

Was ist nachpositivistisches Rechtsdenken?*

Geschichte

Das nachpositivistische Rechtsdenken entsteht, wenn der Glaube an die intellektuelle Leistungsfähigkeit der juristischen Methode verloren geht.¹ Historisch tritt es, ohne sich als solches zu bezeichnen, schon früh in den methodenkritischen Arbeiten der sogenannten Freirechtsbewegung² und des amerikanischen Rechtsrealismus auf.³ Erstere hielt, grob gesagt, der etablierten Rechtswissenschaft entgegen, dass sie aus der Zusammenfassung von Rechtsinstituten zu abstrakteren Gebilden normative Folgerungen ableite, die in die Zusammenfassung nie eingegangen seien. Das sei Schwindel.⁴ Außerdem täusche sich die

* Ausarbeitung eines im November 2019 am Otto-Suhr-Institut der Freien Universität Berlin gehaltenen Vortrags. Sabine Büchner, Tim Wihl und Christian Volk seien herzlich für Ihre Gastfreundschaft bedankt. Astrid Mayer und Linda Lilith Obermayr haben zur Verbesserung des Textes beigetragen.

¹ Für eine Rekonstruktion siehe schon Görg Haverkate, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken: Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, Berlin 1977.

² Siehe nach wie vor Klaus Riebschläger, *Die Freiheitsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin 1969. Siehe nunmehr auch Sebastian Silberg, *Hermann Ulrich Kantorowicz und die Freirechtsbewegung*, Berlin 2005.

³ Siehe aus jüngerer Zeit Michael S. Green, Legal Realism as a Theory of Law, in: *William and Mary Law Review* 46 (2005) 1915-2000.

⁴ Siehe dazu Eugen Ehrlich, *Die juristische Logik*, 2. Aufl. Tübingen 1925, 257-258, 268, 271-272, 276; Ernst Stampe, Rechtsfindung und Konstruktion, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 10 (1905) 417-421; Heinrich Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz (1931), in: *Interessenjurisprudenz*, hrsg. v. G. Ellscheid – W. Hassemer, Darmstadt 1974, 153-210.

Rechtswissenschaft darüber, dass Gesetze in Wahrheit mehr Lücken als Regelungen enthalten.⁵ Der Rechtsrealismus zielte darauf ab, die juristische Methode als scholastische Verrücktheit zu entlarven.⁶ Sie werde auf der Bühne der Urteilsbegründung aufgestellt und vorgeführt, damit Gerichte vor sich selbst und anderen die wahren Beweggründe des Entscheidens verbergen können. Beide Strömungen, denen ein ganz unterschiedliches historisches Schicksal zuteil ward,⁷ wollten die juristische Methode ganz oder teilweise durch das offene moralische Urteil ersetzen.⁸

Aber das ist Geschichte. Die Freirechtsbewegung ist im Sand verlaufen und rückblickend durch die Rechtspraxis im nationalsozialistischen Deutschland indirekt kompromittiert worden.⁹ Der Rechtsrealismus hat nach einigen Jahren an Zulauf

Siehe auch, wenn auch definitiv nicht zur Freirechtsbewegung zählend, Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932), in: ders., *Das Problem der Rechtsgewinnung – Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz – Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, hrsg. v. R. Dubischar, Bad Homburg vor der Höhe 1968.

⁵ Siehe Hermann Ulrich Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), in: ders., *Rechtswissenschaft und Soziologie: Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, hrsg. v. T. Würtenberger, Karlsruhe 1962, 13-40.

⁶ Siehe dazu vor allem Felix Cohen, Transzendental Nonsense and the Functional Approach, in: *Columbia Law Review* 35 (1935) 809-848.

⁷ Siehe Alexander Somek, From Kennedy to Balkin: Introducing Critical Legal Studies from a Continental Perspective, in: *Kansas Law Review* 42 (1994), 759-783.

⁸ Siehe abermals Felix Cohen, The Ethical Basis of Legal Criticism, in: *Yale Law Journal* 41 (1931) 201-220; Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, 2. Aufl. New York 1931.

⁹ Siehe, wenn auch mit Hang zur Vereinfachung, Okko Behrends, Von der Freirechtsschule zum konkreten Ordnungsdenken, in: *Recht und Justiz im ‚Dritten Reich‘*, hrsg. v. R. Dreier – W. Sellert, Frankfurt/Main 1989, 34-80.

verloren,¹⁰ taucht aber in unterschiedlichen Verwandlungen immer wieder in der amerikanischen Rechtslehre auf.¹¹

USA

Es muss daher nicht verwundern, dass das nachpositivistische Rechtsdenken uns heute an amerikanischen Law Schools begegnet. Dort gilt das Deuten und Klassifizieren von Rechtsnormen oder Gerichtsentscheidungen als Bestandteil von Fertigkeiten, die zum Beruf eines „lawyer“ gehören. Das akademisch angebotene Training im Rechtsdenken – im „thinking like a lawyer“ – dient der Berufsvorbereitung. Niemand erwartet, dass es „tiefere Einsichten“ vermittelt. Mit ihm lassen sich Rechtsansichten produzieren. Das „thinking like a lawyer“ wird durch Schreibunterricht vermittelt und vor „moot courts“ dialektisch geübt, um bei sich bietender Gelegenheit erfolgreich demonstriert und dargestellt zu werden. Es ist dazu da, den Standpunkt, für den man eintritt, bestmöglich zu vertreten und ihn gut aussehen zu lassen. Was zählt, ist die *performance* und nicht die Wahrheit oder die Richtigkeit.

Das sich in dieser Praxis manifestierende Denken über das Recht unterscheidet sich vom Rechtspositivismus durch eine grundsätzliche Indifferenz gegenüber einer wertfreien Beschreibbarkeit des Rechts. Zum Naturrecht reicht es wegen seines

¹⁰ Siehe Laura Kalman, *Legal Realism at Yale 1927-1960*, Chapel Hill 1986.

¹¹ Siehe zuletzt Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford 2007, der sich direkt in die Nachfolge der Realisten stellt, ohne den „Regelskeptizismus“ mancher zu teilen.

unausweichlichen Relativismus nicht aus. Seinem Grundton nach ist es ironisch, auch wenn die Ironie bitter schmeckt.¹²

Das Credo des Nachpositivismus haben die „Critical Legal Studies“ einst gelassen ausgesprochen, als sie verkündeten „it’s all politics“.¹³ Zu einer Zeit, als man der Politik noch die Kraft zuschrieb, die Gesellschaft zu verändern und als „Objektivität“ noch nicht Schnee von gestern war, wirkte eine solche Ansage zumindest für manche noch skandalös.¹⁴ Unter den Bedingungen postfaktischer Abklärung, da Objektivität sowieso zunehmend als etwas Schleierhaftes erscheint, und unter dem Eindruck verbreiteter politischer Ohnmacht, schockieren solche Slogans nicht mehr. Sie wirken altersschwach oder pubertär, vor allem wenn die Politik zunehmend zur moralischen Pose und zur konsequenzlosen Gesinnungsbekundung verkümmert, zumal auf Seiten derer, die sich für „links“ halten.¹⁵

Eine Auslegung des Rechts ist oft kontrovers und überzeugt zumeist nicht alle. Sie ist von moralischen Haltungen mitbestimmt, die nicht von allen geteilt werden. Aber das rührt niemanden mehr. Es ist eben so.

Das bedeutet nicht, dass in der amerikanischen Rechtsausbildung die Wahrheit oder die inhaltliche Richtigkeit keine Rolle spielen. Bloß traut niemand der „legal doctrine“ und dem

¹² Siehe Alexander Somek, Legality and Irony, in: *Jurisprudence* (2015) 1-18.

¹³ Siehe *The Politics of Law: A Progressive Critique*, hrsg. v. D. Kairys, 3. Aufl. New York 1998.

¹⁴ Siehe etwa Paul D. Carrington, Of Law and the River, in: *Journal of Legal Education* 34 (1984) 222-228.

¹⁵ Mathias Dusini – Thomas Edlinger, *In Anführungszeichen: Glanz und Elend der Political Correctness*, Berlin 2012.

„thinking like a lawyer“ zu, einen Beitrag zur Findung des Wahren und Richtigen zu leisten. Die wissenschaftliche Befassung mit dem Recht ist abgetreten worden an die Sozialwissenschaften; die Reflexion von Richtigkeit findet statt unter den eingeschränkten Bedingungen der analytischen Philosophie von Moral und Politik. Man begegnet in diesem Milieu daher einer bemerkenswerten Parallelität im Verhältnis zwischen der Befassung mit „doctrine“ und der wissenschaftlich oder philosophisch inspirierten Analyse von „policies“. Sie laufen nebeneinander ab. Ausgenommen davon sind Rechtsgebiete, in denen die ökonomische Analyse des Rechts das traditionelle Rechtsdenken schon aus dem Feld geschlagen hat.¹⁶ Dort ist ein neuer Formalismus entstanden, der sich als Sozialwissenschaft tarnt.¹⁷ Aber das ist eine andere Geschichte.

In den USA ist die nachpositivistische Situation rechtlichen Wissens derart dominant, dass niemand sie als solche benannt oder rechtstheoretisch ausgearbeitet hat. Sie wird als die Welt

¹⁶ Zu deren Aufstieg siehe etwa Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford 1995, 301-417; Herbert Hovenkamp, *The Opening of American Law: Neoclassical Legal Thought 1870-1970*, Oxford 2015, 324-324. Das gilt vor allem für das Wettbewerbs- und das Schadenersatzrecht. Siehe Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, 2. Aufl. New York: Free Press 1993; Louis Kaplow – Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Cambridge, Mass. 2002, 85-154. Gegen die „Instrumentalisierung“ des Rechts zum Zweck der aggregierten Wohlfahrtssteigerung regt sich in der Privatrechtswissenschaft seit einiger Zeit bedeutender Protest. Siehe Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice*, Oxford 2012, 297-332; Arthur Ripstein, *Private Wrongs*, Cambridge, Mass. 2016, 2-6.

¹⁷ Siehe dazu schon die Kritik bei Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Mass. 1988. Korrigiert wird er unterdessen durch die Behavioral Law and Economics. Siehe Eyal Zamir – Doron Teichman, *Behavioral Law and Economics*, Oxford 2018.

verstanden, wie sie sich von sich selbst aus darstellt. Das mag auch deswegen der Fall sein, weil es – anders als im deutschsprachigen Raum – die Kontrastgröße „Rechtswissenschaft“ kaum noch gibt. Das nachpositivistische Rechtsdenken existiert in einem unreflektierten Zustand, wobei gerade dies ein Indiz für seine Dominanz ist.

Kommunikationsmedien

Die Lage in den USA gibt Aufschluss über die soziale Situation, in der sich das rechtliche Wissen befindet, wenn es nicht „verrechtswissenschaftlich“ ist. Sie ist für das Verständnis des Rechts generell nicht unerheblich, zumal dessen soziale Existenz durch Wissen vermittelt ist.

Niemand könnte sagen, was Recht ist, wenn niemandem geglaubt würde, der dies zu wissen beansprucht. Damit es Recht geben kann, muss es das rechtliche Wissen als eine soziale Tatsache geben. Dem Wissen muss geglaubt und vertraut werden, auch wenn diejenigen, denen der Glaube und das Vertrauen zugemutet wird, nicht wissen, weshalb es glaubhaft und vertrauenswürdig ist. Die sogenannten Laien müssen sich sagen lassen, was Recht ist, auch wenn sie nicht verstehen, wie die Wissenden darauf gekommen sind.

In der soziologischen Theorie werden die Formen, etwas im Kontext einer Interaktion außer Streit zu stellen, ohne Geltungsansprüche zu prüfen, als Kommunikationsmedien bezeichnet.¹⁸

¹⁸ Die Theorie der Kommunikationsmedien entstammt dem Kontext der Parsonsen Systemtheorie und ist vielfach kritisch weiterentwickelt worden. Siehe hier bloß Talcott Parsons, *Sociological Theory and Modern Society*, New York 1967, 279-381; Jürgen Habermas, *Theorie des*

Zur Begründung einer Auffassung beruft man sich auf einen einflussreichen Autor: *ipse dixit* („Laut Kant ...“). Wenn man das tut, ist man aus dem Schneider. Begründungen dürfen ausbleiben („Kant!“). Eine Geldsumme legt fest, unter welchen Bedingungen eine Transaktion stattfinden kann. Ein Angebot lässt zwar Wahlfreiheit zu, legt aber die Bedingungen der Wahl vorläufig fest. Ein Befehl indiziert, wie man sich verhalten soll, um Sanktionen zu vermeiden. In allen diesen Fällen wird der Geltungsanspruch („Ich habe recht, weil ...“, „Das ist so viel wert, weil ...“, „Das muss geschehen, weil ...“) eingeklammert. Die Medien *Einfluss*, *Geld* und *Macht* springen ein, um die Akzeptanz des Kommunizierten durch einen Appell ans Eigeninteresse zu vermitteln.

Es ist schwer vorstellbar, dass soziale Interaktionen anders möglich wären als vermittelt durch solche Medien.

Der Großjurist und der Imperator

Das rechtliche Wissen funktioniert nicht anders. Das Medium Einfluss begegnet uns schon früh in der Rolle von Respondierjuristen. Recht ist, was der Großjurist für Recht erklärt.¹⁹ Selbstverständlich wird der Großjurist gern für den sprechen, der ihn großzügig honoriert oder an dessen Macht er sich weidet. Machthaber und Zahlende können das Recht für sich wissen lassen, und dieses Wissen wird ihnen wohl nicht zum Nachteil gereichen.

kommunikativen Handelns. Bd. 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Frankfurt/Main 1981, 384-419; Richard Münch, *Theorie des Handelns: Zur Rekonstruktion der Beiträge von Talcott Parsons, Emile Durkheim und Max Weber*, 123-143.

¹⁹ Es handelt sich in diesem historischen Fall natürlich um mehr als um bloßen Einfluss, weil die Autorität des Kaisers dahinterstand. Siehe Wolfgang Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte*, 12. Aufl. Wien 1990, 101.

Nun ist es in der Tat schwer vorstellbar, dass es ein Rechtssystem geben könnte, ohne dass die Kommunikation von rechtlichem Wissen mit solchen Medien operierte. Das Recht wird, wie sich allgemeiner Bekanntheit erfreut, mit Zwang bewehrt. Jemand muss die Macht haben, es durchzusetzen. Das bedeutet aber auch, dass es für diejenigen, die solchen Zwang zu gewärtigen haben, eigentlich einerlei ist, weshalb diese Person oder Institution das, was sie fordert, bloß für Recht hält oder dies auch wirklich Recht ist.²⁰ Die Person hat die Macht dazu, etwas als Recht durchzusetzen. Die Betroffenen wiederum sind bloß daran interessiert, ihre Interessen zu wahren. Sie verhalten sich nutzenorientiert. Somit wird die Kommunikation über Recht zu einem Dialog zwischen Macht und Geld („Pass auf, die Behörde hält das für Unrecht; das kann dich etwas kosten!“). Das rechtliche Wissen, das dabei von oben kommuniziert und von unten konstruiert wird, stellt sich als ein von Macht und Nutzenkalkül abgeleitetes Phänomen dar.²¹

Die Umkehrung

Dieser Punkt ist trivial. Zugleich ist er wesentlich. Der Geltungsanspruch rechtlichen Wissens zielt darauf ab, verbindliches Recht zu kommunizieren. Wenn zutreffend festgestellt wird, was Recht ist, dann sind die Rechte und Pflichten klar. Um aber seine erforderliche Bestimmtheit annehmen zu können, muss das rechtliche Wissen durch Macht gestützt sein oder sich aus der Perspektive

²⁰ Siehe John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Amherst 2000, 185.

²¹ Klassisch zum Ausdruck gebracht bei Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, wieder abgedruckt in: *Harvard Law Review* 110 (1997) 991-1009 (Erstveröffentlichung 1897).

der Adressaten als berechenbar darstellen. Deswegen ist das Verhältnis zwischen dem Recht und seinen Kommunikationsmedien immer schon *invertiert*. Dass dies oder jenes ihre Pflicht sei, wird den Adressaten nicht kunstgerecht abgeleitet, sondern unter Hinweis auf widrige Konsequenzen kommuniziert. Der Machthaber sehe das so und werde zuschlagen. Als Recht gewusst wird somit aber etwas, was die Machthaber für Recht *halten* oder *ausgeben* und ihre vorhersehbare Reaktion auf das, was sie für Verstöße erachten. Aus der Perspektive der Adressatinnen und Adressaten wird für „Recht“ genommen, was aus dem individuellen Nutzenkalkül abgeleitet ist. Das Wissen des Rechts, wie es sich unabhängig von Medien darstellen könnte, wird durch deren Operationsweise immer schon *verdrängt*.

Um die Relation zu verdeutlichen, worin dieser Wechsel vom Wissen des Rechts zum Wissen, was für Recht gehalten wird, besteht, denke man an die Beziehung zwischen dem Recht, wie wir es aufgrund des Gesetzes verstehen, und dem Recht, wie es von Gerichten angewendet wird. Wegen der durch Macht vermittelten Durchsetzbarkeit betrachten wir als „Recht“ das, was die Gerichte tun und davon abgeleitet auch das, was wir als deren Verhalten vorausberechnen können.

Das ist unvermeidlich. Um sozial möglich zu sein, muss das Recht immer schon intern vermachtet auf die Welt kommen. Sein Zurücktreten im Verhältnis zur Macht ist ihm inhärent. Es ist aber auch immer schon kommodifiziert. Für die Adressatinnen und Adressaten ist das, was sich wegen des voraussehbaren Verhaltens der Machthaber als potenzielle Verhaltenskosten prognostizieren lässt.

Interne Vermachtung und Kommodifizierung

Die Inversion²² im Verhältnis zwischen dem Wissen und seinen sozialen Kommunikationsmedien ist also eine Bedingung der Möglichkeit für die soziale Existenz des Rechts. Das rechtliche Wissen ist dazu da, außer Streit zu stellen, was rechtlich gilt. Weil es dafür der mediengesteuerten Kommunikation bedarf, tritt systematisch das Risiko auf, dass im Ergebnis das Recht selbst auf der Strecke bleibt.

Vom Kontext seiner eigenen Realisierung ist das rechtliche Wissen durchgängig affiziert. Seine interne Vermachtung ist daran manifest, dass es „dogmatisch“ gewisse Prämissen, Verständnisse oder Methoden nicht weiter hinterfragen darf, um praktisch erfolgreich sein zu können. In der Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs wird etwa der Gleichheitssatz als ein vergleichsunabhängiges Sachlichkeitsgebot verstanden.²³ Das bedeutet, dass eine Regelung ungeachtet des Umstands, ob sie eine Gleich- oder Ungleichbehandlung vorsieht, „in sich“ sachlich sein müsse. Die Ableitung eines solchen Sachlichkeitsgebots aus dem Gleichheitssatz ist Unfug.²⁴ Aber wenn man dies dem Gericht als Parteienvertreterin zu verstehen gäbe, würde man unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung abblitzen und den Klienten keinen Dienst erwiesen haben.

²² Siehe dazu schon Alexander Somek – Nikolaus Forgó, *Nachpositivistisches Rechtsdenken: Inhalt und Form des positiven Rechts*, Wien 1996, 143-176.

²³ Siehe dazu etwa VfSlg. 14.362/1995.

²⁴ Siehe bloß Theo Öhlinger – Harald Eberhard, *Verfassungsrecht*, 12. Aufl. Wien 2019, Rz 765 (S. 341).

Die Vermachtung gibt darüber den Ausschlag, dass das gelebte rechtliche Wissen etwas intellektuell Sklavisches an sich hat. Pragmatisch ist es nur möglich, indem es sich dem in einer Jurisdiktion vorherrschenden Denk- und Sprachstil anpasst und etablierte Tabus beachtet. Ob die eingeschliffenen Denkmuster Sinn machen oder nicht ist einerlei. Gleichwohl ist mit der Submission keine Erfolgsgarantie verbunden; woraus sich erklärt, weshalb die Produktion von rechtlichem Wissen ein hartnäckig frustrierendes Geschäft ist, das dem menschlichen Geist nicht zu schmeicheln vermag.

Die Kommodifizierung von rechtlichem Wissen ist auch daran manifest, dass es sich als Dienstleistung verkaufen lässt. Rechtliches Wissen ist in der Regel nicht billig. Es wird arbeitsteilig produziert und vorzugsweise in Schriftform an Klienten abgegeben. Stundensätze hängen von der Marktstellung des Anwaltsbüros ab.²⁵ In schwach entwickelten akademischen Rechtskulturen hängt sogar das Prestige der Wissenschaftlerinnen nicht zuletzt von Mutmaßungen über den Umsatz ihres Gutachtengeschäfts oder ihrer Einkünfte aus der Schiedsgerichtsbarkeit ab. Ähnliches gilt für das Geschick, mit dem sich Experten von Gerichten verständlich machen können, indem sie die Funktionsweise und die Schlüsselbegriffe der intern vermachteten Diskurse ausklügeln. Rankings von *law firms* sind in gewisser Weise Formen der Selbstreflexion rechtlichen Wissens, wenn auch nur zum Teil. Sie spiegeln auch zugleich den kommerziellen Kontext wider, in dem es

²⁵ Das ist in Österreich auch gerichtlich anerkannt. Siehe hierzu OGH 16.10.2006, 16 Bkd 3/06.

steht.²⁶ Auch hier gilt, dass Recht ist, was sich als Recht verkaufen lässt.

Daran ist erkennbar, dass auch ein intern vermachtetes und kommodifiziertes rechtliches Wissen seine eigenen Formen kennt, seinen Wert in Medien der Kommunikation zu reflektieren. Es reflektiert ihn in Macht, wenn es darüber tiefsinnig wird, wie ihm der Zugang zum Machthaber gelingen könnte; es reflektiert ihn in Geld, wenn es auf das Ein- und Fortkommen abstellt, das sich mit juristischer Expertise erzielen lässt.

Rechtswissenschaft

Im nachpositivistischen Rechtsdenken spiegelt sich also eine Situation wider, in der das rechtliche Wissen keinen wissenschaftlichen Anspruch erhebt. In gewisser Weise entspricht dies dem „Urzustand“ rechtlichen Wissens. Es gilt das „Recht“ des Stärkeren.

Vor diesem Hintergrund erscheint der Anspruch auf Verwissenschaftlichung rechtlichen Wissens in einem bemerkenswerten Licht. Es behauptet, Wissen zu sein, das zu sagen vermag, was *wirklich* Recht ist und nicht bloß das, was die Machthaber für Recht halten müssten, wenn sie sich selbst verstünden. Im Kontext der Rechtswissenschaft geht es um die Bedingungen, unter denen eine Aussage über das Recht *wahr* sein kann. Nicht von ungefähr übersetzt sich die Frage nach dem, was das Recht wirklich ist, in die Frage danach, was wirklich – und nicht bloß zum Schein – Recht ist. Epistemische und ontologische Fragen treten nicht unverbunden auf.

²⁶ Siehe etwa <https://www.legal500.de/c/deutschland> (Zugriff 22.1.2020).

Die Rechtswissenschaft entfaltet gegenüber intern vermacherten Praktiken eine kritische Kraft, unabhängig davon, ob man naturrechtlichen oder rechtspositivistischen Antworten zuneigt. Sie verspricht, den Bann von Kommodifizierung und Vermachtung von innen aufbrechen zu können. Wissend überwindet es die für die Existenz des Wissens notwendige Indifferenz gegenüber diesem Wissen. Zumindest stellt sich uns dies rückblickend so dar.

Die Wissenschaft erfüllt in diesem Zusammenhang dieselbe Funktion wie die Kommunikationsmedien, zumal sie bestimmt, was in diesem oder jenem Fall Recht ist. Allerdings ist sie – anders als die Medien – dem Recht angemessen. Sie ist die dem Recht selbst inhärente Form, das Recht zu wissen, weil sie darauf abzielt, in konkreten Fällen *diesem selbst* Geltung zu verschaffen.

Für sogenannte naturrechtliche Ansätze mag das auf der Hand liegen. Sie begrenzen den möglichen Inhalt des Rechts unter dem Vorzeichen der Gerechtigkeit, indem sie etwa sagen, dass es wissenschaftlich falsch wäre, eine grob ungerechte Norm als „Recht“ zu klassifizieren.²⁷ Aber eine nicht minder beeindruckende kritische Kraft steckte einst im Rechtspositivismus, zumindest dem Kelsenscher Prägung.²⁸ Sie manifestierte sich in seinem Fall vor allem mit Blick auf Missdeutungen des positiven Rechts, die durch

²⁷ Siehe bloß Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg 2016.

²⁸ Er begegnet einem noch immer in kompakter und gleichsam geballter Form in der ersten Auflage der Reinen Rechtslehre, auch wenn Matthias Jestaedt gewiss Recht damit hat, dass Kelsens Allgemeine Staatslehre der umfangreichere Prototyp dieses Buches ist. Siehe Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre: Studienausgabe der 1. Auflage 1934*, hrsg. v. M. Jestaedt, Tübingen 2008; ders., *Allgemeine Staatslehre: Studienausgabe der 1. Auflage 1925*, hrsg. v. M. Jestaedt, Tübingen – Wien 2019.

ideologisch geprägte Begrifflichkeit auftraten. Das betraf die Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, das Verständnis von Personen als „natürlich“ oder das Verhältnis des Staats zur Rechtsordnung.

Der Rechtspositivismus Kelsens gelangte auch zur Auffassung, dass der Geltungsanspruch rechtswissenschaftlicher Aussagen bescheidener ausfallen müsse, als in der Wissenschaft oft angenommen wird. In vielen Fällen werde die Auskunft der Wissenschaft nicht anders lauten können, als dass mehrere Lösungsvarianten wissenschaftlich möglich und rechtlich zulässig seien. Unter diesem Vorzeichen verweigerte die Rechtswissenschaft den Mächtigen ihren Dienst, indem sie ihnen zu verstehen gab, dass sie ihnen das politische Entscheiden nicht abnehmen könne, schon gar nicht, indem sie es als wissenschaftliche Einsicht tarne. Außerdem ließ sich auf dieser Grundlage die Rechtsprechung methodenkritisch analysieren und darlegen, dass Vieles, was als Rechtsanwendung auftritt, in Wahrheit Rechtsschöpfung ist. Aus dieser rechtspositivistischen Sicht könnte man auch heute sagen, dass wesentliche Teile des deutschen Verfassungsrechts, des Europarechts und Völkerrechts auf der Rechtsschöpfung seitens der Gerichte beruhen. Das ist an sich nicht skandalös.²⁹ Skandalös ist vielleicht, dass es von Wissenschaftlern nicht als problematisch empfunden, sondern sogar als wünschenswert angesehen wird.

In der nachpositivistischen Situation entfällt jedenfalls die rechtswissenschaftliche Rechtskritik. Was auch immer dann als

²⁹ Siehe die wunderbar heitere Auseinandersetzung mit dem Bundesverfassungsgericht bei Matthias Jestaedt – Oliver Lepsius – Christoph Möllers – Christoph Schönberger, *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin 2011.

Kritik auftreten mag, versteht sich aus einer resoluten Verbundenheit mit einer Agenda: der Agenda der nationalen Souveränität, der selbstbestimmten Geschlechtlichkeit, der Frauen, der postkolonial subalternen Subjekte oder des globalen Klimaschutzes. Die dahinterstehende Entschlossenheit ist verschiedentlich mit der Behauptung des eigenen Soseins verbunden. Das Vakuum an wissenschaftlicher Kritik wird solcherart mit Identitätspolitik gefüllt.

Semantisierung

Das nachpositivistische Rechtsdenken, das diese Situation reflektiert, sieht die überkommenen Verständnisse von Rechtswissenschaft als zutiefst erschüttert an. Im Vordergrund steht nicht die Zurückweisung des Naturrechts. Der Rechtspositivismus gilt, auch wenn er nicht überzeugt, als die vergleichsweise attraktivere Position, an der sich das nachpositivistische Rechtsdenken abarbeitet.

Die Naturrechtslehre leidet generell an dem Problem, unpolitisch zu sein. Sie hat keinen Sinn dafür, dass moralische Auffassungsunterschiede zu dem gehören, was die Vernunft des Rechts ausmacht.³⁰

Also wird durch das nachpositivistische Rechtsdenken die geistige Situation rechtlichen Wissens vorwiegend damit in Beziehung gesetzt, dass der Rechtspositivismus seine Überzeugungskraft eingebüßt hat. In der Sache wird seine Grundprämisse – die Positivität des Rechts im Sinne des Daseins des Rechts – in Frage gestellt.

³⁰ Siehe dazu Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford 2019.

Aus der Sicht des Rechtspositivismus wird das Recht gesetzt und steht daraufhin fest. Es ist solide genug, um sich in wissenschaftlichen Sätzen beschreiben zu lassen. Dieser Glaube nährt sich beim Rechtspositivismus kontinentaler Prägung aus einem bestimmten Verständnis der menschlichen Sprache. Demnach sind Rechtsnormen als sprachliche Gebilde ihrem Gehalt nach durch semantische und pragmatische Regeln determiniert. Diese Regeln lassen sich objektivieren – etwa durch Rekurs auf Wörterbücher – und im Anschluss daran die Inhalte von Rechtsnormen aufgrund dieser Sprachregeln wertneutral beschreiben.³¹

Der Rechtspositivismus, der sich als juristische Methode versteht, beruht somit auf einer Strategie, die man als „Semantisierung“ bezeichnen kann. Wenn man zu Interpretationszwecken nicht allgemeine Mutmaßungen darüber anstellt, was eine Rechtsnorm vernünftig macht, sondern Sprachregeln heranzieht, um herauszufinden, auf welche Sachverhalte die Normen anzuwenden sind, dann borgt sich das Recht die Normativität von den Regeln der Sprache. Die Verbindlichkeit des Rechts verhält sich parasitär zur Verbindlichkeit der Sprache:

Wiener Staatsoper: Im Stehplatzbereich sind Sessel verboten.

Lexikon: In Österreich versteht man unter „Sessel“ auch Stühle.

Rechtlich Wissende: Im Stehplatzbereich darf man keine Klappstühle aufstellen.

³¹ Ich meine, diese Strategie wird eingeschlagen bei Michael Potacs, *Rechtstheorie*, 2. Aufl. Wien 2019.

Semantische Kämpfe

Durch das nachpositivistische Rechtsdenken wird dieses Sprachverständnis zutiefst in Frage gestellt. Zumindest hat sich im deutschsprachigen Raum die Strukturierende Rechtslehre ein entsprechendes kritisches Programm auf die Fahnen geschrieben.³² Sie versteht die Auslegung von Rechtsnormen als einen Prozess, im welchem dem Recht konstruktiv Bedeutungen zugeschrieben werden. Im Hintergrund steht ein pragmatisches, an Wittgenstein orientiertes Sprachverständnis, das die Bedeutung von Äußerungen im Gebrauch der Sprache und nicht in ausformulierbaren Regeln lokalisiert. Auch besteht eine Nähe zum Pragmatismus Robert Brandoms, der selbst sein Verständnis von semantischen Regeln in Analogie zur Verwendung von Präzedenzfällen erläutert hat.³³ Demnach haben frühere Sprecherinnen und Sprecher semantische Autorität für die Sprecherinnen und Sprecher der Gegenwart, allerdings nur unter dem Vorzeichen, unter dem ihr Sprechen für die späteren Sprecherinnen und Sprecher von Interesse sein kann. Die Sprecherinnen und Sprecher der Gegenwart verwenden, was sie an Sprache vorfinden, um sich ihren Zeitgenossen und Menschen in der Zukunft verständlich zu machen und müssen daher zu plausiblen Rekonstruktionen greifen,

³² Siehe Friedrich Müller – Ralf Christensen, *Juristische Methodik, Bd. 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*, II. Aufl. Berlin 2013.

³³ Siehe Robert B. Brandom, A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel, in: *Pragmatism, Law, and Language*, hrsg. v. G. Hubbs – D. Lind, London 2014, 19-39; ders., *Reason in Philosophy: Animating Ideas*, Cambridge, Mass. 2009, 70-86.

die auch diesen einleuchten könnten. Jedenfalls ist nach Brandom das sprachliche Regelwerk *ex ante* immer unfertig. Als vollständig determiniert kann es sich immer nur *ex post* ausnehmen. Das positivistische Semantisierungsmodell wird damit zutiefst in Frage gestellt.

In diesem Sinne lenkt die Strukturierende Rechtslehre unsere Aufmerksamkeit auf Phänomene wie das Aufladen der Bedeutung von Normen in „semantischen Kämpfen“³⁴. Die Auslegung des Rechts stellt sich als ein sozialer Prozess dar, der von den Interessen der Teilnehmerinnen und Teilnehmer und nicht von der Normbedeutung bestimmt wird.³⁵ Damit tritt die strukturierende Rechtslehre ohne Zweifel das kritische Erbe des Rechtspositivismus an. Denn auch diesem war daran gelegen, die Offenheit des Interpretationsergebnisses freizulegen und damit zu demonstrieren, dass die Rechtsanwendung ein politischer Prozess ist.

Die Subjektivität des Rechts

Bei aller Subtilität, die einem im Umkreis der Strukturierenden Rechtslehre begegnet, kann man sich dennoch des Eindrucks nicht erwehren, dass ihre Vertreter das traditionelle rechtspositivistische Bild einfach umkehren. Nicht die Norm bestimmt die Auslegung, sondern die Auslegung die Bedeutung der Norm. Die Interpretationsmethoden dienen nicht der Erkenntnis des Rechts,

³⁴ Siehe etwa Janine Luth, *Semantische Kämpfe im Recht: Eine rechtslinguistische Analyse zu Konflikten zwischen dem EGMR und nationalen Gerichten*, Heidelberg 2015; Stefan Rübben, *Bedeutungskampf. Zur Kritik der zeitgenössischen Rechtstheorie*, Weilerswist 2015.

³⁵ Siehe Ralph Christensen – Hans Kudlich, *Theorie richterlichen Begründens*, Berlin 2000.

sondern fungieren als Spielregeln, die es gestatten, in einem juristischen Diskurs einen Spielzug zu machen, mit dem man Bedeutung herstellt.³⁶ In gewisser Weise bleibt alles beim Alten. Es soll bloß anders verstanden und politisch verantwortungsbewusst ausgeübt werden.³⁷ Die kritische Kraft der Rechtswissenschaft im Verhältnis zur Praxis bleibt erhalten, wenn auch halbiert auf die Suspension eines affirmativen Verhältnisses zu ihr.

Was die Strukturierende Rechtslehre allerdings nicht aufarbeitet, ist die subjektive Leistung, die sie der Gemeinschaft von Interpretinnen und Interpreten zuschreibt. In ihren Deutungen spricht sich das Recht aus. Sie sind, um Montesquieus Bild aufzugreifen, die Mündler des Rechts.³⁸ In dieser Eigenschaft sind sie alles andere als nichts. Sie sprechen Neues aus. Aus der Sicht des Rechtspositivismus würde damit die Frage aufgeworfen werden, ob diese nicht als *Rechtsquelle* zu betrachten seien. Aber zu dieser Frage schweigt die Strukturierende Rechtslehre.³⁹ Wenn Rechtspositivisten versuchten, sie zu beantworten, käme wohl gewiss wieder jene Ontologie der Rechtsquelle ins Spiel, die diese als normativ relevante soziale Tatsachen versteht, vermöge derer das Recht „zum Stehen“ – oder zum Feststehen – gebracht wird. Aber damit kommt man nicht weiter.

³⁶ Siehe ebd., *passim*.

³⁷ In diesem Sinne endete schon das in Anm. 1 erwähnte Werk von Haverkate.

³⁸ Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, hrsg. v. E. Forsthoff, Bd. 1, Tübingen 1992, 220.

³⁹ Für eine kritische Perspektive siehe Thomas Coendet, Dialektik der Textarbeit: Eine Kritik der Strukturierenden Rechtslehre, in: *Recht ist kein Text: Studien zur Sprachlosigkeit im verfassten Rechtsstaat*, hrsg. v. F. Vogel, Berlin 2017, 43-66.

Der andere Weg

Der andere Weg des nachpositivistischen Rechtsdenkens setzt an dieser Stelle ein.⁴⁰ Auf ihm wird kurzerhand die Differenz zwischen dem Recht und der ihm gewidmeten Wissenschaft eingezogen. Das Recht ist die Wissenschaft – oder anders gewendet, im Recht begegnen uns Formen des rechtlichen Wissens. Das Recht ist nicht bloß das Objekt, es ist auch das Subjekt seines Wissens. Es ist das Recht selbst, das weiß, was Recht ist.

Genauer betrachtet wird auf diesem anderen Weg eine doppelte Korrektur vollzogen. Das Naturrecht wird durch eine Theorie des Rechtsverhältnisses ersetzt⁴¹ und darauf aufbauend in der Überwindung des Rechtspositivismus eine alternative Rechtsquellenlehre entwickelt. Die Rechtsquellen werden nicht als unterschiedliche Formen der „Setzung“ verstanden. Sie werden als je andere *Gestalten* angesehen, die das Recht annimmt, wenn es aus spezifischen sozialen Perspektiven gewusst wird. Alle Rechtsquellen als Formen der „Setzung“ zu verstehen, würde einschließen, sie insgesamt nach dem Vorbild einer Entscheidung zu verstehen. Aber diese ist bloß eine Quelle unter anderen.

Zur Subjektivität des Rechts dringt man vor, indem man die Rechtsquellen als pragmatische Möglichkeiten begreift, autoritativ zu artikulieren, was in einer Situation Recht ist. Der Blick auf diese ihre Gestalt ist uns zunächst verstellt. Das ist deswegen so, weil wir üblicherweise andere Rechtsquellen aus dem Blickwinkel

⁴⁰ Siehe zum Folgenden Alexander Somek, *Wissen des Rechts*, Tübingen 2018.

⁴¹ Siehe Michael Oakeshott, The Rule of Law, in: ders., *On History and Other Essays*, Indianapolis 1999, 129-178; Alexander Somek, *The Legal Relation: Legal Theory after Legal Positivism*, Cambridge 2017, 108-132.

der Rechtswissenschaft betrachten. Sie nehmen sich deswegen wie rechtserzeugende Tatbestände aus:

Rechtsquelle: Wenn die durch mich bezeichneten Erzeugungsbedingungen erfüllt sind, dann ist eine Rechtsnorm entstanden.

Nun ist die Rechtswissenschaft im nachpositivistischen Verständnis ebenfalls eine Rechtsquelle. Ihr interner Bezug auf andere Quellen macht sie zur Quelle zweiter Ordnung. Sie ist ein besonderer Fall, weil sie dazu dient, die Produkte anderer Quellen aufeinander zu beziehen und vermöge dieser Beziehung adäquat zum Sprechen zu bringen. Jedenfalls wird aber durch ihre Präponderanz im Rechtssystem verborgen, dass sich die Pointe von Rechtsquellen aus der Perspektive einer *ersten Person* erschließt, die etwas als Recht behauptet. Für das Gewohnheitsrecht sieht das dann wie folgt aus:

Gewohnheitsrecht: Pfui, so etwas hat es bei uns noch nie gegeben.

Im ersten Teil („Pfui“) steckt die *opinio iuris*, im Rest des Satzes folgt der Hinweis auf den *usus*. Wer gewohnheitsrechtlich etwas als Recht oder Unrecht weiß, der spricht in der ersten Person Plural und appelliert an den Rückhalt aus der gemeinsamen Praxis, zumal diese Praxis zeigt, wer „wir“ sind. „Wir“ lassen etwas nicht zu:

Gewohnheitsrecht: Bei *uns* nicht.

Wer aus der Perspektive der gesetzgebenden Instanz etwas behauptet, spricht wie folgt:

Gesetzgebung: Wir haben doch gesagt, dass wir so etwas nicht zulassen.

Die Person beruft sich auf eine Entscheidung. Genau genommen erinnert sie bloß daran und redet so, als ob es bloß der Erinnerung bedürfte, um klarzustellen, was „Sache ist“. Die Entscheidung ist die umfassendere Form jener Quelle, zu der die Gesetzgebung gehört.

Die Beispiele sollen zweierlei zu erkennen geben. Erstens wird im „vorwissenschaftlichen“ Zustand rechtlichen Wissens das Problem der Anwendung der Norm ausgeklammert. Die Quelle spricht *für* sich und nicht *über* sich selbst. Zweitens wird keine Verantwortung dafür geschultert, die erwähnten Umstände zu beweisen, wie die Existenz einer Übung oder eines Beschlusses. Wenn die Rechtsquelle in der ersten Person spricht, ist diese Verantwortung durch den Akt des Sprechens immer schon implizit wahrgenommen worden. Die Quelle spricht *mit* der – und nicht *über* die – Autorität der Quelle.⁴² Einen Unterschied zwischen

⁴² In den Quellen begegnet uns soziale Faktizität: die gemeinsame Anschauung (*opinio iuris*) einerseits und die von einer vollständigen inhaltlichen Begründung unabhängige Entscheidung (*voluntas*) andererseits. Doch unter dem Vorzeichen des Begründens stellt sich der Grund dieser Faktizität als etwas dar, das nicht etwas, aber auch nicht nichts ist. Es ist vielmehr unbestimmt. Der Grund der gemeinsamen Anschauung und der Entscheidung ist nicht nichts, aber auch nicht etwas Bestimmtes. Ontologisch partizipieren die Quellen damit an der Form unbestimmter Bestimmtheit. Diese Form expliziert den Sinn von „Spontanität“. Siehe dazu generell Gerhard Gamm, *Nicht nichts. Studien zu einer Semantik des Unbestimmten*, Frankfurt/Main 2000. Diese Spontanität wurde einst als Ausdruck kollektiver Subjektivität gedeutet und mit dem „Volksgeist“ gleichgesetzt. Das Recht galt als Ausdruck des Volksgeists. Siehe Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, 24.

Rechtsetzung und Rechtsanwendung gibt es nicht. Es gibt niemanden, der berufener über das sprechen könnte, was „wir“ für Recht ansehen als ein Gemeinschaftsmitglied. Wenn die Gesetzgebung selbst daran erinnert, was sie angeordnet hat, dann erübrigt sich die Diskussion. Es ist so, als ob sie es nochmals anordnen würde.

Rechtswissenschaft in nachpositivistischer Sicht

Diese Sicht auf Rechtsquellen mag gekünstelt anmuten. Wann spricht dann schon die Rechtsquelle im Einzelfall? Dennoch müsste es genau darauf ankommen. Rechtliches Wissen gibt es nur, wenn wir angeben können, was in *diesem* oder *jenem* Fall Recht ist. Denn wenn das Gewohnheitsrecht die einzige Rechtsquelle ist, können nur die Gemeinschaftsmitglieder angeben, was Recht ist, indem sie gemeinsam ausrufen:

Gewohnheitsrecht: Pfui, so etwas hat es bei uns noch nie gegeben.

Wenn umgekehrt die Gesetzgebung die einzige Rechtsquelle ist und niemand weiß, was zu tun ist, dann wird man Rat suchend die Gesetzgebung anrufen, und diese wird antworten:

Gesetzgebung: Wir haben doch gesagt, dass wir so etwas nicht zulassen.

In dieser hypothetischen Situation gibt es keine Gewaltenteilung. Die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung sind nicht voneinander geschieden. Sie sind ununterscheidbar. Unterscheidbar werden sie umgekehrt erst dann, wenn man die Rechtsanwendung von der Setzung einer Regel institutionell trennt. Das ist zweifelsfrei ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit. Darüber hinaus

muss in einer Situation, in der es eine Mehrheit von potenziell anwendbaren Regeln gibt, die Frage beantwortet werden, welche von ihnen auf einen Sachverhalt „passt“, um die gleichmäßige Anwendung parallel geltender Regeln garantieren zu können. Um hier zu Ergebnissen zu gelangen, müssen Schemata erarbeitet werden. Es bedarf einer weiteren Rechtsquelle. Es ist dies die Rechtswissenschaft, wie sie unter nachpositivistischem Vorzeichen verstanden wird. Sie beruht nicht auf der „Beschreibung“ des Rechts, sondern auf dessen Konstruktion mit Blick auf das Problem der angemessenen Anwendung. Sie bietet nicht Einsicht, sondern antizipiert den systematischen Zusammenhang vernünftiger Wesen unter allgemeinen Gesetzen. Sie bringt die Rechtsnormen in ein Format, in dem sie angemessen auf Einzelfälle angewendet werden können. Diese Rechtswissenschaft ist eine Rechtsquelle zweiter Ordnung. Sie weist dem, was den anderen Quellen entspringt, einen systematisch bestimmten Platz zu.

Als Rechtsquelle zweiter Ordnung kann die Rechtswissenschaft aber auch anderen Quellen ihre Stimme leihen. Sie spricht gewohnheitsrechtlich, wenn sie an etwas appelliert, was sich angeblich von selbst versteht und worüber vermeintlich Konsens besteht. Sie spricht legislativ, wenn sie Intentionen der Gesetzgebung ausgräbt, um diese gleichsam im Originalton zur Geltung zu bringen. Als sie selbst spricht sie dann, wenn sie systematisch verfährt.

Die kritische Dimension

Was wird unter nachpositivistischem Vorzeichen aus der kritischen Dimension der Rechtswissenschaft im Verhältnis zur Praxis? Müsste sie nicht gänzlich entfallen, weil alles, was vormals

reine Rechtserkenntnis hieß, nun insofern wegen seines konstruktiven Charakters schöpferisch ist?

Indes geht diese Dimension nicht verloren. Sie spaltet sich allerdings auf.

Zum einen ist sie manifest an der „regulativen Idee“, die Zusammenschau einer Vielzahl von Normen zu einem System müsse die angemessene Gleichbehandlung der Fälle garantieren. Diese Idee bleibt dem Anspruch der Rechtswissenschaft inhärent und bildet den *focus imaginarius*⁴³ aller Debatten.

Zum anderen ist zur Kenntnis zu nehmen, dass Denkweisen der Rechtswissenschaft die Auffassung und damit die Gestalt von Rechtsgebieten prägen. Das Rechtsdenken und die Rechtspolitik leben nicht in verschiedenen Welten. Sie sind oft von denselben geistigen Strömungen geprägt. Die kritische Dimension dessen, was Rechtswissenschaft sein kann, lässt sich aufrechterhalten im Verhältnis zu Entwicklungen des Rechts, indem man sie an den für sie leitenden Ideen misst. Daraus lässt sich so etwas wie die immanente Kritik von Rechtsgebieten entwickeln, was sich beispielsweise anhand des Konstitutionalismus und des Antidiskriminierungsrechts demonstrieren ließe. Zuletzt kann man diesen kritischen Impuls bis auf die Kritik des Rechts als einer sozialen Institution übertragen.⁴⁴

Auch dazu versetzt uns der Weg in die Lage, auf dem das Recht ausgehend vom Rechtsverhältnis gedacht wird. Aber diese längere Geschichte kann nun nicht mehr erzählt werden.

⁴³ Siehe Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft. Werke in zwölf Bänden*, hrsg. v. W. Weischedel, Frankfurt/Main 1968, Bd. 4, 566 (B 674).

⁴⁴ Siehe dazu bekanntlich Daniel Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, Berlin 2017.

