen, also des richtigen Rechts sind solche, „die in einer spezifischen Weise nur das äußere, sozial wirksame Handeln und nicht Handlungsmotivationen oder Handlungszwecke betreffen“⁹⁰. Das dem Vernunftnaturrecht Kantscher Prägung entsprechende Recht ist also keine Transformationsform der Moral, sondern eine vernünftige Form staatlicher Organisation für freie Menschen.

*5. Rechtsanwendung und Normkonkretisierung:
vollständige Determinierung oder strukturelle
Offenheit?*

5.1 Subsumtionsthese als Vorwurf an den Rechtspositivismus

Es gehört zu den vertrauten Kritik-Stereotypen gegenüber dem Rechtspositivismus, ihm eine bestimmte (mechanische bzw. automatenhafte) Vorstellung der Rechtsanwendung zuzuschreiben. Diese erschöpfe sich in rein logischen Operationen, im berühmten syllogistischen Schlussverfahren, also in Denkopoperationen, die für subjektive Wertungen, für Interessen, für Gestaltungsmöglichkeiten und Entscheidungsalternativen eigentlich keinen Raum lassen. Hoerster spricht insofern plastisch von der „Subsumtionsthese“⁹¹. Sie lässt sich, wenn wir wiederum auf die namhaften Rechtspositivisten des 20. Jahrhunderts schauen, leicht entkräften. Denn die Positionen von Kelsen und Hart sind absolut eindeutig und weisen eher in die entgegengesetzte Richtung.

Für Kelsen stellt sich, was eng mit der von Adolf Merkl entwickelten und in die Reine Rechtslehre integrierten

Stufenbaulehre zusammenhängt, jeder Akt der Rechtsanwendung zugleich als ein Stück Rechtserzeugung und damit unausweichlich als schöpferischer Akt dar⁹². Interpretation des Rechts ist stets teils Erkenntnis-, teils Willensakt, ist Kognition und Dezision zugleich. Das gilt für die „Anwendung“ der Verfassungsnormen durch die Gesetzgebung ebenso wie jede Form delegierter Rechtssetzung, etwa in Gestalt von Rechtsverordnungen, aber der Reinen Rechtslehre zufolge eben auch für die Einzelfallentscheidung durch gerichtliche oder behördliche Instanzen. Entgegen gängigen Fehlurteilen steht Kelsen also einer begriffsjuristischen Vorstellung von Rechtsanwendung als einem rein logischen, wertungsfreien, syllogistischen Schlussverfahren mit ihrem Glauben an das eine richtige Auslegungsergebnis denkbar fern. Er selbst rückt (und rückt sich selbst) vielmehr eher in die Nähe der Freirechtsschule⁹³. Den Wissenschaftscharakter des Rechts sucht er insofern dadurch zu bewahren, dass er zwischen „authentischer“ und „rechtswissenschaftlicher“ Interpretation unterscheidet. Während die Rechtswissenschaft lediglich die verschiedenen Möglichkeiten der Auslegung einer Rechtsnorm in ihrer ganzen denkbaren Vielfalt aufzufächern habe, obliege es allein den dazu befugten Rechtsanwendungsinstanzen, eine der verschiedenen Deutungsmöglichkeiten zur letztlich verbindlichen zu machen⁹⁴. Nicht unähnlich spricht Hart von einer offenen Struktur, die praktisch jedes Gesetz aufweise⁹⁵. Auch auf ihn trifft das geläufige Vorurteil der Subsumtionsthese also nicht zu⁹⁶.

Freilich hat die Vorstellung, wonach Rechtsgewinnung sich in rein logischen, wertungsfreien Denkopoperationen erschöpft, gängiger Meinung gemäß die einflussreiche Richtung der sog. Begriffsjurisprudenz beherrscht. Recht erscheint hier als „Produkt der Begriffslogik“⁹⁷. Besonders ausgeprägt bei Friedrich Puchta dominierte in dieser Sichtweise die Vorstellung einer pyramidalen „Genealogie der

Begriffe“; in streng deduktiver Ableitung und in einer „Kette zwingender logischer Schlüsse“⁹⁸ sollten hier vom obersten und allgemeinsten Begriff der Rechtsidee bis hinunter zu konkreten einzelnen subjektiven Rechten und anderen Normen Rechtssätze gewonnen werden können. Rechtsnormen galten Puchta als „Produkte wissenschaftlicher Deduction“ aus Begriffen. Der wortmächtige Jhering hatte den zugrundeliegenden Gedanken in den Satz gefasst: „Die Begriffe sind produktiv, sie paaren sich und zeugen neue“⁹⁹. Doch aus nicht weniger als drei jeweils für sich durchschlagenden Gründen ist auch die Begriffsjurisprudenz nicht geeignet, die Subsumtionsthese zu stützen: zum einen war diese bald durch die Interessen- und Wertungsjurisprudenz überwunden; zum zweiten stellt diese Form eines *rechtswissenschaftlichen* Positivismus¹⁰⁰ kategorial etwas anderes dar als das, was man üblicherweise als Rechtspositivismus kennzeichnet, weil hier das Recht der Wissenschaft nicht als Erkenntnisgegenstand vorgegeben ist, sondern als ihr ureigenes Produkt betrachtet wird. Das rüttelt an den Grundfesten des Rechtspositivismus. Drittens und am wichtigsten vielleicht: neuere Forschungen legen die Einsicht nahe, dass „Begriffsjurisprudenz“ eher ein Konstrukt und gut verwendbares Label für eine als irrig abgelehnte, so aber im Grunde von niemandem vertretene Theorie oder Interpretationslehre war. Die Arbeiten von Ulrich Falk zu Windscheid¹⁰¹ und von Hans-Peter Haferkamp zu Puchta¹⁰² haben übereinstimmend ergeben, dass bei genauerem Hinsehen von der Begriffsjurisprudenz praktisch nichts mehr übrigbleibt¹⁰³.

5.2 Rechtsprechung als blinder Naturrechtsvollzug?

Nun wurde allerdings zuweilen und erneut in jüngster Zeit nicht allein gegenüber dem Rechtspositivismus, sondern auch in Bezug auf das Naturrecht die These vertreten,

dass hier für diskretionäre Spielräume bei richterlichen oder sonstigen Einzelfallentscheidungen kein Raum bestünde. Vielmehr sei wegen ihrer relativ vollständigen Determination durch die naturrechtlich vorgegebenen Normen ein Wertungs- oder Konkretisierungsspielraum praktisch undenkbar, inexistent¹⁰⁴: „Rechtsanwendung, Rechtsprechung, Rechtsentscheidung sind in einem naturrechtlich begründeten System von Rechtssetzung formale Operationen. Sie haben ihren Maßstab, nämlich den semantischen Spielraum des richtigen Rechts, genau abzumessen und abzubilden, haben ihm nichts hinzuzufügen; sie haben ihn vielmehr getreu in die Konstellation zu transformieren, die zur Entscheidung ansteht. Naturrechtlich begründete Rechtssetzung ist rechtsbewahrende Übersetzung, Verlängerung, Konkretisierung. (S. 76) (...) Also ist eine Gesetzgebung, ist eine Verordnung, ist eine Rechtsentscheidung schon dann eine richtige Entscheidung, wenn sie sich darauf berufen kann, sie habe den semantischen Spielraum des überpositiven Maßstabes nicht überschritten ...“ (S. 77) (...) Diesem Denken – wenn es in dieser reinen Form denn jemals Wirklichkeit war – ist die Rechtsprechung eine matte Institution, ist sie tatsächlich ‚en quelque facon nulle‘. Sie dolmetscht, sie verlängert, was der Sache nach anderswo entschieden worden ist. Sie ist neutral, durchlässig und durchsichtig, weil das, was sie zu ihren Entscheidungen selber beisteuert, so wenig ist. (...) Diese Rechtsprechung hat wenig zu entscheiden, und sie hat deshalb auch wenig zu rechtfertigen.“ (S. 77).

Diese Ausführungen verzeichnen die naturrechtlichen Positionen. Das ist zunächst für die *Rechtsprechung* zu belegen, wobei als Kronzeuge einmal mehr Thomas von Aquin fungieren möge. Er erörtert in der *Secunda Secundae* präzise die Frage, ob der Richter stets nach dem geschriebenen Gesetz Recht sprechen muss¹⁰⁵. Das wird von ihm zunächst dem Grunde nach bejaht, sofern das Gesetz

keine *legis corruptio* darstellt (corpus u. ad 1). Aber selbst gerechte Gesetze können, so fährt er fort, im Einzelfall versagen; hier ist es gerade Forderung des Naturrechts, sie nicht dem Wortlaut nach, sondern nach der Intention des Gesetzgebers bzw. der Billigkeit auszulegen (ad 2)¹⁰⁶. Von einer wie auch immer gearteten inhaltlichen Feinsteuerung dieser – durch das ganze Werk wiederkehrenden – Billigkeitsentscheidung durch das Naturgesetz findet sich allerdings kein Wort; ganz im Gegenteil betont der mittelalterliche Gelehrte den Freiraum des Richters, der notwendig ist, um eine gerechte Einzelfallentscheidung zu treffen¹⁰⁷.

Aber auch die *Rechtssetzung* bietet kein anderes Bild: Für die große Mehrzahl der Naturrechtslehren gilt nämlich, dass sie den positiven Gesetzen einen weiten Konkretisierungs- und Gestaltungsspielraum belassen: für das jüngere Vernunftnaturrecht etwa im Gefolge Kants ist dies ohnehin evident, es trifft aber auch für das antike und christliche Naturrecht zu, weil die Legeshierarchie nachgerade zwingend einen solchen Vorgang der Spezifizierung erfordert. Besonders plastisch und einer juristischen Denkweise sehr entgegenkommend hat Thomas von Aquin bei der Konkretisierung der höheren Rechtsschichten durch Operationen der praktischen Vernunft noch genauer zwischen Ableitung, Festsetzung und Ergänzung unterschieden: a) bei der Ableitung (*conclusio*) folgert man einen spezielleren Satz (Du sollst nicht töten) aus einer allgemeineren Bestimmung (Verletze niemanden); b) bei der Festlegung (*determinatio*) kommt es etwa zur konkreten Fixierung einer Sanktion für eine Tat, die nach dem Naturgesetz grundsätzlich zu bestrafen ist, ohne dass dort ein Strafmaß schon fixiert wäre¹⁰⁸; c) bei der Ergänzung (*additio*) ergibt sich die Möglichkeit von Rechtsinstituten (z. B. Privateigentum), die vom Naturgesetz zwar an sich nicht vorgesehen sind, aber der Vernunft nicht widersprechen¹⁰⁹.

c) Eine Ausnahme von der ansonsten allenthalben anzutreffenden Vorstellung prinzipieller Offenheit und Konkretisierungsbedürftigkeit des Naturrechts bildet Christian Wolff. Abweichend von der gesamten naturrechtlichen Tradition nimmt er eine Vollständigkeit und Lückenlosigkeit des rationalen Naturrechts an¹¹⁰, „weswegen bürgerliche Gesetze als entbehrlich angesehen werden könnten“¹¹¹. Aber Wolff ist eben die Ausnahme, die die Regel bestätigt. Zudem gibt es auch für ihn Gründe, die eine staatliche Gesetzgebung unausweichlich erscheinen lassen: insbesondere die Notwendigkeit der Einführung einer staatlichen Zwangsbewehrung für die normativen Regeln, zudem eine gewisse Vereinfachungs- und Konkretisierungsfunktion¹¹². Insgesamt bleibt es dabei: die These, im Naturrecht seien Rechtsanwendung und Rechtssetzung nur formale Operationen in Gestalt mechanischer Deduktionen aus den vorgegebenen naturrechtlichen Prämissen, stellt sich als schlichtes Fehlurteil dar.

Anmerkungen

* Meinem früheren Assistenten und heutigen Kollegen, Herrn Prof. Dr. Fabian Wittreck (Universität Münster), danke ich für zahlreiche wertvolle Hinweise.

¹ *H. Rommen*: Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 1936. – Zurückgehen dürfte die Wendung allerdings auf *E. Landsberg*, der seine Besprechung von *G. Del Vecchios* „Die Grundprinzipien des Rechts“, in: ARSP 18 (1924/25), S. 347ff. mit ihr überschreibt.

² Das ist etwa thematisiert bei *A. Verdross*: Abendländische Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1963, S. 282ff.; *E.-W. Böckenförde*: Die Begründung des Rechts auf Werte oder das von Natur Rechte, in: R. Brinkmann (Hrsg.), Natur in den Geisteswissenschaften I, 1988, S. 181ff. (199ff.); *J. Renzikowski*: Naturrechtslehre versus Rechtspositivismus, in: ARSP 81 (1995), S. 335ff. sowie jüngst *J. Lege*: Recht als Kulturgut, in: ARSP 93 (2007), S. 21ff. (28ff.).

³ Eine ungefähre Vorstellung von der Vielfalt der Positionen vermittelt der Artikel „Naturrecht“ in: Historisches Wörterbuch der

Philosophie, Bd. 6, 1984, Sp. 560ff.; ferner *E. Wolf*: Das Problem der Naturrechtslehre, 3. Aufl. 1964; *K.-H. Ilting*: Art. Naturrecht, in: O. Brunner / W. Conze / R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 4, 1978, S. 245ff.; *A.F. Utz*: Die Grundpositionen der Naturrechtstheorien, in: ARSP 83 (1997), S. 307ff.; *W. Kluxen*: Art. Naturrecht (I. Philosophisch), in: W. Kasper u. a. (Hrsg.), *Lexikon für Theologie und Kirche*, 3. Aufl., Bd. VII, 1998, Sp. 684ff.; *K. Demmer*: Art. Naturrecht (II. Theologisch-ethisch), ebda., Sp. 688ff. – Fraglich allerdings *C. Breuer*, *Recht und Moral*, in: FS Listl, 1999, S. 935ff. (935 Fn. 1), wonach es verschiedene Naturrechtslehren gebe, das Naturrecht als solches aber nur eines sein könne.

⁴ Im Folgenden zitiert nach: *Corpus Iuris Civilis*, I: Institutionen, Text und Übersetzung, hrsg. von O. Behrends u. a., 1990.

⁵ S. auch *Decretum Gratian*., dict. Grat. vor cap. 1, Dist. I (A.E. Richter / E. Friedberg [Hrsg.], *Corpus Iuris Canonici*, Bd. I, 1879, ND 1959, Sp. 1): „Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet iure et moribus. Ius naturae est, quod in lege et evangelio continetur, quo quisque iubetur, alii facere, quod sibi vult fieri, et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit fieri“ („Das menschliche Geschlecht wird auf zweierlei Weise regiert, nämlich durch das natürliche Recht und die Sitten. Das Recht der Natur ist im Gesetz [Altes Testament] und im Evangelium enthalten, wo geboten wird, keinem zu tun, was man selber nicht erleiden will.“). Näher zum römischen Verständnis des *ius naturae* und seiner Rezeption im Mittelalter *E.E. Hölscher*: Vom römischen zum christlichen Naturrecht, 1931, S. 11ff., 39ff.; *F. Flückiger*: Geschichte des Naturrechtes, Bd. I, 1954, S. 257ff., 388ff. sowie *Ilting*: Naturrecht (Fn. 3), S. 258ff. (m.w.N.).

⁶ Vgl. *H. Dreier*: Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, S. 171 m.w.N.

⁷ Zu den klassischen Formulierungen von F.J. Stahl, G. Radbruch u. a. siehe m.N. *H. Dreier*: Rechtsethik und staatliche Legitimität, in: *Universitas* 48 (1993), S. 377ff. (377f. m. Fn. 5); *H. Hofmann*: Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 3. Aufl. 2006, S. 3ff. spricht vom doppelten Rechtsbegriff; vgl. auch unten Fn. 12ff.

⁸ *M. Weber*: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1976, S. 497. Siehe auch *M.J. Odenheimer*: Der christlich-kirchliche Anteil an der Verdrängung der mittelalterlichen Rechtsstruktur und an der Entstehung der Vorherrschaft des staatlich gesetzten Rechts im deutschen und französischen Rechtsgebiet, 1957, S. 156f., dem zu-

folge jedes Naturrecht „wenigstens potentiell, die mögliche Unrichtigkeit der bestehenden Ordnung und des geltenden Rechts“ voraussetzt.

⁹ Plastische Formulierung bei *W. Hassemer*: Naturrecht im Verfassungsrecht, in: FS Trechsel, 2002, S. 135ff. (142): „Was die Struktur der Rechtsbegründung angeht, so bezeichnet man – trotz aller tiefgreifender Unterschiede, die sich bei konkreterer Betrachtung auftun – mit ‚Naturrecht‘ ein Recht, das auf einer stärkeren Geltungsebene gelagert ist als das positive, von einem menschlichen Gesetzgeber stammende, Gesetz sie einnimmt. Dieses Recht obliegt im normativen Konflikt mit allen anderen Rechtsquellen, es sendet immer den stärkeren Befehl. Es beruft sich auf Geltungsgründe, die der Disposition des menschlichen Gesetzgebers entzogen sind, hinsichtlich deren er nichts zu entscheiden, sondern nur etwas zu befolgen hat: die Gesetze der äußeren und inneren Natur, der Wille Gottes, die ewige Vernunft des Menschen. Gelingt es, an die Existenz dieser Geltungsgründe zu glauben, gelingt es, ihnen Befehle abzulauschen, und gelingt es, diese Befehle ohne semantische Verschmutzungen in ein Regelwerk zu transportieren, dann ist gegen dieses Regelwerk kein Kraut gewachsen: Es geht jeder vom Menschen verantworteten Rechtssetzung vor.“

¹⁰ Zitiert nach der Reclam-Ausgabe von *W. Kuchenmüller*, 2000, S. 22; in der zweisprachigen Ausgabe von *N. Zink* (1998, S. 41) lautet die Übersetzung: „... und ich glaubte auch nicht, daß so stark seien deine Erlasse, daß die ungeschriebenen und gültigen Gesetze der Götter ein Sterblicher übertreten könnte. Denn nun nicht jetzt erst und gestern, sondern irgendwie immer lebt das, und keiner weiß, wenn es erschien“. Eingehende Analyse des Dramas bei *E. Schmidhäuser*: Verbrechen und Strafe. Ein Streifzug durch die Weltliteratur von Sophokles bis Dürrenmatt, 1995, S. 85ff.

¹¹ Vgl. *D. Liebs*: Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 3. Aufl. 1983, L 55 (S. 111); *H. Dreier*: Einheit und Vielfalt der Verfassungsordnungen im Bundesstaat, in: *K. Schmidt* (Hrsg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, 1994, S. 113ff. (115).

¹² So explizit *H. Mitteis*: Über das Naturrecht, 1948, S. 38; ähnlich *A. Susterhenn*: Das Naturrecht (1947), in: *W. Maihofer* (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1962, S. 11ff. (21); *H. Weinkauff*: Das Naturrecht in evangelischer Sicht (1951/52), ebd., S. 210ff. (211f.); *H. Ryffel*: Das Problem des Naturrechts heute (1956), ebd., S. 494ff. (495); auch *G. Radbruch*: Rechtsphilosophie, 3. Aufl.

1932, § 3 (leicht greifbar in: R. Dreier / S.L. Paulson [Hrsg.], Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie. Studienausgabe, 1999, S. 21).

¹³ Cicero: De leg. II, 5, 11ff.; De re publica III, 22, 23 („Es stellt sich ja das wahre Gesetz in der geradlinigen Vernunft dar, die in Einklang steht mit der Natur, die über alle Menschen sich ausgebreitet hat, die festen, dauernden Bestand hat, die zur Pflicht ruft durch Gebot, die von Täuschung abschreckt durch Verbot [...] Dieses Gesetz in seiner Reichweite einzuschränken, verstößt wider göttliches Recht; es ist auch nicht erlaubt, es teilweise aufzuheben, und es kann auch nicht ganz abgeschafft werden. Wir können uns aber auch nicht durch den Senat oder durch das Volk von der Bindung an dieses Gesetz lösen ...“); vgl. dazu näher *Flückiger*: Geschichte (Fn. 5), S. 222ff.; *H. Ottmann*: Geschichte des politischen Denkens, Bd. 2/1, 2002, S. 116f.

¹⁴ *Augustinus*: De libero arbitrio I, 5: „Ein ungerechtes Gesetz ist gar kein Gesetz.“ (*lex esse non videtur, quae justa non fuerit*); *Augustinus*: De libero arbitrio I, 6, 15 (ferner Ep. 105, 7): „Simul te videre arbitror in illa temporali (sc. lege) nihil esse justum atque legitimum, quod non ex hac aeterna (quae summa ratio nominatur, cui semper obtemperandum es, et per quam mali miseram, boni beatam vitam merentur) sibi homines derivarint.“

¹⁵ Zur berühmten Formulierung vom naturrechtswidrigen Gesetz als einer *legis corruptio* (*Thomas von Aquin*: Summa Theologiae I–II, qu. 95 art. 2 [hier zitiert nach der Deutschen Thomas-Ausgabe, Bd. 13, 1977]) siehe sogleich.

¹⁶ Beobachtet etwa von *H. Kelsen*: Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl. 1960, S. 440; näher *L. Oeing-Hanhoff*: Mensch und Recht nach Thomas von Aquin, in: Philosophisches Jahrbuch 82 (1975), S. 10ff. (18); *F. Wittreck*: Geld als Instrument der Gerechtigkeit, 2001, S. 70ff.

¹⁷ *Thomas von Aquin*: S. Th. I–II (Fn. 15), 94.2 corpus.

¹⁸ *H. Kelsen*: Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1934, S. 15: angesichts der Existenz einer absolut richtigen, gerechten naturrechtlichen Ordnung erschiene die Tätigkeit des staatlichen Gesetzgebers als „der törichte Versuch einer künstlichen Beleuchtung bei hellstem Sonnenlicht.“ Ähnlich *G. Radbruch*: Der Relativismus in der Rechtsphilosophie (1934), in: ders., Der Mensch im Recht, 1957, S. 80ff. (82): Gäbe es ein Naturrecht, so müßte das positive Recht „verschwinden wie der entlarvte Irrtum vor der entschleierte Wahrheit.“

¹⁹ Insofern treffend O. Höffe: Art. Naturrecht I–II, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 7. Aufl., Bd. 3, 1987, Sp. 1296ff. (1297).

²⁰ Vgl. *Thomas von Aquin*: S. Th. I–II (Fn. 15), 95.2 corpus.

²¹ *Thomas von Aquin*: S. Th. I–II (Fn. 15), 96.4 corpus. Vgl. auch *Thomas von Aquin*: Summa Theologiae II–II, qu. 104 art. 6 ad 3 (hier zitiert nach der Deutschen Thomas-Ausgabe, Bd. 18, 1953): „propter vitandum scandalum vel periculum“ soll der Christ selbst solchen weltlichen Herrschern gehorchen, die ihre Herrschaft usurpiert haben oder ungerechte Anordnungen erlassen. – Hinweis darauf wiederum bei *Kelsen*: Rechtslehre (Fn. 16), S. 440; näher J. Finnis: Aquinas, Oxford 1998, S. 287ff.

²² *Thomas von Aquin*: S. Th. I–II (Fn. 15), 93.3 ad 2.

²³ *Thomas von Aquin*: S. Th. I–II (Fn. 15), 97.4 ad 3.

²⁴ *Thomas von Aquin*: S. Th. II–II (Fn. 21), 78.1 ad 3. Zur Wucherlehre des Aquinaten sowie zu ihrem Verhältnis zum menschlichen Gesetz m.w.N. Wittreck: Instrument (Fn. 16), S. 442ff. (insb. S. 456f., 481ff.).

²⁵ *Thomas von Aquin*: S. Th. I–II (Fn. 15), 96.4 corpus; hier das im Text folgende Zitat.

²⁶ *Thomas von Aquin*: S. Th. I–II (Fn. 15), 96.4 corpus. Aus dieser Äußerung auf einen generellen Vorrang der *lex divina* zu schließen, wäre freilich verfehlt. Andernorts spricht Thomas vom „ius divinum, per quod non tollitur ius humanum“ (S. Th. II–II [Fn. 22], 12.2 corpus: Christen müssen auch einem Herrscher gehorchen, der vom Glauben abgefallen ist); vgl. auch noch oben Fn. 24 zum Zinsverbot, wo der Verstoß des menschlichen gegen das göttliche Recht ebenfalls ohne Folge bleibt. – Dazu im Detail U. A. Wolf: *Ius divinum*, 1970, S. 71ff.; J.E. Ruby: *The Ambivalence of St. Thomas Aquinas' View of the Relationship of Divine Law to Human Law*, in: *Harvard Theological Review* XLVIII (1955), S. 101ff.; Wittreck: Instrument (Fn. 16), S. 74f.

²⁷ Übersichtliche Darstellung der verschiedenen Naturrechtstheorien bei R. Dreier: Art. Naturrecht (1987), in: *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, Nr. 2/370.

²⁸ G. Otte: Art. Rechtspositivismus, in: Staatslexikon (Fn. 19), Bd. 4, 1988, Sp. 723ff. (723); ähnliche Formulierung bei A. Verdroß: Art. Rechts- und Staatsphilosophie II–VI, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 6. Aufl., Bd. 6, 1961, Sp. 707ff. (718): die individualistische

Naturrechtslehre münde in den Rechtspositivismus, da im Staat das staatliche Gesetz der einzige Maßstab für Recht und Unrecht sei.

²⁹ J. Schröder: „Naturrecht bricht positives Recht“ in der Rechts-
theorie des 18. Jahrhunderts?, in: FS Mikat, 1989, S. 419ff. (425).

³⁰ D. Klippel: Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen
Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1976, S. 31ff., 72 ff. u. ö.; Schröder:
Naturrecht (Fn. 29), S. 421ff., 426ff. – S. auch Odenheimer: An-
teil (Fn. 8), S. 152f.; Ilting: Naturrecht (Fn. 3), S. 286ff.; zusammen-
fassend J. Rolin: Der Ursprung des Staates, 2005, S. 59ff.

³¹ Zum Folgenden Schröder: Naturrecht (Fn. 29), S. 421ff.

³² Illustriert sei das am Beispiel von C. Wolff: Deutsche Politik, 4.
Aufl. 1736, bearbeitet, eingeleitet und herausgegeben von Hasso
Hofmann, 2004, § 434 (S. 360f.): zwar dürfe die Obrigkeit grund-
sätzlich keine naturrechtswidrigen Gesetze geben, außer zum Vor-
teil des „ganzen gemeinen Wesens“. Grundsätzlich müssen die
Bürger naturrechtswidrigen Befehlen auch nicht folgen, es sei
denn, sie zögen sich durch verweigerten Gehorsam mehr Unheil
zu als durch Befolgung (beispielsweise soll sich der Bürger dem
Zwang, eine andere Religion anzunehmen, lieber durch Auswan-
derung entziehen [„wo wir es vielleicht noch besser finden kön-
nen, als wir es an dem Ort haben, den wir verlassen müssen“]).
Dem Befehl, „liederliche[r] Comoedianten“ durch eine jährliche
Zahlung zu unterstützen, müssten sie sich nach der gleichen Inte-
ressenabwägung hingegen beugen. Von seiner abwägungs- und fol-
genorientierten Praxis geht Wolff erst a.E. für den Fall ab, dass die
Obrigkeit den Bürger zwingt, *selbst* Unrecht zu tun, etwa „einen
unschuldigen Menschen todschlagen“; hier muss er den Gehorsam
verweigern. Die ausführlichere Darlegung des Konfliktes zwischen
Naturrecht und staatlichem Gesetz in Wolffs „Jus Naturae“ bilanzi-
ziert H. Hofmann in seiner Einleitung der hier herangezogenen
Ausgabe der „Deutschen Politik“ (S. 9ff.) mit den Worten: „Knapp
zusammengefasst läuft die Lehre ... darauf hinaus, daß im Kollisi-
onsfall das staatliche Gesetz vorgeht – wohl mit Ausnahme direk-
ter gesetzlicher Anordnung naturrechtswidriger Handlungen.“

³³ Näher Klippel: Freiheit (Fn. 30), S. 57ff., 124ff., 131ff., 178ff. u.
ö.; ders.: Verfassungskonflikte im Allgemeinen Staatsrecht des
18. Jahrhunderts, in: U. Müßig (Hrsg.), Konstitutionalismus und
Verfassungskonflikt. Symposium für Dietmar Willoweit, 2006, S.
61ff. (70ff.).

³⁴ Schröder: Naturrecht (Fn. 29), S. 429.

³⁵ C. Langer: Reform nach Prinzipien, 1986.

³⁶ Näher zum Folgenden H. Dreier: Kants Republik, in: ders. (Hrsg.), Rechts- und staatsrechtliche Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit. Symposium für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag, 2005, S. 151ff. (163ff., 171ff.).

³⁷ Immanuel Kant: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), in: Kant's Gesammelte Schriften, Akademie-Ausgabe, Bd. 4, S. 434.

³⁸ Immanuel Kant: Reflexion 6954, in: Kant's Gesammelte Schriften, Akademie-Ausgabe, Bd. 19, S. 212f.; ders.: Zum Ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf (1795), in: Akademie-Ausgabe, Bd. 8, S. 350 Fn. *.

³⁹ Vgl. Dreier: Kants Republik (Fn. 36), S. 167f.

⁴⁰ Siehe C. Link: Herrschaftsordnung und politische Freiheit, 1979, S. 114ff., wonach der normative Geltungsanspruch des Naturrechts von Kant aufgegeben worden sei.

⁴¹ Eingehender und m.w.N. Dreier: Kants Republik (Fn. 36), S. 171ff., 175ff.

⁴² G.W.F. Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaften im Grundrisse, 1821, Vorrede: „So soll denn diese Abhandlung, insofern sie die Staatswissenschaft enthält, nichts anders sein, als der Versuch, den Staat als ein in sich Vernünftiges zu begreifen und darzustellen. Als philosophische Schrift muß sie am entferntesten davon sein, einen Staat, wie er sein soll, konstruieren zu sollen; die Belehrung, die in ihr liegen kann, kann nicht darauf gehen, den Staat zu belehren, wie er sein soll, sondern vielmehr, wie er, das sittliche Universum, erkannt werden soll.“ (zit. nach: G.W.F. Hegel: Werke in 20 Bänden, Bd. 7, 1986, S. 26).

⁴³ N. Hoerster: Einleitung, in: ders. (Hrsg.), Klassische Texte der Staatsphilosophie, 13. Aufl. 2006, S. 230. Vertiefend zu Hegels Rechts- und Staatsphilosophie: M. Riedel: Hegels Kritik des Naturrechts (1967), in: ders., Studien zu Hegels Rechtsphilosophie, 1969, S. 42ff.; K.-H. Ilting: Die Struktur der Hegelschen Rechtsphilosophie (1971), in: M. Riedel (Hrsg.), Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie, 1974, S. 52ff. (insb. 61ff.); S. Avineri: Hegels Theorie des modernen Staates, 1976, insb. S. 211ff.; Hofmann: Einführung (Fn. 7), S. 183ff. Sehr eindringlich M. Pawlik: Hegel und die Vernünftigkeit des Wirklichen, in: Der Staat 41 (2002), S. 183ff.

⁴⁴ G. Radbruch: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: SJZ 1946, Sp. 105ff. (107): „Der Positivismus hat in der Tat mit

seiner Überzeugung ‚Gesetz ist Gesetz‘ den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts.“ Ähnlich *M. Kriele*: *Recht und praktische Vernunft*, 1979, S. 126.

⁴⁵ Zum folgenden als „Klassiker“: *B. Rütters*: *Die unbegrenzte Auslegung* (1968), 6. Aufl. 2005; *E. Franßen*: *Positivismus als juristische Strategie*, in: *JZ* 1969, 766ff.; *H. Rottleuthner*: *Substanzieller Dezi-
sionismus*, in: ders. (Hrsg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, 1983, S. 20ff.; *ders.*: *Rechtspositivismus und Nationalsozialismus*, in: *DuR* 1987, 373ff.; *M. Stolleis*: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3, 1999, S. 316ff. – Im einzelnen *M. Walther*: *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht?*, in: *R. Dreier / W. Sellert* (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, 1989, S. 323ff.; *H. Dreier*: *Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?*, in: *FS Robert Walter*, 1991, S. 117ff. (120ff.); *K. Füller*: *Rechtspositivismus und „gesetzliches Unrecht“*, in: *ARSP* 78 (1992), 301ff.; *W. Ott*: *Der Rechtspositivismus*, 2. Aufl. 1992, S. 187ff.; *A. Engländer*: *Grundzüge des modernen Rechtspositivismus*, in: *Jura* 2000, 113ff. (115 m. Fn. 24); *Hassemer*: *Naturrecht* (Fn. 9), S. 144.

⁴⁶ *Rütters*: *Auslegung* (Fn. 45), insb. S. 175f., 183ff.

⁴⁷ Letzte Passage in Übernahme von *H. Dreier*: *Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre*. Festakt aus Anlaß des 70. Geburtstags von Robert Walter, 2001, S. 17ff. (30).

⁴⁸ *J. Hruschka*: *Die Todesschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht*, in: *JZ* 1992, S. 665ff. (667); *M. Kriele*: *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 2004, S. 17; *O. Höffe*: *Politische Gerechtigkeit*, 1987, S. 23. – Dagegen *N. Hoerster*: *Was ist Recht?*, 2006, S. 67ff.; vgl. auch *Dreier*: *Radbruchsche Formel* (Fn. 45), S. 118f.

⁴⁹ *Breuer*: *Recht* (Fn. 3), S. 942; wortgleich wiederholt S. 949.

⁵⁰ *G. Hirsch*: *Zwischenruf – Der Richter wird’s schon richten*, in: *ZRP* 2006, S. 161; dagegen *C. Möllers*: *Mehr oder weniger virtuos*, in: *FAZ* Nr. 249 v. 26.10.2006, S. 37 sowie *B. Rütters*: *Zwischenruf aus der methodischen Wüste: „Der Richter wird’s schon richten“ (?)*, in: *JZ* 2006, S. 958ff.

⁵¹ Für Kelsen ausführlich *Dreier*: *Rechtslehre* (Fn. 6), S. 159ff., 228ff.; knapp *R. Walter*: *Hans Kelsens Reine Rechtslehre*, 1999, S. 12. Siehe auch *Hoerster*: *Was ist Recht* (Fn. 48), S. 77f. (77: „Die moralisch bzw. ethisch zu verstehende Befolgungsthese vertritt kein

moderner Rechtspositivist, insbesondere nicht Kelsen oder Hart“). Vgl. auch die folgenden Belege.

⁵² Das ist unter explizitem Rückgriff auf eine vielzitierte Aussage von *J. Austin* schon klar diagnostiziert bei *K. Bergbohm*: *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Bd. 1, 1892, S. 397f. Er bezieht sich auf *John Austin: The Province of Jurisprudence Determined* (1832), hier in Übersetzung zitiert nach der Ausgabe von 1954, S. 184: „Die Existenz des Rechts ist eine Sache, ihr Wert oder Unwert eine andere. Ob es besteht oder nicht, ist eine Frage; ob es einer zugrundegelegten Idealvorstellung entspricht, eine andere. Ein bestehendes Gesetz ist auch dann Gesetz, wenn es uns nicht zusagt oder wenn es von dem Kriterium abweicht, nach dem wir unsere Billigung oder Mißbilligung orientieren.“

⁵³ *Dreier*: Radbruchsche Formel (Fn. 45), S. 130f.; vgl. *ders.*: Hans Kelsen (1881–1973): „Jurist des Jahrhunderts“?, in: H. Heinrichs u. a. (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München 1993, S. 705ff. (720, 722f.).

⁵⁴ *H.L.A. Hart: Der Begriff des Rechts*, 1973, hier zitiert nach: N. Hoerster (Hrsg.), *Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie*, 1987, S. 71 (vgl. jetzt *H.L.A. Hart: The Concept of Law*, 2nd edition, 1994, S. 207ff. [208]). In direkter Auseinandersetzung mit der Radbruchschen Formel: *H.L.A. Hart: Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral* (1958), in: *ders.*, *Recht und Moral. Drei Aufsätze*, aus dem Englischen übersetzt und mit einer Einleitung herausgegeben von Norbert Hoerster, 1971, S. 14ff. (40ff.), insb. S. 42f.: „Man tritt ihm [Radbruch, H.D.] glaube ich, nicht zu nahe mit der Feststellung, daß seine Argumentation verrät, daß er die geistige Botschaft des Liberalismus, die er dem Juristenstand zu vermitteln sucht, nur halb verstanden hat. Denn alles, was er sagt, beruht auf dem Mißverständnis, daß mit der Anerkennung einer Norm als einer gültigen Norm des Rechts auch schon die moralische Frage ‚Soll man dieser Rechtsnorm Gehorsam leisten?‘ entschieden ist. Zweifellos ist die wahrhaft liberale Antwort auf jeden zweifelhaften Gebrauch des Schlagworts ‚Gesetz ist Gesetz‘ oder der Unterscheidung zwischen Recht und Moral: ‚Nun gut; aber das entscheidet die Frage nicht. Recht ist nicht Moral; laß es nicht die Moral verdrängen.‘“ Ganz ähnlich wie das Eingangszitat klingt die knappe Wendung bei *Bergbohm*: *Jurisprudenz* (Fn. 52), S. 398, wonach es dem Naturrechtler „unmöglich (sei) zuzugestehen: es ist schlechtes Recht, immerhin Recht“.

⁵⁵ *F. Somló*: Juristische Grundlehre, 1917, S. 431.

⁵⁶ *C.A. Emge*: Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus, 1916, S. 14, 47f.

⁵⁷ *Dreier*: Radbruchsche Formel (Fn. 45), S. 128f.

⁵⁸ *R. Thoma*: Grundbegriffe und Grundsätze, in: G. Anschütz / R. Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, § 71, S. 108ff. (141 in Fn. 77).

⁵⁹ *Thoma*: Grundbegriffe (Fn. 58), S. 141f. geht zunächst davon aus, daß die Legislative formell ordnungsgemäßes Recht ungerechten oder unsittlichen Inhalts zwar nicht erzeugen dürfe, wohl aber könne, um dann fortzufahren: „Allerdings steht es dem autonomen Ich eines jeden Gesetzunterworfenen frei, irgend einer gesetzten Rechtsnorm die innere Anerkennung zu verweigern. Diese Ablehnung kann in verschiedenen Graden auftreten ... (...) Denkbar ist endlich, daß mir ein Rechtssatz als schlechthin ungerechtfertigt erscheint, sei es, ... daß ich ihn wegen seines mir ungeheuerlich erscheinenden Inhalts ... als verwerflich (ungerecht, unsittlich) empfinde. Auch einer solchen Norm muß ich, solange die staatliche Macht sie in Geltung hält, zugestehen, daß sie im formellen Sinne des Wortes ‚Rechtssatz‘ ist, wenn ich ihr auch in *foro interno* und in Anwendung jenes anderen, mit dem Gerechtigkeitsbegriff verknüpften, Idealbegriffes den Namen einer Gewaltnorm oder Unrechtssatzung gebe. Und wenn mich mein sittliches Gewissen zu Ungehorsam, zu öffentlicher Aufforderung zum Ungehorsam, ja zur Rebellion treibt, so müßte ich doch zugestehen, daß ich im Dienste des ‚Rechts‘ (im einen Sinne des Wortes) das positive ‚Recht‘ (im anderen Sinne des Wortes) damit verletze“.

⁶⁰ So aber *J. Hruschka*: Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft, in: JZ 1992, S. 429ff. (431): „Versuch ... die Frage nach dem Rechten und Unrechten abzuschneiden“. Im Grunde geht auch Radbruchs berühmte Formulierung von der unter der Herrschaft des Rechtspositivismus allein noch möglichen allgemeinen Rechtslehre als der „Euthanasie der Rechtsphilosophie“ (*Radbruch*: Rechtsphilosophie [Fn. 12], § 3 [S. 27]) in diese Richtung, damit aber eben in die Irre.

⁶¹ Vgl. dazu und zum Folgenden *Dreier*: Rechtslehre (Fn. 6), S. 171ff.; auch *Kelsen*: Rechtslehre (Fn. 16), S. 442. Sehr klar zum Folgenden *H. Geddert*: Recht und Moral, 1984, S. 218ff. (222, 224).

⁶² So aber *J. Hruschka*: Recht und Unrecht bei Norbert Hoerster, in: ARSP 79 (1993), S. 421ff. (422).

⁶³ Vgl. oben Fn. 52.

⁶⁴ Allein sechs unterschiedliche Perspektiven des Verhältnisses macht aus und analysiert *H. Hofmann*: Recht und Ethik, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, 2002, S. K 5ff.; differenziert auch *Geddert* (Fn. 61), S. 41–189.

⁶⁵ *G. Jellinek*: Über die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe (1878), 2. Aufl. 1908, S. 45. Eingehend dazu *H. Nef*: Recht und Moral in der deutschen Rechtsphilosophie seit Kant, 1937, S. 57ff.

⁶⁶ *P. Heck*: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1ff. (17): „Die Gesetze sind die Resultanten der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenüberstehenden und um Anerkennung ringenden Interessen materieller, nationaler, religiöser und ethischer Richtung. In dieser Erkenntnis besteht der Kern der Interessenjurisprudenz.“

⁶⁷ Vgl. pars pro toto nur *H. Kelsen*: Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 21. Näher *Dreier*: Rechtslehre (Fn. 6), S. 113ff.

⁶⁸ *E. Ehrlich*: Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913), 4. Aufl. 1989, S. 20; aufgenommen etwa von *N. Horn*: Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 2004, Rn. 158: „blutleer, unanschaulich und in manchem lebensfremd“.

⁶⁹ Prägnant *H. Kelsen*: Was ist die Reine Rechtslehre? (1953), in: H. Klecatsky / R. Marcic / H. Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Bd. I, 1968, S. 611ff. (620).

⁷⁰ Zu ihrer konstitutiven Bedeutung für den Rechtspositivismus *N. Hoerster*: Verteidigung des Rechtspositivismus, 1989, S. 20ff.; *Ott*: Rechtspositivismus (Fn. 45), S. 175ff.; *T. Osterkamp*: Juristische Gerechtigkeit, 2004, S. 10ff.

⁷¹ *Engländer*: Grundzüge (Fn. 45), S. 114.

⁷² Plastisches Beispiel bei *N. Hoerster*: Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, in: NJW 1986, S. 2480ff. (2481): „Einen weißen Amerikaner etwa, der mit seiner dunkelhäutigen Ehefrau Südafrika bereisen möchte und sich über Einzelheiten seiner Reise Gedanken macht, wird die ‚naturrechtliche‘ Auskunft, die dortigen Apartheid-Normen seien wegen ihres eklatanten Verstoßes gegen die Menschenrechte kein gültiges Recht, kaum beruhigen.“ – In gleichsinnig-

ger Verallgemeinerung *Engländer*: Grundzüge (Fn. 45), S. 114: „Voraussetzung für eine solche Kritik und die daraus zu ziehenden Konsequenzen ist es nämlich, zunächst den *Gegenstand* der Kritik als geltendes Recht *identifizieren* zu können.“ (Hervorhebung i.O., H.D.).

⁷³ Das hat dann natürlich eine affirmative Kehrseite: wenn Gesetze nicht als eklatant ungerecht oder unsittlich qualifiziert werden können, besteht umgekehrt eine Gehorsamspflicht. Hier schlägt wieder ein gewisser Objektivismus durch, während die rechtspositivistischen Positionen stärker von einem individuellen Relativismus geprägt sind. Wird dem Recht aber zugleich und gewissermaßen automatisch auch sittlich-moralische Geltung zugesprochen, so kann das die moralische Bereitschaft zum Widerstand gegen ungerechte Gesetze schwächen. Nicht von ungefähr wies Hart darauf hin, dass es für Austin oder Bentham „eine eindeutige moralische Pflicht gebe, Gesetzen gegenüber, die ein gewisses Maß an Verwerflichkeit erreicht haben, Widerstand zu leisten und den Gehorsam zu verweigern“ (Hart: Positivismus [Fn. 54], S. 41).

⁷⁴ Vgl. Breuer: Recht (Fn. 3), S. 956.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ H. Weber: Wieweit ist Sittlichkeit rechtlich erzwingbar?, in: Trierer Theologische Zeitschrift 74 (1965), S. 269ff. (271f.).

⁷⁷ Thomas von Aquin: S. Th. I-II (Fn. 15), 96.2.

⁷⁸ Weber: Sittlichkeit (Fn. 76), S. 275.

⁷⁹ Weber: Sittlichkeit (Fn. 76), S. 280.

⁸⁰ Breuer: Recht (Fn. 3), S. 964: das Sittliche kann weitergehen als das Recht.

⁸¹ Thomas von Aquin: S. Th. II-II (Fn. 21), 69.2 ad 1.

⁸² J. Listl: Strafrecht und Moral, in: Stimmen der Zeit 179 (1967), S. 251ff. (254).

⁸³ Pastoralkonstitution „Gaudium et spes“ v. 7.12.1965, 3. Kap., Rn. 36: „De iusta rerum terrenarum autonomia“ (H. Denzinger / P. Hünermann [Hrsg.], Enchiridion symbolorum definitionum et declarationum de rebus fidei et morum/Kompendium der Glaubensbekenntnisse und kirchlichen Lehrentscheidungen, 37. Aufl. 1991, Rn. 4336).

⁸⁴ Katechismus der Katholischen Kirche. Kompendium, 2005, Rn. 492, führt unter den „Hauptsünden gegen die Keuschheit“ u. a. Selbstbefriedigung, Pornographie, Prostitution und homosexuelle Handlungen auf. Nicht zu übersehen ist freilich, dass die Katho-

lische Kirche im Kompendium selbst wie in vielen anderen Verlautbarungen sehr oft die staatliche Gewalt zur Unterstützung der von ihr favorisierten Normen und Verhaltensweisen auffordert, etwa durch (Straf-)Gesetze.

⁸⁵ Zum Folgenden m.w.N. *Dreier*: Kants Republik (Fn. 37), S. 155ff.

⁸⁶ *R. Ružička*: Art. Naturrecht IV.4, in: J. Ritter / K. Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 6, 1984, Sp. 594ff. (595).

⁸⁷ *I. Kant*: Metaphysik der Sitten, 1797, Einleitung § B (Akademie-Ausgabe, Bd. 6, 1968, S. 230).

⁸⁸ Von der reinen bzw. wahren Republik spricht *Kant*: Metaphysik (Fn. 87), Erster Teil, § 52 (Akademie-Ausgabe, Bd. 6, S. 340).

⁸⁹ *Hofmann*: Rechtsphilosophie (Fn. 7), S. 166.

⁹⁰ *Hofmann*: Rechtsphilosophie (Fn. 7), S. 7f.

⁹¹ *Hoerster*: Was ist Recht (Fn. 48), S. 74, 118ff.

⁹² Zum Folgenden *Kelsen*: Rechtslehre (Fn. 16), S. 242ff., 346ff.; aus der umfänglichen Sekundärliteratur etwa *Dreier*: Rechtslehre (Fn. 6), S. 129ff., 145ff.; *R. Lippold*: Recht und Ordnung, 2000, S. 374ff., 380ff.; *C. Jabloner*: Stufung und „Entstufung“ des Rechts, in: ZöR 60 (2005), S. 163ff.

⁹³ *H. Kelsen*: Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: JW 1929, S. 1723ff. (1726): die Reine Rechtslehre habe „durch die von ihr vertiefte Einsicht in den Stufenbau der Rechtsordnung eine der Hauptpositionen der Freirechtsschule: die Behauptung, daß die sogenannte Gesetzesvollziehung durch Gerichte und Verwaltung wahre Rechtsschöpfung sei, allererst theoretisch fundiert.“

⁹⁴ *Kelsen*: Rechtslehre (Fn. 16), S. 353.

⁹⁵ *Hart*: Concept of Law (Fn. 54), chapter VII (S. 124ff.: „open texture of law“); s. auch chapter IX, S. 204f. sowie das „Postscript“ der 2nd ed., S. 272ff.

⁹⁶ Näher *M. Pawlik*: Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, 1992, S. 32ff.

⁹⁷ *B. Rütters*: Rechtstheorie, 2. Aufl. 2005, Rn. 459.

⁹⁸ *Rütters*: Rechtstheorie (Fn. 97), Rn. 460.

⁹⁹ *R. v. Jhering*: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung (1852), Erster Teil, 9. Aufl. 1953, S. 40.

¹⁰⁰ *G. Dilcher*: Der rechtswissenschaftliche Positivismus, in: ARSP 61 (1975), S. 497ff.

¹⁰¹ U. Falk: Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz, 1989.

¹⁰² H.-P. Haferkamp: Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, 2004.

¹⁰³ Falk: Gelehrter (Fn. 101), S. VI („Bezieht man dagegen die stets vernachlässigten, jedoch gleichwohl zentralen Elemente der Dogmenbildung Windscheids ein, so kann von ‚Begriffsjurisprudenz‘ keine Rede sein. Ein Gelehrter wie Windscheid steht der nachfolgenden Privatrechtswissenschaft als bequeme Kontrastfigur zur positiven Selbstdarstellung nicht mehr zur Verfügung.“), 1ff., 215ff. (221: „Nur verweise man Windscheids Lösungsversuche bei all ihren Defiziten, Schleichwegen und vielleicht sogar einem generellen Gefälle zwischen Intention und Vollbringung nicht unbezogen ins methodische Abseits einer angeblichen Begriffsjurisprudenz.“). Ähnlich Haferkamp: Puchta (Fn. 102), S. 4 („Vom ‚Begriffsjuristen‘ Puchta blieb ... nicht viel“), 5ff., 21ff., 443ff., 463ff. (471: „Angefeindet und zugleich unverstanden blieb von Puchtas Jurisprudenz kaum mehr als ein Popanz, der seit den 1880er Jahren in nahezu beliebigem Zuschnitt zur Abschreckung und damit zur Fundierung eigener rechtspolitischer und wissenschaftlicher Forderungen herangezogen werden konnte.“).

¹⁰⁴ W. Hassemer: Verfassungsgerichtsbarkeit in einer Demokratie, in: J.C. Joerden / R. Wittmann (Hrsg.), Recht und Politik, 2004, S. 75ff.; die folgenden Seitenzahlen im Text beziehen sich auf diesen Beitrag.

¹⁰⁵ Thomas von Aquin: S. Th. II-II (Fn. 21), 60.5.

¹⁰⁶ Dass Thomas die „Lückenhaftigkeit des Gesetzes“ betont und dem Richter einen vergleichsweise breiten Spielraum bei der Ausfüllung zubilligt, der eben nicht im Detail vom Naturrecht bestimmt wird, unterstreicht auch A.F. Utz: Kommentar zu Art. 60, 1, in: Deutsche Thomas-Ausgabe, Bd. 18, 1953, S. 423ff. (465ff.).

¹⁰⁷ Thomas von Aquin: S. Th. II-II (Fn. 21), 60.6 corpus parallelisiert die Befugnis zum Erlass mit der zur Auslegung der Gesetze; damit aber unterwirft er Richter wie Gesetzgeber dem identischen Modell der Konkretisierung des Naturgesetzes unter Anleitung der praktischen Vernunft. – Vgl. S. th. II-II 67.1 corpus: Entscheidung des Richters als *quasi particularis lex*.

¹⁰⁸ Thomas von Aquin: S. Th. I-II (Fn. 15), 95.2 corpus; vgl. O.

Schilling: Die Staats- und Soziallehre des heiligen Thomas von Aquin, 2. Aufl. 1930, S. 192ff.

¹⁰⁹ *Thomas von Aquin*: S. Th. I-II (Fn. 15), 94.5 ad 3; vgl. auch S. Th. II-II (Fn. 21), 66.2 ad 1: Eigentum als „ad inventionem rationis humanae“. Siehe dazu *A. O’Rahilly*: S. Thomas’s Theory of Property, in: *Studies* 9 (1920), 337 ff. (338ff.); *Finnis*: Aquinas (Fn. 21), S. 190ff.

¹¹⁰ Vgl. *Wolff*: Deutsche Politik (Fn. 32), § 401; dort sind auch die sogleich zu erwähnenden Gründe für die gleichwohl unentbehrliche staatliche Gesetzgebung angedeutet und in den folgenden Paragraphen entfaltet.

¹¹¹ *Hofmann*: Einleitung (Fn. 32), S. 32; dort die hier wiedergegebene Erläuterung.

¹¹² *Wolff*: Deutsche Politik (Fn. 32), §§ 401, 423ff.