

- Totalitarismus, Hamburg 1979; C. J. Friedrich/Z. Brzezinski, *Totalitarian Dictatorship and Autocracy*, Cambridge, Mass., 1956; A. James Gregor, *Contemporary Radical Ideologies*, New York 1968; F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, London 1944; J. L. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*, London 1951; K. R. Popper, *The Open Society and its Enemies*, New York 1967.
- 12 Friedrich Gentz in den von ihm übersetzten und kommentierten „Betrachtungen über die französische Revolution“ von Edmund Burke, Berlin 1793, Bd. 2, S. 172 f.
- 13 Vgl. E. Jünger, *Die totale Mobilmachung*, Berlin 1930; E. Forsthoff, *Der totale Staat*, Hamburg 1933; U. Scheuner, *Die nationale Revolution*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 24, Tübingen 1933/34, S. 166–220, 261–344; C. Schmitt, *Die Wendung zum totalen Staat*, in: *Positionen und Begriffe*, Hamburg 1940, S. 146–157.
- 14 Abdruck der nachfolgend genannten Konventionen in: *Human Rights, A Compilation of International Instruments*, New York 1983; I. Brownlie (ed.), *Basic Documents on Human Rights*, Oxford 1981; deutsch bei H. Klenner, *Marxismus und Menschenrechte*, Berlin 1982, S. 406 ff.

Andrés Ollero

ZUM VERHÄLTNIS VON POSITIVITÄT UND GESCHICHTLICHKEIT IM RECHT

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

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 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 „vorausgesetzten“ 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 die *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 Synfonie 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 haben bekanntlich revidiert werden müssen, 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 instantanea*“ (Lakatos) mit der Fähigkeit, Rationales von Irrationalem, Wissenschaftliches von Nichtwissenschaftlichem abzugrenzen, für unmöglich halten.

Es ist daher nicht überraschend, daß eine statische Auffassung der Positivität – die ich auf spanisch als „*positividad instantanea*“ 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 zugrundelag, 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 begründete – „abgestufte“ Positivität (auf spanisch, „*positividad escalonada*“) gesprochen werden kann.

a) Diese „Stufentheorie“ verleiht dem monolithischen *Gesetzesnormativismus* größere Flexibilität. Der Preis, den Kelsen entrichten muß, 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 Einzel-elementen 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 Systemfunktionalismus – als Resultat theoretischer Selektionsfähigkeit 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 zugrundeliegt, 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 Rechtswirklichung“

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 (Kuhn) Erkenntnisbemühung, 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 „vorgesetzten“ Lösungen vergleichen. In jedem Fall *erfordert das „Recht-Setzen“ stets ein Hinausgehen über die durch den Normtext „vorgesetzte“ Lösung.*

b) Zweitens: auch ein „Historismus“ könnte nicht zufriedenstellen, der – als resignativer Ersatz für die vom Relativismus desavouierte Gerechtigkeit – die Rechtssicherheit zum höchsten Wert erklärte. Durch Desintegration der Objektivität des Wirklichen erreicht 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 vorherhige 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 einiger-

maßen 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 Geschichtlichkeit 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 soll. 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 immer auf den Einsatz der formalen, auf Rationalitätskontrolle geeichten „positivrechtlichen“ Instrumentariums angewiesen ist.

LITERATUR

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

**PHILOSOPHY OF LAW IN THE HISTORY
OF HUMAN THOUGHT**

IVR
12th WORLD CONGRESS – 12. WELTKONGRESS
(ATHENS 1985 ATHEN)

PROCEEDINGS – VERHANDLUNGEN

EDITED BY

S. PANOU - G. BOZONIS - D. GEORGAS - P. TRAPPE

PART 1

Editorial Board

Aulis Aarnio (Finland) / Junichi Aomi (Japan) / Sergio Cotta (Italy) / Konstantin Despotopoulos (Greece) / Stig Jorgensen (Denmark) / Dzhangir A. A. Kerimov (USSR) / Hermann Klenner (GDR) / Adam Lopatka (Poland) / Nicolas Lopez Calera (Spain) / Werner Maihofer (FRG) / Eduardo Garcia Maynez (Mexico) / Stavros Panou (Greece) / David Raphael (UK) / Gyan Sharma (India) / Alice Tay (Australia) / Francois Terre (France) / Paul Trappe (Switzerland) / Ota Weinberger (Austria) / Carl Wellman (USA)



FRANZ STEINER VERLAG WIESBADEN GMBH
STUTT GART 1988