

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 265

Rechtspositivismus versus Naturrechtslehre als Folge des Legitimitätskonzepts

Von
Pavel Holländer



Duncker & Humblot · Berlin

PAVEL HOLLÄNDER

Rechtspositivismus versus Naturrechtslehre
als Folge des Legitimitätskonzepts

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 265

Rechtspositivismus versus Naturrechtslehre als Folge des Legitimitätskonzepts

Von
Pavel Holländer



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung
der Fritz Thyssen Stiftung, Köln, und
der Alexander von Humboldt-Stiftung, Bonn.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-14104-3 (Print)
ISBN 978-3-428-54104-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84104-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Dem Andenken an meine Freunde –
Doz. Dr. Ján Daniš und Dr. Ernest Valko*

Vorwort

Erscheint uns bei der Begründung der demokratischen Legitimität ein Bild voller verschiedener Elemente – wie die Volkssouveränität, der Imperativ der Unabänderlichkeit des materiellen Verfassungskernes oder die Menschenrechte und -freiheiten –, liefert auch die Rechtsphilosophie ein ähnlich buntes Bild, in dem verschiedene Variationen des Iusnaturalismus und Iuspositivismus in Streit geraten. Das Dilemma der Wahl zwischen dem Naturrecht und dem positiven Recht erinnert an das Dilemma zwischen Sein und Sollen im Lichte der Humeschen These. Zeigte Alasdair MacIntyre, dass diese These in Form zweier Elemente keine Lösung liefert, so dass sie dringend um ein drittes Element ergänzt werden muss, erscheint mir nur folgerichtig, dieselbe Methode auch im Streit zwischen Iusnaturalismus und Iuspositivismus anzuwenden. Dieser Streit in seiner Gestalt, in der er heute wahrgenommen wird, entstand, nachdem sich die beiden Kategorien gelöst haben von seinem Fundament, dessen Derivate sie sind, d. h. vom Ursprung der Legitimität der Gewalt; er entstand, nachdem man begonnen hat, sie als (abstrakte) Ursprungskategorien zu erforschen. Neben dem Sich-Lösen von ihrem Fundament hat auch die Emanzipation der neuen Legitimitätsquelle und ihre Ambitionen auf Ausschließlichkeit eine Schlüsselrolle in diesem Prozess gespielt, die in der Folge auch die Ambition auf Ausschließlichkeit des Derivates (des positiven Rechts) hervorbrachte. Wenn wir jedoch die Erfahrung der europäischen Geschichte (oder der Weltgeschichte) des 19. und 20. Jahrhunderts akzeptieren, aus der die Ablehnung einer einzigen Legitimitätsquelle – oder anders gesagt die Ablehnung ihrer Ambition auf Vollständigkeit – resultiert (d. h. die Erfahrung akzeptieren, die auch bei der Ausgestaltung der Verfassung in Bezug auf die „metaphysische“ Ewigkeitsklausel oder die Unabänderlichkeit des materiellen Verfassungskernes berücksichtigt wurde), dann kann dieser Dualismus der Legitimitätsquellen auch beim Dualismus des Rechts in Form des positiven Rechts und dessen *ultima ratio* – des metaphysischen Korrelats – nicht unberücksichtigt bleiben.

Interpretation des Rechts, die als Diskurs zu verstehen ist, ebenso wie jede andere Interpretation, mündet im einen Gerechtigkeitsstandpunkt und damit in der Unterscheidung zwischen Gut und Böse. Polemik, die Robert Alexy und Josef Raz geführt haben, dient als Illustration dieser These: die Spannung zwischen rechtspositivistischer und naturrechtlicher Ansicht auf Recht wird am Hintergrund der Relevanz einer vom Appellationsgericht gewählten Auslegungsalternative manifestiert. Auslegung des Rechts wird also zum zweiten Teil meiner Erwägungen über positives und natürliches Recht.

Die zweite Hälfte des 19. und die erste des 20. Jahrhunderts halte ich für Sternstunden der tschechischen Rechtsphilosophie (für alle sei der Name von Franz Weyr zu erwähnen). Als Ausdruck meiner Achtung, widme ich den letzten Teil meines Büchleins der großen Diskussion zwischen den Vertretern des Rechtspositivismus und des Naturrechts in der tschechischen Rechtsphilosophie dieser Zeit.

Der Fritz Thyssen Stiftung und der Alexander von Humboldt-Stiftung gebührt mein besonderer Dank für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses. Dem Kollegen Martin Ondrejka danke ich herzlichst für die kritische Prüfung meines Manuskriptes.

Brno, im Januar 2013

Pavel Holländer

Inhaltsverzeichnis

A. Spannung zwischen dem Rechtspositivismus und der Naturrechtslehre: Nur als Dreisatz lösbar?	11
I. Raz vs. Alexy – die ewige Diskussion über das ewige Thema	11
II. Distinktionen und Argumente: Erster Akt	17
1. Kurze Zusammenfassung	17
a) Iusnaturalismus: Dualität des Rechts in Verbindung mit der Priorität des Naturrechts	20
b) Das Hume-Jörgensense Dilemma	23
c) Thomas Hobbes: Geburt des Rechtspositivismus (auf der iusnaturalistischen Grundlage)	30
2. Relativierung des Unterschiedes zwischen Positivismus und Iusnaturalismus	32
3. Zeitalter des positiven Rechts vs. Wiederkehr des natürlichen Rechts: Auschwitz oder Radbruchsche Formel, Geschichte Frankreichs oder Ewigkeitsklausel	33
III. Distinktionen und Argumente: Zweiter Akt	42
1. Kontexte und Deutungen	42
2. Iusnaturalismus versus Iuspositivismus: Die Folge des Konzeptes der Machtlegitimität	49
3. Eudaimonistische Lebenserwartungen oder die paulinische Wandlung	62
4. Richter und die Spannung zwischen der Moral und dem Recht: Das iuspositivistische Paradoxon	68
5. Aufhebung des Speenhamland-Gesetzes oder der Niedergang der alten und die Geburt der neuen Zivilisation	71
B. Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in der Zeit der Dekonstruktion	79

C. Rechtspositivismus und Naturrechtslehre am Beispiel der Sternstunden der tschechischen Rechtsphilosophie (die zweite Hälfte des 19. und die erste des 20. Jahrhunderts)	101
I. Rechtsphilosophie – ihre Emanzipation von der Theologie, der sozialen Philosophie und der Moralphilosophie	101
II. Antonín Randa, Emanuel Tilsch (historisch-rechtlicher Leitweg)	103
III. František Weyr (Franz Weyr) – die Brüner rechtstheoretische Schule	105
IV. Emanuel Chalupný – soziologisch-rechtlicher Leitweg in der Rechtsphilosophie	123
V. Jaroslav Kallab, Karel Engliš – Phänomenologie und neukantsche Lehre in der Rechtsphilosophie	125
VI. Emil Svoboda, Josef Tureček – der naturrechtliche Leitweg	129
Literaturverzeichnis	132
Sachverzeichnis	146
Zum Autor	147

A. Spannung zwischen dem Rechtspositivismus und der Naturrechtslehre: Nur als Dreisatz lösbar?

I. Raz vs. Alexy – die ewige Diskussion über das ewige Thema

Die ewige Diskussion über das ewige Thema wird mit der aktualisierten Neubesetzung ihrer Akteure auch in der Gegenwart fortgesetzt.

Laut Joseph Raz stellt die These, wonach „die Existenz der zwangsläufigen Verbindung des Rechts und der Moral nicht wirklich angezweifelt werden kann“, eine „relativ triviale These“ dar, die „eine unwesentliche Bedeutung für die strittige Frage“ in der ewigen Diskussion zwischen dem Rechtspositivismus und dem Iusnaturalismus hat.¹

In seiner Polemik mit Raz, und zwar zugunsten der „nicht-positivistischen“ Wahrnehmung des Rechts, analysiert Robert Alexy den Fall, in dem ein hypothetischer Richter eine Rechtsvorschrift anwendet, welche zwei Interpretationen zulässt, wobei lediglich die erste mit „moralischen Argumenten gestützt wird“. Er kommt dann zu dem Schluss, dass sie beide, d. h. sowohl Raz als auch Alexy, einen Standpunkt einnehmen würden, wonach eine Interpretation zu wählen wäre, die sich zwar auf moralische Argumente stützt, jedoch „von unterschiedlichen Ansichten über die Bedeutung und die Implikationen“ dieser Wahl ausgeht.² Laut Raz bedeutet nämlich die Tatsache, dass der Richter die moralisch richtige Interpretationsalternative wählt, nicht, dass diese – den moralischen Grund unterstützende Alternative Bestandteil des Rechts sei. Die Wahl der moralisch richtigen Interpretation stellt den Akt „der autoritativen Auslegung“ mit dem Effekt der „Rechtsschaffung“ dar. Es ist vielmehr der Akt der Rechtsbildung selbst, der die Moral in ein Recht transformiert – auf ähnliche Weise wie dies bei den legislativen Akten der Rechtsschaffung geschieht.³ Dabei überlegt Alexy die Auswirkungen dieser Razschen Überlegung für den Fall, dass unser hypothetischer Richter sich für die zweite Alternative, d. h. die moralisch bedenkliche, entscheidet. Abschließend stellt Alexy fest, dass der Richter „keinen Rechtsstandard verletzt“, wobei „ein Appellationsgericht sein Urteil le-

¹ J. Raz, *About Morality and the Nature of Law*. *The American Journal of Jurisprudence*, 48 (2003), S. 3.

² R. Alexy, *Agreements and Disagreements. Some Introductory Remarks*, *Anales de la cátedra francisco suárez* 39 (2005), S. 737–742.

³ J. Raz, *On the Nature of Law*, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 82 (1996), S. 23.

diglich aus moralischen, nicht jedoch aus rechtlichen Gründen rückgängig machen könnte“.⁴

Alexys Standpunkt zu „Bedeutung und Implikationen“ der Wahl zwischen den Interpretationsalternativen unterscheidet sich vom Razschen Standpunkt: „Sollte es tatsächlich erforderlich sein, dass das Recht den Anspruch auf Richtigkeit stellt, dann schließt es den Anspruch auf moralische Richtigkeit ein, der – falls er an die Reihe kommt – insbesondere die Forderung nach Gerechtigkeit darstellt. Rechtsentscheidungen, welche diesem Anspruch nicht gerecht werden, können keine rechtlich perfekten Entscheidungen sein. Ihre moralische Mangelhaftigkeit wächst über eine rechtliche Mangelhaftigkeit hinaus. Die rechtliche Unzulänglichkeit an sich impliziert jedoch keine rechtliche Ungültigkeit als solche. Zu der kommt es nämlich nur in Fällen der extremen Ungerechtigkeit. Dies ermöglicht dann den Appellationsgerichten – sollten sie die Entscheidung unseres Richters rückgängig machen im Falle, dass dieser sich für die moralisch falsche Auslegung entschied –, dass sie auch weiterhin Rechtsgerichte bleiben. Sie transformieren sich dadurch nicht zu moralischen Gerichten. Dies alles ist jedoch die Nebenfolge der Inkorporation der moralischen Elemente in das Recht, und zwar auf dem Wege des Anspruches auf Richtigkeit. Die wesentliche Folge ist dann die fundamentale Änderung der Rechtsnatur. Das Recht bleibt zwar autoritativ, jedoch in der Folge nicht ausschließlich autoritativ. Seine autoritative Dimension ist innerlich verbunden mit der ideellen Dimension. Die Spannung zwischen diesen beiden Dimensionen ist nunmehr keine Spannung zwischen Recht und Moral *als Folge* von etwas, das sich außerhalb des Rechts befindet, sondern eine Spannung innerhalb des Rechts selbst. Und dies hat weitreichende Folgen. Die effektivste in diesem Zusammenhang ist wahrscheinlich die Radbruchsche Formel, die auf prägnanteste Art und Weise besagt, dass „eine extreme Ungerechtigkeit kein Recht mehr sein kann“.⁵

Die zweite Runde der Polemik zwischen Joseph Raz und Robert Alexy wird dann von 2007 bis 2009 geführt. Den „Kampfring“ betritt als erster Raz, und dies mit der Kritik an Alexys Konzeption der nicht-positivistischen Rechtstheorie. Diese Kritik kann in folgenden Punkten zusammengefasst werden:

- Zieht Alexy eine Grenze zu Hart, so lässt er nicht nur die umfangreiche angelsächsische Tradition außer Acht, sondern auch die neuere Entwicklung auf dem Gebiet des Rechtspositivismus; in diesem Zusammenhang behauptet Raz, dass Alexy den Begriff des Rechtspositivismus mit einem anderen Inhalt füllt, der sich von dem unterscheidet, was im angelsächsischen Rechtsdenken unter diesem Begriff normalerweise verstanden wird.⁶ Ferner weist er darauf hin, dass es

⁴ R. Alexy, *Agreements and Disagreements* (Fn. 2), S. 742.

⁵ *Ibidem*, S. 742.

⁶ J. Raz, *The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism*, in: G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford/Portland 2007; im Folgenden wurde aus der wiederholten Veröffentlichung zitiert: J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 2. ed., Oxford/New York 2009, S. 313, 314, 320.

„Bentham war, der Gründer des Rechtspositivismus in Großbritannien, der für die Auffassung, dass das Recht moralisch zu sein hat, mehr als jeder andere getan hat“.⁷

- Stützt sich Alexy bei seiner Abgrenzung des Rechtspositivismus auf die Kelsensche These, wonach „jeder beliebige Inhalt Recht sein kann“⁸, behauptet im Gegensatz dazu Raz, dass aus dem Gedanken Kelsens keine Trennungsthese abgeleitet werden kann. Dabei kehrt er zu seiner früheren Feststellung zurück, wonach „das Recht zwangsläufig eine legitime Autorität fordert“,⁹ wobei „dieser Anspruch einen moralischen Anspruch darstellt“.¹⁰ Er fügt hinzu, dass der Anspruch aufgrund seines Inhaltes zum moralischen Anspruch wird, das heißt zu einem Anspruch, der die Durchsetzung der Berechtigung einschließt, das Recht anzuwenden und die Pflichten in einem Maß aufzuerlegen, das die wesentlichen Aspekte des menschlichen Lebens sowie deren Interaktionen beeinflusst. Er stellt die Frage, inwieweit man daraus ableiten kann, dass er Iusnaturalist ist (was nach seiner Ansicht analog auch für die Überlegungen Fullers und Finnis' gilt). Er weist auf das Erfordernis hin, den breiteren Rahmen beim Inhalt eines Begriffes und den engeren Rahmen bei dessen Identifikationsmerkmalen zu unterscheiden. Er vertritt die Ansicht, dass die Kelsensche Zufälligkeitsthese die nichtpositivistische Konzeption Alexy's nicht unterstützt, da er diese These auch mit der eigenen „positivistischen“ These für nicht vereinbar hält. In diesem Zusammenhang betont Raz, dass präziser als der Begriff „Rechtspositivismus“ der Terminus „Theorie in der Tradition des Positivismus“ ist, und neigt zu dem Gedanken A. Marmor's, wonach „die Normierung, was Recht ist, nicht zwangsläufig oder begriffsmäßig abhängig ist von moralischen oder anderen Bewertungsüberlegungen darüber, was Recht unter relevanten Umständen zu sein hat“.¹¹ Raz lehnt es ab, die Position des Teilnehmers (d.h. des Richters, Verwaltungsbeamten usw.) mit der iusnaturalistischen Sichtweise sowie die Position des Beobachters (z. B. des Verfassers eines Kommentars) mit dem positivistischen Standpunkt¹² in Verbindung zu setzen und wirft an dieser Stelle Alexy die Absenz einer klaren und deutlichen methodologischen Position vor.¹³

⁷ Ibidem, S. 335.

⁸ R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2. Aufl., Freiburg/München 1994, S. 16.

⁹ Der Begriff der legitimen Autorität unterscheidet sich jedoch bei Raz von der Krieleschen iusnaturalistischen Auffassung (siehe M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen 1979, S. 117; M. Kriele, *Rechtspflicht und die positivistische Trennung von Recht und Moral*, in: M. Kriele, *Recht – Vernunft – Wirklichkeit*, Berlin 1990). Der von Raz formulierte Begriff der legitimen Autorität nähert sich in seiner Abgrenzung der behavioralen Definition, wonach „der akzeptable Begriff der legitimen Autorität mit unserer Vorstellung über Rationalität oder Moral nicht zu vereinbaren ist“ (*J. Raz, The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 2. ed., New York 2009, S. 27).

¹⁰ J. Raz, *Practical Reason and Norms*, 2. ed., Oxford 1999, S. 163 ff.

¹¹ A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford 2001, S. 71. J. Raz, *The Authority of Law* (Fn. 9), S. 313–319.

¹² R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Fn. 8), S. 63–64.