

Vorlesung Staats- und Verfassungstheorie

Donnerstag, den 17. Dezember 2002

I. Wiederholung

Wir haben uns gegen Ende der letzten Vorlesungsstunde der Frage zugewandt, was Recht ist, woran man ihre Existenz erkennen und wie man seine Geltung erklären kann. Wir haben schon gesehen, daß es auf diese Fragen zwei grundsätzliche verschiedene Antworten möglich sind, die ihrerseits in einem Zusammenhang mit dem Vorgang der Entstehung des modernen Staates und der Säkularisation stehen. Die beiden Antworten sind die positivistischen und die naturrechtliche Vorstellung vom Recht. Beide Antworten stimmen zunächst in drei Punkten überein, unterscheiden sich dann aber in einer entscheidenden Hinsicht.

Beide setzen erstens voraus, daß Rechtssätze ein Sollen ausdrücken; diese Kategorie des Sollens ist für beide elementar und kann nicht hinterfragt werden. Beide setzen zweitens voraus, daß Recht Sollensanforderungen an das menschliche Zusammenleben stellt; auch die Existenz sozialer Verbände wird also vorausgesetzt. Beide Positionen stimmen schließlich darin überein, daß die genannten zwei Kriterien keine abschließende Umschreibung des Phänomens "Recht" darstellen, sondern daß noch weitere Kriterien hinzukommen müssen, um das Recht aus dem Kreis einer Vielzahl von Regeln für das soziale Zusammenleben, etwa Gebräuchen, gesellschaftlichen Konventionen, Moden, individuellen Wünschen, Befehlen von Tyrannen, etc., hervorzuheben und in seiner Besonderheit zu verdeutlichen.

Der Dissens zwischen den Positivisten und den Naturrechtlern kreist um die Frage, welche Kriterien diese Eingrenzung erlauben.

Die naturrechtliche Position meint, das zusätzliche Kriterium sei die Gerechtigkeit. Nur solche Regelungen für das soziale Zusammenleben seien Recht, die sich am Maßstab der Gerechtigkeit orientierten. Zum Teil wird dies auch weniger anspruchsvoll umschrieben: Recht sind alle Regeln für das soziale Zusammenleben, die den Geboten der Gerechtigkeit nicht grob widersprechen. Diese Definition ist insoweit griffiger, als es dem Juristen leichter fällt zu sagen, was grob ungerecht ist, als anzugeben, was gerecht ist. Abstrahiert man von diesen Umschreibungen, so kann man sagen, daß sich für die naturrechtliche Position das Kriterium, das eine Regel für das soziale Zusammenleben als **Recht** qualifiziert, aus dem Inhalt dieser Regel ergibt. Kriterium ist die Übereinstimmung dieses Inhalts mit dem Maßstab der Gerechtigkeit. Die Bezeichnung "Naturrecht" rührt von der Annahme her, daß der Maßstab der Gerechtigkeit dem Recht objektiv, gewissermaßen von Natur aus und durch den menschlichen Willen nicht beeinflussbar vorgegeben ist. Naturrecht operiert also mit einem Kriterium, das ein Höchstmaß an inhaltlicher Richtigkeit mit einem Höchstmaß an inhaltlicher Unbestimmtheit in sich vereint.

Die Schwierigkeiten im Umgang mit der Idee der Gerechtigkeit so weit wie möglich zu vermeiden und die juristische Praxis davon freizuhalten, ist ein Grundanliegen der positivistischen Position. Das Recht soll von subjektiven Wertungen und Moralvorstellungen freigehalten werden, wie sie mit dem Naturrecht nahezu zwangsläufig verbunden sind. Die positivistische Position versucht, aus der Vielzahl von Regeln für das soziale Zusammenleben diejenigen Regeln, die als **Recht** anzusehen sind, mit Kriterien zu bestimmen, die auf den Inhalt der Regel und damit auf das Gerechtigkeitskriterium keinerlei Rücksicht nehmen. Inhaltliche Kriterien und mithin den naturrechtlichen Ansatz lehnt sie ab, weil diese zu unbestimmt sind und keine Trennung zwischen Recht und Moral erlaubten. Beides sind aus der Perspektive des modernen Staates ein Mangel. Die

inhaltliche Unbestimmtheit verträgt sich nicht mit den
Regelungsanforderungen einer modernen und
hochdifferenzierten Gesellschaft; die Verbindung von Recht
und Moral verträgt sich nicht mit der Säkularität des
Staates.

Um diese beiden Mängel abzustellen, orientiert die
positivistische Position sich an - wie sie behauptet -
objektiven Gegebenheiten. Das ist auch der Grund, weshalb
man diesen Ansatz zur Erklärung des Rechts "positivistisch"
nennt. Die Bezeichnung läßt sich sprachlich wie folgt
erklären. Das Fremdwort "positiv" bedeutet, wörtlich in das
Deutsche übersetzt, so viel wie gegeben, existent,
tatsächlich vorhanden. Der Positivismus versucht, das
Phänomen "Recht" mit Kriterien zu erklären, die tatsächlich
vorhanden und deshalb objektiv feststellbar und
gegebenenfalls für alle Beteiligten überprüfbar sei. Auf die
Idee der Gerechtigkeit treffe das wegen der ihr eigenen
Unschärfe und Anfälligkeit für subjektive Wertungen nicht
zu. In Betracht kommen in der Hauptsache zwei Kriterien,
deren Vorliegen objektiv überprüfbar ist, und demgemäß
untergliedert die positivistische Rechtslehre in drei
Strömungen:

- Das erste und wichtigste Kriterium ist der Urheber eines
Rechtssatzes. Ein Rechtssatz zeichne sich gegenüber anderen
Sollenssätzen dadurch aus, daß er von bestimmten Urhebern
stamme, die allein Recht zu setzen in der Lage seien, und
auf dem Willen dieses Urhebers beruhe, d.h. von diesem
gesetzt, vollzogen und gegen Widerstand Dritter zwangsweise
durchgesetzt werde. Das Getragensein von dem Willen eines in
bestimmter Weise qualifizierten Urhebers, gedacht ist in der
Regel an den souveränen Staat, nennt man Rechtsgeltung.
Infolgedessen bezeichnet man diese Variante des Positivismus
als Rechtsgeltungstheorie. Ihren klassischen Ausdruck hat
sie in einer Formulierung von Thomas Hobbes gefunden:
Auctoritas non veritas facit legem.

- Eine andere Spielart des Positivismus stellt nicht auf den

Urheber, sondern auf die Adressaten des Rechts ab. "Recht ist demnach alles, was Menschen, die in irgend welcher Gemeinschaft miteinander leben, als Norm und Regel dieses Zusammenlebens wechselseitig anerkennen." (E.R. Bierling) Zugespitzt könnte man sagen: Recht ist das, was die Mitglieder eines sozialen Verbandes dafür halten und was sie in der Regel befolgen. Die Gründe, warum Regeln für das soziale Zusammenleben Folge geleistet wird, sind dabei unerheblich. Es genügt das Faktum, daß sie anerkannt und befolgt werden; nur dieses ist ja auch objektiv überprüfbar. Man spricht insoweit von Anerkennungstheorien.

Faßt man den positivistischen Rechtsbegriff zusammen, so kann man wie folgt definieren: Recht ist die Gesamtheit der Regeln für das soziale Zusammenleben, die von der höchsten politischen Autorität im Staat ausgehen und die die Mehrheit der Bevölkerung anerkennt und die aus diesen beiden Gründen in der Regel tatsächlich befolgt werden.

Nachdem ich die Naturrechtslehre und den Positivismus gegeneinander abgegrenzt und aus dem Kontrast heraus charakterisiert habe, möchte ich nun beide Positionen in sich weiter differenzieren und auf Stärken und Schwächen befragen. Um die Übersicht über den Gedankengang zu erleichtern, fange ich nicht erneut mit dem Naturrecht an, sondern fahre mit der Erläuterung des positivistischen Rechtsbegriffes fort. Hier möchte ich zunächst einige Ergänzungen zu den Anerkennungstheorien vornehmen. Über die Darstellung von deren Schwächen werde ich dann wieder zu den Rechtsgeltungstheorien kommen und mit der Darstellung von deren Schwächen kehre ich zum Naturrecht zurück, um mit der heute herrschenden Auffassung über das Verhältnis von Naturrechtslehre und Positivismus abzuschließen.

II. Anerkennungstheorien

Für die Anerkennungstheorien folgt die Rechtsqualität einer

normativen Aussage aus der Anerkennung durch die Bevölkerung. Die Anerkennungstheorien sind im 19. Jahrhundert entstanden und stellen den Versuch bürgerlich-liberaler Rechtstheoretiker dar, einen anderen Geltungsgrund für das Recht zu finden als den Willen des souveränen Monarchen. Sie sind also erwachsen aus der Frontstellung des Liberalismus gegen die absolute Monarchie. In dieser Funktion haben sie sich im 19. Jahrhundert bereits überlebt, weil eine andere, plausiblere Lösung gefunden werden konnte, die diesem Anliegen Rechnung trug. Man ersetzte einfach den souveränen Monarchen durch ein vom Volk gewähltes Parlament. Auf diese Weise kann man an der Rechtsgeltungstheorie festhalten, die der Anerkennungstheorie aus gleich dazulegenden Gründen überlegen ist, aber trotzdem sicherstellen, daß das Volk maßgebenden Einfluß auf den Inhalt des Rechts bekommt, und zwar als dessen Urheber, nicht als dessen Adressat. Wenn es schon an der Entstehung von Recht als Urheber beteiligt ist, braucht es seinen Einfluß auf das Recht nicht zusätzlich durch nachträgliche Anerkennung dessen, was es letztlich selbst geschaffen hat, geltend zu machen.

Gleichwohl wäre es zu einfach, zu sagen, die Anerkennungstheorie hätte sich damit erledigt. Das wird an einer ihrer Spielarten besonders deutlich, der sog. Historische Rechtsschule des 19. Jahrhunderts, deren prominentester Vertreter der Zivilrechtler Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) war. Für von Savigny ist Recht Teil der Nationalkultur und Ausdruck des "Volksgeistes". Dieses Recht ist geworden, in einem langen historischen Prozeß "organisch" gewachsenes Recht. Es entwickelt sich nicht sprunghaft, durch die Willkür des Gesetzgebers, auch nicht durch den demokratischen Gesetzgeber. Gutes Recht erwartet v. Savigny daher nicht von reformierender Gesetzgebung, sondern von der Tätigkeit der Juristen, insbesondere der Richterschaft. Aus diesem Grunde hat von Savigny sich in seiner berühmten Streitschrift "Vom Beruf unserer Zeit für

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" gegen eine Kodifikation des bürgerlichen Rechts in Deutschland gewandt.

Faßt man dies zusammen, so beruhen die Anerkennungstheorien auf einem grundsätzlichen Vertrauen in das Rechtsbewußtsein der Bevölkerung und einem grundsätzlichen Mißtrauen gegen die Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers, auch des demokratischen Gesetzgebers. Ihnen dürfte insoweit zu folgen sein, daß eine Rechtsordnung, die von der Bevölkerung abgelehnt wird, auf Dauer keinen Bestand haben kann.

Allerdings sieht sich die Anerkennungstheorie erheblichen Einwänden ausgesetzt. Diese betreffen zum einen die Frage, welcher Vorgang mit "Anerkennung" eigentlich genau gemeint ist. Zweitens bleibt das, was die Anerkennungstheorien definieren wollen, nämlich das Recht, wegen der Unbestimmtheit des Anerkennungsvorgangs selbst unbestimmt; es fällt schwer, das Anerkannte jeweils als Rechtssatz zu formulieren.

Zunächst zu der Frage, was mit "Anerkennung" gemeint ist. Hier ist zu unterscheiden zwischen der individuellen und der generellen Anerkennungstheorie. Für die individuelle Anerkennungstheorie hängt die Rechtsqualität eines Sollenssatzes davon ab, daß sie von jedem einzelnen Mitglied einer Rechtsgemeinschaft anerkannt wird. Diese Theorie geht aus von der Prämisse, daß der Grund für jede Verpflichtung autonom gesetzt sein müsse. Sie ist aber in der Praxis undurchführbar. Eine Rechtsordnung, deren Rechtssätze für den einzelnen nur verbindlich sind, soweit dieser einzelne die Rechtssätze jeweils anerkannt hat, hebt sich selbst auf. Ihre Anhänger müssen sich darum mit Konstruktionen behelfen wie der, daß eine Anerkennung vermutet werde, solange ein Individuum nicht gegen eine Norm protestiere oder von seinem *ius emigrandi* Gebrauch mache, daß an die Stelle der Anerkennung ein habituelles Respektieren trete, welches den Nachweis einzelner Anerkennungsakte erübrige, daß die

Anerkennung durch das Familienoberhaupt, durch gesellschaftliche Gruppen, etc., erfolgen könne. Die individuelle Anerkennungstheorie nähert sich damit der generellen Anerkennungstheorie an, derzufolge die Rechtsqualität eines Sollenssatzes davon abhängt, daß sie von einer repräsentativen Mehrheit der Normunterworfenen akzeptiert wird. Doch auch diese Theorie muß in zweierlei Hinsichten weiter eingeschränkt werden. Erstens kann die Anerkennung sich nicht auf jede einzelne Rechtsnorm beziehen; das wäre eine Fiktion. Sie gilt vielmehr der Rechtsordnung insgesamt und den Organen, die Recht schaffen. Zweitens ist kaum zuverlässig zu ermitteln, welches Ausmaß die Befürwortung einer Rechtsordnung erreichen muß und ob der geforderte Grad an Zustimmung tatsächlich vorliegt.

Um dem Rechnung zu tragen, kann man sagen, daß in einem demokratisch verfaßten Staat grundsätzlich davon auszugehen ist, daß die Bevölkerung das staatliche Recht anerkennt. Wenn man so argumentiert, wird die Anerkennung zu einem Element, das dem Recht nicht völlig fehlen darf, das aber für den Begriff des Rechtes selbst nicht konstitutiv ist. Letzteres ergibt sich auch daraus, daß die Anerkennung, wenn man diese Einschränkung macht, Recht nicht schafft, sondern bereits voraussetzt. Bezugsgröße sind staatliche Gesetze oder richterliche Entscheidungen. Die Anerkennungstheorien gehen dann über in die Geltungstheorien, die sie nur ergänzen.

III. Rechtsgeltungstheorien

Damit sind wir bei den Rechtsgeltungstheorien angelangt. Diese sind heute der mit Abstand wichtigste Ansatz zur Erklärung von Recht; die anderen Ansätze, also Anerkennungstheorien und Naturrechtslehre, können sie in Detailfragen verbessern, müssen sie aber letztlich voraussetzen. Die Rechtsgeltungstheorien stellen für die Anerkennung eines Sollenssatzes als Recht darauf ab, daß

dieser Satz von einer bestimmten Stelle, in der Regel einem staatlichen Verband, erlassen worden ist und von dieser Stelle vollzogen und erforderlichenfalls zwangsweise durchgesetzt wird. Maßgebende Kriterien für die Anerkennung einer Sollensaussage als Rechtssatz sind die Urheberschaft und das Entstehungs- und Durchsetzungsverfahren. Alles das, was von einer bestimmten Instanz in einem bestimmten Verfahren vorgeschrieben wird, ist "Recht", ohne Rücksicht auf seinen Inhalt. Einen Rechtssatz erkennt man mithin an seinem Urheber; er wird getragen von dessen Willen; dieser Willen ist es, der ihm Geltung verschafft, und dieser Willen ist es, der notfalls durch Anwendung physischer Gewalt seine Beachtung erzwingt. Es liegt auf der Hand, daß dieser Rechtsbegriff eng verknüpft ist mit dem Modell des souveränen Staates. Der Souverän, egal ob dies ein Monarch oder ein Parlament ist, ist der Urheber des Rechts, und sein Wille begründet die Geltung des Rechts. Ein Rechtssatz ist so lange in Geltung, wie er von diesem Willen getragen wird. Erkenntnisgrund für etwas als Recht ist also, daß es auf einen solchen Willens zurückgeführt werden kann. Der Wille des Souveräns ist Quelle des Rechts. Genau in diesem Sinne ist das Wort "Rechtsquelle" gemeint. Dieser Wille wird in bestimmten Verfahren geäußert, etwa dem Gesetzgebungsverfahren gemäß den Art. 76 ff. des Grundgesetzes. Unter Zugrundelegung der positivistischen Rechtsgeltungstheorie gelangt man für die Bundesrepublik Deutschland zu folgender Rechtsdefinition: Recht sind diejenigen Normen für das soziale Zusammenleben in Deutschland, die von den staatlichen Organen in den Verfahren gesetzt und durchgesetzt werden, die das Grundgesetz vorsieht oder die andere Normen auf der Grundlage des Grundgesetzes vorsehen.

Zu den Stärken des geltungstheoretischen Rechtsbegriffes gehört seine hohe Übereinstimmung mit der Arbeit des Juristen. Will ein Jurist ermitteln, was Recht ist, so hält er sich an die Instanzen, von denen er weiß, daß sie Recht in Geltung zu setzen befugt sind, und schlägt nach in den

Textsammlungen, in denen diese Instanzen ihren Willen verlautbaren. Findet er einen Text, von dem er wissen will, ob er Recht ist, im Bundesgesetzblatt, so ist damit klar, daß dieser Text Recht ist, eben ein Gesetz oder eine Verordnung des Bundes. Ist Fundstelle dagegen eine Bundestags-Drucksache, so folgt daraus, daß es sich nicht um Recht handelt, sondern etwas anderes, wahrscheinlich einen Gesetzentwurf. Das gleiche gilt, wenn Urheber des Textes eine Instanz ist, die keine Rechtsetzungsbefugnis hat, z.B. wenn es sich handelt um eine Rechtschreibregelung der Duden-Redaktion des Bibliographischen Instituts.

Die Schwächen des geltungstheoretischen Ansatzes ergeben sich daraus, daß er das Recht der Verfügungsgewalt rechtsetzender Instanzen, sei dies ein demokratisch gewähltes Parlament, sei es ein Monarch, ausliefert. Die Annahme unbeschränkter Verfügungsgewalt dieser Instanzen über das Recht ist einmal unrealistisch, weil es allgemeine Rechtsgrundsätze gibt, die in jeder Rechtsordnung beachtet zu werden pflegen, unabhängig davon, ob sie rechtlich positiviert sind. So wären im bürgerlich-rechtlichen Vertragsrecht die Gebote von Treu und Glauben, etwa der Gedanke des *venire contra factum proprium*, auch dann zu beachten, wenn es § 242 BGB nicht gäbe. Die Allmacht des Rechtsetzers findet also ihre Grenze in allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die von ihm nur rezipiert und ausgestaltet, nicht aber beseitigt werden können. Vgl. hierzu Hans J. Wolff, *Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen*, GS Walter Jellinek, 1955, 33 ff.

Ein anderer, im Vergleich mit dem Prinzipienargument noch gravierender Einwand gegen das vorgestellte positivistische Modell ist das Unrechtsargument. Kann tatsächlich ein Rechtsetzer, sofern er nur eine inhaltlich nicht gebundene Rechtsetzungsbefugnis besitzt, über den Inhalt des Rechtes frei verfügen, so muß dieser Ansatz auch krasses Unrecht als

Recht akzeptieren, wenn es von dem Willen der rechtsetzungsbefugten Instanz stammt. Ist Recht alles das, was der Gesetzgeber anordnet, so ist auch der Befehl zur willkürlichen Tötung von Menschen Recht, sofern er nur vom Gesetzgeber stammt. Von konsequenten Rechtspositivisten wird dieses Ergebnis auch bejaht. So schreibt Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, 42: "Nach dem Recht totalitärer Staaten ist die Regierung ermächtigt, Personen unerwünschter Gesinnung, Religion oder Rasse in Konzentrationslager zu sperren und zu beliebigen Arbeiten zu zwingen, ja zu töten. Solche Maßnahmen mag man moralisch auf das schärfste verurteilen; aber man kann sie nicht als außerhalb der Rechtsordnung dieser Staaten stehend ansehen." Es liegt auf der Hand, daß diese Sicht der Dinge nicht allgemein akzeptiert wird, und weiter liegt auf der Hand, daß sowohl der Prinzipieneinwand wie der Unrechtseinwand darin übereinstimmen, daß sie mit überpositiven Rechtsvorstellungen argumentieren.

IV. Naturrecht

Solche überpositiven Rechtsvorstellungen werden unter dem Begriff des Naturrechts zusammengefaßt. Naturrecht ist die Summe der Regeln für das soziale Zusammenleben, die sich aus der Idee der Gerechtigkeit ableiten lassen. Eine andere, an den Prinzipieneinwand anknüpfende Definition lautet, daß das Naturrecht die Summe der allgemeinen Rechtsprinzipien ist, die dem positiven Recht zugrunde liegen und die der Gesetzgeber nur rezipieren und ausgestalten, nicht aber ignorieren oder gar beseitigen kann. Die Idee der Gerechtigkeit ist nicht abschließend zu fassen. Es handelt sich um eine Grundkategorie, der das menschliche Denken sich nur annähern kann. Das schlägt auf das Naturrecht durch. Das Hauptproblem des Naturrechts ist die Abstraktheit, Voraussetzungsabhängigkeit und Unbestimmtheit seiner einzelnen Aussagen. Zwar könnte man eine lange Liste mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen bilden, z.B. *Pacta sunt*

servanda; wohlerworbene Rechte anderer sind zu respektieren; die individuelle Freiheit ermächtigt nicht dazu, anderen Schaden zuzufügen. Es gibt sogar Rechtsordnungen, die in der Art auf solche Prinzipien aufgebaut sind, daß deren richterliche Konkretisierung im Einzelfall an die Stelle einzelfallunabhängiger gesetzlicher Regelungen tritt. In diesen Rechtsordnungen richtet die Lösung eines Rechtsfalles sich nicht nach gesetzlichen Regelungen, sondern nach Gerichtsentscheidungen, die zu ähnlichen Fällen ergangen sind und die ihrerseits auf allgemeinen Rechtsprinzipien beruhen. Dies ist, stark vereinfacht, der Grundgedanke der common-law-Rechtsordnungen. Allerdings kommt selbst ein solches System nicht ganz ohne positive, willentlich gesetzte Rechtsnormen aus. Erforderlich ist zumindest eine Norm, die dem Richter die Befugnis gibt, das Naturrecht für den Einzelfall verbindlich zu konkretisieren.

Die Frage, welche Gebote sich im einzelnen aus dem Naturrecht ergeben, führt auf vier unterschiedliche Begründungsansätze: das traditional-historische Naturrecht, das religiöse Naturrecht, das rationale Naturrecht und das anthropologische Naturrecht.

Traditional-historisch: Naturrecht sind die Regeln des sozialen Zusammenlebens, die in einer Gesellschaft seit alters her respektiert werden, mögen sie im Verlauf der historischen Entwicklung auch gewissen Wandlungen unterworfen sein. Das Alter gilt als Indiz für die Übereinstimmung mit der Idee der Gerechtigkeit; was immer schon gegolten hat, kann nicht ungerecht sein. Dieses Naturrechtsmodell paßt für eine Gesellschaft, in der sich wenig verändert. Den heutigen Verhältnissen wird es nicht mehr gerecht. Deutliches Indiz ist der Niedergang des Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle.

Religiös: Naturrecht ist der dem Menschen geoffenbarte Wille Gottes. Es umfaßt die Gebote, die der Mensch zu beachten

hat, um das religiöse Heil zu erlangen, in der christlichen Religion also, um in den Himmel zu kommen. Beispiel für Naturrecht in diesem Sinne sind die 10 Gebote des Alten Testaments (2 Mos 20, 1 - 17); diese stellen mit Aussagen wie "Du sollst nicht töten." elementare Rechtsgebote dar. Interessant ist, daß die SED zur Umschreibung ihres Bildes von der allseitig entwickelten sozialistischen Persönlichkeit in der Zeit von 1963 bis 1976 ebenfalls 10 Gebote in ihrem Programm aufgeführt hat, u.a.: "Du sollst Dich stets für die internationale Solidarität der Arbeiterklasse und aller Werktätigen sowie für die unverbrüchliche Verbundenheit aller sozialistischen Länder einsetzen." oder "Du sollst das Volkseigentum schützen und mehren."

Rational: Das rationale Naturrecht hat sich im Zeitalter der Glaubenskriege und der nachfolgenden Säkularisierung aus dem religiösen Naturrecht mit dem Argument herausgelöst, daß Gott dem Menschen die Vernunft deshalb gegeben habe, damit sie das Naturrecht erkennen können. Das rationale Naturrecht umfaßt die Regeln für das menschliche Zusammenleben, deren Beachtung allen Mitgliedern einer Gemeinschaft als vernünftig erscheinen muß. Ein wichtiges Beispiel ist der kategorische Imperativ von Immanuel Kant: "Handele nur nach derjenigen Maxime, von der du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde." Die moralische Rechtfertigung eines Handelns setzt danach voraus, daß jeder andere ebenso handeln könnte, ohne daß dies zu Mißständen führt.

Anthropologisches Naturrecht: Naturrecht sind die Richtlinien für das Verhalten des Menschen, die sich aus dessen Natur ergeben und deren Befolgung Voraussetzung dafür ist, daß der Mensch seiner eigenen Natur gemäß leben kann oder, moderner gesagt, sich als Person entfalten kann. Diese Naturrechtslehre arbeitet mit einem Menschenbild. Die Gefahr des naturalistischen Fehlschlusses ist dabei freilich sehr

groß. Sie besteht darin, daß zunächst in die Natur des Menschen hineininterpretiert wird, was sodann als Naturrechtsgebot aus ihr wieder deduziert werden soll.

Die Stärken aller dieser Naturrechtskonzeptionen bestehen darin, daß sie eine Antwort auf die beiden Schwächen des positivistischen Ansatzes zu bieten haben. Diese beiden Schwächen waren das Prinzipien- und das Unrechtsargument. Dem Prinzipienargument wird Rechnung getragen, weil Naturrecht nichts anderes ist als die Prinzipien, die dem positiven Recht zugrunde liegen. Dem Unrechtsargument wird Rechnung getragen, weil Naturrecht per definitionem nicht in einen Widerspruch zur Idee der Gerechtigkeit treten kann.

Vor dem Hintergrund des positivistischen Ansatzes treten aber auch ihre Schwächen hervor: Naturrecht ist unbestimmt und dissensanfällig und Naturrecht ist aus sich heraus wirkungslos, weil eine Instanz der Rechtsdurchsetzung fehlt.

Um diese beiden Schwächen zu überwinden, ist das Naturrecht auf eine Verbindung mit dem positiven Recht angewiesen. Die Schwäche der inhaltlichen Unbestimmtheit wird dadurch überwunden, daß man das in aller Regel bestimmtere positive Recht als Konkretisierung des Naturrechts versteht und in seinem Lichte interpretiert. Tut man dies, so kann auch die zweite Schwäche der mangelnden Verbindlichkeit in dem Maße überwunden werden, weil mit dem positiven Recht dann auch das Naturrecht durchgesetzt wird. Beides setzt allerdings voraus, daß das positive Recht sich in Übereinstimmung mit dem Naturrecht befindet. Dies ist die entscheidende Frage. Sie läßt sich wie folgt zuspitzen: Ist das grob ungerechte positive Gesetz wegen des Verstoßes gegen Naturrecht unwirksam.

V. Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht

Die Positivisten halten auch in der Extremsituation des

Unrechtsregimes den Rückgriff auf Naturrecht für entbehrlich, zum Teil sogar für sinnlos. Sie weisen zum einen darauf hin, daß schon das positive Recht selbst Mechanismen gegen das enthalte, was die Naturrechtler als "grobes Unrecht" bezeichnen. Und sie erklären zweitens, daß dann, wenn diese Mechanismen versagen, das Naturrecht auch nicht weiterhelfe, weil es sich in einem Unrechtsregime keinerlei Gehör verschaffen könne. Dies sei allenfalls nach einem solchen Regime möglich; die Aufgabe der Vergangenheitsbewältigung wiederum könne man aber genausogut dem positiven Recht überlassen. Verbleibende Mängel dieses positiven Rechtes seien hinzunehmen, weil das positive Recht immerhin Rechtssicherheit und -klarheit biete, der Versuch, vermeintliche Mängel des positiven Rechts naturrechtlich auszugleichen, aber notwendig unbestimmte und deshalb destabilisierende Naturrechtsgebote in das Recht hereinlasse.

In der Tat kann der positivistische Standpunkt dem Unrechtsargument einiges entgegensetzen:

Schon die Beachtung des positiven Rechts sorgt für ein Mindestmaß an Objektivität und Willkürfreiheit, weil Rechtssätze für eine Vielzahl von Fällen und damit ohne Ansehen der Person gelten. Aus diesem Grund ist der Rekurs auf überpositives Recht manchmal gar nicht erforderlich, um staatliches Unrecht als solches zu qualifizieren. So ist es insbesondere auch auf der Grundlage eines positivistischen Verständnisses von Recht möglich, der nationalsozialistischen Machtergreifung im Jahr 1933 das Attribut der Legalität abzusprechen. Man muß nicht auf überpositive Grundsätze einer freiheitlichen Demokratie zurückgreifen, um die Verfassungswidrigkeit des Ermächtigungsgesetzes vom 24.3.1933 nachzuweisen. Dieses Gesetz war mit der Weimarer Reichsverfassung aus zumindest drei Gründen unvereinbar: Sämtliche Reichstagsabgeordneten der KPD und einige Abgeordnete der SPD sind unter Anwendung

physischer Gewalt an der Teilnahme an Sitzung und Abstimmung gehindert worden; die Anwesenheit von Verbänden der SA im Sitzungssaal war mit Vorschriften der Geschäftsordnung des Reichstages und der StGB unvereinbar; bei der Abstimmung im Reichsrat war das Land Preußen nicht ordnungsgemäß vertreten. Die These, die nationalsozialistische Machtergreifung sei eine "legale Machtergreifung" gewesen, ist darum falsch.

Positives Recht enthält auch insoweit eine Mindestgewähr für inhaltliche Richtigkeit, als nur solche Normen die in einem Rechtsetzungsverfahren erlassen und anschließend verkündet worden sind, als positives Recht gelten. Grobes Unrecht scheidet aber regelmäßig das Licht der Öffentlichkeit. Sowohl die "Endlösung der Judenfrage" wie der "Schießbefehl" sind Geheimbefehle und genügen darum grundsätzlich nicht den Anforderungen für die Geltung als positives Recht, es sei denn, man ändert die Rechtserzeugungsregeln dahin, daß auf das Erfordernis der Publizität verzichtet wird.

Das positive Recht kann selbst Maßstäbe für die inhaltliche Überprüfung von Rechtssätzen bereithalten. Typisches Beispiel sind die Grundrechte. Sie machen den Rückgriff auf Naturrecht weitgehend entbehrlich, weil man sie mit einiger Übertreibung als positiviertes Naturrecht bezeichnen kann. Die Aufnahme von Grundrechten in eine Rechtsordnung beinhaltet allerdings zugleich einen Teil der Gefahren, die aus der Sicht des Positivismus vom Naturrecht ausgehen. Nicht ohne Grund gelten die Grundrechte als "schwammig" und gilt die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts als schwer prognostizierbar.

Im praktischen Ergebnis sollte man den Konflikt zwischen rein positivistischem Rechtsbegriff und einem nur grundsätzlich positivistischen Rechtsbegriff, der naturrechtlich ergänzt und korrigiert wird, nicht überbewerten. Seine praktische Auflösung hat der Konflikt in

der sog. **Radbruchschen Formel** gefunden, die der Strafrechtler, Rechtsphilosoph und frühere Reichsminister der Justiz unter dem Eindruck der staatlichen Verbrechen des Nationalsozialismus aufgestellt hat: "Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat." Damit ist der Konflikt zwischen positivem Recht und Gerechtigkeit entschärft.

Dieser Ansicht hat sich zunächst auch das BVerfG angeschlossen. In einer Entscheidung, die eine Verordnung zum Gegenstand hat, durch die Juden die deutsche Staatsangehörigkeit aberkannt und ihr Vermögen eingezogen worden ist, heißt es: "Nationalsozialistischen "Rechts"vorschriften kann die Geltung als Recht abgesprochen werden, wenn sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde. ... Einmal gesetztes Unrecht, das offenbar gegen konstituierende Grundsätze des Rechtes verstößt, wird nicht dadurch zu Recht, daß es angewendet und befolgt wird." (E 23, 98)

In der Tendenz anders argumentiert das BVerfG im Bodenreform-Urteil zu den sog. besatzungsrechtlichen und besatzungshoheitlichen Sozialisationen und Konfiskationen auf dem Gebiet der Sowjetisch Besetzten Zone in der Zeit von 1945 bis 1949. Zu der Frage, ob die damaligen Maßnahmen null und nichtig seien, so daß die Betroffenen sich heute auf ihr Eigentumsgrundrecht berufen können, heißt es: "Die Frage, ob jemandem eine bestimmte Rechtsposition zusteht, kann nur im Blick auf eine konkrete Rechtsordnung beantwortet werden.

Nach der Rechtslage im Gebiet der früheren sowjetisch besetzten Zone und späteren DDR bestand eine solche Rechtsposition nach dem Vollzug der Enteignungsmaßnahmen nicht mehr. Die Enteignungsakte waren darauf gerichtet, den Eigentümern ihre Rechtsposition vollständig und endgültig zu entziehen. Die normativen Grundlagen der Enteignungen wurden sowohl von der Besatzungsmacht als auch von der deutschen Staatsgewalt in der sowjetisch besetzten Zone und der späteren DDR in vollem Umfang als rechtmäßig angesehen." (E 84, 90 (122)) Diese Entscheidung beruht auf einem positivistischen Ansatz, denn sie geht aus von den Gegebenheiten in der DDR und unterläßt es, diese Gegebenheiten am Maßstab eines überpositiven Rechts zu messen.

Ein anderes Beispiel, an dem sich das Verhältnis von positivem Recht und Naturrecht verdeutlichen läßt, ist der sogenannte Schießbefehl, demzufolge Grenzsoldaten der DDR illegale Grenzübertritte notfalls durch den Gebrauch der Schußwaffe zu verhindern hatten. Die einzelnen Positionen zur Frage der Strafbarkeit solcher Grenzsoldaten sind aus staats- und rechtsphilosophischer Perspektive unlängst von Zimmermann in JuS 1996, S. 868 ff. aufgelistet worden. Ausgangspunkt sind die Tötungstatbestände in den §§ 112 und 113 DDR-StGB und der Rechtfertigungsgrund in § 27 II DDR-GrenzG. Nach § 27 II GrenzG war die Anwendung der Schußwaffe durch Grenzsoldaten gerechtfertigt, um die Ausführung oder Fortsetzung eines Verbrechens zu verhindern; ein solches Verbrechen war nach § 213 DDR-StGB die Republikflucht unter Überwindung der Grenzsicherungsanlagen.

Von einem positivistischen Standpunkt aus ist eine nachträgliche Bestrafung der Grenzsoldaten für die Tötung von Flüchtlingen nur schwer möglich. Wegen des Rückwirkungsverbots im Strafrecht kommt eine Bestrafung nur in Betracht, wenn die Schüsse an der innerdeutschen Grenze nach DDR-Recht strafbar gewesen sind. Dies hat für einige

Autoren auszuschneiden, weil die Schüsse zwar tatbestandsmäßige Tötungshandlungen sind, aber durch § 27 II GrenzG gerechtfertigt werden.

Dies entspricht einem geltungstheoretischen Verständnis von Recht. Eine andere Gruppe von Autoren geht noch weiter und sagt, daß die Tötung von Flüchtlingen nach DDR-Recht noch nicht einmal tatbestandsmäßiges Unrecht gewesen sei. Zur Begründung wird angeführt, das SED-Regime habe seine Opfer bewußt rechtlos stellen wollen. Dem entspricht ein Verständnis von Recht, das nicht auf den Wortlaut des Gesetzes, sondern auf die Staatspraxis abstellt, und damit ebenfalls auf eine vom Inhalt der Rechtsätze unabhängige, objektiv feststellbare und insoweit positive Größe. Das naheliegende Argument, daß die Tötung von Flüchtlingen an der Grenze grob ungerecht sei und gegen elementare Menschenrechte verstoße, lassen beide nicht gelten, entweder weil sie dies für moralische Vorstellungen halten, die keine Rechtsqualität aufweisen, oder weil sie dies zwar für Recht halten, sie aber der Ansicht sind, eine Strafbarkeit dürfe nur von positivem Recht abhängen.

Die Gegenansicht geht davon aus, daß die Tötung von Menschen auch in der DDR strafbares Unrecht gewesen sei. An dieser Strafbarkeit vermöge der Rechtfertigungsgrund des § 27 II GrenzG nichts zu ändern. Dies wird unterschiedlich begründet. Einige Autoren argumentieren offen naturrechtlich. Sie sind der Ansicht, § 27 II GrenzG sei nichtig, weil bei ihm der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen habe. Wenn der Rechtfertigungsgrund auf diese Weise ausfällt, steht er einer Bestrafung der tatbestandsmäßigen Tötungshandlung nicht mehr entgegen. Nicht ganz so weit geht der BGH. Auch er hält § 27 II GrenzG auf Fälle der Republikflucht für nicht anwendbar. Dies ergebe sich aus dem Grundrecht auf Leben, das sowohl von der DDR-Verf. von

1968/74 als auch vom Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte geschützt werde. Der Ansatz des BGH ist nicht mehr naturrechtlich, sondern positivrechtlich. Allerdings sind Grund- und Menschenrechte Sätze des positiven Rechts, die in einer besonderen Nähe zum Naturrecht stehen.