

Zum Verhältnis von Positivität und Geschichtlichkeit im Recht

Von Andrés Ollero, Granada

Positivität und Geschichtlichkeit des Rechts bilden eine Einheit seit den Kämpfen gegen die abstrakten rationalistischen Naturrechtslehren des 18. Jahrhunderts. Seitdem ist mit dem Wort „Recht“ stets „positives Recht“ gemeint. Es stellt sich daher die Frage, welche Bedeutung dieser Option für die Positivität zukommt, inwiefern sie sich als fähig erwiesen hat, die Geschichtlichkeit des Rechts mitzuvertreten.

Die Entscheidung für die Positivität scheint mir in drei Hinsichten von grundsätzlicher Bedeutung:

- a) Erstens erhebt sie den Anspruch, die wissenschaftliche *Rationalität* in der Handhabung des Rechts zu garantieren, indem sie Recht als einen von guten Intentionen (Sollen) völlig losgelösten realen Gegenstand (Sein) entwirft. Der *Normativismus* macht das Wesen dieser juristischen Theorie aus, die das positive Recht als die Gesamtheit der „gesetzten“ Normen auffaßt, und diese von den „vor-gesetzten“ Normen der Moral und den präsumtiven „voraus-gesetzten“ Normen des Naturrechts unterscheidet.
- b) Für die Praxis bedeutet diese Entscheidung, daß die *Sicherheit* zum höchsten Rechtswert erhoben wird. Die möglichen Folgen eines abgegrenzten Rechts werden rational vorhersehbar. Dies vermeidet eine *Rückwirkung* der Rechtsnormen und konsolidiert die Bürgererwartungen.
- c) Zugleich wird mit der Entscheidung für die Positivität ein säkularisiertes, auf politischer Souveränität basierendes *Legitimationsmodell* für das Recht angestrebt. Dadurch ergibt sich eine Syntonie mit dem juristischen *Voluntarismus*, der das Recht ausschließlich als Befehl versteht, als Ausdruck des „Willens“ des souveränen Gesetzgebers, dem man sich zu fügen hat. Die Annahme einer inhaltlichen, ethischen Verbindlichkeit des Rechts hat im normativistisch-voluntaristischen Konzept keinen Platz und erübrigt sich.

Die hier umrissenen Implikationen der Entscheidung für die Positivität mußten bekanntlich revidiert werden, und zwar deshalb, weil sie den Aspekten der Geschichtlichkeit des Rechts nicht Rechnung getragen haben.

I. Die statische Positivität des Gesetzespositivismus

Für den Gesetzespositivismus ist die Positivität des Rechts durch das Gesetz vollständig vorgegeben. Dadurch kann die Verwirklichung des Rechts als Resultat eines rein technischen Anwendungsverfahrens aufgefaßt werden.

a) Kann dieses Modell als der rationale Ausdruck der Rechtswirklichkeit angesehen werden? Zweifel sind angebracht. Man geht heute dazu über, eine „*racionalidad instantánea*“ (Lakatos) mit der Fähigkeit, Rationales von Irrationalem, Wissenschaftliches von Nichtwissenschaftlichem abzugrenzen, für unmöglich zu halten. Es ist daher nicht überraschend, daß eine statische Auffassung der Positivität — die ich auf spanisch als „*positividad instantánea*“ bezeichnet habe — auch insoweit problematisch wird, als man ihr zutraut, das spezifisch Juristische so streng und deutlich abgrenzen zu können, als dies nach den Imperativen praktischer Rechtssicherheit und politischer Legitimität erforderlich wäre.

b) Mit Argwohn beobachtet der Rechtspositivismus die Auslegungstätigkeit der Praxis, weil er in ihr die Absicht am Werke sieht, Spielräume für ein willkürliches „Ermessen“ zu gewinnen. Für den *Voluntarismus* stellt die Auslegung eine *rückwirkende* Ersetzung des förmlichen Willens des Gesetzgebers dar, anstatt daß sie einen materiellen Inhalt rational entfaltet. Dagegen wird die schöpferische Auslegung, die die Geschichtlichkeit des Rechts zum Ausdruck bringt, als pathologische Erscheinung, als Bedrohung der *Rechtssicherheit* des Bürgers, aufgefaßt.

c) Indem der strenge Gesetzespositivismus ein richterliches Ermessen nicht zuläßt, tritt er für eine Haltung politischer Loyalität ein, die „ideologische“ Manipulationen, welche auf den Verrat der *legitimen* Herrschaft hinausliefe, prinzipiell verweigert. Doch zur Durchsetzung dieser Loyalität sollte es sich bald als wirksamer erweisen, ein noch der politischen Legitimation bedürftigeres Rechtshandeln zuzulassen als auf der Ablehnung der evidenten rechtsschöpferischen Kompetenz des Richters zu beharren. Da der Gesetzespositivismus der *Geschichtlichkeit* des Rechts knappe Beachtung schenkte, konnte er der dreifachen Zielsetzung (Rationalität, Sicherheit, Legitimität), die seiner Option für die Positivität des Rechts zugrunde lag, nicht gerecht werden.

II. Der richterliche Normativismus und die „abgestufte“ Positivität

Ausgerechnet die rigorosesten Positivisten sollten den extremen Gesetzespositivismus einer Korrektur unterwerfen. Sie folgten der Einsicht, daß das Recht nicht durch einen einzigen, es für alle Zeiten positivierenden Willensakt entsteht, sondern durch eine Abfolge von vielen Willensakten, so daß von einer — durch eine Kette von Rechtsentscheidungen begründeten — „abgestuften“ Positivität (auf spanisch: „*positividad escalonada*“) gesprochen werden kann.

a) Diese „Stufentheorie“ verleiht dem monolithischen *Gesetzesnormativismus* größere Flexibilität. Der Preis, den Kelsen entrichten mußte, ist das Modell einer Rechtswissenschaft, die darauf verzichtet, die rationale Handhabung der Rechtspraxis garantieren zu wollen. Statt dessen beschränkt sie sich darauf, die Unvermeidbarkeit richterlicher Ermessensspielräume rational festzustellen.

b) Dadurch, daß anerkannt wird, daß der Richter im gegebenen gesetzlichen Rahmen rechtsschöpferisch tätig ist, wird ihm eine begrenzte Willkür zugestanden. Die Kette der Entscheidungen „interpretiert“ authentisch das von der anzuwendenden Norm Gewollte. Der Verzicht auf das Verbot *rückwirkender* Auslegung erweist sich als einschneidend: die Vorhersage künftiger Entscheidungen — der Kern der Rechtssicherheit — wird unmöglich.

c) Im „dynamischen System“ Kelsens verliert die durch Anwendung von zuvor gesetzten Normen vorgesehene Bindung der Entscheidung an Wirkung. Der *Voluntarismus* gewinnt an Kohärenz. Das Recht kann kein materieller Inhalt mehr sein, der die richterliche Willkür kontrolliert, sondern erscheint als nur noch kontrollierbare Willkürtätigkeit. Seine — rein formelle — *Legitimation* bezieht sich nicht auf eine durch rationale Verfahren erfaßbare Wirklichkeit, sondern ist lediglich durch die Achtung vor diesem Verfahren selbst begründet.

Allerdings vernachlässigt dieses positivistische Richterrecht den Aspekt der *Geschichtlichkeit* des Rechts genau so wie der Gesetzespositivismus. Effektive Diachronie kann nur auf der Basis der Anerkennung eines unverändert bleibenden Kerns Bestand haben. Auch die „abgestufte“ Positivität ist radikal ahistorisch. Sie setzt sich aus einer zufälligen Reihe und Zusammenstellung von isolierten Einzelementen zusammen und ist keineswegs Ausdruck einer sich entwickelnden Wirklichkeit.

III. Eine „realistische“ Feststellung: die „ex-post-facto“-Positivität

a) In ihrer Revision des *Normativismus* reduzieren die „Realisten“ das Sollen auf das Sein, die Norm auf das Faktum. Zur Verteidigung der positivistischen *Rationalität* verwerfen sie den Rechtspositivismus. Die Rede vom „gesetzten“ Recht ist nicht rational, wenn man die Frage nicht entscheiden kann, ob das Recht angewandt wird, weil es gilt oder gilt, weil es angewandt wird (Ross). Nach der in sich vollendeten und nach der „abgestuften“ Positivität haben wir es nunmehr mit einer dynamischen Auffassung der Positivität — die ich auf spanisch als „*positividad sobrevenida*“ bezeichnet habe — zu tun, die nur „ex post facto“ feststellbar ist. Der Unterschied zwischen dem Positiven und Nichtpositiven zerfällt.

b) Das empirisch feststellbare Recht erscheint nicht als Resultat einer „Setzung“. Vielmehr besteht es aus einer Gesamtheit von Tatsachen, die juristische Form angenommen haben, sei es als Ergebnis des praktischen Funktionierens einer institutionellen „Maschinerie“, sei es — im Systemfunktio-

nalismus — als Resultat theoretischer Selektionstätigkeit eines „Systems“. Ohne einen identifizierbaren und datierbaren Willensakt können allein die Regelmäßigkeit der institutionellen Maschinerie oder das Vertrauen in die „Früchte“ des Systems ein Gefühl der *Sicherheit* erzeugen. Wenn es schon nicht möglich ist, die Wirkungen der Norm genau vorherzubestimmen, so kann doch das Vertrauen ins Recht gestärkt werden, und zwar durch Verdeckung seiner *Rückwirkung* und ritualisierten Entdramatisierung der Enttäuschung von Erwartungen.

c) Skandinavischer Realismus und Systemfunktionalismus sind sich in der Ablehnung des vorwissenschaftlichen *Voluntarismus* einig. Dadurch wird auch das dritte Motiv, das der Option für die Positivität zugrunde liegt, in Frage gestellt. Das „positive“ Recht erhält seine politische *Legitimation* nicht mehr durch Inhalte, die in der Gesellschaft vorfindlich sind. Die juristische Positivität erleichtert dem Bürger nur einen adaptativen Lernprozeß, der es ihm gestattet, die eigenen Erwartungen zu strukturieren. Die Bürger nehmen lediglich an der technischen Herstellung einer „Legitimation durch Verfahren“ (Luhmann) teil. Die soziale Anerkennung, die das Recht legitimiert, hat ihren Ursprung nicht mehr in freien Werturteilen, sondern im sozialen Klima selbst, d. h. in der im Wege des sozialen Lernens erzeugten allgemeinen Bereitschaft, rechtliche Entscheidungen hinzunehmen. Damit werden die Wege der Demokratie alten Stils verlassen. Von einem Recht, das zu wollen hat, was die Gesellschaft erwartet, erfolgt der Übergang zu einem Recht, das die Gesellschaft lehrt, was sie zu erwarten hat.

Auch diese soziologischen Ansätze sind nicht in der Lage, die *Geschichtlichkeit* des Rechts zu erfassen. Sie sehen Recht nicht als Entfaltung von Realität, der Wertpostulate innewohnen, sondern als eine Technik, die geeignet ist, eine risikofreie Zukunft durch Beherrschung von Freiheit zu schaffen.

IV. Die geschichtliche Dimension der Positivität als „Prozeß der Rechtsverwirklichung“

Die geschichtliche Dimension des Rechts besteht in einem kontinuierlichen Dialog von Norm und Faktizität. Darüber ergießt sich der ständig weiter ausschwellende Strom der Positivierung, welche den ontologischen *Prozeß der Rechtsverwirklichung* (Kaufmann) zum Vorschein bringt. Die Rollenverteilung, die in diesem Prozeß der des Richters entspricht, kann nicht so aufgefaßt werden, als ob es sich um eine schlichte Ersetzung des *Gesetzesnormativismus* durch einen *Richternormativismus* handelt. Die Geschichtlichkeit des Rechts bedeutet nicht nur Veränderung in der Hierarchie der Rechtsquellen; es kann ein „jurisprudentielles Moment“ (Lombardi-Vallauri) ausgemacht werden, das jeder Rechtswirklichkeit uneliminierbar zugehört.

a) Dies alles läßt uns zu den am „System“ von Normen orientierten Modellen der positivistischen Rationalität auf Distanz gehen und führt zur wissenschaftlichen Aufgabenstellung einer paradigmageleiteten Erkenntnisbe-

mühung (Kuhn), die Frucht einer historischen Sedimentierung ist. Rechtliches Handeln besteht in einem „Urteil“ über den realen Ausgleich einer Beziehung, im rationalen und praktischen Begreifen der Forderungen der Gerechtigkeit, die sich im Hinblick auf die Beurteilung gesellschaftlicher Wirklichkeiten einstellen. Hierbei kann es sich nicht nur darum handeln, die im Normtext „gesetzte“ Lösung einfach „anzuwenden“, auch wenn wir uns der *praktischen Rationalität* des Ergebnisses vergewissern könnten, indem wir es mit den von der Rechtsordnung abstrakt „vorgesehenen“ Lösungen vergleichen. In jedem Fall *erfordert das „Recht-Setzen“ stets ein Hinausgehen über die durch den Normtext „vorgesezte“ Lösung.*

b) Zweitens könnte auch ein „Historismus“ nicht zufriedenstellen, der — als resignativer Ersatz für die vom Relativismus desavouierte Gerechtigkeit — die Rechtssicherheit zum höchsten Wert erklärte. Durch Desintegration der Objektivität des Wirklichen erreichte der Historismus, daß das Wesentliche und das Geschichtliche des Rechts auseinanderfallen. Das Geschichtliche aber muß nicht notwendig die Relativierung des Wesentlichen bedeuten, sondern es „soll“ im Gegensatz dazu eine Aktualisierung des Wesens bewirken. Andererseits vermögen die logischen Mechanismen des begrifflichen „Systems“ eine solche *Rechtssicherheit* nicht zu garantieren. Die Logik kann den (metalogischen) Sinn eines Rechtstextes nicht vermitteln; eine logische „Anwendung“ des Rechts ohne seine vorherige hermeneutische „Auslegung“ — die dem Bereich des Vorlogischen zuzuschreiben ist — ist nicht möglich.

Um Unsicherheiten bei der Einschätzung der *rückwirkenden* Folgen einer Entscheidung zu begegnen, haben wir uns argumentativ auf den Boden der aktualisierenden justiziellen Entscheidung über die gerechteste Lösung zu stellen, wodurch die Möglichkeit ihrer Beachtung durch zukünftige Entscheidungen verstärkt wird. Die reine Willkür, auch die durch formelles Verfahren kontrollierte, ist nicht kalkulierbar. Lediglich die „Rechtfertigung“ (Cotta) der Entscheidung kann einigermaßen sichere Anhaltspunkte schaffen. Es ist aber nicht möglich, das „gesetzte“ Recht von den sinnstiftenden Werten abzugrenzen. *Das Recht wird stets im Kontext von „vorausgesetzten“ Werten „gesetzt“.*

c) Die Antinomie-Objektivität-Geschichte relativiert die Gerechtigkeit. Ohne deren legitimierende Kraft würde nur die „Legitimation durch Verfahren“ bleiben. Versteht man aber die Geschichtlichkeit als Ausdruck des Wirklichen, dann tritt etwas Verschiedenes ein: das Verfahren wandelt sich in das erste Erfordernis einer *Legitimation* durch Begründung mit etwas Wirklichem, nämlich der Menschenwürde. Diese ist mit einem willkürlichen *Voluntarismus* nicht zu vereinbaren, auch wenn dieser in seinen Konsequenzen der Menschenwürde entgegenkommt. Aber er fußt auf Verfahrensgrundsätzen, die das Ermessen weitgehend einer Kontrolle unterziehen. Deshalb *darf das „Setzen“ von Recht nicht in der Weise reiner Gewalt-„Durchsetzung“ erfolgen.*

Der von Olivecrona verkündete „Abschied vom positiven Recht“ gründet auf einer luciden Diagnose des ahistorischen Positivismus. Positivität und Ge-

schichtlichkeit aber sind auch weiterhin aufeinander angewiesen, wenn die geschichtlichen Forderungen der Gerechtigkeit als existenzielle und praktische Aktualisierung von etwas Essentiellem — und nicht als dessen Negation — verstanden werden sollen. Die Geschichtlichkeit des Rechts präsentiert uns diesen Zusammenhang als einen Kontext von Forderungen, der notwendigerweise der „*Setzung*“ bedarf, deren formaler Ausdruck in der Rechtsnorm aber stets nur einen Vorschlag „*vor-setzt*“; desweiteren als Kontext von Forderungen, auf dessen Anerkennung wir unablässig dringen, obwohl wir ihn im Prinzip als eine „*Voraus-Setzung*“ zu formulieren hätten; außerdem als einen Kontext von Forderungen, der ständig um subjektive Beachtung bemüht ist, subsidiär aber auf zwangsweise „*Durch-Setzung*“ angewiesen ist. Ausdruck dieser Suche nach einem „positiven“ Recht ist die Absicht, „Negativ“folgen des Rechts so gering wie möglich zu halten. Dieses Ziel wird nur aufgrund einer beständigen *ethisch begründeten Gerechtigkeitsbestrebung* erreichbar sein, die freilich immer auf den Einsatz des formalen, auf Rationalitätskontrolle geeichten „positiv-rechtlichen“ Instrumentariums angewiesen ist.

Literatur

- Cotta, S., Giustificazione e obbligatorietà delle norme, Milano 1981.
- Gonzalez Vicen, F., Estudios de filosofía del derecho, La Laguna 1979.
- Kaufmann, A., Rechtsphilosophie im Wandel, Frankfurt 1972.
- Kelsen, H., Reine Rechtslehre, Wien 1960.
- Kuhn, T. S., The Structure of Scientific Revolutions, Chicago 1962.
- Lakatos, I. / Musgrave, A., Criticism and the Growth of Knowledge, London 1970 (español: Barcelona 1975).
- Lombardi-Vallauri, L., Corso di filosofía del diritto, Padova 1981.
- Luhmann, N., Legitimation durch Verfahren, Neuwied 1969.
- Olivecrona, K., Law as Fact, London 1971.
- Ollero, A., Interpretación del derecho y positivismo legalista, Madrid 1982.
- Ross, A., On Law and Justice, London 1958.

Sonderdruck aus:

Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart

Festgabe für Alois Troller zum 80. Geburtstag

Herausgegeben von

Werner Krawietz und Walter Ott



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Dieser Beitrag ist in der Festgabe für Alois Troller „Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart“ im Jahre 1987 erschienen. Der Band enthält folgende Beiträge:

I. Gesetzesnorm, Präjudiz und Rechtsdogmatik

<i>Norbert Achterberg</i> , Münster	
Das Wesen des Richtens	3
<i>Fritz Pardon</i> , Münster	
Der institutionelle Beitrag des Rechtsanwalts zur richterlichen Rechtsgewinnung	19
<i>Hans-Martin Pawlowski</i> , Mannheim	
Rechtsstaat ohne Rechtsdogmatik?	31
<i>Jean-François Perrin</i> , Genève	
Qu'est-ce que la dogmatique juridique?	49
<i>Valentin Petev</i> , Münster	
Erkenntnis und Konstituierung der Rechtswirklichkeit	59

II. Geltungsgrund des Rechts

<i>Victor Arévalo Menchaca</i> , Basel	
Hart und der Rechtsbegriff. Eine kritische Synthese	73
<i>Raffaele De Giorgi</i> , Salerno/Lecce	
Abstraktion versus Institution? Phänomenologie und Geltungsgrund des Rechts in der Frühphilosophie des jungen Hegel	95
<i>Hermann Klenner</i> , Berlin (DDR)	
Zwischen Koexistenz, Indifferenz und Kontraexistenz. Zur Begegnung von Religionen und Rechtsphilosophien im siebzehnten Jahrhundert	107
<i>Vladimír Kubeš</i> , Brünn	
Das Rechtsbewußtsein des Volkes	121
<i>Andrés Ollero</i> , Granada	
Zum Verhältnis von Positivität und Geschichtlichkeit im Recht	135

III. Formales Denken und Formale Logik im Dienste des Rechts

<i>Carlos E. Alchourrón/Eugenio Bulygin</i> , Buenos Aires	
Expressive versus hyletische Konzeption der Normen?	143

Fortsetzung 3. Umschlagseite

<i>Jan M. Broekman</i> , Leuven	
Zur Ontologie des juristischen Sprechakts	231
<i>Kazimierz Opalek</i> , Kraków	
Normen und performative Akte	243
<i>Beat Sitter</i> , Bern	
Orte ethischer Verantwortung in der Wissenschaft	257
<i>José Vilanova</i> , Buenos Aires	
Phenomenology and the Crisis of Foundations in Legal Science	277
<i>H. Ph. Visser't Hooft</i> , Utrecht	
Philosophy of Law and the Study of Legal Reasoning. Some Interrelations ...	295

IV. Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts

<i>Jean-Louis Gardies</i> , Nantes	
Système juridique et système logique	173
<i>Georges Kalinowski</i> , Orsay	
Edmund Husserl sur les normes. L'ébauche d'une théorie de la science normative et d'une logique des normes	185
<i>José Llompert</i> , Tokyo	
Gleiche Denkformen in ungleichen Rechts- und Staatsauffassungen. Rechtfertigung und Kritik des Formalismus	201
<i>Hannu Tapani Klami</i> , Turku	
Multirationalität und der juristische Diskurs. Betrachtungen zur Logik des Rechts	215

V. Soziale Konstitution der Wirklichkeit des Rechts

<i>Aulis Aarnio</i> , Helsinki	
Philosophy of Law at the Crossroads?	301
<i>Stig Jørgensen</i> , Århus	
Criteria of Quality in Legal Science	313
<i>Werner Krawietz</i> , Münster	
Normativismus oder Skeptizismus? Zum Verhältnis von Regelsetzung und Regelbefolgung in der kritischen Rechtstheorie Kants	321
<i>Vilmos Peschka</i> , Budapest	
Das Recht und die Ästhetik	343
<i>Robert Weimar</i> , Siegen	
Rechtswissenschaft als Weltbild	351

Fortsetzung 4. Umschlagseite

VI. Recht als Bewußtseinsphänomen oder Widerspiegelung der Gesellschaft

<i>Karl A. Mollnau</i> , Berlin (DDR)	
Notizen zur Relation zwischen objektiven und juristischen Gesetzen	371
<i>Walter Ott/Peter Higi</i> , Zürich	
Das Troller'sche Modell der Erkenntnis und die sowjetmarxistische Widerspiegelungstheorie. Aspekte eines Theorienvergleichs zur juristischen Erkenntnis	377
<i>Johannes Strangas</i> , Komotini	
Formalismus und neue Transzendentalphilosophie	389
<i>Martin Usteri</i> , Zürich	
Beiträge der Tiefenpsychologie zur rechtlichen Ordnung von Eigentum und Raumgestaltung	417
<i>Armin Wildermuth</i> , St. Gallen	
Phänomenologie des Rechts als lebensweltlicher Prozeß	425

VII. Gerechtigkeit – gleich oder sozial?

<i>Eugene Kamenka</i> , Canberra/ <i>Alice Erh-Soon Tay</i> , Sydney	
Zum soziologischen Verständnis der Gerechtigkeit	443
<i>Aleksander Peczenik</i> , Lund	
Moral Thinking, the Law and Rationality	465
<i>Stig Strömholm</i> , Uppsala	
Aufgaben und Begrenzungen des Rechts in der modernen Gesellschaft. Paradoxales und Triviales	477
<i>Ota Weinberger</i> , Graz	
Die Präsumtion der Gleichverteilung	487
<i>Jerzy Wróblewski</i> , Łódź	
Law-Making and Hierarchies of Values	499
<i>Dieter Wyduckel</i> , Münster	
Bibliographie Alois Troller	511
Verzeichnis der Mitarbeiter	573