

DER STROHMANN IST EIN CHAMÄLEON

WAS RECHTSPOSITIVISTINNEN BEHAUPTEN (UND WAS NICHT)

Wer sich als Rechtsphilosoph „Positivist“ nennt, könnte ebenso gut frommer Scientologe sein; das Integritätsrating steht. Ob als kühle Analytikerinnen gebrandmarkt, die Justitia aus dem Herzen des Rechts transplantieren, oder als Apostel der herrschenden Meinung verschrien: akademisches Naserümpfen garantiert. Warum analytische Positivisten besser sind als ihr Ruf; und das trotzdem nicht genug ist.

„Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist.“ – Bis heute ein eindrückliches Beispiel für mörderischen Rassismus im Kodifikationsstil und wenn es nach dem Entwurf von „NS-Kronjurist“ Karl Larenz ginge, gleichzeitig die Spitze der deutschen Rechtsordnung in § 1 des Volksgesetzbuches.

Wer kann so etwas Abscheuliches ernsthaft für Recht halten, das strikt befolgt werden muss? Handverlesene identitäre Dumpfbacken vielleicht. Oder verirrte Hegel-Jünger der Marke Larenz. Nach dem deutschen Diskussionsreflex aber vor allem eine Gruppe: Rechtspositivistinnen.

Diese „minderwertigen Mitglieder ihrer Zukunft“¹ würden sich Juristen oder gar Rechtsphilosophen nennen. In Wahrheit seien es Paragraphenreiter mit Scheuklappen. Alles das, was im Gesetz stehe, sei geltendes Recht und müsse darum stur befolgt werden, so die beffisene Positivistin. Sie klammere sich blind an jeden Gesetzeswortlaut und scheinlegitimiere stets, was die jeweiligen Machthaber für Recht erklärten. Ob „Blutschutzgesetz“, sogenannter Euthanasie-Befehl des Führers oder oder oder... Alles lupenreine Rechtsnormen, deren Missachtung mit Zwangsmitteln geahndet werden könne. Diese Positivistinnen opferten also hehre Ideale wie Freiheit, Gleichheit und Gerechtigkeit; nur um als Ersatz eine Götze aus Druckerschwärze und Papier anzubeten. Sie seien Konformisten im Kontemplationsgewand. Folgerichtig liest man in deutschsprachigen Monographien häufig als (scheinbar neutrale) Einordnung „der Rechtspositivist X...“. Gemeint ist in dem meisten Fällen so viel wie: Achtung liebe Leser, spielt nicht mit den Schmuddelkindern!

Solche Autoren haben zwar völlig Recht, wenn sie die Praktizierenden des skizzierten „Positivismus“ geißeln und verspotten. Ihre Schwierigkeit besteht jedoch darin, Praktizierende zu finden, die man verspotten kann.

Denn die angerissenen Thesen hat wohl noch nie auf der Welt irgendein Rechtspositivist vertreten.² In jedem Falle keiner, der mit dem Etikett positivistisch eine analytische rechtsphilosophische The-

oriefamilie meint. Borniert, staatstragend, konventionalistisch, unkritisch, ideologiefähig: Ansichten, die diese Attribute verdienen, sucht man nach umsichtiger Lektüre der Werke von Hans Kelsen, H.L.A. Hart oder Joseph Raz vergeblich.

In der deutschsprachigen Rechtsphilosophie wie Juristenausbildung wird trotzdem regelmäßig lieber ein Zerrbild des Rechtspositivismus gezeichnet³, das (fast) nichts mit den fein ausdifferenzierten Debatten zu tun hat, die heutzutage in der (zumeist anglo-amerikanischen) analytischen Rechtsphilosophie unter dem Label „legal positivism“ ausgefochten werden. Allzu oft belässt man es dabei, einen Strohmann aufzubauen, der argumentativ dann als leichte Beute allen möglichen Kritikern zum Fraß vorgeworfen werden kann. Das ist genauso zwielichtig wie unterkomplex. Wer näher hinguckt, entdeckt bei den Theoretikerinnen, die unter der Flagge des Rechtspositivismus segeln, variantenreich scharrende Strömungen und einen ganzen Pool unterschiedlichster Thesen und Lehren.⁴ Der Strohmann entpuppt sich bei Lichte betrachtet als Chamäleon.

Ein Zerrspiegel – Mythen

Es ist also kaum verwunderlich, wenn seit Jahrzehnten ein paar hartnäckige Legenden darüber kursieren, was diese Leute, die sich Positivisten nennen, angeblich so alles Kleingeistiges behaupten. Besonders beliebt: „Was immer im Gesetz steht, ist geltendes Recht.“ Das ist richtig und falsch. Richtig, weil ein Rechtspositivist das vermutlich für die meisten Rechtssysteme dieser Erde so unterschreiben könnte. Falsch schon allein deshalb, weil er sich gar nicht immer auf ein Gesetzbuch beziehen muss. Um ein Beispiel von H.L.A. Hart aufzugreifen, kann die positivistische Rechtsphilosophin auch feststellen, dass in einem autokratischen Staat „alles das geltendes Recht ist, was Alleinherrscher Rex sagt“; ob das nun auf einem Stück Papier mit vorgeschaltetem „§“ steht oder nicht. Zudem bietet diese Verengung Stoff für weitere populäre Mythen.

Denn in einem zweiten Schritt wird dem Positivismus dann gerne folgende Behauptung untergeschoben: „Der Inhalt des Rechts ergibt sich nur aus dem Gesetzestext.“ John Austin oder Jeremy Bentham haben vielleicht noch so gedacht; die Generationen analytischer

¹ So Erwin Riezler, Der totgesagte Positivismus, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1966, 239.

² Vgl. Leslie Green 2018, unter 2.

³ Ausführlich Horst Dreier 2011.

⁴ Dazu im deutschen Sprachraum Walter Ott, Die Vielfalt des Rechtspositivismus, 2016.

Rechtspositivisten rund um und nach Hart sicher nicht mehr.⁵ Wer nur im Textbestand des deutschen Grundgesetzes sucht, wird nicht fündig, wenn er sich fragt, ob Jan Böhmermanns Schmähedicht nun rechtlich von der Kunstfreiheit gedeckt war. Das steht da einfach nicht. Genauso wenig liest man etwas von Alice Weidel und „extra3“-Beiträgen über Nazischlampen. Niemand, auch keine Rechtspositivistin, würde heutzutage ernsthaft behaupten, dass sich ein deutscher Richter in seinen Urteilen nicht auf die Vertragsfreiheit stützen darf; nur weil der Begriff an keiner Stelle in unserem Bürgerlichen Gesetzbuch auftaucht. Rechtliche Entscheidungsprozesse sind nun einmal komplizierter strukturiert als die Suchen-Werkzeuge im Adobe Acrobat Reader. Jeder, der sich einmal sporadisch mit juristischer Methodenlehre beschäftigt hat, weiß das und ist sich darüber im Klaren, dass die Richterin nicht bloß der „Mund des Gesetzes“ ist, wie das noch Montesquieu behauptet hatte.

Inbesondere: Positivismus und Rechtsgehorsam

Damit aber noch lange nicht genug. Notorsche Kritikerinnen des Positivismus sind sich auch sicher, dass dessen Anhänger felsenfest beschwören würden: „Das (Gesetzes-) Recht muss ausnahmslos befolgt werden.“ Diesem Zerrbild liegt ein Missverständnis darüber zugrunde, was gemeint ist, wenn ein Positivist davon spricht, dass eine Rechtsnorm „gilt“. Mit pflichtschuldigem Gehorsam hat die Eigenschaft „legally valid“ nämlich nichts zu tun. Sie soll in Wahrheit bloß bedeuten: es gibt diese Rechtsnorm. Denn (mit Hans Kelsen) „existieren“ rechtliche Normen „im Modus der Geltung“. Etwas das nicht gilt, ist jedenfalls keine Rechtsnorm. Mit anderen Worten: Im Gesetz kann man vielleicht Unrecht vorfinden, aber niemals Nicht-Recht. Sonst könnten wir im Alltag auch gar nicht unbefangen davon sprechen, dass z.B. das Einkommenssteuerrecht unfair ist. In diesem Fall wäre es nämlich gar kein „Recht“.

Für die Positivistin ist es die eine Frage, ob eine bestimmte Rechtsnorm existiert („gültig ist“). Eine ganz andere Frage ist es hingegen, ob die Norm auch befolgt werden muss. Es mag moralische Gründe dafür und dagegen geben. Welche Seite überwiegt, hängt natürlich vom Inhalt der Norm ab. Ein Rechtspositivist kann also etwa sagen: „Es ist richtig, dass in Deutschland von 1935-1945 die Nürnberger Gesetze geltendes Recht waren. In diesen zehn Jahren hatte allerdings nie irgendjemand irgendwo irgendeine (rechtliche) Pflicht dazu, die Gesetze zu befolgen. Denn diese Rechtsnormen waren moralisch pervers und markerschütternd ungerecht.“

Damit liegt auch auf der Hand, wie es um den Wahrheitsgehalt der nächsten Legende bestellt ist: „Die Juristen im Dritten Reich haben den Rechtspositivismus beim Wort genommen“⁶. Die Stigmatisierung aller Rechtspositivisten als willfährige Diener der Eliten und juristische Steigbügelhalter des Nationalsozialismus hat Tradition. Grober Unfug ist das trotzdem. Zum einen, da führende Staatsrechtslehrer wie Erich Kaufmann, Rudolf Smend, Hermann Heller oder Carl Schmitt in den letzten Zügen der Weimarer Republik vieles waren, aber ganz sicher keine Anhänger des Positivismus.⁷ Zum anderen, weil die Behauptung, eine graue Eminenz namens Rechtspositivismus habe den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht, ablenkt. Ablenkt davon, dass damals nicht abstrakte rechtsphilosophische Ideen, sondern konkrete Köpfe mit den Machthabern kollaboriert haben. Köpfe, deren Namen teilweise noch heute in unschul-

digster Kalligraphie auf den Buchrücken jener Werke thronen, die in keinem Literaturverzeichnis juristischer Hausarbeiten fehlen dürfen.

Aber selbst wenn die Nazikeule nicht ziehen sollte, sind sich die Kritikerinnen einig: Irgendetwas moralisch Anrühiges hat der gemeine Positivist doch an sich. Wenigstens indem er sich auf den folgenden Standpunkt festlegt: „Es gibt keine notwendige Verbindung zwischen dem Recht und der Moral.“ Man ahnt es, auch das ist Quatsch. Diese These gilt zwar oft als die Quintessenz des Positivismus; vertreten hat sie aber in dieser Form tatsächlich niemand von rechtsphilosophischem Rang.⁸ Das wäre auch naiv. Bereits nach kurzem Überlegen stößt man auf ganz offensichtliche solcher notwendigen Verbindungen. Eine der Trivialsten ist etwa die Folgende: „Recht wie Moral umfassen beide notwendigerweise ein paar gültige Normen.“ Immerzu neue Gerechtigkeitsargumente aller Couleur zu spinnen, ist also wohl kein aussichtsreiches Mittel, um die Rechtspo-



H.L.A. Hart, 1907-1992/Robespierre7/CC by SA 4.0.

sitivistinnen philosophisch zu stellen.⁹

Natürlich muss man nach all diesen Verfälschungen entlastend zugestehen: Es ist wirklich schwierig, einheitliche Positionen aus der immens vielschichtigen Gruppe der Rechtspositivisten zu isolieren. Seriöser als die Geschichtenerzähler der Standardmythen kann man dabei jedoch allemal vorgehen.

Positivistinnen ernst genommen – 3 Thesen

So kunterbunt durchmischt die einzelnen Überzeugungen der Meute auch sind, so kann man doch drei positivistische Kulminationspunkte erkennen: einen sozialen, einen moralischen und einen semantischen.¹⁰

Maximal verallgemeinert, besagt die soziale These, dass darüber,

was Recht ist (und was nicht), allein soziale Tatsachen entscheiden (das Spektrum der sozialen Thesen von Rechtspositivistinnen besteht dann aus diversen Verfeinerungen und Ausarbeitungen dieser groben Formulierung). So kann der Begriff des Rechts etwa anhand empirisch fest umrissener Merkmale wie der breiten Anerkennung von Normen durch die Bevölkerung oder der Existenz eines staatlich organisierten Zwangsapparates mit Durchsetzungsinstrumentarien bestimmt werden, um zwei Klassiker zu nennen. Die denkbaren Erscheinungsformen der positivistischen „social facts“ sind aber erst einmal unbegrenzt.

Die moralische These im heterogenen Kabinett der Positivisten lässt sich etwa wie folgt ausbuchstabieren: Der gerechtigkeitstheoretische Wert oder die moralischen Meriten des Rechts (egal ob einer bestimmten Norm oder des gesamten Rechtssystems) hängen von Einzelfallumständen in der fraglichen Gemeinschaft ab, sind kontext- und inhaltsabhängig und damit eine „kontingente“ Angelegenheit (wie das Philosophinnen gerne sagen).

Semantisch versammeln sich allerlei Rechtspositivistinnen schließlich hinter einer recht abstrakten (negativen) These: Begriffe wie „Rechte“ oder „Pflichten“ können nicht mit derselben Bedeutung in rechtlichen und moralischen Diskursen benutzt werden.

Von diesen dreien ist die soziale These die Wichtigste. Sie ist so etwas wie das Rückenmark des analytischen Rechtspositivismus. Gleichzeitig spaltet sie die Positivistinnen, weil sie unterschiedlich stark interpretiert wird: es gibt Softies und Hardliner.

Harte und zarte Gemüter – zwei Lager

Man kann sich nämlich darüber streiten, ob der soziale Lackmустest für die Geltung von Rechtsnormen (die „social thesis“) inhaltlich beliebig ausgestaltet werden darf: Ist es prinzipiell möglich, dass der positivistische Test auch moralische Kriterien inkorporiert, die nicht werturteilsfrei rekonstruierbar sind? Kann es in irgendeiner vorstellbaren Welt ein Rechtssystem geben, in dem gilt, dass (nur) die Normen Recht sind, die im Gesetzblatt stehen und zusätzlich wahlweise mit den basalen liberalen Menschenrechtsstandards oder dem „gesunden Volksempfinden“ übereinstimmen?

Wer das bejaht, rechnet sich dem inklusiven Positivismus zu (so z.B. H.L.A. Hart, Jules Coleman oder Wil Waluchow). Wer mit einem klaren „Nein!“ antwortet, zählt zur Fraktion der exklusiven Positivistinnen (z.B. Joseph Raz oder Andrei Marmor). Auf den ersten Blick scheinen die Vertreterinnen eines „exclusive“ beziehungsweise „hard positivism“ also mit den Michael Kohlhaas-Enthusiasten dieser Welt in den Ring steigen zu wollen. Recht und Moral sind strikt getrennt und haben philosophisch nichts miteinander zu tun.¹¹ So lautet oftmals die Interpretation einer der am häufigsten missverstandenen Überzeugungen des Positivismus: der Trennungsthese.

In Wahrheit können selbst harte Positivistinnen bedenkenlos allen folgenden Aussagen zustimmen: „Moralische Prinzipien sind Teil des Rechts.“ „Das Recht ist regelmäßig (oder sogar faktisch immer) in irgendeiner Art und Weise moralisch wertvoll.“ „Die beste Erklärung für den Inhalt des Rechts in einer spezifischen Gemeinschaft rekurriert stets auf die moralischen Überzeugungen dieses Kollektivs.“ Oder gar: „Ein Rechtssystem kann nicht dauerhaft überleben, wenn es nicht bis zu einem gewissen Grad als gerecht angesehen wird.“¹²

Der wirklich entscheidende Unterschied zwischen exklusivem Positivismus und „soft positivism“¹³ ist in der unscheinbaren Platzierung des Wörtchens „notwendig“ verborgen. „Es ist notwendigerweise der Fall, dass der soziale Geltungstest für die Existenz von Rechtsnormen

keine moralischen Kriterien enthält“, so die Überzeugung der exklusiven Positivistin. Nur marginal anders der inklusive Positivist: „Es ist nicht notwendigerweise der Fall, dass der soziale Geltungstest für die Existenz von Rechtsnormen moralische Kriterien enthält.“ Das klingt nicht nach einem himmelweiten Dissens; eine feinsinnige Differenzierung ist es trotzdem. Gerade deswegen entpuppt es sich jedenfalls als wenig hilfreich, alle analytischen Rechtspositivistinnen einfach in einen Topf mit ein paar halbgaaren Thesen zu werfen und einmal kräftig umzurühren.

Denn es gibt schlicht nicht so etwas wie „den Rechtspositivismus“. Gleichzeitig ist es natürlich allen positivistischen Positionen gemein, dass sie darüber grübeln, was das Recht denn nun eigentlich ist.

Der Fluchtpunkt der Positivistinnen

Die Art wie Juristinnen die Frage „Was ist Recht?“ diskutieren, lässt einen erst einmal perplex zurück. Literaturuntiefen und Fußnoten-kaskaden sind nicht zu erwarten, wenn man etwa „Was ist Chemie?“ oder „Was ist Medizin?“ fragt. Ein paar lieblose Zeilen zu Beginn jedes einschlägigen Lehrbuchs sind wohl alles, was der Student dazu in der Regel vorgesetzt bekommt.¹⁴ „Niemand denkt, dass es aufschlussreich oder wichtig ist, zu betonen, Medizin sei, ‘was Ärzte gegen Krankheiten tun’, oder ‘eine Vorhersage, was Ärzte tun werden’; niemand würde plötzlich erklären, dass ein gewöhnlich als charakteristisch geltendes, zentrales Teilgebiet der Chemie, sagen wir die Lehre von Säuren, gar kein Teil der Chemie ist. Und doch wurden im Falle des Rechts oft genau solche Dinge, die auf den ersten Blick nicht weniger merkwürdig anmuten, gesagt. Mehr noch: Sie wurden eloquent und leidenschaftlich vorgetragen, als ob sie Offenbarungen einer Wahrheit über das Recht wären, welche lange durch grobe Fehlinterpretationen der Natur desselben im Dunkeln gelegen hätte.“¹⁵

Das liegt daran, dass das Recht anders zum Inventar der Welt gehört als Medizin oder Chemie. Man kann die Privatautonomie nicht unter dem Mikroskop sehen, der Vertragsfreiheit nicht die Hand schütteln und Gesetze nicht wie Äpfel anfassen, schmecken, riechen oder sehen; Rechtsnormen wachsen nicht auf Bäumen. Die Rechtsordnung existiert eher als imaginatives Gedankenkonstrukt. Gleichzeitig kann Recht nicht ausschließlich im Geist stattfinden, wenn es in der Welt einen spürbaren Unterschied machen will. Für dieses Dilemma haben Positivistinnen nun eine bestechend einfache Lösung

⁵ Vgl. John Gardner 2012, 42-48.

⁶ Hans Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1966, 323.

⁷ Horst Dreier, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?, in: Heinz Mayer (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis, 1991, 122-124.

⁸ John Gardner 2012, 48.

⁹ Dazu Joseph Raz, The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism, in: ders., The Authority of Law, 2009, 313-336.

¹⁰ S. hierzu und zum Folgenden Joseph Raz, Legal Positivism and the Sources of Law, in: ders., The Authority of Law, 2009, 37-39.

¹¹ Etwa Michael Köhler, Recht und Gerechtigkeit, Grundzüge einer Rechtsphilosophie der verwirklichten Freiheit, 2017, 113.

¹² Vgl. Leslie Green 2018, unter 4.2.

¹³ H.L.A. Hart, The Concept of Law, 2012, 250.

¹⁴ Ebd., 1.

¹⁵ Ebd., 1.

parat: Das Recht ist eine soziale Konstruktion, ein „Kunstprodukt“¹⁶. Ob irgendetwas auf der Erde zur Sorte „Recht“ gehört, entscheidet sich alleine anhand von „social facts“. „The existence of law is one thing; its merit or demerit another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry“¹⁷, hat John Austin den rechtspositivistischen Nukleus auf den Punkt gebracht.

Rechtspositivismus als Gedankenexperiment – Luzy

Das Recht kann man sich so vorstellen wie Luzy. Luzy ist hochbegabt. Oder auch nicht. Deshalb absolviert sie einen Test: Nachdem sie genug Polynome ausgemalt hat, wird ihr eine Zahl zugewiesen, ihr IQ. Sagen wir in Europa ist (gesellschaftlich) anerkannt, dass Luzy hochbegabt ist, wenn sie mehr als 130 Punkte erreicht. Nehmen wir zudem an, dass sie in den USA sogar 145 Punkte braucht. Jetzt ist die Frage, ob Luzy hochbegabt ist, ganz einfach zu beantworten. Sobald sie 135 Punkte erreicht, ist Luzy etwa in Klagenfurt hochbegabt und in Berkeley nicht. Der Clou: Auch wenn die Funktion des Etiketts „hochbegabt“ darin besteht, Luzys besondere Intelligenz anzuzeigen, können wir von Luzy sagen, dass sie hochbegabt ist, ohne gleichzeitig wissen zu müssen, wie klug sie wirklich ist. Einzig die soziale Konvention des Testergebnisses entscheidet, ob Luzy ihr Leben lang „hochbegabt“ auf der Stirn eingraviert hat oder nicht. Das Attribut ist dann eine soziale Konstruktion. Genauso das Recht. In jedem denkbaren Rechtssystem

existiert ein eigener „pedigree-test“¹⁸ (von ausgeklügelten Parlamentsbeteiligungen über Stammesriten bis zu Führerbefehlen), der darüber urteilt, ob und wann einem Ding in der Welt das Etikett „Recht“ auf die Stirn geschrieben ist. Dieser Test ist eine soziale Konvention und darum sein Ausgang erst einmal unabhängig davon, ob der Testgegenstand inhaltlich auch gerecht ist oder nicht. Das ist die rechtspositivistische Zentralthese.

Der Einwand liegt auf der Hand. IQ-Punkte wie Rechtsnormen lassen sich doch nicht einmal begrifflich von ihren jeweiligen Funktionen unterscheiden. Hochbegabung und Intelligenz sind genauso untrennbar miteinander verwoben wie Recht und Gerechtigkeit. Allerdings sind Intelligenz und Gerechtigkeit auch beide „essentially contested concepts“¹⁹. Ob etwas gerecht oder jemand intelligent ist? Darüber gehen die Meinungen (vor allem in unterschiedlichen Kulturen) mit vernünftigen Gründen auseinander. Es bleibt am Ende ein breites Spektrum möglicher Positionen, ein nachvollziehbarer Pluralismus. Das mag für die Hochbegabten nicht weiter schlimm sein; für das Recht ist es das potentiell aber. Hier hinkt der Vergleich: Hochbegabung kann mich nicht ins Gefängnis bringen, mir keinen Schadensersatz abknöpfen oder die Kinder wegnehmen; das Recht schon – denn das Recht beansprucht den Status einer höchsten Autorität.²⁰

Es wirkt konfliktlösend, handlungsleitend und vor allem im Wortsinne letztinstanzlich. Es ist deshalb für die Einzelne deutlich wichtiger zu wissen, ob X „Recht“ ist, als zu verifizieren, ob X „hochbegabt“

Anzeige

Phase 2

Zeitschrift gegen
die Realität

www.phase-zwei.org

Einzelpreis: 5€

Abonnement: 22€ für fünf Ausgaben

Abonnements können auf <http://www.phase-zwei.org/abo/> abgeschlossen werden, dort finden sich auch die Abopremien, oder per Mail an: abo@phase-zwei.org

ist. Die im Rechtssystem geronnene pure Durchsetzungsmacht verlangt als Kehrseite nach besonderer Transparenz und Vorhersehbarkeit: man kann das Rechtssicherheit nennen. Genau das leistet der positivistische Theoretiker, wenn er die (Nicht-)Existenz von Rechtsnormen lediglich von allgemein einsehbaren „social facts“ abhängig macht. Was zur Sorte „Recht“ gehört, muss dann nicht gleichzeitig auch gerecht sein. So kann er der Gefahr vorbeugen, die Transparenzanforderungen zu unterlaufen, indem er die Geltung des Rechts in der „unbeständigen Flut und Ebbe moralischer Kommunikation“²¹ aufweicht. Denn er behauptet ja: the existence of law „depends on its [social] sources, not its merits.“²²

Das Nadelöhr im Kamel – eine Bindestrichtheorie

Positivistinnen sind nach alldem besser als ihr Ruf. Ein Ruf, der von unzähligen Verfälschungen nur so strotzt, die ihrerseits teilweise so abwegig sind, dass sie – so darf man vermuten – nur als das Resultat einer wirklich gründlichen Juristenausbildung durchgehen können.

Aber wirklich viel über die philosophische „Natur des Rechts“ hat uns auch der authentische Positivist bisher noch nicht verraten. Das liegt daran, dass er das auch gar nicht will und kann. Denn keine seriöse Rechtsphilosophin dieses Planeten kann nur Rechtspositivistin sein.²³ Das Bekenntnis zum Positivismus ist lediglich ein winziges Nadelöhr im Kamel des philosophischen Mysteriums „Recht“.

Denken wir an jemanden, der versucht, mehr über die Luzys dieser Erde herauszufinden: Wie viel weiß eine Begabungsforscherin, die die nackten Ergebnisse von Intelligenztests auf der ganzen Welt ausgewertet, also IQ-Punkte gezählt hat, eigentlich über Begabung? Wie viel hat sie darüber herausgefunden, was das Wesen der Begabung ist, was sie ausmacht, bewirkt und charakterisiert? Wie interessant, reichhaltig, fesselnd, erschöpfend, präzise oder mitreißend wird die Geschichte wohl sein, die sie über die Natur der Begabung zu erzählen hat? Kann sie uns danach etwas Erhellendes dazu berichten, was „die Begabung“ nun in Wirklichkeit ist?

Wenn überhaupt, dann vermutlich mikroskopisch wenig. Die Forscherin kann uns jetzt vielleicht einen erstaunlich universalen Mechanismus zeigen, wie allorts identifiziert wird, dass jemand begabt ist. Damit sind die eigentlichen Fragen zur Funktion und zum Wesen „der Begabung“ aber noch gar nicht berührt.

Genauso ergeht es dem Rechtspositivisten. Er stellt sich – qua analytischem Rechtspositivismus – lediglich die eine Frage: „Ist das da wirklich Recht?“ Damit ist aber über das philosophische Großprojekt „Was ist eigentlich das Recht?“ noch beinahe nichts gesagt. Wer die zweite Frage plausibel beantworten möchte, kann nur ein „auch-Positivist“, aber niemals ein „nur-Positivist“ sein. Der Rechtspositivismus muss mit anderen Worten immer theoretische Bindestrichehen eingehen, um etwas wirklich Substantielles über das „Recht an sich“ sagen zu können.

Man kann die ethische Bewertung „Ausschwitz war ein Zivilisationsbruch“ in ihrem rationalen Anspruch und Gehalt auf eine Stufe mit der Gefühlswallung „Igitt“ stellen; ganz so, wie ich den Genuss von Eis in der Geschmacksrichtung Erdnuss quittiere. Dann ist man eben harter Wertrelativist oder ein nonkognitivistischer Positivist. Man kann den Zweck des Rechts darin sehen, effizient, elegant, rational begründbar oder schlicht gerecht zu sein. Man kann Juristinnen auch als Erfüllungsgehilfen eines gesellschaftlichen Überbaus wahrnehmen oder behaupten, Rechtssysteme ließen sich ausnahmslos auf die verklarte Perpetuierung purer Machtansprüche von ausgewählten Eliten reduzieren. Man kann rechtliche Normativität als Motor des

Fortschritts identifizieren und in der Erfolgsgeschichte von Grund- und Menschenrechten einen gerichteten Lernprozess erspähen. Der Witz an der Sache ist: Jede dieser (teilweise wechselseitig inkompatiblen) Positionen könnte jemand einnehmen, der sich Rechtspositivist nennt. Ob der Bindestrich nun in einem „kognitivistisch“, „marxistisch“ oder „poststrukturalistisch“ gipfelt, ist für die Identifikation als „Positivist“ einerlei.

Sollten wir überhaupt Recht haben? Ist das philosophisch eine gute Sache? Nicht einmal dazu sagt das positivistische Bekenntnis irgendetwas. Und zu guter Letzt ist die soziale Kernthese der Harts, Austins und Benthams dieses Universums sogar mit den meisten Ansichten vereinbar, die unter dem (ebenso heterogenen) Etikett des „Naturrechts“ umherschwirren.

Die festgefahrene Kritik am Positivismus bedarf einer neuen Schlagseite: Man sollte weniger Denkerinnen dafür kritisieren, dass sie Rechtspositivistinnen sind; und umso mehr von ihnen dafür, dass sie bloß Rechtspositivistinnen sind.

Am Ende bleibt so die Abwandlung des berühmten Martin Luther Bonmots: „Ein Rechtsphilosoph, der nicht mehr denn ein Rechtspositivist ist, ist ein arm Ding.“

Constantin Luft, studiert Jura in Münster.

Weiterführende Literatur:

Horst Dreier, Zerrbild Rechtspositivismus, Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden, in: Clemens Jabloner / Gabriele Kucko-Stadlmayer / Gerhard Muzak / Bettina Perthold-Stoitzner / Karl Stöger, Vom praktischen Wert der Methode, Festschrift für Heinz Mayer, 2011, 61.

John Gardner, Legal Positivism, Myths, in: ders., Law as a Leap of Faith, 2012, 19.

Leslie Green, „Legal Positivism“, in: Edward N. Zalta, The Stanford Encyclopedia of Philosophy 2018, URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/legal-positivism/>> .

¹⁶ David Kuch, Die Autorität des Rechts, Zur Rechtsphilosophie von Joseph Raz, 2015, 265.

¹⁷ John Austin, The Province of Jurisprudence Determined, 1995, 157.

¹⁸ Ronald Dworkin, The Model of Rules, in: University of Chicago Law Review, 35 (14) 1967, 17.

¹⁹ Walter Bryce Gallie, Essentially contested concepts, in: Proceedings of the Aristotelian Society, 56 (1) 1956, 167-198.

²⁰ Joseph Raz, Practical Reasons and Norms, 1975, 149-152.

²¹ Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, 79.

²² John Gardner 2012, 19.

²³ Leslie Green 2018, unter 4.3.