

Benjamin Lahusen

Rechtspositivismus und juristische Methode

Betrachtungen aus dem Alltag
einer Vernunfteh

© Velbrück Wissenschaft 2011

Einführung

I.

»Der Positivismus ist tot, es lebe der Positivismus!«, verkündete Eberhard Schmidt den Mitgliedern der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 23. Februar 1952. Die Zuhörer werden es mit Staunen vernommen haben. Zu Zeiten von Natur- und Liebesrecht, pervertierten Rechtsordnungen und metaphysischer Regeneration, bildete ein solches Vivat eine nur selten zu hörende Ausnahme. Nach dem Untergang von 1945 hatte man sich eingerichtet in der allgemein akzeptierten Erklärung, abgesehen von einer überschaubaren Verbrecherclique könne Menschenhand für den Zivilisationsbruch der zurückliegenden 12 Jahre nicht verantwortlich gemacht werden; vielmehr habe man es insoweit mit allerlei unglücklichen Umständen, mit Unwissen und Unvermögen zu tun, die rechtlich auf Entschuldigung und moralisch auf Verständnis hoffen durften.

Die Juristen waren umso geneigter, diesem Erklärungsmuster zu folgen, als sie den möglichst tausendjährigen Fortbestand des gestürzten Regimes von Anfang an mit Eifer und Gehorsam unterstützt hatten. Nach 1945 kam ihnen zugute, daß die unglücklichen Umstände, die zu ihren Fehlritten geführt hatten, dem Anscheine nach nicht bloß verschwommene Ausflüchte waren, sondern präzise und nachvollziehbar beschrieben werden konnten: der Gesetzgeber sei es gewesen, der die zu Anwendung und Nachvollzug erzogenen Rechtsarbeiter durch seine verbrecherischen Erzeugnisse zur widerwilligen Verbreitung von Unrecht gezwungen habe; nicht ihr Charakter habe sie vom rechten Weg abgebracht, sondern eine theoretische Weichenstellung im Aufbau von Staat und Recht, die irgendwann im 19. Jahrhundert unter besten Absichten

vorgenommen wurde, im Lauf der Zeit aber all diejenigen Verhängnisse heraufbeschworen hatte, derer man nun gewärtig geworden war: der Positivismus.

Freilich wollte Schmidt diesen Positivismus nicht als solchen hochleben lassen. Wie seine Zeitgenossen war auch er der Ansicht, im 19. Jahrhundert habe der Positivismus seine volle Berechtigung gehabt, sei ein Zeichen für die Harmonie alles dessen gewesen, was ein geordnetes und gesundes Rechtsleben erfordere. Die Gesetze hätten in unmittelbarer Beziehung zu einer überzeitlich gerechten Rechtsidee gestanden, deren irdische Geltung in zwei Schritten verwirklicht worden sei: erst die getreue Kodifikation durch einen von Anstand und Sitte getragenen Gesetzgeber, dann deren getreuliche Applikation durch einen von Gehorsam und Pflicht erfüllten Richter.

Doch die gute alte Zeit habe nicht lange gedauert. Ab Mitte des 19. Jahrhunderts sei die Rechtswissenschaft, ehemals »Verwalterin der Rechtsvernunft«, ihres Einflusses auf die Gesetzgebung verlustig gegangen; die Legislative sei plötzlich in der Hand von Volksvertretungen geraten, die der Hoheit wissenschaftlicher Wahrheit ihre eigenen Weisheiten entgegenhalten zu können glaubten, tatsächlich aber von Machtpolitikern zerrieben wurden, die Gesetze zu reinen Zweckmäßigkeitserwägungen herabgewürdigt hatten. Spätestens bei Ausbruch des 1. Weltkrieges sei die Zerstörung des ursprünglichen, ehrwürdigen Gesetzesbegriffs vollendet gewesen: eine massenhafte Gesetzesproduktion, in immer höherem Maße von unbedachter Schnellarbeit geleistet, in immer größerer Zahl auf unbefugte Regierungsstellen übertragen, in immer weiterem Umfang auf staatsferne Lebensgebiete bezogen, habe sich endgültig von Naturrecht und Rechtsgefühl verabschiedet. Der legitime Gesetzespositivismus habe seine Berechtigung verloren, der legislative Befehlsnotstand sei erreicht worden. Das »Dritte Reich« zeige sich insoweit nur als die unausweichliche Folge eines viel früher einsetzenden Niedergangs.

Diese Analyse diktierte dem Wiederaufbau ihre Lehren. Es müßte ein für allemal feststehen, daß Richter nicht nur dem Gesetz, sondern auch einer darüber anzusiedelnden Rechtsidee Verantwortung schuldeten. Auch wenn immer wieder der Beweis geführt werde, aus der menschlichen Natur sei eine überzeitliche Werteordnung nicht ableitbar, so eröffne »sehr subtile und schwierige juristische Gedankenarbeit« dem Richter doch einen Zugang zur Gerechtigkeit. In deren Kern stehe die »sittliche Idee des Menschen«. Gesetze, die ihr zuwiderliefen, seien Unrecht, entbehrten der verpflichtenden Kraft und würden am materiellen Prüfungsrecht der Justiz scheitern. Je seltener aber die Prüfung zu einem negativen Ergebnis führe, desto größer sei die Aussicht, die verlorene Legitimität des Positivismus zurückzugewinnen.

Ein derartiges Hoch auf den Positivismus ließ sich bestens in den Geist der Zeit integrieren. Gesetze sollten einem »in sorgfältig-kritischer Besinnung erarbeiteten Naturrecht« gleichkommen, abgestützt von wissenschaftlicher Sachkunde und richterlichem Pflichtgefühl. Schmidts Positivismus-Renaissance war also recht besehen nicht weniger Naturrechts-Renaissance als Christenrecht und Liebesrecht seiner Zeitgenossen. Vor allem aber blieb ein für das Selbstverständnis der Juristen grundlegendes Paradigma unangetastet: daß der Positivismus den Richter auf den bloßen Nachvollzug

gesetzlicher Bestimmungen verpflichte und ihm darüber hinaus die dafür nötigen Auslegungsregeln bereitstelle. Entsprechend wählte Schmidt für seine Betrachtungen über »Wert und Unwert des Positivismus« den vielsagenden Titel: »Gesetz und Richter«.

II.

Diese Verbindung von Legislative und Judikative geht zurück auf die klassische Vorstellung vom Positivismus als Faktenwissenschaft. Nach dem Resumée von Karl Larenz: Ausgehend vom philosophischen Positivismus Auguste Comtes habe sich unter den Juristen im 19. Jahrhundert die Auffassung breitgemacht, wissenschaftliche Erkenntnis könne, von Logik und Mathematik abgesehen, nur auf Tatsachen gegründet sein, auf wahrnehmbare und experimentell überprüfbare Vorgänge, seien sie physischer oder psychischer Natur. Im Falle des Rechts bestand dieses Faktenmaterial aus Normen; als positivistische Grundlage waren sie geeignet, sofern sie ihre Existenz einem wahrnehmbaren Setzungsakt verdankten. Zum prominentesten Faktum des Rechtspositivismus hat sich deshalb das gesetzte Recht aufgeschwungen, oder kürzer: das Gesetz.

Von dieser Definition des Arbeitsstoffes ist der Weg nicht mehr weit zu einer bestimmten Vorstellung von Rechtsanwendung. Walter Ott, der die wohl detaillierteste Einzeluntersuchung zum Positivismus vorgelegt hat, bietet dafür folgenden Gedankengang an: wer der Ansicht ist, das »in den Gesetzen zum Ausdruck kommende Recht« sei »mit dem Recht schlechthin« identisch, müsse »mit Notwendigkeit« zu der Schlußfolgerung gelangen, »daß die Rechtsanwendung ausschließlich als *Gesetzesanwendung*« aufzufassen sei; ein positivistisches Urteil sei demnach ein bloßer Subsumtionsakt, der jede Rechtsschöpfung ausschlosse. Von Franz Wieacker werden diese Überlegungen weiter verfeinert: eine positivistische Rechtsordnung sei ihrem Selbstverständnis nach ein geschlossenes System von Rechtssätzen, das auf Leben und Wirklichkeit keine Rücksicht nehme und den Rechtsanwender dadurch befähige, »alle anstehenden Rechtsfälle allein durch eine logische Operation richtig zu entscheiden«. Ein Wissenschaftsideal ist unter der Hand zum Garanten einer idealen Praxis mutiert. Der Rechtsanwender verkümmert zum Gesetzesknecht.

Nach dieser Lesart liegt das Wesen des Rechtspositivismus darin, durch weitestgehende Annäherung an ein allgemeines, auf Tatsachen basierendes Wissenschaftsideal Erkenntnisgegenstände ausfindig zu machen, diese dem Richter vorzusetzen und dessen Tätigkeit auf einen rein kognitiven Akt zu beschränken. Im Jahre 1899 war für diese Richterkarikatur die epochale Bezeichnung des »maschinenmäßigen ›Subsumtions-Automaten« gefunden, »in welchen man auf der einen Seite das Zehnpfennigstück des konkreten Thatbestandes hineinwirft, um dann auf der andern vermöge des geräuschlos in ihm arbeitenden Gesetzesapparates das Urteil, vollendet bis ins einzelste, herausfallen zu sehen« – ein Bild, das durch die Freirechtsschule ebenso rasche wie höhnische Verbreitung fand; von dort wurde der notwendige Zusammenhang von Positi-

vismus und Richterbindung durch die Zeiten getragen, durch das Kaiserreich, die Weimarer Republik, das »Dritte Reich«, die frühe Bundesrepublik, die DDR, die späte Bundesrepublik, bis auf den heutigen Tag, wo noch immer die Vorstellung kursiert, es habe einmal ein Zeitalter gegeben, in dem Juristen einem »pseudonaturwissenschaftlich agierenden traditionellen Gesetzespositivismus« oder einem »begriffs- und konstruktionsjuristischen Subsumtionspositivismus« gefrönt hätten.

III.

Historisch ist dieser Mythos schon lange widerlegt. Die wenigen Halbsätze, Nebenbemerkungen, Randnoten, die zu seiner Unterstützung bis heute aufgerufen werden, tragen zur Konstruktion einer untergegangenen Epoche ohne jeden Sinn für interpretatorische Alltagserfahrungen nichts bei. Das freie Wildern im Zitatenschatz der Jahrhunderte bringt schon lange nur die ewig gleichen Sprüchlein hervor: Labands Rechtsprechungslogik, Feuerbachs Vernunftschluß oder Montesquieus berühmten Gesetzesmund. Keine Marginalie ist zu abseitig, keine Notiz zu unwichtig, um nicht als beinhardter Beleg für die positivistische Wahnvorstellung eines wert-, realitäts-, lebensblinden Gesetzesvollzugs herangezogen zu werden. Aus jedem Jahrhundert genügt ein einziges Zitat, um alle, deren Leben in dasselbe Jahrhundert fällt, des Positivismus zu überführen und schon allein deshalb widerlegt zu haben.

Dabei offenbart meist bereits ein flüchtiger Blick in die Originale, daß die vermeintlich Verblendeten ganz anderes im Sinn hatten, als eine orthodoxe Methodenlehre zu entwerfen, daß Laband »rechtliche Entscheidungen« und »Verwaltungsakte« voneinander abgrenzen wollte und dazu die Typisierung »Recht als Zweck« und »Recht als Mittel« einführte, daß Feuerbach ein rechtspolitisches Desiderat vor Augen hatte, demzufolge der Bürger durch allgemeine Gesetze vor der willkürlichen Sanktionspraxis vergangener Zeiten geschützt werden sollte, und daß Montesquieu schließlich eine Konstellation im englischen Strafverfahren beschrieb, welches die Schuldfrage den Geschworenen überließ und die Aufgabe des Richters darauf beschränkte, für das bereits festgestellte Verbrechen die vom Gesetz vorgesehene Strafe vorzulesen. Die Vergangenheit ist interpretatorisch nicht weniger aufgeklärt als die Gegenwart: eine willenlose und mechanische Rechtsanwendung hat die *Rechtswirklichkeit* nie erreicht.

Gleichwohl hat sie in der *Rechtswissenschaft* einige Spuren hinterlassen. Diese führen zum einen über den Begriff der Logik, der im rechtswissenschaftlichen Schrifttum des 19. Jahrhunderts eine deutlich großzügigere Verwendung fand als in der Folgezeit, wo er sich zunehmend auf die Schlußfolgerungen der formalen Logik beschränkte. Bevor diese Reduktion um sich griff, fand unter dem Dach der *interpretatio logica* jedoch so gut wie jedes interpretatorische Vorhaben seinen Platz. Im Laufe des 19. Jahrhunderts mauserte sich die logische Auslegung zum Synonym für die Erforschung des Gesetzessinns, wobei als Mittel zu diesem Zweck »subjektive wie objektive, streng rechtsbezogene wie folgenorientierte, positivistische wie naturrechtliche Interpretati-

onsansätze exklusiv, alternativ oder kumulativ diskutiert werden«, deren einziger gemeinsamer Nenner »in der Grundentscheidung für ein (etwas mehr oder etwas weniger) gezügeltes Richterermessen« lag. Ein logisch ermitteltes Ergebnis war also nicht viel mehr als ein mit Gründen versehenes Ergebnis; mit blinder Syllogistik dagegen hatte es nichts zu tun.

Zum anderen wurde der Subsumtionsautomat von einer spezifischen Rechts-Politik auf den Thron gehievt. Eine Rechtsprechung, deren Erzeugnisse sich in treuem Nachvollzug der legislativen Vorgaben beschränkte, brauchte von niemandem gefürchtet zu werden. Sofern es darum ging, die justiziellen Zuständigkeiten auf alle Bereiche des staatlichen Handelns auszudehnen, also insbesondere die ungeliebte Verwaltungsrechtspflege durch eine echte Verwaltungsgerichtsbarkeit zu ersetzen, war der Verweis auf die seelenlose Mechanik richterlicher Rechtsanwendung eine beliebte Strategie. Außerhalb dieser Juristen-Politik spielte der unsichtbare Richterstand keine nennenswerte Rolle, weder als theoretisches Ideal noch als praktisches Modell. Die *unpolitische* Rechtsanwendung hatte ihren historischen Ort in einer Juristen-Politik, die sich hinter der Notwendigkeit ihrer Auslegungen versteckte, um dem Justizstaat weitere Kompetenzen zu verschaffen. Ihre Rekonstruktion als *naive* Rechtsanwendung hatte ebenfalls ihre historischen Orte: zunächst im antielitären Furor der Freirechtsschule, dann im antisystematischen Affekt der Interessenjurisprudenz, und schließlich in einer Juristen-Politik, für die Eberhard Schmidts Position als symptomatisch gelten kann: der verheerende Machtmißbrauch der nationalsozialistischen Justiz sollte hinter den unausweichlichen Erfordernissen von Gesetz und Richteramt verschwinden. Es ist dabei nicht ohne Ironie, daß ausgerechnet Radbruch, der diese letzte Ortsbestimmung mit seinem berühmten Aufsatz von 1946 maßgeblich beeinflusste, 36 Jahre zuvor augenscheinlich auch der erste gewesen war, der dem Mythos von »Subsumtionsapparat«, »Urteilsmaschine« und »Rechtsautomat« die Autorität Montesquieus anmaßte.

IV.

Theoretisch allerdings ist die Legende von der Richterbindung des Positivismus noch nicht widerlegt. *Prima facie* ist sie recht einleuchtend: verunsichert durch den Untergang des Naturrechts, angespornt durch den Aufschwung der Naturwissenschaften habe sich die Rechtswissenschaft seit Beginn des 19. Jahrhunderts am wissenschaftlichen Positivismus orientiert und versucht, die Grundlagen ihrer Disziplin auf empirisch wahrnehmbare und überprüfbare Tatsachen zu beschränken. Dieses Vorhaben wäre jedoch von vornherein zum Scheitern verurteilt gewesen, wenn es nicht im selben Zug die Rechtsarbeiter darauf verpflichtet hätte, ihre Rechtssätze alleine aus den erarbeiteten Tatsachen zusammenzusetzen, die Richter also nur dort hätte schöpfen lassen, wo die Rechtsquelle wirklich sprudelte.

Auf den zweiten Blick dagegen verblassen diese einleuchtenden Zusammenhänge. Bei einer faktischen Grundlegung müßte eine positivistische Rechtswissenschaft un-

weigerlich in erhebliche Schwierigkeiten geraten. Ihr Faktenmaterial besteht, sofern sie sich nicht auf das psychische Innenleben der Rechtsunterworfenen oder deren soziales Verhalten beschränken möchte, aus Normen. Deren Sollen läßt sich jedoch nur auf ein Seinssubstrat zurückführen, wenn der Wirklichkeit selbst bereits normative Wesensstrukturen implantiert wurden. Von einer Wissenschaft, die Tatsachen untersucht, um Spekulationen zu vermeiden, wird man das nicht erwarten können.

Was anderen Disziplinen die Vorgänge und Geschehnisse der Außenwelt sind, muß in der Jurisprudenz deshalb der Akt der Rechtsetzung übernehmen. Nur das von Menschenhand gesetzte, eben das *positivierte* Sollen erwirbt die Fähigkeit, als Sein aufzutreten, und erst dadurch gibt es seinen Sinn preis. Mit den gegebenen, vorhandenen, vorfindlichen Tatsachen des wissenschaftlichen Positivismus haben diese gesetzten, gemachten, kontingenten Fakten allerdings nur wenig gemein. Der rechtswissenschaftliche Positivismus und der allgemeine wissenschaftliche Positivismus hören auf ähnlich lautende Namen, sind aber völlig unterschiedliche Phänomene. Ersterer teilt mit letzterem nicht mehr als »den Verzicht auf eine metaphysische Rechtsbegründung und die Anerkennung der unbedingten Autonomie der Fachwissenschaft«.

Die Wurzeln des Rechtspositivismus reichen daher auch deutlich weiter zurück als nur bis zu Comtes *Cours de philosophie positive*. Schon im Mittelalter läßt sich eine ausgreifende legislative Tätigkeit beobachten, deren Intensität bereits als Indiz für eine »gesetzespositivistische Umwälzung« gedeutet wurde. Spätestens in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts hat sich dann durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft ein so dichtes Netz von juristischen Kommunikationen über die Rechtswelt gelegt, daß für die Entstehung des Positivismus sehr viel weniger eine theoretische Strömung aus der Philosophie, als vielmehr das rein praktische Voranschreiten der Positivierung allen Rechts verantwortlich zu sein scheint. Eine maßgebliche Beeinflussung der Juristen durch Comte läßt sich dann nur noch behaupten, wenn man davon ausgeht, diese hätten die Positivierung ihres eigenen Arbeitsmaterials übersehen. Darüber hinaus müßte ihr Schweigen zu ihrer vermeintlichen positivistischen Prägung erklärt werden, was nur durch die weitere Annahme gelingen kann, die Juristen hätten sich der fachfremden Religion »von ihnen selbst unbemerkt« angedient. Zu beiden Untersstellungen besteht jedoch kein Anlaß: schon um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert werden Fragen zu Wesen und Wirklichkeit des positiven Rechts innerhalb der Rechtswissenschaft so lebhaft erörtert, daß weder mangelndes Problembewußtsein noch vorgreifende Unterwürfigkeit gegenüber wissenschaftstheoretischen Neuerungen plausibel erscheinen. Mit Eigenarten des wissenschaftlichen Positivismus läßt sich der positivistisch gefesselte Richter deshalb nicht begründen. Der Rechtspositivismus trägt Charakterzüge *sui generis*.

Dann aber spricht nicht mehr viel für die Zusammenhänge von der Positivität des Rechts und einer besonders restriktiven juristischen Methode. Von einer an Relativismus, Skeptizismus und Erkenntniskritik ausgerichteten Theorie ist es keineswegs schlüssig anzunehmen, sie habe in ihrer Methode jede relativistische, skeptizistische und erkenntniskritische Neigung ausschließen wollen und sich damit selbst zum Voll-

zugsorgan jeder beliebigen politischen Gesinnung herabgewürdigt. Weitaus näher liegt es, auf den Untergang von Natur und Vernunft mit epistemischer Obacht und politischer Wachsamkeit zu reagieren. Überspitzt formuliert: es erscheint recht abwegig, daß der rechtswissenschaftliche Positivismus das Recht aus seiner metaphysischen Umklammerung befreit haben soll, um es im nächsten Schritt einer in hohem Maße bornierten Ontologie in die Arme zu werfen.

Sofern man dies akzeptiert, löst sich ein grundlegendes Problem auf, das die Gleichsetzung von Positivismus und Rechtsvollzug mit sich bringt. Nimmt man sie als Wesenszug des Positivismus ernst, so wird man sagen müssen, daß die letzten 200 Jahre, abgesehen von einer Handvoll versprengter Fachvertreter, keinen einzigen Positivisten hervorgebracht haben, der sich auch selbst als solchen bezeichnet hat, dafür aber eine unübersehbare Vielzahl von Positivisten, deren Ausgangspunkt und Motivation gerade die Überwindung des Positivismus war. Eine »positivistische« Methode hat es als solche nie gegeben; was ihr am nächsten kommt, ist bis heute das Idealbild einer naturrechtlich inspirierten Wertungsjurisprudenz, welche die Bestimmung eines gesellschaftlichen Wertekanons genauso für eine Erkenntnisfrage hält wie die Entscheidung gesetzlicher Regelungen im Einzelfall. Nur Naturrechtler können sich eine »positivistische« Vorgehensweise leisten.

Die dem positiven Recht eigene Methode dagegen läßt sich derzeit lediglich in groben Zügen umreißen. Das liegt nicht zuletzt daran, daß schon eine brauchbare Definition von Positivismus fehlt. Die meisten Stellungnahmen orientieren sich am Leitbild der Tatsachenwissenschaft; der umfassendste Positivismus-Katalog nennt als das alle Positivismen vereinende Merkmal, sie würden »ihren Begriff des Rechts unter Bezugnahme auf physische Wirklichkeiten« bestimmen. Wäre diese Hypothese richtig, so fielen die beiden anspruchsvollsten Positivisten des letzten Jahrhunderts durch das Sieb: weder die Reine Rechtslehre Hans Kelsens noch die reine Rechtsbeobachtung Niklas Luhmanns rekurrieren auf irgendeine Form von geltungsbegründender Faktizität. Der eine arbeitet mit der transzendentallogischen Voraussetzung der Grundnorm, der andere mit der unhintergehbaren Differenz, deren Einheit nur als Paradoxie begriffen werden kann. Positivisten sind sie trotzdem. Hans Kelsen eröffnet sein *opus magnum* unverblümt mit der Feststellung, »die Reine Rechtslehre« sei »eine Theorie des positiven Rechts; des positiven Rechts schlechthin, nicht einer bestimmten Rechtsordnung«. Bei Niklas Luhmann dagegen, dessen rechtssoziologisches Oeuvre die derzeit anspruchsvollste Beschreibung der Vollpositivierung allen Rechts enthält, verbirgt sich die positivistische Weichenstellung in seiner klassisch gewordenen Feststellung: »es gibt Systeme«. Man steht damit vor dem eigenartigen Befund, daß die herkömmliche Definition des Positivismus vorwiegend diejenigen als Positivisten ausweist, die sich dezidiert von ihm distanzieren, wohingegen sie diejenigen ausschließt, die sich selbst als Positivisten begreifen.

V.

Dieser Widerspruch gab den Anlaß für die vorliegende Studie. Sie geht davon aus, daß mit dem Etikett »Naturrecht« einerseits und »Positivismus« andererseits der Frontverlauf im rechtstheoretischen Dauerkrieg unzureichend skizziert ist. Vielmehr scheinen zwei andere Paradigmen die Debatte zu strukturieren. Auf der einen Seite steht die Welt als Einheit, in der alle Phänomene, Dinge, Ideen prinzipiell menschlicher Erkenntnis zugänglich sind, mag dies auch im Einzelfall an praktischen Widerständen scheitern. Auf der anderen Seite steht die Welt als Differenz, in der sich alle potentiellen Erkenntnisgegenstände in Paradoxien aufgelöst haben. Kognitiv ist diese Welt unzugänglich geworden; das vorrangige Interesse gilt nicht mehr der Frage, was dort geschieht, sondern wie es kommuniziert wird.

Doch auch wenn sich Kognition und Kommunikation unversöhnlich gegenüberstehen, kommen beide nicht aus dem Nichts. Das Bemühen um Erkenntnis ist nur solange sinnvoll, als es irgendetwas zu erkennen gibt; Kommunikationen wiederum lassen sich nur beobachten, sofern auch tatsächlich kommuniziert wird. Ganz gleich, ob der Ursprung Einheit oder Differenz ist: die weitere Sicht auf die Welt muß von bestimmten Vorgängigkeiten und Vorfindlichkeiten ausgehen. Insoweit sind beide Positionen, trotz ihrer kontradiktorischen Ausrichtung, grundsätzlich positivistisch. Um diese Gemeinsamkeit zum Ausdruck zu bringen und doch zugleich die fundamentalen Unterschiede zu betonen, bietet es sich an, die eine Position als Erkenntnis- oder Kognitionspositivismus, die andere als Kommunikationspositivismus zu bezeichnen. *Tertium non datur*; ein darüber hinausgehender dritter Weg, ein Natur-, Vernunft- oder sonst übermenschliches Recht, in dem weder Erkenntnis noch Kommunikation die maßgeblichen Paradigmen bilden, ist derzeit nicht ersichtlich.

Die bisherigen Auseinandersetzungen mit dem Rechtspositivismus sind überwiegend von einem mehr oder weniger reinen Erkenntnispositivismus ausgegangen, in dem sich die Welt verlustfrei erkennen läßt und der Erkennende verschwindet. Paradebeispiel und bis heute der wichtigste Anwendungsfall einer solchen kognitionspositivistischen Rechtslehre ist das Naturrecht, das sich außer im Zugang zur Wahrheit auch im Besitz einer Methode wähnt, die den Entscheider all der Entscheidungen zwischen Gesetz und Urteil hinter den Evidenzen der Erkenntnis unsichtbar werden läßt. Insoweit läßt sich von einem autodikaiotischen System sprechen, dessen Semantik von Fortschritt und Methodenevolution sich einzig aus der unterstellten Naivität vergangener Tage speist: der eigene Kognitionspositivismus ist modern, weil er einen viel öderen Rechtspositivismus abgelöst hat. Diese Linie soll hier nicht weiter verfolgt werden.

Demgegenüber wird der Versuch übernommen, die andere Seite des Positivismus zu rekonstruieren, die Wurzeln der Positivierung freizulegen und das riesige Netz juristischer Kommunikationen nachzuzeichnen, das in den letzten zwei Jahrhunderten gewebt wurde. Das *Movens* dieses Kommunikationspositivismus ist nicht das Streben nach Erkenntnis einer alles überragenden Werteordnung, sondern schlicht die Auto-

poiesis des Systems: Nicht *was*, sondern *daß* und *wie* kommuniziert wird. Auf einer begrifflichen Ebene ist damit zunächst die Autonomie des Systems entscheidend; man spricht über Recht, nicht über Moral oder Religion, man kann sicher sein, daß dieses Rechtsgespräch nicht abreißt, und man ist in der Lage, dieser Sicherheit Ausdruck zu verleihen. Dazu gehören weiterhin bestimmte mediale Formen, welche die Dauerproduktion rechtlicher Kommunikationen dokumentieren und archivieren. Dadurch wird gewährleistet, daß das Fließband des Rechts nicht ins Stocken kommt, für jede Ansicht juristische Argumente bereitstehen und jede Entscheidung eine Grundlage im positiven Recht findet. Schließlich bedarf das positive Recht in erheblichem Umfang menschlicher Mitwirkung: einer Klasse von staatlich geprüften Rechtsexperten, deren Unterstützung die Normalmenschen der Lebenswelt in Anspruch nehmen müssen, sobald sie ihre privaten Angelegenheiten in juristische verwandeln wollen.

Wie diese Verwandlung vor sich geht und welche Ergebnisse sie zeitigt, ist weder durch die Positivität des Rechts noch durch seine Theorie bestimmt, sondern einzig Sache der juristischen Methodologie. Die positivistische Methode ist jedoch außerstande, zwischen dem Recht und seinen Richtern ein Subordinationsverhältnis zu etablieren; vielmehr ist das richterliche Urteil in seiner Kontingenz der legislativen Entscheidung ebenbürtig. Dieses Problem läßt sich weder methodologisch noch theoretisch lösen. Es wird deshalb in die Gerichtsverfassung verlagert. Zwei Aspekte werden dabei untersucht: die Gerichtsöffentlichkeit und der Begründungszwang. Mit der Vorstellung einer »positivistischen« Rechtsanwendungslehre lassen sie sich nicht vereinbaren: Ein Kognitionsakt bedarf weder öffentlicher Zeugenschaft noch der Angabe von Gründen. Theoretisch gesehen, bedeutet Positivismus nach alledem, daß die ausschließliche Zuständigkeit für die Pflege von Recht in der Hand von Rechtsexperten liegt, die juristische Auseinandersetzungen anhand juristischer Argumente entscheiden, und vermutlich liegt gerade in diesem Kampf der Argumente die juristische Methode des Rechtspositivismus.

Dieser theoretische Blick ist der Innenperspektive der Rechtsarbeiter selbst jedoch verschlossen; er eröffnet sich erst den Beobachtern des Rechtssystems. Ihrer Außenansicht gelten zwei weitere Abschnitte, die den Ausführungen zu Begriff und Methode des Rechts einen Rahmen geben. Das erste Kapitel geht der Frage nach, wann die Unterscheidung zwischen dogmatischem Akteur und theoretischem Beobachter Einzug in die Rechtswissenschaft gehalten hat, wie das Recht dadurch sein eigenes Dasein reflektieren und welchen *theoretischen* Nutzen es daraus ziehen konnte. Das letzte Kapitel wiederum nimmt ebenfalls die Außenperspektive ein und erörtert, welchen *praktischen* Nutzen die Differenz von Innen und Außen erbracht hat. Man wird ihn gering veranschlagen müssen.

VI.

Diese Arbeit bedient sich in weitem Umfang historischer Phänomene. Diese werden allerdings nicht in »ihre« Zeit gestellt (was immer das heißen mag), sondern mithilfe eines theoretischen Werkzeugs kartographiert, dessen Entwicklung selbst mehrere Jahrhunderte in Anspruch genommen hat. Das Zeitalter der Positivierung allen Rechts schlechthin bildet den historischen Kontext dieser Arbeit. Eine enge, gewissermaßen lebenszeitlich bestimmte Einordnung einzelner Ereignisse in ein gleichmäßig fließendes Zeitkontinuum von universaler Gültigkeit kommt deshalb nicht infrage. Die Zeit des Rechts ist selbst schon Eigenzeit.

Der Zugriff auf geschichtliche Ereignisse hat daher weniger das Ziel, die juristische Methodenwirklichkeit vergangener Tage abzubilden, als vielmehr die theoretischen Positionen des Kommunikationspositivismus argumentativ zu stützen und zu illustrieren. Detaillierte Erkenntnisse über einzelne Geschehnisse, wie man sie von einer Politik-, Wirtschafts- oder Sozialgeschichte zu erhalten gewohnt ist, kann man dieser Theorie-Geschichte nicht entnehmen. Sie als Rechtsdisziplin aufzufassen, erscheint gleichwohl nicht unberechtigt. Die Entstehung der Rechtstheorie fällt zeitlich in unmittelbare Nähe zur Entdeckung der Rechtsgeschichte. Stand aber die Genesis beider Disziplinen unter ähnlichen Vorzeichen, so kann eine verstärkte Zusammenarbeit durchaus sinnvoll sein. Ob man diese Kooperation lieber der »Rechtsgeschichte« zuschlagen oder sie doch lieber als »Rechtstheorie« bezeichnen möchte, ist dann wohl eher eine Frage der rhetorischen Strategie.

Auch die Auswahl der Literatur folgt einem theoriegeschichtlichen Muster. Sie für die gesamte Epoche systematisch auszuwerten, war weder nötig noch möglich. Die Leuchttürme der letzten zwei Jahrhunderte, ihre Standorte und Signalstärken, sind in einer reichen Sekundärliteratur präzise vermessen. Ihre Strahlkraft darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Rechtswelt außerhalb der Lichtkegel von einem dicken Bodensatz juristischer Alltagsliteratur – Entscheidungssammlungen, Zeitschriften, Aufsätze, Rezensionen, Anmerkungen – bedeckt ist, der sich in Art und Güte nicht immer an den Vorgaben der Autoritäten orientiert. Dieser Alltag wurde hier verstärkt in den Blick genommen und in seinen Eigenheiten für den Gedankengang in Anspruch genommen.

Dazu gehören auch die drei Zwischenfälle. Sie entstammen drei Epochen schärfster theoretischer Auseinandersetzungen: 1835, 1913, 1975, zwischen Romanisten und Germanisten, historischer Schule und Kodifikation, zwischen Begriffsjurisprudenz, Freirecht und Interessenjurisprudenz, sowie schließlich zwischen Sozialwissenschaften, Vorverständnis und Dogmatik; sie zeigen, wie unbeeindruckt von allen theoretischen Scharmützeln die Rechtspraxis ihre Arbeit verrichtet: Traditionen in Anspruch nimmt, wo keine sind, Gesetze zitiert, wo sie Präjudizien meint, ihre Vergangenheit beschwört, wo die Gegenwart nicht ausreicht. Auch diese exemplarischen Belege sind nicht Resultat systematischer Recherche. Es wird immer möglich sein, Beispiele zu zitieren, die eine Stellungnahme der Praxis zur Theorie ihrer Zeit enthalten; allerdings sollte aus

rhetorischen Bekenntnissen nur mit Zurückhaltung auf praktische Einflüsse geschlossen werden. Die ausgewählten Fälle sollen nicht mehr und nicht weniger als ein Schlaglicht auf den Alltag des Rechts werfen und anschaulich machen, wie die Rechtsprechung politische Irritationen abfängt, der Rechtswelt einverleibt und dadurch ihre eigene Autonomie verwaltet. Die Theorie spielt bei alledem keine nennenswerte Rolle. Der Alltag des Rechts läßt sich von der Semantik juristischer Selbstbeschreibungen nur in Ausnahmefällen beeindrucken; die Selbstbestimmtheit des Rechts ist vor allem eine Selbstbestimmtheit seiner Praxis.