

Vorlesung Allgemeine Staatslehre

Donnerstag, den 26. Mai 2005

I. Das Recht als wichtiges Handlungsinstrument des modernen Staates

Recht ist für den modernen Staat im Wesentlichen nichts Vorgegebenes mehr, nichts, was einer natürlichen, gottgegebenen Ordnung entstammt, sondern Instrument, über das der Staat verfügen kann und das er zu politischer Gestaltung benutzt. Mit dieser Funktionsänderung – von der vorgegebenen göttlichen Ordnung zum Gestaltungsinstrument des modernen Staates – ändert sich der Rechtsbegriff. Entsprechend der Säkularisation, die eine Emanzipation des Politischen vom Religiösen bewirkt, und mit dem Entstehen des modernen Staates wird ein naturrechtlicher Rechtsbegriff zugunsten eines positivistischen Rechtsbegriffs zurückgedrängt. Die Frage, was der moderne Staat tut – also Anschlussfrage an die Frage, was der moderne Staat ist – führt auf diese wichtigste Handlungsform.

II. Der Dualismus von naturrechtlichem und positivistischem Rechtsbegriff

Auf die Fragen, was Recht ist, woran man seine Existenz erkennen und wie man seine Geltung erklären kann, sind zwei grundsätzlich verschiedene Antworten möglich: die naturrechtliche und die positivistische Vorstellung vom Recht. Beide stimmen im Ausgangspunkt überein, unterscheiden sich dann aber in einem entscheidenden Punkt.

Der Ausgangspunkt ist die Beschreibung von Recht als Anforderung an das menschliche Verhalten in einem sozialen Verband. Anforderung meint „Sollen“, „Normatives“. Die Kategorie des Sollens – im Unterschied zum Sein – ist für Recht elementar und kann nicht hinterfragt werden. Ebenso wird für Recht die Existenz sozialer Verbände vorausgesetzt. Diese beiden Kriterien erlauben jedoch noch keine eindeutige Bestimmung von Recht im Kreis der Normen für das soziale Zusammenleben, zu denen auch noch gehören: Gebräuche, Konventionen, Moden, individuelle Wünsche, Befehle von Tyrannen. Der Dissens zwischen den Positivisten und den Naturrechtlern kreist um die Frage, welche Kriterien diese Eingrenzung erlauben.

Die naturrechtliche Position meint, das eingrenzende Kriterium sei die Gerechtigkeit. Nur Normen für das soziale Zusammenleben, die die Idee der Gerechtigkeit konkretisierten, seien Recht. Zum Teil soll – weniger anspruchsvoll formuliert – ausreichen, dass eine Norm, die gerecht sein will, der Gerechtigkeit jedenfalls nicht grob widerspricht. Letzteres ist griffiger, weil es leichter fällt zu sagen, was grob ungerecht ist, als zu sagen, was positiv gerecht ist. Lässt man diese Differenzierung beiseite, so kann man als Charakteristikum der naturrechtlichen Position festhalten, dass sie die Rechtsqualität eines Sollenssatzes nach dessen Inhalt bestimmt. Kriterium ist die inhaltliche Übereinstimmung mit 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 Menschen nicht beeinflussbar, vorgegeben ist. Der Maßstab der Gerechtigkeit – den zu bestimmen nicht Thema einer Allgemeinen Staatslehre, sondern einer Rechtsphilosophie ist – ist trotz aller Bestimmungsversuche unbestimmt. Naturrecht operiert darum mit einem Kriterium, das ein hohes Maß an inhaltlicher Richtigkeit mit einem hohen Maß an inhaltlicher Unbestimmtheit in sich vereint.

Diese Schwäche – Unbestimmtheit und, damit einhergehend, Dissensanfälligkeit – ist Ausgangspunkt für die positivistische Gegenposition. Das Recht, insbesondere die juristische Praxis sollen von subjektiven Wertungen und Moralvorstellungen frei gehalten werden, indem es von der Idee der Gerechtigkeit entkoppelt wird. Die positivistische Position versucht, aus der Vielzahl von Regeln über das soziale Zusammenleben das Recht mit objektiven, nachprüfbaren Kriterien herauszuheben. Diese Kriterien richten sich nicht auf den Inhalt einer Regel und nehmen auf das Gerechtigkeitskriterium keine Rücksicht. Inhaltliche Kriterien lehnt die positivistische Position ab, weil diese Kriterien unbestimmt sind – was dem Gestaltungsauftrag des modernen Staates in einer sich zunehmend entwickelnden und differenzierenden Gesellschaft widerspricht – und weil sie Recht und Moral vermischen – was der Säkularisation widerspricht.

Um diese beiden Mängel zu vermeiden, orientiert die positivistische Position sich an – wie sie behauptet – objektiven, positiven Gegebenheiten. Das Fremdwort „positiv“ bedeutet ins Deutsche übersetzt, so viel wie existent, tatsächlich und nachprüfbar vorhanden. Der positivistische Ansatz versucht, das Phänomen „Recht“ mit Kriterien zu erklären, die tatsächlich vorhanden, objektiv feststellbar und für alle Beteiligten nachprüfbar sind. Die Idee der Gerechtigkeit sei insoweit wegen der ihr eigenen Unschärfe und wegen ihrer Anfälligkeit für subjektive Wertungen unbrauchbar. Als positivistische Ersatzkriterien kommen in Betracht: erstens der Urheber und das Entstehungsverfahren einer Norm, zweitens die Anerkennung durch ihre Adressaten als Recht. Dementsprechend untergliedert der positivistische Ansatz sich in zwei Strömungen: die Geltungstheorien und die Anerkennungstheorien.

Für die Geltungstheorien zeichnet ein Rechtssatz sich dadurch aus, dass er von einem bestimmten Urheber stammt und in einem bestimmten Verfahren erlassen

worden ist. Man spricht von Geltungstheorien, weil nach ihnen die Existenz eines Rechtssatzes davon abhängt, dass er vom Willen eines bestimmten Urhebers getragen wird, der allein Recht zu setzen befugt ist. Was für den Erlass des Rechtssatzes gilt, kann man entsprechend für seine Änderung oder Aufhebung, für seinen Vollzug einschließlich seiner zwangsweisen Durchsetzung sagen. So ist die Definition des Verwaltungsaktes in § 35 S. 1 VwVfG Recht, weil sie nicht in einem juristischen Lehrbuch steht, was durchaus vorstellbar ist, wenn man auf ihren Inhalt schaut, sondern sie ist Recht, weil sie von einem bestimmten Urheber stammt, dem Bundesgesetzgeber, in einem bestimmten Verfahren erzeugt worden ist, dem Gesetzgebungsverfahren gemäß den Art. 76 ff. GG, und im Bundesgesetzblatt verkündet worden ist; die Rechtsqualität der Definition hängt, das ist wichtig, nicht von ihrem juristischen Inhalt ab, sondern von ihrem Urheber und ihrem Zustandekommen. Klassischen Ausdruck hat die Geltungstheorie bei Thomas Hobbes gefunden: Auctoritas non veritas facit legem.

Die Anerkennungstheorien, die zweite Spielart des Positivismus, stellen nicht auf den Urheber, sondern auf den Adressaten von Normen ab. Für sie ist Recht alles, was Menschen, die in einem sozialen Verband leben, dafür halten, als Recht anerkennen und in der Regel befolgen. Die Gründe, warum dies so ist, sind getreu dem positivistischen Ansatz irrelevant, denn nur das Faktum von Anerkennung und Befolgung ist objektiv und allgemein verbindlich nachprüfbar, also positiv.

Die beiden positivistischen Ansätze schließen einander nicht aus, sondern können kombiniert werden. Man gelangt so zu folgender Definition: Recht ist die Gesamtheit der Regeln für menschliches Zusammenleben, die von einer höchsten politischen Autorität, dem Staat, ausgehen und die von den Adressaten

anerkannt werden und die aus diesen beiden Gründen in der Regel tatsächlich befolgt werden.

Die – vergrößernde – Übersicht über die verschiedenen Vorstellungen von Recht hat deutlich werden lassen, dass der positivistische Ansatz versucht, Schwächen des naturrechtlichen Ansatzes zu kompensieren. Doch auch der positivistische Ansatz hat Schwächen, die getrennt nach Geltungs- und Anerkennungstheorien vorgestellt werden und die dann wieder auf die naturrechtliche Position zulaufen.

III. Schwächen der Anerkennungstheorien

Anerkennungstheorien beruhen auf einem grundsätzlichen Vertrauen in das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung und hegen ein grundsätzliches Misstrauen gegen die Selbstherrlichkeit eines Gesetzgebers, auch eines demokratischen Gesetzgebers. Um dies zu verdeutlichen, sei die Position der sog. Historischen Rechtsschule zu der Frage, ob in Deutschland nach französischem Vorbild das bürgerliche Recht kodifiziert werden solle, geschildert. Für deren prominentesten Vertreter, den Zivilrechtler Friedrich Karl von Savigny (1779 – 1861) war Recht Teil der Nationalkultur und Ausdruck des „Volksgeistes“; es sei in einem langen historischen Prozess organisch gewachsen und könne sich nicht sprunghaft, durch gesetzgeberische Dezsion entwickelt; Letzteres gilt auch für einen demokratischen Gesetzgeber. Gutes Recht erwartet von Savigny darum nicht von reformierender Gesetzgebung, sondern von der alltäglichen Arbeit von Juristen, insbesondere von Richtern. Aus diesem Grund 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. Allgemein kann man sagen, dass

Anerkennungstheorien und case – law – Systeme, dass Anerkennungstheorien und Richterrecht zusammenpassen.

Anerkennungstheorien sehen sich zwei Einwänden ausgesetzt. Die Einwände betreffen die Frage, welcher Vorgang mit „Anerkennung“ gemeint sein soll, und die mit dieser Unbestimmtheit zusammenhängende Frage, was Gegenstand der Anerkennung sein soll. Letzteres ist ein gravierender Einwand, weil er die Anerkennungstheorien in einen Gegensatz zu ihren positivistischen Prämissen bringt. Anerkennungstheorien wollen präzise angeben, was Recht ist; darum trifft sie der Einwand, sie könnten das Anerkannte nicht als Rechtssatz formulieren, zentral.

Die Frage nach dem Vorgang der Anerkennung wird unterschiedlich beantwortet von den individuellen und von den generellen Anerkennungstheorien. Für die individuelle Anerkennungstheorie hängt die Rechtsqualität einer Verhaltensanforderung davon ab, dass sie von jedem Mitglied einer Gemeinschaft individuell anerkannt wird. Diese Spielart von Anerkennungstheorien geht davon aus, der Grund für jede Verpflichtung müsse autonom gesetzt sein. Diese Spielart der Anerkennungstheorie stößt in der Realität aber auf erhebliche Probleme, die mit dieser Prämisse zusammenhängen; politische Herrschaft erzeugt nämlich heteronom Verbindlichkeit; eine Rechtsordnung, deren Rechtssätze für den Einzelnen nur verbindlich sind, soweit diese Einzelne die Rechtssätze einzeln anerkannt hat, hebt sich selbst auf, sie ist keine Ordnung, sondern Unordnung; es bleibt das strafrechtliche Problem des Überzeugungstäters. Um dennoch an ihrer Prämisse festhalten zu können, führen die Befürworter individueller Anerkennungstheorien Hilfskonstruktionen ein, die die individuellen den gleich vorzustellenden generellen Anerkennungstheorien annähern. Die Hilfskonstruktionen bestehen in einer Vermutung von Anerkennung oder in

einer Vertretung bei der Anerkennung. Die Anerkennung wird vermutet, solange ein Individuum nicht gegen eine Norm protestiere, sondern sie habituell respektiere oder solange ein Individuum nicht aus der Gemeinschaft auswandere. Die Anerkennung könne auch stellvertretend durch das Familienoberhaupt, durch gesellschaftliche Gruppen usw. erfolgen.

Nach der generellen Anerkennungstheorie reicht die Anerkennung durch eine repräsentative Mehrheit der Normunterworfenen. Die generelle Anerkennungstheorie ist im 19. Jahrhundert von bürgerlich-liberalen Rechtstheoretikern entworfen worden, um dem Recht einen anderen Geltungsgrund zu geben als den Willen eines souveränen Monarchen. Sie ist aus der Frontstellung des Liberalismus gegen die Monarchie erwachsen. Der Umweg über die Rechtsadressaten und deren Anerkennung erübrigt sich freilich, wenn das Volk, insbesondere das Bürgertum, seinen Einfluss schon auf der Urheberseite des Rechts geltend machen kann, indem der Monarch durch ein Parlament als Urheber von Recht ersetzt wird. Es zeigt sich hier, dass individuelle Anerkennungstheorien Schwächen haben, die von generellen Anerkennungstheorien kompensiert werden, dies aber in einer Weise, die sie in eine Nähe zu den Geltungstheorien bringt.

Die generelle Anerkennungstheorie löst aber nur eine der beiden Schwächen von Anerkennungstheorien, die Schwäche auf der Seite der Anerkennenden, nicht die Schwäche hinsichtlich des Anerkennungsobjekts. Es wäre eine Fiktion zu meinen, dass Anerkennung sich auf jede einzelne Rechtsnorm beziehe. Dagegen spricht schon, dass niemand genau sagen kann, wie viele Normen z.B. zur deutschen Rechtsordnung gehören. Die Anerkennung kann realistischweise nur einer Rechtsordnung insgesamt und ihren Urhebern gelten. Auch kann kaum zuverlässig ermittelt werden, 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 demokratischen Staat grundsätzlich davon auszugehen ist, dass dessen Bevölkerung das staatliche Recht anerkennt. Wenn man so argumentiert, wird Anerkennung zu einem Element, das dem Recht nicht völlig fehlen darf, das aber für den Begriff des Rechts nicht konstitutiv ist, weil die Anerkennung Recht bereits voraussetzt. Ihre Bezugsgröße sind Gesetze und – behördliche und gerichtliche – Entscheidungen, deren Urheber Organe eines demokratischen Staates sind. Die Anerkennungstheorien gehen dann, wie schon gesagt, in Geltungstheorien über.

IV. Geltungstheorien

Geltungstheorien sind heute der mit Abstand wichtigste Erklärungsansatz zur Erklärung von Recht. Anerkennungs- und Naturrechtstheorien können sie verfeinern oder ergänzen, aber nicht ersetzen; sie müssen Rechtsgeltung letztlich voraussetzen. Geltungstheorien stellen für die Qualifikation eines Sollenssatzes als Recht darauf ab, dass dieser Satz von einer bestimmten Stelle, in der Regel einem staatlichen Organ, erlassen worden ist, von staatlichen Stellen vollzogen und notfalls zwangsweise durchgesetzt wird. Ein Rechtssatz zeichnet sich aus durch seine besondere Urheberschaft und durch besondere Verfahren seiner Anwendung und Durchsetzung. Was von einer so bestimmten Instanz in einem bestimmten Verfahren vorgeschrieben wird, ist „Recht“, ohne Rücksicht auf seinem Inhalt. Einen Rechtssatz erkennt man an seinem Urheber; er wird von dessen Willen getragen; dieser Wille ist es, der, notfalls unter Anwendung physischer Gewalt, Beachtung erzwingt. Es leuchtet ein, dass der geltungstheoretische Rechtssatzbegriff eng verknüpft ist mit dem Modell des souveränen Staates. Urheber des Rechts, egal ob ein Monarch oder ein

Parlament, ist der Souverän. Der souveräne Wille begründet die Geltung des Rechts. Eine Verhaltensvorgabe ist solange Recht, wie ihr Inhalt von diesem Willen getragen wird. Erkenntnisgrund für etwas als Recht ist, dass es auf einen solchen Willen zurückgeführt werden kann. „Erkenntnisgründe für etwas als Recht“ nennt man Rechtsquellen. Rechtsquellen sind definiert durch ihre Urheber, etwa den Bund, und durch ihre Verfahren, etwa das Verfahren der Bundesgesetzgebung gemäß Art. 76 ff. GG. Die Rechtsgeltungstheorie führt für die Bundesrepublik Deutschland zu folgender Rechtsdefinition: Recht sind Normen für das soziale Zusammenleben in Deutschland, die von staatlichen Organen in den Verfahren erlassen und durchgesetzt werden, die das Grundgesetz vorsieht oder die andere Normen auf der Grundlage oder im Rahmen des Grundgesetzes vorsehen. Diese Definition zeigt eine Schwäche von Geltungstheorien; das Grundgesetz wird bereits als Recht vorausgesetzt, obwohl Recht erst definiert werden soll.

Der geltungstheoretische Begriff vom Recht hat aber unbestreitbare Stärken. Er stimmt mit der Arbeit von Juristen in einem hohen Maße überein. Will ein Jurist ermitteln, was Recht ist, so hält er sich an Instanzen, von denen er voraussetzt, dass sie Recht zu setzen befugt sind, und schlägt nach in Veröffentlichungen, in denen diese Instanzen ihren Recht setzenden Willen verlautbaren. Von einem Text, den er im Bundesgesetzblatt findet, ist klar, dass er Gesetz oder Verordnung und damit Recht ist; ist Fundstelle dagegen eine Bundestags-Drucksache, so folgt daraus unabhängig vom Inhalt, dass es sich nicht um Recht handelt, sondern um etwas anderes, wahrscheinlich einen Gesetzentwurf. Das Gleiche gilt, wenn Urheber einer Vorschrift für menschliches Verhalten eine Instanz ist, die, anders als der Bundestag, keine Rechtsetzungsbefugnis hat, z.B. wenn es sich um eine Rechtschreibregel der Duden-Redaktion des Bibliographischen Instituts handelt.

Schwächen des geltungstheoretischen Rechtsbegriffs beruhen darauf, dass er das Recht der Verfügungsgewalt rechtsetzender Instanzen ausliefert, sei dies ein demokratisch gewähltes Parlament, sei dies ein Monarch oder ein Tyrann. Genau betrachtet, handelt es sich um zwei Schwächen, die man als Prinzipien- und als Unrechtseinwand bezeichnen mag.

Eine Schwäche, der Prinzipieneinwand, besteht darin, dass es allgemeine Rechtsgrundsätze (= Prinzipien) gibt, die in jeder Rechtsordnung – gewissermaßen von selbst – beachtet werden, unabhängig von ihrer Positivierung. So würden im zivilrechtlichen Vertragsrecht die Gebote von Treu und Glauben, etwa das Verbot des venire contra factum proprium, auch dann beachtet, wenn es § 242 BGB nicht gäbe. Ebenso beherrscht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit das Verfassungsrecht, obwohl sich im Grundgesetz kein Wort dazu findet. Die Allmacht des Gesetzgebers wird also von allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Schranken gewiesen, die der Gesetzgeber rezipieren und ausgestalten, nicht aber abschaffen kann.

Ein anderer, im Vergleich mit dem Prinzipieneinwand noch gravierenderer Einwand gegen den geltungstheoretischen Rechtsbegriff ist der Unrechtseinwand. Kann tatsächlich über den Inhalt des Rechts frei verfügt werden, sofern nur Urheber und Verfahren stimmen, so muss auch als Recht akzeptiert werden, was „bei nüchterner Betrachtung“ werden krasses Unrecht ist. Ist Recht alles, 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, ein von den Nationalsozialisten wegen seines jüdischen Glaubens und seiner sozialistischen Gesinnung 1933 aus Deutschland vertriebener Juraprofessor in seiner „Reine Rechtslehre“, 2. Aufl., 1960, S. 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 es liegt auch auf der Hand, dass der Prinzipien- wie der Unrechtseinwand auf überpositive, naturrechtliche Rechtsvorstellungen gründen. Den Unrechtseinwand kann man nicht anerkennungstheoretisch ausräumen, denn die Geschichte lehrt, dass selbst krasses Unrecht vorübergehend mehrheitsfähig sein kann; man denke nur an die frenetische Bejahung der Goebbelsschen Frage: „Wollt ihr den totalen Krieg?“. Dies deckt sich mit einer meines Erachtens menschenfreundlichen Äußerung des früheren US-Präsidenten Abraham Lincoln: Die meisten Leute kann man vorübergehend an der Nase herumführen (engl.: to fool); einige Leute kann man auch dauerhaft an der Nase herumführen; aber es ist unmöglich, die Mehrheit dauerhaft an der Nase herumzuführen.