

Sachdokumentation:

Signatur: DS 4262

Permalink: www.sachdokumentation.ch/bestand/ds/4262



Nutzungsbestimmungen

Dieses elektronische Dokument wird vom Schweizerischen Sozialarchiv zur Verfügung gestellt. Es kann in der angebotenen Form für den Eigengebrauch reproduziert und genutzt werden (private Verwendung, inkl. Lehre und Forschung). Für das Einhalten der urheberrechtlichen Bestimmungen ist der/die Nutzer/in verantwortlich. Jede Verwendung muss mit einem Quellennachweis versehen sein.

Zitierweise für graue Literatur

Elektronische Broschüren und Flugschriften (DS) aus den Dossiers der Sachdokumentation des Sozialarchivs werden gemäss den üblichen Zitierrichtlinien für wissenschaftliche Literatur wenn möglich einzeln zitiert. Es ist jedoch sinnvoll, die verwendeten thematischen Dossiers ebenfalls zu zitieren. Anzugeben sind demnach die Signatur des einzelnen Dokuments sowie das zugehörige Dossier.

Rechtsstaat – jenseits von Positivismus und Naturrecht



HENRIQUE SCHNEIDER * • Januar 2023

Zusammenfassung

- Der Rechtspositivismus setzt für die Anerkennung von Recht und dem rechtlichen Regelfolgen allein auf die staatlich gesetzten und durchgesetzten Rechtsnormen. Damit bedarf der Rechtspositivismus keiner anderen Legitimation oder logischen Begründung, als seine formale Ableitung aus der staatlichen Aktivität – oder Macht. Die einzige überpositive Norm, welche im Rechtspositivismus gilt, ist die Tautologie «Gesetz ist Gesetz».
- Die Alternative zum Rechtspositivismus ist die Naturrechtslehre. Gemäss ihr geht das Recht und das rechtliche Regelfolgen auf überpositive Ideen zurück, etwa auf die Natur des Menschen. Innerhalb der Naturrechtslehre gelten gewisse Rechte unbeding, weil sie normativ vor der staatlichen Verfügungsgewalt stehen.
- Der Rechtspositivismus kann zum Ende des Rechtsstaats führen. Ihm nach ist der Staat befugt, alle möglichen Rechtsnormen zu erlassen und sie durchzusetzen. Enteignung, Einsperrung oder Zwang können rechtspositivistisch jederzeit begründet und legitimiert werden, wenn der Staat in seinen rechtlich-administrativen Prozessen die entsprechende Norm für die Enteignung, Einsperrung oder den Zwang erlässt.
- Doch auch die Naturrechtslehre kann zum gleichen Ergebnis führen. Üblicherweise werden die Menschenrechte als naturrechtliches Bollwerk gegen unterdrückende Massnahmen angeführt. Das setzt aber voraus, dass normativ das Naturrecht als Individualrechte auslegt wird. Naturrechtlich können aber genauso gut andere Standpunkte in den Mittelpunkt gesetzt werden, etwa die Gemeinschaft, die Gesellschaft, oder die natürliche Umwelt.
- Jedes System, auch der Rechtsstaat, ist in stetiger Gefahr, sich zu pervertieren. Selbst institutionelle Regeln gegen seine Pervertierung können pervertiert werden. Umso mehr sind Liberale aufgerufen, Charakterstärke zu zeigen sich für liberale Rahmenbedingungen einzusetzen. Der Rechtsstaat endet nämlich dann, wenn Liberale ihm vertrauen.

* Der Autor ist stellvertretender Direktor des Schweizerischen Gewerbeverbandes.

Die Frage nach dem Rechtsstaat beschäftigt Liberale schon seit Generationen. Damit ist nicht so sehr gemeint, wie der Staatsaufbau in einem engeren Sinn sein sollte oder ob es überhaupt einen Staat geben sollte, sondern, welche Rahmenbedingungen für die verantwortliche Selbstentfaltung der Individuen förderlich sind und wie sie gesetzt sowie umgesetzt werden. Die so formulierten liberalen Rahmenbedingungen stehen im Mittelpunkt des Rechtsstaates.

Viele Liberale suchen nach einem System, um jene Rahmenbedingungen zu schaffen und zu erhalten. Ein System ist dabei ein natürliches oder künstliches Gebilde, das aus verschiedenen Teilen und Beziehungen zwischen seinen Teilen besteht. Die Suche nach einem System liberaler Rahmenbedingungen konzentriert sich auf Metaregeln und Metainhalte, welche ihrerseits im gesamten System gelten, d.h. aufeinander wirken. Ein Beispiel für eine Metaregel ist: Die Lösung und Aussöhnung von Disputen erfolgen über den Einbezug neutraler Drittparteien, zum Beispiel Gerichte. Ein Beispiel für ein Metainhalt ist: Eigentumsrechte gelten unbedingt. Von den Metaregeln und -inhalten werden konkreten Rechtssätze abgeleitet, die in einem Rechtsstaat, d.h. unabhängig von der Person des Rechtsanwenders und des Rechtsbegehrers, gelten.

Die liberale Suche nach Rahmenbedingungen erfolgt geschichtlich parallel zur Etablierung der Territorial- und Nationalstaaten in Europa. Diese «modernen» Staatswesen sind gekennzeichnet durch die Einschränkung der Macht einer zentralen Person oder von zentralen Personen, zum Beispiel einer Königin oder einer Gruppe von Patriziern, und die Verlagerung der Macht zum Recht als System. Der dem Recht verpflichtete Staatsapparat avancierte zum Verwalter des Rechtssystems selber.

Der Liberalismus verbindet den «modernen» Staat als Verwalter des Rechtssystems mit jenen inhaltlichen Rahmenbedingungen, die für die verantwortliche Selbstentfaltung der Individuen förderlich sind. Der deutsche Jurist Robert von Mohl nannte diese Verbindung den «Rechtsstaat». Gegenüber dem «Machtstaat», etwa dem des Absolutismus, unterliegt die Staatsgewalt im Rechtsstaat dem aufgeklärten Gesetzesrecht, vermittelt durch die Gesetzmässigkeit der Verwaltung, Verfahrensgarantien und Möglichkeiten des effektiven Rechtsschutzes. Dienen diese Rechtsgüter zur verantwortlichen Selbstentfaltung der Individuen, kann man auch von einem «liberalen Rechtsstaat» sprechen (siehe Schmitt, 1935; freilich, den liberalen Rechtsstaat ablehnend).

Die Formel «liberaler Rechtsstaat» ist keineswegs das Ende der Suche nach dem System für liberale Rahmenbedingungen. Sie ist eine Zusatzschleife, die sich philosophisch und praktisch als sehr facettenreich entpuppt. Angenommen, der Rechtsstaat sei wirklich der Drehpunkt für die Aufrechterhaltung liberaler Rahmenbedingungen. Dann kommt der Definition des Rechts, vor allem seiner Quellen, eine herausragende Rolle Diskussion zu. Wenn also die liberalen Rahmenbedingungen und der moderne Staat mit dem liberalen Rechtsstaat gefunden werden, was ist dann das Recht und woher kommt es?

Zwei Ansätze – eher Familien von Ansätzen – beantworten diese Fragen. Auf der einen Seite steht der Rechtspositivismus, welcher den Inhalt des Rechts auf die Ordnungsmässigkeit seiner Quellen zurückführt. Auf der anderen Seite steht die Naturrechtslehre, welche das Recht als ein inhaltliches Ordnungsprinzip sieht, das aus der Natur des Menschen die Normen des menschlichen Zusammenlebens ableitet. Deiseroth (2013) weist noch auf weitere Strömungen hin, die aber hier aufgrund ihrer untergeordneten Relevanz im liberalen Diskurs nicht weiterverfolgt werden, etwa die geisteswissenschaftliche Jurisprudenz, soziologisch-politologische Ansätze sowie die machtstaatlich-autoritäre, antiindividualistische und dezisionistische Lehre.

Welche dieser rechtsphilosophischen Begründungstheorien, der Rechtspositivismus oder die Naturrechtslehre, ist nun eher in der Lage, als System die liberalen Rahmenbedingungen – solche, die für die verantwortliche Selbstentfaltung der Individuen förderlich sind – zu schaffen, zu erhalten und umzusetzen? Insbesondere nach den Erfahrungen des nationalsozialistischen Deutschlands wandten sich Liberale vom Rechtspositivismus ab. Unter Liberalen ist nämlich die Meinung verbreitet, dank des Rechtspositivismus sei eine gesetzlich abgestützte Schreckensherrschaft in Deutschland etabliert worden. Sie befürchten also, der Rechtspositivismus könne auch aktuell eingesetzt werden, um beispielsweise Sozialprogramme umzusetzen, intrusive Corona-Regelungen zu erlassen oder schlicht, um den Staat in einen Leviathan umzuwandeln.

Diese Angst sollte jede Liberale, die mit dem Staat, auch mit dem Rechtsstaat, zu tun hat, immer haben. Doch gerade gegenüber dem Rechtspositivismus lässt sich diese Angst nicht auf jeden Fall begründen. Der Rechtspositivismus kann – muss aber nicht – zum Ende des Rechtsstaats führen. Im Übrigen hat auch die Naturrechtslehre ihre Tücken. Auch die Naturrechtslehre kann – muss aber nicht – zum Ende des Rechtsstaats führen. Dieses Paper erklärt, warum beide rechtsphilosophische Schulen potenziell problematisch sind und wie eine liberale Agenda im Umgang mit dem Rechtsstaat aussehen könnte.

Rechtspositivismus

Als Rechtspositivismus bezeichnet man eine Familie von verwandten, aber nicht übereinstimmenden Theorien und Methodologien in der Rechtsphilosophie (Ott, 2016). Ungeachtet allen Variantenreichtums der verschiedenen Strömungen des Rechts- und Gesetzespositivismus teilen sie zwei Kernthesen (Ott, 2016):

Erstens: Gemäss der Rechtsquellen-Lehre des Positivismus gibt es keine Rechtssätze des geltenden Rechts ausserhalb des gesetzten, also des vom Gesetzgeber positivierten Rechts (und des Gewohnheitsrechts, das aufgrund seiner faktischen Geltung und seiner Rezeption in Gerichtsurteilen positiviert ist). Was rechtlich erlaubt und verboten ist, kann allein aus den positiven Rechtssätzen erkannt werden. Ausserjuristischen, etwa religiösen, politischen, sozialen oder wissenschaftlichen Wertungen und Zwecken ist keine rechtserzeugende oder rechtsändernde Kraft zugestehen, soweit sie nicht in einer Rechtsnorm ihren Niederschlag gefunden haben.

Zweitens ist für alle tradierten Positivismus-Varianten ihre juristische Auslegungsmethodik kennzeichnend: Die Ermittlung von Inhalt und Sinn eines Normtextes muss, so die Positivisten, von den historischen und politischen Bedingungen der Textentstehung abstrahieren. Sie muss den Wortlaut einer Norm ermitteln und diesen strikt zugrunde legen und beachten. Darüber hinaus soll sie allerdings – unter «grammatischen» und «intrasystematischen» Gesichtspunkten – die jeweils untersuchte Norm mit anderen, in derselben Kodifikation oder in demselben Teil der in Betracht zu ziehenden Kodifikation enthaltenen Normen in einen «Systemzusammenhang» zu bringen versuchen.

Rechtspositivisten streiten eine notwendige Verbindung von der Gerechtigkeit mit dem Recht ab. Das heisst aber nicht, dass sie die Berücksichtigung von Gerechtigkeit und anderen Überlegungen aus dem Rechtssystem verbannen wollen. Im Gegenteil. Hans Kelsen, eine der Gründungsfiguren des Rechtspositivismus, schreibt in der *Reinen Rechtslehre*:

«Damit wird natürlich durchaus nicht die Forderung abgelehnt, dass das Recht moralisch, d.h. gut sein soll. Diese Forderung versteht sich von selbst; was sie eigentlich bedeutet, ist eine andere Frage. Abgelehnt wird lediglich die Anschauung, dass das Recht als solches Bestandteil der Moral, dass also jedes Recht, als Recht, in irgendeinem Sinne und in irgendeinem Grade moralisch sei.» (1934, S. 12).

Eine weitere Gründungsfigur des Rechtspositivismus, Georg Jellinek, meinte: «Das Recht wird also, als das erhaltende Moment, das Minimum der Normen eines bestimmten Gesellschaftszustandes bilden, d. h. diejenigen Normen umfassen, welche die unveränderte Existenz eines solchen sichern» (1908, S. 45). Das Recht befreie die handelnden Individuen nicht davor, ethisch zu denken. Im Gegenteil macht das Recht lediglich klar, was der Mindestgehalt des Zusammenlebens sein sollte. Das gute Zusammenleben überlasse es den einzelnen Akteuren.

HLA Hart, eine weitere zentrale Figur des Rechtspositivismus, gesteht sogar, dass Ethik und Moral eine Rolle im Recht spielen. Doch diese Rolle betreffe die Rechtssetzung und nicht die Rechtsanwendung. Glaubt also eine Gesellschaft zum Beispiel, alle Menschen seien gleich, wird sie aus dieser normativen Position ein Recht schaffen, das diese normative Haltung in einer formalen Rechtsnorm positiviert. Die so gesetzte Norm wird umgesetzt, wie sie gesetzt wurde. Sollte diese Gesellschaft zwischenzeitlich ihre Haltung ändern und zwischen Gruppen von Menschen diskriminieren, ändert sich das positivierte Recht nicht unmittelbar und aufgrund des (sehr bedauerlichen) Gesinnungswechsels. Das positivierte Recht, das Gleichheit vorsieht, muss weiterhin so angewendet werden, wie gesetzt. Die positivierte Rechtsnorm bleibt also bestehen, auch wenn sich die Gesinnung ändert. Der Gesinnungswechsel muss zunächst die positivierten Rechtsnormen ändern, bevor er zur rechtlichen Geltung kommt (was in diesem Beispiel hoffentlich nicht passieren sollte). Doch damit das positivierte Recht geändert wird, braucht es Änderungsregeln, welche wiederum unabhängig von der Gesinnung befolgt werden müssen. Damit gibt es gemäss Hart zwei Arten von Rechtsregeln. Einige Regeln betreffen den Inhalt der Rechtsnormen

und andere Regeln betreffen den Prozess für die Setzung oder Änderung von Rechtsnormen. Beide Arten von Regeln sind positiviertes Recht. Diese zwei Gruppen von Regeln verleihen dem geltenden Recht Rechtssicherheit und bewahrt es vor willkürlichen Änderungen. Sie sind eine Art von «Zusatzschlaufe», welche normative Überzeugungen durchgehen müssen, bevor sie zu positivem Recht werden (Hart, 1961).

Sagt nun der Rechtspositivismus, dass jeder Inhalt unabhängig seiner ethischen Qualität zum Recht werden kann? In einer besonders kruden Auslegung des Rechtspositivismus könnte also auch einen alle Gerechtigkeit verletzenden Inhalt zum Recht gesetzt werden und müsste dann rechtlich umgesetzt werden. Doch die meisten rechtspositivistischen Auslegungen weisen auf die Grenzen einer solchen Rechtssetzung hin. Wenn «Machtregimes» Gesetze kreieren, welche aber keinen genügenden Schutz des Rechtsbestandes und der Rechtssubjekte enthalten, wären diese Gesetze nach positivistischer Auffassung nicht rechtsgültig, da sie nicht einem geregelten System entspringen, sondern als Gesetz verkleidete willkürliche Machtausübung einer Person oder eines Regimes sind. Salopp kann man sagen, Gesetzesattrappen sind kein positives Recht. Präziser ist, dass der Rechtspositivismus in Fragen der Geltung Recht und Gerechtigkeit separiert, nicht aber in Fragen des Inhalts. Für den Positivismus sind Inhalt und Entstehung des Rechts Teil seines Geltungsanspruchs (Deiseroth, 2013).

Naturrecht

Die Naturrechtslehre kann als Alternative zum Rechtspositivismus verstanden werden. Auch sie wird am besten als Familie von Ansätzen charakterisiert. Nicht alle Naturrechtslehren vertreten übereinstimmende Positionen, aber sie greifen auf eine gleiche argumentative Grundform zurück: Die Normen des menschlichen Zusammenlebens sind aus der Natur des Menschen oder aus der Natur allgemein zu begründen. Bereits bei Wilhelm von Ockham finden sich die «iura naturalia», die Naturrechte auf Leben, Freiheit und Eigentum, wenn er auch noch als einzigen Grund für sie den Willen Gottes ansah. Mit der Aufklärung gewann die Vernunft an Bedeutung als eigentliche Quelle des Naturrechts (Finnis, 2011).

In der Präambel zur Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika legt Thomas Jefferson, der eigentliche Autor des Dokuments, ein Naturrechtsprogramm fest:

«We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with inherent and inalienable rights; that among these, are life, liberty, and the pursuit of happiness; that to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or abolish it, and to institute new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness.» (Jefferson, 1973)

Gemäss ihm sind gewisse Wahrheiten zur Natur des Menschen selbstverständlich, namentlich, dass Menschen unveräusserliche Rechte haben, weil sie Menschen sind, und dass die Regierung nichts anderes ist, als die Fortführung dieser Rechte. Als Naturrechtsprogramm kommt der Verfassung der USA die Rolle zu, diese selbstverständlichen Rechte als gegeben und unmittelbar rechtswirksam anzunehmen und demzufolge lediglich den dazugehörigen Staatsaufbau zu setzen. Gemäss diesem Naturrechtsprogramm sind die grundlegenden Rahmenbedingungen für die verantwortliche Selbstentfaltung der Individuen aus der Natur gegeben. Die ursprüngliche Verfassung verzichtete damit auch auf die Festlegung individueller Grundrechte und legte stattdessen lediglich prozedurale Rechte fest. In diesem Programm kommt dem Staat die Aufgabe zu, die natürlich gegebenen Rahmenbedingungen zu wahren und zu schützen (Cheney, 2014).

Clarence Thomas, als er zur Wahl in den obersten Gerichtshof der USA stand und bezüglich seiner Meinung zur Naturrechtslehre befragt wurde, antwortete: «We look at natural law beliefs of the Founders as a background to our Constitution.» Er präzierte, dass ohne die in der Verfassung erhaltene Naturrechtslehre das Recht zum Mäntelchen über die Tyrannei zu werden drohte: «The Constitution is a logical extension of the principles of the Declaration of Independence, [without guidance from which] Lincoln explained, the Constitution can be a mask for the most awful tyranny, and not just over a particular race. (Baker, 1999, S. 471).» Thomas war nämlich dabei, eine Antwort auf die Frage zu geben, warum die Verfassung die Sklaverei duldet bzw. nicht abschaffte, wenn gewisse Rechte von Natur aus gelten und selbstverständlich sind. Thomas argumentiert naturrechtlich. Die Sklaverei steht selbstverständlich im Widerspruch zum natürlichen Recht aller Menschen und damit zur Verfassung. Die positivierten Institutionen brauchten (zu) lange Zeit, um das zu erkennen. Als sie es erkannten, musste die Sklaverei sofort abgeschafft werden. Der US-Bürgerkrieg war eines zur Durchsetzung der Naturrechte und damit der Verfassung in ihrer ursprünglichen Form (Thomas, 1999).

Friedrich Hayek wird oft auch in den Reigen der Naturrechtslehre aufgezählt. Die Verbindung wird gemacht über den Gegensatz zwischen einer spontanen Ordnung und einer von Menschen gemachten oder intendierten Ordnung. Diese zweite wird als Rechtspositivismus gedeutet während die erste dem Naturrecht entspricht. Damit könnten so drei wichtige Begriffe in der Hayekiansischen Ontologie zusammengebracht werden: Freiheit, spontane Ordnung und kulturelle Entwicklung gehören zu jenen Rahmenbedingungen, welche für die verantwortungsvolle Selbstentfaltung des Individuums förderlich sind. In dieser Sicht fallen diese Begriffe und damit auch die liberalen Rahmenbedingungen mit dem Naturrecht zusammen (Angner, 2007). Diese Einordnung Hayeks als Vertreter der Naturrechtslehre scheint indes aus drei Gründen problematisch: Erstens besteht keine notwendige Verbindung zwischen Freiheit oder spontaner Ordnung mit dem Naturrecht, oder mit irgendeinem Rechtssystem. Es handeln sich um verschiedene Kategorien. Hayek denkt hier in philosophischen und nicht in den Kategorien der Rechtssetzung und Durchsetzung. Das ist auch der zweite Grund, seine Einreihung als Naturrechtsdenker in Frage zu stellen.

Denn Hayek hat die zwei zentralen Fragen, um die es im Rechtspositivismus und im Naturrecht geht, nicht beantwortet: was sind die Quellen des Rechts und wie wird es durchgesetzt? Drittens positionierte sich Hayek selbst jenseits dieser Dichotomie: «It [die Legitimität des Rechtssystems, H.S.] does not stand in any sense between legal positivism and most natural law theories, but differs from either in a dimension different from that in which they differ from each other.» (Hayek, 1976, S. 60)

Es gibt gute Gründe für Liberale, Vorsicht im Umgang mit der Naturrechtslehre walten zu lassen. Jeffersons Präambel zur US-Verfassung macht auf ein erstes Problem aufmerksam. Das darin aufgerufene Naturrecht hat zwei Quellen, einmal der Schöpfer und einmal die Vernunft. In verschiedenen anderen Vorstellungen des Naturrechts kommen noch weitere Quellen in Frage, etwa die Natur selbst oder auch bestimmte naturwissenschaftliche Notwendigkeiten. Eine Naturrechtslehre muss also sagen, auf welcher Quelle sie sich stützt. Und damit gibt sie automatisch zu, dass es nicht ein Naturrecht gibt, sondern viele, die gelten können. Wenn aber ein spezifisches Naturrecht aufgerufen wird, um es damit zur Geltung zu bringen, ist der Akt des Aufrufens selbst eine Positivierung. Also ist auch das Naturrecht menschliches, positives, gesetztes Recht.

Gerade für die liberale Gesinnung bergen verschiedene Naturrechte die Gefahr der Unterdrückung des Individuums, seiner Unterordnung unter einem Herrschaftssystem oder auch seine Auslieferung an kommunitaristische Vorstellungen. Ein Beispiel dafür wäre eine allgemeine Überzeugung, die Natur an sich hätte Rechte oder mehr Rechte als die Individuen und damit die Unterstellung der individuellen Freiheit unter die Wahrung der Natur. Auch für die Rechtsdurchsetzung hat das Naturrecht Implikationen für das Desiderat der liberalen Rahmenbedingungen. Denn durch Naturrecht könnten Abmachungen zwischen individuellen Akteuren aufgehoben oder nachträglich verändert werden. Das kann sogar zu Lasten eines oder aller Akteure gehen. Beispielsweise könnten in Situationen persönlicher Not aus der Überzeugung, die persönliche Not des Individuums rechtfertigt dies, Verträge annulliert werden, was zu Lasten einer Vertragspartei geht.

Rechtspositivismus, Naturrecht und das Unrechtsregime

Die liberale (und andere) Ablehnung des Rechtspositivismus wird oft mit dem Hinweis auf das nationalsozialistische Regime plausibilisiert. Jenes Unrechtsregime, so der Vorwurf, sei nur wegen des Rechtspositivismus möglich geworden. Denn dieser postuliere, dass das, was Gegenstand eines Gesetzes ist, auch durchgesetzt werden müsse und das alles Mögliche Gegenstand eines Gesetzes sein könnte – unabhängig seiner ethischen Qualität.

Eine solche Darstellung geht auf ein zu krudes Verständnis des Rechtspositivismus und des Nationalsozialismus selbst zurück. Der Rechtspositivismus war weder der Steigbügelhalter des Nationalsozialismus noch sein willfähriger Handlanger. Nicht die formale Neutralität rechtspositivistischer Doktrinen und eine dem korrespondierende, strikt-gesetzesorientierte Rechtsanwendung haben zur Legitimierung und

Durchsetzung des NS-Regimes beigetragen. Vielmehr war es gerade die Bereitschaft und Fähigkeit der grossen Mehrheit des Juristenstandes, sich für wertbezogene, materiale Zwecksetzungen instrumentalisieren zu lassen. Die Justiz wurde nicht durch Gesetzesbindung, sondern durch Wertbindung («NS-Weltanschauung»; «völkisches Rechtsdenken» und «Gemeinwohl»-Klauseln etc.) gleichgeschaltet. Diese materiale Wertbindung der Gesetze hat den Schutz des Rechtsbestandes ausgehöhlt. Sie hat auch die Prozesse zur Änderung der Rechtssätze ausser Kraft gesetzt. Die Wertbindung des NS-Rechts hat es ent-positiviert. Das Gesetz wurde in NS-Deutschland zu einer reinen Attrappe.

Auch die Naturrechtslehre kann instrumentalisiert werden. Das Franquistische Spanien etwa, um ein anderes Unrechtsregime zu nennen, war dem Naturrecht verpflichtet. Die Ausrichtung der Jurisprudenz auf die Maximen eines geeinten und grossen Landes, das sich auf die katholische Soziallehre und auf die katholische Sittlichkeit berief, war naturrechtlich gedacht. Dies wurde unter dem Begriff des «Sozialrechts» subsumiert. Dieses Sozialrecht lässt sich aus einem generellen Gemeingut ableiten und gilt unmittelbar, also selbstverständlich – so der Franquismus. Dazu Franco selbst:

«Und was ist das Gemeingut? Aus welchen Klassen von Gütern setzt es sich zusammen? Es gibt drei Güterklassen: Die spirituelle, die nationale und die soziale. Aber diese drei Klassen widersprechen sich nicht gegenseitig, sondern im Gegenteil, sie verbinden und ergänzen sich. Und dies ist unserem Movimiento Nacional zu verdanken: Denn es hat diese spirituellen, patriotischen und sozialen Prinzipien unter den Menschen und Ländern Spaniens verbreitet.» (Franco, 1964, S. 78)

Das Sozialrecht entstand mit der nationalen Bewegung (Movimiento Nacional) seit der Machtübernahme Francos. Bemerkenswert ist, dass im Gegensatz zum Zivil-, Wirtschafts- oder Strafrecht das Sozialrecht nicht in ein Gesetzbuch aufgenommen wurde. D.h., die Jurisprudenz musste es anwenden, indem es ihn direkt aus dem Naturrecht ableitete. In der Praxis hiess dies, das Sozialrecht wurde im Sinne des Regimes ausgelegt. Es war ein Vektor für die Führung, ihre Vorstellungen in der Justiz und in der Rechtsdurchsetzung zu verwirklichen. Auch hier gilt es: Letztlich war das Sozialrecht nichts anderes als eine Fiktion, um das Regime zu rechtfertigen. Es wäre verwegen zu behaupten, das franquistische Spanien hätte die Rahmenbedingungen geschaffen, welche Liberale wollen oder als nützlich erachten. Es wäre wohl auch verwegen zu behaupten, das franquistische Regime sei wirklich einem Naturrecht verpflichtet gewesen.

Ist nun der Rechtspositivismus das Ende des Rechtsstaates? Die hier entwickelte Antwort lautet nein. Der Rechtspositivismus ist eine Methode, den Rechtsstaat umzusetzen. Dabei kann er sowohl liberal als auch weniger liberal ausfallen. Der liberale, rechtspositivistische Rechtsstaat positiviert liberale Rahmenbedingungen, also solche, die für die selbstverantwortliche Entfaltung der Individuen förderlich sind. Ein nicht liberaler, positivistischer Rechtsstaat setzt nicht-liberales Recht, etwa Sozialprogramme, Handlungsgebote, Steuern usw. In beiden Fällen gilt: Es ist möglich, über

positive Gesetzesänderungen, den liberalen in einen nicht-liberalen positivistischen Rechtsstaat umzukehren und umgekehrt.

Auch das Naturrecht ist weder Garant für einen liberalen Rechtsstaat noch Bollwerk gegen seine Usurpation. Denn auch das Naturrecht lässt Interpretationsspielraum bezüglich seinen Rechtsquellen offen. Ein den Werten der Aufklärung verpflichtetes Naturrecht wird wohl liberale Rahmenbedingungen stützen. Ein dem Mainstream der aktuellen Umweltethik verpflichtetes Naturrecht wird die liberalen Rahmenbedingungen als Unrecht aufheben. Und vor allem kann auch das Naturrecht missbraucht werden, um politische Vorstellungen bis hin zu einem Unrechtsregime umzusetzen.

Zum Handeln befreit

Was bleibt nun? Gerade aus liberaler Perspektive ist diese Diskussion, ob Naturrecht oder Rechtspositivismus liberale Rahmenbedingungen in Form eines Rechtsstaates besser umsetzen, wenig ergiebig. Denn sie blendet die dynamische Dimension aus. Jedes System ist in Bewegung und ändert seine Inhalte je nachdem, welche Inhalte auf ihn einwirken. Eine liberale Ordnung aufzubauen ist eine Daueraufgabe. Es ist nicht damit getan, ein System aufzustellen und darauf zu vertrauen, das Systeme bewahre sich selbst. *Liberale Rahmenbedingungen können zwar im Rechtsstaat geschaffen werden, dürfen aber nicht ihm delegiert werden.* Gerade aus liberaler Perspektive ist zu überlegen, wie stetig auf das System einzuwirken ist, damit es weiterhin liberal bleibt – unabhängig davon, ob es nun rechtspositivistisch oder naturrechtlich aufgestellt ist. Auf die Gefahren, die von Systemen ausgehen, haben schon verschiedene, auch nicht-Liberale hingewiesen:

Der chinesische Philosoph Konfuzius etwa lehnte sämtliche Gesetze ab. Das ist umso erstaunlicher, als Konfuzius vor dem Hintergrund von Chaos und Krieg eine Ordnung für das menschliche Zusammenleben suchte. Gesetze waren für ihn aber ein Holzweg. Gesetze würden Leute aus der Verantwortung entbinden und so Unordnung schaffen. Für Konfuzius war die Charakterstärke (Tugend) des Handelnden wichtig. Eine stabile politische Einheit, in der Familien gedeihen, kann nur mit der stetigen Arbeit an der Charakterstärke erreicht werden. Wer an der eigenen Charakterstärke arbeitet, nimmt immer Verantwortung wahr; sowohl im familiären als auch im öffentlichen Bereich. Aus der Charakterstärke geht verantwortungsvolles Handeln hervor und daraus Ordnung, auch im politischen Bereich (Schneider, 2020).

Ein anderes Beispiel für die Warnung vor Systemglaube erarbeitete Zora Neale Hurston in ihren Arbeiten zu Voodoo und Hoodoo. Sie stellt heraus, wie (in diesem Fall, religiöse) Systeme, die Menschen eigentlich unterstützen sollten, eine inhärente Tendenz haben, sich selbst zu pervertieren. Diese Tendenz geht auf drei Gründe zurück. Erstens tendieren Systeme zur Beschäftigung mit sich selbst, sei es im Aufbau eines Selbstverständnisses oder in der Selbstoptimierung. Damit verändern die Systeme ihren primären Bezug. Waren sie ursprünglich mit dem Wohl des Menschen be-

schäftigt, beschäftigen sie sich zunehmend mit sich selbst. Zweitens haben alle Systeme Leute, die vom System leben. Diese haben wiederum einen Anreiz, am System zu arbeiten, damit sie im System bleiben. Sie haben auch einen Anreiz, ihren Informationsvorsprung gegenüber den Menschen, die das System nutzen, auszubauen und auszunützen. Drittens sind Systeme für die Leute, die sie nutzen, bequem, weil sie zu funktionieren scheinen. Selbst wenn sie sich pervertieren, kommt die Abkehr nicht aufs Mal, sondern Schritt für Schritt. Die nur marginale Pervertierung hält den Eindruck aufrecht, das System funktioniere, was die Systemnutzenden davon abhält, zu intervenieren. Ihre normative Antwort darauf: Systemnutzende müssen regelmässig gegen das System rebellieren und ebenso regelmässig, die Systeminsider radikal auswechseln (Hurston, 1935).

Auch aus liberaler Perspektive wurde schon früh vor der Delegation der Rahmenbedingungen auf Staats- und Rechtssysteme gewarnt. George Mason, US-amerikanischer Unabhängigkeitsvertreter aber kein Gründervater im vollen Rang, verstand, dass beide, Naturrecht und Rechtspositivismus, Tücken haben. Er weigerte sich, eine auf dem Naturrecht beruhende Verfassung zu unterschreiben, die keine Grundrechtsgarantie enthält und deren positive Regeln für den Institutionenaufbau des Staates nicht eine sehr granulare und selbst positive Entmachtung der einzelnen Gewalten vorsehen. Denn ohne einen naturrechtlich inspirierten Grundrechtskatalog und eine positivierte Schwächung der Staatsgewalten (also, sowohl als auch!) würde sich der Verfassungsstaat in der Lage befinden, Individuen im Namen des Naturrechts und mit den Mitteln des Rechtspositivismus zu unterdrücken. Als einer der Wenigen seiner Zeit erkannte er, dass sowohl Naturrecht als auch Rechtspositivismus Gefahren bergen und deshalb nicht an sich den Rechtsstaat garantieren können. Weniger intellektuell ausgedrückt sah George Mason die Gefahr eines jeden Staatsgebildes, zum Leviathan zu werden. Seine Lösung war, eine Reihe von Abwehrrechten gegenüber dem Staat zu schaffen. Diese würden individuell und auf jeden Fall gelten. Die Eigentumsgarantie würde etwa die einzelnen davor bewahren, ihr Eigentum an den Staat abzugeben. Im Sinne Masons waren diese Rechte reine Abwehrrechte. Sie begründeten keine Staatsaufgabe, sondern die unbedingte Forderung des Einzelnen gegenüber dem Staat, ein Tun zu unterlassen. Mason wollte den Verfassungsstaat auch durch Föderalismus, Milizpolitik und Einschränkungen in seinem Aufbau und in seinen Funktionen zurückbinden. Er wollte also mit einem Mix aus Naturrecht und Rechtspositivismus ein System bekämpfen, das sich inhärent zu pervertieren drohte (Tarter, 1991 – die Forderungen Jeffersons nach der Positivierung der Gewaltenschwächung mittels Föderalismus, parlamentarischen Prozessen, Verbot von Ämterkumulation, prozeduralen Vorgaben an die Exekutive und so weiter sind auf S. 294 komprimiert).

Der Rechtspositivismus ist also nicht das Ende des Rechtsstaats. Er ist auch nicht sein Beginn. Er ist eine vielleicht nützliche, vielleicht schädliche Form seiner Umsetzung. Das Gleiche gilt für die vielleicht nützliche, vielleicht schädliche Naturrechtslehre. Anfang und Ende des liberalen Rechtsstaates sind die Menschen, die in ihm Verantwortung tragen und deshalb stets kritisch ihm gegenüber sind. Liberale

Rahmenbedingungen befreien die Menschen zum Handeln. Dieses Handeln betrifft insbesondere die stetige Sorge dafür, dass das System sich nicht selbst pervertiert. Jedes System, auch der Rechtsstaat, ist in stetiger Gefahr, sich zu pervertieren. Selbst institutionelle Regeln gegen seine Pervertierung können pervertiert werden. Umso mehr sind Liberale aufgerufen, Charakterstärke zu zeigen sich für liberale Rahmenbedingungen einzusetzen. Der Rechtsstaat endet nämlich dann, wenn Liberale ihm vertrauen.

Literatur

- Angner, Erik. *Hayek and Natural Law*. London: Routledge, 2007.
- Baker Jr, John S. «Natural Law and Justice Thomas», *Regent University Law Review* 12 (1999): 470-502.
- Cheney, Lynne. *James Madison: A Life Reconsidered*. London: Penguin, 2014.
- Deiseroth, Dieter. «War der Positivismus schuld?: Anmerkungen zum Thema Juristen und NS-Regime achtzig Jahre nach dem 30. Januar 1933», *Betrifft Justiz* 113 (2013): 5-10.
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Franco, Francisco und Alberto Cisneros. *Pensamiento Político de Franco*. Madrid: Luhar, 1964.
- Hayek, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty. Volume II: The Mirage of Social Justice*. London: Routledge & Kegan Paul, 1976.
- Hart, HLA. *The concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- Hurston, Zora Neale. *Mules and Men*. New York: Perennial Library, 1935.
- Jefferson, Thomas. *Declaration of Independence* (as originally written by Thomas Jefferson). Public Domain, 1776.
- Jellinek, Georg. *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*. Berlin: O. Häring, 1908.
- Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre: Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. Mohr Siebeck, 2017.
- Ott, Walter. *Die Vielfalt des Rechtspositivismus*. Baden-Baden: Nomos, 2016.
- Thomas, Clarence. «Why Federalism Matters.» *Drake Law Review* 48 (1999): 231-269.
- Schmitt, Carl. «Was bedeutet der Streit um den 'Rechtsstaat'?», *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 2 (1935): 189-201.
- Schneider, Henrique. « Confucianism, Commerce, Capitalism. » *Culture and Dialogue* 8.2 (2020): 295-322.
- Tarter, Brent. «George Mason and the Conservation of Liberty.» *The Virginia Magazine of History and Biography* 99.3 (1991): 279-304.



LIBERALES INSTITUT

Impressum

Liberales Institut
Hochstrasse 38
8044 Zürich, Schweiz
Tel.: +41 (0)44 364 16 66
institut@libinst.ch

Alle Publikationen des Liberalen Instituts finden Sie auf
www.libinst.ch.

Disclaimer

Das Liberale Institut vertritt keine Institutspositionen. Alle Veröffentlichungen und Verlautbarungen des Instituts sind Beiträge zu Aufklärung und Diskussion. Sie spiegeln die Meinungen der Autoren wider und entsprechen nicht notwendigerweise den Auffassungen des Stiftungsrates, des Akademischen Beirates oder der Institutsleitung.

Die Publikation darf mit Quellenangabe zitiert werden.
Copyright 2023, Liberales Institut.