

Harun Pacic

Kein Anrecht auf Unrecht

Zum Rechtsbegriff mit Hermann Kantorowicz

Inhaltsverzeichnis

Der Begriff des Rechts

Vernunft und Alterität

Literatur

Der Begriff des Rechts

Vortrag zur Rechtstheorie

1.

DER BEGRIFF DES RECHTS VON HERMANN KANTOROWICZ ist eine Schrift aus seinem Nachlass, die er 1939, im Jahr vor seinem Ableben, verfasst hat, um ein Werk über die Geschichte der Rechtslehre einzuleiten und auszurichten.¹ Der *Begriff* des Rechts sollte der *Lehre* vom Recht gerecht werden; weder zu weit noch zu eng gefasst sein, um ihre Eigenart zu erfassen, ohne die Vielfalt der Lehrrichtungen zu übersehen.²

Hierfür suchte er nicht das Wesen des Rechts zu ergründen oder den Gebrauch des Wortes *Recht* abzuklären, sondern den Rechtsbegriff *so* zu bestimmen, wie er für Rechtsgelehrsamkeit (Jurisprudenz) erforderlich ist.³

Die *Theorie* des Rechts, die er hierzu fruchtbar gemacht hat, hatte er zehn Jahre zuvor umrissen, um seine Lehre vom *freien* Recht zu erläutern.⁴ Diese gründet in einer Rechtsphilosophie, die *für* ihre Rechtsethik eine *allgemeine* Rechts- und juristische Methodenlehre in sich begreift.⁵

Die Rechtslehre von Kantorowicz fußt erkenntnistheoretisch auf einem methodischen *Triasismus*, der besagt, dass wir jeden Gegenstand der Erkenntnis als ein Stück Wirklichkeit (*Da-Sein*)

erfahren, als ein *Sinngebilde* (*So -Sein*) konstruieren sowie auf seinen Wert (*Sein-Sollen*) hin beurteilen (können und) müssen, wofern wir ihn in *keiner* Hinsicht verkennen wollen.⁶

Die *Wirklichkeit* des *Rechtssatzes* untersuchen wir, wenn wir die empirische Frage stellen, was damit beabsichtigt war, wie er verstanden wurde oder wird, ob und wie er angewendet und befolgt wird; seinen *Sinn*, wenn wir die konstruktive Frage stellen, mit welcher Deutung er sich in das ganze Rechtssystem einordnen lässt; und seinen *Wert*, wenn wir die kritische Frage stellen, ob dieser Sinn (*Bedeutungssammenhang*) gerecht ist.⁷

Die Rechtslehre verfährt, Kantorowicz zufolge, sowohl konstruktiv als auch empirisch und kritisch.⁸

GUSTAV RADBRUCH definierte vor *diesem* Hintergrund „Recht“ als *die* Wirklichkeit, die den Sinn hat, *dem* Rechtswert; nämlich der Idee der (sozialen) Gerechtigkeit (Rechtsidee) zu dienen.⁹

Hermann Kantorowicz hat „Recht“ als eine Gesamtheit von Regeln bestimmt, welche äußeres Verhalten vorschreiben und als gerichtsfähig angesehen werden.¹⁰

Beide Definitionen sind insofern *bedeutungsgleich*, als sie in *jeder* Hinsicht dasselbe umgrenzen; sie deuten einander aus.

Wir eröffnen mit *beiden* Einsichten in die Systemtheorie von NIKLAS LUHMANN sowie in die Reine Rechtslehre von HANS KELSEN und der Wiener Schule der Rechtstheorie.¹¹

System im Sinne der Systemtheorie ist die *Differenz* von System und Umwelt.¹²

Soziale Systeme - wie Wissenschaft und das Recht - sind operativ geschlossene, selbstreferentielle Prozesse; allesamt autopoietische *Kommunikationssysteme*.¹³

Nach Luhmann bestimmt Recht *als* soziales System *selbst*, was zum Recht gehört und was nicht – zu klären ist, *wie* dies (einheitlich) geschieht.¹⁴

Wenn Kelsen von der *Reinheit* der Rechtslehre sprach, dann betrachtete er das Recht *nicht* als soziales System, sondern als Normen*ordnung*, welche es ausschließlich rechtsdogmatisch zu *erkennen* gilt.¹⁵

2.

Da die *Lehre* das Recht von jedem erdenklichen Gesichtspunkt aus betrachtet, wies Kantorowicz die Merkmale der Positivität, der Erzwingbarkeit, der Staatlichkeit und der Verbindlichkeit als unbrauchbar zurück.¹⁶

Das Recht könne nicht auf die *bindenden*; auf die *geltenden*, mithin auf jene Regeln beschränkt werden, die *in Kraft* stehen: gerichtsfähig *sind*.¹⁷ Wenn wir *uneingeschränkt* „Recht“ *sagen*, so *meinen* wir aber nur das geltende Recht (Sprachgebrauch).

Wenn, weil und soweit Recht aus Kommunikationen (und Strukturablagerungen von Kommunikationen, die eine solche Sinnggebung mitführen,) besteht, hat es *aus eigener Kraft* keine Bindungswirkung – es gilt, sofern es mit dem Geltungssymbol als geltend bezeichnet wird.¹⁸

Insofern es *ist*, ist es geltendes Recht – Geltung ist keine Norm, denn Recht *soll* nicht gelten, entweder gilt es oder nicht; Geltung bewirkt Anschlussfähigkeit im System.¹⁹

Für Kelsen ist Geltung die Seinsweise der in der Dogmatik als verbindlich erkennbaren Regeln: diese *nimmt an*, dass man sich so verhalten *soll*, wie der Staat vorschreibt, die Verfassung gebietet – *das* ist es, was er die *Grundnorm* nennt, welche den Rechtsstaat begründet.²⁰

Als ein solcher ist der Staat ebenso eine Einrichtung *des* Rechts wie eine Instanz politischer Verantwortung *für* Recht.²¹ Die Staats- oder Verfassungsgerichtsbarkeit ist die gerichtliche (justizielle) Garantie der Verfassung.²²

Die Beschränkung des Rechts auf die *erzwingbaren* Regeln übergeht Kantorowicz zufolge sowohl Kanonistik und Legistik als auch Rechtsgeschichte und Völkerrechtslehre.²³

Das Verfassungsrecht enthalte zwingend Regeln, die *nicht* erzwingbar seien.²⁴

Zudem wohne eine Art von Zwang auch außerrechtlichen Sitten inne.²⁵ Recht sei nicht das, was Behörden anwenden; *sie* seien jene Einrichtungen, die das Recht anwenden *sollen*.²⁶

Politik benutzt die Macht als Medium, wohingegen ein *Sollen* keinerlei Machtüberlegenheit voraussetzt.²⁷

Insofern von der Verfassung des *Staates* die Rede ist, ist in der Systemtheorie die strukturelle Koppelung von Politik und Recht angesprochen.²⁸

Politik ist für Luhmann das Bereithalten der Kapazität zu kollektiv bindendem Entscheiden, Demokratie das Austauschverhältnis von Regierung und Opposition.²⁹

Das Erfordernis der *positiven* Festlegung aller Rechtsregeln hätte nach Kantorowicz zur Folge, dass Naturrechtslehre keine *Recht* lehre wäre; das Kriterium der Positivität hatte einst wohl lediglich den Sinn, das Recht *frei* von Ideologien zu denken.³⁰

Für die *Reine* Rechtslehre meint *positiv*: durch menschliche Willensakte gesetzt.³¹ Positivität wird *auch* mit Abänderbarkeit von Regelungen gleichgesetzt.³²

Das positive Recht ist *förmliches* Recht, Regelung; *freies* Recht im Sinne von Kantorowicz ist – grob gesagt – die Summe *rechtskritischer* Erwägungen.³³

Freie Rechtsfindung ist *angewandte* Rechtsethik, die *dann* entscheidend wird, wenn und weil förmliches Recht sich als unzureichend: lückenhaft oder sozial abträglich erweist.³⁴

Falls mit Rechtspositivität gemeint ist, dass alles Recht kulturell sei; dass *dahinter* irgendeine Realität (Macht, Wille, Anerkennung) steht, *dann* war für Kantorowicz klar, dass auch freies Recht *positives* Recht zu nennen sei.³⁵

Radbruch fasste die positivistische Lehrrichtung *so* zusammen, dass sie letztendlich Recht mit Macht gleichsetze: Das Gesetz gelte, weil es *Gesetz* sei, und es sei Gesetz, wenn es in der Regel der Fälle die Macht habe, sich durchzusetzen.³⁶