

**ERFAHRUNG
UND DENKEN**

Schriften zur Förderung
der Beziehungen zwischen
Philosophie und
Einzelwissenschaften

Band 45

Der Rechtspositivismus

Kritische Würdigung auf der Grundlage
eines juristischen Pragmatismus

Von Prof. Dr. Walter Ott

Zweite Auflage



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

ERFAHRUNG UND DENKEN

Schriften zur Förderung der Beziehungen zwischen Philosophie und Einzelwissenschaften

Herausgeber

Alwin Diemer (Düsseldorf), Helmar Frank (Paderborn), André Mercier (Bern),
Karl R. Popper (London), Kurt Schelldorfer (Reinach).

Beirat

Th. Ballauf (Mainz), H. Coing (Frankfurt), C. J. Friedrich (Cambridge),
H. Hediger (Zürich), H. Heimann (Bern), R. Meili (Bern), G. Pilleri (Bern),
B. Rensch (Münster), F. Wagner (München), M. Waldmeier (Zürich), R. Wellek
(New Haven, Conn./USA).

Schriftleitung

Kurt Schelldorfer

Hinweise

1. Der Zweck der Schriften „Erfahrung und Denken“ besteht in der Förderung der Beziehungen zwischen Philosophie und Einzelwissenschaften unter besonderer Berücksichtigung der „Philosophie der Wissenschaften“.
2. Unter „Philosophie der Wissenschaften“ wird hier die kritische Untersuchung der Einzelwissenschaften unter dem Gesichtspunkt der Logik, Erkenntnistheorie, Metaphysik (Ontologie, Kosmologie, Anthropologie, Theologie) und Axiologie verstanden.
3. Es gehört zur Hauptaufgabe der Philosophie der Gegenwart, die formalen und materialen Beziehungen zwischen Philosophie und Einzelwissenschaften zu klären. Daraus sollen sich einerseits das Verhältnis der Philosophie zu den Einzelwissenschaften und andererseits die Grundlage zu einer umfassenden, wissenschaftlich fundierten und philosophisch begründeten Weltanschauung ergeben. Eine solche ist weder aus einzelwissenschaftlicher Erkenntnis allein noch ohne diese möglich.

WALTER OTT · DER RECHTSPOSITIVISMUS

E R F A H R U N G U N D D E N K E N

Schriften zur Förderung der Beziehungen zwischen Philosophie und Einzelwissenschaften

Band 45

Der Rechtspositivismus

Kritische Würdigung auf der Grundlage
eines juristischen Pragmatismus

Von

Prof. Dr. Walter Ott

Zweite, überarbeitete und erweiterte Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Ott, Walter:

Der Rechtspositivismus : kritische Würdigung auf der
Grundlage eines juristischen Pragmatismus / von Walter Ott. –
2., überarb. und erw. Aufl. – Berlin: Duncker und Humblot,
1992

(Erfahrung und Denken; Bd. 45)

ISBN 3-428-07423-8

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Werksatz Marschall, Berlin 45

Druck: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0425-1806

ISBN 3-428-07423-8

Vorwort zur zweiten Auflage

Seit Erscheinen der 1. Auflage dieses Buches, einer im Jahre 1978 von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich abgenommenen Habilitationsschrift, ist die internationale Diskussion um den Rechtspositivismus weiter gegangen. 1977 veröffentlichte R. Dworkin, der Nachfolger von H. L. A. Hart auf dessen Lehrstuhl für Jurisprudence in Oxford, das Buch „Taking Rights Seriously“, welches einen allgemeinen Angriff auf den Positivismus seines Vorgängers enthält. — Im Jahre 1979 erschien aus dem Nachlaß Kelsens das große unvollendete Werk „Allgemeine Theorie der Normen“, das in mancherlei Hinsicht von der Reinen Rechtslehre in ihrer klassischen Gestalt abweicht. — Weiter ist in der Zwischenzeit eine neue Form des Positivismus entwickelt worden, nämlich der sog. Institutionalistische Rechtspositivismus MacCormicks und Weinbergers. — Drittens ist heute aufgrund der seither erschienenen Literatur erwiesen, daß der Positivismus nichts zu tun hatte mit der Verwüstung des Rechts im III. Reich. — Und schließlich hat der Gegenstand dieses Buches eine unerwartete Aktualität durch die deutsche Wiedervereinigung erhalten. Damit stellen sich erneut die Probleme des Übergangs von einem Unrechtsstaat in eine rechtsstaatliche Demokratie. In bezug auf die ehemalige DDR konnten diese Probleme nicht mehr *expressis verbis* behandelt werden, doch sind wohl da und dort analoge Problemlagen gegeben. An dieser Stelle kann nur auf Heiner Sauer und Hans-Otto Plumeyer, Der Salzgitter-Report verwiesen werden. Die Zentrale Erfassungsstelle berichtet über Verbrechen im SED-Staat (Esslingen / München 1991).

Damit sind die Schwerpunkte erwähnt, die eine überarbeitete und erweiterte Auflage als wünschenswert erscheinen ließen. Daneben finden sich zahlreiche Änderungen; vor allem habe ich versucht, die Argumentation im Streit um die sog. Trennungsthese (d. h. die begriffliche Trennung von Recht und Moral) zu verbessern. [§§ 21 E, 22, 23]

Dank schulde ich in erster Linie dem Erziehungsrat des Kantons Zürich für das im Winter 1988/89 gewährte Freisemester. In dieser Zeit ist der Hauptteil der Arbeit entstanden. — Herr Dr. iur. Martin Sigg war so liebenswürdig, mir bei der kritischen Würdigung der „Allgemeinen Theorie der Normen“ Kelsens (hinten § 5 B) mit seinen normenlogischen Kenntnissen beizustehen. — Zu danken habe ich weiter meinen Assistenten und Assistentinnen: Frau lic. iur. Franziska Buob überarbeitete selbständig den

Abschnitt „Gesetzespositivismus und Nationalsozialismus“ (hinten § 23 D, überprüft von meinem Kollegen Prof. Dr. iur. Clausdieter Schott, wofür ich ebenfalls herzlich danke); Herr lic. iur. Werner Stocker und Frau lic. iur. Milena Kohl sichteten für mich amerikanische und englische Literatur und verrichteten mit großem Einsatz die umfangreichen Abschlußarbeiten. Außerdem standen sie mir jederzeit als kritische Gesprächspartner zur Verfügung. Herrn Klaus Füsser, Berlin, verdanke ich den Hinweis auf methodische Mängel der Gumbel-Mordstatistik [hinten, Seite 209 f.]. Herr lic. iur. Roland Verardo erstellte das Personenregister am Schluß des Bandes.

Dank gebührt schließlich dem Verlag Duncker & Humblot sowie Herrn Rechtsanwalt Prof. Norbert Simon für die erneute Aufnahme des Werkes in die Reihe „Erfahrung und Denken“. Die Betreuung der Drucklegung erfolgte durch Herrn D. H. Kuchta in gewohnt sorgfältiger Weise.

Last but not least sei auch Frau Rosemarie Stotz erwähnt, die einen großen Teil der Schreibearbeiten besorgte.

Zürich, Oktober 1991

Walter Ott

Inhaltsverzeichnis

§ 1	<i>Einleitung</i>	17
	A. Zielsetzung	17
	B. Begriffliche Klarstellungen: Positivität — Geltung — Verbindlichkeit	19
	I. Das Kriterium zur Unterscheidung der verschiedenen Varianten des Rechtspositivismus	19
	II. Die Positivität	19
	III. Die Geltung	21
	1. Die faktische Geltung	21
	2. Die normative Geltung	22
	IV. Die Verbindlichkeit	22
	V. Schematischer Überblick	23
§ 2	<i>Zusammenfassung und Ergebnisse</i>	24

ERSTER TEIL

Arten und Begriff des Rechtspositivismus 32

Erstes Kapitel: Der etatistische Positivismus

§ 3	<i>Die Analytical Jurisprudence John Austins</i>	33
§ 4	<i>Der Gesetzespositivismus</i>	39
§ 5	<i>Die Reine Rechtslehre Hans Kelsens</i>	45
	A. Die Reine Rechtslehre in ihrer klassischen Gestalt	45
	B. Das Spätwerk Kelsens: Die „Allgemeine Theorie der Normen“ ..	53
	I. Ausgangspunkte	53
	II. Die Frage der Anwendbarkeit logischer Prinzipien auf Normen im allgemeinen	54

III. Der Satz vom ausgeschlossenen Widerspruch (Normenkonflikte)	55
IV. Die Nichtanwendbarkeit der Regel der Schlußfolgerung ...	56
V. Die Anerkennung der generellen Norm als Voraussetzung für die Setzung der individuellen Norm	58
VI. Die logische Natur der als „Entsprechung“ bezeichneten Beziehung zwischen zwei Normen	58
Zweites Kapitel: Der psychologische Positivismus	59
§ 6 <i>Die Anerkennungstheorien</i>	60
A. Die individuellen Anerkennungstheorien	60
I. Die psychologische Rechtstheorie Ernst Rudolf Bierlings ...	61
II. Rudolf Launs Lehre von der Autonomie des Rechts	63
B. Die generellen Anerkennungstheorien	66
I. Adolf Merkel	66
II. Georg Jellinek	67
C. Die Theorien von der Anerkennung durch die führende, tonangebende Schicht (Ernst Beling, Hans Nawiasky)	69
§ 7 <i>Der skandinavische Rechtsrealismus</i>	70
A. Allgemeine Charakterisierung	70
B. Die realistische Rechtslehre von Alf Ross im besonderen	72
Drittes Kapitel: Der soziologische Positivismus	76
§ 8 <i>Eugen Ehrlich</i>	77
§ 9 <i>Max Weber</i>	79
§ 10 <i>Theodor Geiger</i>	82
§ 11 <i>Der amerikanische Rechtsrealismus</i>	87
Viertes Kapitel: Mischformen des Rechtspositivismus	89
§ 12 <i>Die Rechtstheorie von H. L. Hart</i>	89
§ 13 <i>Der Institutionalistische Rechtspositivismus Donald Neil MacCormicks und Ota Weinbergers</i>	97

Fünftes Kapitel: Der Begriff des Rechtspositivismus	104
§ 14 <i>Die Mehrdeutigkeit des Wortes „Rechtspositivismus“</i>	104
§ 15 <i>Definition und Charakterisierung des Rechtspositivismus</i>	108
A. Der Verzicht auf sogenannte „metaphysische“ Annahmen	108
B. Bestimmung des Begriffs des Rechts durch empirische Merkmale	110
I. Das Recht als positives Recht	111
II. Die Unterscheidung zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein sollte (positivistische Trennungsthese) ...	112
C. Bestimmung des Begriffs des Rechts durch veränderliche Merkmale	115

ZWEITER TEIL

Der axiomatische Charakter des Rechtspositivismus 117

Erstes Kapitel: Das Problem der wissenschaftlichen Erkenntnis	117
§ 16 <i>Die axiomatische Methode</i>	118
A. Charakterisierung der axiomatischen Methode im allgemeinen ..	118
I. Die Axiome	118
II. Kettendefinitionen	119
III. Operationsregeln	119
IV. Anforderungen an das axiomatische System	120
V. Kalkülisierung	121
B. Die Axiome im besonderen	122
I. Die alte Auffassung: Axiome als evidente Wahrheiten	122
II. Die moderne Auffassung: Axiome als Postulate	123
C. Genetische und logische Betrachtungsweise am Beispiel der eukli- dischen Geometrie gezeigt	126
§ 17 <i>Die empirische Methode</i>	128
A. Schematischer Überblick	128
B. Konstatierungen	128
C. Gesetze	130

I.	Bildung von Hypothesen	130
II.	Verifizierung und Falsifizierung	131
III.	Bildung von Theorien	133
IV.	Zusammenfassendes Schema nach Bocheński und Seiffert ..	134
1.	Der Forschungsablauf	134
2.	Der logische Ablauf	135
D.	Singuläre Sätze	135
E.	Empirische Aussagen als Feststellungen	136
§ 18	<i>Wissenschaftliche Wahrheit und wissenschaftliche Erkenntnis</i>	138
A.	Die Bestimmung des Erkenntnisbegriffs als Festsetzung	138
B.	Die logische Wahrheit	140
C.	Die empirische Wahrheit	141
D.	Erkenntnistheoretischer Positivismus und Wertrelativismus	142
Zweites Kapitel: Die Unbeweisbarkeit des Rechtspositivismus		142
§ 19	<i>Feststellungen (unechte Definitionen)</i>	143
A.	Behauptungen über einen vorliegenden Sprachgebrauch (analytisch- semantische Definitionen)	143
I.	Grundsätzliches	143
II.	Beispiel: Der Begriff des „Werkes“ i. S. von OR 58	144
III.	Die positivistischen Definitionen des Rechts als analytisch- semantische Definitionen?	145
B.	Sacherklärungen	149
I.	Grundsätzliches	149
II.	Beispiel: Definition der „Kurzsichtigkeit“	149
III.	Die sog. „Wesensdefinition“	150
IV.	Die positivistischen Definitionen des Rechts als Sacherklä- rungen?	150
§ 20	<i>Festsetzungen (echte Definitionen)</i>	153
A.	Syntaktische Definitionen	153
B.	Synthetisch-semantische Definitionen	154
I.	Grundsätzliches	154

Inhaltsverzeichnis 11

- II. Beispiel: Die Neufassung des Todesbegriffs in der Medizin .. 155
- III. Die positivistischen Definitionen des Rechts als Festsetzungen 158
- C. Die Unbeweisbarkeit und Unwiderlegbarkeit des Rechtspositivismus 162

DRITTER TEIL

Folgerungen 163

- § 21 *Rechtsphilosophien in der Deutung des juristischen Pragmatismus* 163
 - A. Der „axiomatische“ Charakter des philosophischen Denkens ... 163
 - B. Die rechtsphilosophischen Theoreme als Entwürfe 165
 - C. Die geschichtliche Bedingtheit des Rechtspositivismus 168
 - D. Die Frage nach den Vor- und Nachteilen der rechtspositivistischen Theorien 171
 - E. Die Frage nach den Vor- und Nachteilen der positivistischen Trennungsthese insbesondere 172

- § 22 *Die Vorteile der positivistischen Trennungsthese* 175
 - A. Die Fruchtbarkeit der Trennungsthese für Rechtssoziologie, Rechtsgeschichte und Rechtsethnologie 175
 - B. Die Trennungsthese unter dem Aspekt der Rechtssicherheit 176
 - C. Die Trennungsthese und das Problem der Rechtspolitik 177
 - D. Die Trennungsthese und das Prinzipienargument 178
 - I. Die drei Hauptthesen des Positivismus in der Sicht Dworkins 179
 - II. Die Kritik Dworkins an den drei Hauptthesen des Positivismus 180
 - III. Die Begründung dieser Kritik durch Dworkin 180
 - 1. Die Unterscheidung zwischen Rechtsregeln und Prinzipien 180
 - 2. Das Auffinden der maßgebenden Prinzipien 182
 - 3. Die These von der allein richtigen Entscheidung auch in schwierigen Fällen (die sog. „right-answer thesis“) 183
 - IV. Keine Widerlegung der positivistischen Trennungsthese durch das Prinzipienargument 185

§ 23	<i>Die Trennungsthese und das „Hitler-Argument“</i>	187
	A. Die Formulierung des „Hitler-Arguments“ durch Gustav Radbruch	188
	B. Das unmenschliche Gesetz im Lichte der verschiedenen positivisti- schen Theorien	190
	C. Der Streit um die Trennungsthese im Hinblick auf das unmensch- liche Gesetz	193
	I. Das Argument der Naivität	195
	1. Der Richter im Unrechtsstaat	195
	2. Der Richter nach dem Zusammenbruch des Unrechts- staates	196
	II. Das Argument der Verwirrung	199
	III. Die Gefahr der Anarchie	200
	IV. Der Vorwurf der verdeckten Strategie in Straffällen	202
	D. Gesetzespositivismus und Nationalsozialismus	206
	I. Der Juristenstand	207
	II. Die Bindung des Richters an das Gesetz	211
	E. Ergebnis	222
§ 24	<i>Die übrigen Vor- und Nachteile der rechtspositivistischen Theorien</i> ...	224
	A. Allgemeine Gesichtspunkte	224
	B. Vor- und Nachteile der Analytical Jurisprudence Austins	227
	C. Vor- und Nachteile des Gesetzespositivismus	229
	D. Die Vor- und Nachteile der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens ...	233
	I. Würdigung der Reinen Rechtslehre in ihrer klassischen Gestalt	233
	II. Würdigung der „Allgemeinen Theorie der Normen“	238
	1. Semiotische Grundlegung	238
	2. Der Satz vom ausgeschlossenen Widerspruch (Normkon- flikte)	242
	3. Nichtanwendbarkeit der Regel der Schlußfolgerung auf Normsätze?	244
	E. Vor- und Nachteile des psychologischen Positivismus	248
	F. Vor- und Nachteile des soziologischen Positivismus	251

Inhaltsverzeichnis	13
G. Vor- und Nachteile der Rechtstheorie Harts	255
H. Vor- und Nachteile des Institutionalistischen Rechtspositivismus MacCormicks und Weinbergers	260
Schlußbemerkungen: Naturrecht als kulturelle Schöpfung	265
Summary	268
Literaturverzeichnis	270
Personenregister	279

Abkürzungsverzeichnis

A.	= Auflage
a. A.	= am Anfang
a. a. O.	= am angeführten Ort
Abs.	= Absatz
AcP	= Archiv für civilistische Praxis (Tübingen)
a. E.	= am Ende
a. F.	= alte Fassung
a. M.	= anderer Meinung
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Wiesbaden)
Art.	= Artikel
BBl	= Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern)
bes.	= besonders
betr.	= betreffend
BGB	= Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGBI	= Bundesgesetzblatt (Bonn)
BGE	= Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Köln / Berlin)
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Detmold)
BNSDJ	= Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen
BV	= Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Tübingen)
bzw.	= beziehungsweise
Cambr. L. J.	= The Cambridge Law Journal (London)
ch.	= chapter
Coll. nouv.	= Collection nouvelle
Col. L. R.	= Columbia Law Review (New York)
D	= Digesta corpus iuris civilis I, hrsg. v. Th. Mommsen / P. Krüger (2. A. Berlin 1962)
ders.	= derselbe
d. h.	= das heißt
d. i.	= das ist
Diss.	= Dissertation
DRB	= Deutscher Richterbund
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung (Köln / Berlin / Bonn / München)
EMRK	= Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950

f.	= und folgende(r) (Seite, Note, Artikel)
ff.	= und folgende (Seiten, Noten, Artikel)
Gestapo	= Geheime Staatspolizei
GG	= Bonner Grundgesetz vom 23. Mai 1949
gl. M.	= gleicher Meinung
Harv. L. R.	= Harvard Law Review (Cambridge, Massachusetts)
hrsg.	= herausgegeben
Hrsg.	= Herausgeber
i. e. S.	= im engeren Sinne
im Ersch.	= im Erscheinen
insbes.	= insbesondere
IRP	= Institutionalistischer Rechtspositivismus
i. S.	= im Sinne
IVR	= Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie
i. w. S.	= im weiteren Sinne
JuS	= Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung (München / Frankfurt)
JW	= Juristische Wochenschrift (Leipzig)
JZ	= Deutsche Juristenzeitung (Tübingen)
lit.	= litera
Lit.	= Literatur
m. a. W.	= mit anderen Worten
m. E.	= meines Erachtens
Mich. L. R.	= Michigan Law Review (Ann Arbor)
m. W.	= meines Wissens
N	= Fußnote und Randnote bei Kommentaren
NF	= Neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (München / Frankfurt a. M.)
no	= numéro
Nr.	= Nummer
NS	= nationalsozialistisch (z. B. NS-Staat, NS-Zeit)
NSDAP	= Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
o. J.	= ohne Jahresangabe
OLG	= Oberlandesgericht
OR	= Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 und 18. Dezember 1936
OS	= Offizielle Sammlung der seit 10. März 1831 erlassenen Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des Eidgenössischen Standes Zürich
ÖJZ	= Österreichische Juristenzeitung (Wien)
ÖZöR	= Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (Wien)
Rechtstheorie	= Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts (Berlin)
RGBI	= Reichsgesetzblatt (Berlin)
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen (Berlin / Leipzig)
SA	= Sturmabteilungen
schweiz.	= schweizerisch
SJZ	= Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)

sog.	=	sogenannt
SS	=	Schutzstaffeln
StGB	=	Strafgesetzbuch (Deutsches vom 15. Mai 1871 oder Schweizerisches vom 21. Dezember 1937)
t.	=	tome
u. a.	=	unter anderem / und andere / und anderswo
u. a. m.	=	und anderes mehr
u. dgl.	=	und dergleichen
usf.	=	und so fort
usw.	=	und so weiter
u. U.	=	unter Umständen
v.	=	von
v. a.	=	vor allem
Vera Lex	=	Vera Lex, An International Review on a Global Issue (Pace University, Pleasantville, New York 10570)
Verf.	=	Verfasser
vgl.	=	vergleiche
VO	=	Verordnung
vol.	=	volume
Yale, L. J.	=	The Yale Law Journal (New Haven, Connecticut)
z. B.	=	zum Beispiel
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	=	Ziffer
zit.	=	zitiert
ZSR	=	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZStrW	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin)

Zitierweise

1. *Selbständig* erschienene, im Literaturverzeichnis aufgeführte Arbeiten werden grundsätzlich nur mit dem *Verfassernamen* zitiert. Zum Beispiel: *Larenz* 422, statt *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (5. A. Berlin / Heidelberg / New York / Tokio 1983) 422.
2. *Mehrere* selbständig erschienene, im Literaturverzeichnis aufgeführte Arbeiten *desselben* Autors werden *mit einem unterscheidenden Kennwort* versehen zitiert. Zum Beispiel: *Hart*, Concept of Law 21; im Gegensatz zu *Hart*, Definition 21.
3. *Unselbständig* erschienene, im Literaturverzeichnis aufgeführte Arbeiten werden nur mit dem *Verfassernamen* und der *Fundstelle* zitiert. Zum Beispiel: *Kramer*, ÖZöR NF 23 (1972) 105 ff., statt *E. A. Kramer*, Zum Problem der Definition des Rechts. Vier Antworten auf eine Frage des Augustinus, ÖZöR NF 23 (1972) 105 ff.

§ 1 Einleitung

A. Zielsetzungen

Dieses Buch entstand aus Enttäuschung darüber, daß sich die Rechtsphilosophen kaum je einig sind. Sie gleichen darin aufs Haar ihren großen Brüdern, den Fachphilosophen, die es auch nur selten zu einer Übereinstimmung bringen können. Während die Einzelwissenschaften — bei allen Unsicherheiten, die aktuelle, noch ungelöste Probleme auch dort auszulösen pflegen — doch einen mehr oder minder großen Stock gesicherten Wissens vorweisen können, pflegt man in der Philosophie im allgemeinen und in der Rechtsphilosophie im besonderen seit eh und je dieselben Probleme zu wälzen, ohne daß man Resultate gefunden hätte, die auf die Anerkennung aller oder auch nur der meisten Fachgenossen gestoßen wären.

So schien es reizvoll zu sein, einmal den Gründen nachzugehen, warum dies so ist. Die Untersuchung konnte jedoch nicht auf alle rechtsphilosophischen Richtungen ausgedehnt werden, sondern wurde auf eine Richtung beschränkt, die allerdings zu den wichtigsten der Gegenwart zählt, nämlich auf den Rechtspositivismus. Dies aus zwei Gründen: Einmal zeigt sich auch bei den Rechtspositivisten der mißliche Umstand, daß sie sich nicht einig sind. Und zweitens gehen sie, wie zu zeigen sein wird, im Prinzip von der gleichen philosophischen Plattform aus, was die Gegenüberstellung ihrer Theorien erleichtert. Diese beiden Gründe lassen die rechtspositivistischen Lehren zu besonders geeigneten Objekten einer Untersuchung werden, wie sie hier beabsichtigt ist.

Die Zielsetzungen dieser Arbeit sind die folgenden:

- Zunächst soll eine Darstellung der wichtigsten rechtspositivistischen Lehren gegeben werden (hinten §§ 3-13).
- Auf Grund dieser Zusammenstellung ist dann zu prüfen, was man sinnvollerweise überhaupt unter „Rechtspositivismus“ verstehen soll (hinten §§ 14/15).
- Anschließend sollen die Voraussetzungen aufgedeckt werden, auf denen die vorliegende Untersuchung beruht (hinten §§ 16-18).
- Darauf gilt es abzuklären, warum sich die Rechtspositivisten nicht einig sind (hinten §§ 19/21).
- Anschließend soll eine bestimmte Deutung des rechtsphilosophischen Denkens entwickelt werden, die von der herkömmlichen abweicht und

die die Unterschiede in den Meinungen der Rechtsphilosophen erklärt (hinten § 21).

- Zum Schluß soll am Beispiel des Rechtspositivismus skizziert werden, wie man auf Grund dieser Deutung, die wir als „*juristischen Pragmatismus*“ bezeichnen wollen, rechtsphilosophische Lehren überprüfen sollte (hinten §§ 22-24).

Nicht angestrebt werden in dieser Arbeit dagegen die folgenden Ziele:

- Es soll nicht eine schlechthin umfassende Darstellung des Rechtspositivismus gegeben werden. D. h., es soll nicht danach gefahndet werden, wo überall in der Vergangenheit (z. B. im griechischen Rechtsdenken) oder in der Gegenwart (z. B. in der Systemtheorie *N. Luhmanns*) sich — neben den hier als exemplarisch dargestellten Lehren — auch noch rechtspositivistische Züge finden. *Luhmann* hat eine vielversprechende Theorie entwickelt, die sich aber noch im Wandel befindet und noch nicht ihre definitive Ausprägung erfahren hat. Vgl. dazu hinten § 6 N 44.
- Ebenso wenig soll das Wertproblem hier behandelt werden. Vor allem in den Paragraphen 22 bis 24 werden zwar Wertungen vorgenommen; wie man diese aber begründen kann, ist nicht Gegenstand dieses Buches. Doch sei vorsorglich gleich betont, daß hier das Hauptproblem der Rechtsphilosophie liegt und alles davon abhängt, an welchen Maßstäben man die einzelnen Lehren mißt.
- Schließlich wird nicht Stellung genommen zum heute so umstrittenen Problem einer Abgrenzung der Rechtsphilosophie einerseits und der sog. Rechtstheorie andererseits. Nach einer neueren Terminologie gehören zur Rechtsphilosophie nur jene Lehren, die die axiologischen Strukturen des Rechts untersuchen¹. Damit würden die rechtspositivistischen Lehren zur sog. Rechtstheorie, nicht aber zur Rechtsphilosophie gehören, weil sie sich nicht über den Inhalt des Rechts äußern. Da diese Abgrenzung jedoch nicht unbestritten ist und sich heute noch keine klaren Konturen der Forschungsobjekte der Rechtstheorie im Gegensatz zu denjenigen der Rechtsphilosophie und der rechtswissenschaftlichen Einzeldisziplinen erkennen lassen, folgen wir dem älteren Sprachgebrauch, nach dem auch die rechtspositivistischen Theorien *rechtsphilosophische* Lehren sind².

¹ Vgl. das Schema bei *G. Jahr* und *W. Maihofer* (Hrsg.), *Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlegendiskussion* (Frankfurt a.M. 1971) 488.

² Gegen die erwähnte Abgrenzung von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie haben sich z. B. ausgesprochen *Eckmann* 17/18 und *Hoerster*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 2 (1971) 129. Auch *W. Hassemer*, Artikel „Rechtsphilosophie“, in: *A. Görlitz*, *Handlexikon zur Rechtswissenschaft* (München 1972) 332, Spalte rechts, stellt fest, man könne die Rechtstheorie zur „Rechtsphilosophie im weitesten Sinne“ rechnen.

B. Begriffliche Klarstellungen: Positivität — Geltung — Verbindlichkeit³

I. Das Kriterium zur Unterscheidung der verschiedenen Varianten des Rechtspositivismus

Als erstes stellt sich uns das Problem, nach welchem Kriterium wir die verschiedenen Varianten des Rechtspositivismus einteilen sollen. Die Beantwortung dieser Frage nach dem zweckmäßigsten Unterscheidungskriterium setzt natürlich bereits die Kenntnisse der im ersten Teil zu behandelnden Materie voraus: Erst wenn man die einzelnen Theorien genau kennt, die allenfalls verschiedenen Spielarten des Rechtspositivismus zugeordnet werden können, läßt sich ein Kriterium finden, für das man den Anspruch erheben darf, daß es dem Stoffe angemessen ist. Insofern war also der Autor seinerzeit gezwungen gewesen, den Weg in der anderen Richtung als in derjenigen zu gehen, die er nun dem Leser vorschlägt; für die Verständlichkeit wird es jedoch zweifellos besser sein, das maßgebende Kriterium bereits hier einzuführen und von verwandten Begriffen abzugrenzen.

Die nähere Betrachtung der verschiedenen rechtspositivistischen Theorien wird zutage fördern, daß ein Zusammenhang besteht zwischen dem allgemeinen philosophischen Positivismus und dem Rechtspositivismus — ein Zusammenhang, den sowohl einzelne Rechtspositivisten selbst als auch Autoren anderer Provenienz schon bemerkt haben. Wie der philosophische Positivist will auch der Rechtspositivist anknüpfen an das „positiv Gegebene“, d. h. an etwas Tatsächliches, an etwas *unbestreitbar Wirkliches*, um zu sicheren Erkenntnissen zu gelangen. Von daher gesehen, scheint es zweckmäßig zu sein, darauf abzustellen, worin die einzelnen Theorien die sog. „*Positivität*“ des Rechts erblicken. Wir unterscheiden die verschiedenen rechtspositivistischen Lehren also danach, *was für Merkmale nach ihnen für die Positivität des Rechts konstitutiv sind*.

II. Die Positivität

Unter dem „positiven“ Recht versteht man üblicherweise das von einer sozialen Autorität, insbesondere einer staatlichen Instanz, *gesetzte* Recht⁴. Positivität in diesem Sinne heißt also *Gesetzt-Sein* des Rechts durch Akte

³ Bei der Lektüre dieses Abschnitts hält man sich am besten das zusammenfassende Schema hinten § 1 B V vor Augen. Andere Unterscheidungen bieten *Hoerster*, „Wirksamkeit“, „Geltung“ und „Gültigkeit“ von Normen, in: *Gedächtnisschrift für René Marcic* (Berlin 1983) 585 ff. und *Lippold*, *Geltung, Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Rechtsnormen, Rechtstheorie* 19 (1988) 463 ff.

⁴ Vgl. zum Begriff der „Setzung“ *Geddert* 94.