

## ZWISCHEN NATURRECHT UND RECHTSPOSITIVISMUS – ZUR FRAGE DER BEGRÜNDUNG DER RECHTSORDNUNG\*

Von Andrés Ollero, Granada

Das vorgeschlagene Thema zeigt uns ein stark dualistisch geprägtes Bild, in welchem sich geradezu starrköpfig über ein Jahrhundert lang Rechtspositivismus und Naturrecht unvereinbar gegenüberstanden. Vor über zwanzig Jahren veranlaßte uns Kaufmann<sup>1</sup> dazu, diese wenig fruchtbare Sicht der Dinge zu überwinden.

Der Rechtspositivismus, einmal fest verankert in diesem Dualismus, hielt die Debatte für beendet und beurteilte die Situation so: „Nur das positive Recht ist Recht.“ Das so beanspruchte Naturrecht, welches aus der juristischen Positivität heraus seine eigene Existenz entwickelte, sah sich ausgestoßen aus der Rechtswissenschaft bis zur Grenze der Irrationalität.

Nachdem sich besagter Dualismus verfestigt hat, käme es einem Martyrium gleich, weiter vom Naturrecht zu sprechen. Nur weil das einzig existierende Recht das positive Recht ist, könnte der Rechtspositivismus besorgniserregend erscheinen. Sollte ein anderes Recht existieren, könnten wir uns dafür entscheiden, uns unter seinen Schutz zu begeben, und das Problem wäre gelöst. Das Problem, welches sich *uns* stellt, ist folgendes: Weil es wahr ist, daß „nur das positive Recht Recht ist“, haben wir keine Möglichkeit, zu einem „anderen“ Recht zu emigrieren.

Vielleicht habe ich diesen Satz wegen meiner geringen Neigung zum Martyrium übernommen; bereits seit einiger Zeit habe ich mich damit abgefunden, daß „nur das positive Recht Recht ist“. Jetzt habe ich mir das Recht genommen – in diesem Fall für mich persönlich ein nicht weniger positives Recht –, einige unschuldige Fragen zu formulieren. Zum Beispiel: „Wie könnte ich das positive Recht von dem nicht positiven unterscheiden?“ Man könnte mir in reiner positivistischer Orthodoxie antworten, daß das positive Recht das bereits festgelegte ist, obwohl dann eine weitere Frage offensteht: „Von wem, wie und wann wurde es festgelegt?“

---

\* IV. Europa-Forum über „Recht – Gerechtigkeit – Menschenrechte. Werte und Normen des demokratischen Verfassungsstaats“. Strassbourg 16.5.1998.

<sup>1</sup> A. Kaufmann, Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik in: Juristenzeitung 30 (1975), S. 337ff., dessen spanische Übersetzung ich in: Anales de la Cátedra Francisco Suárez 17, Granada 1977, S. 351 - 362, veröffentlichten konnte.

Die doppelt positivistische Antwort löste beide Fragen mit Hilfe dieser kuriosen Gleichung: Recht = Positiv = Norm = Gesetz. Somit wäre positives Recht (ein anderes existiert nicht!) nur die vom Gesetzgeber festgelegte Norm.

Viele Jahre wurde mittels einer ethischen Perspektive versucht, diese Ansicht abzuwerten. Wenn wir diese vierfache Identität akzeptieren, würde alles Übel auf die Menschheit hereinbrechen, wobei die Erfahrung der Nazi-Zeit als beredsame Generalprobe dienen könnte. Meiner Meinung nach wurzelt das Problem nicht so sehr darin, daß man das Schlechte ableiten könnte, ohne die Identifikation Recht = Positiv = Norm = Gesetz zu berücksichtigen, sondern es besteht vielmehr darin, daß jegliche Ähnlichkeit zwischen dieser Gleichung und der Realität des Rechts reiner Zufall ist. Einfach ausgedrückt: was diese Ansicht behauptet, ist nicht wahr.

Ich sehe keine Notwendigkeit, in eine „andere“ Rechtsordnung zu emigrieren, um die Nichtdurchführbarkeit des vorgestellten Modells zu beweisen. Es genügt mir, die Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts über die Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts zu überprüfen.<sup>2</sup>

Die Verfassung ist die Rechtsnorm par excellence im spanischen positiven Recht; sie wird sogar „Gesetz der Gesetze“ genannt. In ihrem Artikel Nr. 14 bestätigt die spanische Verfassung, daß „alle Spanier vor dem Gesetz gleich sind, ohne daß Diskriminierungen aus Gründen der Abstammung, Geburt, Rasse, Geschlecht, Religion, Meinung oder anderer persönlicher oder sozialer Voraussetzungen oder Umstände zugelassen werden“. Es wird somit auf eine deutlich positivierte Weise ausgeführt, was in Artikel Nr. 1.1 (also in den ersten Zeilen des spanischen positiven Rechts; das einzige, was in Spanien gilt) formuliert wird: Die Gleichheit ist einer der „höheren Werte der Rechtsordnung“.

Dieser höhere Wert der Gleichheit beeinflusst die Normstruktur (nicht sehr ausgeprägt, zweifelsohne) nicht nur des erwähnten Artikels Nr. 14, welcher jeglicher zukünftigen Diskriminierung entgegenwirkt, sondern auch des Artikels Nr. 9.2, der noch stärker die bereits existierenden Diskriminierungen zu überwinden sucht.<sup>3</sup> Insoweit hätten wir also *zwei Normen*.

<sup>2</sup> Zum Beispiel; in: Una laboriosa liberación jurídica: la discriminación por razón de sexo, Granada: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación 1997.

<sup>3</sup> Die Staatsgewalten haben die Aufgabe, die „Bedingungen zu fördern, damit die Freiheit und die Gleichheit für das Individuum und für die Gruppen, denen es sich anschließt, wirklich und effektiv werden“ sowie die „Hindernisse zu beseitigen, die ihre Vielfalt behinderten oder erschweren“. Über die Rolle der Gleichheit in der spanischen Verfassung unser Beitrag: Gleichheitsprinzip und Rechtstheorie, in: E. Garzón Valdés (Hrsg.), Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphi-

Aufgrund meiner komfortablen Situation als Rechtsphilosoph, akademisch korrekt und dem Martyrium wenig zugetan, frage ich erneut: „Gibt es Werte, die – d.h. sie selbst und nicht nur die Normen, in denen sie enthalten sind – im eigentlichen Sinne juristisch sind?“ Wenn wir die obligate Litanei: Recht = Positiv = Norm = Gesetz aufrechterhalten, muß die Antwort unvermeidbar negativ sein: Es gibt nichts vor-gesetzliches, nichts vor-normatives, nichts vor-positives, was wir als „rechtlich“ bzw. „juristisch“ betrachten könnten.<sup>4</sup>

Der expansive Charakter der Gleichheit als höherer Wert verzweigt sich trotzdem in *drei* verschiedenen juristischen *Prinzipien*.

Die spanische vorkonstitutionelle Rechtsordnung hat als Erbe das inspirierende Prinzip eines *paternalistischen Protektionismus* hinterlassen. Im Hinblick darauf, daß die Frau weiterhin eine zumutbare schätzenswerte Ungleichheit genießen könnte, hatte sich der Staat verpflichtet, die „verheirateten Frauen von der Werkstatt und der Fabrik zu befreien“.<sup>5</sup>

Nachdem die Verfassungsmäßigkeit eines derart großzügigen Schutzes zurückgewiesen wurde, regt ein zweites Prinzip jedoch dazu an, diese Normen in dem Maße beizubehalten, in dem sie eine *ausgleichende* Rolle bei der zurückliegenden Mißhandlung spielen können. Logisch wäre, daß dieses zweite Prinzip über den aktiven Artikel Nr. 9.2 operierte, aber ein weiterer Umstand führt dazu, daß der passive Artikel Nr. 14 sein Spielfeld ist: Nur die Artikel Nr. 14 bis 30 der spanischen Verfassung genießen den verstärkten Schutz der Verfassungsbeschwerde, den konsequenterweise Artikel Nr. 9 nicht genießt.

Sehr bald wird sich diese ausgleichende Aufgabe als zu kurz erweisen, denn sie kann weder Bedingungen fördern noch Hindernisse beseitigen, um die Gleichheit wirkungsvoller zu machen. In bezug auf die Norm des-

---

osophie, Berlin: Duncker & Humblot 1990, S. 155 - 169; in Spanisch in: Derechos humanos y metodología jurídica, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1989, S. 271 - 296. Ebenfalls: Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1989.

<sup>4</sup> Nur das *System* festgelegter Normen kann das identifizierende Kriterium, was Recht ist, beibringen. Einzig wenn sie mangelhaft sind, würden die Gesetze (festgelegte Normen, durch Antonomasie) den Zusatz einiger Prinzipien benötigen, die nur so zufällig juristisch werden. Es müßte die „Bildung von gefährlichen axiologischen Hierarchien“ vermieden werden, sagte der Richter *F. Tomás y Valiente* bei seinem persönlichen Votum zur Entscheidung des Verfassungsgerichts (im folgenden STC) Nr. 53/1985 vom 11. April, das den ersten sozialistischen Gesetzentwurf zur Straffreiheit bei Abtreibung unter bestimmten Voraussetzungen als verfassungswidrig erklärte: Boletín de Jurisprudencia Constitucional (im folgenden: BJC) 49 (1985), S. 538. Diesbezüglich der Absatz: „La vida: ¿derecho o valor?, in unserem Buch: Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreto desarrollo del artículo 15 de la Constitución Madrid: Rialp 1994, S. 29 - 31.

<sup>5</sup> Gemäß bizarrer Angabe in dem genannten Fuero del Trabajo, in dem Abschnitt II.1. – STC 241/1988 vom 19. Dezember, F.5 (Ibidem, S. 48).

selben Artikels Nr. 14 kommt – aus dem vorher dargelegten Grund – ein drittes Prinzip ins Spiel, das die *positive Aktion* anregt.

Die Gleichheit wurde somit zu einem glaubhaften Beweis der Existenz von *juristischen vor-gesetzlichen* Prinzipien,<sup>6</sup> die sogar in der Lage sind, Normen aufzuheben.

Nur gezwungenermaßen sollte man den höheren Wert der Gleichheit als eine eigenständige positive Norm ansehen, da er tatsächlich die hermeneutischen Triebfedern, wie das Vernünftige oder das Verhältnismäßige, aktiviert. Diese verweisen auf eine implizite Theorie der Gerechtigkeit, die danach strebt, sich durch Werturteile zu positivieren, weit entfernt von der technischen Anwendung eines normativen Textes mit ausdrücklich festgelegtem Inhalt.

Der Begriff der „Diskriminierung“ selbst ist nicht ausdrücklich in der spanischen Verfassung definiert. Nicht jede Ungleichheit kann als diskriminierend angesehen werden. Für das spanische Verfassungsgericht kann eine Ungleichbehandlung „sogar in einem sozialen und demokratischen Rechtsstaat erforderlich sein für die Wirksamkeit der Werte, die die Verfassung als höhere Werte der Rechtsordnung, wie die Gerechtigkeit und die Gleichheit“, sanktioniert. Es liegt nur dann eine Diskriminierung vor, wenn die „gesetzliche Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt, weil nicht vernünftig ist“.<sup>7</sup> Dies eröffnet – nicht nur theoretisch, sondern in der Praxis selbst – das Problem der juristischen Begründung, da es nicht über „festgelegte“ Kriterien verfügt, die eine Ungleichbehandlung als nicht vernünftig bezeichnen können.

Das Verfassungsgericht kommt uns erneut zu Hilfe: „Die Existenz dieser Rechtfertigung muß in Beziehung zu dem *Ziel* und den *Wirkungen* der betreffenden Maßnahme gesehen werden, und es muß eine vernünftige Beziehung von *Verhältnismäßigkeit* zwischen den angewandten Mitteln und dem verfolgten Ziel gegeben sein.“<sup>8</sup>

Die Situation stellt sich nicht anders dar, wenn das spanische Verfassungsgericht, das das komplizierte Spiel Schutz – Ausgleich – positive Aktion abwägen muß, die Frage aufwirft, ob die eine oder andere Maßnahme noch ihre „Daseinsberechtigung“ hat. Weder die konjunkturell

---

<sup>6</sup> Wir erwähnten es bereits in den ersten Ausführungen der konstitutionellen Begründung der spanischen Rechtsordnung: *Droit naturel et „jurisprudence de principes“* (avec référence à la Constitution espagnole de 1978). Weltkongreß für Rechts- und Sozialphilosophie, Basel 1979, in: *Contemporary Conceptions of Law*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Supplementa Band I, Teil 1, S. 629 - 639; in Spanisch in: *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid: Edersa 1982, S. 199 - 210.

<sup>7</sup> STC 34/1981 vom 10. November, F.3, B) – BJC 7 (1981), S. 513.

<sup>8</sup> STC 34/1981 vom 10. November, F.3, C) – BJC 7 (1981), S. 513.

vorherrschenden Meinungen noch der eigene Wille des möglichen Opfers der Diskriminierung erscheinen als geeignetes Kriterium.

Der Krankenhausbereich gab hierfür ein beredtes Beispiel. Die Rückstände des paternalistischen Protektionismus hatten dazu geführt, daß alle Arbeitsstunden der Krankenpflegerinnen an Sonntagen als „Überstunden“ bezahlt wurden; demgegenüber wurden in dieser Form den Krankenpflegern nur diejenigen bezahlt, die die normale Arbeitszeit an Werktagen überschritten. Der Richter, der sich anfänglich mit dem Fall befaßte, war der Ansicht, daß „solche Maßnahmen überprüft werden müßten, um sie abzuschaffen, wenn sie keine *Aktualität* mehr besitzen“.

Das spanische Verfassungsgericht reagiert hierauf empört. „Das Problem ist nicht die Konformität der juristischen Lösung mit den derzeitigen Überzeugungen oder Auffassungen, was ‚Aktualität‘ genannt werden kann, sondern die Konformität mit der Verfassung.“<sup>9</sup>

Die Verfassung – nehmen wir das zur Kenntnis – verfügt daher über eigene Gründe, die nicht notwendigerweise identifizierbar sind mit der mehrheitlichen Meinung.

Ebenso stellt sich der *Wesensgehalt* der Grundrechte und Freiheiten, auf die sich Artikel Nr. 53.1 bezieht, über die konjunkturelle Meinung der Bürger und der nicht weniger kurzlebigen parlamentarischen Mehrheiten. Deshalb kann er, wenn es um die Verteidigung der jeweiligen Minderheiten geht, die stets die Diskriminierten zu sein pflegen, als Bezug dienen. Es wäre tatsächlich nichts absurder, als anzustreben, daß die aktuelle *Topoi* als Begründung einer befreienden *Utopie*, wie die der Menschenrechte, dienen sollen.<sup>10</sup> Wenn wir sie nicht auf ein rein rethorisches Mittel reduzieren wollen, das jegliche Willkür legitimiert, werden wir eine erneute Anstrengung zur objektiven und vernünftigen Begründung unternehmen müssen.

Die wiederholte Anspielung auf die Existenz oder Nichtexistenz einer *Daseinsberechtigung* der geltenden Maßnahmen fungiert ebenso – diesmal diachronisch – wie eine neue Version dieses „objektiven und vernünftigen Grundes“, der in der Lage ist, uns bei der Unterscheidung zwischen der Diskriminierung und einer reinen und irrelevanten Ungleichheit zu helfen.

Alle juristische Tätigkeit – d. h. das reale Recht – hat immer das Verlangen gehabt, sich an die Vernunft zu binden.<sup>11</sup> Dies wird jedoch um so

---

<sup>9</sup> STC 81/1982 vom 21. Dezember, F.2, – BJC 21 (1983), S. 71.

<sup>10</sup> Siehe hierzu: Los derechos humanos, entre el t6pico y la utopía, in: *Persona y Derecho* 22 (1990), S. 159 - 179; in Franz6sisch in: *Droit „positif“ et droits de l’homme*, Bordeaux: 6ditions Bi6re 1997, S. 125 - 141.

<sup>11</sup> Dies hat uns dazu gef6hrt, uns zu fragen: ¿Tiene raz6n el derecho? *Entre m6todo cient6fico y voluntad pol6tica*, Madrid: Congreso de los Diputados 1996.

mehr bestätigt, wenn man ihm eine *Daseinsberechtigung* zubilligt. Es wird implizit anerkannt, daß es über jeden *Relativismus* hinaus solche und solche Gründe gibt; einige näher an der Realität der Dinge, d.h. – damit wir uns verstehen – an der Realität des Rechts.

Zu erreichen, daß bis drei juristische Prinzipien – alle Ausdruck eines nicht weniger juristischen „höheren Wertes“: der Gleichheit – über dieselbe Rechtsnorm zirkulieren, ist zweifellos mehr, als ein konsequenter normativistischer Rechtspositivismus ertragen kann.

Es wäre schwierig, uns davon zu überzeugen, daß das, was wir tun, wenn Ziele und Wirkungen in vernünftige Beziehung gesetzt werden, ist, nur eine bereits *festgelegte Norm anzuwenden*. Das würde einen erheblichen normativistischen und positivistischen Glauben erfordern. Es scheint eher, daß wir Prinzipien handhaben, um die sich aus einem *Wert* ergebenden Anforderungen *interpretativ positivieren* zu können, was uns entweder auf objektive Inhalte verweist oder der einfache Vorwand für einen eigenmächtigen Willen ist.

Ein Verfassungsrichter weist insofern darauf hin, daß auf diese Weise das „Prinzip der Gleichheit und die darin enthaltene Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit Gefahr laufen, zu einer bewertenden Kontrolle der Gerechtigkeit der legislativen Lösungen zu werden“. Sein kohärenter *Rechtspositivismus* scheint nicht in der Lage zu sein, eine solche Annahme zu führen: „Der Bezug auf die Natur der Sache, auf den vernünftigen Charakter und auf andere ähnliche Parameter, auf die normalerweise zurückgegriffen wird, um die Gleichheit einzugrenzen, erlaubt eine Neigung zum *Naturrecht*, das von der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtes sorgfältig gemieden werden muß. Die Gleichheit ist Gleichheit vor dem positiven Gesetz.“ Das Grundproblem besteht nicht darin, daß, wenn es vorgeschlagen wird, es mehr oder weniger wünschenswert ist, sondern einfach darin, ob es tatsächlich durchführbar wäre.

Ebenso scheint sich der *Normativismus* aufzulösen: Seiner Meinung nach „ist es nicht möglich, jeden einzelnen Tatbestand oder jede entsprechende Norm auf ein allgemeines Rechtsprinzip zu reduzieren, das nicht ausdrücklich vom Gesetz formuliert ist, um über die Gleichheit in diesem Prinzip oder in bezug auf denselben zu entscheiden, da es sich in diesem Falle nicht um die Gleichheit vor dem Gesetz, sondern um die Gleichheit vor den *Prinzipien* handelt“.<sup>12</sup>

Das *teleologische Kriterium* stellt sich uns immer wieder dar als ein *Hauptbestandteil* jeder juristischen Argumentation. Die unvermeidliche

---

<sup>12</sup> Votum des Richters L. Díez Picazo zu dem genannten STC 34/1981 vom 10. November – ibidem, S. 516.

juristische Begründung beinhaltet, jenseits der technischen Normanwendung, das verfolgte Ziel und die Verhältnismäßigkeit der für ihr Erreichen eingesetzten Mittel zu bewerten. Ebenso verbirgt sich, wenn der Verlust der „Daseinsberechtigung“ einer Maßnahme festgestellt wird, hinter diesem scheinbaren historischen Urteil eine teleologische Bewertung.

Die den vorhersehbaren Ergebnissen zugeschriebene Gerechtigkeit hilft bei der Abwägung der drei Prinzipien, die in Artikel Nr. 14 zusammentreffen. Zur Veranschaulichung dient die Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit von „Leistungen für Kindergärten“, die für „alle Arbeitnehmerinnen, unabhängig von ihrem Familienstand, mit Kindern unter 6 Jahren“ vorgesehen sind, aber nur für „verwitwete Männer mit Kindern in diesem Alter“.

Betrachtet man dies als eine *Schutzmaßnahme* für die Frauen, indem man ihnen eine „stärkere Berufung (oder Verpflichtung) für die familiären Pflichten“ unterstellt, so wäre dies abzulehnen. Das Gegenteil wäre der Fall, wenn man darin eine *ausgleichende* Maßnahme für einen unausgleichbaren Nachteil erblicken würde, wenn man in Spanien die „Beschäftigungsquote der verheirateten Frauen (20,9 %) mit der der verheirateten Männer (70,92 %)“ vergleicht. In diesem Fall wäre es gerechtfertigt zu vermeiden, daß eine „diskriminierende soziale Praxis dazu führt, daß die verheiratete Frau mit kleinen Kindern von einem Arbeitsplatz ferngehalten wird“.<sup>13</sup>

Der *Richteraktivismus* ist unvermeidbare Folge. *Ein höherer Wert*, wie die Gleichheit, der in der Lage ist, *drei Prinzipien* von sehr unterschiedlicher Gestalt anzuregen, läßt sich nicht in den Rahmen einer Norm eingrenzen, wenn ihr Text auch noch so vielschichtig ist.

Man gibt jeglichen Versuch einer wertfreien *Normanwendung* auf, um in die unvermeidbare *Abwägung* der auf dem Spiel stehenden *Prinzipien* einzudringen. Ein und dieselbe Maßnahme kann als verfassungsmäßig oder als verfassungswidrig angesehen werden – d. h. sie wird als positives Recht angesehen oder wegen ihrer negativen Auswirkungen abgeschafft –, jedenfalls hängt das Ergebnis von dem *Werturteil* ab, welches in die Interpretation eingebracht wird.

Jede richterlicher Passivität ist abzulehnen, es sei denn, man wollte damit den Spielraum zwischen der Gleichheit und der Vermeidung von zukünftigen Diskriminierungen verringern und die Augen vor der notwendigen Vermeidung von Ungleichheiten, die heutzutage in der sozialen Realität verwurzelt sind, verschließen. Dies wird sichtbar sowohl bei der

---

<sup>13</sup> STC 128/1987 vom 16. Juli, F. 9 und 10 – BJC 76 - 77 (1987), S. 1207 - 1208.

Auslegung der Normen als auch, indem Tatsachen als bewiesen oder nicht bewiesen angesehen werden.

Nur wenige Situationen beeinflussen den Zugang zur und die Stabilität der Stellung der Frau in der Arbeitswelt mehr als die Schwangerschaft. Dies wird deutlich durch mögliche Vorschläge, die – verfassungswidrig wie schwer vermeidbar – den Zugang zu einem Arbeitsplatz abhängig machen von der Verpflichtung der Arbeitnehmerin, nicht schwanger zu werden. Die Beweislast wird jetzt eine entscheidende Rolle spielen. Das spanische Verfassungsgericht zweifelt nicht daran, einer nichtigen Kündigung einer Schwangeren die Weigerung gleichzusetzen, einen bereits abgelaufenen befristeten Vertrag zu verlängern;<sup>14</sup> unter derartigen Umständen sollte der Richter vom Arbeitgeber eine spezifische Beweistätigkeit verlangen.<sup>15</sup>

Werte, Prinzipien und Normen vermischen sich häufig, und das nicht nur wegen mangelnder Präzision der Terminologie. Diese scheinbare Heterogenität ist in Wirklichkeit Ausdruck eines bemerkenswerten Systems. Es handelt sich um ein System, das sich nicht nur (wie es der *Positivismus* fordert) aus klar bestimmten Normen aufbaut (wie es der *Normativismus* fordert), und nach einem transparenten gesetzlichen Verfahren (wie es vom *Legalismus* gefordert wird) zusammensetzt. Wir befinden uns vor einem ganz besonderen „System“, in dem einige Werte – die stets als *Antriebsprinzipien* der Rechtsordnung operieren, ob sie nun als Normen anerkannt werden oder nicht – diesen *Positivierungsprozeß* einer Theorie der *Gerechtigkeit* animieren, auf dem die juristische Tätigkeit mittels ihres ständigen Bemühens um Begründung beruht.

Der normativistische Rechtspositivismus kann uns schwerlich bestehende Normen zeigen, die in der Lage wären, anzuzeigen, wann eine „positive Aktion“ gegen die vorausgegangene Ungleichheit notwendig ist oder wann wir auf die möglichen perversen Auswirkungen eines paternalistischen Protektionismus und wann auf die Vorteile ihrer Beibehaltung mit ausgleichender Absicht aufmerksam werden müssen. Sich dem normativistischen Rechtspositivismus zu verschreiben, bedeutet nicht nur, unausgesprochene ethische Optionen, die fern jeder Diskussion sind, aufzuerlegen, sondern vor allem dazu zu verurteilen, eine juristische Mythologie zu akzeptieren, die die Realität ignoriert.

<sup>14</sup> STC 173/1994 vom 7. Juni, F. 3 und 4 – BJC 159 (1994), S. 90.

<sup>15</sup> So muß bei einer vermeintlich disziplinarischen Kündigung einer Schwangeren, das Rechtsorgan „erreichen und der Überzeugung Ausdruck geben, nicht so sehr, daß die Kündigung es absolut nur mit der Anwendung des disziplinarischen Mechanismus zu tun hatte, sondern vielmehr, daß die Kündigung absolut nichts mit einer diskriminierenden Haltung auf Grund des Geschlechts zu tun hatte“ – STC 136/1996 vom 23. Juli, F. 6 BJC 184 - 185 (1996), S. 91.

Die Utopie der Befreiung der Frau kann uns dabei helfen, rechtstheoretische Schlagwörter, die eine überkorrekte Doppelzüngigkeit auferlegen, der Kritik zu unterziehen: Wir werden zum Beispiel aufgerufen, jederzeit über Menschenrechte zu reden, aber man akzeptiert, daß wir kein anderes Recht ernstnehmen können als das, was durch Gesetz anerkannt worden ist. Die Möglichkeit, daß so etwas wie ein „Naturrecht“ existiert, wird verneint, obwohl zweifellos die – selbstverständlich „natürliche“ – Gleichheit der Rechte von Mann und Frau anerkannt wird.

Es ist jedoch offensichtlich, daß die Beschränkungen einer Theorie ihr Gegenteil nicht automatisch zur Wahrheit werden lassen. Die juristische Tätigkeit stellt sich uns als ein vernünftiges Bemühen dar, eine Theorie der *Gerechtigkeit* zu verwirklichen. Darum müssen ihre *Werte* in der Praxis mit Hilfe der Abwägung der sich gestaltenden *Prinzipien* hierarchisiert werden.

Die *Normen*, in denen diese Werte wie ihre sie bewegenden Prinzipien konkretere Strukturen erhalten, sind ebenso eingeschränkt wie unverzichtbar. Sie sind nicht die reale „Quelle“ eines Rechts, das vermeintlich ein für allemal festgelegt wurde. Das Recht erwächst immer aus dieser Theorie der Gerechtigkeit, die den progressiven Positivierungsprozeß inspiriert.<sup>16</sup>

Es hätte deshalb keinen Sinn, die Diskrepanz zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht als einen juristischen Dualismus darzustellen, was uns dazu zwingen würde, zwischen zwei Rechtsordnungen, einer realen und einer anderen wünschenswerten, zu wählen. In Wirklichkeit stellt sich uns jedoch die radikale Diskrepanz zwischen zwei ethischen Theorien dar. Eine ist der Ansicht, daß es objektive ethische Inhalte gibt, die rational erkennbar sind; die andere – indem sie diese Inhalte ausschließt – scheint jede ethische Debatte auf einen harten Willenskonflikt ohne mögliche rationale Vermittlung zu reduzieren.

Der Kernpunkt einer Naturrechtstheorie kann unserer Ansicht nach nicht nur in der leichten Feststellung der Undurchführbarkeit des Rechtspositivismus wurzeln, da sie stets von der „Meta-Gesetzlichkeit“ des Juristischen überschwemmt wurde. Sie bringt die Überzeugung zum Ausdruck, daß wir in diesem meta-gesetzlichen Bereich mit einigen *objektiven Gerechtigkeitsanforderungen* rechnen können, die eine juristische Positivierung erfordern, so problematisch auch ihre Entdeckung

---

<sup>16</sup> Siehe *Controllo costituzionale sviluppo legislativo e dimensione giudiziale della tutela dei diritti umani*, in: *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Torino: Giappichelli 1996, S. 109 - 122; in Spanisch in: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid 1994, S. 91 - 103; in Französisch in: *Droit „positif“ et droits de l'homme*, Bordeaux: Éditions Bière 1997, S. 143 - 156.

sein mag. Daraus erwächst eine ständige Sorge darum, de-naturalisierende Varianten zu vermeiden, sobald das einzige existierende Recht – zum Guten oder zum Schlechten – positiviert wird.

Weil sie der Realität widerspricht, ist es sinnvoll, die Idee einer sofortigen Positivität abzulehnen, die in der Lage wäre, hier und jetzt eine klare Grenze zwischen dem, was positives Recht und was es nicht ist, zu markieren.<sup>17</sup> Es wäre besser anzuerkennen, daß wir uns ständig vor einem „Positivierungsprozeß“ befinden, der eine unvermeidliche ethische Bedeutung aufweist. Kognitivismus und Nicht-Kognitivismus würden das echte Dilemma wieder sichtbar machen. Verfügen wir über wahrnehmbare und überzeugend argumentierbare ethische Bezüge oder nur über willkürliche, einander ausschließende Optionen?

Die positivistische Kritik über den problematischen Charakter des gleichzeitigen Prozesses des Erfassens und Gestaltens dieser Anforderungen verliert an Kraft. So problematisch es auch sein mag, sie praktisch zu bestimmen, ist es doch nicht problematischer, als die effektive Bedeutung des vermeintlich „festgelegten“ Rechts zu kennen. Ohne diese Anforderungen als Stützpunkt würde sich ihre Positivierung in einen Ausdruck von Willkür verwandeln, der „ideologisch“ als „rational verkleidet“ wäre.

Zweifellos ist nichts weiter von der *Wissenschaft* entfernt<sup>18</sup> als die Kenntnis eines „Objektes“, das nur als eine reine Spiegelung gilt, bis dann eine – willkürliche<sup>19</sup> – Interpretation zur Definition ihrer echten Züge beiträgt. Jegliche *juristische Tätigkeit* erscheint uns in Wirklichkeit als *praktische Philosophie*, die diese objektiven Gerechtigkeitsanforde-

<sup>17</sup> Vgl.: Zum Verhältnis von Positivität und Geschichtlichkeit im Recht, XII. Weltkongreß Rechts- und Sozialphilosophie, Athen VII/1985, in: S. Panou/G. Bozonis/D. Georgas/P. Trappe (Hrsg.), *Philosophy of Law in the History of Human Thought*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Supplementa, Stuttgart: Steiner Verlag 1988, Band II, S. 150 - 154. In Spanisch in: *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1989, S. 181 - 194; in Französisch in: *Droit „positif“ et droits de l'homme*, Bordeaux: Éditions Bière 1997, S. 55 - 68.

<sup>18</sup> Einige Versuche, eine wissenschaftliche Rechtserkenntnis zu begründen, in: *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlagendiskussion in Deutschland*, Ebelsbach: Rolf Gremer Verlag 1978; in Spanisch: *Derecho y sociedad. Dos reflexiones sobre la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid: Editora Nacional 1973, mit besonderem Bezug auf die Systemtheorie. So auch: *Die technokratische Funktion des Rechts in der Systemtheorie* von Niklas Luhmann, in: V. Ronge/U. Weihe (Hrsg.), *Politik ohne Herrschaft? Antworten auf die systemtheoretische Neutralisierung der Politik*, München: Piper Verlag 1976, S. 131 - 140; in Französisch in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1975) LXI, S. 557 - 568; in Spanisch in: *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1989, S. 89 - 98, sowie 63 - 88.

<sup>19</sup> Vgl. dazu: *Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial*, in: *Poder Judicial* 32, Madrid 1993, S. 123 - 139; in Italienisch in: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 4, Rom 1994, S. 679 - 703; in Französisch in: *Droit „positif“ et droits de l'homme*, Bordeaux: Éditions Bière 1997, S. 179 - 200.

rungen einfängt und gleichzeitig gestaltet – „bestimmt“<sup>20</sup> – und sie existentiell positiviert. Das Recht zu positivieren – d.h. Gerechtigkeit zu schaffen –, bedeutet daher, bereit zu sein, eine praktische Wahrheit zu erkennen und zu gestalten, die unausweichlich „zu schaffen“ ist.

Das Bemühen, eine juristische Positivierung „contra natura“ zu vermeiden, heißt andererseits nicht, irgendeiner Einschränkung der Souveränität der Staatsgewalten Vorschub zu leisten, noch die Folgen des Säkularisierungsprozesses, der den zeitgenössischen pluralistischen Demokratien eigen ist, zu ignorieren. Vermutungen dieser Art tragen zu einem auffälligen praktischen Fortbestehen eines Rechtspositivismus bei, der – als Rechtstheorie – sich wie eine lebende Leiche aufrechtzuerhalten scheint.<sup>21</sup>

Sowohl historisch als auch doktrinär wurzelt die moderne *Demokratie* in dem naturrechtlichen ethischen Kognitivismus. Der Versuch, Demokratie und *Relativismus* zu vereinbaren, wenn er – wie bei Kelsen – konsequent ist, würde dazu führen, daß Elemente, die heute als Kernstücke jedes Rechtsstaates angesehen werden, auf reine Liturgie reduziert würden: wie die Gültigkeit der Menschenrechte der Minderheiten über die von den Mehrheiten ausgearbeiteten Gesetze oder die Unterordnung der Effizienz unter die Legitimität der Tätigkeit der Staatsgewalten.

Die notwendige Respektierung der demokratischen Verfahrensmechanismen wird ihrerseits von einer naturrechtlichen Forderung abgeleitet, die jede Auslegung „contra legem“ oder jeden Versuch eines sogenannten „uso alternativo“ von naturrechtlichen Rezepten ausschließt.<sup>22</sup> Auf jeden Fall läßt der eigentliche parlamentarische Gesetzgebungsprozeß ausreichend Raum für die überzeugende praktische Projektion dieser naturrechtlichen Anforderungen.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> So etwa: *Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino*, in: *Atti del Congresso Internazionale Tommaso d'Aquino nel suo VII centenario*, Roma-Napoli 1974, Napoli: Edizioni Dominicane Italiane 1978, Band 8, S. 319 - 327; in Spanisch in: *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid: Edersa 1982, S. 43 - 53.

<sup>21</sup> Siehe etwa: *La crisi del positivismo giuridico. I paradossi teorici di una „routine“ pratica*, in: *Iustitia* 4, Milano: Giuffrè 1991, S. 333 - 375; in Spanisch in: *Persona y Derecho* 28 (1993), S. 209 - 255; in Französisch in: *Droit „positif“ et droits de l'homme*, Bordeaux: Éditions Bière 1997, S. 19 - 54.

<sup>22</sup> Unter Berufung auf *E. Bloch* könnten wir behaupten: „Keine Demokratie ohne Naturrecht, kein Naturrecht ohne Demokratie.“: *Derecho natural y sociedad pluralista*, in: *Interpretación de derecho y positivismo legalista*, Madrid: Edersa 1982, S. 219 - 233. Ebenso: *Verdad y consenso democrático*, in: *AEDOS F. Fernandez* (Hrsg.), *Estudios sobre la encíclica „Centesimus annus“*, Madrid: Unión Editorial 1993, S. 295 - 321.

<sup>23</sup> Siehe: *Convicciones personales y actividad legislativa*, in: „*Evangelium vitae*“ e diritto, Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana 1997, S. 229 - 248. Vgl. dazu auch: *Expertos en humanidad. Convicciones religiosas y democracia pluralista*, in: *AEDOS F. Fernandez* (Hrsg.), *Estudios sobre la encíclica „Sollicitudo rei socialis“*, Madrid: Unión Editorial 1990, S. 120 - 140.

Die Frage ist daher, ob wir mit einigen *objektiven Gerechtigkeitsanforderungen* rechnen können, die in der Lage wären, uns aufmerksam zu machen auf eine mögliche Positivierung eines *de-naturalisierten Rechts* oder uns für unsere vernünftige Aufgabe Urteilkriterien zu liefern, um adäquate Normen zu entwerfen oder gerechte Entscheidungen beizubringen. Auf jeden Fall *wird man sie nicht vollendet vorfinden* am Rande der positivierenden (legislativen oder richterlichen) Tätigkeit selbst, in der sie zutage treten, so wie es keine vorhandene Schönheit gibt, außer wenn sie in einem konkreten Kunstwerk dargestellt wird.

Tatsächlich gibt es weder eine *sofortige Positivität* noch ein „positives Recht“ in vollkommener Reinheit, denn das Juristische besteht aus einem fortlaufenden Positivierungsprozeß, ohne ein anderes Ende als die rein konventionell entschiedene Rechtssache. Aber ebensowenig gibt es eine *sofortige Natürlichkeit* wie ein „Naturrecht“ in vollkommener Reinheit; jede juristische Tätigkeit muß immer begleitet werden von einem fortlaufenden Bemühen um Treue gegenüber den Anforderungen der menschlichen Natur, die diesen eigentlichen Positivierungsprozeß kritisch stimuliert.

Wenn wir daher auf ein – *alternatives und ausschließendes Dilemma* zwischen dem positiven Recht und einem „anderen“ Naturrecht stoßen, sind wir aufgefordert, eine unmögliche Wahl zu treffen *zwischen zwei sicher nicht existierenden Realitäten*. Gerade weil „nur das positive Recht Recht ist“, ist die Sorge unausweichlich – für jeden Juristen, der darum bemüht ist, die menschlichen Grundanforderungen zu garantieren und zu schützen – zu verhindern, daß der juristische Positivierungsprozeß diese Anforderungen ausgrenzt oder sogar „*contra natura*“ degeneriert und insofern das soziale Zusammenleben unausweichlich degradiert.

Das Problem der Begründung der Rechtsordnung ist nicht nur eine theoretische Frage, die der Positivismus nicht vollständig lösen könnte; es ist vor allem eine fortwährende praktische Notwendigkeit, denn ohne sie gibt es keinerlei juristische Tätigkeit. Das Dilemma ist nicht, das Recht theoretisch zu begründen oder darauf zu verzichten, sondern es in der Praxis bewußt und offen für Kritik zu begründen oder uns unbewußt zu einem verschlossenen Dogmatismus zu verurteilen.

Sonderdruck aus:

# RECHTSTHEORIE

Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre,  
Rechtinformatik, Kommunikationsforschung, Normen- und  
Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts

Begründet von

Karl Engisch, H. L. A. Hart, Hans Kelsen  
Ulrich Klug, Sir Karl R. Popper

Herausgegeben von

Thomas Hoeren, Werner Krawietz, Jürgen Schmidt  
Martin Schulte, Dieter Wyduckel

Editor-in-Chief und Geschäftsführender Redaktor:

**Werner Krawietz**

30. Band 1999 Heft 4



**Duncker & Humblot · Berlin**