

Zur Kritik rechtspositivistischer Menschenrechtskonzeption

Florian Rödl (Berlin)

Der Rechtspositivismus und sein Zerrbild

Im folgenden Beitrag sollen die Probleme einer rechtspositivistischen Konzeption der Menschenrechte entfaltet werden. Was ist mit „rechtspositivistischer Konzeption“ gemeint?

Verbreitet ist heute ein Zerrbild des Rechtspositivismus.¹ Vor dem Hintergrund dieses Zerrbildes bezeichnet sich heute fast niemand mehr als Rechtspositivist. Nur wenige nehmen die Mühe auf sich, den Rechtspositivismus gegen dieses Zerrbild zu verteidigen.² Wenn im Folgenden eine rechtspositivistische Konzeption der Menschenrechte kritisiert wird, dann geht es *nicht* um jenes Zerrbild. Es geht um den eigentlichen Rechtspositivismus, dem gerade auch die meisten derjenigen anhängen, die sich strikt gegen den Rechtspositivismus in Gestalt des verbreiteten Zerrbildes verwahren. Damit die Lage klarer wird, sei kurz das Zerrbild skizziert.

Im Zerrbild werden dem Rechtspositivisten insbesondere zwei Positionen zugeschrieben.³ Ausgangspunkt ist zunächst die Festlegung, dass der Begriff des Rechts nichts anderes als das geltende Recht bezeichne. Auf dieser Grundlage soll der Rechtspositivist erstens behaupten, dass sich geltendes Recht nicht kritisieren ließe. Der Rechtspositivist sei also einer, der davon ausgeht, dass eine geltende Rechtsnorm immer auch eine gerechte Rechtsnorm sei. Zweitens soll der Rechtspositivist behaupten, dass sich die Lösung eines rechtlichen Streitfalls vollständig aus dem geltenden Recht ableiten lasse.

Kein relevanter Rechtspositivist hat wohl jemals eine solche Position vertreten.⁴ Vielmehr sind viele Rechtspositivisten der Auffassung, dass es gerade die Begrenzung des Rechtsbegriffs auf das geltende Recht erlaube, die Frage nach dem geltenden Recht und die Frage nach dem richtigen Recht klar zu unterscheiden. Weiterhin sind viele Rechtspositivisten der Auffassung, dass das geschriebene Recht gerade nicht ausreicht, um die Lösung eines Streitfalls zu bestimmen. Sie haben darum in der Rechtsanwendung einen

¹ Maßgeblich für die Identifikation als „Zerrbild“: Horst Dreier, „Zerrbild Rechtspositivismus. Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden“, in: Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Gerhard Muzak/Bettina Perthold-Stoitzner/Karl Stöger (Hgg.), *Vom praktischen Wert der Methode. Festschrift für Heinz Mayer*, Wien 2011, 61–91 (= Zerrbild).

² Neben Horst Dreier vor allem Norbert Hoerster, *Verteidigung des Rechtspositivismus*, Frankfurt am Main 1989.

³ Vgl. Dreier, „Zerrbild“, 63 f.

⁴ Siehe nur Leslie Green, „Legal Positivism“, in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, verfügbar unter: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/> (02.12.2016); zur detaillierten philologischen Widerlegung anhand der Schriften von Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Hans Kelsen, Herbert L.A. Hart und Felix Somló, siehe Dreier, „Zerrbild“, 65 ff. und 81 ff.

richterlichen Spielraum angenommen, den der Richter nach eigenem Ermessen zu füllen habe.⁵

Insoweit der Zerrbild-Rechtspositivismus annimmt, geltendes Recht könne man nicht kritisieren, hätte er mit der Idee der Menschenrechte gravierende Probleme. Denn er lehnt grundsätzlich die Vorstellung ab, geltendes Recht unterstünde einem wie auch immer gearteten Maßstab. Der Gesetzgeber untersteht keinem Maßstab gerechten Rechts, der unabhängig von seiner Rechtssetzung im Spiel wäre, und den er bei der Rechtssetzung verfehlen könnte. Als ein solcher Maßstab operieren aber die Menschenrechte.

Menschenrechte sind Rechtspositionen, die jedem ein menschenwürdiges Dasein rechtlich sichern sollen. Sie sind in unserer Welt von heute nicht gesichert (und waren es niemals zuvor). Sie müssen eingefordert, oftmals hart erkämpft werden. In diesen gesellschaftlichen Kämpfen fungieren Menschenrechte als Maßstab, an dem geltendes Recht gemessen wird. Das geltende Recht wird diesem Maßstab unterstellt. Ein Gesetzgeber kann den Maßstab der Menschenrechte verfehlen. Wenn er ihn verfehlt, dann verdient er scharfe Kritik.

Könnte sich ein Zerrbild-Rechtspositivist den Kampf um Menschenrechte überhaupt verständlich machen? Das würde nur möglich, insofern sich die Menschenrechte als geltendes und vorrangiges Recht aufweisen lassen. So liegt es etwa im Kontext der deutschen Rechtsordnung. Dort ist eine Reihe elementarer Menschenrechte im Grundrechtskatalog verankert. Sie stellen nicht nur geltendes Recht dar, sondern haben auch Vorrang vor dem einfachen Gesetz. Der Maßstab „gerechten Rechts“, dem das gesetzte Recht untersteht, ist also zum Glück des Zerrbild-Rechtspositivisten selbst Teil gesetzten Rechts, wobei es durch seinen höheren Rang zum Maßstab des untergeordneten Rechts avanciert. Schwieriger wird es, wenn die Rechtssetzung eines staatlichen Gesetzgebers keinen vergleichbaren verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegt. Dann müsste der Zerrbild-Rechtspositivist in völkerrechtlichen Quellen suchen, etwa der Europäischen Menschenrechtskonvention oder den UN-Menschenrechtspakten.

Dabei stellen sich ihm dann immer wieder reizvolle Fragen zur Verbindlichkeit und zum Vorrang der jeweiligen Normen. Wenn aber Verbindlichkeit und Vorrang einmal feststehen, wird die Verletzung von Menschenrechten durch geltendes Recht aus der Perspektive des Zerrbild-Rechtspositivisten zum schlichten Verstoß einer Rechtsnorm gegen höherrangiges Recht. Doch damit entsteht ein merkwürdiges Bild. Es ereignet sich auf dieser Basis bei einem Verstoß gegen geltende Menschenrechtsgarantien nichts anderes als beim Verstoß einer Steuerverordnung gegen das Einkommenssteuergesetz. Natürlich müssen Verstöße gegen höherrangiges Recht korrigiert werden. Alles andere wäre ein Verstoß gegen geltendes Recht, und das lässt gerade auch ein Zerrbild-Rechtspositivist nicht durchgehen. Aber wir hätten vielleicht gerne eine Erläuterung, warum glücklicherweise immer wieder viele Menschen bereit sind, für den Kampf auch um die Effektivierung bereits geltender Menschenrechtsgarantien ihre Freiheit oder sogar ihr Leben aufs Spiel zu setzen, nicht aber für die Einhaltung der Vorgaben des Einkommenssteuergesetzes.

⁵ Letzteres Postulat bildete gerade den Ausgangspunkt der Kritik Ronald Dworkins am Rechtspositivismus von Herbert L.A. Hart ; dazu Ronald Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt am Main 1990, insbesondere Kap. 2: Das Regelmodell I.

Auch vor den Menschenrechten macht der Zerrbild-Rechtspositivist demnach keine gute Figur. Er kann den gesellschaftlichen Kampf um Menschenrechte allenfalls dann verständlich machen, wenn die Menschenrechtsgarantieren schon ihrerseits geltendes Recht sind, aber er kann ihn selbst dann nur als einen merkwürdig selektiven Kampf um den Vorrang höherrangigen Rechts präsentieren. Der Zerrbild-Rechtspositivist ist darum in einer Diskussion um die Konzeption der Menschenrechte eigentlich kein satisfaktionsfähiges Gegenüber. Im Folgenden soll es darum nicht weiter um ihn gehen, sondern um einen ernstzunehmenden Rechtspositivismus. Wie oben schon festgehalten, sind echte Rechtspositivisten sehr wohl der Auffassung, dass das geltende Recht als ungerecht, etwa als menschenrechtswidrig, kritisiert werden kann.

Damit ist aber wieder die Eingangsfrage aufzugreifen, welche Auffassung den Rechtspositivisten auszeichnet. Eigentlich charakterisiert den Rechtspositivismus die Ablehnung von „Naturrecht“ oder „Vernunftrecht“⁶: Die Idee eines Naturrechts sei unverständlich. Zwar unterstehe geltendes Recht einem kritischen Maßstab, aber zugleich stehe fest, dass diesen Maßstab nicht etwa ein Naturrecht liefere. Der Rechtspositivist ist demnach essentiell Naturrechtskritiker. Wenn es insofern im Folgenden um die Kritik der rechtspositivistischen Konzeption von Menschenrechten geht, dann zielt diese auf jede nicht-naturrechtliche Konzeption. Und die rechtspositivistische Konzeption ist eben durch die Überzeugung charakterisiert, Menschenrechte seien auch ohne die Idee ihrer naturrechtlichen Grundlegung zu haben.

Das positivistische Missverständnis: Naturrecht als geltendes Recht

Bevor die anvisierte Kritik des Rechtspositivismus von naturrechtlicher Warte aus entfaltet werden kann, muss ein verbreitetes Missverständnis ausgeräumt werden. Es geht um das gängige Missverständnis dessen, was eigentlich die naturrechtliche Position charakterisiert. Dem Missverständnis zufolge behaupten die Anhänger einer Idee von Naturrecht, beim Naturrecht handle es sich um geltendes Recht. Naturrecht sei, das vertritt angeblich der Anhänger des Naturrechts, geltendes Recht von höchstem Rang, also von höherem Rang als jedes andere geschriebene Recht; sei es Gesetz, Verfassung oder Völkerrechtsnorm.

Es erscheint treffend, diese Vorstellung als *positivistisches* Missverständnis des Naturrechts zu bezeichnen.⁷ Die Behauptung eines Naturrechts wird missverstanden als Behauptung

⁶ In diesem Aufsatz kritisiere ich den Rechtspositivismus aus einer Perspektive, die neutral ist gegenüber der Entscheidung zwischen aristotelischem Naturrecht und kantischem Vernunftrecht. In meiner Arbeit *Gerechtigkeit unter freien Gleichen*, Baden-Baden 2014 zeige ich, dass das Vernunftrecht das geltende Privatrecht trägt und kritisiere es am Ende aus naturrechtlicher Perspektive. Wenn aber im Folgenden von „Naturrecht“ die Rede ist, dann nicht im spezifisch aristotelischen, sondern nur im übergreifenden Sinn eines vom geltenden Recht unabhängigen Maßstabs.

⁷ Durch Gustav Radbruch hat dieses Missverständnis eine besondere Wirkmächtigkeit erhalten. Der Rechtspositivist Radbruch rief in Reaktion auf die weitgehend willfährige Mitwirkung der Justiz an den Verbrechen des NS-Staates eine naturrechtliche Geltungsbedingung geltenden Rechts auf (Gustav Radbruch, „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, in: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, 105-108). Politisch zielte Radbruch damit auf zweierlei: zum einen auf die moralische Desavouierung des NS-Rechts, zum anderen auf die moralische Entlastung der Richterschaft: Der Richterschaft war die naturrechtliche Geltungsbedingung, als es darauf ankam, leider noch unbekannt gewesen.

einer Geltung von Naturrechtsnormen, die sich von der Geltung des geschriebenen Rechts nicht unterscheidet.⁸ Es sei von Gerichten anzuwenden und es genieße zudem allen anderen Rechtsnormen gegenüber im Konfliktfall Vorrang. Ein solches Naturrecht würde strukturell ähnlich wie der Grundrechtskatalog des Grundgesetzes funktionieren. Im Fall der Grundrechte ist der Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden, seine Gesetze dürfen die Grundrechte nicht verletzen. Die Grundrechtskonformität der einfachen Gesetze wird von den Gerichten, allen voran vom Bundesverfassungsgericht kontrolliert. Damit ist die Vereinbarkeit des geltenden Rechts mit den Grundrechten zugleich dessen materielle Geltungsbedingung. Auf der Grundlage des positivistischen Missverständnisses der Naturrechtsidee verhält es sich strukturgleich mit dem Naturrecht. Der Gesetzgeber wäre an das Naturrecht gebunden. Er dürfte mit seinen Gesetzen das Naturrecht nicht verletzen. Die Naturrechtskonformität müsste entsprechend kontrolliert werden, etwa durch einen von Rechtsphilosophen besetzten Naturrechtsgerichtshof.⁹

Diese (positivistisch missverstandene) Vorstellung von Naturrecht als geltendem Recht weist der Rechtspositivist zurück. Die Zurückweisung erfolgt augenscheinlich mit der These, die gemeinhin als eine zentrale Position des Rechtspositivismus gilt, nämlich der These der Trennung von Recht und Moral, kurz der „Trennungsthese“.¹⁰ Die Trennungsthese besagt, dass Recht und Moral unterschieden werden müssen. „Recht“ bezeichnet dabei natürlich das geltende Recht. Weniger klar ist, wofür der Begriff der Moral steht. Als Urheber der Trennungsthese gilt gemeinhin John Austin, bei dem sie lautete, man habe zu unterscheiden zwischen der Existenz als geltendes Recht, also dem „Recht, wie es ist“, und seiner Richtigkeit oder Unrichtigkeit, also dem „Recht, wie es sein soll“.¹¹ Wenn der Ausdruck „Moral“ in der Trennungsthese also eigentlich „Recht, wie es sein soll“ meinen würde, dann stünde die „Moral“ für eine Vorstellung eines gerade nicht geltenden, aber richtigen Rechts, mithin für den kritischen Maßstab des Rechts.

Die direkte Entgegnung auf das (positivistisch missverstandene) Naturrecht müsste auf Grundlage der Trennungsthese lauten, dass hier ein kritischer Maßstab („Moral“) als geltendes Recht („Recht“) ausgegeben würde, in diesem Sinne Moral und Recht nicht unterschieden würden. Freilich artikuliert die Trennungsthese damit zunächst einmal nur einen Widerspruch zum (positivistisch missverstandenen) Naturrecht. Sie ist ihrerseits noch nicht begründet. Im positivistischen Geist müsste die Begründung lauten, dass Rechtsnormen dann gelten, wenn sie in den geltenden Verfahren durch einen zuständigen

⁸ Das ist wichtig. Natürlich wird allenthalben von „Verbindlichkeit“ des Naturrechts gesprochen (vgl. nur etwa Karl-Heinz Ilting, Eintrag „Naturrecht“, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hgg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, 245–313). Aber damit ist in der Regel die moralische Verbindlichkeit gemeint, hinter der gerade kein staatlicher Zwang steht.

⁹ Vgl. Helmut Coing, *Die obersten Grundsätze des Rechts*, 1947, 59 f.

¹⁰ Prägend Herbert L.A. Hart, „Positivism and the Separation of Law and Morals“, in: *Harvard Law Review* 71 (1958), 593–629.

¹¹ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Cambridge: 1985, 184 f.

Gesetzgeber verabschiedet oder durch ein zuständiges Gericht artikuliert wurden.¹² Das ist beim Naturrecht nicht der Fall, also gilt es nicht.

Bis hierher liegt der Rechtspositivismus einigermaßen richtig.¹³ Aber er trifft eben nur ein positivistisch missverstandenes Naturrecht. Tatsächlich aber vertreten die Anhänger eines Naturrechts, dass das Naturrecht einen kritischen Maßstab geltenden Rechts liefert. Als kritischer Maßstab kann es selbst niemals geltendes Recht sein. Dies gälte selbst dann, wenn ein Verfassungsgeber neben den Grundrechten unter entsprechender Überschrift zusätzlich noch einen Katalog von Naturrechtsnormen erlasse, oder wenn ein Gericht im Rahmen einer Entscheidung erklärte, dass über der Verfassung noch naturrechtliche Normen stünden (was durchaus schon vorgekommen ist). Selbst dann ereignete sich keine Transformation des Naturrechts vom Maßstab geltenden Rechts in geltendes Recht, kein Umschlag des essentiell normativen Charakters des Naturrechts ins Faktische. Denn selbst wenn Gesetzgeber oder Gericht tatsächlich nur die authentische Absicht haben, nichts als die Normen des Naturrechts zu artikulieren, könnten sie dabei falsch liegen. Sie unterstünden weiterhin dem Maßstab des Naturrechts. Durch die Behauptung, man hätte das Naturrecht erkannt, lässt sich die Kritik anhand dieses Maßstabs nicht ausschalten. Es liegt genauso wie bei der Erkenntnis der empirischen Welt: Auch wer behauptet, er wüsste die Öffnungszeiten des Stadtmuseums, kann immer noch falsch liegen. Eine Idee von Naturrecht, die nicht positivistisch missverstanden ist, wird also nie als geltendes Recht, sondern immer nur als Maßstab geltenden Rechts ins Spiel gebracht. Ein Umschlag vom Maßstab in geltendes Recht ist ausgeschlossen. Das besagt nichts anderes, als dass für die Idee des Naturrechts die Unterscheidung zwischen geltendem Recht und seinem Maßstab konstitutiv ist.

Dies vor Augen wird fraglich, was der Rechtspositivist gegen dieses Verständnis von Naturrecht vorzubringen hat. Denn die These einer Trennung von Recht und Moral bringt, jedenfalls nach der bisherigen Erläuterung ihres Gehalts, nichts anderes als die Unterscheidung zwischen geltendem Recht und seinem kritischen Maßstab zum Ausdruck. Die ist, wie eben gesehen, gerade für die naturrechtliche Perspektive konstitutiv. Mit anderen Worten: Die angeblich für den Rechtspositivismus charakteristische Kernthese einer Trennung von Recht und Moral artikuliert tatsächlich die naturrechtliche Position.

Das skeptische Vorurteil: Unmöglichkeit eines objektiven Maßstabs geltenden Rechts

¹² Mit diesem Verständnis geltenden Rechts gerät der Rechtspositivismus allerdings in die an sich bekannte Sackgasse, die Geltung der Regeln zur Erzeugung geltenden Rechts ausweisen zu müssen, *ohne* am Ende in eine soziologische Perspektive zu wechseln (in einem solchen Perspektivwechsel hatten Herbert L.A. Hart und Hans Kelsen den Ausweg sehen wollen; dazu Fabian Wittreck, *Geltung und Anerkennung von Recht*, Baden-Baden 2014). Aber offenbar kann es in einer Sackgasse auch gemütlich sein.

¹³ Der Rechtspositivismus könnte allerdings schnell entwaffnet wirken, wenn ein Gericht eine Entscheidung auf Naturrecht stützt, etwa einen strafrechtlichen Freispruch auf „übergesetzlichen Notstand“ (RG, in: RGZ 61, 242). Der Widerspruch des Rechtspositivisten zum Naturrecht scheint dann erledigt, weil das Naturrecht dank der Rechtsprechung offenbar doch geltendes Recht ist. Einige Rechtspositivisten versuchen dem mit der Idee eines „inkluisiven Rechtspositivismus“ beizukommen (etwa Jules Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford 2001).

Doch der Streit zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht ist kein bedauerliches Missverständnis, das mit Vorstehendem glücklicherweise aufgeklärt wäre. Zwar ist es richtig, dass Rechtspositivismus und Naturrecht Seite an Seite stehen gegen das Missverständnis des Naturrechts als geltendes Recht. Aber damit ist erst einmal nur klar, worin ihre Differenz gerade nicht besteht, nämlich nicht darin, die Idee eines kritischen Maßstabs geltenden Rechts einerseits zu bejahen und andererseits zu bestreiten. Die eigentliche Differenz besteht darin, wie dieser Maßstab zu verstehen ist.

Das Naturrechtsdenken ist dadurch charakterisiert, dass das Naturrecht als Teil einer Welt des Geistes konzipiert ist. Es ist die Welt des Geistes, zu dem neben dem Guten auch das Wahre und Schöne zählen. Die Welt des Geistes ist unterschieden von der empirischen Welt, die wir uns in erster Linie durch unsere fünf Sinne erschließen, während wir die Welt des Geistes weder sehen, hören, riechen, fühlen oder schmecken können. Gemeinsam mit der empirischen Welt hat die Welt des Geistes aber den objektiven Charakter. Das bedeutet, dass sie als objektive Welt über die Richtigkeit subjektiver Auffassungen von ihr entscheidet. Im Fall der empirischen Welt kann man versuchen, die Wahrheit über die Lage der Dinge herauszubekommen. Dabei kann man scheitern, und das hängt am Ende nicht von Auffassungen des Einzelnen oder mehrerer über die empirische Welt ab, sondern von der Lage der Dinge in der Welt. Im gleichen Sinn kann man versuchen, die Wahrheit über die Welt des Geistes, darin des Guten, und darin des Naturrechts, herauszubekommen. Dabei kann man scheitern, und auch das hängt am Ende nicht von Auffassungen einzelner oder mehrerer über das Naturrecht ab, sondern vom Gehalt des Naturrechts. Charakteristisch für die Idee des Naturrechts ist also nicht dessen Behauptung als geltendes Recht, sondern dessen Behauptung als objektiver Maßstab.

Wenn der Rechtspositivist den objektiven Charakter des Maßstabs geltenden Rechts bestreitet, dann muss man seine These einer Trennung von Recht und Moral anders lesen. Wenn nämlich die vom geltenden Recht als dessen Maßstab zu trennende „Moral“ keinen objektiven Charakter haben soll, dann muss sie wohl einen subjektiven Charakter haben. Subjektiver Charakter bedeutet, dass nicht ein einziger Maßstab, sondern verschiedene Maßstäbe im Spiel sind. Welcher Maßstab greift, hängt davon ab, wer ihn anlegt. Das kann man so ausdrücken, der Maßstab würde „konstituiert“.¹⁴

In Austins Version der Trennungsthese, demnach zu unterscheiden sei zwischen der Existenz als geltendes Rechts („Recht, wie es ist“) und seiner Richtigkeit („Recht, wie es sein soll“), kommt der subjektive Charakter des Maßstabs noch nicht recht zum Ausdruck. Präziser müsste „Recht, wie es ist“ unterschieden werden vom „Recht, wie der einzelne es bevorzugt“. Nach dieser Lesart der Trennungsthese liegt ihre naturrechtskritische Pointe nicht darin, dass Recht und Moral überhaupt zu trennen wären. Die Pointe der

¹⁴ Es wird viel darüber gehandelt, ob die Konstitutionsleistung von einem allein oder nur von vielen im bewussten oder unbewussten Zusammenwirken („intersubjektiv“) erbracht werden kann, wobei sich die meisten für letztere Option aussprechen. Aber im Kontrast zur Idee eines objektiven Maßstabs spielen diese Erläuterungen des Subjektiven keine systematische Rolle.

Trennungsthese in dieser Lesart liegt vielmehr darin, der Moral einen objektiven Charakter abzusprechen und ihren Gehalt durch individuelle Präferenz bestimmt zu sehen.¹⁵

Doch wenn der Rechtspositivist der Moral als kritischem Maßstab geltenden Rechts nur einen subjektiven Charakter zugestehen will, dann muss er weiter erläutern, wonach sich der Einzelne denn richtet, wenn er eine bestimmte Rechtsnorm gegenüber dem geltenden Recht bevorzugt. Man könnte überlegen, die moralische Präferenzbildung erfolge nach dem Muster schlichter Geschmackserfahrungen. Genauso wie einer vielleicht Erdbeereis mag, aber kein Waldmeistereis, mag ein anderer deliktischen Schutz des Eigentums, aber nicht der vertraglichen Forderung. Das mag in Bezug auf die Feinheiten zivilrechtlicher Haftung für den Außenstehenden vielleicht noch plausibel erscheinen. Aber es wird sofort unplausibel, wenn es um Menschenrechte geht. Niemand wird der Auffassung sein, dass viele von uns zufällig keine Menschenrechtsverletzungen mögen, im gleichen Sinn wie viele von uns zufällig kein Eis mit Geschmacksrichtung „Himmelblau“ mögen. Der Preis für den Verzicht auf eine naturrechtliche Grundlegung der Menschenrechte liegt also augenscheinlich in ihrer Degradierung zur Geschmacksfrage.¹⁶

Doch an dieser Stelle wird der Rechtspositivist natürlich protestieren: Der Unterschied zwischen Auffassungen über gerechtes Recht und Vorlieben für Eissorten läge darin, dass für die Auffassungen über gerechtes Recht natürlich Gründe angegeben werden müssten. Aber erstens wäre dann aufzuklären, warum das kein beklagenswerter Irrtum ist. Vielleicht wäre es ganz richtig, wenn wir über richtiges Recht so sprächen wie über Eissorten. Zweitens sind wir mit dem Verweis auf das Erfordernis von Gründen nur an dem aus der allgemeinen Philosophie wohlbekanntem Ort anbelangt, an dem verständlich werden muss, was in einer Praxis des Begründens einen Grund zu einem tragenden Grund macht.¹⁷ Inzwischen sollte sich herumgesprochen haben, dass es nicht hilft, den Grund für tragend zu erklären, der von den meisten oder unter idealen Bedingungen von allen akzeptiert würde¹⁸. Denn das

¹⁵ Genau das ist die Pointe des moralischen Utilitarismus, der die Befriedigung von Präferenzen mit Glück gleichsetzt. Das gerechte Recht ist für den Utilitaristen das Recht, dass das größte Glück der größten Zahl bewirkt, also im Sinne einer aggregierten Präferenz. Zur ausführlichen Entfaltung des utilitaristischen Ursprungs des Rechtspositivismus siehe Martin Stone, „Legal Positivism as an Idea about Morality“, in: *University of Toronto Law Journal* 61 (2011), 313–341. Wenn man – warum auch immer – die Gleichheit aller schon voraussetzt, müsste man die geschmacklichen Präferenzen eigentlich abfragen. Die Mehrheit gäbe den Ausschlag dafür, welches das richtige Recht ist. Unter demokratischen Vorzeichen bräche die Trennungsthese dann allerdings zusammen. „Recht, wie es von der Mehrheit gesetzt ist“ wäre zu unterscheiden vom „Recht, das die Mehrheit bevorzugt“.

¹⁶ Die häufig beschrittene Alternative zur Erläuterung als Geschmacksfrage liegt im Versuch, die individuelle Präferenz zu objektivieren. Es soll dann nicht mehr um zufälligen Geschmack gehen, sondern um menschliche „Interessen“. Als solches galt in der utilitaristischen Tradition die Meidung von Leid. Aber das ist wieder eine subjektive Empfindung, so dass die Objektivierung damit schon gar nicht gelingt. Man kann sich dann noch andere angeblich fundamentale menschliche Interessen ausdenken, etwa ein Interesse an gleicher Achtung. Aber diese Behauptung hängt normativ in der Luft, wenn das vorgebliche allgemeine Interesse nicht als vernünftig ausgewiesen ist.

¹⁷ Dazu für das Feld empirischer Erkenntnis Andrea Kern, *Quellen des Wissen*, Frankfurt am Main 2006.

¹⁸ So lautete – in immer neuen Verfeinerungen – die Auskunft bei Jürgen Habermas; siehe etwa „Richtigkeit vs. Wahrheit. Zum Sinn der Sollgeltung moralischer Urteile und Normen“, in: ders., *Wahrheit und Rechtfertigung*, Frankfurt am Main 1999, 299–346.

erläutert nicht, warum jemand einen Grund als tragend akzeptiert, solange er nicht weiß, wie seine Mitmenschen die Tragfähigkeit beurteilen. Ohne eine solche Erläuterung fällt die Akzeptanz eines Grundes als tragend aber auf den Status einer geschmacklichen Vorliebe zurück.

Damit lässt sich Zwischenbilanz ziehen: Der Zerrbild-Rechtspositivist kann überhaupt nur eine juristische Auseinandersetzung um die Einhaltung bereits geltender Menschenrechte begreifen, sie aber in ihrer Bedeutung nicht unterscheiden von der Prüfung einer beliebigen Norm auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht. Der Rechtspositivist als Naturrechtskritiker kann gesellschaftliche Auseinandersetzungen um Menschenrechte zwar immerhin begreifen, aber er kann sie wiederum nicht unterscheiden von einem Austausch über geschmackliche Vorlieben.

Die methodologische Notwendigkeit des Naturrechts

Wie bereits festgehalten, ist der ernstzunehmende Rechtspositivist entgegen dem verbreiteten Zerrbild auch nicht der Ansicht, die Lösung einer rechtlichen Streitigkeit, auch einer Streitigkeit um eine mögliche Menschenrechtsverletzung, ließe sich immer unmittelbar und ohne weiteres dem geltenden Recht entnehmen. Aber die Orientierung der richterlichen Entscheidung kann sich auf rechtspositivistischer Grundlage nicht aus der naturrechtlichen Grundlegung des Rechts und der Menschenrechte speisen. Im Folgenden soll nicht der Frage nachgegangen werden, welche Quellen das angeblich sein sollen und ob sich derlei Behauptungen mit der Idee der Gesetzesbindung versöhnen lassen.¹⁹ Es soll vielmehr am Beispiel der Menschenrechte vorgeführt werden, dass die richterliche Entscheidung notwendig orientiert ist an selbst nicht geltender und in diesem Sinne naturrechtlicher Grundlegung des geltenden Rechts.

Wenn ein Gericht eine gesetzliche Regelung auf ihre Vereinbarkeit mit einer geschriebenen Menschenrechtsgarantie überprüft, muss es den Gehalt der Garantie bestimmen. Es muss etwa bestimmen, wie weit der Schutzbereich des Grundrechts zu spannen ist. Dafür muss es die geschriebene Menschenrechtsgarantie auslegen. Niemand, der mit der Materie juristischen Menschenrechtsschutzes im Ansatz vertraut ist, wird bestreiten, dass Antworten auf etwas schwierigere Fragen zur Reichweite des Schutzbereichs eines Menschenrechts dem geschriebenen Text, also seinem Wortlaut, nicht unmittelbar zu entnehmen sind. Auch der inhaltliche Zusammenhang mit anderen Normen eines Menschenrechtskatalogs führt

¹⁹ Verbreitet ist der Befund, dass sich das Bild der durch geltendes Recht nicht abschließend bestimmten richterlicher Entscheidung mit der für den Rechtsstaat (allemal für den demokratischen) eigentlich zentralen Idee der Gesetzesbindung tatsächlich *nicht* versöhnen lasse. Die Lösung wird dann meist in einer Ermäßigung der Idee der Gesetzesbindung gesucht (exemplarisch Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen 1999, 322: Rechtsanwendung bedeute „Rechtssetzung in Bindung an bestehendes Recht“). Aber es bleibt unklar, wie weit die Ermäßigung reichen soll. Die in diesem Zusammenhang behauptete Begrenzung des richterlichen Spielraums durch das Gesetz, soweit es reicht, ist nicht kontrollierbar. Denn man weiß nie, wann eine angebliche Unbestimmtheit, die den Spielraum eröffnen würde, nicht mehr dem Interpreten sondern dem Gesetz angelastet werden kann. Noch befremdlicher erscheint der bisweilen unterbreitete Vorschlag, den Richter der Gesetzesbindung zu unterstellen trotz und eingedenk ihrer Unmöglichkeit – eigentlich eine Empfehlung zu (natürlich harmlosem) Orwell'schem Zwiedenken.

allenfalls in seltenen Fällen zu einem klareren Ergebnis. Daraufhin kann man noch den Willen der Urheber des Menschenrechtskatalogs befragen, wie er sich aus den Dokumenten zur Entstehungsgeschichte ergeben mag. Aber auch da wird man vielfach keine oder keine klare Auskunft gewinnen.²⁰

Das sei am Beispiel der Meinungsfreiheit illustriert: Ihr Verständnis fällt leicht, wenn ein Gesetz kritische Äußerungen gegenüber der Regierungspolitik mit Strafe belegt. Das maßgebliche Gesetz verletzt wohl das Recht auf Meinungsfreiheit. Fraglich wird das Verständnis aber spätestens, wenn eine Werbebotschaft als „unlauter“ untersagt wird, die durch reißerische Fotos das Leid anderer Menschen als Blickfang nutzt.²¹ Bei letzterem Fall stellt sich die Frage, ob Werbung unter den Schutz der Meinungsfreiheit fällt, präzise ob sie eine Meinung darstellt, welcher der Schutz des Grundrechtes gilt. Das lässt sich den maßgeblichen Texten regelmäßig weder unmittelbar noch im Zusammenhang entnehmen, und auch anhand von Materialien zur Entstehungsgeschichte oftmals nicht klären.

Wenn aber Text, Zusammenhang und Entstehungsgeschichte zu keinem klaren Ergebnis führen, kann das Gericht dem Kläger nicht einfach „ich weiß es nicht“ sagen. Es muss den Gehalt der Norm dennoch bestimmen. Die juristische Methodenlehre nennt das die „teleologische Auslegung“.²² Man fragt nach dem „telos“ der Norm, was oft mit „Zweck“ übersetzt wird. Weil sich mit der Rede vom „Zweck“ aber instrumentalistische Nuancen verbinden, spricht man jedenfalls im Bereich der Menschenrechte lieber ausschließlich vom *Sinn* des jeweiligen Menschenrechts. Im Fall der reißerischen Werbung muss das Gericht also klären, ob Produktwerbung eine Meinung im Sinne des Grundrechts darstellt oder nicht.

Woran aber soll sich ein Gericht orientieren in dem Moment, in dem es die Frage nach dem Sinn der Grundrechte zu klären hat, und Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte ihm dabei nicht recht weiter helfen? Das Gericht könnte einerseits den Sinn des Grundrechts *erfinden*. Aber das würde niemand für eine befriedigende Auskunft oder billigenwerte Praxis halten. Vielmehr macht sich das Gericht auf die Suche nach tragenden Gründen, die für den einen oder anderen Sinn sprechen. Dabei orientieren sich die Richter an Positionen, die in der normativen Diskussion um den Sinn der Meinungsfreiheit schon geäußert werden oder jedenfalls geäußert werden könnten. In der normativen Diskussion, also der

²⁰ In den Worten der juristischen Methodenlehre sind hier die Aspekte der grammatischen, systematischen und historischen Auslegung angesprochen; dazu Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2008 (= *Methodenlehre*), 141–153.

²¹ Angesprochen ist hier die Reihe der Entscheidungen zur „Schockwerbung“ der Firma Benetton: BGH, in: BGHZ 130, 196; BVerfG, in: BVerfGE 102, 347; BGH, in: BGHZ 149, 247; BVerfG, in: BVerfGE 107, 275. Allerdings war zu diesem Zeitpunkt die Einbeziehung von Werbeaussagen bereits anerkannt. Anders aber noch BVerfG, in: BVerfGE 60, 215.

²² Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, *Methodenlehre*, 153–159. Rechtspositivisten mahnen bei der teleologischen Auslegung des Rechts oft zur Zurückhaltung. Sie sprechen davon, die teleologische Auslegung sei vielfach eigentlich „Einlegung“ (etwa Bernd Rütters/Christian Fischer/Axel Bork, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 8. Aufl., München 2015, § 22 Rn. 820; explizit gemünzt auf die hier gemeinte „objektiv-teleologische“ Auslegung). Sie werde nur als Auslegung dargestellt, aber eigentlich handle es sich um eigenständige Kreationen, Erfindungen. Doch die Kritik ist letztlich ohne Belang, eben weil die anderen Auslegungsaspekte, meist nicht zum klaren Ergebnis führen und die Entscheidung gleichwohl nicht verweigert werden darf und doch begründet werden muss.

Diskussion, die nicht auf das geltende Recht bezogen und verpflichtet ist, sondern auf das richtige Recht, das „Recht, wie es sein soll“, wird um diese Positionen mit Gründen gerungen. Genau an diese Diskussion, die nicht nur, aber hoffentlich besonders gehaltvoll in den Disziplinen der politischen Philosophie oder auch der theoretischen Politikwissenschaft geführt wird, schließt das kontroverse Gespräch in der Richterbank mehr oder weniger gezielt, mehr oder weniger vorgebildet an. Damit befindet sich aber die Richterbank schon inmitten eines naturrechtlichen Gesprächs.

Ein Rechtspositivist würde hier wiederum einen Einwand erheben. Er würde insistieren: Die Richter dürften nicht wie in einem philosophischen Seminar ihren eigenen Standpunkt artikulieren. Aufgabe der Richter sei es, den Standpunkt der Quelle zu artikulieren, die die fragliche Norm enthält, also etwa den Standpunkt des Grundgesetzes oder der Europäischen Menschenrechtskonvention. Daraus würde der Rechtspositivist folgern wollen, es ginge eben doch nur um den Gehalt des positiven Rechts, eben dieser oder jener positivierten Quelle der Menschenrechte, und das habe doch mit einer naturrechtlichen Begründung nichts zu tun.

Und in der Tat ist diese Bemerkung des Rechtspositivisten von großer Relevanz. Es ist tatsächlich anders als im Seminar an der philosophischen Fakultät nicht die Aufgabe des Richters, den eigenen Standpunkt zu finden. Seine Aufgabe ist es, den Standpunkt des geltenden Rechts zu artikulieren, im Fall der Anwendung von geltenden Menschenrechten also den Standpunkt des Grundgesetzes etwa oder der Europäischen Menschenrechtskonvention. Um aber den Standpunkt zum Gehalt des Normtextes herauszubringen, muss der Richter unterstellen, dass die Norm einen sinnvollen Gehalt hat. Wenn er nicht mit dieser Unterstellung arbeitet, vermag er überhaupt nichts herauszubringen. Die Auslegung eines jeden Rechtssatzes endete in völliger Desorientierung.²³ Man könnte keine völlig abseitige Auslegung damit zurückweisen, dass sie eben abseitig ist. Es müssten immer Hinweise im Text, im Zusammenhang, in der Entscheidungsgeschichte gesucht werden, um sie zurückzuweisen. Nehmen wir an, es würde behauptet, die Meinungsfreiheit in Art. 5 GG müsse nicht für Äußerungen in der Öffentlichkeit gewährleistet werden, es genüge, wenn die eigene Meinung hinter verschlossenen Türen geäußert werden dürfte. Dann dürfte nicht mit der Bedeutung der Meinungsfreiheit in einer demokratischen Ordnung argumentiert werden. Es müsste empirisch gezeigt werden, dass dieses Verständnis dem Wortlaut für sich oder im Zusammenhang mit anderen Grundrechten widerspricht, oder in den Beratungen des parlamentarischen Rates präsent gewesen wäre. Kann man das nicht zeigen – und das ist jetzt die Pointe – dann hätte man keine Argumente mehr gegen die abseitige Lesart.

Um den Standpunkt des Rechts zu artikulieren, nimmt der Richter im Verhältnis zum geltenden Recht die Perspektive der Zweiten Person ein. Sein Gegenüber ist das Recht. Das

²³ Die Notwendigkeit einer solchen Unterstellung in jedem Verstehen ist das, was Donald Davidson in seinem Konzept der radikalen Interpretation explizit gemacht hat anhand des Verstehens einer unbekannt Sprache (vor allem Donald Davidson, „Radikale Interpretation“ (1973), in: ders., *Wahrheit und Interpretation*, Frankfurt am Main 1990, 183-203): Wenn wir nicht annehmen, dass der Sprecher einer fremden Sprache im Wesentlichen wahre Überzeugungen äußert, kommen wir in das Verstehen der Sprache nicht hinein.

Recht, „spricht“ in Gestalt der einzelnen Rechtsnormen. Mehr sagt es nicht. Der Richter muss entfalten, was in diesem oder jenem Fall damit gemeint ist. Seine Frage ist im Fall eines Streits um die Reichweite der Meinungsfreiheit: „Welche Auffassung vom Gehalt der Meinungsfreiheit wird durch den Normtext in Art. 5 GG repräsentiert?“²⁴ Er muss dabei aber unterstellen, dass das Gesetz im Zweifel etwas Sinnvolles meint. Was aber sinnvoll ist, kann er nur bestimmen, wenn bzw. weil er selbst Teilnehmer der Diskussion um den richtigen Sinn ist und das heißt, wenn und weil er selbst begründete Auffassungen davon hat, welche Grundrechte es geben müsste und welchen Gehalt sie haben sollten. Den sinnvollen Gehalt des geltenden Grundrechtstextes kann er sich erst in Abgleich mit seiner eigenen begründeten Auffassung erschließen.

Im Kontrast zur normativen Diskussion außerhalb der Richterbank kann allerdings gegen eine Artikulation des fraglichen Grundrechts tatsächlich eingewandt werden, dass sie diejenige sein mag, für die normativ die besten Gründe sprechen, sie aber mit dem Text (nach Wortlaut, Zusammenhang oder Entstehungsgeschichte) nicht in Einklang zu bringen ist. Das ist damit gemeint, wenn es hier hieß, die Richter führten eine naturrechtliche Diskussion, aber aus der Perspektive der Zweiten Person. Die Aufgabe der Richter ist es nicht, wie im philosophischen Seminar ihre eigene naturrechtliche Position zu finden. Sondern sie haben die naturrechtliche Position der autoritativen Quelle zu rekonstruieren.²⁵

Eine Rekonstruktion der juristischen Anwendung menschenrechtlicher Garantien kommt also nicht ohne Rückgriff auf die Idee eines gründenden Naturrechts aus. In dem Moment, in dem der Sinn des auszulegenden Gesetzestextes fraglich wird, muss der Rechtsanwender begründen, welchen Gehalt der Text ausdrückt. Damit wird deutlich: Um das für die Anwendung des geltenden Rechts notwendige Moment teleologischer Auslegung zu verstehen, muss der Rechtsanwender Rekurs nehmen auf eine naturrechtliche Begründung, die das geltende Recht trägt.²⁶

²⁴ In diesem präzisen Sinne ist die oft geradezu verlachte Bemerkung Montesquieus, der Richter sei „Mund des Gesetzes“ vollkommen richtig (Charles-Louis de Secondat Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* (1748), Stuttgart 2011, 225). Weil indessen Normtexte der Grundrechte vergleichsweise offen sind, wird diese für die Rechtsprechung insgesamt charakteristische Perspektive der Zweiten Person bei der Anwendung von Grundrechtsnormen nicht immer ganz deutlich. Transparenter wird sie in den systematisch durchgearbeiteten Normtexten von BGB oder StGB. Man kann dem BGB, das eine Idee gleicher Freiheit artikuliert, keine Auslegung geben, nach der es tatsächlich um gemeinschaftlichen Wohlstand gehen soll, auch wenn man die Idee gleicher Freiheit für überholt hält. Man kann dem StGB, das eine Idee individueller Schuld artikuliert, keine Auslegung geben, nach der es um präventiven Rechtsgüterschutz gehen soll, auch wenn man die Idee der Schuld für unhaltbar ansieht.

²⁵ Das ist der Aspekt, der die Idee des Naturrechts gegen seine anti-demokratischen Funktionalisierung durch höchste Gerichte immunisiert. Es ist darum entbehrlich, die Idee des Naturrechts gewissermaßen strategisch, nämlich aus Sorge um die Autorität des demokratischen Gesetzgebers gegenüber den Gerichten zu bestreiten (zu dieser sympathischen politisch-demokratischen Funktion des Rechtspositivismus auch Dworkin, „Book Review: Thirty Years On“, in: *Harvard Law Review* 115 (2001–2002) 1655–1687, 1677).

²⁶ Es war die Pointe Dworkins, dass Richter in der Rechtsanwendung keinen Spielraum haben, sondern den Sinngehalt rekonstruieren müssen, der im Normtext zum Ausdruck kommt und den der Rechtsanwender jedenfalls in schwierigen Fällen rekonstruieren muss: Ronald Dworkin, *Bürgerrechte*

Schluss

So ist denn gezeigt, dass auf Basis einer rechtspositivistischen Konzeption von Menschenrechten nicht nur die gesellschaftliche Auseinandersetzung um ihre Geltung als merkwürdige Aufregung über Differenzen in Geschmacksurteile erscheinen muss. Darüber hinaus wird die im Zuge juridischer Anwendung zwingend erforderliche Sinnbestimmung geltender Menschenrechtsgarantien unverständlich, weil diese auf ihre naturrechtliche Gründung Bezug nehmen muss.

Die Probleme würden sich sofort auflösen, wenn die Idee einer naturrechtlichen Gründung des geltenden Rechts und damit auch der Menschenrechte anerkannt würde. Zwar bleibt an dieser Stelle offen, ob sich die mit dem Naturrecht verbundene Idee eines objektiven Maßstabs geltenden Rechts positiv verständlich machen lässt. Gerade die Rechtswissenschaft aber sollte sich dringend aufs Neue daran versuchen – nachdem jetzt etwas klarer ist, was eigentlich auf dem Spiel steht.

ernstgenommen (1978), Frankfurt am Main 1990, und ders., *Law's Empire*, Cambridge (Ms.)/London (England) 1986. Diese Überlegungen führten Dworkin zum Begriff der Prinzipien. Diese Überlegungen werden bisweilen verstanden als Prinzipienpositivismus, der weiterhin auf die Idee naturrechtlicher Gründung verzichten könnte. Das mag daran gelegen haben, dass Dworkin nicht klar genug gemacht hat, dass auch Prinzipien normativ nicht in der Luft hängen, sondern von Gründen getragen werden müssen.