

# Was ist Recht?

## 3. Harts Kritik von Austin

—

Wintersemester 2022/23, LMU München, Matthias Brinkmann

# Heute

1. Kritik des Befehlsbegriffs
2. Kritik des Souveränitätsbegriffs
3. Nächste Woche

# Arten der Einwände

## Kapitel 3

1. Inhalte der Rechtsnormen
2. Anwendungsspielraum
3. Arten des Ursprungs

## Kapitel 4

1. Kontinuität des Rechts
2. Zeitliche Geltung der Gesetze
3. Grenzen der legislativen Gewalt
4. Souverän hinter der Legislative

# Kritik des Befehlsbegriffs

---

# Befehle und Befugnisse

“Ein Minderjähriger kann ein Testament erst errichten, wenn er das 16. Lebensjahr vollendet hat.” (§ 2229 BGB Abs. 1)

Beispiel: ein 15-Jähriger versucht, ein Testament unter deutschem Recht zu errichten

- Es ist dem 15-Jährigen nach diesem Paragraphen *unmöglich*, ein Testament zu errichten; es fehlt die rechtliche *Fähigkeit*, ein Testament zu erstellen
- Aber: der Versuch, ein Testament zu errichten, ist *kein* Gesetzesbruch und *kein* Verbrechen, und es wird auch nicht sanktioniert

# Befehle und Befugnisse

“Die Zuständigkeit der Amtsgerichte umfaßt in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten [...] Streitigkeiten über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von fünftausend Euro nicht übersteigt” (§ 23 GVG [*Gerichtsverfassungsgesetz*] Abs. 1)

Beispiel: ein Amtsgericht entscheidet eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit bei einem Streitwert von 6000€.

# Ein einfaches Modell

## **Direkt auf Handlungen orientierte Elemente des Rechts:**

Rechte und Pflichten, bestimmte Handlungen zu tun oder zu unterlassen  
("handle so-und-so", "tu nicht dies", "du darfst das")

## **Auf das Recht selbst orientierte Elemente des Rechts:**

Befugnisse, Rechte und Pflichten zu kreieren, zu ändern, usw.;  
*auch* die Befugnis, Befugnisse zu kreieren, zu ändern, usw.

(Wir müssen uns zu Harts genauer Unterscheidung zwischen "Primärregeln" und "Sekundärregeln" noch vorarbeiten!)

# Anwendungsbereich

- Das Austinsche Modell erlaubt es uns nicht, oder nur mit großen Verzerrungen, die Möglichkeit *selbst*verpflichtender Gesetzes zu erklären (*was könnte Austin antworten?*)
- Solche Gesetze lassen sich lt. Hart am besten über die Idee eines *Versprechens* erklären (S. 58-9): das Schaffen einer Verpflichtung für sich selbst
- Auch hier verweist uns eine genauere Analyse wieder zurück auf die des Befugnisses: wenn sich der Gesetzgeber selbst verpflichtet, ist das Anwendung einer Befugnis zu verstehen (*warum?*)

# Mögliche Antwortstrategien (cf. Hardin, “Sanction and Obligation”)

- Unterscheiden zwischen Recht in einem Kernsinn (“laws properly so called”), und Recht in einem erweiterten Sinn
- Möglichkeit der Selbstverpflichtung verneinen (“A man is no more able to confer a right on himself, than he is able to impose on himself a law or duty.”)
- Zwangsbegriff ausweiten (Nichtigkeit als Sanktion?)
- Befugnisnormen sind unvollständige Zwangsnormen oder basieren parasitär auf Zwangsnormen

# Kritik des Souveränitätsbegriffs

---

# Gewohnheit

A hat die **Gewohnheit**, X zu tun = (i) A hat X für eine längere Zeit wiederholt getan,  
(ii) es ist wahrscheinlich, dass A weiterhin X tun wird. (Hart, S. 68)

Die Bevölkerung hat die Gewohnheit, dem Souverän zu gehorchen = jedes Mitglied hat die Gewohnheit, dem Souverän zu gehorchen

# Problem: Kontinuität des Rechtssystems

Hypothetischer Fall: Rex I stirbt und Rex II übernimmt

- Es kann nach unserer Definition noch keine Gewohnheit geben, Rex II zu gehorchen
- Aber dann können die Befehle von Rex II (am Anfang) auch nicht Recht sein
- Dennoch: sobald Rex II König ist, kann er Recht gestalten

Hart: der nahtlose Übergang von Rex I zu Rex II setzt eine im Hintergrund stehende Regel voraus, die sich nicht auf bloße Gewohnheit reduzieren lässt

# Gewohnheit vs. Regel

Sowohl Gewohnheit als auch Regel setzen bestimmte Verhaltensmuster voraus. Aber:

1. Regeln haben ein *normatives* Element: Verstöße gegen Regeln werden als falsch, unrichtig, usw. gewertet, und Kritik an Verstößen als richtig gewertet
2. Regeln werden *als Regeln* akzeptiert: zumindest einige Menschen befolgen sie bewusst (“interne Perspektive”).

Beispiel: es ist eine *Regel* des Schachspiels, dass Läufer sich diagonal bewegen. Es ist eine bayerische *Gewohnheit*, Weißwurst zum Frühstück zu essen.

# Regeln und Kontinuitätsproblem

Frage: Wie löst der Verweis auf Regeln das Kontinuitätsproblem?

Es gibt nicht nur eine Gewohnheit, sondern eine Regel, Rex zu gehorchen. Darüber hinaus gibt es eine Regel höherer Ordnung, z.B. “allen männlichen Nachkommen von Rex ist Gehorsam zu leisten”. Diese Regel erklärt das *Recht* von Rex II, zu regieren, und den nahtlosen Übergang von Rex I zu Rex II.

Ein Problem: In modernen Gesellschaften werden die Regeln der Machtausübung zunehmend komplex. Wie antwortet Hart auf dieses Problem?

# Zeitliche Geltung der Gesetze

Umgekehrtes Problem: ein vor vielen Jahren erlassenes Gesetz ist weiterhin Recht, auch wenn es keine Gewohnheit mehr gibt, dem Erlasser des Gesetzes zu gehorchen.

Auch hier: Gewohnheit reicht nicht aus. Es muss eine allgemeinere *Regel* zugrunde liegen, was warum als Recht gilt. (*inwiefern hilft die Regel bei der Erklärung?*)

Eine Antwortmöglichkeit: es gibt einen stillschweigenden Befehl des jetzigen Gesetzgebers, alten Gesetzen weiterhin zu gehorchen. (*was antwortet Hart?*)

# Nächste Woche

---

# Thema

Achtung Raumänderung: Nächste Woche (10.11.2022) findet das Seminar abweichend im **Raum A017** (Hauptgebäude) statt.

Text: Ausschnitte aus Kelsen, *Reine Rechtslehre* (auf Moodle)

**Grundidee**: Recht ist eine hierarchische Normenordnung, an deren Spitze eine prozedurale Grundnorm basiert. Die unteren Teile der Normenordnung werden durch die von der Grundnorm anerkannten Willensakte spezifiziert. Alles kann Teil einer spezifischen Rechtsordnung sein, es gibt also keinen Zusammenhang zwischen Recht und Moral.

# Begleitende Literaturfragen

**Wichtige Begriffe:** Norm, Normenordnung, Grundnorm, Sein vs. Sollen, Willensakt, Geltung (einer Norm), Wirksamkeit (einer Norm)

1. Warum ist “Norm” nicht identisch mit “Willensakt”? (S. 20-23)
2. Was ist der Unterschied zwischen einem “subjektiven” und einem “objektiven” Sinn, und wie hilft er uns, das Funktionieren des Rechtssystems zu erklären?
3. Was ist eine “Grundnorm” und warum braucht jedes Normensystem eine Grundnorm?
4. Was zeigt das Beispiel der Räuberbände bzw. der Seeräuberstaaten? (S. 32-33)
5. Was sind Gemeinsamkeiten bzw. Unterschiede mit Austins Befehlstheorie? Kann Kelsen Harts Einwände auf Austins Theorie vermeiden? (S. 39-42)
6. Ist Kelsen Positivist? Wenn ja, in welchem Sinne?