

Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie
und
Hans Kelsens Reine Rechtslehre

Ein Vergleich

Inaugural – Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen
vorgelegt von

Phillipp Horst Schlüter
aus Ludwigsburg

2009

Dekan: Prof. Dr. Hermann Reichold

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Kristian Kühl

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Graf Vitzthum

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Februar 2009

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2008/2009 von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. Kristian Kühl. Nachdem er die Bearbeitung dieses facettenreichen Themas angeregt hatte, ließ er mir jegliche wissenschaftliche Freiheit und betreute mich gleichzeitig freundlich und reibungslos.

Sehr dankbar bin ich auch Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Graf Vitzthum LL.M.. Der Kreis schließt sich. Vor vielen Jahren hörte ich bei ihm die Erstsemestervorlesung im öffentlichen Recht. Nun spielte er in meiner akademischen Laufbahn noch einmal eine wichtige Rolle als aufmerksamer und zügiger Zweitgutachter.

Viele Denkanstöße verdanke ich meinen Freunden, insbesondere Miriam Marbach und Andreas Scherbel. In zahlreichen Diskussionen – zum Teil bis spät in die Nacht hinein – hat jeder auf seine Art viel zu dem Thema beigetragen.

Für die sorgfältige Lektüre danke ich meiner Großtante Alma Lutz. Aufgrund ihres lebenslangen Interesses an philosophischen Fragen war sie in der Lage, mir mit besonderem Weitblick Anregungen für die Arbeit zu geben.

Ohne die Liebe, das Interesse und nicht zuletzt die großzügige Unterstützung meiner Eltern Dorothea und Michael Schlüter wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Dafür bedanke ich mich herzlich.

Mein größter Dank gilt schließlich meiner Ehefrau Heike Scherbel. Sie hat mir gemeinsam mit unserer Tochter Ada die Kraft zur Fertigstellung dieser Arbeit gegeben.

Stuttgart, im Juni 2009

Phillipp Schlüter

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	1
B. Biographien.....	7
I. Hans Kelsen.....	7
1. Biographie.....	7
2. Persönlichkeit.....	18
3. Entscheidende Einflüsse.....	20
II. Gustav Radbruch.....	25
1. Biographie.....	25
2. Persönlichkeit.....	37
3. Entscheidende Einflüsse.....	39
III. Vergleich.....	41
C. Hauptwerke.....	45
I. Hans Kelsens „Reine Rechtslehre“.....	45
1. Recht und das Verhältnis von Natur und Gesellschaft.....	45
2. Die Norm.....	46
a. Die Norm als Deutungsschema.....	46
b. Norm und Normerzeugung.....	46
c. Wirksamkeit, Geltung und Geltungsbereich der Norm.....	47
d. Norm und Wert.....	48
3. Die Gesellschaftsordnung.....	49
4. Die Rechtsordnung.....	49
5. Recht und Moral.....	52
6. Recht und Wissenschaft.....	54
a. Statische und dynamische Rechtstheorie.....	54
b. Kausalwissenschaft und Normwissenschaft.....	55
7. Rechtsdynamik.....	56
a. Die Grundnorm.....	56

aa. Geltungsgrund.....	56
bb. Statisches und dynamisches Prinzip.....	57
cc. Grundnorm als transzendental-logische Voraussetzung.....	58
dd. Einheit der Rechtsordnung.....	59
ee. Geltung und Wirksamkeit.....	59
b. Herkunft der Grundnorm.....	60
c. Die Grundnorm des Völkerrechts.....	61
d. Der Stufenaufbau der Rechtsordnung.....	63
e. Konflikte zwischen Normen.....	66
f. Recht und Staat.....	69
g. Staat und Völkerrecht.....	70
h. Die Interpretation.....	71
8. Das Problem der Gerechtigkeit.....	72
a. Die Normen der Gerechtigkeit.....	72
b. Die Naturrechtslehre.....	75
II. Gustav Radbruchs „Rechtsphilosophie“.....	82
1. Wirklichkeit und Wert.....	82
2. Rechtsphilosophie als Rechtswertbetrachtung.....	84
3. Der Begriff des Rechts.....	86
4. Recht und Moral.....	88
5. Recht und Sitte.....	91
6. Der Zweck des Rechts.....	91
7. Rechtsphilosophische Parteienlehre.....	93
8. Antinomien der Rechtsidee.....	96
9. Die Geltung des Rechts.....	98
10. Geschichtsphilosophie des Rechts.....	102
11. Religionsphilosophie des Rechts.....	104
12. Die Psychologie des Rechtsmenschen.....	105
13. Ästhetik des Rechts.....	105
14. Die Logik der Rechtswissenschaft.....	106
15. Das Völkerrecht.....	109
16. Das Naturrecht.....	110
III. Gustav Radbruchs Spätwerk.....	111

1. Nachkriegsveröffentlichungen	111
a. „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“	111
b. „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“	113
c. „Die Natur der Sache als juristische Denkform“	117
d. „Vorschule der Rechtsphilosophie“	120
2. Umbruch oder Akzentverschiebung?	127
D. Philosophische Grundlagen	141
I. Kant	142
1. Kritik der reinen Vernunft	142
2. Kritik der praktischen Vernunft	145
3. Rechtslehre	147
II. Neukantianismus	153
1. Marburger Schule	158
a. Hermann Cohen	158
b. Paul Natorp	160
c. Ernst Cassirer	161
d. Rudolf Stammler	162
2. Südwestdeutsche Schule	164
a. Wilhelm Windelband	164
b. Heinrich Rickert	166
c. Emil Lask	168
III. Beeinflussung Hans Kelsen	170
IV. Beeinflussung Gustav Radbruch	178
E. Vergleich einzelner Aspekte der rechtsphilosophischen Systeme	182
I. Wissenschaftliche Klassifizierung der beiden Theorien	182
II. Begriff der Rechtswissenschaft nach Kelsen und Radbruch	188

III. Methodendualismus.....	192
1. Begriff des Methodendualismus.....	192
2. Vergleich Hans Kelsen und Gustav Radbruch.....	196
IV. Relativismus.....	200
1. Begriff des Relativismus.....	200
2. Vergleich Hans Kelsen und Gustav Radbruch.....	203
V. Positivismus.....	210
1. Begriff des Rechtspositivismus.....	210
2. Vergleich Hans Kelsen und Gustav Radbruch.....	215
VI. Rechtsbegriff.....	225
VII. Gerechtigkeit.....	225
VIII. Naturrecht.....	227
IX. Recht und Moral.....	228
X. Grundnorm, Stufenaufbau und Geltungslehre.....	230
XI. Normenkollision.....	234
XII. Norm als Imperativ.....	234
XIII. Demokratie.....	235
XIV. Gesetzesauslegung.....	237
XV. Verhältnis von Recht und Staat.....	240
XVI. Gerichtliche Rechtserzeugung und Rechtsvergleichung.....	243
XVII. Parteienlehre.....	246

XVIII. Freiheit und Kausalität.....	247
XIX. Völkerrecht.....	248
XX. Religionsphilosophie.....	249
XXI. Recht und Kunst.....	250
Schluss.....	251
Literaturverzeichnis.....	257
A. Verzeichnis der Schriften Hans Kelsens.....	257
B. Verzeichnis der Schriften Gustav Radbruchs.....	259
C. Sekundärliteratur.....	264

Die eine Hälfte der Welt lacht über die andere, und Narren sind alle. Jedes ist gut, und jedes ist schlecht; wie es die Stimmen wollen. Was dieser wünscht, hasst jener. Ein unerträglicher Narr ist, wer alles nach seinen Begriffen ordnen will. Nicht von einem Beifall allein hängen die Vollkommenheiten ab. So viele Sinne als Köpfe, und so verschiedene(...) Man lebt nicht von einer Stimme, noch von einer Mode, noch von einem Jahrhundert.

Baltasar Gracián, Handorakel und Kunst der Weltklugheit/Oraculo manual y arte de prudencia, 101,

A. Einleitung

Es ist ein starkes Bedürfnis des Menschen, nach letzten Antworten zu suchen. Das Verlangen nach der perfekten Symmetrie ist tief in unseren Köpfen verwurzelt. Augenzwinkernd nimmt uns Gracián diese Illusion. Was der spanische Geistliche bereits im 17. Jahrhundert schrieb, versetzt den heutigen Menschen noch immer in Erstaunen und Unglauben. Die Relativität der Wahrheit ist bis heute auch unter Wissenschaftlern umstritten. Gustav Radbruch und Hans Kelsen haben sich in unterschiedlicher Ausprägung dieser Aufgabe gewidmet und so nicht nur für sich selbst die Richtschnur absoluter Werte in der Rechtswissenschaft durchtrennt ¹.

¹ Radbruch scheint nicht nur sprachlich in Graciáns Schuhen zu wandeln, wenn er in „Der Mensch im Recht“ S. 9 feststellt, dass eine Rechtsordnung nicht „auf die wirklichen einzelnen Menschen, die über diese Erde wandeln, auf jede ihrer Grillen, Launen, Spleens, auf das ganze Herbarium wunderlicher Pflanzen, das wir Menschheit nennen“ zugeschnitten werden kann. Kelsen wählt in „Was ist Gerechtigkeit?“ S. 6, 43 zwar nüchternere Worte, kommt aber zu dem selben Ergebnis. Er führt aus, dass die Frage der Gerechtigkeit dort ein Problem ist, wo Interessenkonflikte vorliegen, wo also mindestens zwei Werte in Gegensatz treten. Dieses Problem kann nach Kelsens Überzeugung „nicht mit den Mitteln rationaler Erkenntnis gelöst werden.“ Denn, „die Antwort“, so Kelsen weiter, „auf die sich hier ergebenden Fragen ist stets ein Urteil, das in letzter Linie von emotionalen Faktoren bestimmt wird und daher einen höchst subjektiven Charakter hat. Das heißt, daß es gültig nur ist für das urteilende Subjekt, und in diesem Sinn relativ.“

Sie wurden als Häupter des wissenschaftlichen Werterelativismus in der Rechts- und politischen Philosophie bezeichnet² und machten neben dem Relativismus den neukantianischen Methodendualismus zum prägenden Element ihrer Werke. So war es Radbruch möglich, den Wertebezug zur Geltungsbegründung des Rechts heranzuziehen, ohne naturrechtlichen Spekulationen zu verfallen. Auf der anderen Seite bewahrte die dem Neukantianismus verpflichtete Geltungsbegründung des Rechts in Form der fiktiven Grundnorm Kelsens Reine Rechtslehre vor einem Abgleiten in den Empirismus. Radbruch und Kelsen waren Wanderer zwischen den Welten, Wanderer zwischen den Extremen eines rein empirischen Positivismus und eines idealistischen Naturrechts. Mit der Reinen Rechtslehre und Radbruchs Rechtsphilosophie gaben sie uns die Wegbeschreibungen für diese Wanderung an die Hand. Die vorliegende Arbeit soll zeigen, dass den beiden Werken gemeinsam ist, nicht in die beschriebenen Extreme zu verfallen, sie sich jedoch gleichzeitig dadurch unterscheiden, dass sie sich in entgegengesetzter Richtung an den Extremen orientieren.

Persönlich begegnet sind sich die beiden wohl nie³. Und doch treffen sie in den wissenschaftlichen Arbeiten Dritter so häufig aufeinander wie kaum zwei andere Rechtsphilosophen. Oft werden sie in einem Atemzug genannt⁴. Und tatsächlich gibt es auf den ersten Blick viele Aspekte, die einen Vergleich der beiden rechtfertigen. Eine große geistige Nähe kann nicht ernsthaft gelegnet werden. Beide wurden im ausgehenden 19. Jahrhunderts geboren. Zwischen ihrer Geburt lagen nicht einmal drei Jahre. Beide waren sie beispielhafte Kinder ihrer Zeit und wurden als solche neben den epochalen politischen und gesellschaftlichen Veränderungen auch durch die zeitgenössischen Schriften, wie diejenigen

² A.Brecht in „Politische Theorie. Die Grundlage politischen Denkens im 20.Jahrhundert“ S. 261 ff., 281 ff., 285 ff.; nach M.Kriele in „Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus“ S. 30 waren Radbruch und Kelsen die führenden Vertreter des Relativismus.

³ Auf die Frage, ob je ein Zusammentreffen stattfand, antwortete Kelsen, dass er sich aufgrund der Tatsache, dass sein Gedächtnis ihn verlasse, nicht entsinnen könne. R.Marcic in „Gustav Radbruch und Hans Kelsen“ S. 82; Hinweise auf eine Begegnung der beiden existieren nicht.

⁴ Dreier und Paulson sehen in Radbruchs Lehre die wichtigste Gegenkonzeption zu Kelsens Reiner Rechtslehre, die jedoch beide „auf tiefstehenden Intuitionen über das Recht“ beruhen und auch im 21. Jahrhundert Bestand haben werden. R.Dreier/S.L.Paulson in „Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch“ S. 463, 468

Schopenhauers, Kants und des Neukantianismus⁵, auf vergleichbare Art und Weise beeinflusst. Schließlich waren sie beide herausragende und engagierte Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens und verfügten über eine einerseits gewollte⁶, andererseits ungewollte⁷ starke politische Präsenz.

Vergleichbar ist insbesondere ihre herausragende Bedeutung für die Rechtswissenschaft⁸. Zahlreiche Publikationen beschäftigen sich mit ihren Werken. Beiden war es dabei vergönnt, ihre wichtigsten Überlegungen in einem

⁵ S.L.Paulson in „Einleitung. Neukantianismus und Rechtsphilosophie“ S. 12; Paulson betont, dass die Beeinflussung durch den Neukantianismus neben allen weitreichenden Unterschieden eine bedeutende Gemeinsamkeit zwischen Kelsen und Radbruch darstellt.

⁶ Gustav Radbruch bekleidete in der Weimarer Republik zeitweise das Amt des Justizministers.

⁷ Hans Kelsen war es immer ein Anliegen, das Recht und insbesondere die Tätigkeit der unabhängigen Juristen von der Politik zu trennen. Das ist ihm jedoch aus Gründen, die nicht ausnahmslos von ihm zu verantworten waren, nicht immer gelungen. Zu denken ist hier insbesondere an den Entwurf der österreichischen Verfassung, die Dispensehen und die Prager Unruhen.

⁸ Die überragende Rolle, die Kelsen und Radbruch im Bereich der Rechtswissenschaft im 20. Jahrhundert spielten und bis heute ins 21. Jahrhundert hinein noch immer spielen steht außer Frage. Beispielfhaft zählt S.L.Paulson die beiden in „Einleitung. Neukantianismus und Rechtsphilosophie“ S. 11 zu den bedeutendsten Rechtsphilosophen des 20.Jahrhunderts. Für R.Dreier/S.L.Paulson in „Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch“ S. 463, 468 beruhen die Systeme der beiden auf tiefstehenden Intuitionen über das Recht und werden auch im 21.Jahrhundert Bestand haben. Georg Stadtmüller in „Das Naturrecht im Lichte der geschichtlichen Erfahrung“, S.31 sieht in Gustav Radbruch „*wohl den Größten unter den lebenden deutschen Juristen*“. A.Hollerbach in „Gustav Radbruch: neu- und wiedergelesen“ S. 210 bezeichnet Radbruch als „*Brückenbauer, der dazu beigetragen hat, die Jurisprudenz als Wissenschaft aus positivistischer Isolation herauszuführen und Sinn für das Recht als Element der Gesamtkultur zu wecken*“. K.Kühl weist in „Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht“ S. 20 darauf hin, dass Radbruch das Lehrbuchangebot im Fach Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert unangefochten dominiert. G.Spendel betont in „Gustav Radbruch“ S. 84 ebenfalls die Bedeutung Radbruchs. Nach Spendel war Radbruch „*auf verschiedenen Gebieten ein großer Anreger*“; A. Kaufmann hält in „Einleitung“, GRGA S.1 Radbruchs aktuellen Einfluss im Ausland sogar für größer als in Deutschland. P.Römer in „Die Reine Rechtslehre Hans Kelsens als Ideologie und Ideologiekritik“ S. 580 betont Kelsens weltweiten Ruhm als „*Jurist des Jahrhunderts*“; H.Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 16 betont Kelsens bleibende und fortwirkende wissenschaftliche Geltung und deren weltweite Anerkennung. M.Pascher in „Einführung in den Neukantianismus“ S. 151, 152 zählt Kelsens Reine Rechtslehre zu den bedeutendsten rechtsphilosophischen Positionen des 20.Jahrhunderts. Nach R.Thienel in „Hans Kelsen“ S.345 hat die Reine Rechtslehre wie kaum eine andere juristische Theorie weltweite Beachtung gefunden. W.Schild in „Die Reine Rechtslehre“ S. 103 sieht in der Reinen Rechtslehre die berühmteste Rechtstheorie des 20. Jahrhunderts. E.Fechner schreibt in „Naturrecht heute“ S. 165, dass Kelsens Rechtstheorie weltweite Anerkennung erlangt hat. Eine große Zahl an Gelehrten und praktischen Juristen bekennt sich ausdrücklich zu ihr. Die Mehrzahl aller Juristen, auch wenn sie sich keine grundlegenden Gedanken über die theoretisch-philosophischen Grundsätze ihres Fachs machen, verfährt im Sinne des von Kelsen neubegründeten naturrechtsfeindlichen Rechtspositivismus. Für S.Hammer in „Kelsens Grundnormkonzeption als neukantianische Erkenntnistheorie des Rechts?“ S. 210 hat Kelsens Reine Rechtslehre die Rechtswissenschaft und ihren Begriff vom Recht in epochal prägender Weise eingegrenzt.

einziges Werk zusammenzufassen⁹. Sowohl Radbruchs „Rechtsphilosophie“¹⁰ wie auch Kelsens „Reine Rechtslehre“¹¹ sind zu den wenigen rechtswissenschaftlichen Arbeiten zu zählen, die die Zeit ohne Einbußen an Aktualität überstanden haben¹². Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass immer dann auf sie zurückgegriffen wird, wenn sich die Rechtswissenschaft mit neuen Problemen konfrontiert sieht. So stand die Radbruchsche Formel rund vier Jahrzehnte nach Ihrer Erstveröffentlichung bei der Frage nach der Strafbarkeit von Staatsdienern der ehemaligen DDR erneut in der öffentlichen Diskussion¹³. Das

⁹ Die Lebenswerke lassen sich selbstredend nicht auf diese beiden Arbeiten reduzieren und die Rechtsphilosophie bzw. Rechtstheorie wurde in beiden Fällen in wesentlichen Punkten weiterentwickelt. Dennoch enthalten die genannten Arbeiten die grundlegenden und wichtigsten Thesen. Selbst im Falle Radbruchs, bei welchem oft von einem Bruch in seiner Rechtsphilosophie durch die Zäsur des Dritten Reiches gesprochen wurde, behielt die „Rechtsphilosophie“ in ihrer modifizierten Fassung ihre grundlegende Bedeutung.

¹⁰ Die vorliegende Arbeit bezieht sich durchgehend, soweit nicht anders bezeichnet, auf die dritte Auflage der „Rechtsphilosophie“. Radbruch war es vor seinem Tod im Jahre 1949 nicht mehr vergönnt, die gewünschte Änderung der dritten Auflage der „Rechtsphilosophie“ vorzunehmen. Nach seinem Tod besorgte E.Wolf die Herausgabe der vierten Auflage, ließ dabei jedoch vorliegende handschriftliche Anmerkungen Radbruchs an einer Ausgabe der dritten Auflage unberücksichtigt, da diese keine inhaltlichen Änderungen bewirkten. Das eigentliche Werk wurde daher nach der dritten Auflage inhaltlich nicht mehr modifiziert.

¹¹ Soweit nicht anders gekennzeichnet, meint die vorliegende Arbeit die zweite Auflage der „Reine Rechtslehre“ aus dem Jahre 1960. Es war Kelsen ein spezielles Anliegen, die erste Auflage komplett zu überarbeiten, da er seine gesamte Rechtstheorie in einem Werk veröffentlichen wissen wollte.

¹² Dreier und Paulson stellen fest, dass „Radbruchs „Rechtsphilosophie“ und Kelsens „Reine Rechtslehre“ zu denjenigen Werken gehören, die das 20. Jahrhundert überdauern werden.“ so H.Dreier und S.L.Paulson in „Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs“ S. 250. Auch nach R.Dreier in „Gustav Radbruch, Hans Kelsen, Carl Schmitt“ S.196 üben Radbruch und Kelsen noch immer einen beträchtlichen Einfluss aus. K.Kühl weist in „Buchbesprechung, Bände 1 und 16 der Gustav Radbruch Gesamtausgabe“ S. 39 auf die anhaltende, auch internationale Diskussion um Radbruch hin. Für die „ungebrochene“ Aktualität sprechen die unzähligen wissenschaftlichen Arbeiten, die sich in den letzten Jahren und Jahrzehnten thematisch mit den beiden und ihren Werken auseinandergesetzt haben. Hierzu zählen beispielsweise D.Diner/M.Stolleis in „Hans Kelsen und Carl Schmitt“; W.Preiss in „Hans Kelsens Kritik am Naturrecht“; W.Schneider in „Wissenschaftliche Askese und latente Wertepreferenz bei Hans Kelsen“; F.Saliger in „Die Radbruchsche Formel und die Mauerschützen“; B.Kastner in „Goethe in Leben und Werk Gustav Radbruchs“ und C.Vulpinus in „Gustav Radbruch in Oxford“

¹³ Der Bundesgerichtshof bezieht sich in seinen Entscheidungen bei den Mauerschützenprozessen teilweise auf die Radbruchsche Formel BGHSt 39, 1, 36, 16; 40, 241, 251, 244; 41, 101, 113, 106 ff.; mit der Radbruchschen Formel im Zusammenhang mit den Mauerschützenprozessen befassen sich beispielsweise R.Alexy in „Mauerschützen“ S. 3 ff., 22 ff.; R.Dreier in „Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes“ S. 57 ff.; M.Frommel in „Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruchschen Formel“ S. 87 ff.; K.Kühl in „Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht“ S. 12 ff.; K.Seidel in „Rechtsphilosophische Aspekte der Mauerschützen-Prozesse“ S. 140 ff.; M.Heinig in „Was ist so attraktiv an der Radbruchschen Formel?“ S.321 ff., 329; F.Saliger in „Radbruchsche Formel und Rechtsstaat“; P.König in „Gustav Radbruch, die materielle Wertethik und das Rechtsstaatsprinzip“ S. 219 ff.; J.-R.Sieckmann in „Die Radbruchsche Formel und die Mauerschützen“ S.496 ff., 500; H.Dreier in „Gustav Radbruch und die Mauerschützen“

Erkenntnispotential der Grundnormtheorie der Reinen Rechtslehre Kelsens wurde u.a. wiederholt zur Beurteilung des Verhältnisses zwischen nationalem Recht der Mitgliedstaaten und supranationalem Recht der Europäischen Gemeinschaft herangezogen¹⁴. Kelsen wurden Sammelbände und eine fortlaufende Schriftenreihe, Radbruch wurde eine 20-bändige Gesamtausgabe gewidmet¹⁵.

Obgleich vordergründig eine große Ähnlichkeit zu bestehen scheint, gibt es gewichtige Unterschiede. In der Literatur wurde bislang kaum der Versuch unternommen, Kelsen und Radbruch oder gar ihre beiden Hauptwerke zu vergleichen¹⁶. Kelsen entwickelte mit der Reinen Rechtslehre ein in sich geschlossenes und von allen wertenden Einflüssen befreites System. Radbruch schloss zwar ebenfalls die Erkennbarkeit absoluter Werte aus, definierte seinen Rechtsbegriff aber über die Gerechtigkeit und schuf so eine wertbezogene Rechtsphilosophie, die ein geschlossenes Rechtssystem letztlich verhindert. Der Zweite Weltkrieg und die nationalsozialistische Herrschaft hatten darüber hinaus unterschiedliche Auswirkungen auf Radbruch und Kelsen. Während sie für Radbruch eine Zäsur darstellten und eine Akzentverschiebung innerhalb seiner Rechtsphilosophie zur Folge hatten, blieb Kelsen seiner streng rechtspositivistischen Auffassung trotz jahrzehntelanger Anfeindungen treu und veröffentlichte im Jahre 1960 die zweite unverändert werterelativistische Auflage der „Reine Rechtslehre“.

S. 421 ff., 424; A.Kaufmann in „Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht“ S.81 ff.

¹⁴ H.Dreier in „Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre“ S. 32, 33; M.Baldus in „Zur Relevanz des Souveränitätsproblems für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht“ in Der Staat 36, 1997, S. 395, 396; M.Kaufmann in „Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund“ in Der Staat 36, 1997, S. 527

¹⁵ Etliche Aufsätze von Kelsen und seinen Mitstreitern in der rechtstheoretischen Schule wurden in dem zweibändigen Sammelwerk „Die Wiener rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross“, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, veröffentlicht. Die Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts beschäftigt sich seit Jahrzehnten mit Kelsens Leben und Werk. In 2007 erschien außerdem der erste Band einer Gesamtausgabe von Kelsens Werk. Im Falle Radbruchs wurde eine von A.Kaufmann herausgegebene Gesamtausgabe in 20 Bänden veröffentlicht.

¹⁶ Eine Ausnahme hievon machen die Aufsätze von René Marcic „Gustav Radbruch und Hans Kelsen“, Ralf Dreier „Gustav Radbruch, Hans Kelsen und Carl Schmitt“, Hans Jörg Sandkühler „Natur des Rechts und Relativismus im Recht.“, Henrique Ricardo Otten „Der Sinn der Einheit im Recht. Grundpositionen Carl Schmitts, Gustav Radbruchs und Hans Kelsens“ und Klaus Adomeit „Der Rechtspositivismus im Denken von Hans Kelsen und Gustav Radbruch“.

Die vorliegende Arbeit bezweckt den so noch nicht unternommenen Vergleich der in der „Reine Rechtslehre“ und der „Rechtsphilosophie“ entwickelten Grundsätze unter Berücksichtigung der späteren Aufsätze Radbruchs. Diese Zielsetzung gibt die Gliederung vor.

Das Verständnis für Radbruch und Kelsen und ihre wissenschaftlichen Ausführungen setzt zunächst eine Auseinandersetzung mit ihren Biographien voraus. Daneben tritt die systematische Darstellung der Schwerpunkte der „Reine Rechtslehre“ und der „Rechtsphilosophie“. Im Falle Radbruchs werden außerdem die wichtigsten Nachkriegsveröffentlichungen und die bereits erwähnte Akzentverschiebung betrachtet. Es folgt eine Beschreibung der rechtsphilosophischen Wurzeln. Der vergleichende Teil der Arbeit beginnt mit dem Versuch einer wissenschaftlichen Kategorisierung der beiden Lehren und einer Darstellung des Begriffs der Rechtswissenschaft nach Kelsen und Radbruch. Im Folgenden widmet sich die Arbeit den für eine Charakterisierung der Reinen Rechtslehre und Radbruchs Rechtsphilosophie grundlegenden rechtsphilosophischen Begriffen Methodendualismus, Relativismus und Rechtspositivismus. Abschließend folgt eine Gegenüberstellung einzelner rechtswissenschaftlicher Standpunkte Kelsens und Radbruchs.

B. Biographien

Hans Kelsen (1881-1973) und Gustav Radbruch (1878-1949) wurden innerhalb einer Zeitspanne von nur drei Jahren geboren. Sie wuchsen in einer Zeit heran, die bedeutende politische, gesellschaftliche und wissenschaftliche Veränderungen mit sich brachte. Es war die Zeit des modernen Imperialismus, des Hochkapitalismus, der Arbeiterbewegung, der Politik der Entente und schließlich des Ersten Weltkrieges. Wesentliche Erfindungen und Entdeckungen ¹⁷ veränderten das gesellschaftliche Leben. Die persönliche Entwicklung von Kelsen und Radbruch wurde durch diese Umstände gleichermaßen beeinflusst. Gleichzeitig unterschieden sich jedoch ihre individuellen Lebensumstände aufgrund der abweichenden familiären, gesellschaftlichen, nationalen, und religiösen Herkunft.

I. Hans Kelsen

1. Biographie

Hans Kelsen wurde am 11.10.1881 in Prag als erstes von vier Kindern einer jüdischen Familie ¹⁸ geboren. Der Vater betrieb eine kleine Lampenfabrik. Im Jahre 1883 zog die Familie nach Wien, wo Kelsen das Gymnasium besuchte und 1900 die Matura ablegte. Kelsen war ein mittelmäßiger Schüler. Sein großes Interesse galt der „schönen Literatur“ ¹⁹. Sehr früh entdeckte er die Romane Knut Hamsuns ²⁰. Deren Lektüre legte nach Ansicht Métalls eine Grundlage „für Kelsens

¹⁷ Ohne jeglichen Anspruch an Vollständigkeit und ohne chronologische Katalogisierung ist beispielsweise zu denken an Plancks Quantentheorie, Einsteins Relativitätstheorie, Freuds Psychoanalyse, das Automobil, das Telephon, den Dieselmotor, die Dampfturbine, den Transformator, den Füllfederhalter, die elektrische Straßenbeleuchtung, die elektrische Straßenbahn, die Stenographie, den Wolkenkratzer, das Oszilloskop, die Entdeckung von Vitaminen, Viren und Hormonen, die Einführung der Fließbandproduktion, das Einfrieren von Lebensmitteln, das Neonlicht, die Antenne, den fotografischen Film und damit der Beginn der Amateurfotografie sowie die Entdeckung von Röntgenstrahlen.

¹⁸ W. Preiss in „Hans Kelsens Kritik am Naturrecht“ S. 29

¹⁹ Sein Interesse für die Literatur übertraf jenes für die Musik oder die Bildenden Künste und führte dazu, dass Kelsen sich selbst schriftstellerisch versuchte. Es handelt sich dabei um größtenteils verschollene Gedichte und Novellen, von denen einige in der „Wiener Hausfrauenzeitung“ veröffentlicht wurden. Kelsen selbst hielt seine künstlerische Begabung für wenig ausgefeilt. H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 3 f.

²⁰ Knut Hamsun, ursprünglich Knut Pedersen aus Hamsund (1859 – 1952) war der bedeutendste Vertreter Norwegens in der europäischen Epik. Nachdem Hamsun sein Glück mit den verschiedensten beruflichen Tätigkeiten versucht hatte, gelang ihm 1890 mit seinem Erstlingswerk „Hunger“, welches zu

pessimistische Weltanschauung“²¹, eine Lebenseinstellung, die durch die spätere Beschäftigung mit den Texten Schopenhauers noch verstärkt wurde²². Von besonderem Einfluss auf ihn war außerdem Ludwig Büchners „Kraft und Stoff“²³. Bereits in seiner Gymnasialzeit las Kelsen auch die Schriften Platons, Aristoteles’, Schopenhauers und Kants. Mit zunehmendem Interesse an der Philosophie begann ein Übergang von der Literatur zur Wissenschaft. Schauspiele und Romane dienten fortan ausschließlich der Erholung und Entspannung²⁴. Kelsen entfernte sich früh von materialistischen Weltanschauungen, um sich der idealistischen Philosophie zuzuwenden²⁵. Auf die Lektüre Schopenhauers folgte die Beschäftigung mit Kants Philosophie, deren gewichtigster Aspekt aus Kelsens Sicht die Idee war, dass sich das Subjekt im eigenen Erkenntnisprozess das Objekt erzeugt. Métall deutet an, dass Kelsen, dessen Selbstbewusstsein während der Schulzeit wenig ausgeprägt war, in einer solchen subjektivistischen Interpretation Kants mit dem Ich als Mittelpunkt der Welt einen passenden philosophischen Ansatz sah²⁶. Das frühe Studium der Philosophie Kants gab den Ausschlag für die spätere geistige Entwicklung Kelsens²⁷.

den wichtigsten Werken des Naturalismus zählt, der literarische Durchbruch. Weitere Werke sind das als neue Robinson-Erzählung angesehene „Segen der Erde“ (1917), wofür Hamsun 1920 den Nobelpreis für Literatur erhielt, und die Trilogie „August Weltumsegler“ (1927 – 1933). Kindlers Neues Literaturlexikon Band 7, S. 216 ff.

²¹ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“, S. 37; Métall lässt an der pessimistischen Veranlagung Kelsens keinen Zweifel und schreibt an anderer Stelle zu einer möglichen Nachfolge Eduard Bernatziks durch Kelsen an der Wiener Universität im Jahre 1919: „Über seine Aussicht, auch tatsächlich persönlich ernannt zu werden, war der immer schon pessimistisch veranlagte Kelsen allerdings skeptisch.“

²² H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 3; eine direkte Bezugnahme auf Arthur Schopenhauer (1788 – 1860) fand in Kelsens rechtstheoretischen Hauptwerken jedoch nicht statt. So auch R.Walter in „Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre?“ S. 13

²³ Entgegen Métalls Ausführungen war es nicht Georg, sondern Ludwig Büchner, der das Werk „Kraft und Stoff“ verfasste. Der Familie Büchner entstammen, neben weiteren einflussreichen Geschwistern, mit den beiden Medizin studierenden Brüdern Ludwig und Georg zwei herausragende Denker des 19.Jahrhunderts. Ludwig Büchner (1824-1899) war ein im 19.Jahrhundert sehr populärer Vertreter des radikalen naturwissenschaftlichen Materialismus und schrieb mit der wissenschaftlichen Abhandlung „Kraft und Stoff“ 1855 das Grundwerk des Materialismus. „Kraft und Stoff“ war das meistgelesene Buch der vulgärmaterialistischen Literatur der 2.Hälfte des 19.Jahrhunderts. Inhaltlich war das für einen popularisierten Materialismus stehende Werk allerdings sehr zeitgebunden und vorurteilsbehaftet. Büchner war der Gründer des "Deutschen Freidenkerbundes", ein Förderer Darwins und stand der sozialdemokratischen Bewegung nahe.

²⁴ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 4

²⁵ Nach H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 4 erfuhr Kelsen eine seelische Erschütterung als ihm bewusst wurde, dass die Realität der Außenwelt problematisch ist.

²⁶ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 4

²⁷ W. Preiss in „Hans Kelsens Kritik am Naturrecht“ S. 29

Wollte Kelsen nach seiner Schulzeit eigentlich Philosophie, Mathematik und Physik studieren, entschloss er sich aus rein praktischen Gründen und ohne anfängliche Begeisterung doch für die Rechts- und Staatswissenschaften²⁸. Nach einem einjährigen Militärdienst begann Kelsen sein Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien, welches er 1906 mit der Promotion zum doctor juris abschloss. Im selben Jahr publizierte er „Die Staatslehre des Dante Alighieri“²⁹. Gleichzeitig mit der Arbeit an dem Werk über Dante Alighieri begann Kelsen sich im Rahmen seiner Habilitationsschrift „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze“ kritisch mit den wichtigsten Fragen der Staatsrechtslehre auseinander zu setzen. Er störte sich an dem in der Lehre vorherrschenden Durcheinander. Es fehlte an einer klaren Unterscheidung zwischen dem positiven Recht und der Frage, was von einem moralischen Standpunkt aus als Recht betrachtet werden soll. Während viele seiner zeitgenössischen Kollegen im wesentlichen durch praktische Fragen zur Lehre angetrieben wurden, motivierte ihn ein philosophischer Ansatz. Sein Interesse galt den Problemen der Rechtstheorie und dem Begriff der Rechtsnorm, sein Ziel war die Trennung der Rechtswissenschaft von Fragen der Ethik und Moral einerseits, von der Soziologie andererseits³⁰. Im Mittelpunkt der Arbeit steht thematisch die Unterscheidung und Abgrenzung der Rechtswissenschaft als normativer Wissenschaft von und gegenüber den Gesellschaftswissenschaften als kausal-explikativen Wissenschaften. Kelsen widmete sich der Methodenreinheit rechtswissenschaftlicher Erkenntnis und entwickelte letzten Endes bereits zu diesem Zeitpunkt die Grundzüge der Reinen Rechtslehre³¹.

²⁸ Die begrenzten finanziellen Mittel der Familie und die besseren Berufsaussichten waren für die Studienwahl entscheidend. Kelsen schloss ein lediglich zur Befähigung als Gymnasiallehrer führendes Studium der Philosophie, Mathematik und Physik bereits aufgrund seiner eigenen schulischen Erfahrungen aus. H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 4, 5; W. Preiss in „Hans Kelsens Kritik am Naturrecht“ S. 29

²⁹ W. Preiss in „Hans Kelsens Kritik am Naturrecht“ S. 30; nach Kelsen war dies die einzige Arbeit, die keine Kritik erfuhr. Ein Umstand, den er auf die fehlende Beachtung des Werkes zurückführte.

³⁰ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 7 und 8

³¹ Kelsens Intention, das Recht mit Hilfe eines Rechtssatzbegriffes einheitlich und vor allem streng wissenschaftlich zu erfassen, führte letzten Endes zur Entwicklung einer wertefreien Rechtstheorie. H. Kelsen „Reine Rechtslehre“ S.VII ; W. Schneider in „Wissenschaftliche Askese und latente Wertepreferenz bei Hans Kelsen“ S. 1

Im Jahre 1908 erhielt Kelsen ein Reisestipendium. Er entschied sich für einen Studienaufenthalt in Heidelberg, da dort der prominente Staatsrechtslehrer Georg Jellinek lehrte³². Vor seinem Abschied aus Wien gab ihm Professor Eduard Bernatzik, einer der späteren Referenten seiner Habilitationsschrift, noch deutlich zu verstehen, dass er kaum Aussicht auf eine akademische Karriere habe und lieber eine Laufbahn als Rechtsanwalt oder Bankangestellter in Betracht ziehen solle. Kelsen erklärte sich Bernatziks Ratschlag und dessen zunehmend kühle Haltung zum einen damit, dass dieser seine theoretische Auffassung ablehnte. Weit wichtiger für Bernatziks Parteinahme war jedoch die nicht gerade judenfreundliche Haltung innerhalb der Fakultät³³. Eine akademische Laufbahn im Visier, hatte sich Kelsen trotz seiner religiösen Indifferenz bereits im Jahre 1905 taufen lassen. Im francisco-josephinischen Österreich war jedoch bereits die jüdische Abstammung als solche und nicht nur die jüdische Religionszugehörigkeit Hindernis genug. Kelsen besuchte in Heidelberg lediglich ein Seminar von Georg Jellinek³⁴ und keine einzige Vorlesung. Er genoss es, sich ganz und gar seiner Arbeit widmen zu können: „*Ich war ganz berauscht von dem Gefühl, auf dem Gebiete meiner Wissenschaft einen neuen Weg zu gehen.*“³⁵. Kelsen habilitiert sich im Jahre 1911 an der juristischen Fakultät der Universität Wien mit der Schrift „Hauptprobleme

³² Kelsen bezeichnete Jellinek als seinen Lehrer, da dieser ihm auch dort, wo er zu anderen Resultaten kam, zumindest die zu beschreitenden Wege gewiesen habe. H.Kelsen in „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ S.XIII; U.Klug in „Hans Kelsens Reine Rechtslehre“ S.31; R.Walter in „Das Lebenswerk Hans Kelsens: Die Reine Rechtslehre“ S. 2, 3

³³ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 10. Kelsen unterstellte Bernatzik zwar keinen eigenen Antisemitismus, befürchtete jedoch, dass dieser ihn unter gegebenen Umständen nicht unterstützen würde.

³⁴ Er bescheinigte Jellinek einen erheblichen Beitrag auf historischem und philosophisch-soziologischem Gebiet zur Staatsrechtslehre, empfand ihn jedoch als schwach in der Rechtstheorie.

³⁵ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 11, 12; erst Jahre später bemerkte Kelsen, dass John Austin (1790 – 1859) bereits mehr als ein halbes Jahrhundert vor ihm einen ähnlichen Versuch zur Begründung der Rechtswissenschaft unternommen hatte. Nach Mazurek sind sowohl Austin wie auch Kelsen der ursprünglich auf Hobbes (1588 – 1678) zurückgehenden positivistischen Rechtstheorie und innerhalb dieser der ebenfalls von J. Bentham (1748 – 1821) und H.L.A. Hart (1907 - 1992) betriebenen analytische Rechtstheorie zuzuordnen. Austin gründete die analytische Rechtstheorie unter Benthams Einfluss und stellte sie vor allem in den „Lectures on Jurisprudence“ dar. Er behandelte die allen Rechtssystemen zugrunde liegenden Grundsätze und Grundbegriffe. Analytisch stellte er die Rechtsbegriffe in ihrer jeweiligen logischen Abhängigkeit dar und ordnete sie in ein System. Und er unterschied das Recht wie es ist, von dem wie es sein sollte: „*The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not comfortable to an assumed standard, is a different enquiry. Law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from text, by which we regulate our approbation and disapprobation.*“ W. Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 33 ff.; P.Mazurek in „Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart“ S. 331; J. Austin in „The Province of Jurisprudence Determined“ S. 214

der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz³⁶. Dabei zielte er von Anfang an instinktiv auf eine Reinheit der Methode. Bewusst wurde ihm dies jedoch erst aufgrund der durchaus freundlich gesonnenen Kritik der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ durch Oscar Ewald, der auf eine Parallele zu Hermann Cohens „Ethik des reinen Willens“ hinwies, und eines Besuchs bei Cohen³⁶. Inwieweit die Namensgebung der Reinen Rechtslehre auf eine Terminologie Cohens zurückzuführen ist, muss offen bleiben³⁷. Kelsen erhielt im Sommer 1911 die Lehrbefugnis für Staatsrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Wien. Im Wintersemester 1911/1912 begann er seine Vorlesungen.

Den Krieg verbrachte Kelsen fernab der Front. Im August 1914 wurde er als Oberleutnant der Reserve einberufen. Aufgrund einer Lungenentzündung beorderte man ihn bereits kurze Zeit später für Kanzleidienste ins Kriegsfürsorgeamt, versetzte ihn später ans Divisionsgericht und schließlich ins Kriegsministerium. Er bekam im Jahre 1917 die Stellung eines persönlichen Referenten des Kriegsministers³⁸. Dieser beauftragte ihn mit dem Entwurf einer Reform der Verfassung der Habsburger Monarchie³⁹.

³⁶ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 15; die Besprechung Ewalds führte dazu, dass Kelsen sich insgesamt ausgiebiger mit dem Studium des Marburger Neukantianismus befasste. Nach Métall war insbesondere Cohens Erkenntnistheorie von nachhaltigem Einfluss auf Kelsen.

³⁷ so H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 8; Hermann Cohen nutzte den Begriff des reinen Willens im Titel seines Werkes „Ethik des reinen Willens“. Arthur Schopenhauer hatte den Begriff der Reinen Rechtslehre bereits wörtlich verwendet, jedoch noch mit einer anderen Bedeutung. Er stellte beispielsweise fest: „Die reine Rechtslehre ist also ein Kapitel der Moral und bezieht sich direkt bloß auf das Thun, nicht auf das Leiden.“ Und „Die reine Rechtslehre, oder das Naturrecht, besser moralisches Recht, liegt, obwohl immer durch Umkehrung, jeder rechtlichen positiven Gesetzgebung so zum Grunde, wie die reine Mathematik jedem Zweige der angewandten.“; A. Schopenhauer in „Die Welt als Wille und Vorstellung“, Band 1, S. 404, 409; K.Adomeit vertritt in „Rechtstheorie für Studenten“ S. 14 die Ansicht, dass die Namensgebung auf Kants „Metaphysik der Sitten“ zurückzuführen sei. Kant stellt darin fest (S. 11): „...wir werden oft die besondere Natur des Menschen, die nur durch Erfahrung erkannt wird, zum Gegenstand nehmen müssen, um an ihr die Folgerungen aus den allgemeinen moralischen Prinzipien zu zeigen, ohne daß jedoch dadurch der Reinigkeit der letzteren etwas benommen, noch ihr Ursprung a priori dadurch zweifelhaft gemacht wird.“ Es ist daher nicht möglich, die Quelle für Kelsens Namensgebung mit Sicherheit zu benennen. Inhaltlich steht er mit dem Ziel, die „tatsächliche“ Reinheit einer Rechtslehre zu erreichen ohne jeden Zweifel in der Tradition der Philosophie Cohens. Der eigentliche Begriff könnte jedoch ebenso gut auf Schopenhauer oder Kant zurückzuführen sein, mit deren Werk Kelsen ja vertraut war.

³⁸ H.Dreier in „Hans Kelsen (1881-1973): Jurist des Jahrhunderts?“ S. 713

³⁹ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 18 ff.; dieser Entwurf erschien im Jahre 1918 unter dem Titel „Denkschrift über die Reorganisation des Staates auf der Grundlage von Nationalstaaten, die einen Staatenbund bilden sollen“.

Im Jahre 1918 verließ Kelsen den Militärdienst und nahm seine akademische Tätigkeit wieder auf. Der Ernennung zum außerordentlichen Professor an der juristischen Fakultät der Universität Wien im Jahre 1918 folgte bereits ein Jahr später die ordentliche Professur für Staats- und Verwaltungsrecht. Während der folgenden, von zahlreichen Publikationen begleiteten Jahre wurde Kelsen als Hauptvertreter der Wiener Rechtstheoretischen Schule bekannt, der neben ihm auch Adolf Merkel und Alfred Verdross angehörten. Zu seinen Schülern zählten u.a. Felix Kaufmann, Fritz Schreier und Fritz Sander⁴⁰. Eine Besonderheit der Schule Kelsens und der Reinen Rechtslehre als Rechtstheorie war, dass diese über die Jahrzehnte offen blieben und nie zu einem „*engstirnigen Konventikel*“ wurden⁴¹. Kelsen pflegte auch den Kontakt zu Angehörigen anderer wissenschaftlicher Disziplinen. Zu ihnen gehörten der Nationalökonom J.A. Schumpeter und Sigmund Freud. Über seine Bekanntschaft mit Moritz Schlick, Otto Neurath, Philipp Frank und Victor Kraft kam Kelsen auch mit den Wissenschaftlern sowie den „Philosophen“⁴² des berühmten Wiener Kreises, die sich ebenfalls mit erkenntnistheoretischen Fragen befassten⁴³, in persönliche Berührung⁴⁴.

⁴⁰ R.Walter in „Das Lebenswerk Hans Kelsens: Die Reine Rechtslehre“ S. 2

⁴¹ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 31; dieser Umstand ist nach Métall darauf zurückzuführen, dass Kelsen mit seinen Schülern und Hörern stets von großer Geduld und Nachsicht war, Diskussionen forderte und sein Leben lang für Kritik an seinem Werk offen und dankbar blieb. R.Walter in „Das Lebenswerk Hans Kelsens: Die Reine Rechtslehre“ S.2 weist darauf hin, dass sich passend zu Kelsens eigener Aussage, die Wiener Rechtstheoretische Schule sei nur als Schule zu bezeichnen, weil jeder bereit ist, von dem anderen zu lernen, ohne dabei auf seinen eigenen Weg zu verzichten, einige der Mitstreiter weit von Kelsens Lehre entfernt haben.

⁴² Ursprünglich bildete sich die Schule um Moritz Schlick, Philipp Frank, Otto Neurath und Hans Hahn. Später kamen u.a. Rudolf Carnap, Friedrich Waismann, Victor Kraft und Herbert Feigl hinzu. W.Brüning in „Der Gesetzesbegriff im Positivismus der Wiener Schule“ S. 21; M.Geier in „Der Wiener Kreis“ S. 64 ff.; die Mitglieder des Wiener Kreises gründeten als Organ für die Kommunikation mit der Öffentlichkeit den Verein Ernst Mach, der 1929 zur Beschreibung des Vereins und seiner Ziele die Schrift „Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis“ herausgab. Darin wurde explizit festgestellt, dass sämtliche Mitglieder des Wiener Kreises bereits auf einzelwissenschaftlichem Gebiet gearbeitet hatten und somit keine „reinen“ Philosophen waren. Die Erreichung einer Einheitswissenschaft durch Kollektivarbeit und interdisziplinäre Zusammenarbeit und die erkenntnistheoretische Ablehnung der Metaphysik aus wissenschaftlicher Sicht waren Ziele des Wiener Kreises. Nach dessen Ansicht zeichnete sich die wissenschaftliche Weltauffassung durch zwei Aspekte aus: Sie ist empiristisch und positivistisch; und sie ist durch die Anwendung einer bestimmten Methode, nämlich der logischen Analyse, gekennzeichnet. Verein Ernst Mach in „Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis“ S. 304, 307

⁴³ Während Kelsens wissenschaftliches Interesse den Rechtswissenschaften galt, handelt es sich bei den Arbeiten des Wiener Kreises überwiegend um naturwissenschaftliche, vor allem mathematische Arbeiten. Gesellschafts- und wirtschaftswissenschaftliche Bereiche werden scheinbar nur beiläufig betrachtet. In der Schrift „Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis“ heißt es, dass zwar auch im Bereich der Sozialwissenschaften der Reinigungsprozess von der Metaphysik seit etwa hundert

Neben die akademische Tätigkeit traten weitere, verfassungspolitische Aufgaben⁴⁵. Von dem sozialdemokratischen Staatskanzler der provisorisch deutsch-österreichischen Regierung Dr. Karl Renner bekam Kelsen den Auftrag, an der Ausarbeitung der neuen Verfassung mitzuwirken⁴⁶. Diese Bundesverfassung der Republik Österreich aus dem Jahre 1920 gilt in ihren Grundzügen noch heute⁴⁷. Aufgrund seiner Mitarbeit an der Verfassung wurde Kelsen 1921 als Richter in den neu gegründeten Verfassungsgerichtshof berufen. Er behielt dieses Amt bis zum Jahre 1930⁴⁸. Seine Absetzung hatte im Wesentlichen mit der politischen Situation in Österreich und den sogenannten „Dispensehen“⁴⁹ zu tun. Derweil wurde sein

Jahren (vor dem Erscheinungsjahr 1929) in Gange ist, gleichzeitig wird jedoch festgestellt, dass dieser Reinigungsprozess im Bereich der Physik viel weiter vorangedrungen und eine Reinigung im Bereich der Sozialwissenschaften wohl auch „weniger dringend“ sei. Im nichtnaturwissenschaftlichen Bereich sind vor allem die Arbeiten Otto Neuraths und Otto Bauers zu nennen. Verein Ernst Mach in „Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis“ S. 313

⁴⁴ R. Walter in „Hans Kelsens Rechtslehre“ S. 15 FN 18; zu den Mitgliedern des Wiener Kreises zählte mit Felix Kaufmann auch ein prominenter Schüler und Habilitant Kelsens. M. Geier in „Der Wiener Kreis“ S. 52, 70; W. Preiss in „Hans Kelsens Kritik am Naturrecht“ S. 33 legt seinen Ausführungen daher eine enge Definition des Begriffs „Umgang“ zu Grunde, wenn er feststellt, dass Kelsen mit den Mitgliedern des Wiener Kreises keinen nennenswerten Umgang hatte.

⁴⁵ W. Preiss in „Hans Kelsens Kritik am Naturrecht“ S. 31; der Grund, weshalb diese an Kelsen herangetragen wurden, ist u.a. darin zu sehen, dass ihn der vom Kriegsminister beauftragte Verfassungsentwurf in politisch aktiven und interessierten Kreisen bekannt gemacht hatte.

⁴⁶ N. Leser in „Hans Kelsen und Karl Renner“ S. 41, 62 führt aus, dass die Ideen von Renner und Kelsen der österreichischen Staatlichkeit und der österreichischen Sozialdemokratie der Nachkriegszeit ihren Stempel aufdrückten. Nach H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 33, 34 war die Beauftragung wohl auch auf Kelsens persönliche Beziehungen zu den intellektuellen sozialdemokratischen Kreisen zurückzuführen. Trotz seiner Nähe zur und Sympathie für die Sozialdemokratie lehnte Kelsen allerdings Zeit seines Lebens eine Parteizugehörigkeit ab: „*Stärker als diese Sympathie war und ist mein Bedürfnis nach parteipolitischer Unabhängigkeit in meinem Beruf. Was ich dem Staat nicht zubillige: das Recht, die Freiheit der Forschung und Meinungsäußerung zu beschränken, kann ich auch einer politischen Partei durch freiwillige Unterwerfung unter ihre Disziplin, nicht einräumen.*“ Politisch war der überzeugte Individualist Kelsen trotz früherer starker Bedenken gegenüber einer Nationalisierung der Wirtschaft nach den Ereignissen und wirtschaftlichen Erschütterungen des Ersten Weltkrieges und der Nachkriegszeit letztlich sogar der Meinung, dass die wirtschaftliche Sicherheit der Masse wichtiger ist als die intellektuelle Freiheit des Einzelnen.

⁴⁷ Auf Kelsens Initiative geht dabei vor allem die Einrichtung einer echten Verfassungsgerichtsbarkeit zurück. Alle Staatsorgane, inklusive der Gesetzgebungsorgane, wurden der rechtlichen Kontrolle des Verfassungsgerichtshofs unterstellt. R. Walter bezeichnet Kelsen in „Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft“ S. 13 als „*Geburtshelfer*“ des Bundesverfassungsgesetzes.

⁴⁸ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 47 ff.

⁴⁹ Eine katholische Ehe war nach dem österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch aus dem Jahre 1811 untrennbar. Eine Wiederverheiratung war ausgeschlossen. Die einzige Ausnahme bildete der Tod eines Ehepartners. Da Österreich in der Metternichschen Ära jedoch eine absolute Monarchie war, wurde dem Monarchen und seinen Stellvertretern in den einzelnen österreichischen Ländern die Möglichkeit geschaffen, vom bestehenden Eehindernis „Dispensation“ zu erteilen. Da die

Ruhm im Ausland immer größer. Man rühmte ihn als Repräsentant österreichischer Kultur und Wissenschaft. In der österreichischen Presse erschienen hingegen bössartige und hämische Angriffe. Man kritisierte seine ideologiekritische Haltung und die Verteidigung liberalantiautoritärer Verfassungsprinzipien. Zu den mit der

Voraussetzungen der Dispensen nicht kodifiziert wurden, handelte es sich um einen im Einzelfall zu erteilenden Akt kaiserlicher Gnade. Die dem Bürgerlichen Gesetzbuch damit zu Grunde liegenden unterschiedlichen Prinzipien führten zu zwei unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten. Von der umstrittenen Frage, ob die Beseitigung des Eehindernisses automatisch auch zur Nichtigkeit der ersten Ehe führte, hing es ab, ob ein Fall der strafbaren Bigamie vorlag. Nach dem Zerfall der Monarchie, während der kaum Dispensen erteilt wurden, scheiterte ein Versuch der regierenden Sozialdemokraten, das Eherecht zu reformieren am Widerstand der Christlichsozialen Partei. Ein beschlossener Kompromiss sah vor, von der Möglichkeit der Dispensation reichlicheren Gebrauch zu machen. Da die Landeshauptleute für die Erteilung der Dispensen zuständig waren, hing der Erfolg der entsprechenden Anträge von deren Parteizugehörigkeit ab. Waren sie Mitglieder der Christlichsozialen Partei, stellten sie einen Rekurs an den Bundeskanzler. Ab dem Jahre 1920 wurde die Erteilung der Dispense dadurch ermöglicht, dass die von nun an durchweg der Christlichsozialen Partei angehörenden Bundeskanzler auf einen kurzen Urlaub gingen, während ihre deutschnationalen Stellvertreter die aufgelaufenen Dispensrekurse bearbeiteten. Nachdem dieses Verfahren einige Jahre praktiziert wurde, erklärte ein ordentliches Gericht eine nach Dispenserteilung neu geschlossene „Zweitehe“ für ungültig. Begründet wurde die Entscheidung mit der Rechtswidrigkeit des Ehedispensen erteilenden Verwaltungsaktes. Kelsen war insbesondere über das widersprüchliche Verhalten der beteiligten Staatsgewalten empört. Nach seiner Ansicht konnte die Autorität des Staates kaum in ärgerer Weise erschüttert werden. Der Konflikt kam zum Verfassungsgerichtshof, der eigentlich über die Rechtmäßigkeit von Verwaltungsakten zu entscheiden hatte, als Kelsen einem ehemaligen Schüler und Rechtsanwalt den Rat gab, einen Kompetenzkonflikt anzustrengen. Der Verfassungsgerichtshof entschied auf Antrag Kelsens mit großer Mehrheit, dass die Entscheidung des ordentlichen Gerichtes aufgrund einer Kompetenzüberschreitung aufzuheben sei. Diesem Urteil folgten weitere Verfahren mit gleichem Ausgang. Obwohl die Entscheidungen nicht auf einer politischen oder ethischen Wertung des Eherechts beruhten, begann eine von der christlichsozialen Presse losgetretene Hetzkampagne gegen den Bundesverfassungsgerichtshof und gegen Kelsen persönlich, welcher zur Zielscheibe schmutzigster Beschimpfungen wurde. Die Christlichsoziale Partei unternahm im Jahre 1929 einen Vorstoß zur Vergrößerung ihrer politischen Macht. Die Stellung von Bundespräsident und Exekutive sollte gestärkt und eine Regierungsbildung ohne sozialdemokratisch dominiertes Parlament ermöglicht werden. Die Verfassungsreform der Christlichsozialen Partei aus dem Jahre 1929 sah außerdem die Auflösung und Neubesetzung des Verfassungsgerichtshofs vor. Dieser sollte künftig aufgrund der Ernennung vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung besetzt werden und somit der politischen Kontrolle unterliegen. Aufgrund der bisherigen Bestellung der Richter auf Lebenszeit benötigte man bereits für deren Entlassung eine Verfassungsänderung und damit eine nicht vorhandene Zweidrittelmehrheit im Parlament. Mit dem Versprechen, zwei der neuen Richter ernennen zu dürfen, und der Drohung, die Autonomie der sozialdemokratisch regierten Stadt Wien einzuschränken, erpresste die Regierung die benötigte Zustimmung der Sozialdemokratischen Partei. Die von Karl Seitz, dem Vorsitzenden der Sozialdemokratischen Partei, angebotene Richterstellung im neuen Verfassungsgerichtshof lehnte Kelsen ab, da er die richterliche Unabhängigkeit aufgrund der parteilichen Vertrauensstellung gefährdet sah und die Zustimmung der Sozialdemokraten zur Beseitigung eines unabhängigen Verfassungsgerichtshofs in Zeiten zunehmender faschistischer Tendenzen innerhalb der Christlichsozialen Partei für einen Fehler hielt. Der durch das ironischerweise als Entpolitisierung bezeichnete Vorgehen veränderte Verfassungsgerichtshof wechselte seinen Kurs in den Dispensangelegenheiten um 180 Grad. H.M.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 49 ff., 51, 54 ff.

Verfassungsreform und den Dispensehen einhergehenden Vorgängen kamen persönliche Angriffe zweier Fakultätskollegen, Baron Hold von Ferneck und Baron Schwind. Kelsens Emigration schien unausweichlich zu sein ⁵⁰.

Im Jahre 1930 folgte Kelsen einer Berufung an die Universität Köln als Ordinarius für Völkerrecht und Rechtsphilosophie ⁵¹. Seine neuen Universitätskollegen nahmen ihn mit großer Sympathie auf. Für das Jahr 1932/1933 wurde er zum Dekan bestimmt. Nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten im Januar 1933 wusste Kelsen jedoch, dass seine Tage in Köln gezählt waren. Er legte die Dekanwürde ab, blieb jedoch vorerst noch in Amt und Würden. Von seiner Beurlaubung erfuhr er kurze Zeit später aus der Zeitung. Die Kölner Fakultät stellte sich zwar mit Ausnahme des Kollegen Carl Schmitt geschlossen hinter Kelsen ⁵², dieser verließ Deutschland aufgrund des zunehmenden politischen Drucks jedoch bereits im Frühjahr 1933 ⁵³.

Im Spätsommer des selben Jahres folgte Kelsen einer Berufung an das „Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales“ nach Genf. Es folgte eine wissenschaftlich sehr produktive Zeit mit zahlreichen Veröffentlichungen. Im Jahre 1934 erschien die erste Auflage der „Reinen Rechtslehre“ ⁵⁴. Die Berufung an die

⁵⁰ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 56

⁵¹ Mit Annahme der Professur an einer deutschen Universität erhielt Kelsen die deutsche Staatsbürgerschaft. Seine österreichischen Pensionsansprüche wurden von deutscher Seite übernommen.

⁵² Ein Gesuch zur Rücknahme der Beurlaubung an das Preußische Ministerium für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung vom 18.04.1933, welches von allen Kölner Kollegen mit Ausnahme Carl Schmitts eingereicht wurde, blieb ohne Erfolg, vielleicht auch gerade wegen der Enthaltung des Parteimitglieds und Staatsrates Carl Schmitt. Dabei hatte Kelsen selbst nicht wenig zu Schmitts eigener Berufung beigetragen.

⁵³ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 57 ff.; die Notwendigkeit, Deutschland zeitnah zu verlassen, wurde Kelsen während eines Österreichaufenthaltes bewusst, als er in seiner Wiener Tageszeitung einen Bericht der deutschen Täglichen Rundschau zu lesen bekam. Darin wurde gefordert, den sechzehn beurlaubten deutschen Hochschulprofessoren, speziell auch Kelsen mit seinen guten Auslandsbeziehungen, die Auslandspässe zu entziehen, da ansonsten die Betreibung einer antideutschen Politik von ausländischen Lehrkanzeln aus drohe. Anlass war Einsteins Berufung an das Institut de France. Kelsen fuhr daraufhin umgehend nach Köln zurück und bekam mit Glück einen beantragten Auslandspass, der ihm die sofortige Ausreise ermöglichte.

⁵⁴ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 63 ff.; die alleinige Bezugnahme auf Kelsen als Urheber der Schule der Reinen Rechtslehre im Rahmen dieser Arbeit dient deren Zwecksetzung, der Gegenüberstellung der „Reinen Rechtslehre“ zu Radbruchs „Rechtsphilosophie“. Keinesfalls soll damit die Autorität Kelsens innerhalb der Wiener Schule zum Ausdruck gebracht oder die Mitwirkung der „Gleichstrebenden“ geleugnet werden. Kelsen selbst hat wiederholt darauf hingewiesen, dass die Reine Rechtslehre nicht von ihm alleine entworfen wurde und der Fortführung und Ergänzung bedarf. So H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ 1. Auflage III, 2. Auflage VII. Dennoch ist Kelsen das Haupt und der

Deutsche Universität Prag im Jahre 1936 nahm Kelsen aufgrund der politischen Lage nur unter der Bedingung an, abwechselnd ein Semester in Prag und ein Semester in Genf lehren zu dürfen⁵⁵. Folge seiner Berufung waren nationalsozialistisch begründete Unruhen, die sogenannten Kelsen-Krawalle⁵⁶. Seine Tätigkeit in Prag endete bereits mit dem Wintersemester 1937/1938. Der politische Umschwung, welcher im Sommer 1938 in der Tschechoslowakei eintrat, machte Kelsen eine weitere Beschäftigung an der Prager Universität unmöglich⁵⁷.

Bei Kriegsausbruch 1939 stand seine Entscheidung, Europa zu verlassen, fest. Im Alter von fast sechzig Jahren emigrierte Kelsen mit seiner Ehefrau – seine beiden Töchter hatten das Elternhaus zu diesem Zeitpunkt bereits verlassen – in die USA, um dort eine neue Universitätskarriere zu beginnen und sich eine neue Existenz aufzubauen⁵⁸. Er lehrte zunächst an der New York School for Social Research, bevor er einer Einladung des bedeutenden amerikanischen Juristen Roscoe Pounds, der Kelsen als „*one of the outstanding figures in the science of law in the world*“ bezeichnete, nach Cambridge an die Harvard Law School folgte. Aufgrund einer

Hauptvertreter „*seiner*“ Schule der Reinen Rechtslehre. So auch R.Walter in „Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre?“ S.8. Nach seinem Weggang aus Wien im Jahre 1930 und dem damit verbundenen Zerfall der Wiener Schule als ständigem Diskussionsforum hat Kelsen die Fortentwicklung der Reinen Rechtslehre selbst auf sich genommen und diese mit der zweiten Auflage der „Reinen Rechtslehre“ und schließlich der „Allgemeinen Theorie der Normen“ abgeschlossen. R. Walter in „Entwicklung und Stand der Reinen Rechtslehre“ S. 11, 12

⁵⁵ Von besonderem Vorteil an der Lehrtätigkeit in Prag waren der Erwerb von Ruhegehaltsansprüchen und der Erhalt eines tschechoslowakischen Reisepasses.

⁵⁶ Die völkischen Studenten versuchten Kelsens Lehrtätigkeit massiv zu behindern, indem sie ihn und die an seinen Vorlesungen interessierten Studenten auspufften und offen anfeindeten. Als es bereits bei Kelsens Antrittsvorlesung zu Handgreiflichkeiten zwischen völkischen und andersgesinnten Studenten kam, drohte der Dekan mit der Sperre aller Vorlesungen an der juristischen Fakultät. Da sich die Vorfälle am darauf folgenden Tag wiederholten, kündigte die Regierung energische Maßnahmen an. Erst nach einer vierwöchigen Unterbrechung konnte der Vorlesungsbetrieb wieder in relativ normaler Art und Weise aufgenommen werden. Kelsen blieb jedoch das Opfer übler Diffamierungen und erhielt Drohbriefe. Das Attentat in Karlsbad auf Professor Theodor Lessing, der vor der nationalsozialistischen Verfolgung aus Deutschland geflohen war, verdeutlichte die Ernsthaftigkeit der Drohungen. Kelsen wurde zeitweise eine auch auf die Vorlesungen ausgedehnte Polizeibewachung zuteil. In Prag kam es außerdem zu einem erneuten Zusammentreffen mit Otto Sander, der Kelsen im persönlichen Kontakt hoffierte, gleichzeitig jedoch die Demonstrationen der „völkischen Studenten“ gegen Kelsen mittelbar durch seine aktive Verbindung mit der nationalsozialistischen Studentenschaft unterstützte. W.Preiss in „Hans Kelsens Kritik am Naturrecht“ S. 33; H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 69 ff.

⁵⁷ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 68 ff.; ein Einmarsch der Deutschen, letztlich auch der Ausbruch des Zweiten Weltkrieges, war aus Kelsens Sicht nicht mehr zu verhindern.

⁵⁸ A.Kley in „Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre“ S. 169 ff.; W.Preis in „Hans Kelsens Kritik am Naturrecht“ S. 33, der jedoch zu unrecht meint, dass Kelsen zum Zeitpunkt seiner Emigration bereits sechzig Jahre alt ist; H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 76, 77

erneuten Empfehlung Pounds wurde Kelsen im Frühjahr 1942 eine Gastprofessur im Political Science Department an der University of California in Berkeley bei San Francisco angeboten. Da seine Beschäftigung an der Harvard Law School bereits 1942 endete⁵⁹, nahm Kelsen diese Berufung dankbar an und übersiedelte nach Kalifornien. Im Herbst- und Frühjahrssemester 1942/1943 begann Kelsen seine Lehrtätigkeit mit einer Vorlesung und einem Seminar über Völkerrecht. Von der amerikanischen Regierung wurde er beauftragt, an den Vorbereitungen für die Verwaltung der von den Alliierten aus deutscher Besatzung noch zu befreienden Gebiete, unter anderem auch Österreich mitzuarbeiten⁶⁰. Am 28.07.1945 wurde Kelsen nach Ablauf der fünfjährigen Wartefrist amerikanischer Staatsbürger. Im selben Jahr ernannte man ihn zum *full professor*.

Da Kelsen durch die Lehrtätigkeit nicht zu sehr in Anspruch genommen wurde, verblieb ihm in Berkeley ausreichend Zeit für seine publizistische Tätigkeit, die sich hauptsächlich mit Themen aus dem Völkerrecht, wie dem sich aus der Charta der Vereinten Nationen ergebenden positivrechtlichen Problemkreis, beschäftigte. Am 25.04.1952 wurde Kelsen in den Ruhestand versetzt. Als ihn die israelische Regierung 1953 bat, die Stelle eines allgemeinen Rechtsberaters für Völkerrecht und öffentliches Recht in Jerusalem anzunehmen, lehnte Kelsen dies ab. Als Gründe gab er sein hohes Alter und die mit der Erlernung einer neuen Sprache und einer weiteren Übersiedelung verbundenen Anstrengungen an. Kelsen unternahm in den folgenden Jahren jedoch zahlreiche Forschungsreisen und hielt rund um die Welt Vorträge⁶¹. Er verbrachte den Sommer 1959 in Europa und schloss in Genf

⁵⁹ W. Preiss in „Hans Kelsens Kritik am Naturrecht“ S. 33; H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 77; in Harvard lehrte Kelsen von 1940 bis 1942. Der Präsident der Universität lehnte eine Weiterbeschäftigung selbst für den Fall ab, dass eine Stiftung die Gehaltszahlung übernahm. Er scheute die moralische Verpflichtung, Kelsen für immer zu behalten. Eine dauernde Anstellung war in Ermangelung einer vakanten Professorenstelle jedoch nicht möglich. Kelsen nutzte die Zeit in Harvard allerdings zur Veröffentlichung einiger Publikationen, darunter Übersetzungen und Zusammenfassungen früherer Werke.

⁶⁰ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 78 ff.

⁶¹ Möglich war dies allerdings nur, soweit die damit verbundenen Kosten von den jeweiligen Instituten oder Behörden übernommen wurden. Kelsen lebte ansonsten von den ihm aufgrund der deutschen Wiedergutmachungsgesetzgebung ab dem Jahre 1951 zustehenden Pensionsansprüchen, den spärlichen Altersrenten der amerikanischen *Social Security* und des Staates Kalifornien für die wenigen in Berkeley verbrachten Dienstjahre und einem ihm vom österreichischen Bundespräsidenten spontan verliehenen bescheidenen außerordentlichen Versorgungsgenuß. Seine finanzielle Lage verbesserte sich mit der Verleihung des mit einem substantiellen Geldpreis verbundenen Premio Feltrinelli der italienischen Academia Lincei vom 09.06.1960. Obwohl seiner literarischen Tätigkeit und seinen zahllosen

das Manuskript seines Werkes über die „Reine Rechtslehre“ ab, eine vollkommen überarbeitete und wesentlich erweiterte Ausgabe der ersten Auflage⁶². Das wissenschaftliche Hauptinteresse Kelsens galt in den sechziger Jahren einer Untersuchung über eine allgemeine Theorie der Normen, insbesondere der Anwendung logischer Prinzipien auf Normen. Diese Arbeit fand ihren Abschluss durch die posthume Veröffentlichung des Werkes „Allgemeine Theorie der Normen“⁶³. Hans Kelsen verstarb am 19.04.1973 in Berkeley, USA. Im Jahr 1971 wurde das von der österreichischen Regierung gestiftete Hans Kelsen - Institut in Wien gegründet.

2. Persönlichkeit

Marcic beschreibt Kelsen als außerordentlichen Menschen⁶⁴ und gibt doch mit Bezug auf Verdross zu bedenken, dass *„der Mensch Kelsen oft im eigenen Werk nicht recht durchscheint – und doch, wer vermöchte Schöpfer und Geschöpf zu lösen ohne Gewalt?“*⁶⁵. Das Werk verhüllt meist den Menschen Kelsen. Es lässt diesen als Allzusicheren und Wissenden erscheinen, der auf alle Fragen eine Antwort gefunden zu haben scheint. Da sich die Reine Rechtslehre gerade durch ihre wert- und moralfreie Wissenschaftlichkeit auszeichnet, ist die Distanz zum

Veröffentlichungen ein großer Erfolg zuteil wurde, warf auch diese Beschäftigung kaum einen materiellen Ertrag ab. H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 85

⁶² Während die ursprüngliche Ausgabe aus dem Jahre 1934 lediglich einen Umfang von 150 Seiten hatte, erschien die zweite überarbeitete Auflage in einer Stärke von über 500 Seiten. Kelsen war daran gelegen, die Reine Rechtslehre umfassend und abschließend darzustellen und gleichzeitig eine Antwort auf die unzähligen Kritiken zu liefern. Es liegt auf der Hand, dass unter dieser Erweiterung die Konzentration, die die ursprüngliche Fassung in besonderem Maße auszeichnete, zu leiden hatte. W.Schneider in „Wissenschaftliche Askese und latente Wertepräferenz bei Hans Kelsen“ S. 1; Winkler preist die sprachliche Ausdruckskraft, die Schlichtheit der Gedankenführung, die Schönheit der Sprache und die bestrickende Abstraktheit der ersten Auflage der „Reine Rechtslehre“ und bezeichnet die Reine Rechtslehre in ihrer ursprünglichen Fassung als den *„Höhepunkt der rechtstheoretischen Arbeiten Kelsens“*. G.Winkler in „Rechtstheorie und Erkenntnislehre“ S. IX/X und S. 31

⁶³ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 87, 91 ff.

⁶⁴ *„Sollten Radbruch und Kelsen je einander getroffen haben, muß der Funke gesprungen, muß es eine wundersame Begegnung gewesen sein: Zwei Gestalten von verblüffend, beglückend ähnlicher Haltung, durch und durch Humanisten, tolerant, Liberale und Individualisten, doch ganz und gar dem Sozialen zugekehrt, Friedensfürsten, getragen vom Glauben an das Recht und die Demokratie, deren Sinn es ist, den Sinn des Rechts zu erfüllen, der da ist, die Kleinen vor den Großen, die Armen vor den Reichen, die Schwachen vor den Starken, die Minderheit vor der Mehrheit, den Menschen vor der Macht zu schützen, die er zu seinem Schutze braucht; in solcher Schutzfunktion allerzeit Gegensätze auszugleichen, den sozialen Frieden herzustellen.“* R.Marcic in „Gustav Radbruch und Hans Kelsen“ S. 82

⁶⁵ R.Marcic in „Gustav Radbruch und Hans Kelsen“ S. 83

Menschen charakteristisch. Nur selten scheint eine emotionale Regung Kelsens durch⁶⁶. Dies lässt allerdings keine Rückschlüsse auf einen kaltherzigen Charakter des Verfassers zu. Vielmehr erklärt erst das Verständnis für die und die Erkenntnis von den unterschiedlichen idealistischen Überzeugungen der Menschen das Bedürfnis, eine reine, von allen Werten befreite, Rechtslehre zu erschaffen⁶⁷. Nur wer die Mannigfaltigkeit der menschlichen Gefühle, die Voraussetzung für jede politische Überzeugung ist, zumindest erahnt, vermag zu erkennen, dass es eine allein gültige Wertvorstellung nicht geben kann. Und nur wer dies erkennt, sieht die Notwendigkeit, das Recht von der menschlichen Sehnsucht nach einer letzten Wahrheit zu befreien. Will man aus der Reinen Rechtslehre überhaupt Rückschlüsse auf Kelsens Charakter ziehen, so lässt die Lehre allenfalls auf einen toleranten, weltoffenen und sensiblen, einen der Wahrheit verpflichteten und daher die Annahme absoluter Werte und jeden Dogmatismus ablehnenden Charakter schließen. Der fehlende Wertebezug des Werkes lässt somit keinen gefühlsarmen oder gar wertelosen Schöpfer durchscheinen⁶⁸, sicher auch keinen Unheilspropheten oder Nihilisten, wohl aber einen pessimistischen Charakter erahnen⁶⁹. Kelsens Wesen wird eine pessimistische Weltanschauung⁷⁰, ein erkenntniskritischer Skeptizismus, eine pessimistische Anthropologie bescheinigt⁷¹. Kelsen selbst schätzte die Erfolgsaussichten seines kritischen Denkens äußerst

⁶⁶ Auch die bewundernden Ausführungen von K.Engisch in „Rezension zu Hans Kelsen, Reine Rechtslehre“ S. 610 wonach sich Kelsens Denkstil durch eine rationale Schärfe, ein unentwegt fürchtloses Streben nach wissenschaftlicher Wahrheit, nach verifizierbarer Erkenntnis, nach logischer Folgerichtigkeit, nach sauberer Analyse, nach Klarheit der Ausdrucksweise, nach präzisen Definitionen oder Distinktionen und nach Ausmerzung aller ideologischen Phraseologie auszeichnet, vermitteln den Eindruck eines kühlen Charakters wenn nicht des Werkschaffenden, so zumindest des Werkes.

⁶⁷ Es ist außerdem B.Lanz in „Positivismus, Werterelativismus und Demokratie bei Hans Kelsen“ S. 40, 41 darin zuzustimmen, dass bereits Kelsens Forderung nach Wissenschaftlichkeit eine humanistische und aufklärerische Forderung zugrunde liegt und die Reine Rechtslehre jedenfalls die Schaffung von Rechtssicherheit, Frieden und Transparenz bezweckt.

⁶⁸ H.Kelsen bekennt sich in „Was ist Gerechtigkeit?“ S. 51, 52 vielmehr ausdrücklich zu dem für ihn wichtigsten Wert der Freiheit und der Gerechtigkeit, genauer der Gerechtigkeit der Freiheit, des Friedens, der Demokratie und der Toleranz.

⁶⁹ Der pessimistische Charakter ist auch in Kelsens Gleichsetzung des Rechts mit einer Zwangsordnung erkennbar. A.Arndt führt in „Rechtsdenken in unserer Zeit. Positivismus und Naturrecht“ S. 23, 24 in diesem Zusammenhang ohne Verweis auf Kelsen aus, dass jeder instrumentalisierten Rechtsauffassung ein pessimistisches Menschenbild zugrunde liegt, dass das Recht als Zwangsordnung gleichsam für einen Raubtierkäfig gehalten wird, „weil der Mensch eine Bestie sei, der um ihrer Unverbesserlichkeit willen das Schwert gesetzt ist“.

⁷⁰ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 3, 37

⁷¹ W.Schneider in „Wissenschaftliche Askese und latente Wertepreferenz bei Hans Kelsen“ S. 10, 11; nach R.Hofmann in „Logisches und metaphysisches Rechtsverständnis“ S. 115 hatte Kelsen eine „*extrem pessimistische Menschenauffassung*“.

zurückhaltend ein. Einerseits betrachtete er nach Topitsch „*die Entzauberung der Welt durch die Wissenschaft, die Zurückdrängung der mythisch-religiösen und metaphysischen Illusionen, als Gewinn*“. Andererseits fehlt Kelsen aber der „*naive Optimismus*“ der Aufklärung des 18. Jahrhunderts, „*der Glaube an die Perfektibilität des Menschen und den notwendigen Zusammenhang zwischen dem Fortschritt der Erkenntnis und jenem der Moral*“⁷². Für Kelsen selbst genossen Charaktereigenschaften, wie die Wahrheitsliebe, die Selbsterkenntnis, die Duldsamkeit oder auch die Gerechtigkeitsliebe, einen höheren Wert als das reine gegenständliche Wissen⁷³.

3. Entscheidende Einflüsse

Entscheidend für die persönliche Entwicklung Kelsens war unter anderem seine religiöse Herkunft. Er wurde in eine Zeit hineingeboren, die von einem wieder erstarkenden Antisemitismus geprägt war. Im Zuge der Aufklärung erfolgte in vielen Ländern im 18. Jahrhundert die Emanzipation und im 18. und 19. Jahrhundert schließlich auch die Gleichstellung der Juden⁷⁴. Mit dem Ende der vom Liberalismus geprägten wirtschaftlichen Aufschwungphase und dem Eintreten einer Ernüchterung über die negativen Folgen der Hochindustrialisierung kam es jedoch zu neuen antisemitischen Strömungen. Dieser zunehmende Antisemitismus wirkte sich auch auf Kelsens Leben aus. Die Frage, ob das mangelnde Selbstbewusstsein Kelsens während seiner Schulzeit⁷⁵ auf seine Religionszugehörigkeit zurückgeführt werden kann, muss offen bleiben. Der religiös und „rassisch“ bestimmte Antisemitismus an den Wiener Fakultäten führte

⁷² E. Topitsch in „Hans Kelsen – Demokrat und Philosoph“ S. 26, 27

⁷³ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 83, 88; auf die Frage eines pensionierten hohen österreichischen Beamten, welche grundlegenden Erfahrungen als Mensch und Lehrer er im Laufe seines Lebens gemacht habe, antwortete Kelsen: „...*einer Erfahrung möchte ich Ausdruck geben: dass es im Leben, auch in meinem Leben, das sich im wesentlichen unter Männern der Wissenschaft abspielt, vor allem auf den moralischen Charakter des Menschen ankommt, dass Wahrheitsliebe, Selbsterkenntnis, Duldsamkeit, der Wille, niemandem Unrecht zu tun, den eigenen Geltungstrieb so weit als möglich zu kontrollieren, nicht weniger wichtig sind als gegenständliches Wissen, und dass diese Charaktereigenschaften auch Einfluß auf die Ergebnisse wissenschaftlicher Arbeit haben.*“

⁷⁴ Mit seinen, zwar noch immer wesentliche Restriktionen enthaltenden Toleranzpatenten aus den Jahren 1781 und 1782 spielte Österreich bei der Umsetzung der jüdischen Emanzipation eine Vorreiterrolle. Während es in Frankreich revolutionsbedingt bereits 1791 zur rechtlichen Gleichstellung kam, dauerte dies in Deutschland bis 1869 (Deutscher Bund) bzw. 1870 und 1871 (neugegründetes Deutsches Reich).

⁷⁵ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 4

jedenfalls dazu, dass Kelsen, der eine akademische Laufbahn einschlagen wollte, sich bereits im Jahre 1905 zur Taufe gezwungen sah. Einen religiösen Grund für die Konvertierung gab es nicht. Kelsen war sowohl der nationalen wie auch der religiösen Identität gegenüber gleichgültig ⁷⁶. Er hat seine jüdische Herkunft zu keinem Zeitpunkt verleugnet oder besonders hervorgehoben ⁷⁷. Zwar liegt die Vermutung nahe, dass die Benachteiligungen, unter denen Kelsen aufgrund seiner jüdischen Herkunft zu leiden hatte, ihn darin bestärkten, ein offenes und aufgrund seiner Wertfreiheit per se tolerantes philosophisches System zu erschaffen. Eine Antwort bleibt uns Kelsen jedoch schuldig.

Eindeutig ist hingegen der Einfluss seines nationalen Ursprungs auf die Entwicklung der Reinen Rechtslehre. Ein multikultureller Vielvölkerstaat wie die Donaumonarchie offenbarte ihren Bürgern die Kurzsichtigkeit einer Staatstheorie, die die Staatseinheit auf eine gemeinsame Abstammung der Bürger zurückführt. Das Recht konnte aus Sicht eines österreichischen Verfassungsjuristen daher nicht das Ergebnis eines einheitlichen Volksgeistes sein. Der Zusammenhalt der einzelnen Völker erforderte vielmehr eine gemeinsame Rechtsordnung ⁷⁸. Kelsen betont, dass die persönlichen Erfahrungen in einem Staat, der offensichtlich nur eine Rechtseinheit war, mitursächlich für seine Einheitstheorie von Staat und Recht war. Nur eine spezifische Rechtsordnung kann diese Einheit von Staat und Recht, die in der Vielheit der die Gemeinschaft konstituierenden Menschen erzeugt werden muss, hervorbringen. Auf die Frage, ob die Reine Rechtslehre eine österreichische Theorie sei, antwortete Kelsen: *„Angesichts des österreichischen Staates, der sich aus so vielen nach Rasse, Sprache, Religion und Geschichte verschiedenen Gruppen zusammensetzte, erwiesen sich Theorien, die die Einheit des Staates auf irgendeinen sozial-psychologischen oder sozial-biologischen Zusammenhang der juristisch zum Staat gehörigen Menschen zu gründen versuchten, ganz offenbar als Fiktionen. Insofern diese Staatstheorie ein wesentlicher Bestandteil der Reinen Rechtslehre ist, kann die Reine Rechtslehre als eine spezifisch österreichische Theorie gelten.“* ⁷⁹ Kelsens Lehre und Weltanschauung haben ihre geistigen Wurzeln demnach offensichtlich auch in der

⁷⁶ Das national indifferente und religiös agnostische Weltbild Kelsens betont auch R.A.Métall in „Hans Kelsen und seine Wiener Schule der Rechtstheorie“ S. 20

⁷⁷ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 11

⁷⁸ R.Walter in „Hans Kelsens Rechtslehre“ S. 19

⁷⁹ so zitiert in H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 42

politischen und gesellschaftlichen Struktur der Donaumonarchie⁸⁰. U.a. diese Wurzeln sind es, die die nichtnationalistische Einstellung seiner Lehre begründeten und damit letztlich auch zur überragenden Bedeutung und weltweiten Verbreitung der Reinen Rechtslehre beitrugen⁸¹.

Als die Reine Rechtslehre zu Beginn des letzten Jahrhunderts entstand, befand sich Wien in einer Epoche des geistigen Aufbruchs. In den verschiedensten Disziplinen wurden neue, moderne Wege beschritten. Sigmund Freud begründete die Tiefenpsychologie und die Psychoanalyse. Im Jahre 1897 wurde die Wiener Secession ins Leben gerufen. Es war die Zeit herausragender bildender Künstler wie Gustav Klimt, Egon Schiele oder Oskar Kokoschka und berühmter Wiener Architekten von Otto Wagner über Josef Hoffmann bis Adolf Loos. Die Komponisten Arnold Schönberg und Alban Berg revolutionierten die klassische Musik. Bedeutsam im künstlerischen Bereich waren in den Jahren darauf außerdem die Dichter Hermann Broch, Elias Canetti und Robert Musil. Im wissenschaftlichen Bereich entwickelte sich schließlich der logische Empirismus des Wiener Kreises um Rudolf Carnap, Hans Hahn, Otto Neurath und Moritz Schlick. In diese zeitgeistigen Strömungen fügte sich die Reine Rechtslehre ein. Sie passte in den von der Wiener Moderne vorgegeben Rahmen. Denn obwohl sich ihre in der positivistischen Rechtswissenschaft und allgemeinen Philosophie liegenden

⁸⁰ Auch H.Finberg in „Hans Kelsen – ein österreichischer Gelehrter von Weltrang“ S. 13 spricht von Kelsens geistigen Wurzeln im übernationalen alten Österreich. R.Lippold in „Recht und Ordnung“ S. 266 führt aus, dass die Reine Rechtslehre kein Resultat abstrakt-rechtstheoretischer Konstruktionen war. Wesentliche Elemente der Reinen Rechtslehre, wie beispielsweise die Lehre von der Ermächtigung, die Lehre vom Stufenaufbau der Rechtsordnung, Lehre von der Derogation, Lehre von der Grundnorm usw., waren vielmehr das Ergebnis konkreter rechtsdogmatischer Betrachtungen, die sich auf das Recht der innerlich zerissenen und niedergehenden österreichischen Monarchie bezogen. K.Günther in „Hans Kelsen (1881-1973). Das nüchterne Pathos der Demokratie“ S. 368 ff.

⁸¹ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 42 ff.; für den erheblichen Einfluss auf die Reinen rechtslehre seien hier exemplarisch genannt die österreichische Verfassung, die Staatstheorie in Deutschland, dazu N.Achterberg in „Die Reine Rechtslehre in der Staatstheorie der Bundesrepublik Deutschland“ S.7 ff. mit einer großen Anzahl von weiteren Verweisen (insbesondere in Fußnote 8), die schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtslehren, dazu M.Usteri in „Die Auswirkungen der Reinen Rechtslehre von Hans Kelsen in der Schweiz“ S.181 ff., die Rechtstheorien in Frankreich und Belgien, dazu M.van de Kerchove in „Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in Frankreich und Belgien“ S.113 ff., die spanische Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, dazu G.Robles in „Die Aufnahme von Kelsen in die Spanische Rechtswissenschaft“ S.81 ff., die skandinavische Rechtstheorie, dazu S.Laakso in „Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in Finnland“ S.5 ff. und A.Frändberg in „Die skandinavische Reaktion auf Hans Kelsens Reine Rechtslehre“ S.69 ff. sowie die polnische Rechtstheorie, dazu K.Opalek in „Reine Rechtslehre in Polen“ S.35 ff.

Ursprünge nicht leugnen lassen⁸², zeichnete sich die Reine Rechtslehre durch ihre Modernität und Kompromisslosigkeit aus. Die Wiener Moderne war daher, wenn nicht Einfluss und Inspiration, so doch zumindest eine kongeniale Zeiterscheinung zu Kelsens Radikalität, seiner Bereitschaft, in der Rechtswissenschaft neue Wege zu beschreiten⁸³. Zwischen der Kelsen-Schule und dem Wiener Kreis gab es dabei jedoch kaum inhaltliche Berührungspunkte, auch wenn sich beide Richtungen zumindest durch ihre Modernität und durch „*die scharfe Betonung des Erfordernisses, den Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis exakt zu definieren*“⁸⁴, auszeichneten⁸⁵ und die Anfeindung sowohl durch die politische Rechte wie auch die politische Linke teilten⁸⁶. Die Kelsen-Schule und der Wiener Kreis betätigten sich auf unterschiedlichen Arbeitsfeldern. Das Interesse des Wiener Kreises an den normativen Wissenschaften und der Wertephilosophie war gering. Mathematik, Geometrie, Logik, Axiomatik und Physik standen als Leitwissenschaften in positivistisch-empirischer Tradition immer im Vordergrund. Der wichtigste inhaltliche Konflikt bestand wohl in der Lehre von der (physikalistischen) Einheitswissenschaft. Die Anhänger des Wiener Kreises lehnten methodologische Unterschiede zwischen Geistes- und Naturwissenschaften ab. Sie unterstellten Kelsen, dass dieser, obwohl er die metaphysisch-theologischen Überbleibsel aus der Staatslehre verdrängt hatte, selbst nicht ganz metaphysikfrei sei⁸⁷. Insbesondere war der von Kelsen propagierte Methodendualismus von Sein und Sollen aus ihrer Sicht spekulativ und mit dem Konzept einer (physikalistischen) Einheitswissenschaft unvereinbar⁸⁸.

⁸² Den Nähe zur positiven Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts betont Kelsen selbst in „Reine Rechtslehre“ S. III

⁸³ Auf den Einfluss des Wiener Zeitgeistes in der Epoche des fin de siècle auf Kelsens Werk, u.a. die in verschiedenen Disziplinen thematisierte Differenz zwischen der Scheinhaftigkeit überkommener Formen und der Wahrheit des Lebens weist auch K. Günther in „Hans Kelsen (1881-1973). Das nüchterne Pathos der Demokratie“ S. 368 ff. hin.

⁸⁴ H. Mayer in „Rechtstheorie und Rechtspraxis“ S. 323

⁸⁵ P. Goller in „Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?“ S. 345 ff.

⁸⁶ F. Stadler in „Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre“ S. X

⁸⁷ Kelsen selbst weist nach R. Walter in „Hans Kelsens Rechtslehre“ S. 15 jedoch darauf hin, dass ihn gerade die antimetaphysische Tendenz mit der Philosophie des Wiener Kreises verband. Kelsen wurde durch die Schriften Philipp Franks und Hans Reichenbachs über die Kausalität in seiner Auffassung dieses Problems beeinflusst, lehnte die Moralphilosophie des Wiener Kreises allerdings stets ab.

⁸⁸ P. Goller in „Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?“ S. 345 ff.; die von Kelsen vorgenommene Unterscheidung und scharfe Trennung des Bereichs des Sollens (Werte und Normen) vom Bereich des Seins (Wirklichkeit und Tatsachen) war nach dem Sinnkriterium des Logischen Positivismus metaphysisch und wie jeder andere Sollenssatz abzulehnen. Übereinstimmung zwischen Logischem Positivismus und der Reinen Rechtslehre bestand hingegen in der erkenntnistheoretischen

Eine ideologische Motivation lag der Reinen Rechtslehre nicht zu Grunde ⁸⁹. Verdross geht zwar davon aus, dass der Grund für die Einsetzung der einen wirksamen, effektiven Ordnung als Rechtsautorität durch die Grundnorm darin zu sehen ist, dass ausschließlich diese Ordnung die Rechtssicherheit im menschlichen Zusammenleben sicherstellen kann, dass Kelsen das Recht also als soziale Friedensordnung betrachtet, der Rechtspositivismus somit auf die Werte der Ruhe und Ordnung gerichtet ist und damit ebenso wie die Naturrechtslehre von bestimmten überpositiven Werten ausgeht ⁹⁰. Die Tatsache, dass es letztlich erkenntnistheoretische und eben gerade nicht ideologische und politische Gründe sind, die zur Wahl des Erkenntnisgegenstandes in Form der wirksamen, zwangsandrohenden Ordnung führen, widerlegt jedoch diese Annahme ⁹¹. Für den überzeugten Werterelativisten Kelsen gab es keine Erkenntnis absoluter Werte, konnte das Recht im absoluten Sinne nicht Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis sein ⁹². Auch die Integration der Theorie der negativen Grundnorm in die Reine Rechtslehre, wonach jedes Verhalten erlaubt ist, solange es nicht explizit verboten ist, solange also die Rechtsordnung nicht die Pflicht zu einem bestimmten Verhalten statuiert, entspringt keinesfalls einem, dem Liberalismus verbundenen, ideologischen Glauben. Verbote in ausreichender Zahl hätten einen totalitären Staat zur Folge. Bezweckt man einen solchen nicht, ergibt sich daraus ohne jegliche ideologische Motivation zwingend die Lehre von der negativen Norm. Bleibt letztlich noch Kelsens Bekenntnis zur Demokratie, welches sich jedoch ohne Bezug

Feststellung, dass nur Seinssätze und nicht Sollenssätze wahrheitswertfähig bzw. kognitiv sinnvoll sind. E.Morscher in „Die Sein-Sollen-Dichotomie“ S. 67, 68. 82

⁸⁹ Der Reinen Rechtslehre wurde von verschiedener Seite aus vorgeworfen, selbst nur Ausdruck einer bestimmten politischen Werthaltung und daher nicht imstande zu sein, ihre methodische Grundforderung zu erfüllen. H.Kelsen stellt in „Reine Rechtslehre“ S. V fest, dass gerade die Tatsache, dass die Reine Rechtslehre aus jedem politischen Lager heraus dem jeweils anderen Lager zugerechnet wurde, zu einer Entlastung führt: *„Kurz, es gibt überhaupt keine politische Richtung, deren man die Reine Rechtslehre noch nicht verdächtigt hätte. Aber das gerade beweist besser, als sie es selbst könnte: ihre Reinheit.“* K.Opalek stellt in „Kelsens Kritik der Naturrechtslehre“ S. 85 fest, dass die Einwände, Kelsens Lehre enthalte verborgene Elemente des Naturrechts, *„wozu gewisse Interpretationen der Grundnorm und Kelsens Äußerungen über transzendentallogisches Naturrecht Anlaß gaben“* unbegründet sind.

⁹⁰ A.Verdross in „Völkerrecht“, S. 18, 19

⁹¹ W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 170

⁹² R.Walter in „Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre“, S. 77

zum Rechtspositivismus alleine aus seiner wertrelativistischen Haltung heraus erklärt⁹³.

II. Gustav Radbruch

1. Biographie

Gustav Radbruch wurde am 21.11.1878 in Lübeck als jüngstes von drei Kindern geboren. Seine Familie war begütert⁹⁴. Der Vater betrieb ein Agentur- und Kommissionsgeschäft⁹⁵. Die Tatsache, dass er bereits in der dritten Generation einer städtischen Familie angehörte und der Umstand, dass er als „Nesthäkchen“ geboren wurde, führten nach eigenen Angaben zu seinen prägenden Eigenschaften des Intellektualismus und der Naturferne⁹⁶. Radbruch war zu seiner Schulzeit am humanistischen Gymnasium ein „*Musterknabe und Musterschüler, wiewohl kein Streber*“⁹⁷.

Auf Wunsch des Vaters fing er im Sommersemester 1898⁹⁸ das Studium der Jurisprudenz in München an⁹⁹. Bereits in der Studienzeit entwickelte sich Radbruchs politische, sozialistische Überzeugung, deren Wurzeln er selbst in der

⁹³ W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 170

⁹⁴ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S. 15

⁹⁵ Die drei Hauptgeschäftszweige waren die Vertretung der Pommerschen Zuckersiederei in Stettin, die Generalagentur des Lübecker Feuerversicherungsvereins auf Gegenseitigkeit von 1826 und eine kleine Weinhandlung.

⁹⁶ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 173, 178

⁹⁷ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S. 16

⁹⁸ Nach Hippel eine Rechtsperiode des Positivismus und der fachlichen Enge.; F.v.Hippel in „Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker“ S. 106

⁹⁹ Die schon während seiner Gymnasialzeit zu Tage tretende humanistische Bildungsfreudigkeit und sein reges Interesse an der „sozialen Frage“ trugen sicherlich auch zur Studienwahl bei, wobei Radbruch jedoch beständig damit haderte. G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 194; nach A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S. 9 hatte Radbruch eine ausgesprochene Abneigung gegen das juristische Studium. „*Diese distanzierte Haltung zur Juristerei*“ hat sich, so Kaufmann, „*bei Radbruch nie verloren*“. N.Hoerster in „Buchbesprechung, Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie I“ und A. Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S. 9 stellen in diesem Zusammenhang in unterschiedlichen Formulierungen die berechtigte Frage, ob Radbruch gerade deshalb „*zur Größe aufstieg*“ bzw. „*Außergewöhnliches in der Rechtswissenschaft geleistet hat*“, weil er so Kaufmann „*eigentlich kein Jurist war - oder besser: weil er nicht nur und nicht in erster Linie Jurist war*“ oder so Hoerster „*anders als der gewöhnliche deutsche Rechtswissenschaftler – die Oberflächenstruktur allen Rechts durchschaute und das Juristische keineswegs als den Gipfel des menschlichen Geistes betrachtete*“.

historisch-methodologischen Vorlesung über „Nationalökonomie als Wissenschaft“ von Lujo Brentano sah¹⁰⁰. Im zweiten Semester wechselte Radbruch nach Leipzig, nach weiteren drei Semestern schließlich nach Berlin¹⁰¹. Unter dem Einfluss des dort lehrenden Franz v. Liszt (1851 - 1919)¹⁰², an dessen Strafrechtspraktikum er teilnahm, bildete Radbruch nach eigenem Bekunden sein soziales Grundgefühl heraus¹⁰³. Mehr als die Jurisprudenz bedingten jedoch das Lebensgefühl der Großstadt und der vorherrschende Zeitgeist die Übersiedlung nach Berlin. Sein Hauptinteresse galt während der Studienzeit der Literatur, dem Theater, den bildenden Künsten und den politischen Fragen, vornehmlich der sozialen Frage und dem Sozialismus¹⁰⁴. Radbruch war der Überzeugung, dass er nur aufgrund seines inneren Kampfes gegen die Jurisprudenz und seiner Neigung zu den schönen Künsten befähigt war, die „Rechtsphilosophie“ zu schreiben. Dieser vermeintliche,

¹⁰⁰ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 187

¹⁰¹ G. Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 187 ff. An der Universität Leipzig lehrten zum damaligen Zeitpunkt nach Radbruchs Ansicht die „besten Köpfe“. Er begegnete dort Rudolf Sohm, dessen Auffassung des Christentums ihn beeindruckte, und Karl Binding, den Radbruch nicht sonderlich schätzte und der ihn durch seine Ablehnung von Liszts Strafrechtslehrbuch erst zur Lektüre des besagten Werkes anregte; eine Lektüre, die Radbruch zu einem Anhänger Liszts machte und einer der Gründe für seinen Wechsel nach Berlin war. Die Bewunderung für Liszt und die nicht sehr hohe Meinung von Binding bringt Radbruch auch in einem Brief an Walter Spiess vom 03.Juni 1948 zum Ausdruck. G.Radbruch in „Briefe II“ GRGA Band 18 S.277

¹⁰² Liszt, Cousin des bekannten Musikers Franz Liszt (1811 – 1886) und Anhänger der sogenannten modernen oder soziologischen Strafrechtsschule, fand seinen großen Gegenspieler in Karl Binding (1841 - 1920), dem Haupt der klassischen Strafrechtsschule. Während Binding als Liberaler der Überzeugung war, dass derjenige, der sich frei für eine Straftat entschließt, auch die entsprechende Bestrafung in Kauf nehmen muss, suchte Liszt nach den eigentlichen Gründen für die Kriminalität. Diese sah er selten alleine im freien Willen, sondern vielmehr meist in den sozialen Zwängen, die hinter der Straftat stehen. A. Kaufmann in „Einführung in die Rechtsphilosophie“ S. 93; E. Wolf in „Große Rechtsdenker“ S. 725

¹⁰³ Das Gefühl, es nicht besser haben zu wollen als andere, führte bei ihm zu einem sachlich begründeten Bewusstsein einer erhöhten sozialen Verantwortung, die insbesondere alle an der Strafrechtspflege Beteiligten betraf. G. Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 187 ff.; E. Wolf in „Große Rechtsdenker“ S. 725

¹⁰⁴ Radbruch selbst beschreibt seine geistige Haltung folgendermaßen: „Jene jugendliche Unbefriedigtheit in meinem Fachstudium machte mich besonders empfänglich für die Zeitstimmung, die man damals fin de siècle nannte... Wenn Illusionslosigkeit Pessimismus, und Entwertung aller Werte Nihilismus ist, so kann man jene Zeitstimmung als pessimistisch und nihilistisch bezeichnen. Übrig blieb nach diesem Vernichtungswerk nur die Verherrlichung der Dynamik des Lebens überhaupt, die Lobpreisung der Bewegung, gleichgültig nach welchem Ziel, und der Kraft, gleichviel in welchem Dienst.“ Seine Generation scheute sich, „allzu früh den Reichtum unbegrenzter Möglichkeiten für begrenzte Wirklichkeiten preiszugeben...“. Es war ihnen daher möglich, die Entwicklungs- und Wandlungsfähigkeit bis ins hohe Alter zu erhalten. Radbruch versäumt es gleichzeitig nicht, darauf hinzuweisen, dass diese geistige Beweglichkeit generell die Gefahr birgt, „alle Gefühle zu entleeren, alle Werte zu zersetzen, die Entstehung jeglicher Überzeugung zu vereiteln und es bleibt nur eine grauenhafte Leere und Kälte“. G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 194, 195

objektive Widerstreit ermöglichte erst den „Grenzgang“ zwischen diesen Disziplinen und ein Aufzeigen der Antinomien und Paradoxien des Rechts¹⁰⁵.

Trotz aller Ablenkungen dauerte Radbruchs Studium nicht länger als das Mindestmaß von sechs Semestern¹⁰⁶. Seine erste juristische Staatsprüfung legte er am 20.05.1901 beim Kammergericht in Berlin ab. Danach leistete Radbruch seinen Referendardienst in Lübeck. Er bemerkte während seiner Referendarzeit, dass er sich mit der Praxis nicht „befreunden“ konnte¹⁰⁷. Radbruch begann daher bereits zu diesem Zeitpunkt mit der Arbeit an seiner Dissertation mit dem Titel „Die Lehre von der adäquaten Verursachung“ bei dem Berliner Professor Franz v. Liszt¹⁰⁸. Obwohl sich Radbruchs Promotionsthema zur Anfertigung einer „einfachen“ strafrechtsdogmatischen Arbeit geeignet hätte, führte sein philosophisches Interesse dazu, dass die Arbeit zu einer vorwiegend rechtstheoretisch-methodologischen Untersuchung wurde¹⁰⁹. Seine Habilitation über den Handlungsbegriff fertigte Radbruch schließlich an der Universität Heidelberg an, betreut von einem Mitstreiter Liszts, Professor Karl v. Lilienthal. Sie fand Ende des Jahrs 1903 mit einem Probevertrag ihren Abschluss¹¹⁰.

Zu Beginn seiner Heidelberger Zeit wohnte Radbruch in einem Haus mit Heinrich Levy, einem Schüler Windelbands. Die Bekanntschaft mit Levy war für Radbruchs rechtsphilosophische Entwicklung von großer Bedeutung. Nach eigener Ansicht war Radbruch in seiner philosophischen Haltung von Schopenhauers Pessimismus

¹⁰⁵ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 194

¹⁰⁶ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 196, 204

¹⁰⁷ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S.208. Radbruch interessierte nicht das Einzelne, sondern vielmehr das Allgemeine: „*Ich war noch nicht reif genug, die Vernunft in den Dingen zu suchen, die Idee als Sinn und Seele der Wirklichkeit zu begreifen, die den Lebensverhältnissen innewohnende Ordnung zu suchen, die man Natur der Sache nennt.*“ Zu Radbruchs späterem Bedauern führte diese Abkehr von der Praxis zu einer mangelnden breiten juristischen Erfahrung und damit auch zur fehlenden Anschaulichkeit der juristischen Theorie.

¹⁰⁸ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S.210. Radbruch wurde nach eigenen Angaben von Liszts Offenheit und Diskussionsbereitschaft gegenüber der eigenen Arbeit und den direkten Folgen dieser Haltung, dem Relativismus einerseits und dem starrsinnigen Parteigeist andererseits, stark beeinflusst.

¹⁰⁹ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 44; E.Wolf in „Rechtsdenker“, S. 725, 726

¹¹⁰ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S. 21. Radbruch hatte ursprünglich vor, die Habilitation in drei bis vier Monaten abzuschließen, benötigte für die Fertigung von Promotion und Habilitation letztlich jedoch 2 ½ Jahre. W.Küper schildert das Verfassen der Habilitationsschrift in „Gustav Radbruch als Heidelberger Rechtslehrer“ S.226, 227 als schwieriges Unterfangen.

und Liszts Positivismus beeinflusst ¹¹¹. Den Gesprächen und Diskussionen mit Levy und Emil Lask verdankte Radbruch eine erste Annäherung an die Südwestdeutsche Schule des Neukantianismus. Levy und Lask überzeugten ihn von dem Kantischen Dualismus von Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert und von den darauf begründeten Lehren Windelbands und Rickerts ¹¹². Besondere Bedeutung hatte auch der Mittagstisch im „Ritter“, einem Heidelberger Restaurant. Dort traf Radbruch täglich mit Emil Lask, Friedrich Alfred Schmid und Philipp Witkop zusammen. Radbruch fühlte sich vor allem Lask sehr verbunden. Er nahm von Anfang bis Ende an der Entstehung von Lasks „Logik der Philosophie“ teil und war voller Bewunderung für die leidenschaftliche Hingabe des philosophischen Denkers ¹¹³. Neben der südwestdeutschen wertetheoretischen Schule des Neukantianismus brachten Levy und Lask Radbruch generell ein wertbeziehendes Denken nahe ¹¹⁴. Für den Schöngest Radbruch genossen die Künste und das Philosophieren neben der Frage nach sozialer Gerechtigkeit oberste Priorität. In Heidelberg fand er, wonach er gesucht hatte. War die Berliner Zeit ein Ausprobieren mit Grenzen und radikalen Einflüssen, so begann in Heidelberg die Zuwendung zu den Werten und Ansichten, welche sein Wesen ein Leben lang prägen sollten. Er fand in Heidelberg eine Kultur, den „Heidelberger Geist“, die seinen Veranlagungen und Wesensmerkmalen entsprach und ihn befruchtete und bestärkte ¹¹⁵. Er betrat auf seinem Lebensweg von „*Stammler und Liszt zu Rickert und Lask*“ einen neuen Abschnitt, ohne die alten Wurzeln zu vergessen oder zu

¹¹¹ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 217

¹¹² G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 217; E. Wolf in „Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte“ S. 727, 728

¹¹³ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 217

¹¹⁴ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 50; E. Wolf weist in „Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte“ S. 728 darauf hin, dass die Hinwendung zur Wertephilosophie nicht unvorbereitet geschah. Nach Wolf hatte Radbruch seine „*innere Abkehr vom monistischen Positivismus*“ bereits vollzogen.

¹¹⁵ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 217; Radbruch selbst beschreibt den Zeitgeist wie folgt: „*Heidelberg war damals wie eine Arche Noah, in der von jeder neuen Spielform geistiger Menschen ein Exemplar vertreten war... Ein alles verstehender und nichts ablehnender Relativismus war die Grundstimmung, die diejenigen in ihrer gefährlichen Haltung bestärkte, die sich nicht entschließen konnten, den Reichtum der Möglichkeiten für die Eindeutigkeit einer Entscheidung dahinzugeben.*“ Bei V.Neumann heißt es zu dem Heidelberger Zeitgeist in „*Richtiges Recht Radbruchs Rechtsphilosophie und der staatsrechtliche Positivismus Heidelberger Prägung*“ S. 222: „*Ausgefallene Meinungen wurden nicht bloß geduldet, sondern bildeten das Lebenselixier einer Kultur der unaufhörlichen Diskussion, des ewigen Gesprächs. Grundlage dieser ins sich ruhenden Liberalität war - wie Dostojewski anmerkte - eine kolossale, innere, geistige, aus der Seele hervorgehende Vorschriftsmäßigkeit*“

verleugnen, sondern vielmehr, indem er diese weiter entwickelte und fortan verändert in seine Arbeiten einfließen ließ¹¹⁶.

In politischer Hinsicht stellte Radbruchs Teilnahme an August Bebels Begräbnis, zu welchem er eigens nach Zürich reiste, nach eigenem Bekunden die entscheidende Weiche: „*Dieses große Massenerlebnis belehrte mich endgültig darüber, wo ich zu stehen habe.*“¹¹⁷ Kaufmann sieht die Wurzeln für Radbruchs soziale Ader und seine spätere politische Gesinnung allerdings in dessen ureigenstem Wesen¹¹⁸. „*Er war Sozialist aus ethischen und religiösen Gründen, sofern man nur nicht religiös einfach mit kirchlich gleichsetzt*“, stellt Kaufmann fest, der ihn kannte und die Richtigkeit von Radbruchs folgender Selbsteinschätzung ausdrücklich betont¹¹⁹: „*Es nicht besser haben zu wollen als andere, das war immer mein soziales Grundgefühl*“¹²⁰. Gleichzeitig leugnet Kaufmann nicht den von Radbruch selbst festgestellten Einfluss Brentanos und das Lebensgefühl der Berliner Studienzeit, welches wie gezeigt in erheblichem Maße von der Auseinandersetzung mit politischen Problemen, insbesondere der sozialen Frage, und dem Sozialismus geprägt war¹²¹. Während der Berliner Zeit wurde Radbruchs Leidenschaft für die soziale Frage neben der Beschäftigung mit Marx, insbesondere auch von der zeitgenössischen Dichtung, vor allem von Gerhart Hauptmann (1862 – 1946) und von Richard Dehmel (1863 – 1920) entfacht, die in Ihren Werken beide Partei für die sozial Schwachen ergriffen¹²². Muscheler vermutet, dass auch das politische Temperament und die stetige politische Diskussionsbereitschaft seines engen Freundes Hermann Ulrich Kantorowicz zur politischen „*Bewusstwerdung*“ Radbruchs beigetragen haben¹²³. Ein direktes Bekenntnis zur Sozialdemokratie hätte Radbruch in Heidelberg jedoch seine

¹¹⁶ E. Wolf in „Rechtsphilosophie“ 4. Auflage, S. 39

¹¹⁷ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 227

¹¹⁸ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 61

¹¹⁹ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 61; ähnlich auch H.de With, der in „Gustav Radbruch. Reichsminister der Justiz“ S. 16, 17 darauf hinweist, dass Radbruchs Sozialismus angewandte Nächstenliebe und damit urchristliches Ideal war, obwohl sich ihm im Elternhaus kein enges Verhältnis zur christlichen Religion erschlossen hatte.

¹²⁰ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 231

¹²¹ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 59; allerdings hält Kaufmann die Selbsteinschätzung Radbruchs hinsichtlich des Einflusses Brentanos für vereinfacht.

¹²² G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 196; A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 59; Kindlers Neues Literaturlexikon Band 7, S. 379 ff., 489 ff.

¹²³ K.Muscheler in „Hermann Ulrich Kantorowicz“ S. 27

Anstellung an der juristischen Fakultät gekostet. Sein erstes politisches Engagement bestand daher in der Wahl als demokratisches Mitglied in die Heidelberger Kommunalkörperschaft sowie in sozialen Tätigkeiten, wie seiner Mitgliedschaft im Armenrat und seiner Stellung als Armenpfleger für ein Heidelberger Stadtviertel ¹²⁴.

Die politische Einstellung trug trotzdem dazu bei, dass Radbruchs Karriere in Heidelberg stagnierte. Daneben spielten persönliche Aspekte wie seine Verlobung und erste Heirat außerhalb seines Standes mit Lina Götz im Jahre 1907 sowie die Ankündigung gemeinsamer journalistischer Übungen mit einem anrühigen Heidelberger Professor für Journalistik eine Rolle ¹²⁵. Zwar wurde ihm 1910 der Professorentitel verliehen, die Stelle als Ordinarius blieb ihm jedoch vorerst verwehrt. Er war Privatdozent und als solcher von „*vielen ausgeschlossen und minderen Rechts*“ ¹²⁶. Die letzten Jahre des ersten Aufenthalts in Heidelberg erscheinen Radbruch folgerichtig in schlechtem Licht. Ihn belastete insbesondere auch die langsame und gehemmte Produktion seiner Publikationen ¹²⁷. Noch während der Endphase der ersten Heidelberger Zeit scheiterte zudem Radbruchs erste Ehe, sie wurde 1908 geschieden.

Der Ruf aus Königsberg im Jahre 1914, den er ohne Zögern annahm, war für ihn befreiend und erlösend, zumal er an eine „*Fakultät ohne Bonzen*“ ging ¹²⁸. Radbruch wurde, wenn auch nicht Ordinarius, so zumindest etatmäßiger

¹²⁴ H.Klenner weist in „Gustav Radbruch. Biographische Schriften“ S. 879 darauf hin, dass Radbruch sich auch als zumeist einziger Universitätsprofessor an Maidemonstrationen der Arbeiterklasse beteiligte.

¹²⁵ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 220 ff.; A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 46 ff.; Kaufmann sieht in Radbruchs Verhalten in dieser ersten Heidelberger Zeit eine Auflehnung gegen das Bürgertum. Bereits Radbruchs äußeres Auftreten, sei es der rote Vollbart oder das Tragen eines Sportanzuges im Kolleg führte zu Unverständnis. Das galt umso mehr für die freirechtlichen Neigungen Radbruchs. Unmöglich in den Augen der Heidelberger Gesellschaft war auch die Ablehnung einer gesellschaftlich zwingenden Einladung des bekannten Romanisten Ernst Immanuel Bekker mit dem Argument der Arbeitsüberlastung.

¹²⁶ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 244, 214 ff.

¹²⁷ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 227, 228; man darf diese Aussage wohl nicht allzu ernst nehmen, da in besagter Zeit die „Einführung in die Rechtswissenschaft“ (1910) und die „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ (1914) erschienen, beides Werke, welche von erheblichem Einfluss auf Radbruchs Rechtsphilosophie und auf die allgemeine Lehre waren.

¹²⁸ G.Radbruch in einem Brief an Dora Busch vom 07.04.1915; G.Radbruch in „Briefe I“ GRGA 17 S. 195-198

A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S. 25

außerordentlicher Professor. Am 09.11.1915, zwei Wochen vor seiner Einberufung als Soldat, heiratete er seine zweite Ehefrau Lydia Schenk, die einzige Tochter eines Gutsbesitzers aus dem Memelschen Kreis Heydekrug¹²⁹. Radbruch weist wiederholt auf die Bedeutung seiner zweiten Ehefrau hin, die als Mensch den wichtigsten Wandel seines Lebens bewirkte¹³⁰. Obwohl Individualist und Pazifist, verbrachte Radbruch den Ersten Weltkrieg als Freiwilliger an der Front. Nach untätigen Wochen beim Roten Kreuz auf dem Bahnhof Dirschau ließ er sich in Heidelberg zum Militärdienst ausbilden und zog am 20.04.1916 ins Feld. Das stärkste Motiv für die freiwillige Meldung war das bereits erwähnte soziale Grundgefühl, es nicht besser haben zu wollen als andere¹³¹. In seiner Autobiographie verweist Radbruch auf Kants Kritik der praktischen Vernunft, in der es heißt, dass es immer ein Gefühl der Schuld bleibe, eine Art Erbsünde, es besser zu haben als andere, ohne besser zu sein¹³². Dieses Gefühl verstärkte sich noch während seines Militärdienstes, denn dort wurde ihm wie nie zuvor das verbindende Klassenbewusstsein der Gebildeten und Begüterten bewusst¹³³. Durch den Krieg und die Todesnähe des Soldaten wurde er nach eigenem Bekunden gezwungen, sich mit den letzten Fragen, mit dem Tod, dem Leben, Gott und sich

¹²⁹ E. Wolf in „Rechtsphilosophie“ 4. Auflage, S.44

¹³⁰ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 229; Radbruch drückt die Bewunderung und Liebe für seine Frau folgendermaßen aus: „...meine Frau erlöste mich von der fruchtlosen Innenwendung meiner Seele nur auf mich selbst zum unbefangenen Wirken hinaus in die Welt...nichts kann mich beirren in der Überzeugung, dass nur gerade durch die Frau meines Lebens zweiter Teil zu jenen Bewährungen, Leistungen und Wirkungen bringen konnte, die er, wenn ich nicht irre, erbracht hat. Hatte mich ursprünglich ihre Schönheit und der Reiz ihres Wesens angezogen – an sie gebunden und festgehalten hat mich ihr Charakter.“

¹³¹ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 231; A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S. 26; daneben gab es weitere Gründe für seine Entscheidung. Von den beiden, ihn immer wieder rührenden Dingen hatte er die Schönheit in seiner zweiten Frau gefunden, das Heldenhafte hoffte er nun im Krieg zu finden. Er suchte die Bewährung und wollte seine versäumte Jugend nachholen. Zum anderen hatte ihn die Erziehung seines Vater mit militärischen Werturteilen in seiner Entscheidung beeinflusst. Radbruch vertrat außerdem die Ansicht, dass nur derjenige den Krieg be- und verurteilen könne, der ihn selbst erlebt hat.

¹³² G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 231

¹³³ Aufgrund der Veranschaulichung des Wesens des Klassenstaates durch das Verhältnis von Offizieren und einfachen Soldaten verfestigte sich seine sozialistische Überzeugung. Schon zu Beginn seines Militärdienstes boten ihm Angehörige „gehobener Kreise“ ihre Hilfe an, um ihn aus der vermeintlich unerträglichen Lage des gemeinen Mannes zu befreien. Es war jedoch eben diese Erfahrung, die Radbruch suchte. Er bedauerte es daher später immer wieder, dass er, um der zunehmenden Eintönigkeit des Frontlebens zu entinnen, schließlich einen Offizierskurs mitmachte und später auch in Offiziersränge befördert wurde.

selbst, philosophisch und religiös auseinander zu setzen ¹³⁴. Radbruch kehrte verändert und gestärkt aus dem Krieg zurück. Er machte sich Kants Worte zu eigen - „*Du kannst, denn du sollst*“ - und schrieb über seine persönliche Veränderung: „*Ich warf mich von da an unbekümmerter ins Weltleben, ohne die Furcht, mich zu verlieren, wenn ich mich nicht mit beiden Händen festhielte.*“ ¹³⁵

Im Jahre 1919 ging Radbruch nach Kiel, wo er zunächst das Amt eines außerordentlichen Professors für Staatsrecht innehatte, bevor er zum ordentlichen Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie berufen wurde ¹³⁶. Als Republikaner und überzeugter Demokrat begrüßte er die Weimarer Republik von Anfang an. Radbruch widmete sich nun auch verstärkt der Politik. Er war maßgeblich an den Verwirrungen des Kapp-Putsches beteiligt und hielt am 24.03.1920 die Grabrede der 32 Opfer der Unruhen, welche aus der Arbeiterschaft stammten ¹³⁷. Die Vorkommnisse um den Kapp-Putsch führten zu einer engen Verbundenheit Radbruchs mit der Kieler Arbeiterschaft, wobei zwischen Radbruch und seinen Parteigenossen unabhängig von der gesellschaftlichen Stellung aufgrund seines offenen Wesens grundsätzlich ein gutes Verhältnis bestand: „*Weil ich meine Stellung in diesem bescheidenen Sinne auffaßte, habe ich als Sozialdemokrat*

¹³⁴ Gleichzeitig brachte der Krieg für den „*naturfernen*“ Radbruch schließlich eine Hinwendung zur Natur mit sich, da ein Soldat, wie ein Jäger, die Natur aufgrund seines Ausgeliefertseins intensiver wahrnimmt.

¹³⁵ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 235

¹³⁶ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S. 27; Radbruch war gleich in seinem ersten Jahr in Kiel maßgeblich an der Gründung der Volkshochschule beteiligt. R.Pröpper in „Die Volkshochschule in Kiel – Geschichte und Überblick“ S. 153; J.Wollenberg in „Republik das ist schon viel... – Gustav Radbruchs Beitrag zur Volksbildung und zur politischen Kultur“ S. 46

¹³⁷ Ein Teil der Reichswehr und eine Gruppe rechtsradikaler Politiker putschten in Kiel unter der Führung Wolfgang Kapps am 13.März 1920. Radbruch wurde während des Kapp-Putsches in Schutzhaft genommen, als er auf der Kieler Werft versucht hatte, ein Blutvergießen zwischen Putschisten und Arbeitern zu verhindern. Erst später wurde bekannt, dass zeitweilig ein Todesurteil gegen Rädelsführer und Streikposten vorgelegen hatte und auch Radbruch bedroht war und nur knapp der Verurteilung durch ein Standesgericht entging. Nach dem Sturz der Regierung Kapp wurde Radbruch aus der Schutzhaft entlassen und setzte sich während der andauernden Unruhen in der Kieler Innenstadt für eine Verhinderung weiterer Bluttaten und die Freilassung von gefangengehaltenen Reichswehrsoldaten ein. G.Radbruch in „Gedächtnisrede bei der Bestattungsfeier der Kieler Märzgefallenen am 24.03.1920“ S. 313 ff.; A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S. 29; H.Krämer in „Gustav Radbruch als Parteipolitiker“ S. 224, 225; H.Otte in „Gustav Radbruchs Kieler Jahre 1919-1926“ S. 66 ff.

*niemals Schwierigkeiten gehabt wie wohl andere Akademiker*¹³⁸, *sondern bei den Genossen immer Vertrauen und Sympathie gefunden.*“¹³⁹

Radbruch trat 1919 der SPD bei¹⁴⁰. Obwohl er nicht aktiv am Wahlkampf teilnahm, konnte er an der Kandidatur für den Reichstag auf der Reichsliste partizipieren, da er der einzig verfügbare Jurist für die Reichstagsfraktion der SPD war¹⁴¹. Die Wahl 1920 führte zu seinem Einzug in den Reichstag¹⁴². Radbruch war von 1920 bis 1924 Abgeordneter des Reichstages und vom 26.10.1921 bis zum 22.11.1922¹⁴³ sowie vom 13.08.1923 bis zum 02.11.1923¹⁴⁴ Reichsjustizminister¹⁴⁵. Er war während seiner Amtszeit maßgeblich an einigen bedeutenden

¹³⁸ Radbruch war die besondere Problematik der Zugehörigkeit eines Akademikers zur sozialdemokratischen Partei deutlich bewusst. Dies zeigt sich u.a. in dem 1928 erschienen Aufsatz „Die Problematik des sozialistischen Akademikers“. Darin stellt er fest, dass der Arbeiter Sozialist ist, wie der Bourgeoise Kapitalist ist, nämlich aus eigenen sozialen bzw. ökonomischen Interessen. Daneben gibt es Sozialisten aus reinem Oppositionswillen – ein Verlassen der Oppositionsrolle schien aus damaliger Sicht unmöglich – und Romantiker, die das Unbekannte suchen und dem eigenen ich entfliehen wollen. Und es gibt sozialistische Akademiker, die diesen politischen Weg entweder aus gekränktem Gerechtigkeitsgefühl wählen, weil sie ob ihrer privilegierten sozialen Lage das schlechte Gewissen quält oder weil sie als Intellektuelle ein politisches Betätigungsfeld suchen. Wie vor ihm bereits Lassalle oder auch Bebel hält Radbruch den sozialistischen Akademiker für eine problematische Natur, da ihn im Gegensatz zu dem interessengeleiteten Arbeiter stets wandelbare Ideale zum Handeln bewegen. Daher sollten Akademiker eine ausschließliche beratende Funktion übernehmen, während die Führungspositionen der Partei von interessengeleiteten Angehörigen bekleidet werden sollten. G.Radbruch in „Die Problematik des sozialistischen Akademikers“ GRGA 12 S. 154 ff.

¹³⁹ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 246

¹⁴⁰ H.Otte in „Gustav Radbruchs Kieler Jahre 1919-1926“ S. 149; nach H.Krämer in „Gustav Radbruch als Parteipolitiker“ S.222, H. de With in „Gustav Radbruch. Reichsminister der Justiz“ S. 17 und K.Seelmann in „Sozialismus und soziales Recht bei Gustav Radbruch“ S.72 erfolgte Radbruchs Parteibeitritt bereits im Jahr 1918. G.Radbruch selbst beantwortet die ihm häufig gestellte Frage, warum er Sozialdemokrat geworden war, in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 274 mit den folgenden Worten: *„Ich wurde Sozialdemokrat, weil diese Partei eine vernünftige, vorsichtige und redliche, verantwortungsvolle und phrasenlose, nicht zur Unzeit revolutionäre und nicht zur Unzeit nationalistische Politik trieb, weil sie gerade die Eigenschaften besaß, die viele, die nur vermöge dieser Eigenschaften vor der Katastrophe gerettet worden sind, gern als kleinbürgerlich zu verspotten pflegen.“*

¹⁴¹ J.Wollenberg führt in „Republik das ist schon viel... – Gustav Radbruchs Beitrag zur Volksbildung und zur politischen Kultur“ S.59 aus, dass Radbruchs Kandidatur auf der Reichsliste wohl nicht zuletzt auch darauf zurückzuführen war, dass ihm die Vorkommnisse um den Kapp-Putsch sehr viel Sympathie bei den Arbeitern eintrugen.

¹⁴² G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 248 ff.; er hatte dort nach eigenen Angaben eine sehr befriedigende selbständige Stellung.

¹⁴³ Seine erste Amtszeit endete mit dem Sturz des Kabinetts Wirth über innerparteiliche Auseinandersetzungen.

¹⁴⁴ Die zweite Amtszeit fiel in die Zeit von Stresemanns Reichskanzlerschaft sowie der Beendigung des Ruhrwiderstandes und des Höhepunktes der Inflation.

¹⁴⁵ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 250 ff.

Gesetzesreformen beteiligt ¹⁴⁶. Als Radbruch das Reichsjustizministerium am 27.06.1928 von Hermann Müller erneut angeboten bekam, lehnte er aus persönlichen Gründen ab. Er wollte sich fortan ausschließlich der wissenschaftlichen Tätigkeit widmen und hielt die Vereinbarkeit von Politik und Wissenschaft nicht für möglich ¹⁴⁷.

Im Jahre 1926 folgte Radbruch dem Ruf nach Heidelberg, als Nachfolger des nach Bonn berufenen Rechtsphilosophen Alexander Graf zu Dohna. Die Antrittsvorlesung „Der Mensch im Recht“, an deren Ende er sich als dankbarer Schüler zu dem einstigen Heidelberg Georg Jellineks, Wilhelm Windelbands, Emil Lask, Ernst Troeltschs, Eberhard Gotheins und Max Webers und den beiden Großen Lehrmeistern seiner doppelten Lebensarbeit Franz v. Liszt und Friedrich Ebert bekannte ¹⁴⁸, befasste sich inhaltlich mit der geschichtlichen Entwicklung des Menschen innerhalb der verschiedenen zeitgemäßen Rechtssysteme und endete mit einer sich nach Radbruchs Ansicht anbahnenden Verbindung von Demokratie und Sozialismus ¹⁴⁹. Radbruch fand in den folgenden Jahren privat mehr Ruhe und Zeit fürs Reisen. In wissenschaftlicher Hinsicht genoss er die Harmonie der juristischen Fakultät und die große Sympathie der Studentenschaft. Die große Produktivität dieser Zeit zeigte sich u.a. im Erscheinen der dritten überarbeiteten Auflage der „Rechtsphilosophie“ ¹⁵⁰. Rufe der juristischen Fakultäten von Hamburg und Berlin

¹⁴⁶ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 250 ff.; obwohl Radbruch nach eigenen Angaben die Tatsache begrüßte, dass er weit mehr im fachlichen als im politischen Bereich tätig war, kann aufgrund der politisch äußerst brisanten Zeit aus heutiger Sicht kaum von einer Beschränkung des Reichsjustizministers auf eine rein fachliche Tätigkeit gesprochen werden. Während Radbruchs Amtszeit löste eine politische Affäre die nächste ab. Dazu zählten der Hungerstreik in der Strafanstalt Lichtenberg, der Jagow-Prozess beim Reichsgericht, die Auslieferung der Mörder des spanischen Ministerpräsidenten Dato, die Waffenlagerprozesse, die Kriegsverbrecherprozesse sowie die Landesverratsrechtsprechung vor dem Reichsgericht und die Ermordung Rathenaus. Zu den wichtigsten Gesetzgebungsarbeiten gehörten die Strafrechtsreform, das Geldstrafengesetz, das Jugendgerichtsgesetz, die Neuordnung der Strafgerichte, die Reform des Zivilprozesses, die Neuregelung des Rechts der unehelichen Kinder, die Frage der Anwendung von Ermächtigungsgesetzen, die Kartellverordnung und die Wuchergesetzgebung.

¹⁴⁷ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 273

¹⁴⁸ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 279; die beiden letztgenannten hatten in Heidelberg zwar nicht ihren primären Wirkungskreis, fanden dort aber ihre letzte Ruhestätte.

¹⁴⁹ G.Radbruch in „Der Mensch im Recht“, S. 6 (GRGA Band 2, S.467 ff.); die vom Liberalismus garantierten Rechte des Einzelnen wandeln sich danach im demokratischen Denken mehr und mehr zu Pflichten und verbinden sich zu einer neuen sozialen Gesamtordnung. Die neue Demokratie ist keine Ansammlung freier und gleicher Einzelner, sondern ein soziologisches Beziehungsgefüge von Gruppen, Klassen und Parteien.

¹⁵⁰ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 279, 280

lehnte Radbruch ab, da er sich in Heidelberg wohl fühlte und nicht den Ehrgeiz hatte, sich auf diese Weise beruflich zu profilieren¹⁵¹.

Diese harmonische Periode fand jedoch bereits kurz nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten ein jähes Ende. Radbruch wurde mit Schreiben vom 08.Mai¹⁵², welches ihm am 09.Mai 1933¹⁵³ zugestellt wurde, aus dem Lehramt entlassen¹⁵⁴. Es folgte eine zwölfjährige Zwangspensionierung zwischen 1933 und 1945¹⁵⁵. Radbruch sah in dieser Zwangspensionierung den Vorteil, sich wieder voll den Künsten widmen zu können. Er flüsterte sich in dieser Zeit oft leise das Bibelwort zu: „*Sie gedachten es böse mit mir zu machen, aber Gott hat es gut mit mir gemacht.*“¹⁵⁶. Radbruch verbrachte die Zeit von April 1935 bis Mai 1936 am University College in Oxford¹⁵⁷. In den Jahren nach 1933 veränderte sich

¹⁵¹ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 280

¹⁵² Die ihm aus der Ministerzeit zustehenden Versorgungsbezüge wurden ihm bereits im April 1933 gestrichen. A.Schlechter in „Gustav Radbruch 1878 – 1949. Zeitzeuge des 20.Jahrhunderts zwischen Rechtswissenschaft und Politik“ S. 41

¹⁵³ Bereits am 26.April 1933 nach der Rückkehr von der Teilnahme an einem Strafrechtskongress in Palermo wurde Radbruch mitgeteilt, dass er entlassen würde. Am darauffolgenden Tag fand eine Hausdurchsuchung und die Beschlagnahme zahlreicher Briefe, Bücher und anderer Gegenstände statt. Außerdem entzog man Radbruch ohne Angabe von Gründen seinen Pass. A.Schlechter in „Gustav Radbruch 1878 – 1949. Zeitzeuge des 20.Jahrhunderts zwischen Rechtswissenschaft und Politik“ S. 41

¹⁵⁴ Das Schreiben enthielt keine offizielle Begründung. Eine solche lässt sich dem der eigentlichen Kündigung vorausgegangenem Schreiben des Badischen Kulturministeriums an das Badische Staatsministerium vom 26.April 1933 entnehmen. Darin heißt es, dass Radbruch aufgrund seiner Persönlichkeit und in Hinblick auf seine bisherige politische Betätigung nicht die Gewähr dafür biete, dass „*er jetzt rückhaltslos für den nationalen Staat eintritt*“. M.Gottschalk in „Gustav Radbruchs Heidelberger Jahre 1926 – 1949“ S. 69; C.Vulpus in „Gustav Radbruch in Oxford“ S. 33

¹⁵⁵ Im Jahre 1934 erschien Radbruchs „Paul Johann Anselm Feuerbach; Ein Juristenleben“. Auch von literarischen Persönlichkeiten wie Thomas Mann und Ricarda Huch wurde Radbruch hinsichtlich dieses Werkes neben dessen juristischer Bedeutung eine große kulturhistorische und geistesgeschichtliche Leistung attestiert. A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S.39; Thomas Mann attestierte dem Werk in einem Brief an Radbruch vom 25.Oktober 1934 „*den Stil großer Biographie, enthusiastisch und fundiert, voller Sinn für das Menschenleben überhaupt und für den großen Charakter*“. G.Spendel in „Briefe an Gustav Radbruch“ S. 341 Das einzige größere Werk, das Radbruch in den späten dreißiger Jahren veröffentlichte, war „Elegantiae Juris Criminalis“, das am 21.09.1938 - also an seinem 60 Geburtstag – erschien und mehrere Studien zur Strafrechtsgeschichte enthält. M. Gottschalk in „Gustav Radbruchs Heidelberger Jahre“ S. 110, 111

¹⁵⁶ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 194

¹⁵⁷ C.Vulpus in „Gustav Radbruch in Oxford“ S. 58 ff.; nach Vulpus verspürte Radbruch den Drang, während seines Englandaufenthaltes möglichst viel zu publizieren. Zwar gelang ihm die ursprünglich ins Auge gefasste Übersetzung der „Rechtsphilosophie“ ins Englische nicht, zu den wichtigen Arbeiten, die Radbruch in England anfertigte, zählten aber: „Anglo-American Jurisprudence through Continental Eyes“ Law Quarterly Review 52 (1936), S. 530 ff.; „Jurisprudence in the Criminal Law“ The Journal of Comparative Legislation and International Law 18 (1936), S. 212 ff.; „La Sécurité en Droit d’après la Théorie Anglais“ Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique 3/4 (1936), S. 86 ff.; „Das

Radbruchs Geisteshaltung. Neigungen seiner Jugend, wie diejenigen für Geschichte, Kunstgeschichte und klassische, besonders lateinische Philologie, traten erneut in den Vordergrund. Radbruch, dem diese Veränderung wohl bewusst war, unterscheidet in der Lebensgeschichte des denkenden Geistes generell drei Stufen, nämlich den Scharfsinn, Feinsinn und Tiefsinn. Während der jugendliche Scharfsinn der Wirklichkeit den Gedanken aufzwingen will, der männliche Feinsinn bestrebt ist, den Gedanken in der Wirklichkeit zu finden, werden für den Tiefsinn des Alters Wirklichkeit und Gedanke eins. Das Ziel dieser letzten Stufe, die Goethes „Urphänomenen“ und der Lehre von der Natur der Sache verbunden ist, sieht Radbruch darin, „...den schroffen Dualismus von Wert und Wirklichkeit, von Sollen und Sein etwas zu entspannen“. Aufgrund dieser Umstände wird aus der Absicht, andere zu belehren, „die Begierde, sich selbst zu belehren.“¹⁵⁸ Diese innere Entwicklung oder vielmehr Entfaltung einer bereits vorhandenen Veranlagung, die u.a. in der „Elegantiae Iuris Criminalis“ zum Ausdruck kommt, die Hinwendung zum Metaphysischen, die auch die Wahl seiner künftigen Forschungsgegenstände betraf, führte ihn nach Wolf von einer der „Weltfrömmigkeit“ Sprangers verwandten Haltung, über eine Wiederbegegnung mit dem Christentum bis zu einer sich verstärkenden und vertiefenden Religiosität¹⁵⁹. Zwei tragische Ereignisse belasteten Radbruch und seine Ehefrau in diesen Jahren schwer. Am 22.03.1939 kam ihre Tochter Renate während eines Aufenthalts in den Bergen durch eine Lawine ums Leben. Am 05.12.1942 erlag ihr Sohn Anselm nach einer schweren Kriegsverletzung einer Embolie¹⁶⁰.

Nach Kriegsende kehrte Radbruch in den Universitätsdienst zurück und lehrte von 1945 bis 1948 an der Universität von Heidelberg. Er wurde am 27.05.1945 zum Dekan der juristischen Fakultät ernannt, hielt Vorlesungen und veröffentlichte etliche, nicht ausschließlich juristische Arbeiten, obwohl ihn in dieser Zeit seine

Indische Strafgesetzbuch“ Schweizerische Zeitung für Strafrecht 51 (1937), S. 142 ff.; „Justice and Equity in International Relations“ Bentwich u.a. (Hrsg.) „Justice and Equity in the International Sphere (The New Commonwealth Institute Monograph), S. 1ff.

¹⁵⁸ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 282

¹⁵⁹ E. Wolf in „Rechtsphilosophie“ 4. Auflage, S. 63; Radbruch war nach Wolf Zeit seines Lebens durch die mannigfaltigen Aufgaben und zeitlichen Belastungen nicht in die Lage gekommen, seinen metaphysischen Interessen und Bedürfnisse nachzugehen.

¹⁶⁰ G.Radbruch in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 283

Krankheit bereits stark behinderte, insbesondere auch eine Schreibhemmung der Hand¹⁶¹. Gustav Radbruch starb am 23.11.1949 an den Folgen eines Herzinfarktes.

2. Persönlichkeit

Man wird Radbruch sicherlich gerecht, wenn man seine Charakterbeschreibung mit einer Betrachtung des von ihm sehr geschätzten Doktorvaters F. von Liszt beginnt. Liszt arbeitete dogmatisch mit logischer Schärfe und war gleichzeitig dazu in der Lage, bei der Umsetzung der dogmatischen Erkenntnisse in das praktische Strafrecht der Zweckmäßigkeit Genüge zu tun. Es war ihm nie zuwider, zu experimentieren, verschiedene Aspekte zu vermischen und gleichzeitig Widersprüche notfalls auch stehen zu lassen. Er war sein Leben lang lernbereit und erfahrungsfreudig, ohne dabei jedoch die notwendige Härte bei der Durchsetzung seiner Überzeugungen missen zu lassen. Gleichzeitig zeichnete er sich offenbar durch eine überragende menschliche Güte aus¹⁶². Mit diesen Charaktereigenschaften lässt sich indes nicht nur Liszt, sondern auch Radbruch selbst beschreiben. In den Schilderungen der Schüler und Weggefährten Radbruchs werden immer wieder die folgenden Charaktereigenschaften betont: Redlichkeit, Lauterkeit, Treue zu sich und zu anderen, Weisheit und Güte, Wahrheitsliebe fernab von jeder Rechthaberei, abhold allen Absolutismen, offen für das Unfertige, noch Werdende, Klarheit des Denkens und der Sprache, eine ausgeprägte Sensibilität für Fairplay und Toleranz, sein Gemeinsinn und sein Mut, der es ihm ermöglichte, auch in den schwierigsten Situationen eine aufrechte Haltung zu bewahren¹⁶³. Seine vornehmliche Stärke lag nach Kaufmann nicht in der

¹⁶¹ E.Wolf in „Rechtsphilosophie“ 4.Auflage, S. 67

¹⁶² G.Radbruch in „Biographische Schriften zu Franz v.Liszt“ GRGA 16 S. 25 ff. und 27 ff.; E.Wolf in „Rechtsphilosophie“, S. 34, 35

¹⁶³ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Rechtsphilosoph, Sozialdemokrat“ S. 9 ff., 12, 15 ff.; F.v.Hippel in „Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker“ S. 64 ff., 69 ff., 80, 85, 93 ff.; Maria Baum in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 294, 295; K.Engisch in „Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph“ S. 68; E.Schmidt in „Gustav Radbruch“ S. 116; K.Engisch in „Gustav Radbruch (1878-1949)“ S. 270; K.Engisch in „Gustav Radbruch zum Gedächtnis“, S. 147, 148; H.Einsele in „Erinnerungen an den Lehrer Gustav Radbruch“ S. 37 ff. und „Gustav Radbruch“ S.134; H.Pross in „Lehrer, Politiker, Justizminister und Literat“; K.Engisch zieht in „Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph“ unter Berufung auf Radbruchs „Rechtsphilosophie“ den Schluss, dass dieser letztlich dem Zeitalter der Aufklärung verhaftet sei. Klarheit und Helligkeit, Vernunft und Güte, Duldsamkeit und Achtung der Person, Menschlichkeit und Freiheit, Gerechtigkeit und guter Wille waren auch für Radbruch die wichtigsten Werte. Nach K.Engisch in „Gustav Radbruch (1878-1949)“ war Radbruchs Güte eins mit seinem Geist. H.Pross stellt fest, dass viele Professoren nicht so klug wie Gustav

analytischen Tätigkeit des Verstandes, sondern in der synthetischen Tätigkeit der

Radbruch waren, um so gütig sein zu können wie er. Kaufmann nennt als herausragende Eigenschaften Radbruchs Toleranz und Mut. So stellte sich dieser bereits in seiner ersten Heidelberger Zeit trotz öffentlicher Angriffe wiederholt schützend vor russische und jüdische Emigranten, welche damals schon als missliebige Ausländer diffamiert und entrechtet wurden. Für einen sehr mutigen und entschlossenen Menschen hielt ihn auch Hippel. Der bereits 1914 vertretene Relativismus ist nach Hippel ein Beispiel für eine mutige und entschlossene Geste. Gleiches gilt für die freiwillige Einberufung und das Eintreten und Parteiergreifen für die soziale Frage sowie die Arbeiterproblematik, während sich fast alle anderen Rechtsgelehrten diesbezüglich zurückhielten. Radbruch war zudem in einer äußerst schwierigen Zeit Reichsjustizminister. Es „*war die Reinheit seines Willens und die Größe seiner Schau*“, die Radbruch laut Hippel letztlich davor bewahrte „*aus einem Mutigen ein Übermütiger, aus einem Entschlossenen ein Fanatiker zu werden*“. Radbruch war nach Kaufmann außerdem ein *vir iustus*, ein Mann, der die Gerechtigkeit lebte und diese nicht nur lehrte. So setzte Radbruch beispielsweise bereits in den zwanziger Jahren durch, dass Frauen zu allen juristischen Berufen zugelassen wurden. Wie Kaufmann betont auch Hippel, dass Radbruch ein gerechter Mann war. Gerecht in dem Sinne einer Universal tugend, die alles Einzelne in das richtige Verhältnis setzt. Gleichzeitig kannte Radbruch jedoch auch seine Vorzüge, wie sein „*Vollmaß*“ an Intelligenz und Charakter und die Balance von Gleichheits- und Freiheitssinn. Radbruch betonte immer wieder, dass es ohne Liebe keine Gerechtigkeit geben kann. Radbruchs Schülerin Agnes Schwarzschild, die vor den Nazis nach Großbritannien fliehen musste, beschrieb seine Persönlichkeit nach Kaufmann folgendermaßen: „*Je näher ich Radbruch kennen lernen durfte, um so mehr erschien er mir als eine Verkörperung der Gerechtigkeit oder besser des Strebens nach ihr, da selbst der höchstehende Mensch, eben weil er Mensch ist, weder das ganze Wissen noch das ganze Können haben kann, die Gerechtigkeit in ihrer Vollkommenheit uneingeschränkt zu verfassen und zu verwirklichen*“. Kaufmann selbst war bereits bei seinem ersten Treffen mit Radbruch an der Heidelberger Universität von dessen Wesen so eingenommen, dass er dessen Vorlesungen hören musste und erst so zum Studium der Rechtswissenschaften kam. Hippel stellt fest, dass „*eine Wahrheitsliebe und Unvoreingenommenheit von ungewöhnlichem Ausmaße*“ und „*nicht Mangel an Einsicht und Entschiedenheit*“ bei Radbruch „*eine seltsame geistige Schwebelage*“ hervorbrachte, „*deren derart ernstliches Einvernehmen geringere Geister bewusstlos oder kritiklos gemacht hätte*“. Laut Hippel war die Welt für Radbruch „*für endgültige Aussagen im Ganzen immer wieder zu groß*“. Nach Ansicht seiner Freundin Maria Baum war Radbruch zu seinem Relativismus durch „*sein ausgesprochenes Gefühl für Maß und die Bereitschaft, stets auch den Standpunkt des anderen zu erkennen und gelten zu lassen*“, gezwungen. Zur Ansicht von W.Fuchs in „*Radbruchiana*“ S. 12 ff., der in Radbruch einen willenlosen Skeptiker erkennt, ist nach Hippel schließlich Radbruchs Brief vom 19.05.1943 an Erik Wolf zu zitieren: „*Ich für meine Person liebe die Skepsis und werde wohl in ihr verbleiben – schon weil Skepsis zur Nachsicht und Güte stimmt, Glaube nur zu oft zum Faschismus*.“ Hippel hebt schließlich noch Radbruchs künstlerische Seite und Veranlagung hervor, die sich, unabhängig von einer künstlerischen Tätigkeit im eigentlichen Sinn, in seinem gesamten Werk zeigt. Hippel weist außerdem darauf hin, dass Radbruch zwar Protestant, dennoch voller Bewunderung für viele Eigenheiten der katholischen Kirche war. Einsele in „*Gustav Radbruch*“ S.134 bezeichnet Radbruch als echten Humanisten, „*der Zeit seines Lebens für seine Ideen kämpfte und am Ende an Weisheit höchstes menschliches Maß erreichte*“. Schmidt erkennt schon in den Jugendwerken „*Einführung in die Rechtswissenschaft*“ und „*Grundzüge der Rechtsphilosophie*“ echte Weisheit. Er weist zudem darauf hin, dass Radbruch nie Entscheidungen gescheut hat, aber den ehrlichen, echten Entscheidungen anderer immer die Achtung erwiesen hat, „*wie das sein humanes Wesen von ihm gefordert hat*“. Engisch fand bei der Beisetzung am 26.11.1949 auf dem Heidelberger Bergfriedhof schließlich die folgenden Worte: „*Es ist ein Stern erster Größe, der von uns gegangen ist und dessen lebendiges Strahlen uns nicht mehr beglücken soll. Auf ihn blickten nicht nur in Deutschland, sondern in vielen Ländern der Erde die Menschen, denen Recht, Freiheit und Kultur etwas bedeuten, denen es um den Fortschritt des Rechts und seinen Kampf gegen die Gewalt und für die Gesittung geht*.“ (K.Engisch in „*Gustav Radbruch zum Gedächtnis*“ S. 147).

Vernunft. Ein Nur-Analytiker kann zwar ein großer Mathematiker, Logiker oder Erkenntnistheoretiker sein, aber kein großer Rechtswissenschaftler¹⁶⁴. Nach Spendel war Radbruch außerdem eine musische Natur mit stark ausgeprägtem künstlerischem Gefühl, deren Neigungen der bildenden und dichterischen Kunst galten¹⁶⁵. Besondere Bedeutung misst Kaufmann, der Radbruch noch persönlich kannte, dem Umstand bei, dass Leben und Lehre bei Radbruch eine unlösbare Einheit bildeten. Der Mensch entsprach dem Werk, wie das Werk dem Menschen gleichkam. Zwar erfordert das volle Verständnis von Radbruchs Lehre nach Kaufmann ein Vorstoßen zu Radbruchs Person¹⁶⁶. Der Ansicht, dass die große Wirkung von Radbruchs philosophischem Denken nur verständlich ist „aus der Strahlungskraft einer die Menschen ergreifenden, liebevollen Persönlichkeit“, kann allerdings nicht zugestimmt werden¹⁶⁷. Vielmehr führt Kaufmann zu Recht aus, dass sich Radbruchs Wirkung bereits allein aus seinem Werk ergibt¹⁶⁸. Prägende Eigenschaften waren nach Radbruchs eigener Auskunft auch sein Intellektualismus und die Naturferne¹⁶⁹.

3. Entscheidende Einflüsse

Eine entscheidende Rolle für die persönliche Entwicklung Radbruchs kommt der Sozialpolitik und der sozialen Frage im Allgemeinen zu. Während Radbruchs früher Schaffensperiode gewann die Sozialdemokratie immer mehr an Einfluss. Sie bereitete sich im Laufe dieser Jahre langsam auf eine spätere Regierungsübernahme vor. Nebenbei versuchte sie ihre Wurzeln durch die wissenschaftliche Arbeit ökonomisch und vor allem auch ethisch zu vertiefen. Radbruch selbst befasste sich Zeit seines Lebens mit der Frage der sozialen Gerechtigkeit. Diese

¹⁶⁴ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S.8 ff.; laut K.Engisch in „Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph“ S. 68 hatte Radbruch in einem gemeinsamen Gespräch geäußert, dass es keine Empfehlung für die Rechtswissenschaft wäre, wenn sich der mathematisch Begabte für sie als besonders befähigt erweist. Ohne gegen die Naturwissenschaften zu lästern, erschien Radbruch der Gedanke, dass der scharfe Verstand in Dingen des Rechts und damit der Kultur und der Kulturphilosophie ausschlaggebende Bedeutung haben sollte, als abwegig.

¹⁶⁵ G.Spendel in „Gustav Radbruch – Zeugnisse eines musischen Juristen“ S. 19

¹⁶⁶ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Rechtsphilosoph, Sozialdemokrat“ S. 15

¹⁶⁷ P.Bonsmann in „Die Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs“, S. 107

¹⁶⁸ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S. 8

¹⁶⁹ G.Radbruch in „Der innere Weg“ GRGA 16 S. 173

Auseinandersetzung wird belegt durch seine politische Tätigkeit und blieb auch auf seine wissenschaftliche Arbeit nicht ohne Einfluss¹⁷⁰.

Von Einfluss war außerdem die gesellschaftliche Strömung zunehmender Zweifel an der bürgerlichen Kultur, wie sie in den Jugendbewegungen Ausdruck fand. Ziel der Bewegung war die Verwerfung der vorherrschenden, verantwortungslosen und individualistischen Indifferenz und Konvenienz und deren Ersetzung durch naturgemäße Lebensgestaltung, Selbstverantwortung und eigenständige Kultur¹⁷¹. Dieser Aspekt zeigt sich bei Radbruch u.a. darin, dass er sein Leben lang beeinflussbar und unvoreingenommen im positiven Sinne großer Offenheit und Toleranz blieb. Im Werk Radbruchs finden diese Charaktereigenschaften ihren Ausdruck vor allem im relativistischen Ansatz sowie in dem Umstand, dass Radbruch innerhalb der Grundfesten seiner Philosophie Akzentverschiebungen vornahm.

Neben der sozialen Frage und der gesellschaftlichen Neuorientierung wurde das Umfeld eines wissenschaftlich arbeitenden und kulturell interessierten Menschen um die Jahrhundertwende nach Wolfs Ansicht von einem weiteren, wesentlichen Gesichtspunkt beeinflusst, nämlich dem Problem der Wissenschaft¹⁷². Die Spezialisierung führte dazu, dass eine Rückbesinnung auf die methodologischen Voraussetzungen der Spezialarbeit stattfand. Die neue philosophische Entwicklung drückte sich vor allem durch den Versuch einer Wiederbelebung der wesentlichen Gedanken des deutschen Idealismus aus. Die Hauptrichtungen waren der Neukantianismus und später der Neuhegelianismus. Wesentlichen Einfluss auf Radbruch übten nach eigenem Bekunden außerdem das Lebensgefühl des fin de siècle während seiner Berliner Zeit sowie die Künste im Allgemeinen aus.

¹⁷⁰ So beispielsweise G.Radbruch in "Rechtsphilosophie" S. 64 ff., 127 ff., 163; in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ § 33 Das soziale Recht S. 96 ff., GRGA 3 S.213 ff., in „Kulturlehre des Sozialismus“, in „Sozialismus und Kultur“, in „Die Problematik des sozialistischen Akademikers“ oder auch in „Vom individualistischen zum sozialen Recht“; T.Würtenberger beschreibt in „Zur Idee des sozialen Rechts bei Gustav Radbruch“ S. 202, 203 Radbruchs Vorstellung der Notwendigkeit sozialer Ideen im Strafrecht und dessen grundsätzlichen Wandel vom individualistischen zum sozialen Recht unter der treibenden Kraft der Natur der Sache. Eine ausführliche Darstellung von Radbruchs Konzeption des sozialen Rechts findet sich bei K.Seelmann in „Sozialismus und soziales Recht bei Gustav Radbruch“ S. 101 ff.

¹⁷¹ E.Wolf in „Rechtsphilosophie“, S. 21

¹⁷² E.Wolf in „Rechtsphilosophie“, S. 20 ff.

Zu erheblichen Änderungen in Radbruchs Werk kam es schließlich aufgrund der Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus. Zwar blieben die Grundfesten seiner Rechtsphilosophie unverändert. Radbruchs Ausführungen wurden über den zuvor bereits vorhandenen Wertebezug hinaus jedoch noch inhaltsorientierter. In dem von ihm entworfenen Nachwort zu einer zu seinen Lebzeiten nicht mehr besorgten Neuauflage der „Rechtsphilosophie“ weist er ausdrücklich darauf hin, dass die Fort- und Umbildung des Buches nicht vorwiegend auf wissenschaftlichen Äußerungen anderer beruht, sondern auf den Erfahrungen mit der nationalsozialistischen Diktatur und der Niederlage und Besetzung Deutschlands¹⁷³. Eine Aussage gleichen Inhalts findet sich in seiner Autobiographie¹⁷⁴.

III. Vergleich

Nahm die soziale Frage im Falle Kelsens zwar keine so überragende Stellung ein wie bei Radbruch, so stimmten die beiden in ihrer grundsätzlichen sozialen Einstellung, ihrem Demokratie- und Gerechtigkeitsstreben sowie ihrer politischen Ausrichtung doch weitgehend überein. Radbruchs politisches Engagement spricht für sich. Kelsen stand den österreichischen Sozialdemokraten zumindest nahe und konnte sich auch grundsätzlich mit deren Parteiprogramm identifizieren¹⁷⁵.

Sie teilten die Ansicht, wonach die Ausübung eines politischen Amtes mit der Unabhängigkeit des akademischen Berufs unvereinbar war. Für Kelsen, der seiner akademischen Laufbahn immer den Vorzug gab, war dies der Grund, sich nie politisch zu engagieren. Das Parteimitglied Radbruch war hingegen Angehöriger des Reichstages und Justizminister. Mit der Begründung der Unvereinbarkeit der

¹⁷³ G.Radbruch in „Entwurf eines Nachworts zur Rechtsphilosophie“ in Studienausgabe S. 194

¹⁷⁴ G.Radbruch in „Der innere Weg“ GRGA 16 S. 173

¹⁷⁵ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 33; K.Günther in „Hans Kelsen (1881-1973). Das nüchterne Pathos der Demokratie“ S. 372; N.Leser in K.Strnadt „Weltanschauung in der Staatsform“ S.65 bezeichnet Kelsen als Linksliberalen und kritischen Sympathisanten des österreichischen Sozialismus; U.Neumann in „Naturrecht und Politik zwischen 1900 und 1945“ S. 69, 70 unterscheidet für die Weimarer Zeit bewusst vereinfachend „(gemäßigt) linke positivistische von rechten naturrechtlichen Positionen“ und bezeichnet Kelsen als Verfechter des Positivismus und Anhänger der Sozialdemokratie; V.Neumann äußert sich in „Richtiges Recht Radbruchs Rechtsphilosophie und der staatsrechtliche Positivismus Heidelberger Prägung“ S.214, vergleichbar zum Demokratieverständnis der Positivisten und Naturrechtler, wenn er feststellt, dass sich außerhalb der positivistischen Schule kaum Verteidiger der demokratischen Staatsform fanden und der darauf hinweist, dass „die übergroße Mehrheit der Staatsrechtler, die einen materiellen, naturrechtlich ausgerichteten Rechtsbegriff vertraten, der Demokratie zumindest skeptisch-ablehnend gegenüberstanden“.

Aufgaben von Wissenschaft und Politik gab er der akademischen Laufbahn letzten Endes den Vorzug, als er das Amt des Reichsjustizministers zum dritten Mal angeboten bekam und ablehnte.

Beide zeichneten sich durch ein großes Interesse an der Literatur aus. Während man von Kelsen weiß, dass er bereits als Schüler sehr viel und insbesondere auch intellektuell anspruchsvolle Werke las, beschäftigte sich Radbruch spätestens in der Studienzeit intensiv mit Literatur, Theater und bildender Kunst¹⁷⁶. Kelsen teilte indes nicht das starke Interesse Radbruchs an den schönen Künsten außerhalb der Literatur¹⁷⁷. Diese Tatsache zeigt sich auch in den rechtsphilosophischen Arbeiten. Während sich Kelsens Werk durch eine bestechende, aber gleichzeitig kühle Intellektualität und Logik auszeichnet, wirkt Radbruchs Rechtsphilosophie im direkten Vergleich nahezu schöngeistig, ohne freilich zur Künstelei zu werden oder den philosophischen Anspruch missen zu lassen. Radbruchs Interesse an den Künsten zeigt sich in seiner Rechtsphilosophie auch inhaltlich.

Wie Kelsen widmete sich auch Radbruch in seiner Jugend der pessimistischen Philosophie Schopenhauers. Auf die bereits festgestellte pessimistische Weltanschauung Kelsens und seine Lehre mag diese Lektüre Einfluss genommen haben. Der Kelsen nach Topitsch abgesprochene Optimismus ist in Radbruchs Werk hingegen deutlich zu erkennen. Er glaubte an die Existenz grundlegender Werte und später auch an deren Herauskristallisierung in der historischen Entwicklung der Gesellschaften¹⁷⁸. In dem charakteristischen Merkmal der Wertebezogenheit kommt ein Optimismus zum Ausdruck, der in Kelsens wertentleerter Reiner Rechtslehre nicht zu finden ist.

Vergleicht man schließlich die bei der Entstehung der Lehren maßgeblichen Wirkungsstätten der beiden, stehen sich die Weltstadt und Hauptstadt der Donaumonarchie Wien und die deutsche Universitätsstadt Heidelberg gegenüber. Der weltweit in den verschiedensten Disziplinen Einfluss ausübenden Wiener Moderne stand der sogenannte Heidelberger Geist gegenüber. Man kann die beiden

¹⁷⁶ G.Radbruch „Der innere Weg“ GRGA 16 S. 194

¹⁷⁷ H.A.Métall in „Hans Kelsen – Leben und Werk“ S. 3; sein Interesse an Musik und Bildender Kunst entsprach offenbar lediglich dem eines durchschnittlich gebildeten Intellektuellen.

¹⁷⁸ G. Radbruch in „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ in GRGA 2 S. 79

Geistesströmungen auch in den Werken Kelsens und Radbruchs erahnen. Allen Disziplinen der Wiener Moderne, seien dies die Bildenden Künste, die Architektur, die Musik oder die Wissenschaften, haftete eine kompromisslose Bereitschaft an, mit dem Althergebrachten zu brechen. Dies trifft auch für die Reine Rechtslehre Kelsens zu, die sich mit Ihrer Grundnormtheorie gegen jeglichen Empirismusverdacht abgrenzte und sich gleichzeitig mit ihrer Wertefreiheit gegen metaphysische und naturrechtliche Spekulationen wendete. Der Radbruchs Umfeld prägende Heidelberger Geist zeichnete sich demgegenüber nicht durch einen kompromisslosen Bruch mit Althergebrachtem aus. Er stand vielmehr für einen alles verstehenden und nichts ablehnenden Relativismus und einen durch den Neukantianismus der Südwestdeutschen Schule ausgedrückten Wertebezug. Die Frage, ob sich Radbruch und Kelsen bewusst oder unbewusst Wirkungsstätten aussuchten, die ihren persönlichen Einstellungen entsprachen, oder ob umgekehrt diese Wirkungsstätten Einfluss ausübten, kann nicht beantwortet werden. Die jeweils dominanten geistigen Strömungen lassen sich jedoch zumindest in den Werken wiedererkennen.

Während die Auseinandersetzung mit der nationalsozialistischen Diktatur in Radbruchs Werk zu erheblichen Änderungen führte, blieb Kelsens Reine Rechtslehre vom Nationalsozialismus unberührt. Es stellt sich daher die Frage, warum der Nationalsozialismus gerade bei Radbruch und nicht auch bei Kelsen zu Veränderungen führte. Eine mögliche Begründung ist darin zu sehen, dass nur Radbruchs Theorie überhaupt eine systemimmanente Reaktion zuließ. Die Auseinandersetzung mit dem Dritten Reich führte bei Radbruch zu keinem Umbruch. Die vermeintlichen Veränderungen waren in seiner Lehre bereits zuvor angelegt. Der Relativismus ermöglichte jederzeit eine unterschiedliche Gewichtung der drei Elemente der Rechtsidee. Damit war eine Anpassung möglich. Änderungen im System waren weit weniger gravierend, als dies bei Kelsen der Fall gewesen wäre. Da sich die Reine Rechtslehre gerade durch ihre Wertefreiheit auszeichnet, hätte Kelsen sein gesamtes System verwerfen müssen. Schließlich war nach Dreier bei Radbruch gerade wegen des Wertebezugs und des objektivistischen Rechtsbegriffs mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit eine Korrektur erforderlich, wohingegen Kelsen, der eine objektive Begründbarkeit des Rechts und eine

objektive Gehorsamspflicht ablehnte, nicht gezwungen war, Änderungen an der Reinen Rechtslehre vorzunehmen¹⁷⁹.

¹⁷⁹ H.Dreier in „Die Radbruchse Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?“ S. 129, 134 und in „Hans Kelsen (1881-1973): Jurist des Jahrhunderts?“ S. 723; R.Walter stellt bezogen auf die Kelsen in der Nachkriegszeit gemachten Vorwürfe in „Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft“ S. 17 fest, dass von der Reinen Rechtslehre gerade kein System gerechtfertigt, „sondern die ganze Problematik des Rechtsgehorsams erst manifest gemacht“ wurde.

C. Hauptwerke von Hans Kelsen und Gustav Radbruch

I. Hans Kelsens „Reine Rechtslehre“

Die Wurzeln seines rechtstheoretischen Systems, fortan als Reine Rechtslehre bezeichnet¹⁸⁰, sah Kelsen selbst in seiner Habilitationsschrift „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz“ aus dem Jahre 1911¹⁸¹. Weitere wichtige Schriften in der Entwicklung seiner Rechts- und Staatstheorie sind „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ (1920), „Der soziologische und der juristische Staatsbegriff“ (1922) und die „Allgemeine Staatslehre“ (1925)¹⁸². Zusammengefasst wurde seine Theorie in der ersten und dann insbesondere in der zweiten, deutlich erweiterten Auflage der „Reinen Rechtslehre“, erweitert schließlich noch durch die posthum erschienene „Allgemeine Theorie der Normen“.

1. Recht und das Verhältnis von Natur und Gesellschaft

Kelsen begreift das Recht als normative Ordnung, als ein System von Normen, welche das menschliche Verhalten regeln. Es kann weder als rein natürliches noch als rein gesellschaftliches Phänomen verstanden werden¹⁸³. Ebenso wenig kann man die Rechtswissenschaft eindeutig den Natur- oder den Gesellschaftswissenschaften zuordnen. Es besteht kein Unterschied zwischen Natur und Gesellschaft. Die Gesellschaft steht für das tatsächliche Zusammenleben von Menschen, als Teil des Lebens und damit Teil der Natur. Dieses Schicksal teilt das Recht. Die Analyse eines rechtlichen Tatbestandes zeigt zwei streng zu

¹⁸⁰ Die Reine Rechtslehre steht nach R. Walter in „Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft“ S. 18 ff. für die Rechtstheorie Kelsens. Die wichtigsten Schriften sind die Habilitation, die erste und die zweite Auflage der Reinen Rechtslehre und die Allgemeine Theorie der Normen.

¹⁸¹ H. Kelsen „Reine Rechtslehre“ S. VII; W. Schneider in Wissenschaftliche Askese und latente Wertepreferenz bei Hans Kelsen“ S. 1; in seiner Habilitationsschrift unternahm Kelsen den Versuch, die Probleme von Recht und Staat unter Zuhilfenahme eines Rechtssatzbegriffes wissenschaftlich exakt zu fassen. Im Bewusstsein, dass Recht von Wertungen geprägt ist und auf soziale Tatsachen reagiert, verlangte Kelsen eine strikte Unterscheidung zwischen normativen Aussagen der Rechtswissenschaft, normativen Aussagen über das Recht und empirischen Aussagen über soziale Tatsachen, auf welche das Recht sich bezieht. Er trat bereits zu diesem Zeitpunkt für die konsequente Unterscheidung von Sollen und Sein und die Identität von Staat und Rechtsordnung ein.

¹⁸² W. Schneider in „Wissenschaftliche Askese und latente Wertepreferenz bei Hans Kelsen“ S. 1

¹⁸³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 196

unterscheidende Elemente, nämlich den sinnlich wahrnehmbaren Akt menschlichen Verhaltens, welcher in Zeit und Raum vor sich geht und der Natur zuzurechnen ist und die rechtliche Bedeutung dieses Aktes¹⁸⁴. Aus dem Akt kann nicht zwangsläufig auf dessen rechtliche Bedeutung geschlossen werden. Der vom vernunftgelenkten Menschen mit seinem Handeln verbundene und nach außen zu Tage tretende subjektive Sinn kann, muss aber nicht mit der objektiven rechtlichen Bedeutung übereinstimmen¹⁸⁵.

2. Die Norm

a. Die Norm als Deutungsschema

Ein Tatbestand wird nur aufgrund seines objektiven Sinns, also seiner Bedeutung, zu einem Rechtsakt. Der äußere Tatbestand ist ein Stück Natur, ein Geschehen, aber er ist nicht Gegenstand juristischer Erkenntnis und somit aus sich heraus überhaupt nichts Rechtliches. Die Bedeutung erhält der Tatbestand erst durch eine Norm, die sich inhaltlich auf ihn bezieht und die dadurch erst seine Deutung ermöglicht¹⁸⁶.

b. Norm und Normerzeugung

Normen sind dem Bereich des Sollens zuzuordnende Willensakte, die gebieten, erlauben und ermächtigen, unter anderem zum Setzen weiterer Normen. Nur wenn die Akte, die als geschriebene oder gesprochenen Worte, als Gesten oder beliebig anders vollzogen werden können, sowohl subjektiv als auch objektiv den Sinn des Sollens haben, kann das Sollen als Norm bezeichnet werden. Diesen objektiven Sinn wiederum, d.h. den Sinn einer geltenden Norm, hat ein gesetzgebender Akt

¹⁸⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 1, 2; so stellt sich die Gesetzgebung äußerlich als eine Ansammlung Reden führender Menschen dar und der Vertragschluss geht aus dem Verfassen zweier Briefe hervor.

¹⁸⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 2, 3

¹⁸⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 3, 4; die Norm fungiert damit als Deutungsschema, das Urteil, welches einen Tatbestand zu einem Rechtsakt macht, ist das Ergebnis einer normativen Deutung. Vorgänge haben daher nur dann eine bestimmte rechtliche Bedeutung, wenn der entsprechende Tatbestand den Normen der Verfassung entspricht, der Inhalt eines tatsächlichen Geschehens also mit dem Inhalt einer als gültig angenommenen Norm übereinstimmt.

nur dann, wenn die Verfassung dem Gesetzgebungsakt diesen Sinn verleiht. Neben den Normen des Gesetzgebers gibt es die auf Gewohnheit beruhenden Normen ¹⁸⁷.

c. Wirksamkeit, Geltung und Geltungsbereich der Norm

Die Geltung einer Norm bezeichnet deren spezifische Existenz und kann damit ausgedrückt werden, dass etwas sein soll oder nicht sein soll, dass man sich also so verhalten soll, wie es die Norm bestimmt. Sie ist nicht identisch mit der Existenz des hinter der Norm stehenden Willensaktes. Sie ist zwar dessen objektiver Sinn, kann aber sehr wohl auch noch gelten, wenn der Willensakt nicht mehr existent ist ¹⁸⁸. Die Geltung der Norm ist ein Sollen und kein Sein. Sie muss daher von der Wirksamkeit unterschieden werden. Diese stellt eine Seinstatsache dar, welche beschreibt, ob eine Norm tatsächlich angewandt und befolgt wird, ob also ein gebotenes menschliches Verhalten wirklich erfolgt. Es besteht jedoch insofern ein Zusammenhang, als ein Minimum an Wirksamkeit einer Norm Bedingung für deren Geltung ist ¹⁸⁹. Grundsätzlich muss jedoch die Möglichkeit der Nichtbefolgung und damit Unwirksamkeit einer Norm bestehen. Normen, die ein Verhalten vorschreiben, welches ohnehin, beispielsweise kraft Naturgesetz, stattfindet oder welches zwangsläufig nicht stattfinden kann, wären nämlich sinnlos ¹⁹⁰. Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Norm ist außerdem, dass diese sowohl von den Rechtsorganen als auch von den der Rechtsordnung unterworfenen Rechtssubjekten befolgt wird. Eine Norm gilt stets für einen Raum und eine Zeit. Unabhängig von der Frage, ob ein Verhalten tatsächlich stattfindet, muss sich eine Norm auf ein Verhalten beziehen, welches zumindest irgendwann und irgendwo stattfinden kann. Diese Beziehung der Norm zu Zeit und Raum bezeichnet Kelsen als Geltungsbereich der Norm. Der Geltungsbereich einer Norm kann begrenzt sein, entweder durch ihren unmittelbaren Inhalt oder durch eine andere höhere

¹⁸⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 8, 9; auch die durch Gewohnheit erzeugten Normen sind gesetzte, also positive Normen, da der Tatbestand der Gewohnheit durch Akte menschlichen Verhaltens konstituiert wird. Der Tatbestand der Gewohnheit wird zu einem kollektiven Willen, dessen subjektiver Sinn ein Sollen ist.

¹⁸⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 10; unzutreffend ist es daher auch, generell vom Willen oder Befehl des Gesetzgebers oder Staates zu sprechen, wenn darunter der psychische Willensakt verstanden wird.

¹⁸⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 11, 92; Geltung und Wirksamkeit einer Norm fallen zeitlich nicht zusammen, da Rechtsnormen bereits gültig werden können, bevor sie wirksam sind, d.h. befolgt und angewendet werden. Eine dauernd unwirksame Norm ist jedoch keinesfalls gültig.

¹⁹⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 10, 11, 92

Norm. Normen verfügen außerdem über einen begrenzten oder unbegrenzten personalen und einen sachlichen Geltungsbereich¹⁹¹.

d. Norm und Wert

Das tatsächliche Verhalten, Seins-Faktum und Teil der Wirklichkeit, kann einer Norm entsprechen oder widersprechen. Die objektiv gültige Norm fungiert als Wertmaßstab. Man erhält so positive oder negative Werturteile. Die so gewonnenen Werturteile sind strikt von den Wirklichkeitsurteilen zu unterscheiden. Diese sagen ohne Beziehung zu einer objektiv gültigen Norm aus, dass etwas ist und wie es ist. Die gesetzten Normen konstituieren nur relative, sich von Rechtsordnung zu Rechtsordnung unterscheidende Werte. Ein und dasselbe tatsächliche Verhalten führt daher zu unterschiedlichen Werturteilen¹⁹². Der Wert steht als Sollen der Wirklichkeit als Sein gegenüber, es „*fallen Wert und Wirklichkeit – so wie Sollen und Sein – in zwei verschiedene Sphären.*“¹⁹³. Das Werturteil muss von der objektiv gültigen Norm unterschieden werden. Das Werturteil kann, da es sich auf eine Norm einer gültigen Ordnung bezieht, wahr oder unwahr sein, die Norm hingegen kann nur gültig oder nicht gültig sein¹⁹⁴. Werden Werte durch objektiv gültige Normen konstituiert, handelt es sich um objektive Werte. Stehen Werte lediglich in der Beziehung eines Objekts zu dem darauf gerichteten Wunsch oder Willen eines oder mehrerer Menschen, sind dies subjektive Werte. Objektive Werte führen zu Werturteilen, subjektive Werte führen zu Wirklichkeitsurteilen, da ausschließlich die Beziehung zwischen zwei Seins-Tatsachen und nicht die Beziehung zwischen einer Seins-Tatsache und einer objektiv gültigen Soll-Norm festgestellt wird¹⁹⁵.

¹⁹¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 12

¹⁹² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 18; es existieren verschiedene objektiv gültige Normen nebeneinander, „*ohne dass es möglich wäre, auf rationalem Wege zu beweisen, daß nur die eine, nicht aber die andere als gültig angesehen werden könne. Man kann die eine oder die andere Norm (aber nicht beide zugleich) als gültig ansehen.*“ Während sich die Werturteile also von Rechtsordnung zu Rechtsordnung unterscheiden, bleiben die Wirklichkeitsurteile gleich, da sie keinen Bezug zur jeweiligen Rechtsordnung haben.

¹⁹³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 18, 19; die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Sollen und Sein findet sich bereits in „Hauptproblem der Staatsrechtslehre“ 2.Auflage, S.VI und „Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“ S. 6 ff.

¹⁹⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 19

¹⁹⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 20; die Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Urteilen bezieht sich ausschließlich auf die ausgesagten Werte und nicht auf die Urteils- als Erkenntnisfunktion, da ein Urteil als Erkenntnisfunktion stets objektiv, d.h. unabhängig vom Wünschen und

3. Die Gesellschaftsordnung

Regelt eine normative Ordnung ein menschliches Verhalten, welches in unmittelbarer oder mittelbarer Beziehung zu anderen Menschen steht, handelt es sich um eine Gesellschaftsordnung. Beispiele sind die Moral und das Recht¹⁹⁶. Zur Zweckerreichung statuiert die Gesellschaftsordnung Sanktionen¹⁹⁷. Es existieren keine sanktionslosen Gesellschaften. Gesellschaftsordnungen unterscheiden sich lediglich durch die Art ihrer Sanktionen¹⁹⁸. Neben transzendenten Sanktionen, die von einer übermenschlichen Instanz ausgehen, gibt es gesellschaftlich immanente Sanktionen, die ausschließlich innerhalb der Gesellschaft vor sich gehen und direkt von Mitgliedern der Gesellschaft vollstreckt werden.

4. Die Rechtsordnung

Die Normen einer Rechtsordnung regeln ein menschliches und menschenbezogenes Verhalten. An das normwidrige und für gesellschaftsschädlich gehaltene Verhalten knüpft die Rechtsordnung einen Zwangsakt¹⁹⁹, der *„auch gegen den Willen des davon betroffenen Menschen und – im Falle des Widerstandes – mit Anwendung*

Wollen des Urteilenden, sein muss. E.Hilgendorf wirft Kelsen in „Zum Begriff des Werturteils in der Reinen Rechtslehre“ S. 130, 131, 133 vor, dass dieser die rechtsdogmatische und die rechtspraktische Perspektive ignoriert, indem er in Abweichung zur hergebrachten Terminologie und dem seit Max Weber üblichen Verständnis von Werturteilen bei seiner Definition des Werturteils - Kelsen definiert das objektiv normbezogene Werturteil über die Erfüllung bzw. Nichterfüllung einer objektiv gültigen Norm - grundlos eine zur Erfassung des allgemeinen Sprachgebrauchs viel zu enge Begriffsbestimmung nutzt.

¹⁹⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 25; die Logik hingegen stellt keine Gesellschaftsordnung dar, da sie zwar eine normative Ordnung ist, ihr aber gleichzeitig der gesellschaftliche Charakter fehlt. Nach Kelsen beziehen sich nämlich die Denkakte, die die Normen dieser Ordnung regeln, nicht auf andere Menschen: *„Man denkt nicht gegenüber einem anderen Menschen, so wie man einem anderen Menschen gegenüber handelt.“*

¹⁹⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 26; bei den Sanktionen handelt es sich entweder um belohnende oder strafende Maßnahmen. Der Wunsch nach Belohnung oder die Furcht vor Strafe wird zum Motiv des erwünschten Verhaltens. Kelsen bezeichnet dies als Prinzip der Vergeltung.

¹⁹⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 28, 29; auch die Moral ist keine sanktionslose Gesellschaftsordnung, sondern beruht letztlich entweder auf der Annahme transzendenter Sanktionen oder gesellschaftlich immanenter Sanktionen. Entweder strengt man religiöse Vorstellungen an oder es herrscht ein als Lohn oder Strafe empfundenes und Sanktionen darstellendes System der Billigung oder Missbilligung durch die anderen Mitglieder der Gesellschaft.

¹⁹⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 34 ff.; Beispiele für Zwangsakte sind die Entziehung von Leben, Gesundheit, Freiheit oder wirtschaftlichen und anderen Gütern.

physischer Gewalt zu vollstrecken ist.“ ²⁰⁰ Die Sanktionen, welche die Rechtsordnung statuiert, *„sind – zum Unterschied von transzendenten – gesellschaftlich immanente, und – zum Unterschied von in bloßer Billigung und Mißbilligung bestehenden – gesellschaftlich organisierte Sanktionen...“* ²⁰¹. Die Rechtsordnung bestimmt die Bedingungen, unter denen, und die Individuen ²⁰², durch die Zwang als physische Gewalt ausgeübt werden darf, und schützt dadurch die ihr unterworfenen Individuen vor der Gewaltanwendung anderer Individuen ²⁰³. Das Zwangsmonopol einer Rechtsgemeinschaft führt dazu, dass Zwang von Mensch gegen Mensch entweder Delikt ist oder Sanktion ²⁰⁴. Das Recht ist stets normative Zwangsordnung. Es unterscheidet sich über das Zwangsmoment von anderen Gesellschaftsordnungen und über die Normativität von anderen Zwangsordnungen. Seine Normativität gewinnt das Recht dadurch, dass die Zwangsakte durch objektiv gültige Normen statuiert werden, der Akt also neben dem subjektiven Sinn auch einen objektiven Sinn hat ²⁰⁵. Da für voraussetzungslose Betrachtungen auch rechtssetzende Akte nur einen subjektiven Sinn des Sollens haben, richtet sich die entscheidende Frage nach dem Geltungsgrund der Norm, die den objektiven Sinn des Aktes der Rechtsordnung darstellt. Dieser Geltungsgrund ist in der Rechtsordnung und deren Normengefüge verankert und geht zurück auf die Grundnorm. Die Grundnorm selbst wird durch einen positiven Rechtsakt gesetzt und vorausgesetzt, wenn *„der in Frage stehende Akt als verfassungsgebender Akt und die auf Grund dieser Verfassung gesetzten Akte als*

²⁰⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 36

²⁰¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 34, 35

²⁰² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 38; besteht in Ausnahmefällen noch das Prinzip der Selbsthilfe spricht man von einem dezentralisierten Zwangsmonopol. In modernen Rechtsordnungen besteht hingegen ein Zwangsmonopol der Rechtsgemeinschaft. Die Gewaltanwendung wird immer weiter verboten und obliegt als Zwangsausübung nur noch den durch die Rechtsordnung oder den durch die von dieser Rechtsordnung konstituierten Gemeinschaft ermächtigten Organen.

²⁰³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 38, 39; erreicht dieser Schutz ein bestimmtes Mindestmaß, beispielsweise durch die Errichtung eines Zwangsmonopols der Gemeinschaft durch die Rechtsordnung, spricht man von kollektiver Sicherheit. Der Schwellenwert dieser Definition hängt beispielsweise vom dem Maß der Zentralisierung des Verfahrens und vom Maß der Feststellung der Bedingungen ab, die im konkreten Fall an den Zwangsakt als Sanktion und dessen Vollstreckbarkeit geknüpft sind. Nach Kelsen erreicht die kollektive Sicherheit den höchsten Grad, wenn eine Rechtsordnung Gerichte mit obligatorischer Kompetenz und zentrale Exekutivorgane mit ihnen zustehenden ausreichenden Zwangsmitteln errichtet.

²⁰⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 43

²⁰⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 46; etwas anderes gilt für den Akt eines Individuums wie beispielsweise den Befehl oder die Drohung eines Räubers, ihm das Geld zu geben. Zwar hat auch dieser Akt den subjektiven Sinn eines Sollens, ihm fehlt jedoch der objektive Sinn einer objektiv gültigen Rechtsnorm.

Rechtsakte gedeutet werden.“²⁰⁶ Kelsen sieht in der Feststellung dieser Voraussetzung eine der hauptsächlichen Funktionen der Rechtswissenschaft. In ihr liegt der letzte, allerdings „*seinem Wesen nach bedingte und in diesem Sinne hypothetische Geltungsgrund der Rechtsordnung*“²⁰⁷. Es muss auch hier wieder zwischen der Geltung einer Norm und deren Wirksamkeit unterschieden werden. Der angenommene Akt gewinnt seinen objektiven Sinn in der entsprechenden Norm nämlich nur dann, wenn beide Aspekte erfüllt sind, wenn die Norm also im Sinne des Normengefüges als gültig anzusehen ist, und wenn sich die Gemeinschaft auch tatsächlich so verhält, wie es die Norm vorschreibt. Schließlich ist nicht jede Zwangsordnung gleichzeitig Rechtsordnung²⁰⁸. Ob dies der Fall ist, kann jedoch nicht auf der Grundlage absoluter Werte beurteilt werden. Die Rechtsordnung unterscheidet sich von anderen Zwangsordnungen insbesondere auch nicht durch das Merkmal der Gerechtigkeit. Die Unterschiedlichkeit der Zwangsordnungen zeigt bereits, dass ein solcher Begriff des Rechts zu widersprüchlichen Aussagen führt und aus Sicht einer positivistischen Rechtswissenschaft abzulehnen ist²⁰⁹. Da das Recht als Zwangsordnung zu bergreifen ist, lautet die Grundnorm einer staatlichen Rechtsordnung: „*Zwang von Mensch zu Mensch soll in der Weise und unter den Bedingungen geübt werden, wie es in der historischen ersten Verfassung bestimmt ist.*“²¹⁰ Die objektive Deutung einer Rechtsnorm setzt damit zwangsläufig voraus, dass diese Norm der subjektive Sinn eines Aktes ist, der im grundnormgemäßen Verfahren gesetzt ist. Sie muss ferner einen Zwangsakt statuieren oder wenigstens mit einer solchen Norm in wesentlicher Verbindung stehen: „*Mit der Grundnorm wird somit die in ihr enthaltene Definition des Rechts als Zwangsnorm vorausgesetzt.*“²¹¹ Die Aufnahme des Zwangsmoments in den Begriff des Rechts ermöglicht erst die

²⁰⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 47

²⁰⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 47

²⁰⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 49 ff.; beherrscht eine Räuberbande mit ihren kriminellen Aktivitäten ein Territorium, welches im Herrschaftsgebiet einer Rechtsordnung liegt und ist die Geltung dieser Rechtsordnung, welche schließlich auch eine Zwangsordnung darstellt, nicht ausgeschlossen, so hat die von der Räuberbande initiierte Zwangsordnung keine dauernde Wirksamkeit und somit auch keine Grundnorm, der zufolge man sich dieser Ordnung gemäß verhalten soll. Die Zwangsordnung einer Räuberbande wäre jedoch als Rechtsordnung und die entsprechende Gemeinschaft als Staat zu sehen, wenn in dem begrenzten Territorium der Räuberbande die Wirksamkeit jeder anderen Zwangsordnung ausgeschlossen wäre.

²⁰⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 51

²¹⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 51

²¹¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 51

Unterscheidung von anderen Gesellschaftsordnungen. Das Zwangselement ist für die Erkenntnis der sozialen Beziehungen bedeutsam und stellt einen besonders charakteristischen Faktor der als Recht bezeichneten Gesellschaftsordnungen dar. Für die Erkenntnis des Rechts ist das moderne staatliche Recht der wichtigste Fall. Da der Staat jedoch im wesentlichen eine Zwangsordnung, und zwar eine zentralisierte und in ihrem territorialen Geltungsbereich begrenzte Zwangsordnung ist, wird nur durch die Aufnahme des Zwangsmoments in den Begriff des Rechts dem Zusammenhang zwischen Recht und Staat Rechnung getragen²¹². Normen, die unselbstständig sind und selbst keinen Zwangsakt statuieren, gelten nur in Verbindung mit selbstständigen Normen, die dies tun²¹³. Nach Kelsen kann die Rechtsordnung als Zwangsordnung letztlich in Sätzen beschrieben werden, *„die aussagen, dass unter bestimmten, und das heißt von der Rechtsordnung bestimmten, Bedingungen bestimmte, und das heißt von der Rechtsordnung bestimmte, Zwangsakte gesetzt werden.“*²¹⁴

5. Recht und Moral

Die methodische Reinheit der Rechtswissenschaft setzt deren Trennung von den Naturwissenschaften einerseits und von der Ethik andererseits voraus. Von der Natur wird das Recht abgegrenzt, indem es, soweit es Gegenstand einer spezifischen Rechtswissenschaft ist, als Norm bestimmt wird. Die Rechtswissenschaft wird so von der Naturwissenschaft unterschieden. Wie die Rechtsnormen regeln auch die Normen der Moral das menschliche Zusammenleben. Die dabei der Rechtswissenschaft entsprechende Disziplin ist die Ethik, die ebenfalls auf Erkenntnis und Beschreibung gerichtet ist²¹⁵. Die Trennung von Rechtswissenschaft und Ethik erfordert also eine Unterscheidung zwischen Recht und Moral. Die ist allerdings weder durch einen Vergleich des

²¹² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 55

²¹³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 56 ff.; unselbstständig sind beispielsweise auch Normen, welche zu einem bestimmten Verhalten, nämlich der Erzeugung bestimmter Rechtsnormen, ermächtigen. Diese Normen bestimmen nur eine der Bedingungen, an welche in einer selbständigen Norm der Zwangsakt geknüpft ist. Die Ermächtigungsnormen sind demzufolge genauso Bedingungen der Sanktion, wie der Tatbestand, also das menschliche Verhalten selbst. Auch Normen, die lediglich den Sinn anderer Normen näher bestimmen, indem sie deren Begriffe definieren oder sie authentisch interpretieren, sind unselbstständig.

²¹⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 59

²¹⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 60, 61

Verhaltens möglich, zu dem Recht und Moral verpflichtet sollen, noch durch eine Unterscheidung des äußeren vom inneren Verhalten²¹⁶. Auch in der Erzeugung oder der Anwendung lassen sich Recht und Moral nicht wesentlich unterscheiden. Normen des Rechts wie der Moral werden durch bewusste Satzung oder durch Gewohnheit erzeugt. Daher sind sowohl die Moral als auch das Recht „*positiv*“ und kommen nur in dieser Form für eine wissenschaftliche Ethik oder wissenschaftliche Rechtslehre in Frage²¹⁷. Recht und Moral können auch nicht darin unterschieden werden, was sie als soziale Ordnungen bezwecken, also gebieten und verbieten. Ein Unterschied besteht allerdings darin, wie Recht und Moral ein bestimmtes menschliches Verhalten gebieten oder verbieten. Während das Recht an ein nicht normgerechtes Verhalten einen gesellschaftlich organisierten Zwangsakt anknüpft, statuiert die Moral keine solchen gesellschaftlichen Sanktionen. Die Sanktionen der Moral bestehen lediglich in der Billigung bzw. Missbilligung des menschlichen Verhaltens, die Anwendung physischer Gewalt kommt nicht in Betracht. Das Recht kann somit einzig von der Moral unterschieden werden, indem es als Zwangsordnung verstanden wird²¹⁸. Das Recht als Norm ist formal gesehen moralisch, da jedes Moralsystem soziale Normen statuiert. Das Recht konstituiert jedoch nur einen relativen moralischen Wert, da auch die Moral keine absoluten, sondern nur relative Werte setzen kann. Die Forderung nach der Trennung von Recht und Moral bzw. Gerechtigkeit bedeutet daher, dass das Recht nur im Verhältnis zu einem bestimmten Moralsystem und nicht zu der Moral schlechthin als moralisch oder unmoralisch anzusehen ist. Die relativistische Wertlehre schließt also keine Werte aus. Sie besagt lediglich, dass es nur relative und keine absoluten Werte gibt, dass „*die Werte, die wir mit unseren normsetzenden Akten konstituieren und unseren Werturteilen zugrundelegen, nicht mit dem Anspruch auftreten können, die Möglichkeit entgegengesetzter Werte auszuschließen*“. Die inhaltsbezogene Ansicht, wonach das Recht seinem Wesen

²¹⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 61; beide Ansichten wurden in der Wissenschaft vertreten, von Kelsen jedoch abgelehnt. Die Normen beider Disziplinen zielen häufig auf das gleiche Verhalten und bestimmen gleichzeitig beide Arten des Verhaltens. Nach Kelsen kann man bei der moralischen Betrachtung das Motiv nicht von dem motivierten Verhalten trennen. Damit entspricht Kelsens Ansicht derjenigen von Kant. Nach Kant musste eine Handlung, um moralisch zu sein, gleichsam „*aus Pflicht*“ erfolgen – inneres Verhalten – und „*pfllichtmäßig*“ sein – äußeres Verhalten –, also dem moralischen Gesetz entsprechen. I. Kant in „Kritik der praktischen Vernunft“ S. 81 ff.; H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 63, Fußnote **)

²¹⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 64

²¹⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 64, 65

nach moralisch ist, lehnt Kelsen ab, da sie eine absolute Moral voraussetzt. Ihre tatsächliche Anwendung würde zwangsläufig „eine unkritische Legitimierung der diese Gemeinschaft konstituierenden staatlichen Zwangsordnung“ nach sich ziehen²¹⁹.

6. Recht und Wissenschaft

a. Statische und dynamische Rechtstheorie

Gegenstand der Rechtswissenschaft ist das Recht und seine Normen. Je nachdem, ob die Erkenntnis auf die das menschliche Verhalten regelnden Normen oder das durch die Normen geregelte menschliche Verhalten gerichtet ist, kann zwischen der statischen Rechtstheorie, welche das Recht als System bereits geltender Normen sieht, und der dynamischen Rechtstheorie, die das Recht als Rechtsprozess der Erzeugung und Anwendung des Rechts wahrnimmt, unterschieden werden. Das Recht befindet sich entweder in einem Ruhezustand oder in ständiger Bewegung. Da der Prozess der Rechtserzeugung selbst durch bestimmte Rechtsnormen geregelt wird, ist auch die dynamische Rechtstheorie auf Rechtsnormen gerichtet, und zwar auf diejenigen, die die Erzeugung und Anwendung des Rechts regeln²²⁰. Zu unterscheiden sind Rechtsnormen von Rechtssätzen, mit deren Hilfe die Rechtswissenschaft Aussagen über Rechtsnormen macht²²¹. Rechtssätze sind hypothetische Urteile, die aussagen, dass im Sinne einer „der Rechtserkenntnis gegebenen Rechtsordnung unter gewissen von dieser Rechtsordnung bestimmten Bedingungen gewisse von dieser Rechtsordnung bestimmte Folgen eintreten sollen“. Rechtsnormen sind keine Urteile, keine „Aussagen über einen der Erkenntnis gegebenen Gegenstand.“ Sie sind vielmehr Imperative und als solche Gebote, Befehle oder auch Erlaubnisse und Ermächtigungen²²².

²¹⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 65 ff.

²²⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 72, 73; Kelsen stellt fest: „Denn es ist eine höchst bedeutsame Eigentümlichkeit des Rechts, dass es seine eigene Erzeugung und Anwendung regelt.“

²²¹ G. Kucsko-Stadlmayer in „Rechtsnormbegriff und Arten der Rechtsnormen“ S.35 mit Verweis auf H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 75

²²² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 73 ff.

b. Kausalwissenschaft und Normwissenschaft

Naturwissenschaft als Kausalwissenschaft und Rechtswissenschaft als Normwissenschaft unterscheiden sich in ihren jeweiligen Ordnungsprinzipien. Dem Naturgesetz der Kausalität steht die Zurechnung als Rechtsgesetz gegenüber²²³. Während die Verknüpfung im Rechtssatz auf einen Akt der Rechtsautorität zurückgeht, nämlich auf eine durch einen Willensakt gesetzte Norm, ist die naturgesetzliche Verknüpfung von Ursache und Wirkung von einem solchen menschlichen Eingriff unabhängig²²⁴. Das Prinzip der Zurechnung beschreibt nicht die Beziehung zwischen Ursache und Wirkung oder Ursache und Folge, sondern eine normative Beziehung, nämlich die Verknüpfung von Bedingung und Folge in einem Rechtssatz durch das Wort „sollen“. Die Zahl der Glieder einer Zurechnungsreihe ist begrenzt, die einer Kausalreihe unbegrenzt²²⁵. Dieser Unterschied zeigt sich in der Trennung von der in der Natur vorherrschenden Notwendigkeit und der für die normativen Beziehungen der Menschen ausschlaggebenden gesellschaftlichen Freiheit. Als Teil der Natur ist der Mensch

²²³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 78 ff.; daneben kann das menschliche Verhalten auch in einer Weise betrachtet werden, nach der es durch das Prinzip der Kausalität bestimmt wird. Das geschieht beispielsweise in den Disziplinen der Psychologie, Ethnologie, Geschichte oder auch der Soziologie. Eine Wissenschaft, die sich auf diese Betrachtungen gründet, kann als Gesellschaftswissenschaft jedoch nicht von der Naturwissenschaft wesentlich unterschieden werden. Eine solche Unterscheidung ist erst dann möglich, wenn diese Wissenschaft ihren Gegenstand nach einem von der Kausalität verschiedenen Prinzip beschreibt. Der Gegenstand einer solchen von der Naturwissenschaft zu unterscheidenden Wissenschaft ist die Gesellschaft als eine normative Ordnung menschlichen Verhaltens. Eine Wissenschaft also, welche das Verhalten der Menschen im Bereich natürlicher Realität nicht nach dem Prinzip der Kausalität beurteilt, sondern beschreibt, wie es nach durch menschliche Akte gesetzte Normen vor sich gehen soll. Damit liegt der Gegenstand dieser Gesellschaftswissenschaften, zu denen die Ethik und die Rechtswissenschaft zu zählen sind, nicht außerhalb der Realität. Es handelt sich allerdings im Gegensatz zu den Naturwissenschaften um keine natürliche, sondern vielmehr um eine soziale Realität. Die wissenschaftstheoretischen Grundlagen der Rechtslehre Kelsens finden sich bereits in „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“, beispielsweise 2. Auflage S. V ff., XX, 49, 157, 158 und in „Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“ S. 8 ff.

²²⁴ Das Naturgesetz sagt beispielsweise aus, wenn A ist, dann ist B, während der Rechtssatz lediglich bestimmt, wenn A ist, soll B sein, unabhängig davon, ob B letztlich wirklich ist oder nicht.

²²⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 94; es muss jede konkrete Ursache als Wirkung einer anderen Ursache und jede konkrete Wirkung als Ursache einer anderen Wirkung betrachtet werden, die Kette der Kausalreihe ist damit unendlich. Außerdem ist jedes Ereignis ein Schnittpunkt einer unendlichen Ereigniskette bzw. unendlichen Anzahl von Kausalreihen. Das Ende einer jeden Kausalreihe wäre wohl nicht einmal in einem Urknall zu sehen, sondern aus einer rein metaphysischen und von der naturwissenschaftlichen Sicht zu trennenden Betrachtung aus höchstens in einer als Schöpferwille oder als der freie Wille des Menschen bezeichnenden Ursache. Anderes gilt für die Zurechnung. Hier sind die einzelnen Verhältnisse von Bedingungen und deren Folgen jeweils unabhängig und getrennt von weiteren Bedingung-Folge Verhältnissen.

unfrei. Sein Verhalten, als natürliche Tatsache betrachtet, ist Wirkung anderer Tatsachen, ist Bestandteil unendlicher Kausalreihen. Als sittliche oder rechtliche Persönlichkeit ist der Mensch hingegen frei und selbstverantwortlich. Sein Verhalten wird in der Gesellschaft durch Moral- oder Rechtsgesetze beurteilt. Anhand dieser Beurteilung werden ihm Sanktionen zugerechnet. Die Zurechnung findet in dem anhand der Moral- oder Rechtsnormen gedeuteten Verhalten des Menschen ihren Endpunkt. Freiheit in diesem Sinne ist nicht gleichbedeutend mit der üblicherweise vorzufindenden Anschauung, für die Freiheit eine Loslösung von der Kausalität bedeutet, der Mensch also frei ist, wenn er nicht dem Gesetz der Kausalität unterworfen ist. Freiheit in dem hier verwendeten Sinne meint vielmehr, dass der Mensch, welcher einer Moral- oder Rechtsordnung unterworfen ist, der „*Endpunkt einer nur auf Grund dieser normativen Ordnung möglichen Zurechnung ist*“²²⁶. Die objektive Bestimmtheit des menschlichen Willens kann nach dem Gesetz der Kausalität nicht bestritten werden. Der Mensch ist frei, weil ihm zugerechnet wird, und ihm wird andersherum nicht zugerechnet, weil er frei ist.

7. Rechtsdynamik

a. Die Grundnorm

aa. Geltungsgrund

Aus der Definition des Rechts als normativer Ordnung ergeben sich für Kelsen zwei wichtige Fragen: „Was begründet eine Vielheit von Normen, warum gehört eine bestimmte Norm zu einer bestimmten Ordnung?“ und „Warum gilt eine Norm, was ist ihr Geltungsgrund?“²²⁷. Eine Norm gilt, wenn sie verbindlich ist, wenn sich der Mensch ihrem Inhalt entsprechend verhält. Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen, höheren Norm und keine Seinstatsache sein. Die Reine Rechtslehre beruht auf einem streng methodendualistischen Denken. Aus einem Sein kann kein Sollen und aus einem Sollen kein Sein folgen. Die Frage, warum sich ein Mensch normentsprechend verhalten soll, kann daher nicht mit der Feststellung einer Seinstatsache beantwortet werden. Auf politische, soziale und moralische Fakten oder Überzeugungen kann die Geltung von Normen

²²⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 97

²²⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 196

eines Rechtssystems nicht gestützt werden. Diese Faktoren entspringen nicht dem Bereich des Sollens, sondern dem des Seins. Eine apriorische Evidenz der Richtigkeit von Normen scheidet als unzulässiger psychologischer Faktor aus. Erforderlich ist eine axiomatisch begründete Ordnung rechtlichen Sollens. Jede Norm wird durch eine andere Norm gerechtfertigt. Diejenige Norm, welche den Geltungsgrund einer anderen Norm darstellt, wird als höhere Norm bezeichnet²²⁸. Zwingende Folge ist der Stufenbau der Rechtsordnung. Die Rechtsordnung ist unabhängig von äußeren Einflüssen. Sie stellt ein geschlossenes System dar. Als solches genügt sie sich selbst und ist auf keinen äußeren Geltungsgrund angewiesen. Da die Suche nach dem Geltungsgrund einer Norm nicht, wie die Suche nach der Ursache einer Wirkung, ins Endlose gehen kann, bleibt eine Norm übrig, für die es in Ermangelung einer höheren Norm keinen Geltungsgrund geben kann²²⁹. Diese höchste Norm kann nicht von einer Autorität gesetzt sein, da deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müsste. Ihre Geltung kann nicht mehr in Frage gestellt werden. Kelsen stellt dazu fest: „Eine solche als höchste vorausgesetzte Norm wird hier als Grundnorm bezeichnet.“²³⁰. Diese Norm muss axiomatisch sein, da sie nicht mehr aus anderen Normen ableitbar ist. Eine normative Ordnung, d.h. also ein System von Normen, wird nun von denjenigen Normen gebildet, welche sich aus ein und derselben Grundnorm ableiten. Die Grundnorm schafft eine Einheit, sie ist der gemeinsame Geltungsgrund aller zu einem Rechtssystem gehörenden Normen²³¹. Sie ist die Basis dieses geschlossenen Systems: „Die Funktion dieser Grundnorm ist: die objektive Geltung einer positiven Rechtsordnung ... zu begründen.“²³²

bb. Statisches und dynamisches Prinzip

Anhand der Natur der Grundnorm unterscheiden sich zwei verschiedene Prinzipien, zwei Typen von Normsystemen. Bestimmt eine Grundnorm neben dem Geltungsgrund, welcher obligatorisch ist, auch den Geltungsinhalt „ihrer“ Normen handelt es sich um ein statisches Prinzip²³³. Ein dynamisches Prinzip liegt dagegen

²²⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 197

²²⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 197

²³⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 197

²³¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 200 ff.

²³² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 205

²³³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 198

dann vor, wenn die Grundnorm lediglich eine Regel bestimmt, die vorschreibt, in welcher Weise – sei es durch die Einsetzung eines normerzeugenden Tatbestandes oder die Ermächtigung einer normsetzenden Autorität – die generellen und individuellen Normen dieser Rechtsordnung erzeugt werden²³⁴. Kelsen lehnt das statische Prinzip ab. Der Inhalt der Grundnorm eines statischen Systems müsste unmittelbar einleuchtend sein. Unmittelbar einleuchtende Normen kann es jedoch nicht geben²³⁵. Systemzugehörig ist eine Norm, weil sie auf die durch die Grundnorm bestimmte Weise erzeugt wurde und nicht, weil sie einen bestimmten Inhalt hat²³⁶. Der Norminhalt bestimmt sich nach den Akten, durch welche die ermächtigten Autoritäten die positiven Normen eines Systems setzen.

cc. Grundnorm als transzendental-logische Voraussetzung

Die Grundnorm bezieht sich unmittelbar auf eine bestimmte, wirksame, gesetzte und durch Gewohnheit oder Satzung erzeugte Verfassung, mittelbar auf eine wirksame und auf Grundlage der Verfassung erzeugte Zwangsordnung, indem sie

²³⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 199

²³⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 198, 199; unmittelbar einleuchtend ist eine Norm, wenn „*sie in der Vernunft, mit der Vernunft gegeben ist. Der Begriff einer unmittelbar einleuchtenden Norm setzt den Begriff einer praktischen Vernunft, das ist einer normsetzenden Vernunft voraus; und dieser Begriff ist – wie gezeigt werden wird – unhaltbar, da die Funktion der Vernunft Erkennen, nicht Wollen ist, die Setzung von Normen aber ein Akt des Willens ist. Daher kann es keine unmittelbar einleuchtenden Normen geben*“.

²³⁶ D.Kühne führt in „Die Grundnorm als inhaltlicher Geltungsgrund der Rechtsordnung“ S. 198 ff. aus, dass die Grundnorm aufgrund des Prinzips der Effektivität, der Möglichkeit mehrerer Grundnormen und der daraus resultierenden Entscheidungsbedürftigkeit sowie aufgrund der Verknüpfung von Geltung und sozialer Wirksamkeit von Normen dergestalt, dass nur diejenige Grundnorm vorausgesetzt wird, die ein sozial wirksames System in Geltung setzt, nicht ohne inhaltliche Beziehung zu den Normen der von ihr konstituierten Rechtsordnung steht. Mit I.Tammelos Worten in „Von der reinen zu einer reineren Rechtslehre“ S.247 ist die Grundnorm darauf beschränkt, Geltung zu transportieren. Der Inhalt einer Rechtsordnung bleibt von der Grundnorm unabhängig. Die Grundnorm hat zu dem Inhalt der durch sie geltenden Gesetze keinen Bezug. Tammalo weist schließlich darauf hin, dass es möglich und üblich ist, axiomatische Systeme der Logik aufzustellen, die auf mehreren Axiomen, sprich mehreren Grundnormen beruhen. Außerdem ist die Grundnorm nach Tammalo ohnehin nicht nur transzendental-logische Voraussetzung, da Kelsen ihr in „Reine Rechtslehre“ S.51, 205, 209, 211, 203 ff., 206 ff., 221 ff., 235, 339 eine Fülle von Inhalten zuschreibt. Diese Einschätzung weist jedenfalls hinsichtlich Kühnes Ausführungen in die richtige Richtung. Der inhaltliche Bezug der Grundnorm zu den von ihr konstituierten Normen ist eine Einbahnstraße. Zwar gibt sie keinen Inhalt vor, aber sie verschafft Geltung, indem sie den subjektiven Sinn der normsetzenden, menschlichen Willensakte als deren objektiven Sinn deutet. Nach A.Bleckmann in „Monismus und Primat des Völkerrechts“ S.345 ist die staatliche Grundnorm nicht inhaltlich aufgeladen, sondern nur die völkerrechtliche Grundnorm, die die Bindungswirkung der drei Völkerrechtsquellen, Völkervertragsrecht, Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts erklären muss.

überhaupt erst die Geltung dieser Verfassung und der zugehörigen Zwangsordnung begründet. Den subjektiven Sinn des verfassungsgebenden Aktes und der verfassungsgemäß gesetzten Akte kann man nur dann als deren objektiven Sinn, das heißt als objektiv gültige Rechtsnormen und die durch diese Normen konstituierten Verhältnisse auch nur dann als Rechtsverhältnisse deuten, wenn man die auf eine ganz bestimmte Verfassung bezogene Grundnorm voraussetzt²³⁷. Diese erkenntnistheoretische Feststellung, wonach die Grundnorm also stets Bedingung für die Deutung eines Aktes als objektiv gültige Rechtsnorm ist, rückt Kelsen in Kants Nähe. Kelsen selbst stellt fest, dass die Grundnorm die transzendental-logische Bedingung dieser (Norm-) Deutung ist. Die Funktion der Grundnorm ist somit die objektive Geltung einer positiven Rechtsordnung. Die Grundnorm ist jedoch eine ausschließlich gedachte Norm. Sie kann keine gewollte Norm sein. Ihre Aussage ist jedoch gleichzeitig für die Begründung der objektiven Geltung der positiven Rechtsnormen logisch unerlässlich²³⁸. Unter dem Begriff der gedachten Norm versteht Kelsen die Tatsache, „*dass die Norm als Voraussetzung gedacht wird, wenn eine im großen und ganzen wirksame Zwangsordnung als ein System gültiger Rechtsnormen gedeutet wird*“²³⁹.

dd. Einheit der Rechtsordnung

In jeder Rechtsordnung existiert eine logische Einheit. Diese Einheit in der Vielheit der Normen wird durch die Grundnorm konstituiert, da sie der Geltungsgrund aller Normen ist.

ee. Geltung und Wirksamkeit

Im Verhältnis der Prinzipien der Legitimität und der Effektivität²⁴⁰ zeigt sich der für eine positivistische Theorie des Rechts bedeutsame Zusammenhang zwischen Geltung und Wirksamkeit des Rechts. Es ist ein Spezialfall des Verhältnisses

²³⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 204

²³⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 206, 207

²³⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 207, 208

²⁴⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 214; hinsichtlich der Grundnorm wird das Prinzip der Legitimität grundsätzlich durch das Prinzip der Effektivität eingeschränkt. Es wird diejenige Rechtsordnung als durch die Grundnorm „*legitimiert*“ angesehen, welche durch Gewohnheit oder einen gesetzgebenden Akt tatsächlich gesetzt und gleichzeitig wirksam ist.

zwischen dem Sollen der Rechtsnorm und dem Sein der Naturwirklichkeit²⁴¹. Eine idealistische These besagt, dass zwischen der Geltung des Rechts als einem Sollen und dessen Wirksamkeit als einem Sein überhaupt keine Beziehung besteht, beide also vollkommen unabhängig voneinander sind. Eine realistische These besagt, dass die Geltung des Rechts mit dessen Wirksamkeit identisch ist. Kelsen lehnt die idealistische Auffassung ab, da sowohl eine Rechtsordnung als auch eine einzelne Rechtsnorm ihre Geltung verliert, wenn sie nicht oder nicht mehr wirksam ist. Voraussetzung für die Geltung einer positiven Rechtsnorm ist außerdem deren Setzung durch einen Seinsakt. Es besteht also ein Verhältnis zwischen dem Sollen der Rechtsnorm und dem Sein der Naturwirklichkeit²⁴². Die realistische These ist nach Kelsens Auffassung falsch, da es zahlreiche Fälle gibt, in denen Rechtsnormen gültig sind, obwohl sie nicht oder noch nicht wirksam sind²⁴³. Die Sollnorm ist als Sinn des sie setzenden Seinsaktes mit diesem ebenso wenig identisch wie die Soll-Geltung einer Rechtsnorm mit ihrer Seins-Wirksamkeit. Eine Rechtsordnung als ganzes und eine einzelne Rechtsnorm sind nicht (mehr) gültig, wenn sie nicht (mehr) wirksam sind²⁴⁴. Damit ist die Wirksamkeit eine Bedingung der Geltung. Sie ist jedoch ebenso wenig Grund der Geltung wie die Tatsache der Setzung. Einzig und allein die Grundnorm ist der Grund der Geltung. In der Grundnorm werden Setzung und Wirksamkeit zur Bedingung der Geltung gemacht. Nur wenn die Wirksamkeit zur Setzung hinzutritt, verliert die Rechtsordnung oder eine einzelne Rechtsnorm nicht ihre Geltung. Da eine Bedingung nicht mit dem von ihr Bedingten identisch sein kann, müssen Wirksamkeit und Setzung von der Geltung getrennt werden²⁴⁵.

b. Herkunft der Grundnorm

Da eine entsprechende, eigene positiv-rechtliche Grundlage nicht existiert, kann die Grundnorm keine positive Norm sein. Die Grundnorm steht außerhalb des

²⁴¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 215; dabei handelt sich sowohl beim Akt durch den eine positive Rechtsnorm gesetzt wird, als auch bei der Wirksamkeit der Rechtsnorm um Seinstatsachen.

²⁴² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 215 ff.

²⁴³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 215 ff., 217, 218 und S. 10, 11, 92 zum Verhältnis zwischen Geltung und Wirksamkeit von Normen.

²⁴⁴ Für die Wirksamkeit der Rechtsordnung als ganzes ist es ausreichend, dass sie im großen und ganzen wirksam ist. Das beschriebene Verhältnis von Geltung und Wirksamkeit gilt für generelle ebenso wie für individuelle Normen, wie beispielsweise Gerichtsentscheidungen oder Verwaltungsakte.

²⁴⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 215 ff., 218, 219

positiven Rechts. Sie kann nur eine erdachte, also fingierte Norm sein. Gleichzeitig ist sie in sich selbst widersprüchlich und widerspricht auch der Wirklichkeit ²⁴⁶, weil einerseits keine solche Norm als Sinn eines wirklichen Willensaktes vorhanden ist und weil sie andererseits die Ermächtigung einer höchsten Rechtsautorität darstellt, und damit von einer noch über dieser Autorität stehenden - allerdings nur fingierten - Autorität ausgeht. Die Grundnorm ist Fiktion, die Frage nach ihrer Herkunft muss unbeantwortet bleiben ²⁴⁷.

c. Die Grundnorm des Völkerrechts

Der Geltungsgrund des Völkerrechts ist ebenfalls zwingend in einer Grundnorm zu sehen. Diese Grundnorm kann entweder in einer staatlichen Rechtsordnung oder aber im Völkerrecht selbst enthalten sein. Soll das Völkerrecht nur dann gelten, wenn es von den einzelnen Staaten auf Grund der jeweiligen Staatsverfassung anerkannt wird, ist es lediglich ein Bestandteil der souveränen staatlichen Rechtsordnung, deren Geltungsgrund die auf die wirksame Verfassung bezogene Grundnorm ist ²⁴⁸. Andererseits kann man im Völkerrecht auch eine den einzelnen staatlichen Rechtsordnungen übergeordnete, diese also delegierende, Rechtsordnung und in der Grundnorm des Völkerrechts damit den Geltungsgrund aller staatlichen Rechtsordnungen sehen ²⁴⁹. Keine der beiden Varianten ist vorzuzugwürdig. Sie unterscheiden sich lediglich hinsichtlich des Geltungsgrundes

²⁴⁶ H. Kelsen in „Allgemeine Theorie der Normen“ S. 206

²⁴⁷ H. Kelsen begründet die Fiktion in „Allgemeine Theorie der Normen“ S. 206, 207 folgendermaßen: *„Der Denzweck der Grundnorm ist: die Begründung der Geltung der eine positive Moral- oder Rechtsordnung bildenden Normen, das ist die Deutung des subjektiven Sinnes der diese Normen setzenden Akte als deren objektiven Sinn, das heißt aber als gültige Normen, und der betreffenden Akte als norm-setzenden Akte. Dieses Ziel ist nur im Wege einer Fiktion zu erreichen.“* Dabei ist eine Fiktion *„ein Denkbehelf, dessen man sich bedient, wenn man den Denzweck mit dem gegebenen Material nicht erreichen kann.“* Für die Definition bezieht sich Kelsen auf H. Vaihinger in „Die Philosophie des Als-Ob“ S. 19, 171 ff.; siehe hier zu auch H.Kelsen in „Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-ob“ S. 1215 ff.; H.Kelsen hatte die Grundnorm in „Reine Rechtslehre“ 1. Auflage, S. 66 zunächst noch als hypothetische Grundlage der Reinen Rechtslehre bezeichnet. Der Begriff der Hypothese, im Sinne einer Annahme, deren Gültigkeit zunächst vermutet und dann überprüft wird, steht jedoch in gedanklich enger Verbindung zur Wirklichkeit, sie *„geht“* nach H. Vaihinger in „Die Philosophie des Als-Ob“ S. 144 *„stets auf die Realität...und verlangt Verifikation“*. Die Grundnorm ist hingegen ohne Bezug zur Wirklichkeit, entspricht nicht der Realität. Kelsen wählte daher später unter Bezugnahme auf Vaihinger den Begriff der Fiktion.

²⁴⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 221

²⁴⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 336 ff.

der beiden Rechtsordnungen, nicht hinsichtlich des jeweiligen Inhalts. In beiden Fällen stehen die Normen der Rechtsordnungen gleichberechtigt nebeneinander. Das Völkerrecht hat in beiden Fällen den selben Inhalt und die selbe Funktion. Man spricht entweder vom Primat des Völkerrechts oder vom Primat der staatlichen Rechtsordnung²⁵⁰. Geht man vom Primat des Völkerrechts aus, bildet eine vorausgesetzte Grundnorm dessen unmittelbaren Geltungsgrund. Daneben enthält das Völkerrecht eine gesetzte Norm, welche den Geltungsgrund der einzelnen staatlichen Rechtsordnungen darstellt²⁵¹. Die Grundnorm des Völkerrechts ist somit nur der mittelbare Geltungsgrund der einzelnen staatlichen Rechtsordnungen. Im Völkerrecht wird eine Grundnorm vorausgesetzt, welche letztlich die Staatengewohnheit²⁵² als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzt²⁵³. Souverän ist ein Staat, wenn die entsprechenden staatlichen Rechtsordnungen nur der Völkerrechtsordnung unterstellt sind, die Staaten also völkerrechtsunmittelbare Gemeinschaften sind. Einen dem positiven Recht transzendenten Wert, wie etwa den Friedenswert, enthält die Grundnorm des Völkerrechts nicht²⁵⁴. Hat ein staatliches Recht das Völkerrecht zum Bestandteil, liegt also ein Primat der staatlichen Rechtsordnung vor, muss zwischen dem staatlichen Recht im engeren

²⁵⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 332 ff.

²⁵¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 221, 222

²⁵² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 222; die Grundnorm ist die Voraussetzung unter der das allgemeine Völkerrecht als die Staaten verbindende Rechtsnormen angesehen werden. Die Normen selbst werden durch Gewohnheit erzeugt, welche wiederum durch das tatsächliche Verhalten der Staaten, bzw. der aufgrund der einzelnen staatlichen Rechtsordnungen als Regierungen fungierenden Menschen konstituiert wird. Verbindlich sind diese durch Gewohnheit erzeugten Rechtsnormen für die einzelnen Staaten nur, weil eine Grundnorm vorausgesetzt wird, welche die Staatengewohnheit als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzt. Diese Grundnorm lautet: *„Die Staaten, das heißt die Regierungen der Staaten, sollen sich in ihren gegenseitigen Beziehungen so verhalten, oder, Zwang von Staat gegen Staat soll unter den Bedingungen und in der Weise geübt werden, wie es einer gegebenen Staatengewohnheit entspricht. Das ist die – rechtslogische – Verfassung des Völkerrechts. Eine der gewohnheitlich erzeugten Rechtsnormen des allgemeinen Völkerrechts ermächtigt die Staaten, ihre gegenseitigen Beziehungen durch Verträge zu regeln. In dieser gewohnheitsrechtlich erzeugten Norm haben die vertraglich erzeugten Rechtsnormen des Völkerrechts ihren Geltungsgrund. Sie wird üblicherweise in dem Satz formuliert: pacta sunt servanda.“*

²⁵³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 223; dabei kommt ein Prinzip zum Ausdruck, welches gleichzeitig die Grundvoraussetzung jedes Gewohnheitsrechts bildet. Dieses Prinzip besagt, dass der Einzelne sich so verhalten soll, *„wie sich die anderen, in der Meinung sich so verhalten zu sollen, zu verhalten pflegen, angewendet auf das gegenseitige Verhalten der Staaten, das ist das Verhalten der Menschen, die nach der staatlichen Rechtsordnung in bestimmter Weise als Organe, und zwar als Regierungsorgane qualifiziert sind“*.

²⁵⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 223; die Geltung des durch Gewohnheit erzeugten allgemeinen Völkerrechts ist unabhängig von der Bejahung des Friedenswertes, auch wenn dieser tatsächlich durch die völkerrechtliche Rechtsordnung garantiert und von vielen Seiten als dem Völkerrecht immanenter Wert angesehen wird.

und dem staatlichen Recht im weiteren Sinn unterschieden werden ²⁵⁵. Das Völkerrecht, als Bestandteil des staatlichen Rechts im weiteren Sinne, bestimmt den Geltungsgrund und den Geltungsbereich der staatlichen Rechtsordnung nur in Bezug auf die staatliche Rechtsordnung im engeren Sinne. Das staatliche Recht im weiteren Sinne steht daher über dem staatlichen Recht im engeren Sinne. Ein das Völkerrecht anerkennender Staat unterwirft sich also dem Völkerrecht. Der letzte Geltungsgrund ist jedoch nicht das Effektivitätsprinzip, sondern vielmehr die vorausgesetzte Grundnorm dieser staatlichen Rechtsordnung, die zugleich das Völkerrecht zu ihrem Bestandteil hat ²⁵⁶. Bei beiden Primattheorien wird ein Gesamtsystem aller Rechtsordnungen gebildet. Es besteht eine erkenntnismäßige Einheit allen geltenden Rechts. Für den Fall des Primats der staatlichen Rechtsordnung ist jede beliebige, aber jeweils nur eine einzige staatliche Rechtsordnung der Ausgangspunkt dieser Konstruktion. Im Verhältnis zu allen anderen staatlichen Rechtsordnungen wird die eine staatliche Rechtsordnung, deren Bestandteil das Völkerrecht ist, zu einer umfassenden Universalrechtsordnung, die alle anderen staatlichen Rechtsordnungen delegiert. Für den Fall des Primats des Völkerrechts ist es selbst der Ausgangspunkt der Konstruktion ²⁵⁷.

d. Der Stufenaufbau der Rechtsordnung

Es ist eine „*Eigentümlichkeit*“ des Rechts, dass es seine eigene Erzeugung regelt. Dies geschieht, indem eine Norm das Verfahren bestimmt, durch welches eine andere Norm erzeugt wird ²⁵⁸. Eine Norm gilt im dynamischen System einer Rechtsordnung, weil und sofern sie auf eine durch eine andere höhere Norm bestimmte Art und Weise erzeugt wurde. Die niedrigere Norm findet in der höheren Norm ihren unmittelbaren Geltungsgrund. Die Normen einer Rechtsordnung stehen in einem Über- und Unterordnungsverhältnis. Der

²⁵⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S.340; staatliche Rechtsordnung im engeren Sinn sind die Normen der Verfassung und die auf der Grundlage der Verfassung erlassenen Normen. Die staatliche Rechtsordnung im weiteren Sinne umfasst das anerkannte Völkerrecht, also die durch Staatsgewohnheit und Staatsvertrag erzeugten Normen.

²⁵⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 339 ff.

²⁵⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 341

²⁵⁸ Teilweise, d.h. solange sich das dynamische nicht in ein statisches System wandelt, kann dabei auch der Inhalt der zu bestimmenden Norm geregelt werden.

Rechtsordnung liegt ein Stufenaufbau zugrunde ²⁵⁹. Die stufenmäßige Erzeugung der einzelnen Normen führt zu einem Zusammenhang aller Normen innerhalb des Systems und damit zur Einheit der Rechtsordnung. Den Ursprung des Stufenaufbaus bildet die vorausgesetzte Grundnorm der Rechtsordnung, welche als oberster Geltungsgrund die Einheit des Erzeugungszusammenhangs stiftet. Im Falle einer staatlichen Rechtsordnung existiert ein vorgegebener Stufenaufbau, mit der Verfassung als positivrechtlich höchster Stufe ²⁶⁰. Die durch Gesetzgebung oder durch Gewohnheit ²⁶¹ erzeugten generellen Rechtsnormen bilden die nächste Stufe ²⁶². Bestimmt eine Norm die Erzeugung einer anderen Norm, wird sie in der Erzeugung der anderen Norm angewendet. Rechtsanwendung ist zugleich Rechtserzeugung ²⁶³. In einem Rechtssystem existieren keine

²⁵⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 228; die Theorie des rechtlichen Stufenaufbaus ist dabei in ihrem Ursprung auf Adolf Mehl zurückzuführen, den Kelsen wohl nicht zuletzt aufgrund des energischen Betonens der Rechtsdynamik als Mitbegründer der Reinen Rechtslehre bezeichnete. H. Mayer in „Die Theorie des rechtlichen Stufenaufbaus“ S. 37; die Theorie vom Stufenaufbau ist nicht die einzige, wohl aber die einflussreichste These die Mehl im Rahmen der Reinen Rechtslehre entwickelt hat. So G. Kucsko-Stadlmayer in „Der Beitrag Adolf Merhls zur Reinen Rechtslehre“ S. 110; Mehl selbst sieht in „Prolegomena einer Theorie des Stufenaufbaus“ S. 285 ff., 294 in der Theorie des Stufenaufbaus einen wesentlichen Beitrag der Reinen Rechtslehre zur Rechtswissenschaft, u.a. eine neue Sinnggebung der Staatsfunktionen, durch deren Gliederung nach logischen Beziehungen und nicht wie althergebracht nach Form und Inhalt, und damit auch ein Hauptargument gegen die Kritik, die Reine Rechtslehre sei heuristisch unfruchtbar und somit wertlos.

²⁶⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 228; Kelsen versteht die Verfassung in einem materiellen Sinne und erblickt sie in der oder den positiven Normen, welche die Erzeugung der generellen Rechtsnormen regeln. Die Verfassung kann in geschriebener Form durch einen Gesetzgebungsakt oder in ungeschriebener Form durch Gewohnheit erzeugt werden.

²⁶¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 231 ff.; nach Kelsen ist die Gewohnheit ein rechtserzeugender Tatbestand. Nach Friedrich Karl von Savigny in „System des heutigen Römischen Rechts“ S.35 ist die Gewohnheit hingegen das Kennzeichen des positiven Rechts und nicht dessen Entstehungsgrund. Die Gewohnheit hat nach dieser Ansicht also keinen konstitutiven, sondern nur einen deklaratorischen Charakter. Kelsen lehnt die von der historischen Schule und der französischen soziologischen Rechtstheorie vertretenen Ansichten ab, wonach das Recht nicht durch Gesetzgebung oder Gewohnheit, sondern durch den Volksgeist oder die sogenannte „*solodarité sociale*“ erzeugt wird, weil beide Theorien dem Naturrecht zuzuordnen sind.

²⁶² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 235, 250; zu unterscheiden sind Gesetze – erlassen durch Gesetzgebungsorgane – und Verordnungen – erzeugt von Verwaltungsorganen. Die generellen Normen sind von speziellen Organen, wie Gerichten oder Verwaltungsbehörden, anzuwenden und gliedern sich in formelles Recht, soweit sie die Bestimmung dieser Organe und das anzuwendende Verfahren regeln, und materielles Recht, soweit sie den Inhalt der innerhalb des Verfahrens zu erzeugenden individuellen Normen bestimmen.

²⁶³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 240 ff.; die Charakterisierung eines Aktes als Rechtserzeugung oder Rechtsanwendung ist abhängig davon, in welchem Umfang die Rechtsordnung die Funktion des den entsprechenden Akt setzenden Organs vorausbestimmt hat. Grundsätzlich ist jedoch jeder Rechtsakt zugleich die Anwendung einer höheren Norm und die durch diese Norm bestimmte Erzeugung einer niederen Norm. Es existieren lediglich zwei Ausnahmen. Akte, durch die die von der Rechtsordnung statuierten Zwangsakte vollstreckt werden, sind lediglich Akte der Rechtsanwendung. Die Setzung der

ausfüllungsbedürftigen Lücken, weder echte noch technische ²⁶⁴. Auch die Nichtregelung eines Sachverhalts durch eine generelle Rechtsnorm stellt eine Regelung im logischen Sinne dar. Ein Verhalten ist dann erlaubt, wenn es nicht verboten ist. Zwar mag die Anwendung einer einzelnen generellen Rechtsnorm nicht möglich sein, aber die Anwendung der gesamten Rechtsordnung bleibt logisch möglich. Neben der zentralisierten Rechtserzeugung, die komplett in der Hand des Gesetzgebungsorgans liegt, besteht die Möglichkeit, die Kompetenz zur Rechtserzeugung weitgehend den Gerichten und Verwaltungsorganen einzuräumen ²⁶⁵. Für die zentrale Rechtserzeugung spricht die Rechtssicherheit, während die sogenannte freie Rechtsfindung zu mehr Flexibilität führt. Der Ansicht, wonach diese erhöhte Flexibilität aufgrund der Einzelfallkompatibilität einer absoluten Gerechtigkeit dienlich sein soll – da kein Fall dem anderen gleicht, kann eine generelle Norm nicht wirklich gerecht sein –, widerspricht Kelsen. Auch die Gerichte müssen nämlich generelle Normen anwenden ²⁶⁶, die sie bei den jeweiligen Einzelfallentscheidungen erzeugen. Dabei werden auch sie, wie jeder Gesetzgeber, von einem bestimmten Gerechtigkeitsideal geleitet. Da jedoch verschiedene Gesetzgeber von unterschiedlichen Gerechtigkeitsidealen geleitet

historisch ersten Verfassung, die durch Anwendung der lediglich vorausgesetzten und nicht gesetzten Grundnorm erfolgt, ist ausschließlich positive Rechtserzeugung und nicht auch Anwendung einer positiven Rechtsnorm.

²⁶⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 251 ff.; eine Lücke in der Rechtsordnung soll vorliegen, wenn das geltende Recht in einem konkreten Fall nicht anwendbar ist, weil sich keine generelle Rechtsnorm auf diesen Fall bezieht. Unterlässt der Gesetzgeber eine notwendige Normierung und ist ein Gesetz aus diesem Grund überhaupt nicht, also technisch nicht anwendbar, soll eine technische Lücke vorliegen. Technische Lücken gibt es nach Ansicht Kelsens nicht. Entweder handelt es sich bei den technischen Lücken um Lücken im althergebrachten Sinne, also Differenzen zwischen einem positiven Recht und einem Wunschrecht, oder es liegt eine Unbestimmtheit vor, wie sie sich aus dem Rahmencharakter der Normen ergeben kann.

Umformulieren oder rausnehmen!

²⁶⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 255 ff.; Gerichte können zur Schaffung sogenannter Präzedenzfälle und damit zur Erzeugung genereller Normen ermächtigt sein. Dies ist der Fall, wenn die zu erzeugenden individuellen Normen nicht oder nicht eindeutig durch generelle Normen inhaltlich vorausbestimmt sind und verschiedene Deutungsmöglichkeiten bestehen. Bei fehlender Vorausbestimmung erzeugt das Gericht neues materielles Recht. Fehlt eine eindeutige Vorausbestimmung nimmt die gerichtliche Interpretation der bereits bestehenden generellen Norm den Charakter einer „neuen“ generellen Norm an. In beiden Fällen agiert das Gericht als Gesetzgeber. Es entscheidet einen konkreten Fall und die dabei entstehende individuelle Norm wird durch eine Generalisierung allgemeinverbindlich.

²⁶⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 258; Voraussetzung der Gerechtigkeit ist grundsätzlich eine generelle Norm. Die Rechtfertigung einer Entscheidung bedarf nämlich der Begründung der Geltung der verwendeten individuellen Norm. Die individuelle Norm muss also einer höheren als gerecht vorausgesetzten generellen Norm entsprechen: „Die den Gerechtigkeitswert konstituierende Norm muß ihrem Wesen nach generellen Charakter haben.“

werden, kann der realisierte Gerechtigkeitswert nur ein relativer sein. Ebenso relativ ist die von dem Gesetzgeber erzeugte generelle Norm. Das vermeintliche Problem der Gerechtigkeit wird also nur verschoben. An die Stelle der generellen Norm des Gerechtigkeitsideals des Gesetzgebers tritt bei der freien Rechtsfindung die generelle Norm des Gerechtigkeitsideals des zur Rechtsfindung berufenen Organs²⁶⁷.

e. Konflikte zwischen Normen

Die Einheit einer Rechtsordnung drückt sich u.a. darin aus, „*daß eine Rechtsordnung in Rechtssätzen beschrieben werden kann, die sich nicht widersprechen.*“²⁶⁸. Dennoch besteht die Möglichkeit, dass Normen miteinander in Konflikt stehen, indem sie jeweils unterschiedliche und insbesondere miteinander unvereinbare Verhaltenformen als gesollt ansehen. Dabei handelt es sich allerdings um keinen logischen Widerspruch im strengen Sinne. Logische Prinzipien und insbesondere der Satz vom Widerspruch sind nämlich nur auf Aussagen anwendbar, welche wahr oder unwahr sein können. Normen sind hingegen nicht wahr oder unwahr, sondern nur gültig oder ungültig. Wahr oder unwahr können jedoch die eine Rechtsordnung beschreibenden Aussagen sein²⁶⁹. Logische Prinzipien und mithin auch der Satz vom Widerspruch können also auf Rechtsnormen beschreibende Rechtssätze und damit indirekt auch auf Rechtsnormen angewendet werden. Zwei Rechtsnormen können sich demnach widersprechen²⁷⁰. In diesem Fall kann nur eine von beiden objektiv als gültig angesehen werden. Ein solcher Normenkonflikt ist dann genauso wie ein logischer

²⁶⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 257 ff.

²⁶⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 209

²⁶⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 209; die Aussagen können darin bestehen, dass gemäß einer bestimmten Rechtsordnung eine bestimmte Norm gilt, oder dass gemäß einer Rechtsordnung unter bestimmten Bedingungen bestimmte Zwangsakte gesetzt oder nicht gesetzt werden.

²⁷⁰ Dieses Ergebnis stimmt mit H.Kelsens Aussage in „Naturrecht und positives Recht“ S. 219 überein, wo er feststellt, dass „*der Satz des Widerspruchs gilt wie für die Erkenntnis der Seinswirklichkeit, ebenso auch für die der Sollgeltung*“. Logische Widersprüche können demnach allerdings nur jeweils zwischen zwei Seins- oder zwei Sollenssätzen bestehen. Ein Widerspruch zwischen einem Seins- und einem Sollenssatz ist ausgeschlossen. Sie können nur die Situation eines tatsächlichen Gegensatzes zwischen dem, was ist, und dem, was sein soll, bezeichnen, niemals jedoch einen logischen Widerspruch. Die hier dargestellten Ausführungen in der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre zu den synchronen Normkonflikten modifizierte Kelsen in seinen späteren Werken, insbesondere in „Allgemeine Theorie der Normen“. S.L.Paulson in „Stellt die Allgemeine Theorie der Normen einen Bruch in Kelsens Lehre dar?“ S. 122, 131 ff.

Widerspruch etwas Sinnloses²⁷¹. Die Erkenntnis des Rechts, die ihren Gegenstand als sinnvolles, widerspruchsfreies Ganzes zu beschreiben versucht, löst diese Normenkonflikte im Wege der Interpretation. Je nach Art der Normenkonflikte, man unterscheidet hier zwischen Konflikten von Normen derselben Stufe und solchen zwischen Normen verschiedener Stufen, kommen dabei verschiedene Prinzipien zur Anwendung. Entstammen Normen derselben Stufe und stammen sie vom selben Organ, sind sie jedoch zu verschiedenen Zeiten gesetzt worden, hebt die spätere Norm die frühere bereits nach allgemeinen Erkenntnissen und dem Grundsatz *lex posterior derogat priori* auf. Das zuständige Organ ist regelmäßig zur Setzung abänderbarer und somit aufhebbarer Normen ermächtigt. Es ersetzt die frühere durch die spätere Norm. Ein Normenkonflikt wird strenggenommen vermieden. Dies gilt selbst dann, wenn verschiedene Organe die sich widersprechenden Normen gesetzt haben²⁷². Es gilt jedoch nicht, wenn die Normen zur selben Zeit und vom selben Organ gesetzt wurden. Wird hier nicht entweder dem zur Anwendung der Normen ermächtigenden Organ die Wahl zwischen den sich widersprechenden Regelungen zugestanden oder im Falle eines nur teilweise vorliegenden Widerspruchs die eine Norm durch die andere in ihrer Anwendung lediglich eingeschränkt, liegt ein sinnloser Normsetzungsakt vor. Obwohl der Akt grundnormgemäß gesetzt wurde, handelt es sich dann um keine objektiv gültige Rechtsnorm, da der subjektive Sinn des Aktes nicht als dessen objektiver Sinn gedeutet werden kann. Die Grundnorm verleiht nämlich nur den Akten den objektiven Sinn gültiger Normen, die einen Sinn haben, und zwar den subjektiven Sinn, dass sich Menschen in einer bestimmten Weise verhalten sollen²⁷³. Ein Konflikt zwischen Normen verschiedener Stufen liegt vor, wenn eine Norm der ihre Erzeugung bestimmenden höheren Norm und deren Inhalt nicht entspricht, wenn also eine gesetzeswidrige Gerichtsentscheidung oder ein verfassungswidriges Gesetz vorliegt. Eine normwidrige Norm gibt es nicht. Dies wäre ein Selbstwiderspruch. Die Einheit des Normsystems wäre aufgehoben, wenn es ein rechtswidriges Recht gäbe. Eine Rechtsnorm kann aus logischen Gründen auch nicht von Anfang an nichtig sein. Eine Norm muss erlassen werden und etwas, das tatsächlich geschehen ist, kann nicht ungeschehen gemacht werden. Eine Norm kann lediglich vernichtbar sein. Die Vernichtung einer Norm kann dabei nur

²⁷¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 210

²⁷² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 210, 211

²⁷³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 211

bedeuten, dass dem Akt, dessen subjektiver Sinn eine Norm ist, der objektive Sinn einer Norm entzogen wird, dass also die Geltung einer Norm durch eine andere Norm aufgehoben wird. Voraussetzung für die Vernichtung einer Norm ist jedoch, dass die Rechtsordnung diese Norm vorerst als objektiv gültige, also rechtmäßige, Rechtsnorm ansieht ²⁷⁴. Die Beurteilung der Frage, ob die individuelle Norm in Form eines Urteils rechtmäßig ist, d.h. mit der höheren generellen Norm übereinstimmt, obliegt dem entscheidenden oder einem höheren Gericht. Die Frage ist mit dem Erlass der individuellen Norm zumindest vorläufig beantwortet, da das Gericht selbstredend von der Beachtung der generellen Norm ausgeht. Solange die Gerichtsentscheidung gültig ist, kann sie also nicht rechtswidrig sein. Gültig sind die Entscheidungen der nicht letztinstanzlichen Gerichte so lange, bis sie durch die Entscheidung eines höheren Gerichts aufgehoben werden. Ein höheres Gericht kann auf Anrufung erneut über die Frage der Rechtmäßigkeit entscheiden, wenn die Rechtsordnung ein entsprechendes Verfahren vorsieht. Endgültig geklärt wird die Frage der Rechtmäßigkeit schließlich mit der letztinstanzlichen, in Rechtskraft ²⁷⁵ erwachsenden Gerichtsentscheidung ²⁷⁶. Es gibt also keinen Konflikt zwischen der individuellen Norm einer Gerichtsentscheidung und der vom Gericht anzuwendenden generellen Norm ²⁷⁷. Die Anfechtbarkeit der Gerichtsentscheidungen kann als deren Vernichtbarkeit bezeichnet werden. Grund für diese Vernichtbarkeit ist nicht die Rechtswidrigkeit, sondern einzig die Tatsache, dass die Rechtsordnung die Möglichkeit vorsieht, dass in einem bestimmten Verfahren eine alternative Entscheidung getroffen wird. Wird ein Gesetz als verfassungswidrig bezeichnet, kann dies nur bedeuten, dass es außerhalb des ohnehin möglichen Aufhebungsverfahrens nach dem Grundsatz *lex posterior derogat priori* in einem besonderen Verfahren aufgehoben werden kann. Bis zu seiner Aufhebung bleibt ein Gesetz aber gültig und ist somit nicht verfassungswidrig ²⁷⁸. Als verfassungswidrig bezeichnete Gesetze sind daher

²⁷⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 271, 272

²⁷⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 272, 273; die Rechtskraft bedeutet, dass erstens eine Norm in Geltung steht, die den Inhalt der gerichtlichen Entscheidung vorausbestimmt und zweitens, dass gleichzeitig eine generelle Norm in Geltung steht, die dem Gericht die Möglichkeit gibt, den Inhalt der von ihm zu erzeugenden individuellen Norm selbst zu bestimmen.

²⁷⁶ Das letztinstanzliche Gericht muss jedoch nicht die einzig „richtige“ Entscheidung treffen, die individuelle Norm muss also nicht tatsächlich mit der ermächtigenden Norm übereinstimmen.

²⁷⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 273

²⁷⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 275; ein ungültiges Gesetz kann nicht verfassungswidrig sein, da ein ungültiges Gesetz rechtlich nicht existent und damit nicht tauglicher Gegenstand einer rechtlichen

verfassungsmäßige Gesetze, die in einem besonderen Verfahren aufgehoben werden können. Die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer generellen Norm kann zum einen dem Gesetzgebungsorgan selbst überlassen werden, sie kann und muss zumindest teilweise den zur Gesetzesanwendung berufenen Organen überlassen sein, und sie wird regelmäßig einem oder mehreren Gerichten übertragen werden ²⁷⁹.

f. Recht und Staat

Der Staat ist eine Ordnung menschlichen Verhaltens. Er ist eine politische Organisation, Zwangsordnung und zwangsläufig Rechtsordnung. Nicht jede Rechtsordnung stellt hingegen einen Staat dar. Die Rechtsordnung muss hierfür den Charakter einer Organisation im engeren und spezifischen Sinn des Wortes haben. Für die Erzeugung und Anwendung der Normen müssen arbeitsteilig funktionierende Organe eingesetzt sein. Erforderlich ist eine gewisse Zentralisation. Der Staat ist nach Kelsen „*eine relativ zentralisierte Rechtsordnung*“ ²⁸⁰, er ist eine durch die staatliche Rechtsordnung konstituierte soziale Gemeinschaft. Die traditionelle Staatlehre setzt diese soziale Gemeinschaft aus drei Elementen zusammen, dem Staatsvolk, dem Staatsgebiet und der Staatsgewalt. Nach Kelsen lassen sich diese drei Elemente nur juristisch, nämlich als Geltung oder Geltungsbereich einer Rechtsordnung bestimmen. Das Staatsvolk sind die zu einem Staat gehörenden Menschen. Zu einem Staat gehören sie nur, weil sie mit den jeweils anderen Mitgliedern des Staatsvolkes einer relativ zentralisierten Zwangsordnung unterworfen sind ²⁸¹. Auch das Staatsgebiet kann nur durch eine juristische Definition, nämlich den räumlichen Geltungsbereich einer staatlichen Rechtsordnung bestimmt werden und keinesfalls durch

Aussage ist. Ein gültiges Gesetz kann hingegen nicht verfassungswidrig sein, da der Grund seiner Geltung in der Verfassung liegt.

²⁷⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 275 ff.

²⁸⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 289; erst durch die Zentralisation unterscheidet sich der Staat von primitiven Gesellschaften und dem Völkerrecht. Dort ist das Verfahren der generellen Rechtserzeugung dezentralisiert, die Rechtsnormen werden nicht von zentralen Gesetzgebungsorganen, sondern durch Gewohnheit erzeugt.

²⁸¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 290, 291; andere Kriterien wie Sprache, Kultur, Rasse, Religion, Weltanschauung oder ähnliches sind untauglich. Sie können die Trennung der Menschen eines Staatsvolkes bewirken. Ungeeignet ist insbesondere auch das Bild der seelischen Wechselwirkung. Weder vereint diese alle Mitglieder eines Staatsvolkes, noch unterscheidet oder trennt sie die Mitglieder verschiedener Staatsvölker.

geographische Gegebenheiten²⁸². Diese Überlegung gilt auch für die Staatsgewalt, die nichts anderes ist als die Geltung einer effektiven staatlichen Rechtsordnung. Der Staat stellt folglich „eine relativ zentralisierte, in ihrem räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich beschränkte, souveräne oder völkerrechtsunmittelbare, im großen und ganzen wirksame Rechtsordnung“ dar²⁸³. Zwischen Recht und Staat besteht kein Dualismus, sondern eine Identität. Jeder Staat ist Rechtsordnung und unabhängig von deren Inhalt Rechtsstaat. Der Versuch, den Rechtsstaat dadurch zu definieren, dass er den Forderungen der Demokratie und der Rechtssicherheit entspricht, setzt voraus, dass nur eine solche Zwangsordnung als wahre Rechtsordnung verstanden werden kann. Diese Annahme ist jedoch ein naturrechtliches Vorurteil²⁸⁴.

g. Staat und Völkerrecht

Das Völkerrecht ist Recht im Sinne des der Reinen Rechtslehre eigenen Rechtsbegriffes. Es ist eine als souverän vorausgesetzte Zwangsordnung menschlichen Verhaltens, die an von ihr bestimmte Tatbestände als Bedingungen von ihr bestimmte Zwangsakte als Folgen knüpft und wie staatliches Recht in Rechtssätzen beschrieben werden kann. Das Völkerrecht reagiert auf ein als Unrecht bestimmtes Verhalten mit Sanktionen, wie Repressalien und Krieg. Die ursprünglichen Normen des allgemeinen Völkerrechts²⁸⁵ wurden von Staaten im Wege der Gewohnheit zur Regelung der zwischenstaatlichen Beziehungen erzeugt. Das Völkerrecht hat daher einen überwiegend partikulären Charakter. Besondere Bedeutung unter diesen Normen hat die Ermächtigung zum Vertragsschluss

²⁸² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 291; zu den drei Merkmalen des Staatsbegriffes addiert Kelsen einen vierten, nämlich die zeitliche Existenz als Ergänzung zur räumlichen Existenz. Dies ist aus naturwissenschaftlicher Sicht konsequent. Mag im naturwissenschaftlichen Diskurs zwar die letztendliche Summe der Dimensionen umstritten sein, so nehmen wir jedenfalls vier Dimensionen bewusst war. Dies sind die drei räumlichen Ausdehnungen und die Zeit. Die drei räumlichen Ausdehnungen bestimmen das Staatsgebiet. Die Logik zwingt zur Berücksichtigung der vierten Dimension, da der Staat neben dem räumlichen auch einen zeitlichen Geltungsbereich hat. Und auch diese zeitliche Existenz eines Staates ist nach Kelsen „eine Rechtsfrage und keine Frage, die auf die natürliche Wirklichkeit gerichtete Erkenntnis beantworten kann.“

²⁸³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 292, 293

²⁸⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 320

²⁸⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 323, 324; es ähnelt noch weitgehend dem Recht einer primitiven Gesellschaft. Arbeitsteilig funktionierende Organe werden nicht konstituiert. Die Normen werden durch Verträge oder im Wege der Gewohnheit gebildet und nicht durch besondere Gesetzgebungsorgane. Auf ein geschehenes Unrecht reagieren die Staaten selbst, indem sie Sanktionen in eigener Regie anwenden.

zwischen Staaten - *pacta sunt servanda*. Die Verträge enthalten regelmäßig Normen, welche internationale Organe erschaffen und mit Gesetzgebungskompetenzen ausstatten. Der Stufenaufbau des Völkerrechts kennt damit drei Stufen. Grundnorm des Völkerrechts ist eine Norm, „die die durch das gegenseitige Verhalten der Staaten konstituierte Gewohnheit als rechtserzeugenden Tatbestand einsetzt“²⁸⁶. Das Völkerrecht und die einzelstaatliche Rechtsordnung bilden entgegen der traditionellen dualistischen oder pluralistischen Auffassung bereits aus logischen Gründen eine Einheit. Die Normen beider Systeme beanspruchen nämlich jeweils gleichzeitig für sich, gültige Rechtsnormen zu sein. Negatives Kriterium der Einheit ist deren Widerspruchslosigkeit. Die Einheit ausschließende unlösbare Konflikte gibt es jedoch zwischen gültigen Normen nicht. Die behauptete Normwidrigkeit einer Norm hat lediglich deren Vernichtbarkeit oder die Strafbarkeit des verantwortlichen Organs zur Folge. Gültig bleiben die jeweiligen Normen auch dann, wenn das Völkerrecht Normen oder die Setzung von Normen vorsieht, die dem innerstaatlichen Recht (logisch) widersprechen.

h. Die Interpretation

Das Verhältnis zwischen einer höheren und einer niedrigeren Stufe der Rechtsordnung ist eine Relation der Bestimmung. Die höhere Norm regelt das Verfahren und häufig auch den Inhalt der zu setzenden Norm oder des zu setzenden Vollstreckungsaktes. Die Regelung kann nie vollständig sein, es bleibt immer ein Ermessensspielraum. Die höhere Norm gibt lediglich einen einzuhaltenden Rahmen vor²⁸⁷. Von den verschiedenen, sich innerhalb des Rahmens bewegend und damit rechtmäßigen Möglichkeiten der Anwendung und der Auslegung ist aus Sicht des positiven Rechts keine besser bzw. richtiger als die andere. Die Intention der traditionellen Jurisprudenz, durch die Interpretation, als erkenntnismäßige Feststellung des Sinnes des zu interpretierenden Objekts, eine Methode der richtigen Ausfüllung des Rahmens zu entwickeln, muss demnach unerfüllt bleiben. Die Rechtsinterpretation dient vielmehr lediglich der Feststellung des vorgegebenen Rahmens und der Erkenntnis der verschiedenen innerhalb des Rahmens gegebenen Möglichkeiten. Die Interpretation eines Gesetzes kann, muss

²⁸⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 324, 325

²⁸⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 347

aber nicht, zu mehreren richtigen und gleichwertigen Entscheidungen führen²⁸⁸. Nach der Reinen Rechtslehre gibt es zwei Möglichkeiten der Auslegung. Die authentische Auslegung aufgrund eines beinhaltenden Willensaktes durch die rechtsanwendenden oder rechtserzeugenden Organe schafft Recht²⁸⁹. Die rechtswissenschaftliche Interpretation dient lediglich der rein erkenntnismäßigen Feststellung des Sinnes von Rechtsnormen und erzeugt entgegen der Auffassung der Begriffsjurisprudenz kein Recht. Auch sogenannte Lücken im Recht können ausschließlich durch rechtsanwendende Organe ausgefüllt werden, da die Lückenausfüllung eine rechtserzeugende Funktion ist und stets einen Willensakt beinhaltet. Die rechtswissenschaftliche Interpretation übt eine wichtige Funktion aus. Sie zeigt den rechtssetzenden Organen, wie weit diese sich von dem eigentlichen Ziel entfernt haben, möglichst eindeutige, „*die unvermeidliche Vieldeutigkeit auf ein Minimum*“ beschränkende und auf diese Weise der Rechtssicherheit dienende Normen zu erschaffen²⁹⁰. Sie muss jedoch verschiedene Lösungen aufzeigen. Stellt sie nämlich nur eine von mehreren Möglichkeiten als rechtmäßig dar, wird sie zur Rechtspolitik. Rechtspolitik, die versucht, Einfluss auf die Rechtserzeugung zu gewinnen, darf jedoch nicht im Namen der Rechtswissenschaft betrieben werden.

8. Das Problem der Gerechtigkeit

a. Die Normen der Gerechtigkeit

Die Gerechtigkeit ist eine dem Menschen zugeschriebene Eigenschaft. Sie äußert sich im Sozialverhalten. Die Gerechtigkeit ist Tugend und gehört daher zum Bereich der Moral. Die Beurteilung des menschlichen Verhaltens als Seins-Faktum erfolgt durch die Konfrontation mit der Norm, die ein gerechtes Verhalten vorschreibt, die den Gerechtigkeitswert, ein Sollen statuiert. Diese Gerechtigkeitsnorm ist eine Moralnorm, da es die Moralnormen sind, die das

²⁸⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 349

²⁸⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 351

²⁹⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 354; dieses Schlusswort Kelsens zum Interpretationskapitel stellt zwar einen Appell an den Gesetzgeber dar, klarere Formulierungen zu verwenden, damit der auszufüllende Rahmen nicht zu groß wird, es ist entgegen der Ansicht von C. Schwaighofer in „Kelsen zum Problem der Rechtsauslegung“ S. 243 jedoch nicht von einem resignativen Unterton begleitet.

soziale Verhalten der Menschen unter einander regeln ²⁹¹. Das Urteil besagt schließlich, ob das Verhalten der Gerechtigkeitsnorm entspricht, also gerecht und wertvoll ist und einen positiven Gerechtigkeitswert hat, oder ob es ungerecht und wertwidrig ist und einen negativen Gerechtigkeitswert hat. Nur ein Seins-Faktum kann nach dem Gerechtigkeitswert beurteilt werden, bewertet wird also immer die Wirklichkeit ²⁹². Eine sich auf das positive Recht beziehende Gerechtigkeitsnorm setzt die Setzung von Normen eines bestimmten Inhalts voraus. Die gesetzten Normen sind aber gültig, wenn und weil sie dem von der Grundnorm vorausgesetzten Verfahren gemäß gesetzt wurden und nicht, weil sie der Gerechtigkeitsnorm entsprechen. Im Falle eines Widerspruchs können indes nicht beide Normen gleichzeitig gültig sein. Da der Rechtswert der gesetzten Norm vom Gerechtigkeitswert des Normsetzungsaktes zu unterscheiden ist, beschreibt die Aussage über die Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit einer positiven Norm daher zwar keine unmittelbare Eigenschaft der positiven Norm selbst, aber eine Eigenschaft des Aktes, mit dem sie gesetzt wurde und dessen Sinn sie ist. Die Existenz des Normsetzungsaktes ist mit der Geltung der Gerechtigkeitsnorm unabhängig von der Wertbeurteilung grundsätzlich vereinbar, die der gesetzten Norm nicht. Die Frage, ob eine Norm des positiven Rechts gerecht oder ungerecht ist, kann sich daher nur auf den Setzungsakt beziehen, nicht auf die Norm selbst ²⁹³.

Auch anhand eines durch das Naturrecht konstituierten absoluten Gerechtigkeitswertes ist die Bewertung des positiven Rechts nicht möglich. Soll eine positive Norm nur dann gelten, wenn sie diesem Gerechtigkeitswert entspricht, kann letztlich nur das Naturrecht als gültig angesehen werden, gilt in jeder Norm des positiven Rechts nur das Naturrecht, bildet das Naturrecht den Geltungsgrund des positiven Rechts. Die Bewertung einer gültigen Norm durch eine andere Norm liegt nicht mehr vor. Eine Norm, die einen Wert erst konstituiert, kann nicht bewertet werden. Man würde einen Wert bewerten und so wertvolle Werte oder

²⁹¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 357; nicht jede Moralnorn ist aber auch eine Gerechtigkeitsnorm. Eine Norm ist nur dann eine Gerechtigkeitsnorm, wenn sie eine bestimmte Behandlung eines Menschen durch einen anderen Menschen oder durch den Gesetzgeber oder einen Richter vorschreibt. Eine den Selbstmord verbietende Regelung ist beispielsweise Moralnorn, ohne Gerechtigkeitsnorm zu sein. Diese Regelung bestimmt nämlich keine Behandlung eines Menschen durch einen anderen Menschen, der Selbstmord kann somit zwar moralisch oder unmoralisch, aber niemals gerecht oder ungerecht sein.

²⁹² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 357, 358

²⁹³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 359 ff.

wertwidrige Werte erhalten, und das ist entweder ein Pleonasmus oder ein Widerspruch in sich selbst²⁹⁴.

Die Gerechtigkeitsnormen sind auf eine unbestimmte Vielzahl von Fällen anwendbar, sie haben einen generellen Charakter. Die normative Geltungsbegründung führt auch im Falle der Frage nach der Gültigkeit der Gerechtigkeitsnormen zu einer vorausgesetzten Grundnorm, die bereits den Gerechtigkeitswert konstituiert²⁹⁵. Es existieren unzählige, sich teilweise widersprechende, dennoch gleichzeitig gültige Gerechtigkeitsnormen. Diese Gerechtigkeitsnormen sind entweder dem metaphysischen Typus oder dem rationalen Typus zuzuordnen²⁹⁶. Betrachtet man das Problem der Gerechtigkeit von einem wissenschaftlich-rationalen und nicht von einem metaphysischen Standpunkt aus und erkennt man, dass es unzählige, sich teilweise widersprechende, aber nicht ausschließende Gerechtigkeitsideale gibt, „dann kann man die durch diese Ideale konstituierten Gerechtigkeitswerte nur als relativ gelten lassen“²⁹⁷. Den verschiedenen rationalen Gerechtigkeitsformeln²⁹⁸ ist außerdem gemein, dass sie selbst keinen Gerechtigkeitswert bestimmen, sondern vielmehr eine diese Aufgabe übernehmende normative Ordnung voraussetzen. Eine relative, der menschlichen Vernunft begreifbare Gerechtigkeit kann die Sehnsucht des Menschen nach einer absoluten Gerechtigkeit, die seinem Streben nach Glück

²⁹⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 359

²⁹⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 363 ff.

²⁹⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 365; der metaphysische Typus setzt eine transzendente Instanz voraus, von der er ausgeht, und ist dadurch gekennzeichnet, dass der von ihm konstituierte Gerechtigkeitswert nicht rational zu begreifen ist. Der vom rationalen Typus konstituierte Gerechtigkeitswert kann meist als durch menschliche Akte statuiert gedacht werden. Kennzeichnet ist er aber dadurch, dass er immer von der menschlichen Vernunft verstanden werden kann.

²⁹⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 365 ff.

²⁹⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 365 ff.; bei den dargestellten rationalen Gerechtigkeitsformeln handelt es sich um, die Formel „*suum cuique*“, die Goldene Regel, den kategorischen Imperativ Kants, die Formel „*Tue das Gute, meide das Böse*“, die Formel „*Behandle andere so, wie die Gemeinschaftsgenossen sich gewohnheitsmäßig behandeln*“, die Formel, wonach das richtige und gute Verhalten darin besteht, die goldene Mitte zu halten, das Prinzip der Vergeltung, die Formel „*Jedem nach seiner Leistung*“, die Entlohnung der Arbeitsleistung in Geld im Sinne einer strikten Proportionalität, die Marxsche Gerechtigkeitsformel, das Gebot der Nächstenliebe, die Lehre Jesu, die Moralvorstellung, die der Freiheit den höchsten Wert zumisst, die Lehre vom Gesellschaftsvertrag und um das Gerechtigkeitsprinzip der Gleichheit. Als metaphysische Gerechtigkeitsformel nennt Kelsen einzig Platons Gerechtigkeitstheorie. Nach dieser ist die Idee des Guten ausschlaggebend. Diese Idee kann jedoch trotz aller Bemühungen Platons nicht rational erfasst werden. Er selbst stellt daher fest, dass es lediglich eine Art Schau des absolut Guten geben könne. Diese Schau ist jedoch ein mystisches Erlebnis, welches nur einigen wenigen auserwählten Menschen zuteil wird.

entspricht, nicht befriedigen. Die ersehnte Gerechtigkeit ist ein irrationales Ideal, welches nur von einer transzendenten Autorität, von Gott, ausgehen kann. Die Quelle der Gerechtigkeit liegt daher nicht im Diesseits, sondern im Jenseits. Liegt jedoch die Quelle der Gerechtigkeit im Jenseits, so gilt dies auch für deren Verwirklichung. Im Diesseits bleibt dem Menschen daher nur der Rückgriff auf die relative Gerechtigkeit. Diese kann in jeder positiven Rechtsordnung und dem von dieser gesicherten Friedens- und Sicherheitszustand erblickt werden ²⁹⁹.

b. Die Naturrechtslehre

Der Begriff der Gerechtigkeit stimmt nicht mit demjenigen des Rechts überein. Die Norm der Gerechtigkeit bestimmt die inhaltliche Gestaltung des Normsystems, die Behandlung der Rechtssubjekte und bezieht sich daher auf den Akt der Rechtssetzung ³⁰⁰. Die Geltung des positiven Rechts ist nicht davon abhängig, dass seine Setzung den Voraussetzungen der Gerechtigkeit entspricht ³⁰¹. Zwar gibt es auch nach der positivistischen Rechtslehre Gerechtigkeit, das positive Recht gilt jedoch auch dann, wenn es ungerecht ist ³⁰².

Absolute Gerechtigkeitsnormen schließen die Geltung widersprechender Normen aus, beanspruchen also Allgemeingültigkeit und müssen zwangsläufig von einer transzendenten Autorität ausgehen. Das positive Recht hat seinen Ursprung in menschlichen Akten. Dieser charakteristische Dualismus zwischen einer transzendenten, übergeordneten und idealen Ordnung und einer positiven und realen Ordnung ist typisch für alle Metaphysik und führt zur Begründung einer idealistischen Rechtslehre. Die realistische Rechtslehre ist hingegen monistisch, da sie nur ein einziges, nämlich ein von Menschen gesetztes positives Recht kennt ³⁰³.

²⁹⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 401

³⁰⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 402

³⁰¹ H. Kelsen erkennt in „Naturrecht und positives Recht“ S. 216 ff., 218 einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Naturrecht und dem positiven Recht darin, dass es sich bei dem Naturrecht um ein statisches System und beim positiven Recht um ein dynamisches System handelt. Jedem System liegt eine Grundnorm zugrunde, die erst die Einheit und Besonderheit eines Normsystems bewirkt. Das Naturrecht ist statisch, da sich der Inhalt der Grundnorm in den inhaltlich differierenden Normen ihres Systems entfaltet. Das positive Recht zeichnet sich gerade durch seine Dynamik aus, da ein allgemeingültiger Inhalt eben gerade nicht von den Grundnormen vorgegeben wird, sondern die Grundnorm lediglich in der Delegation einer normsetzenden Autorität besteht.

³⁰² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 402

³⁰³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 403

Vom Standpunkt einer wissenschaftlichen Rechtslehre kann die Geltung des positiven Rechts nicht vom Verhältnis zur Gerechtigkeit abhängig sein. Nur wenn man die Gerechtigkeit als absoluten Wert auffassen würde, wenn eine als gültig vorausgesetzte Gerechtigkeitsnorm die Geltung jeder widersprechenden Norm ausschließen würde, bestünde eine solche Abhängigkeit. Die wissenschaftliche Erkenntnis schließt jedoch die Existenz einer transzendenten Wesenheit und absoluter Werte aus³⁰⁴.

Zwei sich widersprechende Gerechtigkeitsnormen können zwar nicht gleichzeitig gelten, es kann jedoch die eine oder die andere der Gerechtigkeitsnormen als gültig vorausgesetzt werden. Der Gerechtigkeitswert ist also nur ein relativer Wert, die Beurteilung einer positiven Rechtsordnung anhand eines Gerechtigkeitswertes hat lediglich relativen Charakter. Jede Rechtsordnung widerspricht der einen oder anderen Gerechtigkeitsnorm. Es existieren unzählige, unterschiedliche, sich teilweise sogar widersprechende und doch gleichwertige Gerechtigkeitsnormen. Die Geltung einer positiven Rechtsordnung ist von der Gerechtigkeitsnorm unabhängig, nach welcher die sie setzenden Akte bewertet werden. Eine positivistische Rechtslehre, d.h. eine Theorie des positiven Rechts, hat nichts mit der Bewertung ihres Gegenstandes zu tun. Der Geltungsgrund einer positivistischen Rechtsordnung ist ausschließlich in der ihr zugrundeliegenden hypothetischen, also angenommenen Grundnorm zu sehen und niemals in einer der unzähligen, gleichwertigen Gerechtigkeitsnormen³⁰⁵.

Die Naturrechtslehre, eine idealistisch-dualistische Rechtslehre, unterscheidet von dem realen, positiven, von Menschen gesetzten und veränderlichen Recht das ideale, natürliche und unveränderliche Recht. Dieses ideale Recht identifiziert sie mit der Gerechtigkeit. Quelle und damit normsetzende Autorität ist die Natur. Ihr sind unveränderliche und aus ihr deduzierbare Gebote immanent, die die Gerechtigkeitswerte normieren.

Die unwandelbaren Normen der Naturrechtslehre sind ausschließlich in den Naturgesetzen zu sehen, da die Natur, als konkrete Wirklichkeit des tatsächlichen

³⁰⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 403

³⁰⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 403, 404

Geschehens, einem ständigen Wandel unterzogen ist ³⁰⁶. Sie liegen in der Regelmäßigkeit des tatsächlichen Geschehens. Diese Regeln legen fest, dass in dem ständigen Wandel der konkreten Naturphänomene unter gleichen Bedingungen gleiche Folgen eintreten. Das gerechte Recht kann man in den Gesetzen der Natur nur erkennen, wenn die Natur von einem gerechten Gott erschaffen oder regiert wird, wenn also die in der Natur enthaltenen Normen durch eine transzendente Autorität gesetzt werden. Eine wissenschaftliche Rechtslehre kann nur feststellen, dass ohne den Glauben an eine von einem gerechten Gott geschaffene Natur die Annahme eines der Natur immanenten gerechten Rechts nicht möglich ist ³⁰⁷.

Auf die Natur des Menschen ³⁰⁸ kann das Naturrecht nicht gegründet werden. Man deduziert auf diese Weise keine Normen aus der Natur, sondern setzt diese als gegeben voraus und projiziert sie in die Natur. Aus der realen Beschaffenheit kann nicht das ideale Verhalten geschlossen, aus einem Sein kein Sollen abgeleitet werden. Die gewonnenen Normen wären widersprüchlich und könnten keine gerechte normative Ordnung menschlichen Verhaltens darstellen. Die Natur der Menschen, ihre innere Beschaffenheit, ihre Gefühle, Vernunft und Triebe sind unterschiedlich ³⁰⁹.

Außerdem kann nicht zwischen den zur Deduktion der Normen dienenden guten Trieben, die die Menschen verwirklichen sollen, und den ebenfalls existierenden schlechten Trieben, die die Menschen verwirklichen wollen, unterschieden werden. Voraussetzung dieser Unterscheidung wären entsprechende, natürliche von unnatürlichen Trieben trennende Normen ³¹⁰. Da alle Triebe der Natur des Menschen entsprechen, würde man eine natürliche von einer unnatürlichen Natur

³⁰⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 405; unter der Natur ist weder die empirische Wirklichkeit des tatsächlichen Geschehens im allgemeinen, noch die Natur im besonderen, wie sie im äußeren oder inneren Verhalten der Menschen gegeben ist, zu verstehen. Hier stellt die Natur nämlich einen Inbegriff von Tatsachen, ein Sein dar. Aus einem Sein kann jedoch niemals ein Sollen, aus einer Tatsache keine Norm geschlossen werden. Wirklichkeit und Wert gehören zwei unterschiedlichen Bereichen an.

³⁰⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 405 ff.

³⁰⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 409; die Natur des Menschen findet sich primär in dessen innerer Beschaffenheit, in den Tendenzen, Neigungen, Instinkten, d.h. Trieben, der Vernunft oder den Gefühlen. Zu berücksichtigen sind aber auch äußere Umstände, man spricht hier von einer Natur der Sache, auf die der Mensch kraft seiner inneren Natur mit äußerem Verhalten reagiert.

³⁰⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 410

³¹⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 412

unterscheiden, die reale, existierende Natur durch die ideale, vom Naturrecht erstrebte Natur ersetzen. Man würde nicht die Normen eines idealen Rechts aus der Natur, sondern vielmehr die ideale Natur aus dem als ideal vorausgesetzten Recht, dem Naturrecht, deduzieren ³¹¹.

Man kann diesen Überlegungen nach Kelsen nicht entgegenhalten, dass die Normen des Naturrechts aus der Natur des Normalmenschen deduziert werden. Ein regelmäßiges, durchschnittliches, als Sitten und Gebräuche bezeichnetes menschliches Verhalten kann es nur innerhalb lokal und zeitlich begrenzter Gesellschaftsgruppen geben. In verschiedenen Zeitepochen und an verschiedenen Orten ist das menschliche Verhalten zu unterschiedlich, um als natürlich, normal bezeichnet werden zu können ³¹².

Die Normen eines gerechten Rechts können auch nicht aus der Vernunft, in der die rationalistische Naturrechtslehre die Natur des Menschen erkennt, deduziert werden. Aus Sicht der empirischen Psychologie ist die Funktion der Vernunft das Erkennen der ihr gegebenen oder aufgegebenen Gegenstände, wird also die Erkenntnisfunktion des Menschen als Vernunft bezeichnet. Die Normgebung ist jedoch keine Erkenntnisfunktion, da mit der Setzung einer Norm kein bereits gegebener Gegenstand erkannt wird, wie er ist, sondern vielmehr etwas gefordert wird, was sein soll ³¹³. Der verwendete Begriff ist der der praktischen Vernunft, welche als normsetzende Vernunft gleichzeitig eine erkennende und wollende Vernunft ist. Dieser Vernunftbegriff ist theologisch-religiösen Ursprungs. Die Vernunft, aus der das Naturrecht deduziert werden soll, ist keine empirische Vernunft, sondern vielmehr eine besondere, eine „rechte“ Vernunft, eine Vernunft,

³¹¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 413

³¹² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 414; selbst bei einer geschlossenen Gesellschaftsgruppe können nur relative Gerechtigkeitsnormen deduziert werden. Die Gültigkeit anderer Gerechtigkeitsnormen wird nicht ausgeschlossen, Menschen sollen sich lediglich so verhalten, wie sich die Mehrheit der Mitglieder der Gesellschaft über einen längeren Zeitraum hinweg verhalten hat. Die Norm, dass sich der Mensch so wie die Mehrheit der Menschen verhalten soll, kann nur dann als Naturrecht dargestellt werden, wenn es sich um die Mehrheit der gesamten Menschheit handelt und wenn dieser Norm absolute Geltung zugesprochen werden kann. Der Mehrheit der Menschen wird bereits kaum ein gemeinsames Handeln attestiert werden können. Absolute Geltung hätte die Norm nur, wenn man in dem Verhalten der Mehrheit der Menschheit Gottes Willen sieht, wenn also in dem regelmäßigen Verhalten der Mehrheit der Menschen die Natur des Menschen, die ihm von Gott eingepflanzt wurde, zum Ausdruck kommt. Das führt jedoch letztlich zu einer theologischen Fundierung des Naturrechts.

³¹³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 415; Kelsen stellt fest: „In diesem Sinne ist Normsetzung eine Funktion des Wollens, nicht des Erkennens.“

wie sie sein soll. Da das logische Prinzip, wonach Widersprüche ausgeschlossen sind, einzig auf Aussagen über die Eigenschaften Gottes keine Anwendung findet, kann der Widerspruch zwischen Erkenntnis- und Willensfunktion nur hingenommen werden, wenn die absolut gültigen Normen der Gerechtigkeit der göttlichen Vernunft immanent sind³¹⁴. Deduziert man die Normen jedoch aus der göttlichen und nicht aus der empirischen Vernunft im Menschen, handelt es sich um keine rationalistische Naturrechtslehre mehr³¹⁵.

Allgemeingültige Normen können auch nicht aus dem Rechtsgefühl deduziert werden. Der Begriff des Rechtsgefühls umfasst neben dem positiven Recht auch die Gerechtigkeit. Das Rechtsgefühl ist bezogen auf das positive Recht dessen Folge. Die Norm ist dem Gefühl nicht immanent und kann daher nicht wie eine Norm des Naturrechts aus dem Gefühl deduziert werden. Dem Individuum ist die Norm bereits bekannt. Sie wird gewusst und nicht gefühlt. Dem Rechtsgefühl als Gerechtigkeitsgefühl liegt ebenfalls eine Norm, nämlich die Gerechtigkeitsnorm, zugrunde. Die Quelle dieser Gerechtigkeitsnorm hat allerdings einen emotionalen und keinen rationalen Ursprung. Dieses subjektive, bei den verschiedenen Menschen unterschiedliche und widersprüchliche Ausprägungen erfahrende Rechtsgefühl kann nicht als Grundlage für ein, objektive Gerechtigkeit statuierendes, Naturrecht dienen. Das Rechtsgefühl ist letztlich eine Seins-Tatsache, und aus einer Seins-Tatsache kann keine Soll-Norm folgen³¹⁶.

Die Unfähigkeit des Naturrechts, allgemeingültige Normen zu formulieren, führte zur Theorie des wandelbaren Naturrechts. Allerdings können auch aus einer wandelbaren Natur des Menschen keine Normen deduziert, können auch wandelbare Seins-Regeln des menschlichen Verhaltens nicht zu Soll-Regeln transponiert werden. Die Lehre des wandelbaren Naturrechts gibt außerdem die Idee der absoluten Gerechtigkeit und damit letztlich auch die Naturrechtslehre

³¹⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 416; Kelsen meint dazu: „Nur die göttliche Vernunft kann praktische Vernunft, das heißt gesetzgebende Erkenntnis sein, nur von Gott kann man behaupten, dass Erkennen und Wollen eins sind.“

³¹⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 420 ff.; Kelsen sieht eine Verwandtschaft zwischen der Ethik Kants und der naturrechtlichen Lehre vom Vernunftrecht, die auf gemeinsamen Begriff der praktischen Vernunft beruht. Kant nimmt an, dass die praktischen Grundsätze in der Vernunft der Menschen liegen und die reine Vernunft gleichzeitig das Erkenntnisvermögen des Menschen ist und insofern zu dessen Natur gehört.

³¹⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 425 ff.

selbst auf. Aus wandelbaren Tatsachen können bereits aus logischen Gründen keine unwandelbaren Normen gerechten Verhaltens hergeleitet werden. Die Theorie führt daher zu verschiedenen, sich möglicherweise widersprechenden Naturrechten und zu Gerechtigkeitsnormen, die ausschließlich relative Werte konstituieren. Das wandelbare Naturrecht stimmt letzten Endes mit dem relativistischen Positivismus überein³¹⁷.

Man kann die Naturrechtslehre auch nicht mit ihrem angeblich günstigen, weil reformatorischen Einfluss auf das positive Recht rechtfertigen. Voraussetzung wäre die Verbesserung einer positiven Rechtsordnung durch das sie beurteilende und gestaltende Naturrecht. Diese Beurteilung ist jedoch ein Werturteil, welches die Gerechtigkeitsnorm voraussetzt, die die beurteilende Naturrechtslehre anstrebt. Dieses Werturteil hat außerdem einen relativen Charakter. Die von der einen Naturrechtslehre als Verbesserung des positiven Rechts bezeichnete Veränderung muss aus Sicht einer inhaltlich verschiedenen Naturrechtslehre als Verschlechterung gesehen werden. Die Unterstellung eines reformatorischen Einflusses der Naturrechtslehre läuft letztlich auf eine Tautologie hinaus, da eine Norm des positiven Rechts als gerecht im Sinne derjenigen Gerechtigkeitsnorm angesehen wird, nach deren Vorgaben sie gestaltet wird³¹⁸.

Die Rechtfertigung der Naturrechtslehre ist schließlich auch nicht darin zu sehen, dass das Problem der absoluten Gerechtigkeit objektiv besteht und der relativistische Rechtspositivismus keine Anstalten macht, es zu lösen³¹⁹. Es liegt zwar in der Natur des Menschen und es ist dessen Bedürfnis, allgemeingültige Antworten auf wichtige Fragen, wie die der Gerechtigkeit, zu suchen und zu finden. Dieses Bedürfnis führt jedoch nicht dazu, dass es im Wege rationaler Erkenntnis befriedigt werden kann. Jeder Mensch muss letztlich für sich entscheiden, welche Gerechtigkeitsnorm er als Grundlage für sein Werturteil wählt. Der Relativismus lässt den Menschen nicht im Stich, sondern er bringt ihm zum Bewusstsein, dass er selbst die entscheidende Wahl treffen muss. Es wenden sich

³¹⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 429 ff.

³¹⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 434, 435

³¹⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 441

all jene dem Naturrecht zu ³²⁰, die keine Wahl treffen und die Entscheidung Gott, der Natur oder der Vernunft überlassen wollen. Auch ein solches Vorgehen erspart dem Menschen jedoch letztlich nicht die Wahl, da er die Gerechtigkeitsnormen trotzdem selbst bestimmen muss. Es wird lediglich die Illusion erschaffen, dass die Wahl, die er trifft, von Gott, der Natur oder der Vernunft getroffen wurde und somit absolut gültig ist und die Möglichkeit der Geltung anderer ihr widersprechender Gerechtigkeitsnormen ausschließt ³²¹.

³²⁰ In seiner Kritik der Naturrechtslehren zeigt Kelsen letztlich, dass diese als Ideologien und Systeme von Leerformeln zur Rechtfertigung sämtlicher politisch-rechtlicher Ordnungen verwendet werden können. So auch C.Jablonek in „Ideologiekritik bei Kelsen“ S. 100

³²¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 442

II. Gustav Radbruchs „Rechtsphilosophie“

Gustav Radbruchs Beitrag zum wissenschaftlichen Diskurs beschränkte sich zu Beginn seiner wissenschaftlichen Karriere thematisch auf das Gebiet des Strafrechts³²². Das erste bedeutende rechtsphilosophische Werk veröffentlichte er nach seiner Ernennung zum außerordentlichen Professor im Jahre 1914. Die „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ wurden zur Grundlage seines rechtsphilosophischen Systems. Den Kern seines rechtsphilosophischen Systems bildet die „Rechtsphilosophie“, in der noch zu Lebzeiten besorgten 3.Auflage³²³ aus dem Jahre 1932³²⁴.

1. Wirklichkeit und Wert

Grundlage der Rechtsphilosophie sind nach Radbruchs Ansicht die Voraussetzungen der allgemeinen Philosophie³²⁵. Zu diesen Voraussetzungen zählt die Trennung von Wirklichkeit und Wert, die in der Gegebenheit chaotisch nebeneinander liegen. Den Dingen haften die Werte nämlich nicht an, sie kommen vielmehr vom Betrachtenden. Die erste Tat des Geistes ist daher die Einnahme einer objektiven Stellung, die Gegenüberstellung des Ichs mit der Gegebenheit, die Trennung von Wirklichkeit und Wert, die Unterscheidung von wertblindem und wertendem Verhalten³²⁶. Das methodisch ausgeführte wertblinde Verhalten – das Ausblenden subjektiver Wertungen – entspricht dem Wesen des naturwissenschaftlichen Denkens. Die systematische Ausführung des wertenden

³²² Die Themen seiner Promotion „Die Lehre von der adäquaten Verursachung“ und seiner Habilitation „Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrechtssystem“ verdeutlichen dies. In beiden Arbeiten war jedoch bereits das rechtsphilosophische Interesse Radbruchs zu erkennen. E. Wolf stellte in „Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte“ S. 725, 727 hierzu im Jahre 1963 fest, dass der rechtsphilosophische Teil der Habilitationsschrift „zu den heute noch grundlegenden Formulierungen *wertbeziehender juristischer Systematik*“ gehören.

³²³ In der vorliegenden Arbeiten beziehen sich sämtliche Fußnoten soweit nicht anders bezeichnet auf die dritte Auflage der „Rechtsphilosophie“.

³²⁴ Eine Neuauflage war schon 1922 erschienen. Sie stellte jedoch nur einen Neudruck ohne inhaltliche Veränderungen dar.

³²⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 1; Radbruch weist in Fußnote Nr.1 ausdrücklich darauf hin, dass seine Ausführungen zur allgemeinen Philosophie und insbesondere zu Wirklichkeit und Wert ihren Ursprung in den philosophischen Werken Windelbands, Rickerts und Lasks finden. Er hebt insbesondere Lask und dessen Werk „Rechtsphilosophie“ hervor und bezeichnet diesen als wegweisend für seine eigenen Ausführungen.

³²⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 1

Verhaltens – die Wahrnehmung von Bewertungen, Normen und deren Zusammenhang – kennzeichnet die Wertephilosophie mit ihren drei Zweigen, der Logik, der Ethik und der Ästhetik ³²⁷. Neben die wertende und die wertblinde Haltung tritt die wertbeziehende Haltung. Sie ist die methodische Haltung der Kulturwissenschaften. Den Begriffen der Kultur, wie Wissenschaft, Kunst oder auch Moral, ist gemeinsam, dass sie nach der Wahrheit streben. Die Kultur, die kein „*purlauterer Weg*“ ist, die neben der Wertförderung und der Wertverwirklichung vielmehr auch die Werthemmung und die Wertverfehlung umfasst, ist letztlich nie ohne Bezug zum Wert. Die Kultur ist nicht Wertverwirklichung, aber sie ist die Begebenheit, die die Verwirklichung der Werte zum Ziel hat ³²⁸. Die vierte Haltung ³²⁹ ist schließlich die wertüberwindende Haltung, das religiöse Verhalten ³³⁰. Das aus seiner Idee heraus zu begreifende Recht ist Menschenwerk und kann nur dem wertbeziehenden Bereich der Kulturwissenschaften zugeordnet werden. Das Recht ist wertbezogene Tatsache, und der Rechtsbegriff kann nicht anders definiert werden als eine Gegebenheit, die den Sinn hat, die Rechtsidee zu verwirklichen. Recht kann ungerecht sein, denn es ist Recht, weil es den Sinn hat, gerecht zu sein, und nicht, weil es gerecht ist ³³¹. Demgegenüber gehört die Rechtsidee selbst dem wertenden Verhalten an, denn sie ist ein konstitutives Prinzip und der Wertemaßstab für die Rechtswirklichkeit.

³²⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 2

³²⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 2; Radbruch verweist auf Stammler, der die Kultur bereits für gleichbedeutend mit dem „*Streben nach dem Richtigen*“ hielt.

³²⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 3, 4; den vier Haltungen entspricht nach Radbruch eine vierfache Formung der Gegebenheit: Sein, Wert, Sinn und Wesen: „*Man kann das Verhältnis dieser vier Reiche auch so ausdrücken: Natur und Ideal, und über die Kluft zwischen ihnen zwei Verbindungen, der niemals vollendbare Brückenschlag der Kultur und der in jedem Augenblick ans Ziel gelangende Flügelschlag der Religion – Werk und Glaube ! –*„

³³⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 3; die Religion ist die Bejahung alles Seienden, Liebe ohne Rücksicht auf Wert oder Unwert des Geliebten, Seligkeit jenseits von Glück und Unglück und Gnade jenseits von Schuld und Unschuld. Sie ist Ineinssetzung von Wert und Wirklichkeit. Sie überwindet den Unwert und damit gleichzeitig auch den Wert, da die beiden Gegensätze nicht ohne einander sein können. Die Religion setzt diesen Gegensatz voraus. Sie entspringt erst aus der Unerträglichkeit dieses Gegensatzes. Die wertüberwindende Haltung unterscheidet sich nur dadurch von der wertblinden Haltung. Die Religion liegt jenseits und die Natur liegt diesseits des Reichs der Werte.

³³¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 4; P. Bonsmann in „Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs“ S. 11 ff.

2. Rechtsphilosophie als Rechtswertbetrachtung

Mit Stammlers Worten bezeichnet Radbruch die Rechtsphilosophie, die bewertende Betrachtung des Rechts als „*Lehre vom richtigen Recht*“³³². Die Methode der Rechtswertbetrachtung ist dabei durch zwei Wesenszüge gekennzeichnet, den Methodendualismus und den Relativismus. Der eine strikte Trennung von Sein und Sollen fordernde Methodendualismus ist nicht weiter zu begründen³³³. Die Kantische Philosophie hat letztlich die Unmöglichkeit belegt, „*aus dem, was ist, zu erschließen, was wertvoll, was richtig ist, was sein soll. Niemals ist etwas schon deshalb richtig, weil es ist oder weil es war – oder auch weil es sein wird... Sollenssätze, Werturteile, Beurteilungen können nicht induktiv auf Seinsfeststellungen, sondern nur deduktiv auf andere Sätze gleicher Art gegründet werden. Wertbetrachtung und Seinsbetrachtung liegen als selbständige, je in sich geschlossene Kreise nebeneinander. Das ist das Wesen des Methodendualismus*“³³⁴.

Trotz der Betonung des Methodendualismus begründet Radbruch eine Lehre des Methodentrialismus. Nach Radbruch ist Kultur die Gegebenheit, die den Sinn hat, Werte zu verwirklichen. Da das Recht den Kulturwissenschaften zuzurechnen ist, gilt dies auch für den Rechtsbegriff. Dieser wird bestimmt als Wirklichkeit, die zur Rechtsidee hinstrebt. Es ist nicht mit der bloßen Antithese zwischen Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert, auszukommen. Zwischen Wirklichkeitsurteil und Wertbeurteilung muss die Wertbeziehung, zwischen Natur und Ideal die Kultur stehen: „*Die Rechtsidee ist Wert, das Recht aber wertbezogene Wirklichkeit, Kulturererscheinung. So wird der Übergang vollzogen von einem Dualismus zu einem Trialismus der Betrachtungsweisen. Dieser Trialismus macht die Rechtsphilosophie zu einer Kulturphilosophie des Rechts.*“³³⁵

³³² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 6

³³³ G. Radbruch in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ S. 3; nach v.Hippel wendet sich Radbruch mit dem Methodendualismus auch bewusst gegen die Rechtspositivisten, indem er sagt, dass nichts bereits deshalb richtig ist, weil es ist, während die Positivisten aus dem Seienden auf das Gesollte schließen. F. v. Hippel in „Gustav Radbruch“ S. 13, 14

³³⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 6, 7

³³⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 25

Einen Bezug auf die „Natur der Sache“ und eine Ableitung rechtlicher Regeln aus der „Natur der Sache“ lehnt Radbruch in der „Rechtsphilosophie“ folgerichtig noch ab. Es besteht zwar die logische Versuchung, der Stoffbestimmtheit der Idee eine Vorgeformtheit der Idee im Stoff gleichzusetzen. Dieses Verfahren, welches darin besteht, die Idee in dem Stoff zu erkennen, dessen Formung erst ihr Ziel ist, stellt jedoch lediglich einen Glücksfall der Intuition und keine Methode der Erkenntnis dar. Für das methodische Erkennen bleibt es bei der Tatsache, dass Sollenssätze nur aus anderen Sollenssätzen deduktiv abgeleitet werden können und nicht induktiv auf Seinstatsachen begründbar sind³³⁶. Diese Unableitbarkeit betrifft lediglich das logische Verhältnis von Sein und Wert, nicht jedoch das kausale Verhältnis zwischen Seinstatsachen und Werturteilen. Wertungen werden durch Seinstatsachen verursacht, sind jedoch nicht durch diese begründbar. Da Sollenssätze also nur durch andere Sollenssätze begründbar und beweisbar sind, müssen die letzten Sollenssätze unbeweisbar, axiomatisch, bleiben. Liegen diesen letzten Sollenssätzen unterschiedliche Weltanschauungen zugrunde, so kann zwischen ihnen nicht mehr mit wissenschaftlicher Eindeutigkeit entschieden werden. Sie stehen damit lediglich dem Bekenntnis und nie der Erkenntnis offen³³⁷.

Die Wissenschaft ist jedoch auch im Bereich des Sollens nicht wirkungslos. Während die Rechtspolitik eine Anleitung zur Wahl der richtigen Mittel für ein rechtliches Ziel liefert, verdeutlicht erst die Rechtsphilosophie durch die Aufzeigung der unerlässlichen Mittel samt deren Nebenwirkungen und durch die Auseinandersetzung mit den für diese Mittel notwendigen allgemeinen Wertungen, welche Tragweite ein Ziel und das zu dessen Erreichung notwendige Verhalten hat³³⁸. Ausgangspunkt ist, was sich der Wertende bei seiner Wertung denkt, Denkziel ist, „*was er diesem festgestellten Ausgangspunkte gemäß nach Maßgabe kausaler*

³³⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 7, 8

³³⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 9

³³⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 9, 10; die Rechtsphilosophie entwickelt aus einer einzelnen rechtlichen Wertung das ganze, sie bedingende Wertesystem. Dadurch ergibt sich die Möglichkeit, zwar nicht die Systematik der Rechtsphilosophie als solche, aber die Systematik der möglichen rechtsphilosophischen Systeme zu erkennen und die Systeme rechtlicher Wertung in ihrem Verhältnis erschöpfend darzustellen. Die Rechtsphilosophie entwickelt systematisch die denkmöglich letzten Voraussetzungen und somit zwangsläufig auch alle Ausgangspunkte rechtlicher Wertung. Von den möglichen Weltanschauungen kann auf die möglichen Rechtsauffassungen geschlossen werden. Nach H.Coing in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ S. 82 gelangt Radbruch auf diese Weise zu einem systematischen Relativismus.

und logischer Folgerichtigkeit hätte denken müssen“³³⁹. Die Wahl zwischen den systematisch entwickelten Rechtsauffassungen wird dem Einzelnen von der relativistischen Rechtsphilosophie nicht abgenommen. Sie zeigt ihm lediglich die Möglichkeiten seiner Stellungnahme inklusive der damit verbundenen Folgen, „überläßt aber seine Stellungnahme selbst seinem aus der Tiefe der Persönlichkeit geschöpften Entschlusse - keineswegs also seinem Belieben, vielmehr seinem Gewissen“³⁴⁰. Radbruch bezeichnet diese Methode als Relativismus, da die Richtigkeit eines Werturteils nur in Beziehung zu einem bestimmten obersten Werturteil, nur im Rahmen einer bestimmten Weltanschauung erklärt wird, ohne die Richtigkeit des Werturteils und damit der Wert- und Weltanschauung selbst festzustellen. Der Relativismus gehört der theoretischen und nicht der praktischen Vernunft an. Letzte Stellungnahmen können zwar vorgenommen, aus relativistischer Sicht jedoch nicht wissenschaftlich begründet werden³⁴¹.

3. Der Begriff des Rechts

Die Definition des Rechtsbegriffs obliegt nach Radbruch nicht der Rechtswissenschaft, sondern der Rechtsphilosophie: *„Der Begriff des Rechts ist ein Kulturbegriff, d.h. ein Begriff von einer wertbezogenen Wirklichkeit, einer Wirklichkeit, die den Sinn hat, einem Wert zu dienen. Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen. Der Rechtsbegriff ist also ausgerichtet an der Rechtsidee. Die Idee des Rechts kann nun keine andere sein, als die Gerechtigkeit.“*³⁴² Die Gerechtigkeit, hier in ihrem objektiven Sinne³⁴³, ist

³³⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 10, 11; die Aufgabe des Verfahrens erschöpft sich nicht in der Registrierung rechtlicher Zielgedanken, sondern es will sie klären und möglicherweise auch korrigieren. Sie zeigt dem Wertenden den objektiven Sinn seines Wollens und wird ihn damit entweder in seinem Werturteil bekräftigen oder erschüttern. Radbruchs Methode ist daher kein rein empirisches, sondern ein philosophisches Verfahren.

³⁴⁰ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 10, 11

³⁴¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 11, 13; eine relativistische Auffassung erkennt Radbruch u.a. bereits bei Goethe, der, so zitiert ihn Radbruch, am 22.01.1811 nach der Lektüre einer „*vergleichenden Geschichte der philosophischen Systeme*“ an Reinhard schrieb: „*Bei Lesung dieses Werks begriff ich aufs neue, was der Verfasser auch sehr deutlich ausspricht: dass die verschiedenen Denkweisen in der Verschiedenheit der Menschen gegründet sind und eben deshalb eine durchgehende gleichförmige Überzeugung unmöglich ist. Wenn man nur weiß, auf welcher Seite man steht, so hat man schon genug getan; man ist alsdann ruhig gegen sich und billig gegen andre.*“ Radbruchs relativistische Auffassung findet sich nach Bomsmann bereits in den „Grundzüge der Rechtsphilosophie“. P. Bomsmann in „Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs“ S. 9, 10

³⁴² G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S.29, 30; die, von der Rechtswissenschaft häufig versuchte, induktive Gewinnung des Rechtsbegriffs aus einem Vergleich der verschiedenen Rechtsercheinungen

ein absoluter und daher nicht aus einem anderen Wert ableitbarer Wert. Radbruch unterscheidet nach Aristoteles³⁴⁴ die ausgleichende von der austeilenden Gerechtigkeit. Die austeilende Gerechtigkeit enthält die Idee der Gerechtigkeit³⁴⁵, an welcher der Rechtsbegriff zu orientieren ist. Die Gerechtigkeit setzt jedoch bereits die Feststellung der Gleichheit und Ungleichheit aus einem nicht in ihr enthaltenen Gesichtspunkt voraus³⁴⁶. Sie regelt zudem nur das Verhältnis und nicht die Art der Behandlung. Sätze richtigen Rechts können daher nur aus der Gerechtigkeit abgeleitet werden, wenn diese durch andere Grundsätze ergänzt wird. Die Gerechtigkeit ist nicht das erschöpfende – wohl aber das spezifische Rechtsprinzip³⁴⁷. Sie ist maßgeblich für die Begriffsbestimmung des Rechts. Das Recht ist „*die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen.*“³⁴⁸ Bei den Wirklichkeiten, die den Sinn haben, den Ideen zu dienen, handelt es sich um besondere Wirklichkeiten. Sie sind ein Zwischengebilde zwischen den Ideen und anderen Wirklichkeiten, da sie als psychologische Tatsächlichkeiten der Wirklichkeit angehören und sich gleichzeitig über andere Wirklichkeiten stellen,

ist zufälliger Natur, nicht allgemeingültig und widerspricht dem Methodendualismus. Bereits in der Flugschrift „Ihr jungen Juristen!“ forderte Radbruch im Jahre 1919 die Bewusstmachung, dass im Recht zunächst nicht Staatsbefehl, sondern vielmehr ein Versuch zur Gerechtigkeit zu sehen ist. G.Radbruch in „Ihr jungen Juristen!“ S. 13, GRGA 15 S. 90

³⁴³ Die objektive ist von der auf sie gerichteten subjektiven Gerechtigkeit, der Gesinnung, zu unterscheiden. Die Gerechtigkeit ist daher keine Erscheinungsform des sittlichen Guten. Sie bewertet das Verhältnis zwischen Menschen und nicht den einzelnen menschlichen Charakter. Die Gerechtigkeit, welche beurteilt, ob ein Gesetz gerecht ist, unterscheidet sich außerdem von der Rechtlichkeit, welche beurteilt, ob die Anwendung oder Befolgung eines Gesetzes gerecht ist. Die Rechtlichkeit lässt sich als Form der Gerechtigkeit am positiven Recht messen. Radbruch will hingegen das positive Recht an der Gerechtigkeit messen. G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 30

³⁴⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 31, 32; Aristoteles in „Nikomachische Ethik“ S. 124 ff.

³⁴⁵ Gerechtigkeit bedeutet Gleichheit. Diese kann absolute oder relative Gleichheit sein. Die absolute Gleichheit zwischen Gütern heißt ausgleichende Gerechtigkeit und fordert mindestens zwei, sich gleichberechtigt gegenüberstehende Personen. Die verhältnismäßige Gleichheit heißt austeilende Gerechtigkeit und betrifft die Behandlung verschiedener Personen durch eine dritte, übergeordnete Person oder Instanz, die Lasten auflegt oder Vorteile gewährt. Da die ausgleichende Gerechtigkeit einen den Beteiligten die Gleichberechtigung verleihenden Akt der austeilenden Gerechtigkeit voraussetzt, ist letztere die Urform der Gerechtigkeit.

³⁴⁶ G.Radbruch stellt dazu in „Rechtsphilosophie“ S. 31, 32 fest: „*Gleichheit ist ja nicht eine Gegebenheit, die Dinge und Menschen sind so ungleich wie ein Ei dem anderen, Gleichheit ist immer nur Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte.*“

³⁴⁷ Neben der Gerechtigkeit tritt nach G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 32 die Billigkeit, die trotz generalisierender Natur nur eine Gerechtigkeit des Einzelfalls darstellt.

³⁴⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 32

indem sie an diese Maßstäbe anlegen und Forderungen stellen³⁴⁹. Die Anordnung³⁵⁰, die gleichzeitig Positivität und Normativität aussagt, ist dabei die Tatsächlichkeit, die der Rechtsidee, der Gerechtigkeit zu dienen hat. Sie ist eine auf die Gerechtigkeit bezogene Wirklichkeit und teilt mit dieser den sozialen Bezug auf den Menschen. Das Wesen der Gerechtigkeit zeichnet sich dadurch aus, dass es darauf gerichtet ist, das soziale Verhältnis im Sinne der Gleichheit zu gestalten. Die rechtliche Anordnung ist ihrem Wesen nach auf Gleichheit gerichtet und hat gleichzeitig einen generellen Charakter. Eine Anordnung, welche auf eine einzige tatsächliche Begebenheit gerichtet ist, kann somit nur dann Rechtssatz sein, wenn das Substrat und nicht die Anordnung selbst individuellen Charakter hat. Radbruch fasst das Wesen der rechtlichen Anordnung dahin zusammen, „*daß sie positiver und zugleich normativer, sozialer und genereller Natur*“ ist und bestimmt in diesem Sinne das Recht, „*als den Inbegriff der generellen Anordnungen für das menschliche Zusammenleben.*“³⁵¹ Diese Begriffsbestimmung ist im Verhältnis zur Rechtswissenschaft apriorischer Natur. Sie leitet sich deduktiv aus der Rechtsidee und nicht induktiv aus einzelnen Rechtserscheinungen ab. Der Rechtsbegriff ist ein notwendiger Allgemeinbegriff. Die einzelnen Rechtserscheinungen sind nur als solche zu bewerten, weil der Begriff des Rechts sie umfasst und nicht, weil sie sich dem Rechtsbegriff einordnen lassen³⁵².

4. Recht und Moral

Der Rechtsbegriff ermöglicht die Unterscheidung zu anderen Normarten wie Moral und Sitte. Recht und Moral sind Kulturbegriffe. Sie lassen die Ideen und Wertbegriffe der Gerechtigkeit und der Sittlichkeit zu Kulturwirklichkeiten werden. Das Schlagwort „*Äußerlichkeit des Rechts, Innerlichkeit der Moral*“ ermöglicht keine Unterscheidung von Recht und Moral, wenn es auf das Substrat bezogen wird, also das äußerliche Verhalten einer rechtlichen und das innerliche Verhalten

³⁴⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 33; solche Kulturgebilde sind das der sittlichen Idee zugeordnete Gewissen, der der ästhetischen Idee zugeordnete Geschmack sowie der der logischen Idee zugeordnete Verstand.

³⁵⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 33, 45, 46; da die Rechtsnormen keine Imperative sind, ist der Begriff der Anordnung strenggenommen widersprüchlich und daher als Wertung zu verstehen.

³⁵¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 33

³⁵² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 33 ff.

einer moralischen Regelung zugeordnet wird³⁵³. Unterscheiden lassen sich so lediglich die Interessenrichtungen, da die Moral nur dann ein Interesse an einem äußeren Verhalten hat, wenn dieses ein inneres Verhalten zeigt, und sich das Recht umgekehrt nur dann für ein inneres Verhalten interessiert, wenn dieses durch ein äußeres Verhalten zum Ausdruck gebracht wird. Das Schlagwort ermöglicht hingegen dann die Unterscheidung von Recht und Moral, wenn man es auf die Zwecksobjekte bezieht. Der rechtliche Wert beurteilt eine Handlung als gut für das Zusammenleben der Menschen, er ist also Wert einer Handlung für andere oder eine Gesamtheit von anderen. Der moralische Wert beurteilt eine Handlung als gut schlechthin, er ist der Wert einer Handlung schlechthin. Den rechtlichen Verpflichtungen steht mithin immer ein Dritter gegenüber, während den moralischen Verpflichtungen nur symbolisch „*der Gott in der eigenen Brust*“ oder das eigene Gewissen gegenübergestellt werden kann³⁵⁴. Die Verschiedenheit der Verpflichtungsweisen von Recht und Moral wird von der Gegenüberstellung von Äußerlichkeit und Innerlichkeit nicht betroffen. Die Tatsache, dass dem Recht bereits das nach außen tretende vorschriftsmäßige Verhalten genügt, während die Moral die normgemäße Gesinnung beansprucht, die Moral also Moralität und das Recht Legalität fordern, stellt keine Unterscheidung der Verpflichtungsweisen dar. Versteht man die Pflicht als das Unterordnungsverhältnis des Willens zu einer Norm, ist nämlich bereits die Pflicht zu bloßer Legalität ein Widerspruch in sich³⁵⁵. Der Begriff der Legalität ist keine Eigentümlichkeit des Rechts. Er ist vielmehr allen Werten gemeinsam, die sich nicht wie die Moral ausschließlich auf die Einzelmenschen und deren Beweggründe beziehen. Die Rechtsnormen sind in ihrer Urgestalt reine Maßstäbe für die Bewertung menschlichen Verhaltens in einer Gemeinschaft und enthalten keine Befehle für den einzelnen Menschen³⁵⁶. Da das Recht das menschliche Verhalten jedoch nicht nur beurteilen, sondern auch steuern will, werden die rechtlichen Maßstäbe in Imperative transformiert. Diese Imperative sind den menschlichen Willen bestimmende Verbote und Gebote. Sie

³⁵³ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 36, 37; die Rechtserfahrung zeigt, dass es rechtlich erhebliches inneres Verhalten gibt, sei es als Maßstab zur Beurteilung des äußeren Verhaltens oder als eigenständige Wirkungsquelle. Gleichzeitig ist die moralische Beurteilung nicht auf ein inneres Verhalten beschränkt, da erst der aktive und manifestierte einem verwerflichen Trieb entspringende Wille verurteilt wird.

³⁵⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 38, 39

³⁵⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 40

³⁵⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 40, 41; das Recht ist somit nach seinem primären Charakter aus Bewertungs- und nicht aus Bestimmungsnormen zusammengesetzt.

entspringen der Wirklichkeit und sind von den Normen zu unterscheiden, die einer Nichtwirklichkeit zuzuordnen sind, die erst verwirklicht werden will³⁵⁷. Die Norm fordert ein normgemäßes Verhalten aus normgemäßem Motiv, während dem Imperativ von der Motivation abgesehen immer Genüge getan wird, sobald ein Verhalten nur imperativgemäß ist: *„Mit anderen Worten: die Norm verlangt Moralität, der Imperativ Legalität – aber wiederum ist, auch für diese sekundäre imperativische Gestalt des Rechts, die Legalität nicht etwa eine Verpflichtungsweise, da das Wesen eines Imperativs eben nicht darin liegt zu verpflichten, sondern zu bestimmen, nicht darin zu gelten, sondern zu wirken.“*³⁵⁸ Der Gegensatz von Äußerlichkeit und Innerlichkeit zeigt sich auch nicht in der Verschiedenheit der Geltungsquellen, einem heteronomen Recht und einer autonomen Moral. Eine heteronome Verpflichtung, also eine Verpflichtung durch einen von außen an den Rechtsunterworfenen herantretenden Willen, ist ein Widerspruch in sich. Ein Wollen kann aufgrund einer entsprechenden Machtposition zwar ein Müssen, niemals aber ein Sollen hervorbringen. Die Autonomie kann nur so verstanden werden, dass man in dem verpflichtenden Selbst der Selbstverpflichtung die sittliche Persönlichkeit, ein rein ideales und normatives Gebilde, mithin die verpflichtende Norm selbst erkennt und kein Wollen, sei es das Verlangen des Gewissens oder eine andere empirisch-psychologische Wirklichkeit. Diese Feststellung führt nach Radbruch jedoch zu dem Dilemma, dass man das Recht entweder als Willen ansieht und damit auf die Begründung seiner Geltung verzichtet oder als gesollt, verpflichtend, geltend auffasst, *„diese Geltung dann aber autonom, als Forderung der eigenen sittlichen Persönlichkeit des rechtsunterworfenen begründet“*³⁵⁹. Obwohl Recht und Moral im Inhalt ihrer Forderungen allenfalls zufällig übereinstimmen, sind die beiden Kulturbegriffe miteinander verbunden. Die Moral ist Zweck des Rechts und Grund seiner verpflichtenden Geltung. Rechtliche Geltung erfordert die Ausstattung des rechtlichen Imperativs mit moralischer Verpflichtungskraft durch das Einzelgewissen. Die Eigenständigkeit des Rechts bleibt dabei jedoch erhalten: *„Die Moral unterwirft sich hier einer fremden Gesetzgebung, überlässt sich der*

³⁵⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 41, 76, 119; nach Radbruchs Ansicht enthält ein Satz wie „Tue Deine Pflicht!“ einen normativen Gehalt in imperativer Form. Er ist Imperativ, sofern er ist und wirkt, und er ist eine Norm, sofern er bedeutet und gilt. Eine Norm ist der Inhalt des aus der Tatsächlichkeit eines Befehlsvorgangs herausgelösten Imperativs. Rechtssätze sind letztlich Imperative.

³⁵⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 42

³⁵⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 42

*spezifischen Dialektik eines anderen Vernunftgebiets, signiert gleichsam durch Blankoakzept einen erst in einem andern Normgebiet festzustellenden Pflichtgehalt. Sie stempelt Recht und Gerechtigkeit zu moralischen Aufgaben, überlässt aber die Feststellung ihres Inhalts einer außermoralischen Gesetzgebung.“*³⁶⁰ Weil das Recht die Moral zu seinem Zweck hat, ist diese Sanktion des Rechts durch die Moral möglich. Das Recht dient der Moral dabei mit der Gewährung von Rechten und nicht mit der Auferlegung von Pflichten. Dem Einzelnen werden Rechte gewährt, damit er seinen moralischen Pflichten genügen kann. Das Spannungsverhältnis zwischen Recht und Moral ist dadurch gekennzeichnet, dass das Recht „*zunächst genau so fremd, genau so unterschiedlich und möglicherweise gegensätzlich neben der Moral*“ steht „*wie stets das Mittel neben dem Zweck, um erst nachträglich, eben als Mittel moralischer Wertverwirklichung, an der Werthaftigkeit seines Zweckes teilzunehmen und so, unter dem Vorbehalt seiner Eigengesetzlichkeit, in die Moral aufgenommen zu werden.*“³⁶¹

5. Recht und Sitte

Als Vorform von Recht und Moral steht die Sitte zu diesen in einem historischen und keinem systematischen Verhältnis. Haben sich Recht und Moral auf Grundlage der Sitte erst einmal zu selbständigen Kulturformen herausgebildet und voneinander gelöst, wird die Sitte zu einem Mischprodukt von rechtlicher und moralischer Bewertung und verliert ihre selbständige Bedeutung. Eine Abgrenzung von Recht und Sitte scheitert daran, dass die Sitte im Gegensatz zu den wertbezogenen Begriffen von Recht und Moral an keiner Wertidee orientiert ist³⁶².

6. Der Zweck des Rechts

Recht ist „*die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswert, der Rechtsidee zu dienen*“³⁶³. Diese spezifische Rechtsidee ist die in ihrer absoluten Geltung letztlich

³⁶⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 43, ff., 44; da die Bestimmung der Rechtspflicht einem außermoralischen Bereich überlassen bleibt, ist das Recht die Möglichkeit der Moral und gleichzeitig die Möglichkeit der Unmoral. Die inhaltliche Trennung von Recht und Moral wird aufrecht erhalten, die Rechtsnorm wird nicht zu einer moralischen Norm bestimmten Inhalts gemacht.

³⁶¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 44, 45

³⁶² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 46 ff.

³⁶³ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 29

inhaltslose Gerechtigkeit, die „*nur die Form des Rechtens*“ bestimmt. „*Um den Inhalt des Rechts zu gewinnen, muß ein zweiter Gedanke hinzutreten: die Zweckmäßigkeit.*“³⁶⁴ Die Zweckmäßigkeit ist zwar ein materieller, gleichzeitig aber ein nur relativer Wert, da sie sich nur durch die systematische Entwicklung der verschiedenen Rechts- und Staatsauffassungen, also der verschiedenen Parteauffassungen ermitteln lässt. Sie ist außerdem untrennbar mit dem Begriff des Staates verbunden, da das Recht in einem wesentlichen Teil Staatswille und der Staat wiederum zu einem wesentlichen Teil eine Rechtseinrichtung ist³⁶⁵. Die Frage nach dem Zweck des Rechts richtet sich ausschließlich nach der überempirischen Zweckidee, nicht etwa nach den empirischen, das Recht hervorbringenden Zweckideen. Die Beantwortung der Frage erfordert die Betrachtung der anderen absoluten Werte, denen das Recht zu dienen bestimmt und geeignet ist, der Trias der ethischen, logischen und ästhetischen Werte, dem Guten, dem Wahren und dem Schönen. Das Recht kann nur dem, die anderen absoluten Werte jedoch beinhaltenden, ethischen Wert des Guten zu dienen bestimmt sein. Der logische und der ästhetische Wert sind als Ziele sittlichen Handelns Bestandteile der in einem Abhängigkeitsverhältnis zur ethischen Pflichtenlehre stehenden ethischen Güterlehre³⁶⁶. Ein Blick auf die Substrate der verschiedenen ethischen Güter zeigt, dass diese nicht alle gleichzeitig erreichbar sind. Dient man dem einen, vernachlässigt oder verletzt man die anderen. Mit den menschlichen Einzelpersönlichkeiten, den menschlichen Gesamtpersönlichkeiten und den menschlichen Werken gibt es im Bereich der Erfahrungswelt nur drei Arten von Gegenständen, die der absoluten Werthaftigkeit fähig sind. Man unterscheidet so drei Arten von möglichen Werten: Individualwerte, Kollektivwerte und Werkwerte. Die ethische Persönlichkeit ist Individualwert. Eine Gesamtpersönlichkeit, wie das Staatsvolk, ist Kollektivwert. Werke der Wissenschaft und der Kunst sind Werkwerte. Diesen drei Wertarten, die ohne rational bestimmbare Rangordnung nebeneinander stehen, kann man nicht gleichermaßen dienen³⁶⁷. Je nachdem, für welche Ausrichtung man sich entscheidet, spricht man von der individualistischen,

³⁶⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 50

³⁶⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 50

³⁶⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 51; einerseits geht aus der sittlichen Pflichtenerfüllung in Form der sittlichen Persönlichkeit ein sittliches Gut hervor, andererseits führt ein sittliches Gut wie die Wahrheit zu einer sittlichen Pflichtforderung wie der Wahrhaftigkeit.

³⁶⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 52; die Werkwerte stellen eine Sache, die Individualwerte eine Persönlichkeit und die Kollektivwerte die Allgemeinheit in den Vordergrund.

der überindividualistischen oder der transpersonalen Auffassung³⁶⁸. Eine einzelne Auffassung wirkt dabei nie ausschließlich bestimmend. Aus der unterschiedlichen Betonung der gezeigten Auffassungen und Ausprägungen gesellschaftlichen Zusammenlebens ergeben sich die verschiedenen Rechts- und Staatsauffassungen³⁶⁹. Die individualistischen und überindividualistischen Auffassungen finden ihre empirische Verkörperung in den verschiedenen politischen Parteien. Die transpersonale Auffassung drückt sich hingegen in einem Lebensgefühl aus, kann jedoch, da sie sowohl individualistische als auch überindividualistische Elemente enthält, zum persönlichen Gesinnungshintergrund jeder Parteistellung werden.

7. Rechtsphilosophische Parteienlehre

Wie sich die gezeigten Auffassungen in den verschiedenen politischen Parteien widerspiegeln, zeigt sich in Radbruchs rechtsphilosophischer Parteienlehre³⁷⁰. Grundlage der Lehre ist die Tatsache, dass nicht nur das Parteiinteresse real ist, sondern auch keine politische Partei ohne eine zugrundeliegende Ideologie existieren kann, die, hinter der Partei stehend, eine wirksame soziologische Macht

³⁶⁸ Nach G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 52, 54 stehen die Werkwerte, Kollektivwerte und Persönlichkeitswerte je nach vertretener Auffassung jeweils im Dienste zueinander. Die letzten Ziele sind „für die individualistische Auffassung: Freiheit, für die überindividualistische Auffassung: Nation, für die transpersonale Auffassung: Kultur.“ Recht und Staat sind nach individualistischer, überindividualistischer oder transpersonaler Auffassung entweder Beziehungen zwischen den Einzelnen, ein Ganzes über den Einzelnen oder „gemeinschaftliche Beziehungen der Einzelnen zu etwas außerhalb ihrer selbst, zu ihrer gemeinsamen Arbeit, zu ihrem gemeinsamen Werk“.

³⁶⁹ Als technische Ausdrücke schlägt G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 55 ff. für ein Zusammenleben auf Grund des Individualismus das Wort Gesellschaft, für ein überindividualistisch aufgefasstes Kollektivgebilde den Begriff der Gesamtheit und für die transpersonale Form menschlichen Zusammenlebens den Ausdruck der Gemeinschaft vor. Diese Gesellschaftsformen stehen in einem dialektischen Verhältnis, können jeweils in die anderen Formen umschlagen und sind jede für sich nur erreichbar, wenn man eine jeweils andere anstrebt.

³⁷⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 58 ff.; Radbruch entwickelte die Zweck- und Parteienlehre in Etappen, von dem noch dualistischen, die transpersonalen Werte auslassenden, System in der 1. Auflage der „Einführung in die Rechtswissenschaft“ aus dem Jahre 1910, über das bereits triadische System in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ aus dem Jahre 1914 bis zur abschließenden Form in der „Rechtsphilosophie“ aus dem Jahre 1932. G.Radbruch in „Einführung in die Rechtswissenschaft“ GRGA 1 S. 101 ff.; „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ GRGA 2 S. 93ff.; „Rechtsphilosophie“ S. 50 ff.; R.Dreier in „Gustav Radbruchs rechtsphilosophische Parteienlehre“ S.497 ff. sieht in Radbruchs Parteienlehre ein interessantes, aber gleichzeitig, insbesondere aufgrund seiner zur Unvollständigkeit führenden Skizzenhaftigkeit, zur Kritik herausforderndes Projekt, welches wohl vor allem wegen einer Verlagerung der Thematik in die Politikwissenschaft nur wenig Beachtung fand.

darstellt ³⁷¹. Über eine allgemeine Einschätzung der wichtigsten parteipolitischen Strömungen geht die rechtsphilosophische Betrachtung des Parteiwesens jedoch nicht hinaus. Die individualistische Rechts- und Staatsauffassung hat in verschiedenen Ideologien, die sich jeweils über den Individuumsbegriff unterscheiden, den ersten Eindruck in der Parteiideologie hinterlassen. Der Anarchismus sucht das Individuum dabei ausschließlich im empirischen einzelnen Menschen. Die konkrete Individualität führt jedoch zur Verneinung des Rechts und des Staates. Sie können dem einzelnen Menschen mit seinen ausgeprägten persönlichen Eigenheiten, seinen unvernünftigen und unsittlichen Neigungen nicht dienen. Der aufgeklärte Despotismus, der dem Einzelnen auch gegen dessen Willen dienen und der Vernunft und Sittlichkeit erzwingen will, scheitert daran, dass sich Recht und Staat nicht auf das Idealbild des vollkommenen sittlichen und vernünftigen Menschen konzentrieren können. Vernunft und Sittlichkeit können ihrem Wesen nach nicht Ergebnis des Rechtszwanges, sondern nur Tat der Freiheit sein ³⁷². Dem Liberalismus und der Demokratie liegt schließlich derselbe, zwischen empirischer Individualität und sittlicher Persönlichkeit stehende Individuumsbegriff zugrunde. Sie unterscheiden sich durch die unterschiedliche Bewertung des Individuums ³⁷³. Während die Demokratie die unbedingte Herrschaft des Mehrheitswillens fordert, verlangt der Liberalismus im Einzelfall ein Aufbegehren des Einzelnen gegen den Mehrheitswillen ³⁷⁴. Das liberale und das

³⁷¹ Eine Partei kann zwar nach G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 58, 59 als eine reine Interessengemeinschaft gegründet werden, entwickelt jedoch mit der Werbung weiterer, nicht nur durch Interesse an die Partei gebundene, Mitglieder soziologisch zwingend eine grundlegende Ideologie. Der politische Parteikampf zwingt eine Partei außerdem zur, über die Themen des anfänglichen Interesses hinausgehenden, umfassenden Stellungnahme zu allen oder zumindest vielen politischen Fragen. Die Stellungnahme zu diesen politischen Fragen geschieht aber zwingend auf der Grundlage einer Ideologie und nicht aufgrund der anfänglichen, lediglich auf bestimmte Kernpunkte beschränkte, Interessen.

³⁷² G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 60

³⁷³ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 62; Radbruch bemängelt die alte Auffassung, welche in der Demokratie einen Linkliberalismus sah. Zwischen Liberalismus und Demokratie besteht nicht nur ein Maß-, sondern auch ein Artunterschied. Dies verdeutlicht eine Gegenüberstellung der beiden jeweiligen Extremformen, einerseits der Anarchismus und andererseits als über die Politik in die Wirtschaft fortgesetzte Demokratie, der Sozialismus. Es besteht mithin ein weltanschaulicher Gegensatz zwischen den beiden Rechts- und Staatsauffassungen.

³⁷⁴ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 62, 63; Grundlage des staatsphilosophischen Denkens des Liberalismus sind *„die Menschenrechte, die Grundrechte, die Freiheitsrechte des Einzelnen, Teilstücke seiner natürlichen vorstaatlichen Freiheit, die mit dem unbedingten Anspruch auf Achtung in den Staat eingebracht werden, weil der Staat seine Aufgabe und seine Rechtfertigung ausschließlich in ihrem Schutze hat“*. Der Demokratie liegt demgegenüber die Auffassung zugrunde, dass *„der Einzelne seine vorstaatliche Freiheit restlos zur Disposition des Staatswillens, des Mehrheitswillens,“* stellt, *„um als*

demokratische Element schließen sich letztlich nicht aus, sondern liegen in unterschiedlichen Ausprägungen in ihrer nach faschistischer Ausdrucksweise „demoliberalen“ Mischung vor. Während der Liberalismus dem Individuum einen unendlichen Wert zuweist, ist dieser Wert des Individuums in der Demokratie endlich. Der sittliche Wert geht beim Liberalismus in jedem einzelnen Individuum in Erfüllung, während sich in der Demokratie der sittliche Wert nur in einer unendlichen Zahl von Individuen zu entfalten vermag³⁷⁵. Der soziale Individualismus fordert die rechtliche Berücksichtigung der unterschiedlichen Behandlung – soziale und wirtschaftliche Ungleichheit bei gleichzeitiger „demoliberaler“ begründeter politischer und bürgerlicher Gleichheit – und will den „demoliberalen“ Gedanken der Gleichheit durch den sozialen Gedanken der Ausgleichung ersetzen³⁷⁶. Die individualistische Rechts- und Staatsauffassung des Sozialismus hat hingegen nicht die Ausgleichung gesellschaftlicher Ungleichheit, sondern vielmehr die Beseitigung der Ursachen der Ungleichbehandlung zum Ziel. Der Sozialismus fordert die Abschaffung des Privateigentums an Produktionsmitteln³⁷⁷. Die individualistischen Parteiideologien wurden schließlich ergänzt durch eine konservative überindividualistische Parteiideologie. Ging es den individualistischen Auffassungen um eine Neugestaltung der politischen Gegebenheiten, kämpften die überindividualistischen Auffassungen um den Erhalt der bestehenden politischen Tatsachen durch deren Untermuerung mit eigenen ideologischen Konstruktionen³⁷⁸. Der politische Katholizismus legitimiert sich aus dem Umstand, dass er eine von Gott selbst angeordnete Einrichtung mit überindividualistischem religiösem Eigenwert ist. Er kann jedoch gleichzeitig auch als *„weltlicher Staat und als bloßes Werkzeug individualistischer Sicherungs- und Wohlfahrtszwecke angesehen werden. Der Katholizismus hat deshalb die*

Entgelt dafür nur die Möglichkeit zurückzuerhalten, sich an der Bildung dieses Mehrheitswillens zu beteiligen“.

³⁷⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 63, 64

³⁷⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 64, 65; nach Radbruch stellt sich das so gekennzeichnete soziale Recht *„demnach als Sieg der Billigkeit über erstarrte Gerechtigkeit dar.“*

³⁷⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 65, 66; obwohl er das Wirtschaftsleben nicht als ein Zusammen- und Gegeneinanderwirken freier Individuen betrachtet und sich ökonomisch gegen den Individualismus stellt, ist er letztlich doch dazu bestimmt, dem Individuum zu dienen.

³⁷⁸ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 66; nicht das Volk wählt einen Herrscher, sondern dieser wird über das Volk gesetzt. Er herrscht im Namen des Ganzen und nicht im wie auch immer gearteten Auftrag des Einzelnen. Er erhält seine Legitimation nicht von den Individuen, vom Volkswillen, sondern von oben, durch Geschichte, Religion oder schlicht das Charisma des jeweiligen Führers.

*Möglichkeit, nach rechts wie nach links, sowohl an die überindividualistischen wie auch an die individualistischen Parteien Anschluß zu nehmen“*³⁷⁹

8. Antinomien der Rechtsidee

Der absolute, aber inhaltslose Wert der Gerechtigkeit und die inhaltsbestimmende, aber relative Zweckmäßigkeit bieten als Bestandteile der Rechtsidee keinen Ausweg aus dem Relativismus. Da das Recht nicht den Meinungsverschiedenheiten Einzelner überlassen werden darf, vielmehr eine Ordnung über allem bestehen muss, wird die Rechtsidee um einen dritten Bestandteil, die Rechtssicherheit ergänzt: *„Die Sicherheit des Rechts fordert Positivität des Rechts: wenn nicht festgestellt werden kann, was gerecht ist, so muß festgesetzt werden, was rechtsam sein soll und zwar von einer Stelle, die, was sie festsetzt, auch durchzusetzen in der Lage ist. Die Positivität des Rechts wird damit in höchst merkwürdiger Weise selbst zur Voraussetzung seiner Richtigkeit: es gehört ebenso sehr zum Begriffe des richtigen Rechts, positiv zu sein, wie es Aufgabe des positiven Rechts ist, inhaltlich richtig zu sein.“*³⁸⁰ Die Gerechtigkeit und die Rechtssicherheit, die das Problem der Rechtsidee mit dem der Rechtsgeltung vereint, sind absolute Werte, die über den Gegensätzen der Rechts- und Staatsauffassungen, über dem Kampf der Parteien stehen. Die Zweckmäßigkeit ist ein von diesen Gegensätzen abhängiger, ein relativer Wert. Der Auseinandersetzung der unterschiedlichen Rechtsansichten muss ein Ende bereitet werden. Da das Dasein einer Rechtsordnung wichtiger ist als deren Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit, spielt es keine Rolle, ob dieses Ende gerecht oder zweckmäßig ist. Die Rechtssicherheit ist daher ein absoluter Wert. Die Sicherheit des Rechts fordert die Positivität des Rechts³⁸¹. Alle Menschen unterstellen sich jedoch auch der Forderung der Gerechtigkeit. Sie bildet den Gegenstand des politischen Tageskampfes. Die Gerechtigkeit ist absolut, formal und allgemeingültig. Sie ist wie die Rechtssicherheit eine überparteiliche Forderung, von der Staats- und Rechtsauffassung ist es jedoch abhängig, ob und wenn ja, inwieweit sie den anderen Forderungen an das Recht voranzugehen oder nachzustehen habe³⁸². Sowohl die Zweckmäßigkeit wie auch das Verhältnis der

³⁷⁹ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 68, 69

³⁸⁰ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 70, 71

³⁸¹ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 70, 71

³⁸² G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 71

drei Elemente der Rechtsidee sind von den verschiedenen Parteiauffassungen abhängig: „*Allgemeingültige Elemente der Rechtsidee sind Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, relativistische Elemente aber nicht nur die Zweckmäßigkeit selbst, sondern auch das Rangverhältnis der drei Elemente zueinander.*“³⁸³ Die drei Bestandteile des Rechts fordern einander und widersprechen sich gleichzeitig. Gerechtigkeit ist Gleichheit und Gleichheit verlangt Allgemeinheit des Rechtssatzes. Die generalisierende Gerechtigkeit steht in Widerspruch zur individualistisch ausgerichteten Zweckmäßigkeit³⁸⁴. Die Rechtssicherheit fordert dagegen die Positivität des Rechts, und innerhalb des positiven Rechts ist es vollkommen unbedeutend, ob eine Norm gerecht oder zweckmäßig ist. Diese Widersprüchlichkeiten können nicht durch eine Arbeitsteilung nach Maßgabe des jeweiligen Arbeitsgebietes aufgelöst werden³⁸⁵. Nur nach Maßgabe der Gerechtigkeit kann darüber entschieden werden, ob eine Anordnung überhaupt rechtlicher Natur ist. Über den Inhalt der Norm bestimmen zwar alle drei Prinzipien, die Zweckmäßigkeit beherrscht als Rechtsprinzip jedoch den Hauptteil des Rechtsinhalts. Die Gerechtigkeit ist beispielsweise maßgebend, wenn eine Regelung aufgrund der Anforderungen der Gleichheit über die Grenzen der Zweckmäßigkeit hinaus Anwendung findet, bei der Gleichheit vor dem Gesetz oder dem Verbot von Ausnahmerichten diktiert sie den Rechtsinhalt. Die Rechtssicherheit bestimmt beispielsweise dann alleine den Inhalt von Rechtsnormen, wenn es sich um sogenannte Richtungsnormen handelt, die ihren Zweck inhaltsunabhängig erfüllen³⁸⁶. Auch für die Geltungsfrage sind alle drei Bestandteile der Rechtsidee maßgebend, es kann „*die Geltung ungerechten und unrichtigen positiven Rechts nicht schlechthin behauptet werden*“ vielmehr ist die Geltungsfrage „*einer Beurteilung nicht allein vom Standpunkt der Rechtssicherheit, sondern auch vom Standpunkt der Gerechtigkeit und*

³⁸³ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 71, 72

³⁸⁴ Die Gleichheit ist nach G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 72 immer nur eine Form der Abstraktion von einer real gegebenen Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkt und ist daher in der Wirklichkeit nicht gegeben. Jede Ungleichheit ist jedoch unter dem Aspekt der Zweckmäßigkeit, die soweit möglich individualisieren muss, unwesentlich. Daraus resultiert der Widerspruch und das unaufhebbare Spannungsverhältnis von Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit.

³⁸⁵ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 72, 73; eine solche Arbeitsteilung würde bedeuten, dass man eine Norm nach Maßgabe der Gerechtigkeit danach untersucht, ob sie überhaupt die Form des Rechts in sich trägt, ob sie also dem Recht unterstellbar ist. Nach Maßgabe der Zweckmäßigkeit muss die Norm danach untersucht werden, ob sie ihrem Inhalt nach richtig ist. Und nach Maßgabe der Rechtssicherheit muss sie danach untersucht werden, ob ihr Geltung zugesprochen werden kann.

³⁸⁶ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 73, 74

*Zweckmäßigkeit fähig“*³⁸⁷. Trotz teilweiser auch scharfer Widersprüche beherrschen die drei Elemente der Rechtsidee das Recht in gleichem Maße, wobei in verschiedenen Epochen mal das eine, mal das andere Element dominant war³⁸⁸. Der Relativismus selbst ist für Radbruch Ziel, nicht Nachteil. Er zeigt Widersprüche auf, „ohne sie lösen zu können. Wir sehen darin keinen Mangel eines Systems. Philosophie soll Entscheidungen nicht abnehmen, sie soll gerade vor Entscheidungen stellen. Sie soll das Leben nicht leicht machen, sondern gerade problematisch. Ein philosophisches System soll einem gotischen Dom gleichen, indem die Massen einander tragen, indem sie einander widerstreben. Wie verdächtig wäre eine Philosophie, welche die Welt nicht für eine Zweckschöpfung der Vernunft hielte und sie doch in einem System der Vernunft widerspruchslos aufgehen ließe ! Und wie überflüssig wäre ein Dasein, wenn nicht die Welt letzten Endes Widerspruch und das Leben Entscheidung wäre !“³⁸⁹

9. Die Geltung des Rechts

Die Frage der Rechtsgeltung „ist die Frage der Normativität des Faktischen“. Wenn „ein Wollen, wenn es von der Macht begleitet ist, zwar ein Müssen, aber niemals ein Sollen hervorrufen kann“, bleibt die Frage offen, „wie aus einem Faktum eine Norm“, wie „aus dem Rechtswillen des Staates oder der Gesellschaft ein rechtliches Sollen hervorgehen“ kann³⁹⁰. Dieses Wollen kommt für die Rechtswissenschaft nur bezüglich seiner inhaltlichen Bedeutung in Frage und nicht nach seiner psychischen Tatsächlichkeit. Der reine Inhalt eines Befehls lautet „Dies soll sein!“, der von der psychologischen Grundlage losgelöste Sinn eines Wollens ist also ein Sollen, eine Norm. Eine Norm ist der Inhalt des aus der Tatsächlichkeit eines Befehlsvorgangs herausgelösten Imperativs. Daher begreift die Rechtswissenschaft „den Rechtsinhalt mit methodologischer Notwendigkeit als

³⁸⁷ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 74

³⁸⁸ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 74, 75; die Zweckmäßigkeit ist beispielsweise das vorherrschende Prinzip in einem Polizeistaat. Im Naturrechtszeitalter versuchte man allein aus dem Prinzip der Gerechtigkeit den Inhalt des gesamten Rechtssystems herzuleiten, während im Zeitalter des Rechtspositivismus alleine die Rechtssicherheit ausschlaggebend war. Diese Vorherrschaft der Rechtssicherheit im Rechtspositivismus erfährt Radbruchs Kritik, da in dieser Zeit sowohl die Rechtsphilosophie als auch die Rechtspolitik fast vollständig zum Erliegen kamen. Darauf weist Radbruch auch in die „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 137 ff. hin.

³⁸⁹ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 75

³⁹⁰ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 76

*etwas Geltendes, etwas Gesolltes, etwas Verpflichtendes“*³⁹¹. Die juristische Geltungslehre stößt auf der Suche nach dem Grund dieser Geltung *„mit Notwendigkeit irgendeinmal auf die Tatsächlichkeit eines nicht weiter ableitbaren autoritativen Wollens“*. Wie in einem Pyramidenaufbau wird sie die Geltung einer Rechtsnorm immer von der Geltung einer höheren Rechtsnorm ableiten. Als höchste Rechtsnorm bleibt letztlich die Verfassung übrig. Die Geltung dieser höchsten Rechtsnorm und damit auch der Rechtsordnung als ganzem kann nicht mehr im Verhältnis zu anderen Rechtssätzen dar getan werden.

Die Rechtswissenschaft ist einer Rechtsordnung immanent. Sie kann die Geltung einer Rechtsordnung daher immer nur an ihrem eigenen Geltungsanspruch messen, niemals kann sie über den Geltungsanspruch einer Rechtsordnung *„im Verhältnis zu anderen Ordnungen unparteilich entscheiden“*³⁹². Die Rechtswissenschaft steht Normenkollisionen daher hilflos gegenüber. Im Verhältnis Recht, Sitte und Moral kann sie keine unparteilichen Antworten liefern, sondern nur die Partei des ihr zum Gegenstand gegebenen Rechts einnehmen. Es muss der Rechtswissenschaft *„der Gegenstand ihrer Arbeit durch eine außerjuristische Betrachtungsweise angewiesen werden“*³⁹³. Für eine unparteiliche Lösung der Normenkonflikte ist daher ein *„Sprung aus der Welt des Sinns in die Welt des Seins“* erforderlich. Geltung erlangt diejenige Rechtsordnung, die sich, wenn auch nicht in jedem Einzelfall, so doch zumindest im Durchschnitt der Fälle faktisch durchgesetzt hat. Da sich normative Geltungslehren jedoch das Ziel setzen, die Geltung in jedem Einzelfall nachzuweisen, also allgemeingültige Aussagen zu treffen, kann es sich hier nicht um eine juristische oder philosophische, normative Lehre handeln, sondern nur um eine solche soziologisch-historischer, deskriptiver Natur³⁹⁴. Mit der Machttheorie und der Annerkennungstheorie existieren zwei solche soziologisch-historischen Geltungslehren. Gegen die Machttheorie, die die Geltung des Rechts davon abhängig macht, dass es von einer Macht befohlen wird, die auch zu dessen Durchsetzung befähigt ist, spricht, dass Befehl und Macht nur ein Wollen

³⁹¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 76

³⁹² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 77

³⁹³ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 77, 78

³⁹⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 78; die Unterscheidung der Rechtsgeltungslehren in eine juristische, eine philosophische und eine soziologische oder historisch-soziologische findet sich in jeder Schaffensperiode Radbruchs. G.Radbruch in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ (1914) GRGA 2 S. 152 ff., in „Rechtsphilosophie“ S. 76 ff., 78 ff. sowie 80 ff. und in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 152 ff.

und Können bedeuten ³⁹⁵. Eine Analyse des Machtbegriffs zeigt außerdem, dass dieser über die tatsächliche, physische Gewalt hinausgeht und gleichzeitig psychische Elemente beinhaltet, da alle Macht „*auf der, willigen oder widerwilligen, Anerkennung der Machtunterworfenen*“ beruht ³⁹⁶. Diese Analyse führt somit zur Anerkennungstheorie, die die Geltung des Rechts von der Zustimmung der Rechtsunterworfenen abhängig macht. Man kann der Anerkennungstheorie nicht entgegenhalten, dass sie die rechtliche Bindung vom Belieben derjenigen abhängig macht, die rechtlich gebunden werden sollen. Die Anerkennung ist nämlich keine Funktion des Willens, sondern des Gefühls. Man kann das Gefühl, kann Geschmack, Gewissen und Verstand nicht nach Belieben steuern, kann das eigene Rechtsgefühl nicht dadurch ausschalten, dass man das Recht übertritt ³⁹⁷. Dies zeigt jedoch, dass die Anerkennungstheorie über die psychologische Tatsache der Anerkennung hinausgeht, indem sie etwas als anerkannt unterstellt, was gar nicht anerkannt werden kann. Sie fingiert das, was im wahren Interesse des Einzelnen liegt, als von diesem gewollt. Löst man sich aber von dieser Fiktion, dann gründet man die Geltung des Rechts nicht auf eine fingierte Anerkennung, sondern auf das wahre Interesse des Rechtsunterworfenen an eben dieser Geltung.

Dies stellt jedoch einen Übergang dar, von der historisch-soziologischen zur philosophischen Geltungslehre ³⁹⁸. Der Gefahr der philosophischen Geltungslehre, aus richtigem Recht auf gültiges Recht zu schließen, positive Geltung mit absoluter Gültigkeit gleichzusetzen und somit den Irrlehren des Naturrechts zu verfallen, begegnet Radbruch, indem er die Geltung des positiven Rechts gerade aus der Unmöglichkeit eines Naturrechts begründet. Die Unmöglichkeit des Naturrechts folgt aus der Relativität der Zweckmäßigkeit. Damit wird der Relativismus von einer reinen Betrachtungsmethode zu einem Bauglied des Systems. Da die Ordnung des Zusammenlebens nicht den sich unterscheidenden und widerstreitenden Rechtsanschauungen der Einzelnen überlassen werden kann, muss diese Regelung durch eine überindividuelle Stelle erfolgen. Da Vernunft und Wissenschaft nach

³⁹⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 78, 79; auf der Seite des Adressaten wird somit höchstens ein Müssen, aber niemals ein Sollen, ein Gehorsam, aber keine Pflicht zum Gehorsam erzeugt. Gilt das Recht nur, wenn Macht hinter ihm steht, so verliert es mit dem Machtverlust auch seine Geltung.

³⁹⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 79

³⁹⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 79, 80

³⁹⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 80

relativistischer Ansicht dazu nicht imstande sind, übernehmen Wille und Macht diese Aufgabe: *„Vermag niemand festzustellen, was gerecht ist, so muß jemand festsetzen, was rechtens sein soll, und soll das gesetzte Recht der Aufgabe genügen, den Widerstreit entgegengesetzter Rechtsanschauungen durch einen autoritativen Machtspruch zu beenden, so muß die Setzung des Rechts einem Willen zustehen, dem auch eine Durchsetzung gegenüber jeder widerstrebenden Rechtsanschauung möglich ist. Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, dass er Recht zu setzen berufen ist.“*³⁹⁹ Radbruch bezeichnet diese Feststellung⁴⁰⁰ als Grundnorm, *„auf der die Geltung allen positiven Rechts beruht“*⁴⁰¹. Die Normativität des Faktischen erhält so eine philosophische Begründung, ohne dass man in die soziologische Geltungslehre zurückverfällt. Das Recht gilt nämlich nicht, *„weil es sich wirksam durchzusetzen vermag, sondern es gilt, wenn es sich wirksam durchzusetzen vermag, weil es nur dann Rechtssicherheit zu gewähren vermag. Die Geltung des positiven Rechts wird also gegründet auf die Sicherheit, die ihm allein zukommt oder wenn wir den nüchternen Ausdruck Rechtssicherheit durch gewichtigere Wertformeln umschreiben wollen, auf den Frieden, den es zwischen streitenden Rechtsanschauungen stiftet, auf die Ordnung, die dem Kampfe aller gegen alle ein Ende setzt“*⁴⁰². Diese Grundnorm ist ein naturrechtlicher Rechtssatz, den der zu Ende gedachte staatliche und rechtliche Positivismus voraussetzt. Allein auf diesen dem überpositiven, natürlichen Recht entspringenden Grundsatz kann die Geltung des positiven Rechts begründet werden. Mit diesem naturrechtlichen Satz vom Rechtssetzungsrecht des Gewalthabers ist gleichzeitig ein weiterer Naturrechtssatz verbunden, nämlich der von der Bindung des Gewalthabers an seine eigenen Gesetze⁴⁰³. Radbruch verwendet den Begriff des Naturrechts jedoch weder in seiner frühen, noch in seiner späten Schaffensphase in einem traditionellen Sinne. Unter einem naturrechtlichen Grundsatz versteht er vielmehr generell die rechtsethischen Anforderungen an das Recht⁴⁰⁴.

³⁹⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 81, 82

⁴⁰⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 81, 82; man hat diese Grundnorm nach Radbruch auch folgendermaßen formuliert: *„Wenn in einer Gemeinschaft ein höchster Gewalthaber vorhanden ist, soll, was er anordnet, befolgt werden.“*

⁴⁰¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 81, 82 zitiert zu dieser Feststellung Goethe mit den Worten: *„Herr ist, der uns Ruhe schafft“* (Goethe, Faust, Teil II, Akt IV)

⁴⁰² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 82

⁴⁰³ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 182, 183

⁴⁰⁴ R.Dreier und S.L.Paulson in „Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs“ S. 242 (Fußnote 29)

Er weist außerdem daraufhin, dass dieser Grundsatz nicht die letzte Aussage der Rechtsphilosophie zur Geltungsfrage sein kann. Die Rechtssicherheit ist zwar ein Wert, und die durch positives Recht gewährte Rechtssicherheit kann auch die Geltung ungerechten oder unzweckmäßigen Rechts rechtfertigen. Diese Feststellung führt jedoch nicht zu einem unbedingten Vorrang der Rechtssicherheit vor den Werten der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit. Die drei Bestandteile der Rechtsidee sind gleichwertig. In widerstreitigen Fällen kann eine Entscheidung in die eine oder andere Richtung daher nur durch das Einzelgewissen erfolgen: „*Die restlose Geltung allen positiven Rechts ist also jedem Einzelnen gegenüber nicht zu erweisen. Es wäre auch ein Wunder, wenn ein Wirkliches durch und durch Wert und Geltung hätte.*“⁴⁰⁵ Radbruch betont jedoch ausdrücklich, dass das Recht unabhängig von seinem Inhalt, wie ungerecht es sich auch „*gestalten möge... einen Zweck stets, schon durch sein Dasein erfüllt, den der Rechtssicherheit*“⁴⁰⁶. Nachdem die Frage der Rechtssetzungsbefugnis beantwortet wurde, überlässt Radbruch die letzte Entscheidung der Politik: „*Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, dass er Recht zu setzen berufen ist.*“⁴⁰⁷

10. Geschichtsphilosophie des Rechts

Geschichtsphilosophie ist Geschichte unter dem Gesichtspunkt der Wertverwirklichung. Aufgabe der Geschichtsphilosophie des Rechts ist daher die Betrachtung der Verwirklichung der Rechtsgeltung, des Rechtsbegriffs und der Rechtsidee in der Wirklichkeit des historischen Geschehens. Das Recht ist jeder

⁴⁰⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 82, 83

⁴⁰⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 83

⁴⁰⁷ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 81; G.Spendel führt in „Jurist in einer Zeitwende“ S. 27 zutreffend aus, dass sich der Radbruchsche Wertrelativismus auf die These gründet, dass die letzten Werte nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig sind. Damit sind die letzten Sollenssätze axiomatisch und nicht beweisbar. U.Neumann in „Naturrecht und Politik zwischen 1900 und 1945“ S. 75 bezeichnet den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit in Radbruchs System als Katalysator, der die Transformation eines Seins in ein Sollen ermöglicht. Ein Verstoß gegen den Grundsatz des Methodendualismus liegt nach Neumann dabei nicht vor, da die Rechtssicherheit nicht als faktische Voraussetzung des gesellschaftlichen Lebens, sondern als Aspekt der Rechtsidee und damit als Wert verstanden wird. Der Radbruchsche Relativismus mag einen positivistischen Beiklang haben, wenn Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 82 die Gerechtigkeit nur als „*zweite*“, die Rechtssicherheit aber als „*nächste*“ Aufgabe des Rechts sieht. Der Relativismus führt entgegen H.Welzel in „Naturrecht und materielle Gerechtigkeit“ S. 188 aber nicht „*zur Auslieferung des Rechts an die Macht*“, da kein unbedingter Vorrang der Rechtssicherheit besteht und dem Einzelgewissen die letzte Entscheidung obliegt.

rechtlichen Betrachtung vorausgehende Kategorie und Denkform, aber es ist auch eine reale, jede Tatsache der Rechtswelt gestaltende Kulturform. Neue Rechtsideen verwirklichen sich nicht im rechtsleeren Raum, sondern durch Umdeutung vorhandener Rechtsinstitute oder Einfügung neuer Rechtsinstitute in bestehende Rechtssysteme. Nach Radbruch drückt sich der kategoriale Begriff des Rechts „als Wirklichkeit aus in der realen Kulturform des Rechts“⁴⁰⁸. Die hieraus resultierende geschichtsphilosophische Frage nach dem Verhältnis von Stoff und Form des Rechts, von der Gestaltungskraft der Rechtsform und der Widerstandskraft des Rechtsstoffes beantworten die verschiedenen Geschichtsauffassungen schließlich auf unterschiedliche Art und Weise⁴⁰⁹. Die geschichtsphilosophische Betrachtung der Verwirklichung der Rechtsidee schlägt zwei Richtungen ein. Betrachtet wird einerseits die unterstützende Rolle der Geschichte bei der Verwirklichung von Rechtsideen der einzelnen Weltanschauungen und Parteien und andererseits der Einfluss der Rechtsideen auf die Geschichte, sei es in Form bewusster Zwecksetzung Einzelner oder unbewusster Gesellschaftsvorgänge⁴¹⁰. Die geschichtsphilosophische Betrachtung der Verwirklichung der Rechtsgeltung führt zur Erkenntnis, dass sich die juristische Geltungslehre nicht nur mit dem Verhältnis verschiedener Rechtssätze innerhalb einer Rechtsordnung beschäftigt, sondern auch mit dem Verhältnis der sich in der Geschichte ablösenden Rechtsordnungen. Nach Radbruch wird die juristische Geltungslehre, wenn man sie auf die Geschichte anwendet, „zum Legitimitätsprinzip, zu der Forderung, daß jede neue Rechtsordnung sich aus ihrer Vorgängerin auf rechtmäßigem Wege entwickelt haben müsse, zur Verneinung der Rechtsgültigkeit jeder Rechtsordnung, die sich

⁴⁰⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 85

⁴⁰⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 85 ff.; die Naturrechtslehre gibt dem Stoff gegenüber der Idee keine Widerstandskraft. Die Materie der Rechtsidee entspringt dabei keiner bestimmten historischen Lage, sondern einem Naturzustand, welcher wiederum kein soziologisches Verhältnis darstellt oder widerspiegelt. Da es also keinen historischen oder soziologischen Stoffwiderstand gibt, ist die Rechtsidee auch keiner Wandlung unterworfen. Die Historische Schule überwindet diese Allmacht der Rechtsform. Danach kann die Rechtsordnung keine Wirkung auf natürliche Vorgänge ausüben. Sie kann nur dem einzelnen Menschen Befehle erteilen und ist gegenüber massenpsychologischen Vorgängen einflusslos. Der Stoffwiderstand ist gleich null, da die wichtigen Bewegungen in der sozialen Welt der Beeinflussung durch das Recht entzogen sind. Die materialistische Geschichtsauffassung sieht demgegenüber im Recht nur eine Erscheinungsform der Wirtschaft. Damit ist die Rechtsform eine Erscheinungsform des Rechtsstoffes. Das Recht hat keinen allgemeingültigen Formbestandteil und ist nur historisch und soziologisch bedingt.

⁴¹⁰ Dabei ist die Rechtsidee nach G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 88, 89 zu einer immer bewussteren und zweckhafteren geschichtlichen Triebkraft geworden.

aus der ihr vorangegangenen Rechtsordnung nicht zu rechtfertigen vermag“⁴¹¹. Man kann diese Forderung jedoch nicht aufrechterhalten. Recht entsteht nicht nur aus Recht, sondern wächst immer wieder „aus wilder Wurzel“. So wie die juristische Geltungslehre den rechtsphilosophischen Aufgaben nicht gerecht werden kann, gilt dies auch für die Legitimitätstheorie in Bezug auf die geschichtsphilosophischen Aufgaben. Die Grundnorm, wonach zur Rechtssetzung berufen ist, wer zur Rechtsdurchsetzung fähig ist, steht über dem Wechsel der Kräfte. Rücken in die von dieser Grundnorm vorgesehene höchste Machtstelle andere soziale Kräfte ein, so stellen sich diese als Rechtsnachfolger der ehemaligen legitimen Machtstelle dar⁴¹².

11. Religionsphilosophie des Rechts

Die Religionsphilosophie des Rechts stellt sich die Frage, ob das Recht nicht nur wertvoll, sondern auch wesenhaft ist. Die Bergpredigt verkündet eine Wesenlosigkeit des Rechts, diese „hat Tolstoi zu einer Wesenwidrigkeit vertieft, hat der Katholizismus im Sinne einer relativen Wesenhaftigkeit eingeschränkt und Luther im Sinne einer nur vorläufigen Wesenhaftigkeit, aber letztendigen Wesenlosigkeit wiederhergestellt“⁴¹³. Die christliche Religionsphilosophie mit der Lehre von der Wesenlosigkeit des Rechts und des Staates ist jedoch nicht in der Lage, die Lehren der Wertphilosophie und damit vom positiven Wert des Rechts und des Staates zu erschüttern. Recht und Staat sowie das gesamte Weltleben sind nur vor Gott weselos, von einem Standpunkt aus, der außerhalb dieser Welt liegt. Die Wertphilosophie und die Rechtsphilosophie sind jedoch keine außerweltlichen Phänomene. Sie nehmen vielmehr einen innerweltlichen Standpunkt ein und fällen innerweltliche Werturteile. Sie sind daher eingeschlossen „in die Bedingtheiten des Weltlebens“⁴¹⁴.

⁴¹¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 90

⁴¹² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 91

⁴¹³ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 92, ff.; Jesus hegte eine tiefe Gleichgültigkeit gegen staatliche und rechtliche Dinge, in der menschlichen Gemeinschaft sah man keine Rechtsgemeinschaft, sondern eine reine, anarchische Liebesgemeinschaft. War das Recht für Tolstoi unchristlich, so hielt es der Katholizismus lediglich für nicht vollchristlich, mit einer von Gott gesetzten Rechtsordnung der Kirche.

⁴¹⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 96

12. Die Psychologie des Rechtsmenschen

Der Mensch als Objekt des Rechts, als Rechtsmensch, ist ein komplexes, durch die drei Bestandteile der Rechtsidee beeinflusstes Gebilde⁴¹⁵. Die Gerechtigkeit ist in zweifachem Sinn entscheidend für die Struktur des Rechtsmenschen. Einerseits als ideale Gerechtigkeit, d.h. als Gerechtigkeit im eigentlichen Sinne, und andererseits als positive Gerechtigkeit, d.h. als Rechtssicherheit. Da sich hier zwei Rechtsstrukturen gegenüberstehen⁴¹⁶, die jede für sich genommen zu Entartungen führen⁴¹⁷, ist eine Durchdringung der Strukturen notwendig. Gleichzeitig darf der einzelne Mensch auch die Zweckmäßigkeit nicht aus den Augen verlieren, da er ansonsten zu dem bekannten „weltfremden Juristen“ wird. Diese Orientierung des Rechtsmenschen am objektiven Recht führt zum Archetyp des Richters, bei der ebenfalls möglichen Ausrichtung am subjektiven Recht erhält man den Kämpfer um das Recht. In jedem Menschen existieren die beiden widerstreitenden Komponenten, das Rechtsgefühl, als Gefühl des eigenen Rechts, und das Gewissen⁴¹⁸.

13. Ästhetik des Rechts

Als Kulturerscheinung bedarf das Recht körperlicher Ausdrucksformen, die einer ästhetischen Bewertung unterliegen. Das Recht kann andererseits als Stoff in die Kunst eingehen. Diese gegenseitigen Einflussmöglichkeiten von Kunst und Recht erfordern eine Ästhetik des Rechts. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Sprache als primäre körperliche Ausdrucksform des Rechts⁴¹⁹. Nicht zuletzt aufgrund seiner aus künstlerischer Sicht sehr attraktiven Eigenschaften der

⁴¹⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 97; die Zweckmäßigkeit ist dabei keine rechtsspezifische Eigenschaft, sondern hat vielmehr eine soziale, politische, kulturelle Natur. Die Gerechtigkeit und die Rechtsicherheit sind hingegen spezifische Rechtswerte, die nicht auf andere Werte zurückgeführt werden können.

⁴¹⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 98 bezeichnet diese als Rechtsidealisten und jene als Rechtsrealisten. Er ordnet den rechtlichen Laien der ersten Kategorie und den eigentlichen Juristen der zweiten Kategorie zu.

⁴¹⁷ Das ist einerseits der „Ordnungsphilister“ und andererseits der „Gerechtigkeitsfanatiker“.

⁴¹⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 102 ff.; kategorisierend gibt es einerseits den Zorntypus, den Zornmütigen, den Starken, den Helden, den Krakeeler, den Bock und andererseits den Angsttypus, den Sanftmütigen, den Gütigen, den Heiligen, den Duckmäuser, das Schaf.

⁴¹⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 106; der kalte Lapidarstil der Sprache des Rechts unterscheidet sich hier deutlich von der glühenden Rhetorik der Sprache vom Kampf um das Recht.

Antithetik ⁴²⁰ findet sich das Recht auch immer wieder in den unterschiedlichsten Erscheinungsformen als Stoff der Kunst ⁴²¹. Es sind vor allem Kunstformen, deren Wesen es ist, die Antithetik zum Ausdruck zu bringen, wie beispielsweise das Drama, die sich immer wieder das Recht als Thema ausgesucht haben.

14. Die Logik der Rechtswissenschaft

Wissenschaften vom Recht sind ganz allgemein Wissenschaften, die das Recht zu ihrem Gegenstand haben. Rechtswissenschaft im engeren Sinn ist die Wissenschaft, die das Recht mit einer spezifisch juristischen Methode bearbeitet. Sie ist die systematische und dogmatische Rechtswissenschaft, die Wissenschaft vom objektiven Sinn positiver Rechtsordnungen. Sie ist die Wissenschaft vom geltenden Recht, vom Recht, das ist, nicht vom richtigen Recht, vom Recht das sein sollte ⁴²². Sie handelt lediglich von unmittelbar wertbezogenen Begriffen, von Rechtsordnungen und nicht vom Rechtsleben, von Rechtsnormen und nicht von Rechtstatsachen ⁴²³. Die Rechtswissenschaft ist die Wissenschaft vom objektiven und nicht vom subjektiven Recht ⁴²⁴. Die systematische, dogmatische Rechtswissenschaft arbeitet in drei Stufen, Interpretation, Konstruktion und System ⁴²⁵. Ziel der juristischen Interpretation ⁴²⁶ ist die Feststellung des objektiv gültigen

⁴²⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 107; es ist dies die Gegensätzlichkeit von Sein und Sollen, positivem und natürlichem, legitimem und revolutionärem Recht, Freiheit und Ordnung, Gerechtigkeit und Billigkeit sowie Recht und Gnade.

⁴²¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 107; dies gilt heute aufgrund der unzähligen Kriminalromane und Film- und Fernsehproduktionen mit juristischen Einschlag noch mehr als zur Zeit Radbruchs. Doch auch Radbruch konnte bereits aus einem großen Fundus künstlerischer Arbeit schöpfen. Nicht zuletzt, weil das Recht, und hier vor allem das positive Recht, immer wieder auf breites Unverständnis stößt, sind die Satire und die Karikatur neben dem Drama Hauptgebiete der das Recht stofflich verarbeitenden Kunst.

⁴²² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 109; sie unterscheidet sich so von den Wissenschaften, die dasjenige Recht zum Gegenstand haben, welches sein soll, der Rechtsphilosophie als Wissenschaft vom Rechtszweck und der Rechtspolitik, als Wissenschaft von den Mitteln zu dem erstrebten Zweck.

⁴²³ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 109, 110; dadurch unterscheidet sie sich von der Rechtstatsachenforschung, wie beispielsweise der Kriminologie.

⁴²⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 110; ihr Ziel ist die Feststellung, wie das Recht zu verstehen ist und nicht, wie es gemeint war. Die Rechtsgeschichte, die Rechtsvergleichung und die Rechtssoziologie handeln vom Sein des Rechts, von dem Inhalt, den der Urheber dem Recht geben wollte und den der Ausleger ihm entnommen hat, vom Recht als verursacher und ursächlich weiterwirkender Tatsache.

⁴²⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 110

⁴²⁶ Nach G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 110 ist Gegenstand der philologischen Interpretation, der „*Erkenntnis des Erkannten*“, hingegen eine rein empirische Methode. Sie ist darauf gerichtet,

Sinns eines Rechtsatzes. Ungenügend ist daher die Feststellung des vom Gesetzesverfasser gemeinten Sinns. Wille des Gesetzgebers ist nämlich der durch das Gesetz geäußerte Wille des Staates und nicht der Wille der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten. Der dem Willen des Gesetzes entsprechende Wille des Gesetzgebers *„ist also nicht Auslegungsmittel, sondern Auslegungsziel und Auslegungsergebnis, Ausdruck für die apriorische Notwendigkeit einer systematisch-widerspruchlosen Auslegung der gesamten Rechtsordnung“*⁴²⁷. Daher kann der Ausleger das Gesetz besser verstehen als sein Verfasser, ist das Gesetz klüger als sein Verfasser⁴²⁸. Die juristische Interpretation hat im Vergleich zu rein intuitiven Auslegungsformen eine rationale Natur. Sie stellt eine logische Interpretation dar. Der Ursprung der Logik liegt nach Radbruch im rhetorischen Unterricht der Sophisten. Da die Rhetorik nun aber die Kunst des Beweisens und Widerlegens in der Wechselrede ist, ist die wissenschaftliche Logik ursprünglich vor allem *„Advokatenlogik“*. Gefragt ist daher nicht der vom Verfasser gedachte Sinn, sondern der Sinn, der dem Gesetz entnommen werden kann. Rechtswissenschaftliches Verstehen bedeutet, sich das Recht als Verwirklichung des Rechtsbegriffs zu eigen zu machen, als eine Gegebenheit, die den Sinn hat, die Rechtsidee zu verwirklichen. Die Rechtswissenschaft muss Ihren Stoff daher doppelt verarbeiten. Die kategoriale Verarbeitung stellt das Recht als Verwirklichung des Rechtsbegriffs und der in diesem enthaltenen Rechtskategorien dar. Die teleologische Verarbeitung zeigt das Recht als versuchte Verwirklichung der Rechtsidee⁴²⁹. Radbruch nennt diese doppelte Verarbeitung *„Konstruktion und, wenn sie sich nicht nur auf ein einzelnes Rechtsinstitut, sondern auf das Ganze der Rechtsordnung bezieht, System“*⁴³⁰. Die zwei Stufen der juristischen Arbeit sind zuerst die Ermittlung und endlich die kategoriale und teleologische

Tatsachen festzustellen, nämlich den subjektiv gemeinten Sinn der gedachten Gedanken der Menschen, die einem Geisteswerk zugrunde liegen.

⁴²⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 110, 111

⁴²⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 111; während der Verfasser Unklarheiten und Lücken nicht immer vermeiden kann, muss der Ausleger für jeden Fall eine klare und widerspruchslöse Entscheidung finden.

⁴²⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 116, 117; die Rückführung der Verfahrensvorschriften des Prozessrechts auf Prinzipien, wie die Verhandlungs- oder Offizialmaxime ist eine teleologische Konstruktion. Die Erfassung des Verfahrens als ein Rechtsverhältnis stellt hingegen eine kategoriale Konstruktion des Prozessrechts dar. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht ist kategorial, während Arbeitsrecht oder Wirtschaftsrecht teleologische Begriffe sind. Die Allgemeine Rechtslehre ist eine rein kategoriale Disziplin.

⁴³⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 117

Weiterverarbeitung des Sinns. Die entsprechenden Rechtsbegriffe sind die rechtlich relevanten sowie die konstruktiven und systematischen echten Rechtsbegriffe⁴³¹. In das System der Wissenschaften eingeordnet, ist die Rechtswissenschaft verstehende Kulturwissenschaft. Drei Merkmale kennzeichnen somit ihr Wesen. Sie ist verstehende Wissenschaft, weil sie nicht auf die Tatsächlichkeit eines gemeinten Sinns, vielmehr auf die objektiv gültige Sinnbedeutung der Rechtssätze gerichtet ist⁴³². Individualisierende Wissenschaft ist sie, weil sie nur individuelle Rechtsordnungen zum Gegenstand und lediglich die Entscheidung der Einzelfälle zum Ziel hat⁴³³. Sie ist schließlich wertbeziehende Wissenschaft, um als individualisierende Wissenschaft nicht „in der Fülle individueller Tatsachen“ zu ertrinken. Die Wertbeziehung ermöglicht eine Entscheidung über die Wesentlichkeit, die Erheblichkeit der Tatsachen. Nur diejenigen Tatsachen werden von einer Kulturwissenschaft aufgenommen, die zu den Kulturwerten, an denen sie sich orientiert, in einer wertenden Beziehung stehen. Diese Wertbeziehung führt zur Wandelbarkeit der Kulturwissenschaften. Die Gegenstände, auf die sie sich bezieht, verändern sich mit jeder „Umwertung der Werte“. In jeder Epoche entscheidet es sich aufs neue, welche Tatsachen in eine Wertung einbezogen

⁴³¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 117, 118; aus den rechtlich relevanten Begriffe, die vor allem Tatsachenbegriffe sind wie Sache, Wegnahme oder Absicht, werden die Rechtsnormen zusammengesetzt. Sie kommen in den Tatbeständen vor und können durch die Auslegung geklärt werden. Mit Hilfe der konstruktiven und systematischen echten Rechtsbegriffe, die Begriffe von Rechten, Rechtsverhältnissen und Rechtspflichten sind, erklärt man sich den normativen Inhalt der Rechtssätze.

⁴³² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S.119; nach Radbruch sind Rechtsätze Imperative, Imperative sind Äußerungen eines Wollens und der objektive Sinn eines Wollens ist ein Sollen. Der Bedeutungsgehalt eines Willensvorgangs kann, ohne auf die Tatsächlichkeit seiner Gewolltheit einzugehen, nur durch ein Sollen ausgedrückt werden. Gegenstand der Rechtswissenschaft sind „Fakta“, Imperative, Wollenssätze. Diese werden jedoch nicht als solche, sondern nach ihrem objektiven Sinn betrachtet. Sie werden also wie Sollenssätze, Normen behandelt. Nach Radbruch kann man „dies dahin ausdrücken, dass die Rechtswissenschaft den Gegenstand einer Seinswissenschaft und die Methode einer Normwissenschaft habe, wenn man darüber nicht vergisst, dass sie letzten Endes Seinswissenschaft und zwar Kulturwissenschaft bleibt.“

⁴³³ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 119, 120; da der Begriff des Gesetzes von dieser Wissenschaft seinen Ursprung nahm und dieser Begriff allgemein hin als generalisierender Begriff verstanden wird, mag diese Feststellung nach Radbruchs Ansicht auf den ersten Blick befremdlich erscheinen. Der einzelne Rechtssatz ist selbstverständlich auch genereller Natur. Gegenstand der Rechtswissenschaft sind aber nach Radbruch nicht die einzelnen Gesetze, sondern vielmehr die Rechtsordnung, zu der diese sich zusammenfügen, also das historische und damit individuelle System. Daneben sind einzelne Rechtsfälle nicht Beispiele allgemeiner Gesetze, wie in den Naturwissenschaften, sondern Gesetze sind eben nur da, damit Einzelfälle entschieden werden können. Nach Radbruchs Ansicht ist „in diesem teleologischen Sinne in der Tat das Recht nicht die Gesamtheit der Normen, sondern die Gesamtheit der Entscheidungen.“

werden. Bisher wertebezogene Tatsachen scheiden aus und verlieren ihre Wesentlichkeit, während bislang gleichgültige Tatsachen „in die Wertebezogenheit emportauchen“⁴³⁴. Es ist daher „kein Wunder, daß jedes Zeitalter seine Rechtswissenschaft neu schreiben muß“⁴³⁵. Weder die Wandelbarkeit des Gegenstandes der Rechtswissenschaft, noch die Willkürlichkeit dieser Wandelbarkeit führen zu einer Verneinung der Wissenschaftlichkeit. Auch andere Wissenschaften wie die Geschichte sind wandelbar. Und die vermeintliche Willkürlichkeit der Handlung des Gesetzgebers findet sich wieder in den Handlungen der Dichter und Feldherren. Damit wäre dann aber auch die Wissenschaftlichkeit der Literaturwissenschaft und der Geschichte zu leugnen⁴³⁶.

15. Das Völkerrecht

Es liegt im Wesen einer rechtlichen Ordnung, universal zu sein. Einen tatsächlich rechtsleeren Raum gibt es nicht. Bereiche, die offenbar keiner rechtlichen Regelung unterliegen, wurden bewusst von der Rechtsordnung ausgeschlossen. Daher gilt eine Rechtsordnung vom Standpunkt einer anderen Rechtsordnung nur, weil ihr der notwendige Raum gewährt wird. Jede Rechtsordnung erhebt den Anspruch, überall auf der Welt gültig zu sein. Aufgrund der daraus resultierenden Widersprüche fordert die Rechtssicherheit ein über allen anderen Rechtsordnungen stehendes Völkerrecht. Das Ergebnis ist jedoch ein weiterer Widerspruch, da der universale Geltungsanspruch des Völkerrechts zu einem eingeschränkten Geltungsbereich der einzelnen Rechtsordnungen führt, während diese jedoch gleichzeitig einen eigenen universalen Geltungsanspruch haben und dem Völkerrecht jeweils nur nach Maßgabe des eigenen Willens Geltung beimessen⁴³⁷. Radbruch überlässt diese Problematik den verschiedenen Parteiauffassungen. Der Individualismus fordert den Weltstaat, da dieser dieselbe Individualitätslosigkeit in sich trägt wie das nationalitätslose, den Urbestandteil des individualistischen Staates bildende Individuum. Die überindividualistische Staats- und Rechtsauffassung führt hingegen zur Leugnung des Völkerrechts und zum Souveränitätsdogma. Die transpersonale Auffassung dient schließlich als Grundlage des Völkerrechts. Der

⁴³⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 119 ff.

⁴³⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 120

⁴³⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 121

⁴³⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 192

Transpersonalismus wendet sich einerseits gegen die Auflösung der Nationalstaaten in einen Weltstaat, da der Einzelne nur im Nationalstaat kulturschöpferisch sein kann, und er leugnet gleichzeitig die Möglichkeit der Verabsolutierung des Nationalstaates, da Kulturaufgaben immer auch internationaler Natur sind⁴³⁸. Da es ein positives Völkerrecht gibt, entspricht die tatsächliche Entwicklungstendenz der transpersonalen Auffassung⁴³⁹.

16. Das Naturrecht

Das Naturrecht zeichnet sich dadurch aus, dass es die Widerstandskraft des Stoffes gegen die Idee gleich Null setzt. Der nicht als soziologisches Verhältnis zu verstehende Naturzustand ist Materie der Rechtsidee und keine historische Lage. Dieser mangelnde historische oder soziologische Stoffwiderstand der Naturrechtslehre führt dazu, dass die einem konkret-stofflichen Element entspringende Rechtsidee nicht wandelbar ist und ein ewiges und überall gleiches Rechtsideal besteht⁴⁴⁰.

⁴³⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 192 ff.

⁴³⁹ Diese wird nach G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 197, 198 von einem überstaatlichen Gemeinwillen getragen und ist niedergelegt in ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und im Gewohnheitsrecht. Zwar ist nur ein kleiner Teil der Rechtsbeziehungen geregelt, aber für die Lückenfüllung sind die allgemeingültigen Rechtsgrundsätze anzuwenden, wie sie sich auf dem Boden des Naturrechts gebildet haben und zu positivem Völkerrecht geworden sind. Ansonsten soll derjenige, dem die völkerrechtliche Entscheidung obliegt, nach den Regeln entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Dadurch wird „*die scharfe Grenze zwischen absoluter Gültigkeit und wirklicher Geltung des Rechts*“ nicht verwischt, da hinter jedem einzelnen so entstandenen Rechtssatz der inner- und überstaatliche Gemeinwille steht, der die inner- wie überstaatliche Rechtsordnung trägt.

⁴⁴⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 86

III. Gustav Radbruchs Spätwerk

1. Nachkriegsveröffentlichungen

Radbruch befasste sich bereits während der Herrschaftszeit des Nationalsozialismus neben literarischen auch weiter mit rechtswissenschaftlichen Themen⁴⁴¹. Besondere Bedeutung haben jedoch die aus der Nachkriegszeit stammenden Texte. Die hier aufgegriffenen Abhandlungen „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ (1945), „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ (1946), „Vorschule der Rechtsphilosophie“ (1947), und „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ (1948) zählen zu Radbruchs bedeutendsten Schriften. Da Radbruch nicht mehr dazu kam, die geplante vierte und überarbeitete Auflage der „Rechtsphilosophie“ zu verfassen, sind diese, im Folgenden dargestellten Texte das maßgebliche Zeugnis der Akzentverschiebung.

a. Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945)

In fünf Schritten legt Radbruch dar, warum „*nur noch gewollte Skepsis den Zweifel*“ an eine festen Bestand an Grundsätzen des Naturrechts oder des Vernunftrechts aufrechterhalten kann⁴⁴². Während Soldaten von dem Prinzip „*Befehl ist Befehl*“ absehen, wenn ein Befehl ein Verbrechen bezweckt, gibt es für Juristen keine Ausnahme von dem Grundsatz „*Gesetz ist Gesetz*“. In Übereinstimmung mit der „Rechtsphilosophie“ gilt ein Gesetz nach Radbruch „*weil es Gesetz ist, und es ist Gesetz, wenn es in der Regel der Fälle die Macht hat, sich durchzusetzen*“⁴⁴³. Diese Gesetzesauffassung führt zu einer Gleichsetzung von Recht und Macht und zur Wehrlosigkeit der Juristen und des Volkes gegenüber willkürlichen, grausamen und verbrecherischen Gesetzen. Die Ergänzung „*Recht ist, was dem Volk nützt*“ ist unzureichend. Willkürliche, grausame und verbrecherische Gesetze werden nämlich zumindest dann zu Recht, wenn und solange sie dem Volk nützen. Der Gemeinnutz, im Sinne der Zweckmäßigkeit,

⁴⁴¹ Zu denken ist hier an Texte wie „Der Relativismus in der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 17 ff., „Arten der Interpretation“ GRGA 3 S. 23 ff., „Der Zweck des Rechts“ GRGA 3 S.39 ff. oder „Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken“ GRGA 3 S. 60 ff.

⁴⁴² G. Radbruch in „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ in GRGA 3 S. 78

⁴⁴³ G. Radbruch in „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ in GRGA 3 S. 78; G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 70 ff., 76 ff.

wird aber vom Inhaber der Staatsgewalt festgestellt. Sein Eigennutz wird zum Gemeinnutz. Diese Gleichsetzung von Recht und vermeintlichem Gemeinnutz kann einen Rechtsstaat jedoch in einen Unrechtsstaat verwandeln. Es muss daher heißen: „*Nur was Recht ist, nützt dem Volk.*“⁴⁴⁴ Recht ist der Wille zur Gerechtigkeit. Gerechtigkeit bedeutet, dass alle mit dem gleichen Maß gemessen werden⁴⁴⁵. Leugnen Gesetze den Willen zur Gerechtigkeit, fehlt ihnen die Geltung. Ihnen muss der Rechtscharakter abgesprochen werden⁴⁴⁶. Das Gesetz schützt das Recht gegenüber Zweifeln. Es hat daher aus sich heraus bereits einen Wert. Das Wesen des Rechts wird also von den drei Werten, der Gerechtigkeit, dem Gemeinnutz und der Rechtssicherheit bestimmt. Da eine harmonische Vereinigung dieser drei Werte aufgrund der menschlichen Unvollkommenheit nicht immer möglich ist, muss man in Zweifelsfällen abwägen, ob dem willkürlichen, grausamen oder verbrecherischen Gesetz aufgrund der Rechtssicherheit die Geltung zugesagt oder aber aufgrund der Ungerechtigkeit oder Gemeinschaftlichkeit die Geltung versagt werden muss. Es kann nach Radbruchs Ansicht also „*Gesetze mit einem solchen Maß von Ungerechtigkeit und Gemeinschaftlichkeit geben, dass Ihnen die Geltung, ja der Rechtscharakter abgesprochen werden muß*“⁴⁴⁷. Mit den Grundsätzen des Naturrechts und dem Vernunftrecht existieren Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jedes Gesetz. Trotz aller Skepsis hat sich während der Jahrhunderte ein über alle Zweifel erhabener fester Bestand dieser Grundsätze in den Menschen- und Bürgerrechten herausgearbeitet. Dieses Spannungsverhältnis ist bereits in der Bibel in zwei Sätzen beschrieben worden, denn dort heißt es einerseits „*Ihr sollt gehorsam sein der Obrigkeit, die Gewalt über euch hat*“, und andererseits steht geschrieben „*Ihr sollt Gott mehr gehorchen als den Menschen*“. Durch eine Feststellung wie „*Gebt dem Kaiser, was des Kaisers und Gott, was Gottes ist*“ kann man dieses Spannungsverhältnis nicht lösen, da auch hier die Grenzen undefiniert bleiben. Die Lösung bleibt der Stimme Gottes überlassen, „*welche nur angesichts des besonderen Falles im Gewissen des Einzelnen zu ihm spricht*“⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ G. Radbruch in „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ in GRGA 3 S. 78

⁴⁴⁵ Werden beispielsweise Taten gegen Gesinnungsgenossen oder die Angehörigen der eigenen Rasse und Religion anders beurteilt als die selben Taten gegen anders Gesinnte oder Angehörige anderer Volks- oder Religionsgemeinschaften, ist weder Gerechtigkeit noch Recht gegeben.

⁴⁴⁶ G. Radbruch in „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ in GRGA 3 S. 78, 79

⁴⁴⁷ G. Radbruch in „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ in GRGA 3 S. 79

⁴⁴⁸ G. Radbruch in „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ in GRGA 3 S. 79

Formulierung und Inhalt der Abhandlung machen deutlich, dass Radbruch die Schrecken des Dritten Reiches noch deutlich vor Augen hatte. Das von Radbruch in der „Rechtsphilosophie“ entworfene System zeichnet sich durch seine Wertebezogenheit aus. In „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ bekennt sich Radbruch nun zu Rechtsgrundsätzen, welche jenseits der Positivität des Rechts stehen und die Rechtssicherheit zugunsten der Gerechtigkeit oder Gemeinnützigkeit bzw. Zweckmäßigkeit in den Hintergrund treten lassen ⁴⁴⁹. Zweifel an diesen Rechtsgrundsätzen vermutet er nur noch dort, wo eine gewollte Skepsis vorhanden ist. Ein unvoreingenommener Geist soll keine Zweifel mehr haben dürfen. Der Bezug zum Glauben über das biblische Spannungsverhältnis ist nicht Ausdruck fehlender Entscheidungsfreude, sondern zwingt den Einzelnen in die Verantwortung ⁴⁵⁰. Radbruch überlässt zwar der Stimme Gottes die letzte Entscheidung, nimmt also einen metaphysisch anmutenden Standpunkt ein. Diese Stimme Gottes spricht aber zu dem Einzelnen und auf diese Weise auch durch den Einzelnen. Sie spricht im Gewissen des Einzelnen und lässt somit letzten Endes das Gewissen des Einzelnen die ausschlaggebende Entscheidung treffen.

b. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946)

Der Nationalsozialismus fesselte Soldaten und Juristen mithilfe der Grundsätze „*Befehl ist Befehl*“ und „*Gesetz ist Gesetz*“ an sich. Galt der Befehls-Grundsatz für Soldaten nur eingeschränkt ⁴⁵¹, war der dem Positivismus entspringende Gesetzes-Grundsatz für Juristen streng verbindlich. Der Positivismus hatte mit der Überzeugung „*Gesetz ist Gesetz*“ die deutschen Juristen wehrlos gemacht gegen Gesetze mit willkürlichem und verbrecherischem Inhalt. Aus eigener Kraft, auch nicht aufgrund der Durchsetzungsmacht, kann der Positivismus dabei die Geltung von Gesetzen gar nicht begründen. Auf Macht lässt sich nämlich vielleicht ein

⁴⁴⁹ K.Kühl fasst den von Radbruch in dem Aufsatz eingenommenen Standpunkt in „Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg“ S. 333 wie folgt zusammen: „...es gibt nicht nur inhaltlich bestimmte Grundsätze des Naturrechts, sondern ihre Verleugnung durch den Gesetzgeber nimmt dessen Produkten, den Gesetzen, den Rechtscharakter.“

⁴⁵⁰ Radbruch hatte bereits über zwei Jahrzehnte vorher darauf hingewiesen, dass Religion kein Zustand, sondern vielmehr ein Akt ist. Der religiöse Glaube im radbruchschen Sinne ist stets lebendiger, keine Passivität duldbender Vollzug. G.Radbruch in „Über Religionsphilosophie des Rechts“ GRGA 4 S. 37; R.Hauser in „Die verborgene Lebenslinie“ S. 55, 56

⁴⁵¹ Soldaten wurden gemäß MStrGB § 47 im Zweifel dann von ihrer Gehorsampflcht befreit, wenn Befehle verbrecherischen Zwecken dienten.

Müssen, aber niemals ein Sollen und Gelten gründen⁴⁵². Das Sollen kann nur auf einen dem Gesetz innewohnenden Wert gegründet werden. Zwar ist die Rechtssicherheit ein Wert, der jedem positiven Gesetz innewohnt. Sie ist jedoch weder der einzige, noch der entscheidende vom Gesetz zu verwirklichende Wert. Neben die Rechtssicherheit treten die Gerechtigkeit und die Zweckmäßigkeit. Die Zweckmäßigkeit hat dabei für das Gemeinwohl die geringste Bedeutung, da nur das dem Volk nützt, was Rechtssicherheit schafft und Gerechtigkeit anstrebt⁴⁵³. Die Rechtssicherheit nimmt eine Mittelstellung zwischen Gerechtigkeit und Gemeinwohl ein, da sie von beiden Werten gefordert wird. Sie ist immer auch eine Forderung der Gerechtigkeit, da die Beständigkeit des Rechts im Interesse der Gerechtigkeit liegt. Ein Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit ist daher immer ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst, ein Konflikt zwischen scheinbarer und wirklicher Gerechtigkeit⁴⁵⁴.

In Ausnahmefällen soll dem Gesetz nun die Geltung abgesprochen werden. Die Radbruchsche Formel⁴⁵⁵ gibt den dabei anzuwendenden Rahmen vor, ohne den Wert der Rechtssicherheit vollständig zugunsten der Gerechtigkeit aufzugeben. Eine Übereinstimmung von Recht und Moral fordert die Radbruchsche Formel zwar nicht, aber sie setzt eine Grenze. Ordnungsgemäß gesetzte und sozial wirksame Normen verlieren dann ihren Rechtscharakter und ihre Rechtsgeltung, wenn sie extrem ungerecht sind, extremes Unrecht ist kein Recht mehr⁴⁵⁶. Der Geltung positiven Rechts setzt Radbruch durch die sogenannte Unerträglichkeitsthese die folgenden Grenzen: *„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“*⁴⁵⁷ Eine engere Linie kann nach Radbruch nicht gezogen werden. Man kann diese

⁴⁵² G.Radbruch in „Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht“ in SJZ 1946, S. 107 ff.

⁴⁵³ Bereits in „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ hatte Radbruch festgestellt, dass keineswegs das Recht ist, was dem Volk nützt, sondern vielmehr nur das dem Volk nützt, was Recht ist.

⁴⁵⁴ G.Radbruch in „Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht“ in SJZ 1946, S. 107

⁴⁵⁵ Unter der dem Begriff der Radbruchschen Formel werden die im Folgenden näher dargestellten Unerträglichkeits- und Verleugnungsthese zusammengefasst.

⁴⁵⁶ R.Alexy in „Mauerschützen“ S. 4, 5

⁴⁵⁷ G. Radbruch in „Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht“ in SJZ 1946 S. 107

Auslegungsregel, denn um eine solche handelt es sich, nicht deutlicher fassen. Die Unerträglichkeitsthese formuliert kein positives Naturrecht. Sie setzt aber ein negatives Naturrecht, eine Naturrechtswidrigkeit⁴⁵⁸.

Eine deutliche Grenzziehung nimmt Radbruch mit der dem Rechtsbegriff zuzuordnenden Verleugnungsthese vor: *„Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur „unrichtiges Recht“, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“*⁴⁵⁹ Die Definition des Rechts, seine Gerechtigkeitsbezogenheit, stimmt hier mit der „Rechtsphilosophie“ überein⁴⁶⁰. Radbruch verdeutlicht bereits in der „Rechtsphilosophie“, dass sich das Recht nicht aus der Gerechtigkeit ableiten lässt⁴⁶¹. Es handelt sich somit auch hier um eine relativistische Formel. Radbruch definiert jedoch eine klare Grenze, indem er den Rechtscharakter ausdrücklich an die Intention des Gesetzgebers bindet. Damit löst er das Recht zumindest in den Fällen von der Macht und nimmt ihm den Rechtscharakter, in denen der Gesetzgeber Gerechtigkeit nicht einmal anstrebt und bewusst die Gleichheit leugnet, egal, welchen Inhalt diese hat⁴⁶².

⁴⁵⁸ K.Kühl in „Recht und Moral“ S. 19; nach Kühl widerspricht Radbruch damit sowohl der beispielsweise von Kelsen und Hart vertretenen Trennungsthese mit ihrer strikten Trennung von Recht und Moral, wie auch der Verbindungsthese, bei der das Naturrecht Vorrang vor dem positiven Gesetz hat.

⁴⁵⁹ G.Radbruch in „Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht“ in SJZ 1946, S. 107; A.Kaufmann in „Gesetz und Recht“ S. 367, 368 bezeichnet dieses Regulativ als die ultima ratio des Rechtsstaats.

⁴⁶⁰ so auch K.Engisch in „Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph“ S. 67, 68

⁴⁶¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 70

⁴⁶² Alle von G.Radbruch in „Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht“ in SJZ 1946, S. 107 aufgeführten Beispiele nationalsozialistischen Rechts – die Beanspruchung der Totalität des Staates durch die nationalsozialistische Partei, die Behandlung von Menschen als Untermenschen bei Missachtung der Menschenrechte und die Androhung gleicher Strafe für Verbrechen verschiedener Schwere - werden der Verleugnungsthese unterworfen und sind insoweit nicht unrichtiges Recht, sondern entbehren überhaupt der Rechtsnatur. Die Unerträglichkeitsthese bleibt bei diesen Überlegungen Radbruchs unberücksichtigt. J.R.Sieckmann führt dies in „Die Radbruch'sche Formel und die Mauerschützen“ S. 499 darauf zurück, dass Radbruch die Unerträglichkeitsthese aufgrund seiner relativistischen Auffassung und der daraus resultierenden Schwierigkeit oder gar Unmöglichkeit der Ziehung *„einer Grenze der Geltung des positiven Rechts aufgrund dessen Widerspruchs zur Gerechtigkeit“* nicht berücksichtigte.

Aus den Arbeiten „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ und „Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht“ folgt zweierlei: Einerseits greift Radbruch wertend in das relativistische Verhältnis der drei Bestandteile der Rechtsidee ein. Ausdrücklich wird der Zweckmäßigkeit die unwichtigste Rolle zugeordnet. Andererseits konkretisiert er das Verhältnis von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit. Er definiert die Rechtssicherheit als Bestandteil und Forderung der Gerechtigkeit. Bereits in der „Rechtsphilosophie“ unterschied Radbruch mit Verweis auf Spranger die ideale, d.h. eigentliche Gerechtigkeit von der positiven Gerechtigkeit, der Rechtssicherheit⁴⁶³. Radbruch macht die Rechtssicherheit nun aber explizit zu einem Bestandteil der Gerechtigkeit. Der wirklichen Gerechtigkeit wird dabei eine grundsätzlich vorrangige Stellung vor der Rechtssicherheit, der scheinbaren Gerechtigkeit, eingeräumt. Radbruch betont ausdrücklich, dass die Rechtssicherheit nicht der entscheidende Wert ist. Bleibt die Rechtssicherheit in der Regel der bestimmende Wert, so hat sie im Zweifel doch der Gerechtigkeit zu weichen. Die Gerechtigkeit soll dann die Oberhand gewinnen, wenn sie nicht einmal angestrebt wird. Dies ist konsequent, da es das Wesen des Rechts erst ausmacht, dass es die Gerechtigkeit als Ziel hat. Seinen relativistischen Charakter behält das System jedoch, da nur die Grenzen konkretisiert werden, die Zweckmäßigkeit selbst und das Verhältnis der Elemente der Rechtsidee letztlich aber relativistisch bleiben.

Ausdrücklich weist Radbruch darauf hin, dass der Begriff des „*gesetzlichen Unrechts*“ und die damit verbundene Leugnung der Rechtsnatur positiver Gesetze eine erhebliche Gefahr für die Rechtssicherheit mit sich bringen. Nur für den Notfall kann man sich durch die grundsätzliche Überwindung des Positivismus gegen extreme Unrechtssysteme wappnen, dann nämlich, wenn der Positivismus selbst sämtliche Abwehrkräfte gegen den Missbrauch der Gesetzgebung des Unrechtssystems entkräftet. Radbruch entlässt den Leser mit der folgenden Aufforderung: *„Wir haben die Gerechtigkeit zu suchen, zugleich die Rechtssicherheit zu beachten, da sie selber ein Teil der Gerechtigkeit ist, und einen Rechtsstaat wieder aufzubauen, der beiden Gedanken nach Möglichkeit Genüge zu tun hat. Demokratie ist gewiß ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat aber ist wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Beste an*

⁴⁶³ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 97, 98

der Demokratie gerade dieses, dass nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern.“⁴⁶⁴

c. Die Natur der Sache als juristische Denkform (1948)

Einer der zentralen Begriffe in Radbruchs Werk ist die Stoffbestimmtheit der Idee⁴⁶⁵. In der „Rechtsphilosophie“ lehnte Radbruch noch die Möglichkeit ab, dass umgekehrt auch der Stoff ideebestimmt sein kann, auch wenn die psychologische Möglichkeit besteht, aus dem Stoff die Idee zu ersehen. Bei der „*Schau der Idee in dem Stoffe, den sie zu formen bestimmt ist*“ handelt es sich um keine Methode der Erkenntnis, allenfalls um einen intuitiven Glücksfall. Für das methodische Erkennen soll es dabei bleiben, „*daß Sollenssätze nur aus anderen Sollensätzen deduktiv abgeleitet, nicht auf Seinstatsachen induktiv gegründet werden können*“⁴⁶⁶. Von dieser Ansicht wich Radbruch später ab. Bereits im Jahre 1941 veröffentlichte er einen Aufsatz mit dem Titel „La natura della cosa come forma giuridica di pensiero“ und im Jahre 1948 die Abhandlung „Die Natur der Sache als juristische Denkform“. Die Natur der Sache⁴⁶⁷ gehört als Begriff der Geistesgeschichte an, es ist die Losung aller derer, welche dem schroffen Methodendualismus absagen. Der Begriff steht für den in der Geistesgeschichte immer wieder aufs Neue entbrannten Kampf zweier Denkweisen, für die beispielhaft geistige Größen wie Kant und Goethe genannt werden können⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ G.Radbruch in „Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht“ in SJZ 1946, S. 108

⁴⁶⁵ Dazu schrieb G. Radbruch bereits 1923/1924 in seinem Aufsatz „Rechtsidee und Rechtsstoff“ in GRGA 2 S. 453: „*Die Idee erhebt den Anspruch, über den Stoff zu herrschen. Das heißt aber: sie gilt für einen bestimmten Stoff, ist auf diesen Stoff hingeordnet - ist also von dem Stoff, den sie beherrschen will, wiederum mitbestimmt. Wie die künstlerische Idee sich dem Material bequemt, eine andere ist, wenn sie in Bronze, eine andere, wenn sie in Marmor sich verkörpern will, so ist es jeder Idee eingeboren, materialgerecht zu sein. Wir nennen dies Verhältnis die Stoffbestimmtheit der Idee, indem wir uns den Doppelsinn dieser Bezeichnung - durch den Stoff bestimmt, weil für den Stoff bestimmt - bewußt zu eigen machen, und wir bezeichnen die Idee, insofern wir sie vor aller und unabhängig von aller Stoffbestimmtheit zu denken suchen, als die reine Form der Idee.*“

⁴⁶⁶ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 7, 8

⁴⁶⁷ Bereits im 19. Jahrhundert argumentierten Juristen bei unvollständigen gesetzlichen Regelungen mit dem „Sinn der Lebensverhältnisse“ oder ähnlichen Konstruktionen, um rechtliche Regelungslücken zu füllen. A. Kaufmann in „Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie“ S. 62

⁴⁶⁸ G. Radbruch in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ S. 5 ff. beschränkt seine Abhandlung auf die Natur der Sache als juristische Denkform. Er stellt deren Geschichte innerhalb der juristischen Methodenlehre dar. Diese Geschichte reicht von den griechischen Denkern über die lateinische Wortfindung durch Lucrez, bis Cicero, Thomas von Aquino, Montesquieu, Runde, Voigt, Leist, Savigny, Puchta, Jhring und anderen bis zu Carl Schmitt. Auf die einführende geschichtliche Darstellung folgt die eigentliche Erläuterung der Natur der Sache, bevor Radbruch darlegt, wie die Natur

Radbruch unterteilt den Begriff der „Natur der Sache“ in seine beiden Bestandteile⁴⁶⁹. Dabei steht die Sache für den Stoff, das Material des Rechts, die Realien der Gesetzgebung. Sie steht für die natürlichen, sozialen und rechtlichen Zustände, die der Gesetzgeber vorfindet und seinen Regelungen unterwirft. Damit gehören sowohl reine Naturtatsachen⁴⁷⁰ wie auch soziale Vorformen der Rechtsverhältnisse⁴⁷¹ und schließlich bereits rechtlich geregelte Lebensverhältnisse⁴⁷² zum Stoff der Gesetzgebung⁴⁷³. Als Natur versteht Radbruch in diesem Zusammenhang das Wesen, den Sinn einer Sache. Es ist der objektive Sinn gemeint, welcher aus der Beschaffenheit der Lebensverhältnisse selbst zu entnehmen ist⁴⁷⁴. Abweichend von seiner bisherigen Auffassung entwickelt Radbruch den Gedanken von der Stoffbestimmtheit der Idee weiter zu einer Ideebestimmtheit des Stoffes. In jedem Stoff⁴⁷⁵, der einer rechtlichen Regelung unterworfen werden kann, ist ein Sinn enthalten, der für das Recht relevant ist. Radbruch weicht den seiner ursprünglichen Rechtstheorie zugrundeliegenden Methodendualismus auf. Ohne sie endgültig

der Sache Eingang in die Werke geisteswissenschaftlicher Denker gefunden hat. Diese Exkurse befassen sich mit Schiller und Goethe, Lucrez, Montesquieu, Leist, Jhring, Binding und Liszt. Daneben sind zwei Exkurse über die juristische Konstruktion und die Natur der Sache im Verhältnis zu dem sozialen Recht enthalten.

⁴⁶⁹ K. Seelmann in „Rechtsphilosophie“ S. 154 sieht den Schwerpunkt der sich aus Radbruchs Aufsatz über die Natur der Sache entwickelten Debatte eindeutig im Bereich der sozialen Sachgesetzlichkeiten. Er ordnet diese Frage (Natur der Sache) als Begründungsthese dem Naturrecht zu, macht aber deutlich, dass das Sein nicht faktisch ist, sondern bereits Bewertungen enthält.

⁴⁷⁰ Der Begriff erstreckt sich auf alle natürlichen Begebenheiten, vom Apfelbaum, der in den Nachbargarten hinübertragt, bis zur Erddrehung.

⁴⁷¹ Damit sind alle geregelten Lebensverhältnisse gemeint, egal ob diese Regelung durch Gewohnheit, Herkommen, Brauch, Usance oder Sitte stattfindet. Inhaltlich trifft das ebenso auf konventionelle Regelungen im Kalender zu, die ursprünglich auf den Erddrehungen beruhen, wie auf die sozialen Gebilde der Ehe- und Fürsorgeverhältnisse, deren Kern natürliche Geschlechts- und Zeugungsverhältnisse bilden.

⁴⁷² Das Recht aus der Zeit der Gesetzgebung wirkt zwangsläufig im neuen Recht nach. Es tut dies in Form von Übergangsvorschriften und in Gestalt wohl erworbener Rechte: *„Indem so als Sache auch der bestehende Rechtszustand berücksichtigt wird, erweist sich die Natur der Sache zugleich als ein historisches, traditionelles, konservatives Element der Rechtsphilosophie und Rechtspolitik.“*

⁴⁷³ G. Radbruch in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ S. 10 ff.

⁴⁷⁴ G. Radbruch benutzt in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ S. 12 ff. und in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 140 die selbe Definition, wobei die Umschreibung in der „Vorschule der Rechtsphilosophie“ deutlicher ist: *„Er ist die Antwort auf die Frage, wie dies so beschaffene Lebensverhältnis sinnvoll als Verwirklichung eines bestimmten Wertgedankens gedacht werden kann.“*

⁴⁷⁵ Radbruch spricht hier vom *„Zusammenleben der Menschen“*, der *„Gesamtheit der Lebensverhältnisse und Lebensordnungen innerhalb der Gesellschaft“* und den *„Lebenstatsachen, welche Bestandteil jener Verhältnisse und Ordnungen sind“*. G. Radbruch in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ S. 10 ff.

aufzuheben, überwindet er die absolute Trennung von Sein und Sollen⁴⁷⁶. Er geht nun davon aus, dass jede Sache ihren Wert in sich trägt, ihr von außen also kein Wert mehr auferlegt werden muss⁴⁷⁷. Radbruch widerlegt nun auch seine ursprüngliche Ansicht, wonach die Natur der Sache ein „*Glücksfall der Intuition*“⁴⁷⁸ ist. Er bezeichnet sie nun vielmehr als „*Ergebnis einer streng rationalen Methode*“⁴⁷⁸.

Die Natur der Sache ist ein Leitgedanke für den Gesetzgeber. Beherrschender Leitgedanke ist zwar die Idee des Rechts, aber diese muss nicht nur auf die Natur der Sache Rücksicht nehmen, sondern sie ist von ihr inhaltlich mitbestimmt⁴⁷⁹. Allerdings bleibt Radbruch dem Grundsatz treu, dass Sollenssätze nur deduktiv aus anderen Sollensätzen abgeleitet und nicht induktiv auf Seinstatsachen gegründet werden können. Er verändert zwar den Begriff der Wirklichkeit als Stoff des Rechts und zeigt damit die innerliche Bindung der Idee des Rechts an die Natur der Sache, belässt es aber bei der führenden Rolle der Idee des Rechts⁴⁸⁰. Radbruch überwindet durch diese Überlegungen den schroffen Dualismus zwischen Sollen und Sein, er statuiert gleichzeitig aber einen Dualismus zwischen der Natur der Sache und dem Gesetz⁴⁸¹. Diesen neuen Dualismus löst er auf, indem er dem Gesetz den Vorrang vor der Natur der Sache einräumt und diese als ultimative Auslegungsregel qualifiziert⁴⁸².

⁴⁷⁶ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 142, 143: „*Die Natur der Sache dient dazu, den schroffen Dualismus zwischen Wert und Wirklichkeit, zwischen Sollen und Sein etwas zu entspannen, aber nicht, ihn aufzuheben.*“

⁴⁷⁷ G. Radbruch in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ S. 13: „*Natur der Sache ist ihr Wesen, ihr Sinn; und zwar nicht ein von irgend jemandem wirklich gedachter, vielmehr der allein aus der Beschaffenheit der Lebensverhältnisse selbst zu entnehmende objektive Sinn, die Antwort auf die Frage: wie kann dieses so beschaffene Lebensverhältnis als sinnvoll gedacht werden, das heißt als Verwirklichung einer Idee - und welcher Idee ?*“

⁴⁷⁸ G. Radbruch in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ S. 14; in dem Satz Radbruchs „*Somit ist die Natur der Sache das Ergebnis einer rationalen Methode, nicht etwa ein Glücksfall der Intuition*“ sieht W.Hassemer in „Einleitung“ zu GA III, S.15 eine Schlüsselstelle für Radbruchs geänderte Akzentuierung des Verhältnisses von Sein und Sollen.

⁴⁷⁹ G. Radbruch in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ S. 15

⁴⁸⁰ G. Radbruch in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ S. 15 und in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 141; Z.U.Tjong in „Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch“ S. 254 ff.

⁴⁸¹ A. Kaufmann in „Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie“ S. 63, 63

⁴⁸² Nach G. Radbruch in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ S. 15 ist die Natur der Sache nicht etwas „*aus eigener Kraft Geltendes, keine Rechtsquelle, sie gilt also nur, soweit eine Rechtsquelle ihr ausdrücklich oder stillschweigend Raum gewährt. Sie ist ein Mittel der Auslegung und Lückenfüllung, soweit der von ihr ermittelte Sinn des Lebensverhältnisses und die Idee, auf die er sich*“

d. Vorschule der Rechtsphilosophie (1948)

Die „Vorschule der Rechtsphilosophie“⁴⁸³, deren Einführungscharakter Radbruch ausdrücklich betont, war aus seiner Sicht die Fortführung der „Rechtsphilosophie“. „*Scheinbare Widersprüche*“ wollte Radbruch, dem sehr wohl bewusst war, dass er durch seine Nachkriegsveröffentlichungen Fragen aufgeworfen hatte, in der vierten Auflage der „Rechtsphilosophie“ auflösen⁴⁸⁴. Die Bedeutung der „Vorschule der Rechtsphilosophie“ ist vor allem darin zu sehen, dass sie eine, der „Rechtsphilosophie“ in Thematik und Aufbau weitgehend entsprechende, Gesamtdarstellung des Radbruchschen Systems liefert, dabei allerdings die in den bereits vorgestellten Abhandlungen enthaltenen Weiterungen durch die Natur der Sache und die Radbruchsche Formel berücksichtigt. Aus diesen Überlegungen resultieren auch die wichtigsten Unterschiede zur „Rechtsphilosophie“. Nach Stoltzenburg, für den die „Vorschule der Rechtsphilosophie“ als Brücke des Verständnisses der rechtsphilosophischen Entwicklung Radbruchs dient, wollte Radbruch die grundsätzlichen Fragen aufwerfen, ob die dem gesetzten Recht als übergesetzliches Recht vorausgehenden materiellen Rechtsprinzipien aus wissenschaftlich-kritischem Denken zu begründen sind und „*in welcher Weise dies Naturrecht für das positive Recht verbindlich sei.*“⁴⁸⁵. Die Antworten Radbruchs stellen nach Stoltzenburg keine Absage an den kantischen Methodendualismus oder den daraus entwickelten erkenntnistheoretischen Werterelativismus dar. Vielmehr dient das Element der Natur der Sache der Spannungsauflösung zwischen Wertidee und Wirklichkeit. Für den Methodendualismus bedeutet dies, dass Sollen und Sein einander zwar entgegengesetzt, aber nicht gleichzeitig radikal unterschiedlich sind. Sie stehen sich fordernd in einem dialektischen Spannungsverhältnis gegenüber.

gründet, mit dem Geiste des Gesetzes nicht in Widerspruch steht. Sie ist die ultima ratio der Auslegung und Vervollständigung des Gesetzes, die nur dann zur Anwendung kommt, wenn man für die Regelung eines Lebensverhältnisses eine von dem konkreten Gesetzgeber gemeinte Idee nicht nachweisen kann, vielmehr genötigt ist, sich auf den Gesetzgeber überhaupt, den Gesetzgeber in abstracto zu berufen“.

⁴⁸³ Die „Vorschule der Rechtsphilosophie“ ist die durch die Studenten Harald Schubert und Joachim Stoltzenberg gefertigte und von Radbruch revidierte Nachschrift seiner Vorlesung „Rechtsphilosophie“ im Wintersemester 1946/1947. A.Hollerbach informiert in „Notizen zu Radbruchs Vorschule der Rechtsphilosophie“ S. 141 über das Leben der beiden Studenten und ihr Verhältnis zu Radbruch.

⁴⁸⁴ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 123; leider konnte Radbruch diese Absicht nicht mehr in die Tat umsetzen. W.Fuchs in „Radbruchiana“ S. 1 stellt in diesem Zusammenhang fest, dass Radbruch sozusagen „*unterwegs*“ oder „*auf der Wanderschaft*“ gestorben ist.

⁴⁸⁵ J.Stoltzenburg in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 123 ff.

Der Relativismus musste nicht aufgegeben werden⁴⁸⁶, da er Folgerungen aus der Tatsache zieht, dass Wert- und Sollensurteile gleichzeitig unentbehrlich und wissenschaftlich nicht beweisbar sind. Der Grund für dieses Spannungsverhältnis ist, dass die Urteile nicht im Wissen, sondern im Glauben gründen⁴⁸⁷.

Nach einer langen Abstinenz wird die Philosophie nach Radbruchs Ansicht wieder als eine Wissenschaft der Werte, eine Wissenschaft vom Sollen aufgefasst⁴⁸⁸. Die Rechtsphilosophie handelt dabei von den Werten und Zielen des Rechts, von der Idee des Rechts und vom idealen Recht⁴⁸⁹. Die Ausführungen zum Methodendualismus decken sich weitgehend mit denen aus der „Rechtsphilosophie“⁴⁹⁰. Drei Grundsätze kennzeichnen nach Radbruch das Wesen des Naturrechts⁴⁹¹. Dieses kann nicht als allgemeingültig und unwandelbar

⁴⁸⁶ Allerdings weist K.Kühl in „Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg“ S. 336, 337 zu Recht darauf hin, dass Radbruch eine Ausnahme von der relativistischen Unerkennbarkeitsthese für den Kernbereich der Menschenrechte um der äußeren Freiheit willen macht. Eine methodische Herleitung zu diesem „*Minimum an Naturrecht*“ welches einen gemäßigten Relativismus zur Folge hat, bleibt Radbruch, wie Kühl weiter feststellt, schuldig.

⁴⁸⁷ J.Stoltzenburg in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 124, 125

⁴⁸⁸ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 137 ff.; nach Radbruchs Ansicht ging dem eine Epoche der Naturwissenschaften und des Positivismus voraus, in welcher der Philosophie die Aufgabe zugemessen wurde, die letzten Erkenntnisse der empirischen Wissenschaften zu einem widerspruchsfreien System zu verbinden. Dabei wurden die Allgemeine Rechtslehre, die Universalgeschichte und die Rechtssoziologie als Ersatz der Rechtsphilosophie oder gar selbst als Rechtsphilosophie angesehen. Philosophie soll jedoch in der Logik das richtige Denken, in der Ethik das richtige Handeln und in der Ästhetik das richtige Fühlen lehren.

⁴⁸⁹ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 137 ff.; G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 23, 24; die Rechtsphilosophie ist die „*Lehre vom richtigen Recht (Rudolf Stammler)*“. Radbruch sah in Stammlers Werk jedoch lediglich eine Logik der Rechtsphilosophie, mithin einen Vorbau zu jeder möglichen Rechtsphilosophie, aber noch nicht das Gebäude selbst. Ihre Fortsetzung findet die Rechtsphilosophie in der Rechtspolitik, die die Verwirklichungsmöglichkeiten des idealen Rechts zu ihrem Gegenstand hat.

⁴⁹⁰ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 137 ff.; während sich die empirischen Wissenschaften mit dem Sein befassen, bezieht sich die Philosophie nach seiner Ansicht auf das Sollen, die Werte. Die Naturwissenschaften suchen daher nach Naturgesetzen, welche feststellen, was geschehen wird, während die Philosophie nach Wertgesetzen, nach Normen sucht, welche festsetzen was geschehen soll. Der Methodendualismus zeigt, dass das Reich der Werte und die Welt der Tatsachen geschlossen und ohne gegenseitige Überschneidungen nebeneinander stehen. Die Richtigkeit eines Verhaltens kann daher nie induktiv auf empirische Tatsachen gegründet werden, sondern ist nur deduktiv aus höheren, höchsten und letzten Werten ableitbar.

⁴⁹¹ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 137 ff.; die Lehre vom richtigen Recht trug lange Zeit die Bezeichnung Naturrecht. Das Naturrecht durchlief nach Radbruchs Ansicht drei bedeutende Perioden. In der Antike gründete sich der Gedanke des Naturrechts in dem Gegensatz von Natur und Satzung, im Mittelalter von göttlichem und weltlichem Recht und in der Neuzeit von Vernunft und Zwangsordnung. Dabei gründete das moderne Naturrecht seine Lehre auf die Theorie vom Gesellschaftsvertrag. Dieser Gesellschaftsvertrag ist eine rein fiktive Begriffskonstruktion. Staats- und

betrachtet werden. Es ist vielmehr als ein „*Naturrecht mit wechselndem Inhalt (Rudolf Stammler)*“ zu sehen ⁴⁹². Die Rechtsphilosophie gründet sich auf die „Natur des Menschen“, die „Natur der Sache“, die Idee des Rechts und den Stoff des Rechts. Die „Natur des Menschen“ sieht Radbruch als konstanten Faktor der Rechtsphilosophie an, die „Natur der Sache“ als variablen Faktor. Die Idee des Rechts beruht auf der „Natur des Menschen“. Dessen Wesen ist die Vernunft. Damit gründet die Idee des Rechts auf der Vernunft und ist wie diese selbst zwar allgemeingültig, aber gleichzeitig rein formal. Diese Formalität führt dazu, dass die Idee des Rechts aus sich heraus keine Rechtsordnung entfalten kann, wie dies das Naturrecht getan hat. Nach Radbruch stellt sich die Frage, wie „*der Sinn, die Wertidee eines bestehenden Lebensverhältnisses*“ im Gegensatz zum Methodendualismus „*für das richtige Recht maßgebend*“ ist ⁴⁹³. Radbruch erachtet die Natur der Sache zunächst als Hemmnis bei der Durchführung eines Rechtsgedankens. Dies erklärt sich damit, dass rechtliche Ideen nur dann realisierbar sind, wenn sie sich dem Widerstand der „*stumpfen Welt*“ anbequemen. Die Rechtsphilosophie ist diesbezüglich wie auch die Rechtspolitik die „*Kunst des Möglichen*“ ⁴⁹⁴. Die Natur der Sache stellt jedoch nicht nur ein Hemmnis bei der Durchführung eines Rechtsgedankens dar. Sie macht sich vielmehr bereits bei der Entstehung des Rechtsgedankens geltend. Jeder Rechtsgedanke trägt nämlich in sich „*die Merkmale des historischen Klimas, in dem er sich bildet, bleibt meist von vornherein unbewusst in den Grenzen des historisch Möglichen eingeschlossen und in diesem Sinne an die Natur der Sache gebunden*“ ⁴⁹⁵. Die Geltung der Natur der Sache begründet sich für den Gesetzgeber letztlich auch durch das Wesen der Rechtsidee selbst. Jede Wertidee ist für einen bestimmten Stoff und daher auch durch diesen Stoff bestimmt ⁴⁹⁶. Radbruch ist der Ansicht und bezieht sich hier

Rechtsordnung sind dann als gut und richtig anzusehen, wenn sich von ihnen denken lässt, dass sie aus freiwilliger Übereinkunft aller Einzelnen entstanden sind. In allen Perioden waren dem Naturrecht nach Radbruchs Ansicht drei Grundsätze gemeinsam: 1. *Das Naturrecht ist wie die Natur, wie Gott, wie die Vernunft unwandelbar und allgemeingültig, allen Zeiten und Völkern gemeinsam.* 2. *Das Naturrecht ist durch die Vernunft eindeutig erkennbar.* 3. *Das Naturrecht ist nicht nur Maßstab, positives Recht daran zu messen, vielmehr berufen, an die Stelle positiven Rechts zu treten, soweit dies mit ihm in Widerspruch steht.*

⁴⁹² G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 138

⁴⁹³ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 140

⁴⁹⁴ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 140, 141

⁴⁹⁵ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 141

⁴⁹⁶ So bezieht sich die Idee der Gerechtigkeit beispielsweise auf das Zusammenleben und zeigt diese Bestimmung bereits in ihrem Wesen deutlich auf.

explizit auf Lask, dass jede Wertidee auf einen bestimmten Stoff hingeordnet ist. Daher ist jede Rechtsidee durch den Rechtsstoff bestimmt, das Zeitalter, den Volksgeist, eben die Natur der Sache. Die Natur der Sache dient allerdings nur dazu, den schroffen Dualismus zwischen Wert und Wirklichkeit zu entspannen und nicht ihn aufzuheben. Die der Seinsebene zuzuordnende Natur der Sache „tritt zwar der Idee des Rechts mit der Forderung sinnhafter Gestaltung des gegebenen Rechtsstoffes entgegen, jedoch gebührt die letzte Entscheidung der Rechtsidee“⁴⁹⁷. Während die aus der Natur des Menschen gewonnene Idee des Rechts aus sich heraus also nicht in der Lage ist, eine Rechtsordnung zu bestimmen, muss die Natur der Sache der Rechtsidee letztlich weichen. Daher kann das Naturrecht nach Radbruchs Ansicht nicht als allgemeingültig und unwandelbar betrachtet werden. Es ist außerdem weder objektiv erkennbar, noch entsprechend geeignet, die Stelle abweichenden positiven Rechts einzunehmen.

Bereits im Rahmen des Aufsatzes „Gesetzliche Unrecht und übergesetzliches Recht“ hat Radbruch den entscheidenden Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, als „*minderer Form der Gerechtigkeit*“, behandelt. Es ist dies ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst, der nicht eindeutig entschieden werden kann. Es ist vielmehr immer eine Maßfrage, wann dem einen oder dem anderen Wert der Vorzug zu geben ist. Als Entscheidungshilfe und Wertungsmodell für die Frage, wann das positive Recht weichen muss, dient die Radbruchsche Formel⁴⁹⁸. Die Auseinandersetzung mit den Bestandteilen der

⁴⁹⁷ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 141

⁴⁹⁸ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 149, 150; nach Bonsmann muss sich Radbruch aufgrund seines Kampfes zwischen Relativismus und übergesetzlichem Recht zwei Fragen stellen. Die erste Frage, wie übergesetzliche Normen aufzufinden sind, wirft zwangsläufig Probleme auf, da Radbruch bis zuletzt am Methodendualismus und Relativismus festhält. In der Zeit nach dem zweiten Weltkrieg hat Radbruch in verschiedenen Artikeln Äußerungen und Andeutungen zu diesem Punkt gemacht. Er beruft sich einerseits auf die psychologische Realisierung der Idee eines übergesetzlichen Rechts. G. Radbruch in „Erwiderung“ GRGA 3 S. 105; Radbruch schreibt außerdem, es gibt „*sittliche und rechtliche Normen, von denen auch eine noch so große Zweckmäßigkeit nicht entbinden kann.*“ G. Radbruch in „Wissenschaft und Verbrechen“ GRGA Band 14 S. 149; zu diesen Normen schreibt er, „*mag man dieses Recht über allen Gesetzen nun Naturrecht, göttliches Recht oder Vernunftrecht nennen.*“ G. Radbruch in „Gesetz und Recht“ GRGA 3 S. 96; Radbruch stellt fest: „*Grausamkeit gegen menschliches Dasein, ... Entehrung der Menschenwürde und ... Zerstörung menschlicher Bildung*“ sind Verbrechen gegen die Menschlichkeit, gegen die Humanität. G. Radbruch in „Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ GRGA 8 S. 251, 252; Radbruch hat allerdings keine systematische Erörterung dieser übergesetzlichen Normen mehr vorgenommen. Die zweite Frage, wann ein Vorrang übergesetzlicher Normen gegenüber gesetztem Unrecht besteht, bleibt nicht unbeantwortet. Sowohl in „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“, wie auch in der „Vorschule der Rechtsphilosophie“ und

Rechtsidee, der Gerechtigkeit⁴⁹⁹, der Zweckmäßigkeit⁵⁰⁰ und der Rechtssicherheit⁵⁰¹ stimmt in weiten Teilen mit der „Rechtsphilosophie“ überein. Für den Begriff und die Geltung des Rechts gilt dies nicht. Im Falle unerträglich ungerechter Gesetze verliert Recht seine Geltung, verliert die durch das positive Gesetz gewährleistete Rechtssicherheit ihren Wert. Während diese Grenze zwischen geltendem Recht und gesetzlichem Unrecht eine Maßgrenze ist, besteht zwischen Recht und Nicht-Recht eine scharfe Grenze. Gesetze verlieren ihren Rechtscharakter, wenn Gerechtigkeit nicht erstrebt, die generelle Natur des Rechts also bewusst verleugnet wird⁵⁰².

Die Abschnitte über die mit dem Recht konkurrierenden Kulturformen der Moral, Sitte und Religion, die großen Rechtskulturen, die Stilformen des Rechts, die

insbesondere in „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ widmet sich Radbruch diesem Problem und dem ausnahmsweise gegebenen Vorrang der Gerechtigkeit. P. Bonsmann in „Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs“ S. 63 ff.

⁴⁹⁹ G. Radbruch stellt die Gerechtigkeit auch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 142 ff. als formale Idee dar, die nicht auf alle Fragen eine Antwort weiß. Er führt jedoch aus, dass es Rechtssätze gibt, die allein aus der Gerechtigkeit ableitbar sind. Beispielsweise nennt Radbruch Rechtssätze aus der Rechtsanwendung, wie die Unabhängigkeit der Richter oder die Unzulässigkeit endgültiger Bestrafung ohne vorherige Verteidigungsmöglichkeit. Dies sind reine Gerechtigkeitsforderungen, die wie die Gerechtigkeit selbst einen absoluten Charakter haben. Er bleibt jedoch bei der Erkenntnis, dass der Großteil der Rechtssätze von der Gerechtigkeit ihre Form, nämlich die Gleichheit der Behandlung aller und die Allgemeinheit der gesetzlichen Regelung, erfährt, während ihr Inhalt durch ein anderes Prinzip, die Zweckmäßigkeit, bestimmt wird. So auch bei F. v. Hippel in „Gustav Radbruch“ S. 15, 16

⁵⁰⁰ Im Gegensatz zur „Rechtsphilosophie“ führt Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 146, 147 jedoch aus, dass sich aus der Lehre von dem allgemeinen Wesen der Pflichten absolute Forderungen an das Recht ergeben. Das Recht dient der ethischen Pflichterfüllung dabei nicht unmittelbar, da diese eine Tat der Freiheit, der inneren Freiheit ist. Das Recht erzwingt die ethische Pflichterfüllung nicht und kann dies auch gar nicht, aber es ermöglicht sie erst. Es ist das Maß äußerer Freiheit, ohne das die innere Freiheit der ethischen Entscheidung nicht existieren kann. Es ist das Wesen und der Kern der Menschenrechte, diese äußere Freiheit zu garantieren. Daher sind diese Rechte absoluter Natur. Sie werden nicht in jeder positiven Rechtsordnung erfüllt, aber sie sind notwendig für die Ermöglichung der sittlichen Pflichterfüllung. Aus dieser Folgerung ergibt sich wiederum, dass der Liberalismus in gewissem Umfang in jeder Staatsauffassung, sei diese demokratisch, sozialistisch oder autoritär, vorhanden ist. Er kann nicht aus sich heraus eine Staats- oder Rechtsordnung erzeugen, er ist aber Modifikation jeder möglichen Staatsauffassung. Er führt bei jeder möglichen Staatsauffassung zu einer fruchtbaren Spannung, zwischen Demokratie, Sozialismus oder Konservatismus auf der einen und Liberalismus auf der anderen Seite. Die austeilende Gerechtigkeit entscheidet letztlich über das Verhältnis zwischen Menschenrechten einerseits und überindividualistischem Volksganzen oder transpersonalen Kulturwerten andererseits. Die völlige Leugnung der Menschenrechte ist nach Radbruchs Ansicht jedoch zwingend unrichtiges Recht.

⁵⁰¹ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 § 7 „Die Gerechtigkeit“, S. 142 ff.; § 8 „Die Zweckmäßigkeit“, S. 145 ff.; § 9 „Die Rechtssicherheit“, S. 147 ff.

⁵⁰² G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 150 ff.

Richtungen der Rechtswissenschaft, die Geschichtsphilosophie des Rechts und die Ästhetik des Rechts bleiben, soweit sie überhaupt von der „Rechtsphilosophie“ abweichen, ohne Einfluss auf den materiellen Inhalt der Rechtsphilosophie Radbruchs⁵⁰³.

Ohne Pendant in der „Rechtsphilosophie“ sind die Ausführungen zur freirechtlichen Bewegung⁵⁰⁴. In Abweichung zu früheren Ausführungen⁵⁰⁵ hält Radbruch das Postulat der Geschlossenheit im Positivismus für eine reine Fiktion

⁵⁰³ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 154 ff.; hervorzuheben sind die folgenden Ausführungen: Im Abschnitt über die großen Rechtskulturen weist Radbruch in Nebensätzen daraufhin, dass das römische Recht und das anglo-amerikanische Recht aufgrund der Einzelfallorientierung jeweils aus der Natur der Sache geschöpft werden. Großen Raum nimmt ein sich mit den verschiedenen Epochen der Rechtswissenschaft beschäftigender Aufsatz von Radbruchs langjährigem Freund Hermann Kantorowicz aus dem Jahre 1914 ein. Im Abschnitt über den Positivismus legt Radbruch dar, dass dieser durch drei Grundsätze, nämlich das Rechtsschöpfungsverbot, das Rechtsverweigerungsverbot und das Postulat der Geschlossenheit des Gesetzes oder zumindest der Rechtsordnung geprägt ist. Im Abschnitt über die Geschichtsphilosophie des Rechts macht Radbruch im Unterschied zu den Ausführung in der „Rechtsphilosophie“ deutlich, dass Rechtsordnungen je nach Ausmaß an Lebensnähe, Konkretisierung oder Abstraktion, Kasuistik oder Generalisierung entweder streng gebunden sind an ihren kulturellen und wirtschaftlichen Stoff und mit diesem vergänglich sind oder sich aber als geschichtsfest und dauerhaft erweisen. Abweichend von der „Rechtsphilosophie“ widmet sich Radbruch im Abschnitt über die Ästhetik des Rechts auch dem Verhältnis der Rechtsphilosophie zu der Bildenden Kunst. Er behandelt dabei vor allem die Trennung von Wortkunst und Bildkunst und die Bedeutung der Justitia in der Bildenden Kunst, gerade auch im Hinblick auf mögliche Allegorien.

⁵⁰⁴ Radbruch ist gleichwohl zu den Begründern und eifrigsten Verfechtern der Freirechtslehre zu zählen. Bereits im Jahre 1905 veröffentlichte er mit den beiden Aufsätzen „Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung“ und „Über die Methode der Rechtsvergleichung“, zwei freirechtlich orientierte Arbeiten. Radbruch war mit den führenden Köpfen der Freirechtsbewegung, wie insbesondere Hermann Kantorowicz und Ernst Fuchs, nicht nur befreundet, sondern mit diesen auch aktiv um die Verbreitung der Freirechtslehre bemüht. Die Abstinenz freirechtlicher Ausführungen in der „Rechtsphilosophie“ ist letztlich wohl darauf zurückzuführen, dass der antinomisch denkende Radbruch trotz seines Engagements stets auch Zweifel an der Freirechtslehre hatte und sich nach eigenem Bekunden von der Bearbeitung praktischer Rechtsfragen immer mehr zur Rechtsphilosophie zurückzog. Foulkes bezeichnet Radbruch als Weisen, der die Gedanken des Freirechts „*ruhig abwägend in den Rechtsbau einfügte*“. A.Foulkes in „Gustav Radbruch in den ersten Jahrzehnten der Freirechtsbewegung“ S. 230 ff.; G.Radbruch in „Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung“ GRGA 1 S. 409 ff. Beleg für Radbruchs Zerrissenheit zwischen freirechtlichen Idealen und der Rechtssicherheit im Zeitalter des Nationalsozialismus ist ein Brief an Eric Wolf vom 26.04.1939: „*Ich wurde mir zu meinem Erstaunen bewusst, wie sehr ich noch im positivistischen Zeitalter wurzle, obgleich meine freirechtliche Tendenz gerade auf Loslösung von ihm gerichtet war. Und jetzt will mir der Positivismus sogar als ein Ideal wieder erscheinen, das uns bitter nottut.*“; G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ 4.Auflage, S. 72, 73 Fußnote Nr.3

⁵⁰⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 110, 111

⁵⁰⁶. Hier setzt die Wirksamkeit der Freirechtlichen Bewegung ein, die Gesetzeslücken erkennt und dem Richter innerhalb dieser Gesetzeslücken eine schöpferische Aufgabe zuschreibt, freilich ohne ihm zu erlauben, sich über das Recht hinwegzusetzen. Denn wenn auch nicht jeder Richterspruch aus dem Gesetz ableitbar ist, so müssen doch alle mit dem Gesetz vereinbar sein ⁵⁰⁷.

Ein eigenes Kapitel ist den rechtsphilosophischen Zeitfragen gewidmet ⁵⁰⁸. Radbruch, der sich mit dem Wesen der Demokratie bereits in der „Rechtsphilosophie“ im Rahmen der rechtsphilosophischen Parteienlehre auseinandergesetzt hat, verweist hier auf Kelsens Auffassung, wonach der Ausgangspunkt des demokratischen Gedankens der Relativismus ist. Demokratie ist der Wille, der Mehrheit ohne Rücksicht auf die jeweilige Gesinnung die Herrschaft anzuvertrauen. Danach wäre die Demokratie gesinnungslos, also neutral gegenüber allen Weltanschauungen. Radbruch ist jedoch der Ansicht, dass Demokratie nicht Gesinnungslosigkeit ist, sondern vielmehr eine „*eigenartige politische Gesinnung*“ vorliegt. Die Freiheit ist der Inbegriff der demokratischen Gesinnung. Der positive Wert der Freiheit ⁵⁰⁹ steht hinter dem Gedanken des Relativismus, der Neutralität und der Toleranz ⁵¹⁰.

Ausdrücklich weist Radbruch schließlich darauf hin, dass die Idee eines übergesetzlichen Rechts, welches ausdrücklich auch als Maßstab für positive Gesetze gelten kann, nach einem Jahrhundert des juristischen Positivismus wieder auferstanden ist. Die in der Vorlesung ausführlich behandelte Frage, ob die

⁵⁰⁶ Das ist nach Radbruchs Ansicht bereits aufgrund der Tatsache der Fall, dass neue und nicht geahnte Tatsachen auftreten können, welche nicht voraussehbar sind. Man muss nur an die technische Entwicklung, an neue Erfindungen denken.

⁵⁰⁷ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 194, 195

⁵⁰⁸ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 211 ff.; neu, aber ohne Einfluss auf Radbruchs Rechtsphilosophie und in Übereinstimmung mit seiner früheren Einstellung sind die Abschnitte über die Humanität, das soziale Recht und das Weltrecht. Interessant für die Frage nach einem festen Bestand an Rechtsgrundsätzen ist jedoch die folgende Feststellung: „*Das soziale Recht findet seine Begrenzung in jenen Rechten, die allen Gemeinschaftsrechten vorangehen: in den Menschenrechten, deren Wesen es ist, die äußere Freiheit zu garantieren und damit die innere Freiheit sittlichen Handelns zu ermöglichen*“ Größere Bedeutung als der UN misst er den Nürnberger Prozessen bei, da diese die Entwicklung des Völkerrechts von einem internationalen Recht zu einem Weltrecht entscheidend förderten.

⁵⁰⁹ Freiheit als Bejahung des Rechtsstaates, Freiheit als Pflanzstätte der Persönlichkeit und Freiheit als Grundlage des Kulturschaffens.

⁵¹⁰ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 218 ff.

Gerechtigkeit der Rechtssicherheit im Zweifel vorgehen kann, sieht Radbruch letztlich bereits dadurch beantwortet, dass die Vorlesung über Rechtsphilosophie im Lektionskatalog mit dem Nebentitel „Naturrecht“ versehen war⁵¹¹.

2. Umbruch oder Akzentverschiebung?

Die Rechtsphilosophie Radbruchs kleidete sich nach 1945 in ein neues Gewand⁵¹². Fraglich ist dabei, ob sich seine Lehre nur weiterentwickelte oder ob sie eine einschneidende Wandlung, einen Umbruch erfuhr. Die Beantwortung dieser Frage

⁵¹¹ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 225 ff.

⁵¹² Eine herausragende Stellung innerhalb der Nachkriegsveröffentlichungen Radbruchs nimmt insbesondere der Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ ein. Die in ihm enthaltene Radbruchsche Formel übte großen Einfluss auf die Rechtsphilosophie der Nachkriegszeit aus, auch wenn es ähnliche Ansätze beispielsweise gibt bei H.Coing in „Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze“ S. 61 – Coing fordert Ungehorsam des Richters gegenüber Gesetzen, die reine Machtanwendungen ohne sittliche Würde sind und in Widerspruch zur Gerechtigkeit und ihren Grundsätzen stehen -, bei H.Welzel in „Vom irrenden Gewissen“ S. 28 – nach Welzel ist eine Norm, „die die von ihr betroffenen Menschen nicht mehr als Personen anerkennt, sondern zur bloßen Sache degradiert“, kein verpflichtendes Recht mehr, weil sie die sittlichen Mindestanforderungen an eine Gemeinschaft verletzt-, bei F.Buchwald in „Gerechtes Recht“ S. 100 - nach Buchwald ist das „bewußt unter Verletzung der allgemeinen Auffassung über das Ziel menschlichen Zusammenlebens und, ohne aus der Weltanschauung des Gesetzgebers zu fließen, erlassene Gesetz“ nicht Recht, „sondern Unrecht in Gesetzesform“- oder auch bei H.Mitteils in „Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte“ S. 120, 121 – nach Mitteis liegt echtes Nicht-Recht vor, „wenn die Rechtsidee nicht verfehlt, sondern a priori verleugnet, der objektive Geist zu einem Irrlauf bis zur Selbstvernichtung gezwungen wird“. Dies ist der Fall, wenn nicht einmal der Wille vorliegt, eine zweckvolle Ordnung zu schaffen, die als Versuch zur Verwirklichung der Rechtsidee gewertet werden kann, und wenn von Anfang an darauf verzichtet wird, der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit zu dienen. Es war die Radbruchsche Formel, die nach W.Ott in „Rechtspositivismus“ S. 189 die „Renaissance des Naturrechts“ einleitete. K.Kühl spricht in „Historisches Wörterbuch der Philosophie“ Spalte 614 von einer „Erneuerung und Blüte des Naturrechts-Denkens“ und verweist in diesem Zusammenhang auf Radbruchs Formulierung des „gesetzlichen Unrechts“. R.Dreier in „Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes“ S. 57 betrachtet den Aufsatz Radbruchs als einen der einflussreichsten rechtsphilosophischen Texte des letzten Jahrhunderts. H.Simon in „Wie halten wir's mit Recht und Gerechtigkeit – die Gretchenfrage in unserer Zeit“ S. 4 hält ihn für „eine der wichtigsten rechtsphilosophischen Nachkriegsschriften“. Nach G.Less in „Vom Wesen und Wert des Richterrechts“ S. 47 hat Radbruch den Startschuß für einen konzentrierten Angriff gegen den Rechtspositivismus gelöst. T.Würtenberger in „Neue Stimmen zum Naturrecht in Deutschland (1948-1951)“ S. 576 sieht in dem Aufsatz Radbruchs den Beginn der Naturrechtsdiskussion, einer Erörterung über den Wert des Naturrechtsdenkens nach dem Zweiten Weltkrieg. W.Rosenbaum in „Naturrecht und positives Recht“ S. 130 schreibt Radbruch ein Bekenntnis zum absoluten, überpositiven Recht zu und nennt dies beispielhaft für die Hinwendung der Rechtsphilosophie zum Naturrecht; für K.Tanner in „Der lange Schatten des Naturrechts“ S. 33 waren die Appelle Radbruchs das bekannteste und wirkungskräftigste Beispiel für die juristische Suche nach einem neuen Naturrecht. H.D.Schelauske führt in „Naturrechtsdiskussion in Deutschland“ S. 14 aus, dass sich die Rückkehr zum wiederentdeckten Naturrecht besonders eindrucksvoll bei Radbruch zeigt und nennt insbesondere dessen Schriften „Der Mensch im Recht“ und „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“.

ist bereits aufgrund der dargestellten Widersprüchlichkeit der eigenen Ausführungen Radbruchs vor dem Zweiten Weltkrieg wie auch aufgrund der divergierenden Rezensionen seines Werkes problematisch. Es besteht keine Einigkeit darüber, ob und wenn ja in welchem Umfang ein Umbruch in Radbruchs Rechtsphilosophie stattfand⁵¹³. Diejenigen, die einen Umbruch behaupten, sehen

⁵¹³ R.Dreier/S.L.Paulson in „Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch“ S. 462 ff. sehen Modifikationen in Radbruchs Lehre, stellen jedoch gleichzeitig fest, dass die Lehre in ihrem Kern gleich geblieben ist und lediglich konsequent fortgeführt wurde. Z.U.Tjong in „Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch“ S. 245, 262 sieht in der Nachkriegszeit eine Wendung zum Naturrecht durch Herausstellung materieller Gesichtspunkte überpositiver Rechtsgrundsätze, ohne dass diese materiellen Gesichtspunkte ein abgeschlossenes naturrechtliches System bilden und dabei der Relativismus preisgegeben wird. Nach E.Wolf in „Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie“ S. 481 ff., 497 ff. und in „Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte“ S. 751 gab es eine Kontinuität und Entwicklung in Radbruchs Rechtsdenken. K.Zweigert in „Vorwort“ S. 6,7 spricht von einer beginnenden Abkehr Radbruchs vom Methodendualismus und vom Relativismus, die sich in seinen Vorstellungen von „Gesetzlichen Unrecht und übergesetzlichen Recht“, von der Natur der Sache und von den Menschenrechten als Korrektur seines früher formalen Gerechtigkeitsbegriffs abzeichnet. F.v.Hippel in „Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker“ (Heidelberg 1951) S. 36, 53 spricht von Wandlungen, Erlösungen und einem rechtsphilosophischen Damaskuserlebnis Radbruchs. K.Engisch in „Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph“ S. 64, 66, 67 ist der Ansicht, dass Radbruch seinen Relativismus zwar nicht aufgegeben hat, letztlich aber zu dem Schluss kam, dass der Relativismus im Bereich der Rechtsidee nicht unüberwindbar ist. Radbruch hat nach Engisch in den Menschenrechten letzten Endes etwas Absolutes erkannt und festgestellt, dass es einen Mindestgehalt an Naturrecht gibt und dass das Naturrecht das positive Recht bricht. Er vertritt damit die Ansicht, dass es einen Wandel in Radbruchs Rechtsphilosophie zum Naturrecht hin gab. H.-P.Schneider in „Nachwort. Gustav Radbruchs Einfluß auf die Rechtsphilosophie der Gegenwart“ S. 352 erkennt keinen Umbruch, sondern vielmehr eine bewußt vollzogene kontinuierliche Fortbildung von Radbruchs Positionen. W.Hassemer in „Einführung“ GRG 3 S. 1 ff. sieht den Schlüssel zum Verständnis der Radbruchschen Rechtsphilosophie in einer Unterscheidung der Kontexte nebst deren Rhetorik. Der Kontext ist nach Hassemer einmal politisch-appellativ, ein anderes mal literarisch-essayistisch. Bedeutend ist außerdem der zeitliche Kontext, da jedes Werk aus seiner Entstehungszeit heraus zu beurteilen ist. So ist die Bedeutung von Begriffen wie Werterelativismus oder Naturrecht zu verschiedenen Zeitpunkten bereits alleine aufgrund historischer Umstände ein jeweils anderer. Auch A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 26 ff., geht von einer Fortentwicklung aus. C.Vulpus in „Gustav Radbruch in Oxford“ S. 97 ist der Ansicht, dass hinsichtlich der Radbruchschen Formel lediglich eine Akzentverschiebung vorliegt, gibt jedoch keine Antwort auf die aufgeworfene Frage, ob es bei der Lehre von der „Natur der Sache“ einen Umbruch gab. Nach W.Maihofer wird *„der Gedanke der Natur der Sache in seinem letzten Lebensjahrzehnt für ihn zum Angelpunkt für einen grundlegenden Wandel seiner philosophischen Position (des Neukantianismus), wenn er auch dessen letzte methodische und systematische Konsequenzen nicht mehr zu ziehen vermochte“*; B.Kastner in „Goethe in Leben und Werk Gustav Radbruchs“ S. 123, 258 sieht, abgesehen von der Bedeutungsgebung der Menschenrechte, lediglich eine Akzentverschiebung. Für W.Lohmann in „Versuch einer methodologischen Erörterung der Radbruchschen Rechtsphilosophie“ S. 107, 141 hat es in der Radbruchschen Rechtsphilosophie weder einen Umbruch noch eine Entwicklung gegeben; K.Seidel in „Rechtsphilosophische Aspekte der mauerschützen-Prozesse“ S. 140, 183 erkennt einen Wandel. Er ordnet Radbruch in der Nachkriegszeit den Vertretern einer nichtpositivistischen Verbindungsthese zu, da eine Rechtslehre, die Ausnahmen von der Rechtsgeltung anhand absoluter materieller Rechtswerte zulässt nicht positivistisch im eigentlichen Sinne ist. Im Radbruch der Vorkriegszeit erkennt er hingegen einen Vertreter der rechtspositivistischen Trennungsthese mit einem Einschlag einer schwachen Version der

eine deutliche Hinwendung zum Naturrecht, damit verbunden eine Kehrtwende von der positivistischen Trennungsthese zur Verbindungsthese⁵¹⁴ und/oder eine Aufgabe des Relativismus⁵¹⁵. Die zweite Gruppe sieht eine kontinuierliche Entwicklung in Radbruchs Lehre und schreibt den Nachkriegsschriften lediglich eine Akzentverschiebung zu⁵¹⁶.

Naturrechtslehre. Aufgrund des Konflikts zwischen Gesetz und Gewissen fließen für den normalen Rechtsunterworfenen nämlich Legitimitätsvorstellungen in die Rechtsphilosophie ein, während es dem Juristen versagt ist, Legitimitätsvorstellungen in Handlungen umzusetzen.

⁵¹⁴ Für F.Bauer in „Festschrift für Gustav Radbruch“ S. 302 war der „salto vitale von einem Rechtspositivismus in ein Naturrecht“ ein Produkt des Nationalsozialismus; H.Henkel in „Einführung in die Rechtsphilosophie“ S. 559 Fussnote 52; E.v.Hippel in „Mechanisches und moralisches Rechtsdenken“ S. 228 ff. und in „Elemente des Naturrechts“ S. 122 ff.; F.Buse in „Gesetzespositivismus – oder lebendiges Recht,“ S. 366 Fussnote 38; R.Marcic in „Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat“ S. 227 erkennt bei Radbruch eine Wandlung vom Positivismus zu einem ins Präpositive verweisenden Rechtsdenken hin; G.Spendel in „Jurist in einer Zeitwende“ S. 29 ff.; G.Spendel in „Rechtsbeugung durch Rechtsprechung“ S. 21ff. erkennt bei Radbruch einen von Widersprüchen gekennzeichneten Wandlungsprozess vom Positivismus zum Naturrecht; H.Weinkauff in „Was heißt das: Positivismus als juristische Strategie?“ S.56; M.Gottschalk in „Gustav Radbruchs Heidelberger Jahre 1926-1949“ S. 133 stellt fest, dass sich durch Schriften wie „Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht“ und „Natur der Sache als juristische Denkform“ ein Wandel vom rechtspositivisten zum Naturrechtler andeutete; W.Fikentscher in „Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung“ Band III, S. 292, 332; E.Schmidt in „Montesquieu's Esprit des Lois und die Problematik der Gegenwart von Recht und Justiz“ S. 179 Fussnote 3 und in „Gesetz und Richter“ S. 14; F.v.Hippel in „Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker“ S. 579; A.Langner in „Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik“ S. 190; A.Brecht in „Politische Theorie“ S. 430 ff., 434.; N.Leser in „Der Konflikt zwischen Recht und Gerechtigkeit“ S. 211; W.Rosenbaum in „Naturrecht und positives Recht“ S. 130; F.A.F.v.d.Heyde in „Existentialphilosophie und Naturrecht“ S. 141; J.Schröder in „Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten“ S. 342, 343; W.Ott in „FS Walter“ S. 522; R.Alexy in „Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs“ S. 95 und in „Begriff und Geltung des Rechts“ S. 80; nach G.Roellecke in „Stabilisierung des Rechts in Zeiten des Umbruchs“ S.78 schränkte Radbruch den Werterelativismus bzw. die Rechtssicherheit ein und klagte den Positivismus an.

⁵¹⁵ A.Brecht in „Politische Theorie“ S. 430 ff., 434; G.Roellecke in „Stabilisierung des Rechts in Zeiten des Umbruchs“ S. 78 und in „Stabilisierung des Rechts in Zeiten des Umbruchs“ NJW 1997 S. 436; A.Langner in „Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik“ S. 190; K.Engisch in „Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph“ S. 66 ff.; M.Baum in „Nachspiel: Erfüllung 1945-1949“ S. 153, GRGA 16, S. 294; nach R.Schmid in „Versuch über Gustav Radbruch“ S. 66 erkennt der frühere Relativist Radbruch einen festen Bestand an Menschenrechten, der stärker ist als jedes rechtliche Statut; W.Friedmann in „Übergesetzliche Rechtsgrundsätze“ S. 416; K.Zweigert in „Vorwort“ S. 6, 7; N.Horn in „Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie“ S. 200 nennt Radbruch als Beispiel für die Naturrechtsrenaissance und sieht aufgrund der Anerkennung des Kernbereichs der Menschenrechte eine Ausnahme von dem sonst vertretenen Werterelativismus; F.v.Hippel in „Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker“ SJZ S. 476; R.Alexy in „Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs“ S. 102 und in „Begriff und Geltung des Rechts“ S. 94; H.Rüping in „Die Geltung von Rechtsnormen als Problem der Nachkriegsrechtsprechung“ S. 155; E.F.Sauer in „Staatsphilosophie“ S. 187, 188

⁵¹⁶ Erik Wolf in „Rechtsphilosophie“ S. 69 ff.; A.Baratta in „Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs“ S. 2; Z.U.Tjong in „Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus“ S.87 ff., 88 und in „Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch“ S. 260 ff., 262 erkennt in Radbruchs

Wesentlichen Neuerungen in Radbruchs Denken zeigen sich im Einfluss der Radbruchschen Formel auf seinen Rechtsbegriff und seine Rechtsgeltungslehre, in der vermeintlichen Einschränkung des Relativismusbegriffs durch die Feststellung, dass nur noch gewollte Skepsis dem Kernbestand rechtsethischer Grundsätze die Geltung versagen könne, sowie in der Theorie von der Natur der Sache.

Akzentverschiebung eine Hinwendung zum Naturrecht und sieht eine teilweise Preisgabe des Werterelativismus dort, wo Radbruch bruchstückhaft materielle Gesichtspunkte (beispielsweise die Menschenrechte) einführt; nach H.-P.Schneider in „Kritische Justiz, streitbare Juristen“ S. 303 waren naturrechtliche Elemente in Radbruchs Rechtsphilosophie bereits vor 1933 vorhanden, „so daß von einem grundlegenden Sinneswandel unter dem Eindruck der Hitler-Diktatur letztlich keine Rede sein kann, auch wenn eine gewisse Akzentverschiebung in Richtung auf die Anerkennung allgemein verbindlicher materieller Werte nicht geleugnet werden kann“; I.Ward in „Radbruch’s Rechtsphilosophie: Law, Morality and Form“ S. 339, 354 bezeichnet die Veränderung in Radbruchs Werk als „*evolution*“ und nicht etwa wie beispielsweise Hart als „*conversion*“. Es gab bei Radbruch nach Ward keinen „*violent about-turn in his personal, political or philosophical sympathies*“. Ein „*minimum content of natural law principles*“ kann in der Nachkriegsphase zwar nicht geleugnet werden, war aber schon von Anfang an vorhanden; A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 26 ff.; 152, in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S. 45 ff. und in „Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht“ S. 82; L.Schulz in „Der nulla-poena-Grundsatz. Ein Fundament des Rechtsstaates?“ S. 194; eine konsequente Fortentwicklung sehen G.Ellscheid in „Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants“ S. 30, H.Dreier in „Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?“ S. 128, 129 und F.Scholderer in „Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat“ S. 442 Fn. 61; für K.Kühl in „Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht“ S. 16, 17 wandelte sich Radbruch nicht vom Gesetzespositivisten zum Naturrechtler. Mit der Radbruchschen Formel wollte er nicht das naturrechtlich richtige Recht bestimmen, sondern nur absolute Ungerechtigkeit ausklammern. Nach Kayser in „Gustav Radbruch“ S. 510 vollzog Radbruch mit der Radbruchschen Formel „*keinen Bruch mit der von ihm vor 1933 vertretenen relativistischen Wertlehre, nahm aber eine deutliche Akzentverschiebung vor*“; nach W.Hassemmer in „Einführung“ GRGA 3 S. 13 hat Radbruch „*seine Rechtsphilosophie nicht ausgewechselt, sondern nur die Akzente anders gesetzt*“; Hassemers Auffassung hat nach N.Hoerster in „Buchbesprechung, Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie III“ S. 712 „*bei näherer Betrachtung der Schriften Radbruchs im Kontext ihrer je unterschiedlichen Anlässe, aber auch bei Berücksichtigung der politischen Einstellungen Radbruchs, die im Lauf seines Lebens durchaus keinen Bruch erkennen lassen, vieles für sich*“; nach Y.Kwon in „Entwicklung und Bedeutung der Lehre von der Natur der Sache in der Rechtsphilosophie bei Gustav Radbruch“ S. 47 war Radbruchs Denken immer vom Werterelativismus der südwestdeutschen Schule bestimmt, bedeutet die Materialisierung der Idee zwar „*eine Wendung zu sachbestimmtem Denken, nicht aber eine Überwindung des Rationalismus*“; M.Schulte in „Der Rechtsstaatsgedanke bei Gustav Radbruch“ S. 180 glaubt schließlich, dass sich Radbruch nie für den Positivismus, den Relativismus oder das Naturrecht entschieden hat. Alle drei Positionen waren für Radbruch immer beherrschende Denkrichtungen. Daher gab es keine Wende und keine Fortentwicklung. U.Neumann führt in „Naturrecht und Politik zwischen 1900 und 1945“ S. 73 aus, dass es sich um Akzentverschiebungen handelt, die sich nicht erst in der Nachkriegszeit, sondern bereits nach dem 1. Weltkrieg aufzeigen lassen.

Die Verleugnungsthese der Radbruchschen Formel stimmt bei der Definition der Rechtsidee mit den Ausführungen in der „Rechtsphilosophie“ überein. Bereits der „Rechtsphilosophie“ hatte Radbruch einen auf die Gerechtigkeit ausgerichteten Rechtsbegriff zugrunde gelegt, indem er zeigte, dass es der Sinn des Rechts ist, der Gerechtigkeit zu dienen⁵¹⁷, und dass alleine nach dem Maßstab bezweckter Gerechtigkeit darüber entschieden wird, ob eine Anordnung überhaupt rechtlicher Natur ist⁵¹⁸. Die Verleugnungsthese ergänzt nun die Rechtsgeltungsausführungen im Kampf gegen ungerechtes Recht und nimmt selbst den Charakter einer Rechtsgeltungsbestimmung an. Radbruch zieht materielle Konsequenzen aus der gleichgebliebenen formalen Definition des Rechtsbegriffs. Er benutzt diese Definition als ein konkretes und nicht der Auslegung bedürftiges Mittel gegen ungerechtes Recht.

Neue Wege geht Radbruch bei der Geltungsfrage des Rechts. Noch in der „Rechtsphilosophie“ nahm er formal und hinsichtlich des endgültigen Geltungsbeweises keine eindeutige Gewichtung der drei Bestandteile der Rechtsidee vor. Er überließ die Entscheidung in Fällen des Widerstreits dem Einzelgewissen⁵¹⁹.

Entscheidende Element war allerdings die Rechtssicherheit. Die Geltung des Rechts ist gegeben, nicht weil, sondern wenn es sich durchzusetzen vermag, nur dann kann es die Rechtssicherheit gewähren⁵²⁰. Der Gerechtigkeit wurde keine übergeordnete Rolle zuteil. Auch ein Widerstandsrecht für Fälle extremen Unrechts, welches grundsätzlich aus der Gerechtigkeit und nicht aus der Zweckmäßigkeit oder Rechtssicherheit herzuleiten wäre, kannte Radbruch nicht⁵²¹. Radbruch führt sogar aus, dass die Rechtswissenschaft letztlich unfähig ist, „den Imperativen eines Paranoikers, der sich König dünkt, mit zwingenden Gründen die Geltung abzusprechen“⁵²².

⁵¹⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 29, 30

⁵¹⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 73

⁵¹⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 83

⁵²⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 82

⁵²¹ R.Leicht in „Obrigkeitspositivismus und Widerstand“ S. 191 ff.

⁵²² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 77; K.Seidel in „Rechtsphilosophische Aspekte der Mauerschützen-Prozesse“ S. 125, 126 weist in diesem Zusammenhang zu Recht auf die Systembedingtheit von Radbruchs Ausführungen hin. Dieser trennt die wertbeziehende von der bewertenden Haltung. Die systemimmanente agierende Rechtswissenschaft ist nur wertbeziehend und

An der Vormachtstellung der Rechtssicherheit ändert auch die Tatsache nichts, dass Radbruch bereits in der „Rechtsphilosophie“ durchaus die Möglichkeit der Ungültigkeit gesetzten Rechts wegen dessen Unrichtigkeit einräumt. Dort heißt es zwar, dass Fälle denkbar sind, in denen die Unrichtigkeit des Rechts, seine Ungerechtigkeit oder Unzweckmäßigkeit so groß ist, dass der durch die Geltung einmal gesetzten Rechts gewährleistete Wert der Rechtssicherheit dagegen nicht ins Gewicht fallen kann⁵²³. Diese Feststellung ist jedoch nur Ausdruck der grundsätzlichen Relativität im Rangverhältnis der drei Elemente der Rechtsidee⁵²⁴.

Einen begrifflichen Zusammenhang zwischen Recht und Gerechtigkeit stellt Radbruch auch in der Schrift „Die Problematik der Rechtsidee“ aus dem Jahre 1924 fest: *„Eine Anordnung, welcher nicht einmal der Wille innewohnt, Gleiche gleich und Ungleiche ungleich zu behandeln, kann positiv gelten, kann zweckmäßig, ja notwendig und deshalb auch absolut gültig sein, aber den Namen Recht sollte man ihr verweigern, denn Recht ist nur, was der Gerechtigkeit zu dienen wenigstens bezweckt“*⁵²⁵. Allerdings meint dies kein verpflichtendes materielles Prinzip der Gerechtigkeit, sondern ein formales, welches Radbruchs relativistischer Konzeption entspricht⁵²⁶.

Die Geltungslehre erfährt durch die Unerträglichkeitsthese der Radbruchschen Formel eine wesentliche Modifikation. Die Rechtssicherheit bleibt zwar zunächst das bestimmende Element, sie hat im Zweifel jedoch der Gerechtigkeit zu weichen.

kann daher keine Urteile über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Norm abgeben. Dies bleibt der systemtranszendenten und bewertenden Rechtsphilosophie überlassen. Die Möglichkeit der Geltungsabsprechung ist somit davon abhängig, wie weit die Kompetenzen der Rechtsphilosophie reichen.

⁵²³ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 177

⁵²⁴ Während Radbruch noch in der „Rechtsphilosophie“ die Gerechtigkeit und die Zweckmäßigkeit als Maßstab heranzieht, dient in den Nachkriegsveröffentlichungen nur noch die Gerechtigkeit als Maßstab.

⁵²⁵ G.Radbruch in „Die Problematik der Rechtsidee“ S. 45

⁵²⁶ G.Luf führt in „Zur Verantwortlichkeit des Rechtspositivismus für gesetzliches Unrecht“ S. 22 aus, dass das formale Prinzip der Gerechtigkeit seinen Kristallisationspunkt im Gleichheitsprinzip findet, welches auf einen normativen Maßstab verweist, *„den es außer sich hat und daher selbst nicht rechtfertigen kann“*. Damit bleibt das normative Kriterium der Gleichbehandlung qua Geltungskriterium aus dem Gerechtigkeitsbegriff ausgeklammert. Die Gerechtigkeit ist in ihrer Formalität also überparteilich und allgemeingültig, es bestehen indes keine materielle Prinzipien von unbedingter Geltung. Luf stellt zudem in Frage, inwieweit Radbruch ein unbedingt normatives Kriterium der Gleichheit und damit der Gerechtigkeit nach den Schrecken des Nationalsozialismus in seine Lehre eingeführt hat, zumindest bleiben die Kriterien der Qualifikation diffus.

Die Gerechtigkeit wird jedenfalls in Ausnahmefällen zum entscheidenden Element, bekommt also den Charakter einer letzten Instanz, die über die Geltung zu entscheiden hat. Radbruch betrachtet die Rechtssicherheit nun außerdem als Bestandteil der Gerechtigkeit. Er gibt die Überschätzung des Wertes der Rechtssicherheit auf, die letztlich auch zu einer Überbetonung der Positivität im Recht geführt hatte⁵²⁷.

War die Rechtssicherheit das Leitbild in der „Rechtsphilosophie“, ist es in den späteren Schriften, vor allem in den Nachkriegsschriften, die Gerechtigkeit⁵²⁸. Es ist dies jedoch eine Akzentverschiebung und kein Umbruch in Radbruchs Denken, da die Möglichkeit einer unterschiedlichen Gewichtung der Bestandteile der Rechtsidee bereits in der „Rechtsphilosophie“ angelegt war⁵²⁹.

Radbruch kommt in der Nachkriegsphase zu dem Ergebnis, dass dem Glauben an einen festen Bestand an rechtsethischen Grundsätzen, zu denen u.a. die Menschenrechte zu zählen sind, Zweifel nur noch aufgrund gewollter Skepsis entgegengehalten werden können⁵³⁰. Zu absoluten Forderungen an das Recht führt die unauflöslich mit dem Recht verbundene Pflichtenlehre. Recht verpflichtet, die Pflichterfüllung erfordert ihrerseits die innere Freiheit, sich pflichtgemäß zu verhalten oder eben nicht. Die innere Freiheit, ethische Entscheidungen zu treffen, bedarf jedoch eines gewissen Maßes an äußerer Freiheit. Das Recht muss diese

⁵²⁷ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ GRGA 1 S. 82

⁵²⁸ W.Hassemer in „Einführung“ GRGA 3 S. 14, 15; einen Vorrang der Gerechtigkeit vor der Zweckmäßigkeit und der Rechtssicherheit in Radbruchs Nachkriegsschriften, und zwar sogar einen absoluten, sieht auch Schwarzschild. A.Schwarzschild in „Über Gerechtigkeit“ S. 74; auch S.Rosenmayr in „Einige Theorien der Geltung des Rechts“ S. 203 sieht nach dem Dritten Reich eine Verschiebung der Vorrangstellung von der Rechtssicherheit zur Gerechtigkeit.

⁵²⁹ E.Wolf stellt in „Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte“ S. 754 und ähnlich auch in „Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?“ S. 499 fest: „*Indem ein Glied des trialektischen ganzen ein funktionelles prius erhielt, wurde die prinzipielle Gleichwertigkeit der Glieder nicht aufgehoben, vielmehr betont, denn die Gerechtigkeit des Relativismus selbst fordert Akzentuierung immer nur gerade desjenigen Wertes gegenüber den anderen, der durch ihre aktuelle historische Lage verdrängt zu werden droht.*“ Eine andere Ansicht vertritt L.H.Meyer in „Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit wegen die Geltung absprechen“ S. 361, 339. Meyer sieht durch die Einführung der aus seiner Sicht gar unbedingten moralischen Bedingungen für die Geltung des Rechts zwar keinen Umbruch in Radbruchs Rechtsverständnis, weil dieser die Geltung stets von der ethischen Einschätzung des Einzelnen abhängig gemacht hat. Da Meyer Radbruch in der Nachkriegszeit in der Geltungsfrage jedoch eine naturrechtliche Position unterstellt, wo er zuvor nur mit dem Relativismus in Spannung stehende wertphilosophische Vorstellungen sah, muss er von einem Umbruch im philosophischen System Radbruchs ausgehen.

⁵³⁰ G. Radbruch in „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ in GRGA 2 S. 78

äußere Freiheit garantieren, in der das Wesen und der Kern der Menschenrechte besteht, da es die Möglichkeit sittlicher Pflichterfüllung gewährleisten muss⁵³¹.

Zu einer Milderung des schroffen Dualismus von Sollen und Sein führt die Lehre von der „Natur der Sache“. Nach eigenem Bekunden war Radbruch am Anfang seiner wissenschaftlichen Karriere noch nicht reif genug, die Vernunft in den Dingen und die den Lebensverhältnissen innewohnende Ordnung zu suchen, die man Natur der Sache nennt⁵³². Er war jedoch immer bemüht, den schroffen Dualismus zwischen Sollen und Sein zu entspannen⁵³³. In seinem Aufsatz „Rechtsidee und Rechtsstoff“ aus dem Jahre 1924 stellt Radbruch fest, dass es jeder Idee im Sinne eines überwirklichen Wertes angeboren ist, materialgerecht zu sein. Eine Idee kann demnach ohne Stoffbestimmtheit nicht existieren, auch wenn gleichzeitig keine formale Stoffbestimmung erfolgen kann. Dies ist eine Einsicht, *„die geeignet ist, das schroff methodendualistische Dogma in etwas zu mildern“*⁵³⁴. Die Bemühungen zur Milderung des Methodendualismus zeigten sich insbesondere auch in dem systemimmanenten Methodendualismus. Auch Goethes Gedanken des „Sich-ins-Rechte-Denken“ sah Radbruch als Entschärfung⁵³⁵. Man mag die Lehre von der „Natur der Sache“ schließlich als wegweisende Lösung

⁵³¹ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ in GRGA 3 S. 146, 147; die vollkommene Leugnung der Freiheit, mithin der Menschenrechte ist unrichtiges Recht. Das positive Recht erfordert mithin ein naturrechtliches Mindestmaß, um richtiges Recht zu sein. K.Engisch in „Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph“ S. 67

⁵³² G.Radbruch „Der innere Weg“ GRGA 16 S. 208; Baum findet in „Der innere Weg“ in GRGA 16 S. 294, 295 zwar keine Antwort auf die Frage, wann Radbruch anfang, sich ernsthaft mit der Lehre von der Natur der Sache auseinander zu setzen, weist jedoch ebenfalls darauf hin, dass er die Beschränkung seines jugendlichen Geistes während der Referendarszeit auf das Allgemeine und die Abstraktion betonte. Er wollte in den geistigen Höhen alleine die Theorie und Philosophie finden. Erst *„angesichts der teuflischen Verzerrung des positiven Rechts und der vollen Vernichtung der Rechtssicherheit musste er sich“* nach Baum, *„an die Gerechtigkeit halten, in ihr den festen, den ewigen Hintergrund suchen.“* In den beiden Aufsätzen „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ und „Gerechtigkeit und Gnade“ erkennt Baum diese Hinwendung zur Gerechtigkeit.

⁵³³ E.Wolf stellt hierzu in „Das Problem der Naturrechtslehre“ S. 116 fest, dass sich Radbruch von einem philosophischen Ansatz aus explizit zwar erst in seinen letzten Jahren, implizit aber bereits seit längerer Zeit um den Gedanken der Natur der Sache bemüht.

⁵³⁴ G.Radbruch in „Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze“ in GRGA 2 S. 453, 454

⁵³⁵ B.Kastner in „Goethe in Leben und Werk Gustav Radbruchs“ S. 144; Goethe schrieb in dem Gedicht „Schwebender Genius über der Erdkugel“: *„Alle Tag' und alle Nächte / Rühm' ich so des Menschen Los / Denkt er ewig sich ins Rechte, / Ist er ewig schön und groß.“* Für Wolf war Radbruchs Relativismus letzten Endes *„keine Methode gelehrten Dozierens“*, sondern *„das Zeichen für eine ethisch-existentielle Haltung der Ehrfurcht und des Entsayens, die sich mit der dauernden Aufgabe, das Dasein ins Rechte zu denken bescheidet“*. E.Wolf in „Sich ins Rechte denken“ S. 81

betrachten⁵³⁶, zumindest war sie die aus Radbruchs Sicht größtmögliche Milderung des Methodendualismus⁵³⁷. Radbruch entwickelt darin die Überzeugung, dass jede Sache bereits einen bestimmten Wert in sich trägt, jeder Stoff einen für seine rechtliche Regelung relevanten Sinn enthält⁵³⁸. Dadurch entspannt er den absoluten Dualismus von Wert und Wirklichkeit, Sollen und Sein, ohne diesen ganz aufzuheben⁵³⁹. Die „Natur der Sache“ ist für Radbruch nicht Geltungsgrund⁵⁴⁰ oder Quelle des Rechts, sondern ein Mittel der Auslegung. Sie ist ein Leitgedanke für den Gesetzgeber, die Rechtsidee bleibt jedoch der beherrschende Leitgedanke⁵⁴¹. Die „Natur der Sache“ ist der Sinn einer Begebenheit und gehört als solcher zur Seinsebene, das letzte Wort gebührt nach Radbruch jedoch der der Sollensebene zugeordneten Idee des Rechts⁵⁴². Radbruch bleibt also dem Methodendualismus treu, wonach Sollenssätze nur aus anderen Sollensätzen deduktiv abgeleitet und nicht induktiv aus Seinstatsachen gegründet werden können. Er verändert lediglich den Begriff der Wirklichkeit als Stoff des Rechts⁵⁴³. Im Übergang vom Methodendualismus bzw. Methodentrialismus zur Stoffbestimmtheit der Idee und schließlich zur Lehre von der Natur der Sache deutet sich jedenfalls die Stringenz seiner Gedankenwelt an⁵⁴⁴. Die Lehre von der Natur der Sache führte zu keinem Umbruch der Rechtsphilosophie Radbruchs, sondern stellte lediglich eine weitere, wenngleich auch die bedeutendste Stufe in seinen Bemühungen zur Milderung des Methodendualismus dar. Radbruch stellt in diesem Zusammenhang fest, dass die Natur der Sache nicht als naturrechtliche Denkform missverstanden werden darf. *„Natur der Sache und Naturrecht sind“* nach seiner Ansicht *„viel eher Gegensätze“*⁵⁴⁵.

⁵³⁶ so B.Kastner in „Goethe in Leben und Werk Gustav Radbruchs“ S. 144 ff.

⁵³⁷ so auch A.Baratta, der in „Natur der Sache und Naturrecht“ S. 124 feststellt, dass Radbruchs Abhandlung über die Natur der Sache im Bereich der Prämissen des Neukantianismus die größte Anstrengung darstellt, zu einer Überwindung des Dualismus von Sollen und Sein zu gelangen. H.Schambeck weist in „Der Begriff der Natur der Sache“ S. 134 darauf hin, dass Radbruchs Festhalten am strengen Methodendualismus des südwestdeutschen Neukantianismus und die daraus resultierende Methode des Erkennens ihm *„die volle Bindungskraft der Natur der Sache“* verschloss, wodurch diese für ihn lediglich *„Auslegungsbehelf innerhalb des positiven Rechts“* blieb.

⁵³⁸ G. Radbruch in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ S. 13

⁵³⁹ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ S. 142, 143

⁵⁴⁰ Die Lehre von der „Natur der Sache“ führt daher auch nicht zu einer Modifikation von Radbruchs Geltungslehre.

⁵⁴¹ G. Radbruch in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ S. 13

⁵⁴² G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ S. 141

⁵⁴³ Z.U.Tjong in „Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch“ S. 245, 256

⁵⁴⁴ A.Kaufmann in „Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart“ S.21

⁵⁴⁵ G.Radbruch in „Natur der Sache als juristische Denkform“ S. 7

Die überzeugenderen Argumente lassen sich dafür finden, dass die vermeintlichen Änderungen eine Fortentwicklung seiner Lehre darstellen, die neuen Aspekte also bereits im Kern vorhanden waren⁵⁴⁶ und es sich folglich um eine Akzentverschiebung, jedenfalls keinen radikalen Bruch in Radbruchs Denken handelt⁵⁴⁷. Weder hat sich Radbruch nach dem Zweiten Weltkrieg vollkommen von der Idee des Rechtspositivismus gelöst, noch hat er zuvor die Geltung jeder noch so unrichtigen Rechtsordnung widerspruchslos angenommen⁵⁴⁸. Radbruch selbst bemerkt, dass die „Vorschule der Rechtsphilosophie“ nur scheinbare Widersprüche enthält⁵⁴⁹. Liegen keine Widersprüche vor, kann es auch keinen Umbruch gegeben haben.

Radbruch führt in der „Kulturlehre des Sozialismus“ im Jahre 1949 aus, dass es nicht notwendig wäre, „*die Substanz der früheren Gedanken zu verändern, vielmehr nur die Akzente anders zu setzen*“⁵⁵⁰. Und im gleichen Jahr stellt er im Vorwort zu „Der Mensch im Recht“ fest, dass sich seine „*humanitäre*

⁵⁴⁶ So auch R.Dreier/S.L.Paulson in „Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch“ S. 462, 465

⁵⁴⁷ So im Ergebnis beispielsweise auch W.Hassemer in „Einführung“ GRGA 3 S. 13; A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 153; H.-P.Schneider in „Gustav Radbruch. (1878-1949). Rechtsphilosoph zwischen Wissenschaft und Politik“ S. 303; K.Kühl stellt in „Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg“ S. 336 fest, dass sich die positivistische These von der unbedingten Gültigkeit des positiven Rechts und die ihr zugrundeliegende relativistische These von der Unerkennbarkeit materieller Rechtswerte gewandelt haben. Eine Analyse der Mängel der relativistischen These findet sich nach Kühl bei Radbruch allerdings nicht. Er hat nicht etwa eine Theorie der Gerechtigkeit ausgearbeitet, sondern lediglich das ursprünglich rein formale Element der Gerechtigkeit der Rechtsidee materiell angereichert, insbesondere durch die Einbeziehung der Menschenrechte. Die Verschiebung der Gewichtung der Rechtsidee-Elemente von der Rechtssicherheit zur Gerechtigkeit geht nach K.Kühl in „Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts“ S. 619 jedenfalls über eine bloße Akzentverschiebung hinaus. Eine Diskontinuität sieht Kühl bei Radbruch, weil dieser für einen Kernbereich von Naturrechtssätzen nach dem 2. Weltkrieg eine Ausnahme von seiner relativistischen Unerkennbarkeitsthese machen musste. Eine Kontinuität erkennt er darin, dass die diesen Naturrechtsnormen widersprechenden positiven Gesetze kein Recht sind.

⁵⁴⁸ G.Radbruch in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ 1914 S. 175 f.; bereits hier hat Radbruch deutlich gemacht, dass die Ausführungen zur Geltung des Rechts nicht ohne weiteres auf jedes Schandgesetz und jedes noch so unrichtige Recht angewendet werden können. Die uneingeschränkte Gültigkeit eines positiven Gebildes und einer empirischer Gegebenheit ist für die Wertphilosophie nach Radbruchs Meinung ohne Beispiel.

⁵⁴⁹ G.Radbruch im Vorwort der „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 123

⁵⁵⁰ G.Radbruch in „Kulturlehre des Sozialismus“ S.81

Rechtsauffassung“ im Wechsel der geschichtlichen Ereignisse *„behauptet und zugleich fortgebildet“* hat ⁵⁵¹.

Man kann Radbruch letztlich nur gerecht werden, wenn man mit Kaufmann dessen antinomische Denkweise des Sowohl-als-Auch zum Ausgangspunkt der Betrachtung macht ⁵⁵². Radbruch war Positivist und Naturrechtler mit jeweils unterschiedlicher Akzentuierung. Er stand damit *„jenseits von Naturrecht und Positivismus“* ⁵⁵³. Nach Kaufmann hat es *„keinen Umbruch in Radbruchs Denken gegeben, aber es gab eine stete Entwicklung, ein fortwährendes Neuentscheidenmüssen. Sein Denken war immer Prozeß, niemals dauernder Besitz“* ⁵⁵⁴.

Radbruch hat weder seinen Relativismus, noch den Methodendualismus zugunsten naturrechtlicher Aspekte aufgegeben ⁵⁵⁵. Er stellte selbst fest, dass sich die

⁵⁵¹ G.Radbruch in „Der Mensch im Recht“ S. 7; Radbruch hatte die erst im Jahre 1957 erschienene Sammlung „Der Mensch im Recht“ im Jahre 1949 noch selbst zusammengefügt und das hier zitierte Vorwort verfaßt.

⁵⁵² A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 26 ff.; sähe man das Verhältnis Positivismus und Naturrecht hingegen als reines Entweder-Oder-Verhältnis und interpretierte man Radbruchs Relativismus als Indifferenz, müsste man wohl von einem Umbruch in Radbruchs Denken ausgehen. Auch A.Laufs bringt in „Veritas, humanitas, iustitia: Gustav Radbruch“ S. 660 zumindest mittelbar Radbruchs antinomische Denkweise zum Ausdruck, wenn er ausführt, dass Radbruch als Rechtsdenker kein geschlossenes System geschaffen hat und sich mit Etiketten wie Neukantianer, Positivist, Relativist, Modernist oder Naturrechtler nicht kennzeichnen lässt.

⁵⁵³ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ GRGA I S. 84, 85 und in „Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre“ S. 116; nach A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 31 ist die Ansicht der Radbruch kritisierenden *„Entweder-oder-Leute“*, nach der man nur entweder Positivist oder Naturrechtler sein könne, falsch. Er hält diese Ansicht mit Radbruch für eine Folge der charakterlichen (deutschen) Eigenart, einen einmal gewählten Weg ohne Rücksicht auf sich verändernde Umstände mit *„unerbitterlicher Konsequenz“* zu Ende zu gehen.

⁵⁵⁴ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 26 ff., 31

⁵⁵⁵ E. Wolf in „Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte“ S. 751 und in „Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie“ S.; für M.A.Cattaneo in „Gustav Radbruch als Theoretiker und Verteidiger des Rechtsstaates“ S. 182 ff., 190 fand in Radbruchs Rechtsphilosophie zwar ein Übergang von der Phase des Relativismus zur Phase des Naturrechts statt, die Unterschiede im rechtsphilosophischen Denken Radbruchs zwischen beiden Perioden bezeichnet Cattaneo jedoch als gering und unbedeutend. Radbruchs Relativismus hatte immer einen politischen Inhalt. Mit dem entschlossenen Antifaschismus, der fundamentalen Verteidigung der Demokratie und der Beschränkung der Staatsgewalt findet sich in Radbruchs Denken eine deutlich erkennbare politische Kontinuität. Die Wertefreiheit nahm bei ihm keine so dominierende Rolle ein wie bei anderen Relativisten.; M.Kriele in „Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus“ S. 10 Fussnote 7 geht zu weit, wenn er Radbruch unterstellt, dass dieser zwar *„ehemals zu den hervorragendsten Vertretern des Relativismus“* gehört hatte, sich nach dem Zusammenbruch des Dritten

Methodik seiner Rechtsphilosophie auf den Methodendualismus und Relativismus gründete und sich die beiden Gedanken lediglich veränderten: „*Beide Gedanken haben sich in der Zwischenzeit gewandelt und doch behauptet.*“⁵⁵⁶. Der Relativismus wurde beibehalten⁵⁵⁷, lediglich „*die Favorisierung der Bestandteile der Rechtsidee als Leitbild der Justiz*“ änderte sich, indem wie gezeigt die Gerechtigkeit das bestimmende Element wurde. Auch die Degradierung der Zweckmäßigkeit, die nur noch eine untergeordnete Rolle für das Gemeinwohl spielen soll⁵⁵⁸, stellt lediglich eine Akzentverschiebung dar. Das in der „Rechtsphilosophie“ statuierte relativistische Verhältnis der drei Bestandteile der Rechtsidee bleibt bestehen. Letztlich fordert der Relativismus sogar die unterschiedliche Akzentuierung der drei Elemente der Rechtsidee als Reaktion auf die Rechtswirklichkeit⁵⁵⁹. Radbruchs Kernthese, wonach das Recht und die Rechtsgeltung nur durch Bezugnahme auf die Gerechtigkeit und die Rechtssicherheit bestimmt werden können, war von Anfang an vorhanden und wurde lediglich konsequent ausgebaut⁵⁶⁰.

Reichs jedoch zum Naturrecht bekannte. Kriele wirft Wolf zu Unrecht vor, dass dieser in „Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie“ lediglich Radbruchs Relativismus in Schutz nimmt, ohne zu widerlegen, dass Radbruchs Rechtsphilosophie eine Wandlung vom Relativismus zum Naturrecht durchmachte und dass sich diese Positionen ausschließen.

⁵⁵⁶ G.Radbruch in „Nachwort-Entwurf“ S. 208; E.Wolf im Vorwort zur 4.Auflage der „Rechtsphilosophie“ S. 12; mit Skepsis sind daher die Worte Marie Baums zu betrachten, die meint, dass es Radbruch in seinen letzten Jahren „um die Nachprüfung und schließliche Überwindung dessen ging, was er selber seinen Relativismus genannt hatte.“ G.Radbruch „Der innere Weg“ GRGA 16 S. 294, 295

⁵⁵⁷ so auch G.Sprenger in „Die Wertlehre des Badener Neukantianismus“ S. 166; der Relativismus blieb zwar bestimmendes Element der Rechtsphilosophie, erfuhr jedoch Modifikationen und wurde so H.J.Sandkühler in „Natur des Rechts und Relativismus im Recht“ S. 153 sozusagen selbst relativiert. Nach Sandkühler verbietet die Erfahrung des gesetzlichen Terrors ein Mehr an Relativismus. L.H.Meyer in „Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit wegen die Geltung absprechen“ S. 340, 346 vertritt hingegen die Ansicht, dass sich Radbruchs Ansicht nach dem Zweiten Weltkrieg, wenn auch nicht in eine nicht-relativistische normative Moraltheorie, so doch weg vom Relativismus und hin zu einem moderaten Skeptizismus wandelte. Er begründet dies damit, dass sowohl die Begründung und die Verabsolutierung der Menschenrechte in der „Vorschule der Rechtsphilosophie“ und der „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ als auch die Radbruchsche Formel offensichtlich nicht mit Radbruchs metaethischem Relativismus vereinbar sind.

⁵⁵⁸ G.Radbruch in „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ GRGA 3 S.88 und angedeutet bereits auch in „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 78, 79

⁵⁵⁹ E.Wolf in „Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie“ S. 499; B.Kastner in „Goethe in Leben und Werk Gustav Radbruchs“ S. 258; während die Zweckmäßigkeit für den sozialen Rechtsstaat wichtig war und die Rechtssicherheit in der unsicheren Endphase der Weimarer Republik dominierte, war die Gerechtigkeit der notwendige Gegenpol zur formalen Legalität. Nach 1945 galt es dann, eine Wiederholung des justizlosen Machtstaates zu verhindern.

⁵⁶⁰ R.Dreier/S.L.Paulson in „Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch“ S. 463

Eine Charakterisierung Radbruchs als Begründer der Naturrechtsrenaissance ⁵⁶¹ findet ihre Berechtigung weniger in seiner eigenen Hinwendung zum Naturrecht als vielmehr in seinem Einfluss auf die Rechtsphilosophie. Radbruchs Rechtsphilosophie zeichnete sich nämlich bei aller Kritik am klassischen Naturrecht immer durch ein naturrechtliches Minimum aus ⁵⁶². Nach Baratta war schon im Relativismus der ideologische Kern der naturrechtlichen Position Radbruchs enthalten. Ein antithetisches Verhältnis erkennt Baratta dabei nicht ⁵⁶³. Zudem verfiel Radbruch auch in seinen späteren Ausführungen keineswegs einer Naturrechtsdoktrin ⁵⁶⁴. Es zieht sich durch seine ganze Schaffenszeit ein roter Faden. Ein Bruch kann in seiner Rechtsphilosophie nicht erblickt werden. Er wählte in den Nachkriegsjahren lediglich eine neuere Ausdrucksform und eine andere Akzentuierung. Er gab weder den Grundgedanken des Methodendualismus

⁵⁶¹ K.Kühl in „Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg“ S. 332 benennt Radbruch zwar nicht als Begründer einer Naturrechtsrenaissance, schreibt diesem aber zumindest die wirkungsstarke Aktualisierung der Gerechtigkeit nach dem 2. Weltkrieg zu und weist auf die Aktualität und die Bedeutung Radbruchscher Themen wie „Rechtsmoralismus“, „gemäßigtem Relativismus“ oder der „Natur der Sache“ für die gegenwärtige Rechtsphilosophie hin.

⁵⁶² H.J.Sandkühler in „Natur des Rechts und Relativismus im Recht“ S. 136; H.Dreier weist in „Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?“ S. 129 darauf hin, dass die Rechtsphilosophie Radbruchs von Beginn an von einem Bezug zum absolut Richtigen durchdrungen war. Nach Dreier gibt Radbruch den Gedanken des absoluten Wertes nicht auf, sondern unterwirft ihn „*nur einer gewissen Pluralisierung... Statt von einem strengen Werterelativismus kann man bei Radbruch besser von einer Pluralisierung von Wertabsolutismen sprechen...In einem Wort: beim frühen Radbruch dient die Pluralisierung der Werteabsolutismen als Naturrechtssurrogat.*“ Dreier spricht daher lediglich von einer Konkretisierung der rechtsphilosophischen Prämissen und einer eher marginalen Veränderung sowie einer in der Unerträglichkeitstheese zum Ausdruck kommenden Korrektur der eigenen Theorie.

⁵⁶³ Nach A.Baratta in „Philosophie und Strafrecht“ S. 1ff., 4, 6, 11 vertrat Radbruch einen positiven Relativismus goethischer Art und Inspiration. Seine Haltung ist nach Baratta einzuordnen zwischen subjektiver Erkenntnisphilosophie Kants und objektiver Metaphysik Goethes. Der Radbruchsche Relativismus hatte eine innere Gesinnung – Freiheit, Demokratie, Rechtsstaat, Kulturlehre des Sozialismus, Menschenrechte, Rechtssicherheit – die immer da war und nicht erst durch einen Wechsel oder Umbruch entstand. Auch J.Stoltzberg in „Vorwort“ S. 125 betont mit Radbruchs Worten, dass sich bei Radbruch gerade „*aus dem Relativismus selbst absolute Forderungen, nämlich die überlieferten Forderungen des klassischen Naturrechts*“ ergaben. Auch M.A.Cattaneo stellt in „Gustav Radbruch als Theoretiker und Verteidiger des Rechtsstaates“ S. 186 ff. fest, dass Radbruchs Ideologie dieselbe geblieben ist.

⁵⁶⁴ A. Kaufmann weist in „Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie“ S.41 zu Recht darauf hin, dass sich Radbruch einerseits nie ganz vom Positivismus gelöst hat, nie die Rechtssicherheit als Bestandteil der Rechtsidee aufgab und er außerdem auch keine Erneuerung der klassischen Naturrechtsidee beabsichtigte. Radbruch selbst betonte bei seiner Rede anlässlich der Wiedereröffnung der juristischen Fakultät Heidelberg neben der Erforderlichkeit einer Rückbesinnung auf die Menschenrechte auch die Notwendigkeit der Rückkehr zur Herrschaft des Gesetzes, zur Rechtsstaatlichkeit. G.Radbruch in „Erneuerung des Rechts“ S. 26

noch den des Relativismus auf. Die von ihm angestellten Untersuchungen zur „Natur der Sache“ und die Radbruchsche Formel überwinden nicht seine grundsätzlichen rechtsphilosophischen Ansichten, sondern sie spezifizierten diese.

Sowie es grundsätzlich nicht möglich ist, menschliches Denken und Verhalten immer auf bestimmte Umstände zurückzuführen, lässt sich auch nicht ein einziger oder ein entscheidender Grund für die Akzentverschiebung in Radbruchs Denken finden⁵⁶⁵. Es lassen sich allenfalls verschiedene Umstände aufführen, die für sich genommen zu einer Beeinflussung geführt haben mögen. Zu nennen sind hier neben den politischen Gegebenheiten und Veränderungen im deutschen Rechtssystem, wie sie durch den Nationalsozialismus und später auch die Besatzungsmächte bedingt waren, persönlichere Einflüsse, wie Radbruchs Berührung mit der Jasperschen Existenzphilosophie und dem deutschen Kirchenkampf⁵⁶⁶. Eine Rolle spielte sicherlich auch die intensive Berührung mit dem angloamerikanischen Recht⁵⁶⁷. Radbruch selbst schreibt den Ursprung der Radbruchschen Formel allerdings dem Schrecken des Nationalsozialismus zu⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Nach W.Hassemer in „Einführung“ GRGA 3 S. 15 liegt der Grund für den Wandel der Akzentuierung in Radbruchs Rechtsphilosophie zumindest nicht in einem Gebot der Wissenschaft, sondern vielmehr in der politischen und rechtspolitischen Erfahrung. Radbruch hat die Komplexität und Offenheit seiner Rechtsauffassung für eine, in ihrer Zeit, sei es 1932 oder 1945, jeweils progressive Rechtspolitik fruchtbar gemacht.

⁵⁶⁶ Nach E. Wolf in „Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte“ S. 751 ff., 752, 756 wurde Radbruchs positiver Relativismus und rationaler Humanismus zu einer Haltung geistiger Offenheit und Bereitschaft, indem er sich an der Existenz und für sie orientierte. Die verborgene Religiosität Radbruchs ist nach Wolf durch Erfahrungen des Kirchenkampfs nach 1933 bestärkt worden.

⁵⁶⁷ H.Scholler in „Die Rechtsvergleichung von Gustav Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht“ S. 96; nicht nachweisbar ist die durchaus interessante These, dass die Lehre von der „Natur der Sache“ ihren Ursprung in Radbruchs Beschäftigung mit dem englischen case law hat. C.Vulpus in „Radbruch in Oxford“ S. 93 ff.

⁵⁶⁸ G.Radbruch in „Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht“ in SJZ 1946, S. 105, 107 ff.

D. Philosophische Grundlagen

Die Metaphysik als Wissenschaft vom Seienden als solchem und dessen letzten Gründen ⁵⁶⁹, als Wissenschaft von den Grundbegriffen des Erkennens und der Einzelwissenschaften in ihrem letzten für uns erreichbaren Sinne beschäftigt sich mit den letzten, unerfahrbaren, transzendenten, übersinnlichen und absoluten Dingen ⁵⁷⁰. Sie war und ist daher auch von erheblichem Einfluss auf die Rechtsphilosophie, als Wissenschaft vom Wesen und der Idee des Rechts. Erst die Transzendentalphilosophie Kants führte zu einer Abkehr des metaphysischen Glaubens an eine vorgegebene und wahrnehmbare Ordnung des Gegenständlichen und der äußeren Welt an sich. Kant hat der Welt die wahre Komplexität der Metaphysik vor Augen geführt und ihr auf diese Weise die Naivität überkommener philosophischer Systeme bewusst gemacht ⁵⁷¹. Er hat die metaphysische Fragestellung der Rechtsphilosophie entsimplifiziert, indem er auf die Unzulässigkeit der kritiklosen Verwendung traditioneller Axiome hingewiesen und die begrenzten Möglichkeiten des begrifflichen Denkens zur Wahrheitsfindung nachgewiesen hat. Bereits aus diesem Zusammenhang heraus erklärt sich die Bedeutung Kants für die Werke Radbruchs und Kelsens. Die beiden neukantianischen Richtungen der Marburger und der Südwestdeutschen Schule bilden schließlich die unmittelbaren philosophischen Grundlagen der Reinen Rechtslehre und von Radbruchs Rechtsphilosophie. Kelsen und Radbruch haben den Einfluss Kants und des Neukantianismus auf ihre Rechtslehren nie geleugnet, sondern vielmehr hervorgehoben ⁵⁷². Berührungspunkte zwischen Kant und dem Neukantianismus einerseits und Kelsen und Radbruch andererseits gibt es insbesondere beim Methodendualismus, bei der Frage nach der transzendentalphilosophischen Ausgestaltung von Kelsens Grundnorm, dem Verhältnis von Recht und Moral, der kausalen Bestimmtheit des menschlichen

⁵⁶⁹ R.Eisler in „Wörterbuch der philosophischen Begriffe“ S. 658

⁵⁷⁰ W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 108

⁵⁷¹ Nach W.Durant in „Die großen Denker“ S. 279 wird die Philosophie *„niemals wieder so naiv sein, wie zu früheren, schlichteren Zeiten; sie mußte anders und tiefer werden, weil Kant gelebt hat.“* H.M.Baumgartner weist in „Kants Kritik der reinen Vernunft“ S.11 darauf hin, dass die „Theorie der reinen Vernunft“ Maßstäbe für die praktischen wie theoretischen Bereiche unsers Wissens gesetzt hat, die bis heute bestimmend und in weiten Teilen noch immer nicht überholt sind. Auf den allgemeinen Einfluss Kants auf den Rechtspositivismus weist H.Kelsen in „Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus“ hin.

⁵⁷² S.L.Paulson in „Einleitung. Neukantianismus und Rechtsphilosophie“ S. 12 mit entsprechenden Verweisen

Willens und Verhaltens, der Wertebezogenheit, der Grundnormkonstruktion, bei der Ablehnung eines Rechtsrealismus, der erkenntnistheoretischen Grundposition sowie der Ausrichtung des Rechtsbegriffs an der Gerechtigkeit.

I. Immanuel Kant

1. Kritik der reinen Vernunft

Immanuel Kant (1724 – 1804) veränderte den Begriff der Metaphysik, indem er in ihr die Philosophie über die ersten Gründe unserer Erkenntnis, die Wissenschaft von den Grenzen der menschlichen Vernunft sah⁵⁷³. Er bestimmte diese Grenzen mit Hilfe der Transzendentalphilosophie⁵⁷⁴, indem er mit zuvor nie da gewesener Gründlichkeit und Gedankentiefe den Vollzug des menschlichen Denkprozesses analysierte⁵⁷⁵. Kant begründete damit den Kritizismus⁵⁷⁶. Als Wissenschaft ist die Metaphysik nach Kant nur möglich, wenn ihre Sätze synthetisch und a priori sind. Sie ist nämlich Erkenntnis aus reinem Verstand oder reiner Vernunft, jenseits der Erfahrung⁵⁷⁷. Sätze, die alleine aus der Erfahrung der Sinneswahrnehmung stammen, sind aber nur relative Erkenntnisse, Erkenntnisse *a posteriori*, die

⁵⁷³ I.Kant in „Träume eines Geistersehers, erläutert durch Träume der Metaphysik“ S.368; eine transzendente, d.h. eine die Erfahrung überschreitende und die Realität vermeintlich herauskristallisierende Metaphysik hielt Kant für eine Scheinwissenschaft.

⁵⁷⁴ Transzendentalphilosophie ist nach Kant jene Philosophie, die keine Objekte der Sinne zum Gegenstand hat, sondern die Erkenntnis der Objekte. Sie ist die Philosophie der apriorischen Erkenntnis, „das System aller Principien der reinen Vernunft“ I.Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 2.Auflage S. 44, 45

⁵⁷⁵ Kant bezieht sich bei seinen Ausführungen zumindest mittelbar sowohl auf die kontinentalen Rationalisten, die die Vernunft zur Grundlage ihrer Philosophie gemacht hatten, als auch auf die britischen Empiriker und speziell auf David Hume (1711-1776), die der Erfahrung die ausschlaggebende Funktion zuschrieben. Dazu stellt W.Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band II, S. 148, 149 fest: „Im Gegensatz zum Empirismus nahm Kant also an, dass es Urteile über die Wirklichkeit gibt, die nicht hypothetisch sind; im Unterschied zum Rationalismus führte er ihre Gültigkeit jedoch nicht auf Evidenz (und schon gar nicht auf ein vorgebliches Angeborensein) zurück, sondern darauf, dass sie Bedingungen ausdrücken, die notwendig sind, um die Erfahrung von Gegenständen begrifflich zu machen.“

⁵⁷⁶ Wolfgang Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band 2, S.139 ff.; es ist dies ein kritisch-philosophisches Verfahren zur Prüfung des Wesens und der Grenzen der menschlichen Erkenntnis.

⁵⁷⁷ I.Kant in „Prolegomena“ S. 265 ff., 271 ff.; die Erfahrung ist nach Kant dabei das erste Produkt, welches der Verstand durch Bearbeitung des rohen Stoffes sinnlicher Empfindungen hervorbringt. I.Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 1.Auflage, S. 17; 2.Auflage, S. 27

lediglich „aus der Erfahrung erborgt“ und durch diese widerlegbar sind⁵⁷⁸. Streng allgemeine und notwendige Sätze sind hingegen Erkenntnisse a priori⁵⁷⁹. Neue Erkenntnisse sind grundsätzlich nur im Wege synthetischer Urteile möglich. Synthetisch ist ein Urteil, wenn das Prädikat nicht zur Subjektdefinition gehört⁵⁸⁰. Die Gültigkeit eines analytischen Urteils a priori⁵⁸¹ ist zwar logisch beweisbar, führt jedoch zu keiner Erweiterung der Erkenntnis⁵⁸². Nach Kant sind synthetische Urteile, die dem Subjekt zwingend etwas Neues, aus der Erfahrung Stammendes, hinzufügen, jedoch nicht ausschließlich *a posteriori* vorstellbar. Es gibt vielmehr auch synthetische Urteile a priori⁵⁸³. Damit ist jedoch auch eine Metaphysik möglich.

Am Anfang des Erkenntnisprozesses stehen mit dem Raum⁵⁸⁴ und der Zeit⁵⁸⁵ apriorische Anschauungsformen, die wir nicht sinnlich wahrnehmen und die darum nicht Gegenstand der Erfahrung sind. Sie ordnen den Erfahrungsstoff in eine räumliche und zeitliche Einheit. Die so vorgeordneten Anschauungen werden vom

⁵⁷⁸ I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 1. Auflage, S. 17; ein solcher Satz „sagt uns zwar, was da sei, aber nicht, daß es notwendigerweise so und nicht anders sein müsse“.

⁵⁷⁹ Der Satz, dass jede Wirkung eine Ursache haben muss, ist notwendig, streng allgemein und durch die Erfahrung unwiderlegbar. Er kann ebenso wenig wie die Axiome der Mathematik aus der Erfahrung stammen.

⁵⁸⁰ I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 1. Auflage, S. 20; 2. Auflage, S. 33; unter einem Urteil versteht Kant eine Behauptung und keine Bewertung. Ein Urteil ist die logische Verknüpfung eines Subjekts mit einem Prädikat. Synthetische Urteile bezeichnet er als Erweiterungsurteile, analytischen Urteile als Erläuterungsurteile. Ein Urteil ist analytisch, wenn das Prädikat durch eine Analyse des Subjektbegriffs zu gewinnen ist. Das Urteil „Körper sind schwer“ ist beispielsweise synthetisch, während das Urteil „Körper sind ausgedehnt“ analytisch ist. Jeder Körper ist zwangsläufig ausgedehnt, d.h. die Ausdehnung im Raum ist im Begriff des Körpers enthalten. Ein solches Urteil erweitert das Wissen nicht.

⁵⁸¹ Urteile a priori sind solche Urteile, deren Wahrheit alleine auf der Beziehung von Subjektbegriff und Prädikat, also ohne Beobachtungen erkannt werden können.

⁵⁸² I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 1. Auflage, S. 20; ein analytisches Urteil sagt lediglich etwas über den Inhalt des verwendeten Begriffs aus und nichts über die Wirklichkeit. Diese Erkenntnis Kants erschütterte die gesamte vorangegangene Metaphysik, da er zeigt, dass sie nicht wirklichkeitsbezogen war. Aus unkritisch vorausgesetzten Begriffen, etwa dem Gottes, hatte man allein mit logischen Mitteln ganze metaphysische Systeme errichtet, die man als Wirklichkeitserkenntnisse ausgegeben hatte.

⁵⁸³ I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 2. Auflage, S. 36 ff.; Wolfgang Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band 2, S. 149, 151; synthetische Urteile *a priori* gibt es in der Mathematik und allgemein in den Naturwissenschaften. Der Kausalzusammenhang bzw. das Prinzip der eindeutigen kausalen Bedingtheit stellt ein synthetisches Urteil a priori dar.

⁵⁸⁴ I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 1. Auflage, S. 32; 2. Auflage, S. 52: „Der Raum ist eine notwendige Vorstellung a priori, die allen äußeren Vorstellungen zum Grund liegt.“

⁵⁸⁵ I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 1. Auflage, S. 36; 2. Auflage, S. 57

Verstand weitergeformt. Dabei entstehen empirische Begriffe⁵⁸⁶, die ihrerseits zu Urteilen verknüpft werden⁵⁸⁷. Die identischen Formen der Urteils- und Begriffsbildung sind die Grundformen des menschlichen Denkens. Urteile und Begriffe beurteilt Kant nach ihrer Quantität, Qualität, Relation und Modalität. Er zeigt dies in den Tafeln der Verstandsformen⁵⁸⁸ und der zwölf möglichen Begriffe, sprich Kategorien⁵⁸⁹. Mit der Begriffsbildung ist der Erkenntnisprozess jedoch nicht abgeschlossen⁵⁹⁰.

Neben Sinneswahrnehmung und Verstand tritt die Vernunft, die aus den zu Urteilen verknüpften Begriffen Schlüsse entwickelt. Geleitet wird die Vernunft dabei von den notwendigen reinen Vernunftbegriffen, den Ideen. Die Ideen sind regulative, ein Ideal der vollendeten Erkenntnis bildende Prinzipien⁵⁹¹. Sie geben der Vernunft Regeln auf, nach denen sie zur Aufdeckung weiterer Zusammenhänge im Erfahrungsbereich verfahren muss. Mit der Seele, der Welt und Gott nennt Kant drei derartige Ideen⁵⁹². Da sie außerhalb jeder Erkenntnismöglichkeit liegen, ist Ihr Gegenstand nicht mit wissenschaftlichen Mitteln greifbar. Kant respektiert also die Grenzen, die die Kritik dem Erkennen gezogen hat. Die Sätze der Metaphysik sind als Inhalte eines vernünftigen Glaubens und nicht als Erkenntnisse zu verstehen. Dem Menschen soll mit ihrer Hilfe die Orientierung in Räumen ermöglicht werden, welche über die Erfahrung hinausgehen⁵⁹³. Kants Lehre der Ideen verdeutlicht den ungeheuren Schritt, mit dem sich seine Erkenntniskritik von der gesamten überkommenen Metaphysik distanziert. Was er als bloße Zielvorstellung, als unsichtbares Ideal einer vollendeten Erkenntnis enthüllt, hatte nahezu die gesamte

⁵⁸⁶ Reine Begriffe entstehen durch die ausschließliche Verknüpfung der Grundformen, dem Raum, der Zeit oder den Kategorien.

⁵⁸⁷ I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 2. Auflage, S. 42

⁵⁸⁸ I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 1. Auflage, S. 59 ff.; 2. Auflage S. 86 ff.

⁵⁸⁹ I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 1. Auflage, S. 63 ff.; 2. Auflage, S. 90 ff.

⁵⁹⁰ I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 1. Auflage, S. 191; 2. Auflage, S. 237; nach Kant hebt die Erkenntnis *„von den Sinnen an, geht von da zum Verstande und endigt bei der Vernunft, über welcher nichts Höheres in uns angetroffen wird, den Stoff der Anschauung zu bearbeiten und unter die höchste Einheit des Denkens zu bringen.“*

⁵⁹¹ I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 2. Auflage, S. 428, 443, 444

⁵⁹² I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 2. Auflage, S. 443; Kant nennt diese die psychologische, die kosmologische und die theologische Idee. Während die Gottesidee besagt, dass der Mensch sein Denken so ausrichten soll, als ob alles Seiende auf eine erste Ursache, nämlich Gott, zurückgeführt werden könne (S. 451 ff., 385 ff., 420 ff.), ist die Seele die Grundlage der psychischen Erscheinungen (S. 449, 262 ff.) und die Welt die Grundlage der bedingten Erscheinungen der Erfahrungswelt (S. 451, 283 ff.).

⁵⁹³ W.Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band II, S. 170

Philosophie vor ihm kritiklos als Wirklichkeit vorausgesetzt. Auf diese Weise wurde eine Metaphysik betrieben, die die Grenzen menschlicher Erkenntnismöglichkeit völlig außer acht ließ⁵⁹⁴.

2. Kritik der praktischen Vernunft

Grundlage für Kants Rechtslehre ist seine im wesentlichen in der „*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*“ und in der „*Kritik der praktischen Vernunft*“ entwickelte ethische Lehre. Der Mensch macht als denkendes und erkennendes Wesen von seiner Vernunft einen theoretischen und als wollendes und handelndes Wesen einen praktischen Gebrauch. Während der theoretische Vernunftgebrauch in der Verknüpfung von Vorstellungen, Anschauungen, Urteilen und Ideen zum Ausdruck kommt, geht es beim praktischen Vernunftgebrauch um die Beziehung des Wollens auf einen vorgestellten Inhalt. Es gibt nach Kant nun Gegenstände des Wollens, die erfahrungsunabhängig durch die Vernunft a priori geboten sind. Dieses notwendige und allgemeine a priori der praktischen Vernunft nennt Kant das Sittengesetz⁵⁹⁵.

Das Sittengesetz kann weder bei einem Wesen außerhalb unserer selbst, noch in einem Gebot, das einen bestimmten Inhalt hat, gefunden werden. Ein Gebot, welches den Menschen zu einem bestimmten Handeln verpflichtet, muss den Verpflichtungsgrund in sich selbst tragen. Ein von außen kommendes oder einen bestimmten Inhalt aufweisendes Gebot wäre an bestimmte Sanktionsdrohungen oder bestimmte vorausgesetzte Zwecke und Werte gebunden⁵⁹⁶. Es wäre dies ein bloß hypothetischer Imperativ. Das unbedingt verpflichtende Moralgebot kann aber nur ein kategorischer Imperativ sein. Das Sittengesetz als unbedingt verpflichtendes Moralgebot, als Gebot schlechthin, ist daher erstens allein im Menschen selbst zu suchen und kann zweitens nur formaler Natur sein. Es lautet: „*Handle so, daß die Maxime Deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer*

⁵⁹⁴ I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 1.Auflage, S. 19; 2.Auflage S. 321; für Kant ist es ein gewöhnliches Schicksal der menschlichen Vernunft, „in der Spekulation ihr Gebäude so früh wie möglich fertig zu machen und hintenach allererst zu untersuchen, ob auch der Grund dazu gut gelegt sei.“

⁵⁹⁵ I. Kant in „Kritik der praktischen Vernunft“ S. 31

⁵⁹⁶ I. Kant in „Kritik der praktischen Vernunft“ S. 31

*allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.*⁵⁹⁷ Dieser kategorische Imperativ ist das Sittengesetz Kants⁵⁹⁸.

Bedingung der Sittlichkeit ist die Autonomie als Voraussetzung der Freiheit⁵⁹⁹. Das Sittengesetz setzt ein freies Wollen voraus⁶⁰⁰. Sittlich gutes Handeln ist Handeln aus Pflicht und nicht pflichtgemäßes Handeln⁶⁰¹. Nur wer selbst gegebenen Gesetzen gehorcht, ist frei. Freiheit ist die Unabhängigkeit von empirischen Motiven und nicht deren willkürliche Wahl. Freie Entscheidungen beruhen auf rein vernünftigen Motiven. Die Vernunft ist allgemein, ein vernünftiges Motiv ist Gesetz im normativen Sinn. Die Vernunft erzeugt den Pflichtgedanken. Dieser nötigt indes nicht zu einem bestimmten Handeln, sondern drückt lediglich aus, dass man der Vernunft entsprechend handeln soll. Die Motivation des Willens durch die Vernunft erfolgt schließlich nicht einfach kausal, da die überbrachte Kausalität die Freiheit ausschließt, sondern durch eine angenommene Kausalität aus Freiheit. Die menschliche Willensfreiheit muss als notwendige Ergänzung des kategorischen Imperativs gedacht werden. In der „*Kritik der reinen Vernunft*“ hatte Kant gezeigt, dass es zwar Grenzen der Erkennbarkeit des Wirklichen gibt, dass es aber deshalb kein Widerspruch ist, für den Bereich des Übersinnlichen die Freiheit wenigstens zu denken. Damit bleiben die Grenzen der Erkenntnis trotz der metaphysischen Natur der Annahme einer Kausalität aus Freiheit erhalten.

⁵⁹⁷ I. Kant in „*Kritik der praktischen Vernunft*“ S. 30

⁵⁹⁸ Mit Hilfe des kategorischen Imperativs verleiht Kant der Rousseauschen „*volonté générale*“ die theoretische Basis, die ihr Jean Jacques Rousseau (1712-1778), über den Kant gleichwohl sagte, dass dieser ihn erst „*zurechtgebracht*“ habe, selbst nicht hatte geben können. Nach Rousseau, für den Freiheit Gehorsam gegen das für sich selbst vorgeschrieben Gesetz und der Trieb der bloßen Begierde Sklaverei ist, führt die Unmöglichkeit der Erhaltung des Naturzustandes zu einem stillschweigenden, fiktiven Gesellschaftsvertrag („*contract sociale*“), durch welchen die Gesamtheit der Wollenden ihre Freiheit auf einen Gesamtwillen (»*volonté générale*«) überträgt. Was das Mehrheitsprinzip, das Rousseau noch herangezogen hatte, nicht leisten konnte, leistet Kant mit seinem kategorischen Imperativ. Er sieht diesen als Gewissensentscheidung des einzelnen in seiner Verantwortung vor der allgemeinen Menschennatur und löst ihn von individuellen Egoismen und persönlichen Zwecksetzungen. Handelt jeder einzelne immer im Sinne des Imperativs, dann muss aus der gemeinsamen Entscheidung auch immer ein allgemeines Gesetz entstehen. Das Prinzip des kategorischen Imperativs ist auf ein solches allgemeines Gesetz zugeschnitten.

⁵⁹⁹ Zwischen Freiheit und Sittengesetz besteht bei Kant nach E.Voegelin in „*Das Sollen im System Kants*“ S.153 eine Wechselbeziehung der Art, dass die Freiheit der Seinsgrund des Sittengesetzes und das Sittengesetz der Erkenntnisgrund der Freiheit ist.

⁶⁰⁰ I. Kant in „*Kritik der praktischen Vernunft*“ S. 33

⁶⁰¹ I. Kant in „*Kritik der praktischen Vernunft*“ S. 81 ff.; moralisch ist ein Handeln also dann, wenn es pflichtgemäß ist und aus Pflicht erfolgt.

3. Rechtslehre

Kants Rechtslehre folgt dem kategorischen Imperativ. Das Recht ist wie die Moral eine Forderung der praktischen Vernunft⁶⁰². Während die Moral jedoch die inneren Beweggründe und Pflichten sowie das innere Handeln betrifft, befasst sich das Recht mit den äußeren Pflichten und dem äußere Handeln⁶⁰³. Da der Mensch kein reines, dem kategorischen Imperativ folgendes Vernunftwesen, vielmehr ein selbstsüchtiges Wesen ist, ist zur Durchsetzung eines bestimmten Verhaltens eine rechtliche Zwangsordnung in Form des Staates und seines Rechts erforderlich⁶⁰⁴. Der Staat ist die „*Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen*“⁶⁰⁵. Das Zustandekommen dieser Vereinigung erklärt Kant mit dem Abschluss eines nicht als empirisches Faktum zu begreifenden Gesellschaftsvertrages⁶⁰⁶, der fiktiver Bewertungsgrundsatz für die Ausgestaltung der Staatlichkeit ist. Der Vertragsgedanke führt zur vollständigen Unterwerfung des Einzelnen unter einen allgemeinen Willen. Ein Widerstandsrecht kennt Kant nicht⁶⁰⁷. Für den Staat verlangt er eine Gewaltengliederung im Sinne Montesquieus. Seine Gedanken zur Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechts überträgt Kant schließlich auch auf das Völkerrecht⁶⁰⁸.

⁶⁰² K.Kühl weist in „Eigentumsordnung als Freiheitsordnung“ S. 75, 77 daraufhin, dass bereits Kants eigene Äußerungen in den Vorreden zur Rechts- und zur Tugendlehre sowie die Gliederung der „Metaphysik der Sitten“ den Standort der Rechtslehre als Teil der Sittenlehre vorgeben. Die praktische Vernunft gibt im Rechtsbereich also den Ton an.

⁶⁰³ I. Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 218, 219; Kants Rechtsbegriff schließt jedes Gesinnungsrecht aus. Rechtliche Bedeutung hat nur die freie, äußere Handlung, der innere Beweggrund ist gleichgültig.

⁶⁰⁴ I. Kant in „Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht“ S. 23; nach I. Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 312 bedarf es zur Sicherung der Freiheit des Staates, denn der Mensch muss „aus dem Naturzustande, in welchem jeder seinem eigenen Kopfe folgt, herausgehen und sich mit allen anderen.....dahin vereinigen, sich einem öffentlichen gesetzlichen, äußeren Zwang zu unterwerfen“.

⁶⁰⁵ I. Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 313

⁶⁰⁶ I. Kant in „Über den Gemeinspruch“ S. 297

⁶⁰⁷ I. Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 318 ff.; obwohl sich Kants Ablehnung eines Widerstandsrechts auch auf unvollkommenste Gesetze erstreckt, so beispielsweise I.Kant in „Über den Gemeinspruch“ S. 299 ff., kann sein Rechtsbegriff so ausgelegt werden, dass zumindest reinen Willkürgesetzen die Rechtsqualität abgesprochen wird. So auch R.Dreier in „Rechtsbegriff und Rechtsidee“ S. 24; K.Kühl weist in „Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Srafrecht“ S. 36 darauf hin, dass Kant zwar ein Widerstandsrecht verneint, jedoch gleichzeitig auf die Reformfähigkeit des Staates vertraut und gelungenen Revolutionen Akzeptanz zuschreibt; so auch R.Spaemann in „Kants Kritik des Widerstandsrechts“ S. 349

⁶⁰⁸ I.Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 350; der kategorische Imperativ erstreckt sich neben zwischenmenschlichen auch auf zwischenstaatliche Beziehungen. Die Staaten müssen ihren Naturzustand durch vertragliche Organisation überwinden und sich zu einem einzigen Weltstaat

Für Kant ist das Recht „*der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit*“⁶⁰⁹ *zusammen vereinigt werden kann*“⁶¹⁰. Der die praktische Philosophie Kants beherrschende Gedanke der Freiheit steht somit auch im Mittelpunkt seiner Rechtslehre. Das Recht hat die Aufgabe, die Bestimmung des Menschen zur Freiheit zu verwirklichen. Die Freiheit ist für Kant, das „*einzig, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht*“⁶¹¹, d.h. das einzige „*subjektive Naturrecht*“⁶¹². Dieses Menschenrecht geht so weit, wie es mit dem der Mitmenschen vereinbar ist. Nicht jede positive Rechtsordnung ist erlaubt. Kants Rechtsbegriff liefert einen Maßstab, mit dem positive Gesetze auf ihre Legitimität hin beurteilt werden können. Nur Rechtsbestimmungen, die die Freiheit des einen mit der Freiheit des anderen nach allgemeinen Gesetzen verträglich sein lassen, sind vernünftig oder legitim. Dieser Grundsatz korrespondiert mit dem kategorischen Imperativ. Dieser ist für die Rechtslehre, was jener für die Tugendlehre ist. Einerseits wird die Gemeinschaft äußerer Freiheit auf die allgemeinen Gesetze und andererseits der einzelne persönliche Wille auf die inneren Regeln verpflichtet.

Positive Gesetze bestimmen, was rechtens ist, was jedoch Recht ist, kann nur anhand eines allgemeinen Kriteriums, „*woran man überhaupt Recht sowohl als Unrecht (iustum et iniustum) erkennen könne*“⁶¹³, bestimmt werden. Dieses Kriterium lässt sich nicht durch einen Blick in Gesetzbücher finden, sondern nur in

zusammenschließen, da nur auf diese Weise das sich aus dem kategorischen Imperativ ergebende Gebot „*es soll kein Krieg sein*“ erfüllt werden kann.

⁶⁰⁹ Kant spricht hier von einem Gesetz der Freiheit, also einem moralischen Gesetz. Es ist indes das Wesentliche seiner Lehre, dass gerade auch die Freiheit und Moral in Recht und Staat als das letztlich von der Natur (und ihrem Interessenantagonismus [durch die Vorsehung]) Erzwungene, und somit nicht als etwas spontan Erzeugtes, erscheinen. Die Tatsache, dass die Freiheit, das vernünftige Glück und Leben jedes Menschen, nur unter einem allgemeinen Gesetz mit der Freiheit und dem Glück jedes anderen zusammen bestehen kann, ist das Recht als natürlicher Sachverhalt. Die Anstalt, die dieses Gesetz verwirklicht und damit das Zusammenleben der Menschen erst ermöglicht, ist der Staat. Das Recht wiederum ist das Recht eines Staates und nicht ein sich aus der Natur des Menschen ergebender Sachverhalt. Alles Recht wird vom Staat gesetzt. I. Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 230

⁶¹⁰ I. Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 230

⁶¹¹ I. Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 237

⁶¹² A. Verdroß in „Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau.“ S.148

⁶¹³ I. Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 229

der Vernunft. Eine rein empirische Rechtslehre ist nach Kant, „(wie der hölzerne Kopf in Phädrus' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur Schade ! daß er kein Gehirn hat“⁶¹⁴. Kant setzt die Begriffe von Recht und Unrecht mit denen von Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit gleich. Positive Gesetze sind daher nur dann Recht, wenn sie gerecht sind oder, wie Dreier es formuliert, wenn „sie einen durch die Vernunft begründeten Bezug zur Gerechtigkeit haben“⁶¹⁵. Daraus folgt jedoch nicht die Unverbindlichkeit ungerechter Gesetze. Es ist die Pflicht der Bürger und der rechtsanwendenden Institutionen, insbesondere der Richter, jedes Recht, d.h. auch ungerechte Gesetze anzuwenden und zu befolgen.

Die Auslegung⁶¹⁶ von Kants Rechtsbegriff zeigt, dass zwischen Gerechtigkeitsanforderung und Anwendungsverpflichtung kein Widerspruch besteht. Das Merkmal des Kantschen Rechtsbegriffs wonach die einzelnen freiheitlichen Rechte „nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit“ vereinigt werden können, führt dazu, dass der Rechtsbegriff als allgemeines Kriterium zur Bestimmung der Gerechtigkeit fungieren kann⁶¹⁷. Die Funktion dieses Merkmals ist jedoch eine andere, je nachdem, ob auf das positive Recht oder auf das Naturrecht Bezug genommen wird. Für das Naturrecht als Gesamtheit aller verallgemeinerungsfähiger Normen besteht lediglich eine deklaratorische Funktion

⁶¹⁴ I. Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 230

⁶¹⁵ R. Dreier in „Rechtsbegriff und Rechtsidee“ S. 9

⁶¹⁶ Zur Auslegung insbesondere R. Dreier in „Rechtsbegriff und Rechtsidee“ S. 10 ff.; unter dem „Inbegriff der Bedingungen“ sind die äußeren Gesetze in ihrer Gesamtheit gemeint, d.h. das positive Recht ebenso wie das Naturrecht. Unter „der Willkür des einen“ und „der Willkür des anderen“ ist die Willkür aller Rechtssubjekte in ihrem jeweiligen Verhältnis zueinander zu verstehen. Da äußere Freiheit nach I. Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 237 die „Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür“⁶¹⁶ ist, kann das Willkürmerkmal auch als „die Vereinbarkeit der Freiheit eines jeden mit der Freiheit aller anderen“ verstanden werden. Kants Rechtsbegriff kann letztlich auch so formuliert werden, dass unter dem Recht die Gesamtheit der äußeren Gesetze zu verstehen sind, nach denen die Freiheit jedes einzelnen mit der Freiheit aller anderen auf verallgemeinerungsfähige Weise vereinigt werden kann. Zur Erläuterung des Rechtsbegriffs auch H.G. Deggau in „Die Aporien der Rechtslehre Kants“ S. 47 ff.; G. Dietze in „Kant und der Rechtsstaat“ S. 37 ff.; F. Kaulbach in „Studien zur späten Rechtsphilosophie Kants und ihrer transzendentalen Methode“ S. 31 ff.; W. Kersting in „Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie“ S. 5 ff.; K. Kühl in „Eigentumsordnung als Freiheitsordnung.“ S. 75 ff.

⁶¹⁷ Dieses Merkmal, welches durch die Formulierung „auf verallgemeinerungsfähige Weise“ ersetzt werden kann bezieht sich auf den kategorischen Imperativ. Dies folgt aus der Stellung innerhalb des Rechtsbegriffs, aus der Verwendung des Singulars, wonach die Willkür der Individuen unter einem Gesetz der Freiheit vereinigt werden soll. und aus dem Gebrauch der Definition durch Kant.

dieses Verallgemeinerungsprinzips ⁶¹⁸. Für das positive Recht hat das Verallgemeinerungsprinzip hingegen konstitutive Wirkung. Kants Rechtsbegriff ist ein Vernunftbegriff a priori und damit unabhängig von der Empirie. Er gibt der menschlichen Erkenntnis Kriterien an die Hand, mit deren Hilfe Normen als Rechtsnormen zu definieren sind. Obwohl Kant den Gerechtigkeitsbegriff auf doppelte Weise verwendet, unterscheidet er zwischen Recht und gerechtem Recht. Während das positive Recht einerseits in einem weiteren Sinne stets gerecht ist, weil aufgrund der immanenten Rechtssicherheit jedem das Seine durch verallgemeinerungsfähige Gesetze zugewiesen wird ⁶¹⁹, ist andererseits in einem engeren Sinne nur das Recht gerecht, welches der Idee der Gerechtigkeit entspricht. Dieses gerechte Recht ist das Ziel im Sinne einer Idee, der das positive Recht so weit wie möglich entsprechen soll. Das positive Recht muss bestrebt sein, einer Ordnung des gerechten Rechts zu gleichen ⁶²⁰. Neben die Gerechtigkeitsidee tritt die gleichberechtigte und im Konfliktsfall sogar vorrangige Friedensidee. Innerhalb eines Staates muss eine gerechte Ordnung angestrebt werden. Solange diese nicht besteht, muss jedoch dem positiven Recht zur Erhaltung eines Zustandes gesicherten Rechts aus Vernunftgründen Gehorsam geleistet werden ⁶²¹.

Kants Rechtsidee schließt die Idee des gerechten Rechts ein, geht jedoch noch über diese hinaus. Die Idee des Rechts umfasst sowohl das Naturrecht wie auch das positive Recht ⁶²². Für den Fall des positiven Rechts gilt eine Vorrangigkeit der Friedensidee vor der Gerechtigkeitsidee. Das Naturrecht erfüllt zwei Funktionen. Einerseits liefert es die Prinzipien, nach denen das positive Recht zu gestalten und zu prüfen ist ⁶²³. Andererseits gehört zu ihm die Norm, die als vernunftrechtliche

⁶¹⁸ Der kategorische Imperativ im juristischen, d.h. auf äußeres Verhalten gerichteten Gebrauch, als oberstes Gebot des Naturrechts, ist bereits unmittelbarer Ausdruck des Verallgemeinerungsprinzips. Die anderen Normen des Naturrechts sind nach Kants Ansicht ebenfalls Ausdruck des Verallgemeinerungsprinzips oder werden zumindest unter möglichst strikter Beachtung seiner Anforderungen gewonnen. R.Dreier in „Rechtsbegriff und Rechtsidee“ S. 14

⁶¹⁹ I. Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 305, 306

⁶²⁰ I. Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 2. Auflage, S. 244 ff.

⁶²¹ I. Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 318 ff.

⁶²² K. Kühl in „Naturrecht und positives Recht in Kants Rechtsphilosophie“ S. 77, 85

⁶²³ K. Kühl in „Naturrecht und positives Recht in Kants Rechtsphilosophie“ S. 77

Grundnorm des positiven Rechts vorschreibt, dass den Normen des positiven Rechts unabhängig von der Frage der Gerechtigkeit gefolgt werden muss⁶²⁴.

Kants Erkenntniskritik veränderte die Rechtsphilosophie nachhaltig⁶²⁵. Mag man seiner Rechtslehre auch materiellrechtliche Besonderheiten und Neuerungen für die Organisation und die Legitimation des Staates absprechen⁶²⁶, gewinnt sie ihre Bedeutung letztlich doch daraus, dass sie tradierten Vorstellungen neue philosophische Grundlagen gibt⁶²⁷. Kant stellte fest, dass es unmöglich ist, Werte aus der Wirklichkeit abzuleiten, ein Sollen auf Seins-Tatsachen zu begründen, Naturgesetze in Normen umzuprägen. Er zeigte, dass eine inhaltliche Metaphysik, wie das Naturrecht, niemals allgemeingültig und mathematisch exakt sein kann, da ihr Inhalt nicht nur aus formalen apriorischen Prinzipien herleitbar ist⁶²⁸. Er hat dadurch den bis dahin allgemein gültigen Anspruch der Rechtsphilosophie, ein für alle Menschen und für alle Zeiten allgemein gültiges Naturrecht allein aus der Natur heraus begründen zu können, zurückgewiesen. Der Inhalt des Rechts muss sich seiner Ansicht nach vielmehr weitgehend aus der Empirie herleiten. Beleg für

⁶²⁴ R.Dreier in „Rechtsbegriff und Rechtsidee“ S. 22; K.Kühl in „Naturrecht und positives Recht in Kants Rechtsphilosophie“ S. 89 der auch dem „*das Naturrecht verfehlenden positiven Recht einen, wenn auch losen Vernunftrechtsbezug*“ zuspricht.

⁶²⁵ so beispielsweise auch J.Dobretsberger in „Erkenntnistheorie und Naturrecht“ S.2, T.S.Hoffmann in „Kant und das Naturrechtsdenken“ S. 449, 450, W.Jöckel in „Hans Kelsens rechtstheoretische Methode“ S.2 und W.Naucke/R.Harzer in „Rechtsphilosophische Grundbegriffe“ S. 74; nach Dobretsberger hat die Erkenntniskritik Kants dem Ziel, wonach eine Wissenschaft vom positiven Recht ihren Gegenstand autonom bestimmen muss, seit Einsetzen dieser naturrechtsfeindlichen Richtung als Leitstern gedient. Hoffmann stützt sich u.a. auf Kants eigne Aussage, wonach „*vor dem Entstehen der kritischen Philosophie es noch gar keine gegeben habe*“. I.Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 206. Jöckel weist darauf hin, dass erst die kritische Arbeit Kants die Voraussetzungen geschaffen hat, auf denen die gesamte neuere Rechtslehre und die methodenstrenge moderne Wissenschaft beruhen. Nach Naucke/Harzer öffnete Kant einen neuen Weg, „*den Weg wahrer wissenschaftlicher Erkenntnis des Rechts*“.

⁶²⁶ O.Höffe in „Immanuel Kant“ S. 208, 209; Schopenhauer bemerkte sogar, dass er sich die Rechtslehre nur aus Kants Alterschwäche erklären könnte und nach H.Cohen in „Kants Begründung der Ethik“ S. 381 ff., 400 ff., für den Kant dem metaphysischen Naturrecht verhaftet bleibt, fehlt die kritisch-transzendente Begründung. Auch M.Salomon in „Grundlegung zur Rechtsphilosophie“ S.104 stellt fest, dass Kants Ausführungen keinen direkten Einfluss auf das Recht und die Rechtsphilosophie ausgeübt haben, das Recht aber „*eine desto größere indirekte Einwirkung durch die Lehren Kants erfahren hat*“. G.Jellinek, der die Vertragstheorie als Rechtfertigungsgrund des Staates grundsätzlich ablehnt, stellt in „Allgemeine Staatslehre“ S. 213 ff. fest, dass Kants große Autorität seine Vertragstheorie bis weit in das 19.Jahrhundert hinein stützte. Er bringt damit zumindest mittelbar zum Ausdruck, dass Kants Vertragstheorie nicht aus sich heraus bedeutend war, sondern nur aufgrund der Persönlichkeit ihres Verfassers von Einfluss war.

⁶²⁷ B.Ludwig in „Kants Rechtslehre“, S.1, 2

⁶²⁸ A. Kaufmann in „Einführung in die Rechtsphilosophie“ S. 71

die Bedeutung Kants für die Rechtsphilosophie ist beispielsweise Kelsens Bezug auf dessen Unterscheidung von Sein und Sollen und Recht und Moral zur Begründung des eigenen Systems ⁶²⁹ sowie Radbruchs Feststellung, dass es letztlich Kants Erkenntnistheorie und Kritische Philosophie waren, die das Naturrecht verwarfen ⁶³⁰.

Obwohl Kant also die philosophische Grundlage für eine Abkehr vom Naturrecht schuf, dessen Schranken aufzeigte und letztlich unbewusst über sich selbst hinaus wies ⁶³¹, blieb das Naturrecht bei ihm bestimmend ⁶³². Nur die zufällige Übereinstimmung des positiven Rechts mit dem Naturrecht verleiht diesem nach Kant im Einzelfall eine echte Verbindlichkeit. Eine Ausnahme besteht für positive Rechtsordnungen bei entsprechender naturrechtlicher Legitimation: *„Es kann also eine äußere Gesetzgebung gedacht werden, die lauter positive Gesetze enthielte; alsdann aber müsste doch ein natürliches Gesetz vorausgehen, welches die Autorität des Gesetzgebers (d.i. die Befugnis, durch seine bloße Willkür andere zu verbinden) begründete“* ⁶³³. Damit macht er deutlich, dass einer positiven Rechtsordnung nur dann Rechtswirksamkeit zugeschrieben werden kann, wenn diese bzw. das sie setzende Gesetzgebungsorgan naturrechtlich legitimiert ist. Es bedarf also einer naturrechtlichen Grundnorm. Dieses natürliche Gesetz sah Kant in der praktischen Vernunft ⁶³⁴. Nach Kelsen ist Kant in seinem *„auf das Faktum der Wissenschaft“* gestützten Kampf gegen die Metaphysik nicht bis ans Ende gegangen. In der Rolle, die das Ding an sich bei Kant spielt, steckt noch *„ein gutes Stück metaphysischer Transzendenz“*. Daher gibt es bei Kant auch kein Bekenntnis zum Relativismus. Dieser ist nämlich nach Kelsen *„die unausweichliche Konsequenz jeder Überwindung der Metaphysik“*. In der praktischen Philosophie ist der von Kant im Bereich der theoretischen Philosophie bekämpfte metaphysische Dualismus erhalten geblieben. Kant hat in der praktischen

⁶²⁹ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 102 ff. (Fußnote *)

⁶³⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 14, 15

⁶³¹ G.Dulckeit in „Naturrecht und positives Recht bei Kant“, S. 67, 68

⁶³² Nach G.Dulckeit in „Naturrecht und positives Recht bei Kant“ S. 68 hat Kant *„das Naturrecht seiner Zeit nicht nur vertieft und eigentlich überhaupt erst zu Ende gedacht, sondern sich, ohne sich dessen bewusst zu sein, zugleich auch vernichtet“*. Nach K.Kühl in „Naturrecht und positives Recht in Kants Rechtsphilosophie“ S. 81, 85 hat das Naturrecht bei Kant zumindest eine Vorrangstellung.

⁶³³ I.Kant in „Metaphysik der Sitten“ S. 224; G.Dulckeit in „Naturrecht und positives Recht bei Kant“, S.54

⁶³⁴ R.Walter in „Entwicklung und Stand der Reinen Rechtslehre“ in „Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre“, S. 17

Philosophie seine transzendente Methode verlassen. Nach Kelsens Ansicht ist „Kant, dessen Transzendentalphilosophie ganz besonders berufen ist, einer positivistischen Rechts- und Staatslehre die Grundlage zu bieten, als Rechtsphilosoph in den ausgetretenen Gleisen der Naturrechtslehre geblieben“. Kelsen geht sogar so weit, dass er Kants „Metaphysik der Sitten“ als vollkommensten Ausdruck der klassischen Naturrechtslehre bezeichnet⁶³⁵.

Kant prägte schließlich auch den Begriff der reinen Rechtslehre, da er eine Loslösung des Rechts von jeglichem politischen Einfluss als wichtiges Ziel ansah⁶³⁶. Er wendete sich somit letztlich gegen die Empirie, gegen die politische Erfahrung als Grundlage rechtlicher Entscheidungen. Er war der Überzeugung, dass aufgrund der unterschiedlichen Willensrichtungen der Menschen und der daraus resultierenden verschiedenen Ansprüche an das Recht eine richtige Entscheidung nicht auf Erfahrungen beruhen kann⁶³⁷.

II. Neukantianismus

Der Begriff und die Entstehung des Neukantianismus werden insbesondere mit der Veröffentlichung zweier wissenschaftlicher Werke in Verbindung gebracht. Das ist zum einen Otto Liebmanns (1840-1912) „Kant und die Epigonen“ aus dem Jahre

⁶³⁵ H.Kelsen in „Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus“ S. 348 ff.; dabei ist der Abstand einer metaphysisch-dualistischen Naturrechtslehre zu einer positivistischen Rechts- und Staatslehre nach Kelsens Ansicht nicht groß. Auch der metaphysisch-dualistischen Naturrechtslehre kommt es auf die Geltung der positiven Rechtsordnung und der Autorität der staatlichen Gewalt an. Sie unterscheiden sich nur durch die Begründung der Geltung der positiven Rechtsordnung. Die Begründung ist einerseits eine absolute und andererseits eine relative. „Der Positivismus bewährt sich, im Grund genommen, nur darin, daß er auf jene spezifische Ideologie verzichtet, deren sich die Naturrechtslehre zur Rechtfertigung des positiven Rechts bedient“, stellt Kelsen fest und weist schließlich darauf hin, dass der Verzicht auf die rechtfertigende Ideologie nicht nur aus erkenntnistheoretischen, sondern auch aus politischen Gründen schwierig ist. Das Bedürfnis des Menschen nach der absoluten Fundierung einer sozialen Ordnung ist so groß, dass „eine antimetaphysische, wissenschaftlich-kritische Weltanschauung mit ihrem Ideal der Objektivität...ebenso wie der Rechtspositivismus nur in relativ ruhigen Zeiten, in Epochen des sozialen Gleichgewichts gedeihen“ will.

⁶³⁶ W. Naucke in „Rechtsphilosophische Grundbegriffe“ S. 125; ähnlich auch H. Coing in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ S. 35

⁶³⁷ W. Naucke in „Rechtsphilosophische Grundbegriffe“ S. 125; die reine Rechtslehre Kants war indes nicht inhaltslos. Er sah schließlich ein sich aus dem kategorischen Imperativ ergebendes grundlegendes sittliches Verhalten der Menschen vor. I. Kant in „Kritik der praktischen Vernunft“ S. 30; A. Kaufmann in „Einführung in die Rechtsphilosophie“ S. 73

1865⁶³⁸ und zum anderen Friedrich Albert Langes (1828-1875) „Die Geschichte des Materialismus“ aus dem Jahre 1866⁶³⁹. Die politische Repression nach der gescheiterten Revolution von 1848 führte zu einer im Neukantianismus Ausdruck findenden Verwissenschaftlichung der Philosophie⁶⁴⁰, da nur noch die Veteranen einer spekulativen oder einer erkenntnistheoretisch ausgerichteten Philosophie an den Universitäten Beschäftigung fanden⁶⁴¹. Wegbereitend für den Neukantianismus waren außerdem die durch den Materialismusstreit nach 1854 geschaffenen Zwänge. So mussten die philosophischen Fachvertreter eine weltanschauliche Stellung beziehen. Dies führte zu einer Verstärkung der Ideologisierung und der weltanschaulichen Polarisierung der akademischen Philosophie. Kants Philosophie, wonach es auf religiöse und moralische Fragen im Bereich des Theoretischen keine Antworten gibt, weil diese über die Erfahrung hinausgehen, das begründete Wissen des Menschen gleichzeitig jedoch auf deren Bereich begrenzt ist, bot in dieser Situation einen Ausweg⁶⁴². Der Repressionszustand führte außerdem zu einer Abwendung des Öffentlichen Interesses von der akademischen Philosophie und Hinwendung zur Zeit- und Kulturkritik und zu den Fragestellungen der politischen und praktischen Philosophie⁶⁴³. Der Aufstieg des Neukantianismus vor allem in den 1870er Jahren

⁶³⁸ Manfred Pascher in „Einführung in den Neukantianismus“ S. 33; W.Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band 2, S. 347 ff.; während Pascher dem Werk lediglich eine unbedeutende philosophische Rolle zuordnet, die Verknüpfung mit dem Neukantianismus einzig darauf zurückführt, dass Liebermann die Kapitel mit der Redewendung „*Also muß auf Kant zurückgegangen werden!*“ beendete und darauf hinweist, dass Liebermann sich selbst für keinen Kantianer hielt spricht Röd dem Werk einen glänzenden Schreibstil sowie eine erhebliche inhaltliche Gewichtung zu und würdigt den Versuch der Modifikation von Kants Philosophie. Die Bedeutung Liebmanns würdigt auch T.K.Oesterreich in „Friedrich Ueberwegs Grundriss der Geschichte der Philosophie“ S. 423 ff.. Nach Ansicht K.Schillings in „Geschichte der Philosophie“ S. 368 wurde der Neukantianismus mit Liebmanns Schrift programmatisch.

⁶³⁹ „Die Geschichte des Materialismus“ wurde nach W.Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band 2, S. 349, 350 zu einem der verbreitetsten philosophischen Bücher seiner Zeit und war durch seinen Kant-Bezug wegbereitend für die weitere Entwicklung des Neukantianismus. Nach K.Schilling in „Geschichte der Philosophie“ S. 369 begann mit diesem Werk nach Schilling die Forschungstätigkeit der neukantianischen Richtung.

⁶⁴⁰ Nach G.Lehmann in „Kant im Spätidealismus und die Anfänge der neukantischen Bewegung“ S. 44 ff., 47 verlor die Philosophie ihre führende Rolle im Geistesleben und ihren Vorrang vor den Einzelwissenschaften. Gleichzeitig wurde sie, ihre kulturelle Bedeutung aufgebend, durch einen Politizismus ersetzt.

⁶⁴¹ K.C.Köhnke in „Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus“ S. 112

⁶⁴² Manfred Pascher in „Einführung in den Neukantianismus“ S. 36

⁶⁴³ Köhnke in „Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus“ S. 112; nach T.K.Oesterreich in „Friedrich Ueberwegs Grundriss der Geschichte der Philosophie“ S. 197 ff. verlor die Philosophie im Kulturleben in der Mitte des 19.Jahrhunderts zunehmend an Einfluss. Man wurde des gesteigerten

⁶⁴⁴ zeigte sich auch darin, dass in den drei Jahren von 1876 bis 1878 mit Otto Liebmann, Hermann Cohen, Alois Riehl und Wilhelm Windelband vier der einflussreichsten Neukantianer in ordentliche Professuren berufen wurden ⁶⁴⁵. Der Neukantianismus dieser Zeit grenzte sich gegen Klerikalismus, Naturalismus und Pessimismus ab und trat als Verteidiger der bürgerlichen Freiheitsrechte auf, indem er sich für Glaubens- und Gewissensfreiheit einsetzte und sich gegen Dogmenzwang kirchlicher und staatlicher Bevormundung wendete ⁶⁴⁶. Er brachte damit die Emanzipation des wissenschaftlichen Denkens zum Ausdruck.

Die innenpolitische Krise, die auf die beiden Attentate auf den Kaiser im Jahre 1878 folgte, führte jedoch zu einer Schwächung des Liberalismus in Politik und Gesellschaft ⁶⁴⁷ und blieb auch nicht ohne Einfluss auf den Neukantianismus. Der bis dahin vor allem theoretisch ausgerichtete Neukantianismus vollzog eine Wende hin zur praktischen Philosophie ⁶⁴⁸. Von einer kritischen, rein erkenntnistheoretisch orientierten Philosophie, die jede Weltanschauungsphilosophie bekämpfte, wandelte er sich zu einer positivistischen Philosophie, einer umfassenden Kulturtheorie, „die wieder eigene Systeme, Ansprüche absoluter Geltung ihrer Grundlegung, Metaphysik, einen unangreifbaren Apriorismus sowie Pflichten- und Wertlehren ihr eigen nannte“ ⁶⁴⁹. Der Neukantianismus entfernte sich nun auch

Idealismus und der metaphysischen Spekulation überdrüssig und verlangte nach substantiellerer Geistesnahrung. Gefunden wurde diese in der Naturwissenschaft, während die Philosophie „in die Bahnen der strengen Wissenschaft“ zurückkehrte.

⁶⁴⁴ Manfred Pascher in „Einführung in den Neukantianismus“ S. 38, 41; der frühe Neukantianismus der 1870er Jahre folgte der erkenntniskritischen Ausrichtung Kants sowie dessen strikter Trennung von Wissenschaft und Weltanschauung. Gleichzeitig kam auch Kant selbst mehr und mehr in Mode, was beispielsweise durch die Zunahme der akademischen Auseinandersetzung mit Kant in Universitätsvorlesungen belegt wird.

⁶⁴⁵ K.C.Köhnke in „Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus“ S. 308 (Schaubild)

⁶⁴⁶ Manfred Pascher in „Einführung in den Neukantianismus“ S. 42; K.C.Köhnke in „Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus“ S. 321

⁶⁴⁷ Anzeichen waren, neben der Reichstagsauflösung und den Sozialistengesetzen, das Zweckbündnis Bismarcks mit den Konservativen, die Etablierung des Deutschen Reiches als Obrigkeitsstaat und ein wiederzunehmender religiöser und nun auch rassistischer Antisemitismus.

⁶⁴⁸ K.C.Köhnke in „Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus“ S. 404 ff., 407

⁶⁴⁹ K.C.Köhnke in „Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus“ S. 433; eine metaphysische Richtung des Neukantianismus wurde nach Köhnke und T.K.Oesterreich in „Friedrich Ueberwegs Grundriss der Geschichte der Philosophie“ S. 422 insbesondere von Liebmann, Johannes Volkelt (1848-1930) und Franz Erhardt (1864-1930) vertreten. E.Kaufmann wirft dem Neukantianismus in „Kritik der neukantianischen Rechtsphilosophie“ S. 99 allgemein eine charakteristische Blindheit für die konkreten geistigen, die Wirklichkeit erfüllenden Werte, eine Respektlosigkeit vor diesen Werten und einen müden, kraft- und substanzlosen Relativismus vor.

zunehmend von seiner Orientierungsfigur Kant⁶⁵⁰. Die Erkenntnisfrage stand im Mittelpunkt des Interesses des Neukantianismus, der um 1900 fast alle Universitäten beherrschte⁶⁵¹.

Die beiden bedeutendsten Richtungen des Neukantianismus teilten das Bestreben, ein einheitliches und metaphysikfreies Erkenntnisssystem sicherzustellen. Diesem Bestreben lag die Idee vom „*Apriori der Denkform*“ zugrunde, d.h. der Erzeugung der Dinge durch den tätigen Verstand⁶⁵². Dabei orientierte sich die Marburger Schule an den exakten Wissenschaften. Sie schlug eine primär erkenntnistheoretische Richtung und einen logizistischen Weg der Aneignung Kants ein⁶⁵³. Die südwestdeutsche Schule machte hingegen die Kultur zum primären Gegenstand philosophischer Forschung⁶⁵⁴. Sie zeigte sich eher an einem wert- und geltungstheoretischen Kritizismus interessiert⁶⁵⁵. Die Erkenntnisproblematik erstreckte sie auf Sinnfragen und definierte die Philosophie als Wissenschaft von den notwendigen allgemeinen Wertbestimmungen⁶⁵⁶. Auch die Unterscheidung von Natur und Geistes- bzw. Kulturwissenschaften⁶⁵⁷ – im Bereich der Juristerei zwischen Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie⁶⁵⁸ – unterschied die südwestdeutsche Schule von der Marburger Schule.

Für den Bereich der Rechtsphilosophie setzte es sich der Neukantianismus der beiden führenden Richtungen zum Ziel, die im 19. Jahrhundert vorherrschende, rein

⁶⁵⁰ C.Müller in „Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus“, S. 11; beschäftigte sich beispielsweise die Marburger Schule anfangs vor allem noch mit dem historischen Kant, unterzog sie dessen Lehre letztlich deutlichen Korrekturen und entwarf ein eigenes System eines kritischen Idealismus.

⁶⁵¹ G.Sprenger in „Die Wertlehre des Badener Neukantianismus“ S. 160

⁶⁵² H.Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 70

⁶⁵³ W.Kersting in „Neukantianische Rechtsbegründung. Rechtsbegriff und richtiges Recht bei Cohen, Stammler und Kelsen“ S. 23

⁶⁵⁴ G.Sprenger in „Die Wertlehre des Badener Neukantianismus“ S. 161; nach Sprenger schien die Kultur als die Welt des Menschen geradezu die Rolle der alten Metaphysik übernommen zu haben. Die südwestdeutsche Schule war letztlich der Ausdruck des ontologischen Dilemmas des Neukantianismus. Das „zu bloßer Faktizität geronnene“ Sein konnte das Sollen nicht länger fundieren. Ein metaphysischer „Rückbezug auf den Totalitätsanspruch einer idealistischen Konstruktion“ musste aus wissenschaftlicher Sicht jedoch ebenso abgelehnt werden.

⁶⁵⁵ W.Kersting in „Neukantianische Rechtsbegründung. Rechtsbegriff und richtiges Recht bei Cohen, Stammler und Kelsen“ S. 23

⁶⁵⁶ G.Sprenger in „Die Wertlehre des Badener Neukantianismus“ S. 161

⁶⁵⁷ Manfred Pascher in „Einführung in den Neukantianismus“ S. 64 ff.

⁶⁵⁸ E.Wolf in „Rechtsphilosophie“ 4.Auflage, S. 36

empiristische Allgemeine Rechtslehre philosophisch anzureichern⁶⁵⁹. Weg von der „*Euthanasie der Rechtsphilosophie*“⁶⁶⁰ und hin zu einer Philosophie der Wissenschaft des positiven Rechts gelangte man, indem juristischen Grundbegriffen für jede Rechtsordnung konstitutive Bedeutung zugeschrieben wurde und sie auf ein einheitliches Prinzip zurückführt wurden⁶⁶¹. Beide Richtungen waren von einer stark formalisierten Position objektiver Rechtsgeltung abhängig. Man wollte zwar das transzendentalphilosophische Programm Kants auch für die Rechtswissenschaft realisieren, konnte aber in Abgrenzung zum Positivismus, der keine allgemeingültigen Erkenntnisse lieferte, nicht umhin, einen Fixpunkt annehmen zu müssen, ein absolutes transzendentes Sollen. Man erkannte, dass das Seiende ist, während die Werte gelten, und musste aufgrund der Wissenschaftlichkeit gleichzeitig die Existenz der Werte voraussetzen. Ein objektiv verstandener Begriff des richtigen Rechts wurde somit notwendig⁶⁶². Ob dem Marburger Neukantianismus im Rahmen der Rechtsphilosophie letzten Endes tatsächlich die führende Rolle zugeschrieben werden kann, d.h. ob sein Formalismus und die rein dualistische Theorie der Geltungsbegründung den methodologischen Dualismus und die Rechtswertbetrachtung der südwestdeutschen Schule dominiert, ist insbesondere hinsichtlich der überragenden Bedeutung von Radbruch und Kelsen für die Rechtsphilosophie des letzten Jahrhunderts fraglich⁶⁶³.

⁶⁵⁹ H.-L.Ollig weist in „Der Neukantianismus“ S. 136 darauf hin, dass dem Neukantianismus das Verdienst zukommt, „wesentlich zur Überwindung des rechtsphilosophischen Positivismus beigetragen zu haben, der in der zweiten Hälfte des 19. Jh.s tonangebend war“.

⁶⁶⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 21

⁶⁶¹ W.Kersting in „Neukantianische Rechtsbegründung. Rechtsbegriff und richtiges Recht bei Cohen, Stammler und Kelsen“ S. 30, 31

⁶⁶² H.Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 73; H.Welzel in „Naturrecht und materielle Gerechtigkeit“ S. 186 ff., 189, 190 unterstellt der neukantianistischen Rechtsphilosophie ein Versagen. Er führt dies aber nicht auf den Formalismus, den Relativismus oder den Historismus ihres ideellen Maßstabes, sondern vielmehr auf das Beibehalten und Verfestigen des positivistischen Rechtsbegriffs zurück. Dieser „scharfkantige“ Rechtsbegriff, der besagt, dass die Rechtsmacht jeden noch so unsittlichen Rechtssatz setzen kann, wurde in der neukantianistischen Rechtsphilosophie trotz aller Begründungsversuche wie Kelsens Grundnormkonstruktion und trotz aller Wertbezogenheiten und Bemühungen um die Rechtsidee sozusagen „unterhalb ihres ideellen Überbaus“ beibehalten. J.Kohler in „Lehrbuch der Rechtsphilosophie“ S. 46 FN 54, 16 ff., der auch Kants Dualismus von Subjekt und Objekt ablehnt und der Identitätsphilosophie anhängt, wirft den aus seiner Sicht verfehlten neukantianischen Aprioridarstellungen, zu denen er auch Radbruchs Rechtsphilosophie zählt, vor, dass diese nur durch die unbewusste Aufnahme empirischer Elemente ein gewisses Leben bekommen.

⁶⁶³ W.Kersting in „Neukantianische Rechtsbegründung. Rechtsbegriff und richtiges Recht bei Cohen, Stammler und Kelsen“ S.24 schreibt der Marburger Schule diese Dominanz zu, ohne dies jedoch näher

1. Marburger Schule

a. Hermann Cohen

Hermann Cohen (1842 - 1918) gilt als Begründer der Marburger Schule. Sein Werk „Kants Theorie der Erfahrung“ aus dem Jahre 1871 stellt eine wegweisende Interpretation der „Kritik der Reinen Vernunft“ dar und bildete die programmatische Grundlage der Marburger Schule⁶⁶⁴. Für Cohen und die Marburger Schule ist die transzendente Methode der Kerngehalt der Philosophie Kants⁶⁶⁵. Cohen deutet die Philosophie Kants logisch-analytisch. Er sieht in Kants synthetischen Sätzen a priori einen theoretischen Rahmen, welcher die wissenschaftliche Erfahrung begreifbar machen soll. Während Kant die physiologisch-psychologisch geprägte Auffassung der Transzendentalphilosophie nicht deutlich von der logisch-analytischen Sichtweise trennt⁶⁶⁶, nimmt Cohen diese Trennung vor und zeigt, dass es sich um zwei grundsätzlich unterschiedliche Sichtweisen handelt⁶⁶⁷. Eine psychologische oder physiologische Erklärung der Formen der Erfahrung lehnt Cohen ab⁶⁶⁸. Die Erkenntnisformen sind Bedingungen, unter denen die Erfahrung als möglich begriffen werden kann. Da

zu begründen. Betrachtet man die bedeutendsten Werke der neukantianischen Rechtsphilosophie, so mag Lasks „Die Philosophie des Rechts“, wie Kersting feststellt, tatsächlich nur einen Übersichtscharakter haben und vielleicht sogar nicht „tief schürfen“, während Cohen und Stammler originelle rechtsphilosophische Systeme entwarfen. Kersting leugnet jedoch die überragende Rolle Radbruchs und Kelsens als Repräsentanten neukantianischer Rechtsphilosophie. Mag eine Zuordnung Kelsens zu einer der beiden Schulen problematisch sein, bestehen keinerlei Bedenken, in Radbruch einen Neukantianer südwestdeutscher Prägung zu sehen. Unabhängig von der Frage, ob man Radbruchs Werk philosophische Originalität zugesteht oder nicht, besteht zumindest kein Zweifel daran, dass er mit Kelsen zu den bedeutendsten deutschsprachigen Rechtsphilosophen des letzten Jahrhunderts zählt. Damit relativiert sich jedenfalls die Feststellung einer dominierenden Rolle des Marburger Neukantianismus im Bereich der Rechtsphilosophie.

⁶⁶⁴ Manfred Pascher in „Einführung in den Neukantianismus“ S. 52

⁶⁶⁵ L.Haas in „Rechtsbegriff und Rechtsidee“ S. 21

⁶⁶⁶ W.Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band 2, S. 351; nach der physiologisch-psychologisch geprägten Auffassung geht es bei der Transzendentalphilosophie um eine Erklärung der Erkenntnisvermögen des Subjekts, die die Erfahrung der Form nach konstituieren. Nach der, die reifere und bahnbrechende Überlegung Kants darstellenden, logisch-analytischen Auffassung geht es bei der Transzendentalphilosophie um einen theoretischen Rahmen, ein System von Sätzen, nach denen ein Subjekt gegebene Daten zu der Einheit der Erfahrung ordnet.

⁶⁶⁷ Manfred Pascher in „Einführung in den Neukantianismus“ S. S. 55

⁶⁶⁸ Nach T.K.Oesterreich in „Friedrich Ueberwegs Grundriss der Geschichte der Philosophie“ S. 434 steht Cohen „in scharfem Gegensatz zu allem erkenntnistheoretischen Psychologismus“.

solche Bedingungen zwangsläufig gesetzesartige Prinzipien darstellen, sind die Formen der Erfahrung weder psychologisch noch physiologisch erklärbar⁶⁶⁹. Die logisch-analytische Auffassung der Transzendentalphilosophie wird schließlich relativiert. Während Kant die Grundsätze der Erfahrung im Sinne des alten aristotelischen Wissenschaftsideals noch als allgemeingültig ansieht, werden diese im Marburger Neukantianismus als methodologische Annahmen aufgefasst. Cohen verwirft entgegen Kant „*das Ding an sich*“⁶⁷⁰. Nach Cohen ist es schließlich das Ziel der Philosophie, wissenschaftliche Erfahrung unter der Prämisse begreifbar zu machen, dass sich die Wissenschaft durch den Fortschritt beständig verändert⁶⁷¹.

Mit der „Ethik des reinen Willens“ verfasste Cohen eines der bedeutendsten rechtsphilosophischen Werke des Neukantianismus. Die naturrechtliche Ableitung von Norminhalten aus Seinsbegebenheiten lehnte er als strenger Methodendualist ab⁶⁷². Er betrachtet die Rechtswissenschaft jedoch nicht wie Stammler, dessen Ableitung der Richtigkeitsgewähr des Rechts aus sich selbst heraus er ablehnt, unter einem transzendentallogischen Gesichtspunkt, sondern sucht nach dem wissenschaftlichen Ursprung der Ethik, die wie die Logik auf methodischem Wege ableitbar sein soll. Ihm geht es dabei nicht zuletzt um die Wiederherstellung der Einheit von Moral- und Rechtsphilosophie. Die sittliche Person im Sinne eines sittlichen Selbst steht im Mittelpunkt der Ethik. Die Ethik ist als „*die Lehre vom Menschen*“ das „*Zentrum der Philosophie*“⁶⁷³. Sie vereint verschiedene Disziplinen der Philosophie, wie die Gesellschafts-, Staats-, Rechts- und Geschichtsphilosophie. Die Rechtswissenschaft, die „*Mathematik der Geisteswissenschaften*“, hat für die Ethik dabei die gleiche Bedeutung wie die

⁶⁶⁹ W.Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band 2, S. 351

⁶⁷⁰ H.Cohen in „Kants Theorie der Erfahrung“ 1.Auflage S. 239 ff., 2.Auflage S. 638 ff. und „Logik der reinen Erkenntnis“ S.13; die Dinge an sich sind nicht unabhängig von unserem Denken gegeben. Sie sind erst durch das Denken für den Menschen da. Für Cohen beginnt die Erkenntnistheorie mit dem Denken, das reine Denken bringt die reine Erkenntnis zur Erzeugung, die Lehre vom Denken ist Lehre von der Erkenntnis.

⁶⁷¹ H.Cohen in „Logik der reinen Erkenntnis“ S. 396

⁶⁷² H.Cohen in „Ethik des reinen Willens“ S. 13; Cohen stellt fest: „*Wenngleich das Sollen freilich auch auf eine Art von Sein ausgehen muß, so ist dieses Sein doch von so grundverschiedener Art, daß vor Allem durch den Gegensatz zum Sein der Natur das neue Sollen, das Sein des Sollens zur Formulierung kommen muß*“.

⁶⁷³ H.Cohen in „Ethik des reinen Willens“ S. 1

Mathematik für die Logik ⁶⁷⁴. Sie ist Erkenntnisgrund der Ethik. Die ethischen Grundbegriffe werden „*am Leitfadenden der Rechtswissenschaft*“ transzendental deduziert ⁶⁷⁵. Da das Recht „*in der Ethik seine Wurzeln*“ hat, muss „*aus der Rechtswissenschaft die Ethik ermittelt und in ihr begründet werden können*“ ⁶⁷⁶. Die besondere Rolle der Rechtswissenschaft erklärt Cohen damit, dass die Ethik einzig durch ein rein normatives Sollen bestimmt wird und dass das ethische Subjekt, als Subjekt des reinen Willens, durch das Rechtssubjekt verkörpert wird ⁶⁷⁷. Der Staat stellt einen Zusammenschluss sittlicher Individuen zu einer Einheit dar und ist Voraussetzung der Ethik, da der Rechts- und Staatswissenschaft eine Vorbildfunktion für die reinen Werte zukommt und sie Anhaltspunkte für das ethische System liefern ⁶⁷⁸. Eine Trennung von Ethik und Rechtswissenschaft ist nicht möglich, ihr Zusammenhang ist zwingend. Die Begriffe der Jurisprudenz haben einen immanenten sittlichen Sinn, der sich ermitteln und als Rechtsphilosophie darstellen lässt ⁶⁷⁹. Als Recht des Rechts versteht Cohen schließlich das Naturrecht oder die Ethik des Rechts ⁶⁸⁰.

b. Paul Natorp

Paul Natorp (1854 - 1924), neben Cohen wichtigster Vertreter des Marburger Neukantianismus, befasste sich insbesondere mit der Vorgeschichte der kritischen Philosophie ⁶⁸¹, dem Verhältnis von Dingen an sich und Erscheinungen sowie der Philosophie der Mathematik ⁶⁸². Wie Cohen fasst er die Dinge an sich nicht als

⁶⁷⁴ H.Cohen in „Ethik des reinen Willens“ S. 66, VII; bereits G.Jellinek stellt in „System der subjektiven öffentlichen Rechte“ S. 17 FN 2 fest, dass die Rechtswissenschaft „*ihr Gegenstück unter den theoretischen Wissenschaften an der Mathematik*“ hat.

⁶⁷⁵ W.Kersting in „Neukantianische Rechtsbegründung“ S. 33

⁶⁷⁶ H.Cohen in „Ethik des reinen Willens“ 2.Auflage, Berlin 1912, S. 227

⁶⁷⁷ H.Cohen in „Ethik des reinen Willens“ S. 229 ff.; H.Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 76 ff.

⁶⁷⁸ H.Cohen in „Ethik des reinen Willens“ S. 241 ff.; der Staatsbegriff ist nach Cohen „*der ethische Kulturbegriff*“ und bildet „*das Ziel der geschichtlichen Entwicklung*“.

⁶⁷⁹ W.Kersting in „Neukantianische Rechtsbegründung“ S.34

⁶⁸⁰ H.Cohen in „Ethik des reinen Willens“ S. 70

⁶⁸¹ P.Natorp in „Platos Ideenlehre. Eine Einführung in den Idealismus“; nach W.Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band 2, S. 356 deutete Natorp die Platonischen Ideen als gesetzesartige Prinzipien und zeigte die Parallelen zwischen der Platonischen Philosophie und Kants Idealismus.

⁶⁸² P.Natorp in „Die logischen Grundlagen der exakten Wissenschaften“ und in „Logik. Grundlegung und Aufbau der Mathematik und mathematischen Naturwissenschaft“

etwas Vorhandenes, etwas Gegebenes auf. Für ihn sind sie entgegen Kant etwas Aufgegebenes⁶⁸³. Der Begriff des Gegebenen ist nur sinnvoll, wenn man darunter den allseitig bestimmten Gegenstand versteht. Da die Erkenntnis jedoch nur bestimmte Seiten des Gegenstandes betrifft, kann man sich dem vollständig bestimmten Gegenstand, dem Ding an sich, nur annähern. So wie der Gedanke eines Dinges an sich, ist auch eine vom Verstand unabhängige Anschauung ausgeschlossen. Auch die mathematische Erkenntnis beruht daher auf Leistungen des menschlichen Verstandes. Der urteilende menschliche Verstand ist an jeder Anschauung eines Gegenstandes beteiligt und schafft so erst den Gegenstand des Wissens.

c. Ernst Cassirer

Ernst Cassirer (1874 - 1945) ist zur zweiten Generation des Marburger Neukantianismus zu zählen⁶⁸⁴. Cassirer entwickelt als Sinnbild der Philosophie eine allgemeine Symboltheorie, nach der die Philosophie der Funktion von Symbolen in Wissenschaft, Kunst und im Alltagsleben nachgehen muss, da diese Symbole die kulturgeprägte Welt des Menschen bestimmen⁶⁸⁵. Den transzendentalphilosophischen Ansatz modifiziert er, indem er neben den Verstandesformen auch Formen der sprachlichen, mythischen, religiösen und ästhetischen Wirklichkeitsgestaltung berücksichtigt. Die symbolischen Formen sind Deutungsschemata. Cassirer bleibt zwar dem transzendentalphilosophischen Gedanken treu, dass nichts gegeben sein kann, was unabhängig ist von erfahrungsvorgängigen Formen. Die Formen bilden nach seiner Ansicht jedoch ein geschichtlich bedingtes und somit wechselndes und kein zeitlos gültiges System⁶⁸⁶.

⁶⁸³ P.Natorp in „Logik. Grundlegung und Aufbau der Mathematik und mathematischen Naturwissenschaft“ S. 5, 6, in „Die logischen Grundlagen der exakten Wissenschaften“ S. 18, 47 ff. und in „Philosophische Systematik“ S. 8 ff., 10

⁶⁸⁴ H.J.Sandkühler u.a. in „Einleitung“ S. 23 Fussnote 53 zählen Cassirer nicht zuletzt auch aufgrund dessen eigener Äußerungen zwar zum Marburger Neukantianismus, weisen allerdings darauf hin, dass diese Zuordnung nicht unkritisch ist, da neuhegelianische Tendenzen zumindest in der Diskussion stehen. Nach M.Ferrari in „Ist Cassirer methodisch gesehen ein Neukantianer?“ S. 119 fußt Cassirers systematische Philosophie zumindest auf den Grundpositionen des Marburger Neukantianismus und kann als Versuch verstanden werden, die systematische Basis weiterzuführen. Ferrari kommt daher letztlich zu dem Schluss, „daß methodisch gesehen Cassirer immer ein Neukantianer geblieben ist“.

⁶⁸⁵ Manfred Pascher in „Einführung in den Neukantianismus“ S. 57

⁶⁸⁶ E.Cassirer in „Philosophie der symbolischen Formen“ Band 3, S. 189 ff., 202 ff.; W.Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band 2, S. 359

Cassirers Philosophie der symbolischen Formen ist nicht in erster Linie Erkenntnistheorie⁶⁸⁷. Er geht von der Erkenntniskritik über zu einer Kulturphilosophie⁶⁸⁸.

d. Rudolf Stammler

In der Tradition des Neukantianismus der Marburger Schule stand auch der Rechtswissenschaftler und Rechtsphilosoph Rudolf Stammler (1856 - 1938), den eine persönliche Freundschaft mit Natorp und Cohen verband. Er entwickelt seine Lehre in strenger Analogie zu Kants Kritik der reinen Vernunft. Ziel ist eine allgemeingültige Art des juristischen Denkens, frei von jeder konkreten Rechtserfahrung. Stammler distanziert sich ausdrücklich vom Relativismus und von Positivismus, da beide nicht zu allgemeingültigen Erkenntnissen führen⁶⁸⁹. Er vertritt die Ansicht, dass *„kein einziger Rechtssatz möglich ist, der in der Besonderheit seines Inhalts absolut richtig feststände“*⁶⁹⁰. Über das von ihm geschaffene System der Rechtsbegriffe setzt er jedoch die Rechtsidee als Bewertungsmaßstab des positiven Rechts. Er entwickelt so die Idee vom richtigen Recht⁶⁹¹. Das richtige Recht ist dabei jedoch nur reine Denkform. Es ist formale

⁶⁸⁷ E.Cassirer in „Philosophie der symbolischen Formen“ Band 3, S. 14 ff., 18; nach Cassirers Ansicht gibt es eine organische Schranke, die den Menschen nicht aus der Natur heraustreten lässt. Die Freiheit erschafft sich der Mensch nicht durch das Niederreißen dieser Schranke, sondern alleine durch die Bewusstmachung. Vorbedingung hierfür sind die symbolischen Formen. Der Mensch trennt sich mittels der symbolischen Formen von der Welt, um sich gerade in dieser Trennung *„um so fester mit ihr zu verbinden“*. Diese Verbindung charakterisiert alles menschliche Erkennen. E.Cassirer in „Zur Logik der Kulturwissenschaften“ S. 24, 25

⁶⁸⁸ E.Cassirer in „Philosophie der symbolischen Formen“ Band 1, S. 7 ff.; H.Paetzold in „Ernst Cassirer“ S. 54, 55

⁶⁸⁹ R.Stammler in „Theorie der Rechtswissenschaft“ S. 15 und „Lehrbuch der Rechtsphilosophie“ S. 95, Fussnote 3

⁶⁹⁰ R.Stammler in „Die Lehre von dem richtigen Rechte“, neubearbeitete Auflage S. 94. In der ersten Auflage S. 117 lautet das inhaltlich entsprechende Zitat: *„Es gibt keinen einzigen Rechtssatz, der seinem positiven Inhalte nach a priori feststände“*. Nach J.Schröder in „Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten“ S.388 gibt es bei Stammler vielmehr *„eine Vielzahl richtiger Rechte“*.

⁶⁹¹ J.Moór stellt in „Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus“ S. 58 fest, dass es ein großer Verdienst Stammlers ist, den naturrechtlichen Gedanken des richtigen Rechts für die philosophische Rechtslehre gerettet, das Feld für eine wertende Betrachtung des Rechts eröffnet und damit die moderne Rechtswertlehre begründet zu haben, während er gleichzeitig auf dem Boden des Rechtspositivismus verblieb. Cohen wirft Stammler in diesem Punkt allerdings eine naturrechtlich-metaphysische Spekulation vor. Er lehnt wie dieser jedes Naturrechts ab, kritisiert aber Stammlers Ansicht, wonach die Richtigkeitsgewähr des Rechts aus sich selbst heraus erzeugbar ist. Nach Cohens Ansicht bedarf die Rechtswissenschaft *„der Ethik zu ihrer eigenen Grundlegung“* und es darf *„in keiner Weise zugestanden werden, was der Gedanke des richtigen Rechts unternimmt, das Recht richtig zu machen,*

Methode, welche sich auf die grundsätzliche Eigenschaft eines gegebenen Rechtsinhalts bezieht⁶⁹². Ein allgemein gültiges Naturrecht kann es nicht geben, sondern nur ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt⁶⁹³. Stammler verbindet Rechtsbegriff und Rechtsideal. Die Rechtsidee ist Beurteilungsnorm des positiven Rechts und einzig denkbar reiner Rechtsbegriff⁶⁹⁴. Seine Definition vom Recht als „*ein Zwangsversuch zum Richtigen*“⁶⁹⁵ unterscheidet sich strenggenommen kaum von der Rechtspositivismuskritik auf der Grundlage der Richtigkeitsthe⁶⁹⁶. Stammler richtet sich einerseits nach dem richtigen Recht aus, vertritt andererseits aber einen bereits positivistischen Rechtsbegriff, da die Ausrichtung keine Auswirkungen auf den Verbindlichkeitsanspruch des Rechts haben soll⁶⁹⁷. Es war schließlich Stammler, der für die Rechtswissenschaft die Unterschiedenheit von Sollen und Sein, und damit den Methodendualismus, systematisch entwickelte⁶⁹⁸.

ohne den Grund der Richtigkeit unzweideutig in der Ethik zu suchen, zu legen und festzuhalten“, denn, durch „*diese angebliche Selbständigkeit des Rechts würde die Ethik ihrer eigensten Aufgabe beraubt werden*“. H.Cohen in „Ethik des reinen Willens“ 1. Auflage S. 214, 5. Auflage S. 225; E. Winter in „Ethik und Rechtswissenschaft“ S. 23; Nach R. Stammler in „Theorie der Rechtswissenschaft“ S. 296 ff. liegt der Kritik Cohens „*ein ledigliches Mißverständnis*“ von Stammers Lehre vor. C. Müller in „Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus“ S. 137 ff., 148 geht hingegen davon aus, dass es bei den drei philosophischen Zweifelsfragen – Lehre vom Rechtsbegriff, Lehre von der Rechtsidee und Berechtigung des Rechtszwangs – trotz gleichbleibender Terminologie wesentliche Änderungen gab, „*die es als wahrscheinlich erscheinen lassen, daß die Kritik Cohens von Stammler nicht nur als sprachliches Mißverständnis gesehen wurde*“.

⁶⁹² R. Stammler in „Die Lehre von dem richtigen Rechte“ neubearbeitete Auflage S. 51 ff., 145; in „Theorie der Rechtswissenschaft“ S. 77 stellt Stammler fest, dass nur die Idee des Rechts als ein formaler Grundgedanke des Rechts, der als allgemeine Aufgabe allem rechtlichen Wollen vorgesetzt ist, eine unbedingte Bedeutung zu besitzen vermag.

⁶⁹³ R. Stammler in „Wirtschaft und Recht“ S. 161, 165 ff., 174; laut Stammler In „Lehrbuch der Rechtsphilosophie“ S. 7,8 und „Die Lehre vom richtigen Rechte“ neubearbeitete Auflage S. 4 ist überhaupt kein Rechtssatz möglich, „*der in der Besonderheit seines Inhalts unbedingt richtig feststände*“. Stammers naturrechtliche Ansätze sind dadurch wie K. Kühl in „Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts“ S. 611 feststellt, im Formalismus steckengeblieben.

⁶⁹⁴ J. Binder in „Rechtsbegriff und Rechtsidee“ S. 195

⁶⁹⁵ R. Stammler in „Die Bedeutung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs für den Fortschritt der Kultur“ S. 154; vgl. R. Stammler in „Die Lehre vom richtigen Rechte“ S. 27 ff., neubearbeitete Auflage S. 55 ff.

⁶⁹⁶ W. Kersting in „Neukantianische Rechtsbegründung. Rechtsbegriff und richtiges Recht bei Cohen, Stammler und Kelsen“ S.51

⁶⁹⁷ R. Stammler in „Die Lehre vom richtigen Rechte“ S. 91 ff.

⁶⁹⁸ E. Wolf in „Rechtsphilosophie“, 4. Auflage, S. 33; J. Moór in „Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus“ S. 58; R. Stammler u.a. in „Theorie der Rechtswissenschaft“ 1. Auflage S. 69, 536 ff., 124 ff. Stammler führt beispielsweise aus (S.69): „*Wenn jemand einen rechtlichen Anspruch erhebt, so nimmt er nicht etwas wahr, sondern will etwas; wer einen Rechtssatz erläßt, der behauptet nicht eine Tatsache der Erfahrung, er verfolgt Zwecke; und falls wir den Inhalt einer Rechtsordnung betrachten, so sehen wir dort nicht körperliche Erscheinungen der Natur, sondern einen Inhalt von menschlichem*

Diese Unterschiedenheit beruht nach Stammler auf der Grundfunktion unseres Denkens. Sie zwingt uns, der Wirklichkeit, der Natur und der Geschichte eine andere Erkenntniswelt zuzuordnen als den Werten oder Geltungen, die wir diesen beilegen. In der Juristerei müssen positives Recht und richtiges Recht, müssen Rechtstatsachen und Rechtsideale methodisch unterschieden werden. Diese Unterschiede können wiederum weder vom Gefühl noch vom Willen, sondern allein von einem dialektischen Bewusstsein überwunden werden.

2. Südwestdeutsche Schule

a. Wilhelm Windelband

Wilhelm Windelband (1848 -1915) begründete die Südwestdeutsche Schule des Neukantianismus⁶⁹⁹. Da er sich ausführlich mit den Wertevoraussetzungen in der Transzendentalphilosophie befasste, wird seine Lehre auch als werttheoretische Richtung des Neukantianismus bezeichnet. Für die Südwestdeutsche Schule ist die Philosophie die kritische Wissenschaft von den Werten und Normen („Sätzen des Sollens“) ⁷⁰⁰. Sie unterscheidet sich so von der Naturwissenschaft, als der Wissenschaft von der Wirklichkeit und den Naturgesetzen („Sätzen des Müssens“) ⁷⁰¹. Windelband dehnt die transzendente Betrachtungsweise auf die Geisteswissenschaften, insbesondere die Erfahrung der Geschichte, aus. Das Verhältnis von Naturwissenschaften und historischen Wissenschaften beschreibt er, indem er die Wissenschaften in Gesetzeswissenschaften (nomothetische Wissenschaften) und Ereigniswissenschaften (idiographische Wissenschaften) einteilt, wobei beide in gleichem Maße wissenschaftlich sind ⁷⁰². Den

Wollen“; J.Binder in „Rechtsbegriff und Rechtsidee“ S.209; nach G.Ellscheid in „Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants“ S. 19, 20 misst Stammler dem Begriff des Sollens zwar keine zentrale Bedeutung bei, die Lehre Stammlers kann jedoch als „eine bestimmte Antwort auf Sein und Sollen“ gewertet werden. Ellscheid bescheinigt Stammler allerdings keine eindeutig methodendualistische Sichtweise, da dieser Sein und Sollen durch eine Doppelsicht von „Einheit“ verwischt.

⁶⁹⁹ W.Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band 2, S. 361, 362; daneben machte sich Windelband auch als herausragender Fachphilosoph und Historiker der Philosophie einen Namen.

⁷⁰⁰ W.Windelband in „Was ist Philosophie?“ S. 1 ff., 28

⁷⁰¹ Editionsbericht in „Gustav Radbruch - Biographische Schriften“ Gesamtausgabe Band 16, S. 341

⁷⁰² W.Windelband in „Geschichte und Naturwissenschaft“ S. 364, 365; W.Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band 2, S. 362; die Ereigniswissenschaften unterscheiden sich methodologisch von den Gesetzeswissenschaften, da sie sich nicht auf etwas Allgemeines, auf allgemeine Gesetzmäßigkeiten, richten, sondern immer auf etwas Individuelles in

Philosophiebegriff deutet Windelband normativ. Die Philosophie wird in einen transzendentalphilosophischen Rahmen gestellt und in Ausgrenzung jeder empiristischen, naturalistischen oder relativistischen Ausrichtung als Wertwissenschaft aufgefasst⁷⁰³. Der Sinn und das Ziel der Philosophie ist die Begründung der Werte des Wahren, Guten und Schönen in ihrer universalen Geltung und in einem transzendentalphilosophischen Bezugsrahmen⁷⁰⁴. Die Sätze der Transzendentalphilosophie werden somit als anzuerkennende Normen aufgefasst⁷⁰⁵. Windelband schreibt den Werten eine eigene Existenz, eine Art Sein zu. Unter diesem Sein versteht er jedoch keine reale Existenz, sondern sieht dessen Bestehen in einem Gelten⁷⁰⁶. Dieses Gelten wird in einem überindividuellen Bewusstsein (dem Normalbewusstsein) als Sollen erfahren⁷⁰⁷. Windelband verwendet den Begriff des Wertes in einem sehr weiten Sinne. So bezeichnet er die Logik als Lehre vom Wert der Wahrheit, die Ethik als Lehre vom Wert der Gutheit und die Ästhetik als Lehre vom Wert der Schönheit⁷⁰⁸. Er unterstellt dabei, dass diese Wertung bereits von Kant gewollt gewesen sei, da in dessen theoretischer Philosophie der Begriff der Normen enthalten war. Nach Windelband hatte Kant die Kategorien als Regeln und somit als Normen aufgefasst, nach denen wir im Erkennen verfahren sollen⁷⁰⁹. Die transzendente Analyse führt zu Wertevoraussetzungen und somit nicht zu Ergebnissen, nach denen verfahren wird, sondern nach denen verfahren werden soll⁷¹⁰. Für die Südwestdeutsche Schule

seiner speziellen Eigentümlichkeit, wie die Vergegenwärtigung historischer Gebilde in deren Eigenart und Eigenwert. Windelband wehrte sich gegen die althergebrachte Unterteilung von Natur- und Geisteswissenschaften, da diese von unterschiedlichen Sachbereichen ausgeht. Dieselbe Sache bzw. dasselbe Ereignis kann nach seiner Ansicht sowohl in ereigniswissenschaftlicher als auch in gesetzeswissenschaftlicher Weise betrachtet werden kann.

⁷⁰³ W. Windelband in „Was ist Philosophie?“ S. 26; M. Pascher in „Einführung in den Neukantianismus“ S. 61

⁷⁰⁴ W. Windelband in „Was ist Philosophie?“ S. 26

⁷⁰⁵ Manfred Pascher in „Einführung in den Neukantianismus“ S. 61

⁷⁰⁶ W. Windelband in „Normen und Naturgesetze“ S. 224 ff., 226

⁷⁰⁷ W. Windelband in „Was ist Philosophie?“ S. 43 ff., 47; das Normalbewußtsein ist nach Windelband das absolute Maß der logischen, ethischen und ästhetischen Beurteilung; G. Sprenger in „Die Wertlehre des Badener Neukantianismus“ S. 162; die Überwindung des Wertrelativismus erforderte die Transzendierung des faktischen Allgemeinbewusstseins hin zu einem Normalbewusstsein.

⁷⁰⁸ W. Windelband in „Normen und Naturgesetze“ S. 225

⁷⁰⁹ W. Windelband in „Immanuel Kant. Zur Säcularfeier seiner Philosophie“ S. 134 ff.

⁷¹⁰ W. Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band 2, S. 363; um seine Aussage begrifflich zu machen, dass uns in der Erfahrung Gegenstände gegeben sind, musste Kant Sätze der Transzendentalphilosophie voraussetzen. Die Definition dieser Sätze als Normen dient jedoch lediglich der Verdeutlichung des normativen Charakters der Philosophie, ohne neue Erkenntnisse zu bringen.

besteht die Geltung von Kulturwerten parallel zur Existenz gegenständlicher Dinge. Erst durch diese Vergegenständlichung der Kulturwerte wird eine wissenschaftliche Behandlung und Erfassung von Geschichte, Staat, Gesellschaft oder Recht möglich. Kants System der Kritik der reinen Vernunft, wonach die Objekte der Erkenntnis nicht durch einen vorgegebenen Inhalt, sondern erst durch die erschaffende Tätigkeit des menschlichen Verstandes erzeugt werden, soll auch im Bereich der Kulturerscheinungen zur Anwendung kommen ⁷¹¹.

b. Heinrich Rickert

Heinrich Rickert (1863 - 1936) entwickelte die Lehre von der Wertbedingtheit der Erkenntnis weiter. Ihm war ebenso wie seinem Lehrer Windelband daran gelegen, die kritizistische Betrachtungsweise innerhalb der historischen Wissenschaften zur Geltung zu bringen. Jedoch gab er den rein historischen Bezug bei der systematischen Unterscheidung der Wissenschaften auf. Rickerts Wissenschaftssystem zeichnet sich durch die Gegenüberstellung der Natur- und Kulturwissenschaften aus ⁷¹². Er stellt den Wissenschaften von den wertfreien, sinnlosen Naturobjekten generell die Gattung der wertbezogenen, sinnvollen Kulturwissenschaften gegenüber ⁷¹³. Rickert ist Methodendualist ⁷¹⁴. Er verfolgt eine Zwei-Welten-Lehre, indem er strikt zwischen den Reichen der theoretischen Werte und der empirischen Wirklichkeit, zwischen denen eine nicht zu überbrückende Kluft besteht, unterscheidet ⁷¹⁵. Mit der konkreten Wirklichkeit steht der Mensch dabei nur im unmittelbaren Leben und nicht in der Wissenschaft in Verbindung ⁷¹⁶. Das Verhältnis von Mensch und Wirklichkeit bildet den Ausgangspunkt jeder philosophischen Reflexion. Da die Wirklichkeit rational

⁷¹¹ H.Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 71

⁷¹² H.Rickert in „Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft“ 6. und 7. Auflage, S. 10 ff., 16; die Unterscheidung von Natur- und Kulturwissenschaften bezieht sich dabei auf die empirischen Seinswissenschaften.

⁷¹³ H.Rickert in „Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft“ S. 58 ff., 89 ff., 118 ff.; nach Rickerts Ansicht ist es den Naturwissenschaften verwehrt, individuelle Gegebenheiten zu begreifen und die tägliche Welt, in welcher die Menschen leben und die ihnen Freude und Schmerzen bereitet, zu verstehen. Die Naturwissenschaften sind durch die Konzentration auf Gesetzerkenntnis gekennzeichnet, während die historischen Wissenschaften sich mit der wertbezogenen Betrachtung individueller Geschehnisse befassen.

⁷¹⁴ beispielhaft H.Rickert in „Der Gegenstand der Erkenntnis“ S. 207 ff., 264 ff. und in „System der Philosophie“ S.112 ff., 114, 249

⁷¹⁵ H.Rickert in „System der Philosophie“ S. 233 ff.

⁷¹⁶ H.Rickert in „Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung“ S. 242

erkennbar und verstehbar ist, kann der Bereich der Tatsachen vom Bereich der Sinngebilde unterschieden werden. In der Wirklichkeit besteht jedoch kein Unterschied, da die Wirklichkeit die Einheit aus Sinn und Realität ist und nicht deren Zusammensetzung. Im Subjekt besteht diese Einheit, da das Subjekt mit der realen Welt und dem Reich der Sinngebilde in einer Beziehung steht. Die Einheit ist jedoch nicht auf das Subjekt begrenzt. Sie muss als Einheit von Wert und Wirklichkeit begriffen werden. Da sie ohne das Streben nach Erkenntnis und Sinn nicht möglich wäre, wird sie nicht erfahren oder erkannt, sondern angenommen⁷¹⁷. Rickert vertritt eine konsequente Werttheorie. Der Wert wird dabei als Bedingung des Erkennens im allgemeinen und nicht nur des historischen Verstehens gesehen. Sobald der Mensch ein Urteil fällt, entscheidet er sich für einen Wahrheitswert. Dieses Verfahren stellt eine Wertung dar. Das Werten besteht darin, dass sich der Mensch auf Werte bezieht. Rickert versucht so zu beweisen, dass die Existenz der Werte Voraussetzung für die Urteilsfindung und somit für die Erkenntnis ist. Die Werte bilden ein auf die Realität bezogenes System, eine einheitliche Seinssphäre. Wert und Realität sind in der Wirklichkeit und nicht nur im Subjekt miteinander verbunden⁷¹⁸. Rickerts wissenschaftliche Darstellung der Kulturwissenschaften fußt auf der Annahme, dass diese einen Bezug zwischen Werten und Daten herstellen. Die Auswahl der zu beachtenden Daten erfolgt dabei über ein System von Werten, welche auf die gesamten Daten zu beziehen sind und dadurch letztendlich die relevanten Daten herausfiltern. Da die Wertung nicht der Subjektivität einzelner Wissenschaftler überlassen werden kann, bedarf es eines objektiven und allgemeingültigen Systems. Die einzelnen Werte dieses Systems lassen sich aus einem „*traditionsbedingten Wertekosmos*“ entnehmen⁷¹⁹.

⁷¹⁷ H.Rickert in „System der Philosophie“ S. 265 ff.

⁷¹⁸ H.Rickert in „System der Philosophie“ S. 112 ff., 358; dieser Werteobjektivismus ist nach W.Röd in „Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert“, Band 2, S. 365 nicht mehr deckungsgleich mit Kants Philosophie und stellt auch keine Weiterentwicklung im eigentlichen Sinne dar. Zwar bezieht sich Rickert auf Kants Primat der Praxis, meint jedoch damit im Gegensatz zu Kant, der an einen ethisch motivierten Vernunftglauben dachte, einen Primat der Werteerkenntnis.

⁷¹⁹ H.Rickert in „Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft“ S. 148, 155 ff.; da sich Rickert damit in einem Spannungsverhältnis von Wertrelativismus und Metaphysik befindet, wirft ihm H.Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 72 vor, dass er bei der Entwicklung seiner Methodik der Kultur- und Geisteswissenschaften keine zufriedenstellende Antwort für die Gewährleistung des Wissenschaftscharakters der Einzeldisziplinen gibt.

c. Emil Lask

Emil Lask (1875 - 1915), dem für den Bereich der Rechtsphilosophie die größte Bedeutung der Neukantianer südwestdeutscher Prägung zukommt, überträgt das System der Kulturwissenschaften auf das Recht. Er übernimmt Windelbands und Rickerts kritische Auseinanderhaltung von Wert und Wirklichkeit und deren Lehre von der Unableitbarkeit des geschichtlich Gegebenen aus einer abstrakten Wertformel⁷²⁰. Das Verhältnis von Recht und Wirklichkeit ist dadurch gekennzeichnet, dass der empirisch-geschichtlichen Wirklichkeit die Werte nicht einfach entnommen werden können⁷²¹. Inhaltlich entgegengesetzt, stimmen Naturrecht und Rechtspositivismus darin überein, dass beide monistische Theorien sind⁷²². Sie verabsolutieren die streng zu unterscheidenden Bestandteile des Rechts, Rechtswert und Rechtswirklichkeit, jeweils in die eine oder die andere Richtung. Allerdings folgt nach Lask weder Legitimität aus faktischer Geltung, noch folgt faktische Geltung aus Legitimität. Lask entwickelt eine Zweiteilung des Rechts. Er unterscheidet die Rechtsphilosophie⁷²³, welche die absolute Rechtswertbetrachtung zum Inhalt hat, von der Rechtswissenschaft, die sich mit der Rechtswirklichkeitsbetrachtung beschäftigt⁷²⁴. Damit entspricht er Windelbands methodologischer Forderung nach einer Scheidung von Wert- und Wirklichkeitsbetrachtung. Recht ist für Lask eine Kulturercheinung. Jede Kultur ist eine wertbezogene Wirklichkeit. Das Recht ist eine auf den Rechtswert bezogene Wirklichkeit. Die von Lask entwickelte kritische Wertlehre zeichnet sich dadurch aus, dass sie weder reduktionistisch noch ontologisch ist. Sie verabsolutiert

⁷²⁰ G.Mohr in „Was kann eine Theorie der Rechtskultur vom Neukantianismus lernen?“ S. 113

⁷²¹ E.Lask in „Rechtsphilosophie“ S. 291

⁷²² Lask lehnt letztlich sowohl das Naturrecht, welches die Normen des Rechts aus absoluten Werten ermittelt, wie auch den Positivismus und den Historismus, die ihre Werte aus dem gänzlich zufälligen und willkürlichen Geschichtsverlauf entnehmen, ab. Den abgelehnten Systemen stellt er eine kritische Wertlehre gegenüber. E.Lask in „Rechtsphilosophie“ S.306 ff.; S.Nachtsheim in „Zwischen Naturrecht und Historismus“ S. 302, 303

⁷²³ S.Nachtsheim in „Zum Begründungsprogramm bei Emil Lask“ S. 505; Philosophie ist im Kern Geltungstheorie, ihr Gegenstand ist das Nichtsinnliche, vornehmlich das Geltende. Gegenstand der Einzelwissenschaften, insbesondere natürlich der Naturwissenschaften, ist hingegen das Sinnliche, Gegenstände mit empirischem Material, das Seiende.

⁷²⁴ Kelsen weist in diese Zusammenhang auf einen Widerspruch in Lasks Theorie hin. Lask versteht einerseits die Rechtswissenschaft als rein empirische Wirklichkeitsbetrachtung, andererseits unterscheidet er aber die tatsächlich rein empirische Sozialtheorie des Rechts von der nicht empirischen, weil an der Bedeutung der Normen orientierten, Dogmatik des Rechts. E.Lask in „Rechtsphilosophie“ S. 307, 311 ff.; H.Kelsen in „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft“ S. 65 ff.

nicht das Empirische, und sie verdinglicht nicht das Überempirische. Zwischen empirischer Wirklichkeit und überempirischen Werten wird streng unterschieden⁷²⁵. Werte werden nicht ontologisiert. Die empirische Wirklichkeit ist die einzige Realität, die empirische, geschichtlich sich entwickelnde Rechtswirklichkeit ist das einzige Recht. Die kritische Wertlehre lässt zwar nur eine juristische Einweltentheorie zu⁷²⁶, die Rechtswirklichkeit hat jedoch zwei Dimensionen, eine Wirklichkeits- und eine Wertdimension. Als Kulturercheinung ist das Recht nämlich wertbezogene Wirklichkeit. Es ist eine empirische Wirklichkeit mit überempirischem Wertbezug. Wirklichkeit und Wert werden nicht als zwei Wirklichkeitssphären verstanden, sondern methodologisch unterschieden. Mit dem Rechtspositivismus beschränkt sie die rechtsphilosophische Betrachtung auf die Rechtswirklichkeit. Gleichzeitig glaubt sie wie das Naturrecht an den Bestand überempirischer, absoluter Werte. Allerdings tritt der Methodendualismus an die Stelle des ontologischen Dualismus des Naturrechts und des methodischen Monismus des Rechtspositivismus⁷²⁷. Nach Lask betrachtet die Philosophie „*die Wirklichkeit lediglich unter dem Gesichtspunkte ihres absoluten Wertgehalts, die Empirie lediglich unter dem ihrer tatsächlichen Innerlichkeit*“⁷²⁸. Die Rechtsphilosophie ist Rechtswert-, die empirische Wissenschaft ist Rechtswirklichkeitsbetrachtung. Lask geht einerseits von der absoluten Bedeutung von Recht und Gerechtigkeit aus, sieht jedoch andererseits nur das empirisch geltende Recht als gültig an. Der absolute Wert des Rechts ist die Gerechtigkeit. Die Gerechtigkeit ist allerdings kein materieller und inhaltlich bestimmter, sondern ein formaler Wert, der nicht induktiv aus der empirischen Rechtsgeschichte abgeleitet werden kann. Der Rechtswert ist daher letztlich eine inhaltsleere Idee, eine einheitliche Definition ist nicht möglich⁷²⁹. Lask entwickelt schließlich zwei mögliche Werttypen, den personalen – Individualismus – und den transpersonalen – Kollektivismus. Diese beiden Werttypen stehen gleichberechtigt nebeneinander, keinem ist der Vorzug zu geben⁷³⁰. Nach seiner Ansicht wird in jeder Rechtskultur

⁷²⁵ E.Lask in „Rechtsphilosophie“ S. 279; J.Siegers in „Das Recht bei Emil Lask“ S. 41

⁷²⁶ E.Lask in „Rechtsphilosophie“ S. 279, 280; Lask teilt das Weltall in zwei vollkommen heterogene Sphären, den Bereich des Seienden und den Bereich des Nichtseienden, und hängt so einer Zweiweltentheorie an. E.Lask in „Zum System der Logik“ S. 61 und in „Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre“ S. 5 ff.

⁷²⁷ G.Mohr in „Was kann eine Theorie der Rechtskultur vom Neukantianismus lernen?“ S. 117, 118

⁷²⁸ E.Lask in „Rechtsphilosophie“ S. 280

⁷²⁹ E.Lask in „Rechtsphilosophie“ S. 303

⁷³⁰ K.Hobe in „Emil Lasks Rechtsphilosophie“ S. 227

die eigentlich inhaltsleere Idee der Gerechtigkeit interpretiert, indem der der Rechtskultur eigene Werttypus, der personale oder der transpersonale, zur Anwendung kommt ⁷³¹.

III. Beeinflussung Hans Kelsens

Der Einfluss Kants und der Neukantianer auf Kelsens „Reine Rechtslehre“ kommt deutlich in der strikten Übernahme der Grundsätze des Methodendualismus zum Ausdruck. Damit verbunden ist die Anlehnung Kelsens an Kant und den Neukantianismus in der Frage der Geltungsbedürftigkeit des Rechts und deren methodischer Herleitung. Kelsen verleiht dem Recht eine apriorische Grundlegung, einen Geltungsgrund in Form der Grundnorm. Kelsen geht wie Kant davon aus, dass es für die Begründung einer positiven Rechtsordnung einer Grundnorm bedarf. Eine rein empirische Rechtswissenschaft kann nach Kant keine Erklärung für den Verpflichtungsanspruch des Rechts liefern. Kant unterstellt aus diesem Grund eine nicht empirische oberste Norm, ein natürliches Gesetz, das den Gesetzgeber erst dazu ermächtigen kann, eine äußere Gesetzgebung zu schaffen, die ausschließlich positive Gesetze enthält. Kants Grundnorm entstammt dem Naturrecht. Kelsen spricht zwar ausschließlich positiven Rechtsordnungen die notwendige Legitimation zu. Aus seinem methodendualistischen Denken folgt jedoch, dass aus der rein faktischen Wirksamkeit der positiven Rechtsakte keine normativen Aussagen hergeleitet werden können, keine Geltungsbegründung folgen kann. Aus diesem Grund setzt auch Kelsen eine Grundnorm voraus. Seine Grundnorm entstammt jedoch nicht dem Naturrecht. Sie stellt eine fiktive Voraussetzung dar. Während Kants Grundnorm eine allgemeingültige Forderung der praktischen Vernunft ist, handelt es sich bei Kelsens Grundnorm lediglich um eine Annahme ⁷³². Kelsens Grundnorm ist formal fiktiv, anfechtbar, diejenige Kants ist

⁷³¹ Lask schwankt zwischen einer rein formalistischen und einer bereits materialistischen Lehre. Er nimmt eine Mittelstellung zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht ein. Er entwickelt einen theoretischen Wertebezug, ohne diesen konkret auszugestalten. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Lask in den Dingen keine absoluten Werte erkennt, die Rechtswissenschaft jedoch gleichzeitig vor der Beliebigkeit des Werterelativismus und Positivismus bewahren will. H.Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 78 ff.

⁷³² R.Dreier in „Bemerkungen zur Theorie der Grundnorm“ S. 45, 46 unterscheidet drei Grundnormformulierungen, den Hobbes-Typus, den Kant-Typus und eine durch die Rabruchsche Formel ergänzte Version des Kant-Typus. Der Hobbes-Typus stellt ausschließlich auf die Wirksamkeit der Verfassung und die Wirksamkeit der ihr gemäß gesetzten Normen ab. Der Kant-Typus ergänzt diese Formulierung im Sinne der praktischen Vernunft, indem er der Wirksamkeit der Verfassung deren

inhaltliches Qualifikationskriterium, eine den Gesetzgeber bindende regulative Idee

733

Kelsen selbst weist auf eine Analogie zwischen seiner Grundnormkonstruktion und der Transzendentalphilosophie Kants hin⁷³⁴. Nach Kelsen ist die Grundnorm Voraussetzung aller Rechtlichkeit, weil sie die Normativität begründet, sie ist

grundsätzliche ethische Rechtfertigung hinzufügt. Nicht die verfassungsgemäß gesetzten Normen, sondern nur die Verfassung selbst muss ein Minimum an ethischer Rechtfertigung aufweisen. Auch evident ungerechte Gesetze sind verbindlich, wenn sie rechtsstaatlich zustande kommen. Im Rechtsstaat gibt es kein Widerstandsrecht. Der dritte Typus fordert nicht nur die ethische Rechtfertigung der Verfassung, sondern auch die ethische Rechtfertigung oder zumindest Rechtfertigungsmöglichkeit der ihr gemäß gesetzten Normen. Kelsen ist dem Hobbes-Typus zuzuordnen. Die Grundnorm ist für Kelsen transzendental-logische Bedingung der Rechtserkenntnis im Sinne der theoretischen Vernunft, und sie ist Geltungsbegründung unabhängig von jeglichen Geboten der praktischen Vernunft. Insoweit greift E.Bucher in „Zur Kritik an Kelsens Theorie von der hypothetischen Grundnorm“ S. 47, 48 zu kurz, wenn er die doppelte Funktion von Kelsens Grundnorm – oberster Zurechnungspunkt im formalen Sinne und Legitimierung im materiellen Sinne – als formale und materielle Geltungsfunktion auffasst und diese mit Dreiers juristischen und ethischen Geltungsbegriffen gleichsetzt.

⁷³³ G.Luf in „Freiheit und Gleichheit“ S. 58

⁷³⁴ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 204 ff., 208 Fußnote **); C.Heidemann in „(Neu-)kantische Elemente der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens“ S. 204 hegt Zweifel daran, dass Kelsens Berufung auf Kants Transzendentalphilosophie zur Erklärung der Grundnorm berechtigt ist, da sich bereits die Frage, welches Element der Kantischen Vernunftkritik der Grundnorm entsprechen könnte, nach Ebstein die Kategorie, nach Hammer die Idee, nach Vernengo das Schema oder nach Höffe die transzendente Apperzeption, nicht beantworten lässt.; S.Smid hebt die Anlehnung an Kants Transzendentalphilosophie in „Einführung in die Philosophie des Rechts“ S. 38 ohne weitere Differenzierung hervor.; nach H.Köchler in „Zur transzendentalen Struktur der Grundnorm“ S. 509, 510 kann die von Kelsen vorgenommene Charakterisierung des Voraussetzungscharakters der Grundnorm die Verwendung des Terminus transzendental nicht rechtfertigen. Dies lässt die von Kelsen geforderte strenge Unterscheidung von Sein und Sollen nicht zu. Es besteht ein kategorialer Unterschied zwischen dem faktischen und dem normativen Bereich. Es wird nicht ein faktisch Vorgegebenes als Möglichkeitsbedingung eines konkreten Denkaktes aufgewiesen, sondern ein Gesolltes als notwendige Voraussetzung für die Anerkennung der Verbindlichkeit einer konkreten Norm postuliert. Für S.Hammer in „Kelsens Grundnormkonzeption als neukantianische Erkenntnistheorie des Rechts?“ S. 225, 226 erweist sich „eine Rekonstruktion von Kelsens Grundnorm als Schlussstein einer transzendentalen Erkenntnistheorie der Rechtswissenschaft nach dem Vorbild der kantischen Erkenntnistheorie“ als undurchführbar. Er betont die metaphysische Qualität der Grundnorm und dadurch bedingt den „*metaphysischen Charakter des gesamten Erkenntnis-Gegenstandes der Reinen Rechtslehre*“. Für N.Leser in „Die Reine Rechtslehre im Widerstreit der philosophischen Ideen“ S. 100 fasst die Position der Reinen Rechtslehre philosophisch in Konfrontation mit dem Positivismus und der Naturrechtsdoktrin in ihren verschiedenen Varianten dahin zusammen, dass „*die Reine Rechtslehre transzendental im Sinne der Kantischen Philosophie ist, da sie die Erfahrung nicht aus sich selbst begründet und insofern nicht im Sinne des Positivismus verfährt, daß sie aber andererseits nicht transzendent und daher auch nicht metaphysisch ist*“. Der traditionelle Positivismus leistet zu wenig zur überzeugenden Begründung seines Gegenstandes, die Naturrechtsdoktrin zu viel. Vorzug der reinen Rechtslehre ist es, dass sie die Erfahrung so weit überschreitet, wie es für die Konstituierung der Erfahrung selbst notwendig ist, andererseits aber nicht weiter geht, als es zur Erfüllung dieser Aufgabe notwendig ist.

transzendental-logische Bedingung der Rechtserkenntnis. Erst mit Hilfe der Grundnorm können vorgegebene Regeln als Recht begriffen werden, eine Unterscheidung von reinen Seinsfakten wäre ansonsten nicht möglich. Dies stimmt mit Kants Theorie überein, wonach konkrete Erfahrungserkenntnisse die reinen Anschauungsformen von Raum und Zeit und die synthetisierenden Verstandskategorien voraussetzen. In beiden Theorien ist die Inhaltserweiterung ausgeschlossen. Weder kann der synthetisierende Verstand den Kreis der Erscheinungen erweitern, noch ergänzt die Grundnorm den Inhalt des Normenbestands ⁷³⁵. Die Transzendentalphilosophie hat die Benennung der subjektiven Bedingungen der Möglichkeit aller apriorischen Erkenntnis zum Gegenstand. Damit korrespondierend ist die Grundnorm Bedingung der Möglichkeit von Recht und Rechtswissenschaft. Es bestehen nach Dreier jedoch wesentliche Unterschiede zwischen Kants Transzendentalphilosophie und Kelsens Grundnormkonstruktion. Kelsens Grundnorm ist keine feste Größe, ihre Annahme ist nicht zwingend. Sie entspringt der theoretischen und nicht der praktischen Vernunft. Sie dient nicht der ethischen Legitimierungsfunktion des Rechts. Sie ist auf die Normativität bezogen und kann gewählt werden zur normativen Deutung des Rechtsmaterials. Die reinen Anschauungsformen der Verstandskategorien sind hingegen feste Größen, weil die Welt ohne sie nicht erfahrbar wäre. Es besteht diesbezüglich keine Wahlmöglichkeit. Eine geordnete Erfahrung der Außenwelt wäre ohne sie ausgeschlossen. Es gibt keine Alternative zur Natur, während es mit der Macht eine Alternative zum Recht gibt. Normen gelten und existieren nicht wie Dinge. Ohne Beachtung der Normen ist eine Erfahrung der Außenwelt noch immer möglich. Es ändert sich lediglich die Gestalt der Regeln des Rechts. Diese sind noch immer als Objekt der kausalen Seinswelt wahrnehmbar, nur eben nicht mehr als Normen, sondern als machtgestützte Faktizität. Kelsens Transzendentallogik schrumpft auf eine Annahme zusammen. Die Rechtswissenschaft bekommt ihr

⁷³⁵ Kants transzendente Kritik hatte nämlich „nicht die Erweiterung der Erkenntnisse selbst, sondern nur die Berichtigung derselben zur Absicht“ I.Kant in „Kritik der Reinen Vernunft“ 1. Auflage WS. 23; 2.Auflage S. 43, 44; dementsprechend stellt Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 208 fest: „So wie die transzendental-logischen Bedingungen der Erkenntnis der Naturwirklichkeit in keiner Weise den Inhalt der Naturgesetze, so kann die Grundnorm nicht den Inhalt der Rechtsnormen, bzw. der die Rechtsnormen beschreibenden Rechtssätze bestimmen. So wie man den Inhalt der Naturgesetze nur aus der Erfahrung, so kann man den Inhalt der Rechtssätze nur aus dem positiven Recht gewinnen. Die Grundnorm schreibt dem positiven Recht ebenso wenig einen bestimmten Inhalt vor wie die transzendental-logischen Bedingungen der Erfahrung dieser Erfahrung einen Inhalt vorschreiben.“

Arbeitsgebiet erst durch die Annahme der Grundnorm. Ohne die Grundnorm gelangt man nicht zur Normativität und in das Reich des rechtlichen Sollens⁷³⁶.

Nach Paulson unternahm Kelsen den Versuch, aus den beiden großen Theorietraditionen, dem Naturrecht einerseits und dem Positivismus andererseits, die jeweiligen Vorzüge – Trennung von Recht und Tatsache bzw. Recht und Moral – zu bewahren. Grundlegender Gedanke dieses Versuchs war die Idee, Kants transzendente Erkenntnistheorie von den Naturwissenschaften auf die Geisteswissenschaften auszudehnen. Dieser Gedanke wurde in den Werken der Neukantianer Cohen, Windelband und Rickert formuliert und findet auch in der Reinen Rechtslehre Kelsens Ausdruck⁷³⁷.

Mit Kant stimmt Kelsen weiter darin überein, dass er den menschlichen Willen wie das gesamte menschliche Verhalten als kausal bestimmt ansieht. Im Gegensatz zu Kant, der zur Ermöglichung einer moralisch-rechtlichen Zurechnung⁷³⁸ die Freiheit des menschlichen Willens als Fiktion aufrechterhält, benötigt Kelsen eine solche Fiktion jedoch nicht, da er die Zurechnung als eine von der Kausalität zwar verschiedene, dieser aber nicht widersprechende Verknüpfung von Tatbeständen erkennt⁷³⁹. Für Kelsen ist der Mensch frei, weil ihm zugerechnet wird, und es wird ihm nicht umgekehrt darum zugerechnet, weil er frei ist⁷⁴⁰.

Wie Kant sind Kelsen und Radbruch schließlich der Ansicht, dass Recht und Moral zu trennen sind. Während für Kant aber das Recht äußerlich und die Moral

⁷³⁶ H.Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 87 ff.

⁷³⁷ S.L.Paulson in Fritz Sander und Hans Kelsen „Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre“, S. 7, 8; Kelsen schreibt in „Reine Rechtslehre“, 1.Auflage, S. 12: „Sagt das Naturgesetz: Wenn A ist, so muß B sein, so sagt das Rechtsgesetz: Wenn A ist, so soll B sein ...Das Sollen bleibt dabei als eine relativ apriorische Kategorie zur Erfassung des empirischen Rechtsmaterials bestehen...Diese Kategorie des Rechts hat - und dadurch unterscheidet sie sich prinzipiell von einer transzendenten Rechtsidee - einen rein formalen Charakter...Sie ist im Sinne der Kantischen Philosophie erkenntnistheoretisch-transzendental, nicht metaphysisch-transzendental.“ Hier besteht Ähnlichkeit zu Kants Erklärung hinsichtlich der transzendentalen Bedingungen von naturwissenschaftlicher Erfahrung, da sich mit Hilfe der neugeschaffenen Kategorie der normativen Zurechnung ein Baustein für eine Theorie der transzendentalen Bedingungen von normativer Erfahrung finden lässt.

⁷³⁸ B.Ludwig in „Kants Rechtslehre“ S. 87; eine Handlung kann dem Subjekt nur zugerechnet werden, wenn dieses frei ist, d.h. seine Willkür durch reine Vernunft bestimmt werden kann.

⁷³⁹ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 98 ff.

⁷⁴⁰ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 102

innerlich ist, schließen Kelsen und Radbruch eine Unterscheidung anhand äußerlicher und innerlicher Aspekte prinzipiell aus.

Weit auseinander sind Kelsen und Kant bei der Frage der Werteorientierung des Rechtsbegriffs. Während die Reine Rechtslehre jeglichen Wertebezug ablehnt, muss das Recht, d.h. die gesetzte Zwangsordnung, bei Kant ein Minimum an Naturrecht enthalten.

Die Ausrichtung des Rechtsbegriffs an der Gerechtigkeit rückt hingegen bereits den frühen Radbruch in Kants Nähe. Soweit Kant die Begriffe von Recht und Unrecht mit denen von Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit gleichsetzt, entspricht dies dem späten Radbruch, genauer der Verleugnungsthese der Radbruchschen Formel. Positive Gesetze sollen nur dann Recht sein, wenn sie gerecht sind. Weder für Kant noch für den frühen Radbruch folgt daraus jedoch, was Radbruch später annahm, nämlich, dass ungerechte Gesetze unverbindlich sind.

In neukantianistischer Gesellschaft befindet sich Kelsen bei seiner Definition des Rechts als normativer Zwangsordnung. Die Orientierung an der Figur der Zwangsnorm findet sich auch in der Rechtstheorie Stammers⁷⁴¹.

Auch in der Frage der Grundnorm, dem spezifisch neukantianischen Element in Kelsens Reiner Rechtslehre, zeigt sich der Einfluss der Marburger Schule, insbesondere Cohens und dessen transzendentaler Methode⁷⁴². Kelsen geht wie

⁷⁴¹ W.Kersting in „Neukantianische Rechtsbegründung. Rechtsbegriff und richtiges Recht bei Cohen, Stammler und Kelsen“ S. 48

⁷⁴² Nach Kant wäre es nicht möglich, die Grundnorm als transzendental-logische Voraussetzung des positiven Rechts aufzufassen. Ein transzendental-logischer Satz muss nämlich nicht nur notwendige Bedingung für einen vorausgesetzten Tatsachenkomplex sein, sondern er muss für diesen auch konstitutiv in dem Sinne sein, dass der Tatsachenkomplex ohne ihn nicht als etwas faktisch gegebenes begreifbar wäre. Es wurde jedoch bereits gezeigt, dass sich die Reine Rechtslehre in dieser Frage deutlich von Kants Theorie unterscheidet, da die Grundnorm für das positive Recht kein konstitutiver Grundsatz ist. Sie ist lediglich die Voraussetzung dafür, dass das Recht als Norm wahrnehmbar wird. H.Holzhey in „Die praktische Philosophie des Marburger Neukantianismus“ S. 153; H.Cohen in „Religion aus den Quellen des Judentums“ S. 398, 399; Der Begriff der Grundnorm taucht bei Cohen in dessen religionsphilosophischem Spätwerk schließlich in einem anderen Zusammenhang auf, nämlich als „*Korrelation von Gott und Mensch*“, die bestimmt, dass das Gesetz als „*Grundgesetz der sittlichen Welt*“ aufzufassen ist. Auf die Verwendung des Begriffs der Grundnorm bei Cohen weist auch H.Holzhey in „Kelsens Rechts- und Staatslehre in ihrem Verhältnis zum Neukantianismus“ S. 177, 178 hin.

Cohen regressiv vor. Er nimmt die Objektivität der wissenschaftlichen Sätze als gegeben hin und untersucht, unter welchen Bedingungen diese möglich sind. Kant hingegen ging vom Selbstbewusstsein als Basis einer objektiven Erfahrungswelt aus. Kelsen erspart sich so die Begründung der in seiner Theorie unterstellten Normativität und Objektivität des Rechts⁷⁴³. Kelsen selbst weist darauf hin, dass er in hohem Maße von Cohen, insbesondere von dessen „Ethik des reinen Willens“, beeinflusst wurde⁷⁴⁴. Beide richteten ihr Denken metaphysik- und damit naturrechtskritisch aus⁷⁴⁵. Die transzendente Methode Cohens ergänzt Kelsens bereits kantianisch geprägtes wissenschaftliches Verständnis. Cohens rechtstheoretischer Ansatz unterscheidet sich jedoch gleichzeitig von demjenigen Kelsens⁷⁴⁶. Den Gegenstand von Cohens Theorie bilden nicht einfach Normen, sondern Normen, wie sie sein sollen⁷⁴⁷. Damit ist Cohens Theorie normativ in einem unmittelbaren Sinne. Nach Kelsens Verständnis stellt es jedoch einen untauglichen Versuch dar, nicht nur die Geltung, sondern auch den Inhalt der Normen auf eine Grundnorm zurückzuführen. Der Geltungsinhalt einer Norm könnte nur dann von einer Grundnorm abgeleitet werden, wenn diese unmittelbar einleuchtend wäre. Dies ist nach Kelsen jedoch ausgeschlossen, da sie den Begriff einer praktischen, d.h. einer normsetzenden Vernunft voraussetzen würde. Dieser

⁷⁴³ C.Heidemann in „(Neu-)kantische Elemente der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens“ S. 205, 206; eine teilweise Übernahme von Positionen Cohens sieht auch R.Walter in „Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre?“ S. 30

⁷⁴⁴ H.Kelsen in „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz“ Vorrede zur zweiten Auflage S. XVII; nach Kelsen kann der Staat als Gegenstand juristischer Erkenntnis nur Recht sein. Denn juristisches Begreifen oder rechtliches Erkennen bedeutet, „*etwas als Recht begreifen*“. Diese Überlegung führt Kelsen auf Cohens erkenntnistheoretische Grundeinstellung zurück, „*der zufolge die Erkenntnisrichtung den Erkenntnisgegenstand bestimmt, der Erkenntnisgegenstand aus einem Ursprung logisch erzeugt wird*“. Nach M.J.Sattler in „Hans Kelsen“ S. 110 ist Kelsen dem transzendental-philosophischen Positivismus der Marburger Schule verpflichtet. Als Anhänger des Neukantianismus wird Kelsen beispielsweise auch von F.Tenbruck in „Neukantianismus als Philosophie moderner Kultur“ S. 76 bezeichnet.

⁷⁴⁵ H.Holzhey in „Die praktische Philosophie des Marburger Neukantianismus“ S. 152

⁷⁴⁶ Nach M.Pascher in „Einführung in den Neukantianismus“ S. 170 ff. ist Cohens Rechtstheorie hinsichtlich ihrer Durchführung weiter von Kelsens Rechtstheorie entfernt als dieser von Kant. Da Cohen das Recht nicht von der Moral trennt und im Zwang kein wesentliches Merkmal des Rechts sieht, stand er in dieser Hinsicht sogar in größerer Nähe zu naturrechtlichen Auffassungen als Kant, von Kelsen ganz zu schweigen.

⁷⁴⁷ Während es Cohen noch um die Ausweisung einer Rechtsordnung als gerecht geht, bezweckt Kelsen eine deutliche Trennung seiner Rechtstheorie von einer soziologischen – machtorientierten – Betrachtungsweise einerseits und einer Naturrechtslehre andererseits.

Begriff ist indessen unhaltbar, da die Funktion der Vernunft Erkennen und nicht Wollen ist, die Normsetzung jedoch einen Akt des Willens darstellt⁷⁴⁸.

Paulsson rechnet Kelsen hingegen weniger dem Marburger Neukantianismus als vielmehr der Südwestdeutschen Schule zu, allerdings ohne überzeugende Begründung⁷⁴⁹. Sein Hinweis auf Kelsens Bezugnahme auf die Ausführungen Windelbands und Simmels ist in diesem Zusammenhang wenig aufschlussreich⁷⁵⁰. Doch ist Paulson darin zuzustimmen, dass Kelsen teilweise die Lehren⁷⁵¹ und die Terminologie⁷⁵² der ihm wohlbekannten⁷⁵³ Südwestdeutschen Schule übernommen hat⁷⁵⁴.

Zwischen den neukantianischen Theorien, zu denen in diesem Zusammenhang auch Radbruchs Rechtsphilosophie zu zählen ist, und der Reinen Rechtslehre Kelsens besteht ein grundlegender Unterschied. Kelsen wehrt sich radikal gegen die Idee eines objektiv geltenden, richtigen Rechts und dessen Werthaltigkeit. Diese ihm fremde Vorstellung ist jedoch in den neukantianischen Theorien in

⁷⁴⁸ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 198

⁷⁴⁹ S.L.Pauson in „Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens“ S. 633, 637 ff.; nach Ansicht S.L.Pausons in „Faktum/Wert-Distinktion – Kelsen als Neukantianer“ S. 233 wird Kelsen meist vorschnell dem Marburger Neukantianismus zugeordnet, obwohl diese Frage nach seiner Ansicht bis heute nicht richtig erforscht wurde.

⁷⁵⁰ H.Kelsen in „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ 2.Auflage, S. 4; Kelsen zeigt bei seinen einleitenden Ausführungen zum Sprachgebrauch des Begriffs des Gesetzes lediglich, dass Windelband und Simmel zwei unterschiedliche Normdefinitionen liefern. Während Windelband nämlich die Normen als Gesetze versteht, die ein Sollen statuieren, die eine besondere Form der Verwirklichung von Naturgesetzen darstellen, und er diese von den Naturgesetzen unterscheidet, ordnet Simmel dem Normbegriff die Gesetze beider Richtungen – „*dessen, was allgemein, generisch geschieht*“ und „*dessen, was geschehen soll*“ – unter. Windelband in „Norm und Naturgesetz“ S. 211 ff., 224, 226; G.Simmel in „Einleitung in die Moralwissenschaft“, Band 1, S. 77; nach H.Holzhey in Kelsens Rechts- und Staatslehre in ihrem Verhältnis zum Neukantianismus“ S. 168 führt Kelsen Windelband und Simmel neben Cohen als „neukantianisch inspirierte Gewährsmänner“ an.

⁷⁵¹ Kelsen eignete sich nach Paulson die Zwei-Welten-Lehre der südwestdeutschen Neukantianer an. Er bezieht sich auf die Unterscheidung erklärender von normativer Betrachtungsweise nach Windelband und die Unterscheidung der Reiche der theoretischen Werte und der empirischen Wirklichkeit nach Rickert, zwischen denen eine „*unüberbrückbare Kluft besteht*“. H.Kelsen in „Allgemeine Staatslehre“ S. 15, 62, 63; S.L.Pauson in „Faktum/Wert-Distinktion – Kelsen als Neukantianer“ S. 234 ff.

⁷⁵² Als Anhänger der Zwei-Welten-Lehre benutzen sowohl Rickert wie auch Kelsen an unzähligen Stellen ihrer Werke die Standardformulierung Wirklichkeit und Wert. Beispielsweise H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 17 ff., 19 und in „Allgemeine Staatslehre“ S. 15; H.Rickert in „System der Philosophie“ S. 116, 123, 128, 141, 148, 158 usw.

⁷⁵³ H.Kelsen setzt sich beispielsweise in „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ ausführlich mit Rickert, Lask und Radbruch auseinander.

⁷⁵⁴ S.L.Pauson in „Faktum/Wert-Distinktion – Kelsen als Neukantianer“ S. 234 ff.

unterschiedlicher Ausprägung vorhanden ⁷⁵⁵. Die Unterscheidung zwischen Sollen und Sein wurde bereits im Neukantianismus thematisiert und den verschiedenen Theorien zugrundegelegt. Es ist jedoch Kelsen, der diese Unterscheidung in letzter Konsequenz vornimmt. Er geht davon aus, dass es unüberbrückbare Grenzen zwischen Wert und Wirklichkeit, Geist und Natur, Tatsächlichkeit und Normativität gibt. Radbruchs Wertebezüge der Rechtsidee und Verknüpfung von Gerechtigkeit und Rechtsbegriff, Cohens Verhältnis von Rechtswissenschaft und Ethik, Stammlers Idee und Lehre eines richtigen Rechts, welches für die Normen regulative Funktionen hat, oder der nach der Südwestdeutschen Schule bereits in den Dingen angelegte Wertebezug und Lasks Reflexion des Rechtswerts in der Rechtsphilosophie lehnt Kelsen ab. Nur durch die Trennung des Rechts von jeglichem absoluten Wertebezug wird es möglich, das Rechtsmaterial als Gegenstand der Naturerkenntnis zu behandeln ⁷⁵⁶. Den neukantianischen Ideen gemein ist ein zwar unterschiedlich ausgeprägter, zumindest in Ansätzen aber immer vorhandener Wertebezug, welcher der Geltungsbegründung des Rechts dient. Kelsen leugnet die Möglichkeit, dass das Recht der Wirklichkeit angehört und damit für sich genommen bereits etwas bedeutet ⁷⁵⁷. Im Gegensatz zu den genannten Neukantianern lehnt Kelsen damit nicht nur vehement die inhaltliche Wertevorgabe für das Recht ab, sondern bereits die Möglichkeit jeden Wertebezugs des Rechts an sich. Ein Rechtsempiriker ist Kelsen dennoch nicht, schließlich glaubt er an die Begründungsbedürftigkeit der Normativität des Rechts. Und Kelsen weiß um die Notwendigkeit der methodischen Herleitung der Normativität. Die Begründung der Geltung des Rechts auf die fiktive Grundnorm hat neukantianistischen Charakter und scheidet Kelsen von den reinen Positivisten, die die Geltung des Rechts mit der Wirksamkeit der Rechtsakte begründen ⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ Es war Ziel, Zweck und Intention der südwestdeutschen Schule, Radbruchs, Cohens und Stammlers, mit dem Wertbegriff, der Methode der Wertbeziehung bzw. der Ausrichtung des Gebäudes der Rechtswissenschaft und des Rechts auf den Begriff des Ethischen und Richtigen sich dem generellen Sinnlosigkeitsverdacht entgegenzustemmen, dem eine Welt unterliegt, die lediglich als Kosmos naturgesetzlich determinierter Geschehensabläufe erscheint. Kelsen verdeutlicht mit der Leugnung jeglichen immanenten Wertebezugs, dass er zumindest dieses Ansinnen der Neukantianer nicht teilt. H. Schnädelbach in „Philosophie in Deutschland 1831-1933“ S. 198 ff., 202

⁷⁵⁶ H. Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 84, 85

⁷⁵⁷ H. Kelsen in „Norm oder Kulturwissenschaft“ S. 72

⁷⁵⁸ H. Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 85, 86; Kelsens Grundnorm als höchste normative Instanz etabliert kein höheres Recht, sondern transformiert empirische Fakten zu Rechtsakten.

IV. Beeinflussung Gustav Radbruchs

Radbruchs Rechtsphilosophie steht in der Tradition der Südwestdeutschen Schule des Neukantianismus. Aufgrund der Freundschaft mit Levi kam Radbruch mit dem Neukantianismus Windelbands in Berührung. Die auf dem Kantischen Methodendualismus begründeten Lehren Windelbands und Rickerts beeinflussten die philosophischen Arbeiten Radbruchs ebenso wie die Arbeiten von Lask und Mayer⁷⁵⁹. Radbruch weist bereits auf der ersten Seite seiner „Rechtsphilosophie“ darauf hin, dass seine Ausführungen die philosophischen Lehren von Windelband, Rickert und Lask zum Hintergrund haben⁷⁶⁰. Als wegweisend bezeichnet er insbesondere Lasks „Rechtsphilosophie“. Mit dem Neukantianismus in Berührung kam Radbruch jedoch bereits in seiner Berliner Zeit, als er Vorlesungen und Seminare des Marburger Neukantianers Stammler hörte und besuchte⁷⁶¹. Radbruch eignete sich Stammlers strengen Methodendualismus an⁷⁶², entwickelte seine philosophischen Ansätze jedoch weiter, als er in den Einflussbereich der Südwestdeutschen Schule kam. Radbruch erlebte in seiner ersten Heidelberger Zeit nach der Ansicht Wolfs einen Wandel von Stammler und Liszt zu Rickert und Lask⁷⁶³. Er benutzte den strengen Methodendualismus Stammlers fortan als Grundgerüst, welches ihm half, die dialektische Fülle seiner Kulturwerte zu ordnen. Radbruch unterschied wie Rickert und Lask Rechtswirklichkeit und Rechtswert⁷⁶⁴. Er orientierte sich an Rickerts Ansatz, dass gewisse Kulturwerte immer der Ausgangspunkt für auf jene bezogene Wissenschaften seien, und stellte für sich fest, dass die Rechtswissenschaft ebenso eine wertbeziehende Wissenschaft ist,

⁷⁵⁹ G.Radbruch „Der innere Weg“ S. 217; E.Wolf in „Rechtsphilosophie“ 4.Auflage, S. 22, 23

⁷⁶⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 1, Fußnote 1; in der von ihm selbst für die US-Besatzungsbehörde im Jahre 1945 verfassten Lebensbeschreibung führt Radbruch aus, dass er „die bleibende Grundlage für“ seine „wissenschaftliche Arbeit in der methodologischen Erkenntnis der sogenannten südwestdeutschen philosophischen Schule der Kulturwissenschaften“ fand. G.Radbruch in „Lebensbeschreibung“ S. 22

⁷⁶¹ E.Wolf in „Rechtsphilosophie“ 4.Auflage, S. 32, 33

⁷⁶² Der Bezug zum Methodendualismus zeigt letztlich auch deutlich die Beeinflussung der Radbruchschen Philosophie durch Kant, eine Tatsache, welcher Radbruch selbst in der Rechtsphilosophie mehrere Seiten widmet. G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 6 ff.

⁷⁶³ E.Wolf in „Rechtsphilosophie“ 4.Auflage, S. 39; A.Baratta bezeichnet Wandel hin zum Prinzip der Wertbeziehung in „Natur der Sache und Naturrecht“ S. 125 als Fortschritt in den Grenzen des Neukantianismus.

⁷⁶⁴ G.Sprenger in „Die Wertlehre des Badener Neukantianismus“ S. 165

deren bestimmender Kulturwert dementsprechend der Rechtswert ist ⁷⁶⁵. Neben den Ansätzen Lasks orientierte sich Radbruch außerdem an Lehren von Troeltsch und Weber, die ihm „*die Verflochtenheit aller juristischen Sachverhalte mit säkularisierter Theologie und die Abhängigkeit auch des logischen Denkens von gewissen soziologischen Kategorien*“ zeigten ⁷⁶⁶.

Die Distanzierung von Stammler ⁷⁶⁷ zeigt sich darin, dass Radbruch den Methodendualismus letztlich durch einen kulturphilosophischen Methodentrialismus ersetzt. Nach Radbruchs Ansicht ist Stammlers strenge Unterscheidung zwischen Recht und Rechtsidee und die Annahme, dass der Rechtsbegriff ohne Bezug auf die Rechtsidee ableitbar ist, falsch. Kein Menschenwerk kann ohne Bezug auf eine Idee verstanden werden. Das gilt bereits für gegenständliche, vom Menschen erschaffene Dinge, um so mehr aber für das Recht. Der Rechtsbegriff kann nur als die Wirklichkeit verstanden werden, die zur Rechtsidee hinstrebt ⁷⁶⁸. Dahinter steht der Gedanke, dass der bloße Gegensatz zwischen Sein und Sollen, Wirklichkeit und Wert nicht ausreicht. Zwischen Wirklichkeitsurteil und Wertbeurteilung steht die Wertebeziehung, zwischen Natur und Ideal die Kultur. Dabei ist die Rechtsidee der Wert, das Recht jedoch wertbezogene Wirklichkeit, Kulturercheinung. Diese Überlegungen ersetzen die dualistische Betrachtungsweise durch eine trialistische. Neben wertblindes und wertendes Verhalten tritt die wertbeziehende Haltung. Hier unterscheidet sich Radbruch auch deutlich von Kelsen, der wie Stammler streng methodendualistisch dachte. Diese Zuordnung des Rechtsbegriffs zum Reich der Wertbeziehung ⁷⁶⁹ geschieht in Anlehnung an Rickert und Lask, also in Übereinstimmung mit dem

⁷⁶⁵ A.Kaufmann in „Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre“ S. 117 sieht in dem Gedanken der Wertebezogenheit der Kulturphänomene einen Berührungspunkt Radbruchs mit der südwestdeutschen Richtung des Neukantianismus.

⁷⁶⁶ E.Wolf in „Rechtsphilosophie“ 4.Auflage, S. 39, 40

⁷⁶⁷ Radbruch bezieht sich dennoch häufig auf Stammler. So beispielsweise G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 2, 6, 15; sowie G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 23 ff., für das angesprochene Verhältnis von Methodendualismus und Methodentrialismus.

⁷⁶⁸ K.Kühl führt in „Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg“ S. 335 aus, dass Radbruchs Unzufriedenheit mit „*Stammlers Lehre vom richtigen Recht als reine Denkform, als formale Methode*“ nachvollziehbar ist, da das Recht für Radbruch auf die Verwirklichung von Werten gerichtet war. Daraus leitet sich, wie Kühl weiter feststellt, letztlich Radbruchs Relativismus ab: „*Da aber Radbruch wie Stammler materielle Werte nicht für erkennbar hielt, musste er, wollte er den Inhalt des Rechts nicht wieder aus dem Rechtsbegriff hinausverweisen, Relativist werden.*“

⁷⁶⁹ G.Radbruch in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ S. 38

südwestdeutschen Neukantianismus⁷⁷⁰. Trotz aller Unterschiede bei der Ausgestaltung der Rechtsidee bleibt anzumerken, dass zumindest deren Verwendung und die ihr von Radbruch eingeräumte prominente Stellung auf Stammler zurückzuführen ist⁷⁷¹. Für Radbruch ist die Rechtsphilosophie Kulturwert, eine bewertende Betrachtung des Rechts, unter Verwendung von Stammlers Ausdruck eine „*Lehre vom richtigen Recht*“⁷⁷². Mit der Südwestdeutschen Schule ist er der Ansicht, dass die Kategorie des richtigen und gerechten Rechts allgemeingültig ist⁷⁷³. Der Begriff des Rechts hat nach Radbruch bereits im priori der positiven Rechtswissenschaft seinen Platz⁷⁷⁴. Der Rechtsbegriff ist also ganz im Sinne des südwestdeutschen Neukantianismus ein apriorischer Begriff⁷⁷⁵.

In einem wesentlichen Punkt unterscheidet sich Radbruch jedoch von Lask und dem südwestdeutschen Neukantianismus. Während es Lask ein Anliegen ist, nicht dem Werterelativismus zu verfallen, lebt Radbruchs Werk gerade von seinem werterelativistischen Ansatz. Rechtswertbetrachtung ist für Radbruch durch zwei Wesenszüge gekennzeichnet, den Methodendualismus und den Relativismus⁷⁷⁶.

⁷⁷⁰ H.Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 81

⁷⁷¹ R.Stammler definierte den Begriff der Idee in „Die Lehre vom richtigen Rechte“ 1.Auflage, S. 287 als „*Prinzip, das für den Inhalt des Wollens und seine Betätigung die Richtschnur angibt, obschon es selbst in der bedingten Erfahrung des Menschseins seine verwirklichende Ausführung niemals finden kann*“. In dem selben Werk stellt er auf S.1 57 fest, dass der Begriff von der Richtigkeit des Rechts eine Idee zu nennen ist. In „Theorie der Rechtswissenschaft“ S. 266, 492 bezeichnet Stammler die Rechtsidee schließlich als „*Leitstern*“ des Rechts und liefert die folgende Definition: „*Den Gedanken eines unbedingt gültigen Verfahrens, den Inhalt aller jemals möglichen Zwecke und Mittel einheitlich zu richten, nennen wir für die Theorie der Rechtswissenschaft: die Idee des Rechtes.*“ Stammler hat den Inhalt der Rechtsidee im Gegensatz zu Radbruch jedoch niemals über die Gerechtigkeit bestimmt. Radbruchs Theorie der Rechtsidee ist daher nur in formaler, nicht aber in materieller Hinsicht auf Stammler zurückzuführen.

⁷⁷² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 6

⁷⁷³ G.Radbruch in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ S. 5

⁷⁷⁴ G.Radbruch in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ S. 30

⁷⁷⁵ H.Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 81

⁷⁷⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 10, 11; A. Kaufmann in „Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“, S. 15, 23 ff.; H.Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 82 bezweifelt den werterelativistischen Charakter von Radbruchs Lehre und erkennt in dessen Werk vielmehr eine „*Pluralisierung von Wertabsolutismen*“. Charakteristisch für diese These soll Radbruchs Aussage in der „Rechtsphilosophie“ S. 10 sein, er wolle nicht das eine System der Rechtsphilosophie, sondern vielmehr die vollständige Systematik der möglichen Systeme geben. Nach Dreier zeigt sich der Pluralismus sowohl in den drei Komponenten der Rechtsidee, nämlich der Gerechtigkeit, der Zweckmäßigkeit und der Rechtssicherheit, wie auch in der der Zweckbestimmung dienenden Unterscheidung zwischen Individualwerten, Kollektivwerten und Werkwerten. Folgt man der Auffassung Dreiers, führt dies zu einer noch deutlicheren Annäherung an

Die für Kelsens Grundnormkonstruktion festgestellte Analogie zu Kants Transzendentalphilosophie trifft auf Radbruchs Rechtsphilosophie hingegen nicht zu. Radbruchs Grundnorm, obgleich auch geltungsbegründend, erfüllt eine andere Funktion. Sie ist weder transzendental-logische Voraussetzung der Rechtserkenntnis, noch fiktiv vorausgesetzter, alleiniger Geltungsgrund. Radbruchs Grundnorm ist eine rechtsethische Norm, die auf der Grundlage des Relativismus der philosophischen Begründung der Normativität des Faktischen dient.

Lask und den südwestdeutschen Neukantianismus, da es ja gerade Radbruchs Werterelativismus ist, der ihn von Lask unterscheidet. Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass Radbruchs Relativismus nicht gleichbedeutend ist mit der Entscheidung für eine der aufgestellten Möglichkeiten oder Kategorien. Radbruch setzt Eckpunkte, die als Orientierung dienen sollen. Er stellt Extreme vor, die keinesfalls unmodifiziert bleiben. Er setzt keine begrenzte Anzahl absoluter Werte, sondern zeigt ein Feld der unbegrenzten Möglichkeiten. Die Rechtsidee hat verschiedene Komponenten, die jeweils in unterschiedlichen Ausprägungen bestimmend wirken. Ebenso erfolgt die Zweckbestimmung zwar anhand der verschiedenen Wertekategorien, aber in unterschiedlichen Gewichtungen. Diese Beweglichkeit eines wenngleich auch absoluten Rechtsbegriffs ist durch und durch relativistisch. Mit A. Kaufmann in „Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“, S. 23 kann vielmehr festgestellt werden, dass man Radbruch nur gerecht werden kann, wenn man sich seine antinomische, einem wahren Relativismus Ausdruck verleihende, Denkweise zueigen macht. Dreier, der im übrigen selbst schreibt, dass keine verbindliche Gewichtung und kein definitives Rangverhältnis besteht, lässt diese ureigenste Wesensart Radbruchs in seinen Überlegungen außer acht.

E. Vergleich einzelner Aspekte der rechtsphilosophischen Systeme

I. Wissenschaftliche Klassifizierung von Kelsens Reiner Rechtslehre und Radbruchs Rechtsphilosophie

Bereits der von Radbruch gewählte Name „Rechtsphilosophie“ macht deutlich, welchem wissenschaftlichen Bereich er sein Werk zuordnet. Seine Lehre ist wertebezogen. Sein Rechtsbegriff orientiert sich an der mit der Gerechtigkeit deckungsgleichen Rechtsidee. Die Gerechtigkeit ist somit das bestimmende Merkmal seines Rechtsbegriffs.

Abgesehen von der ebenfalls indiziellen Namensgebung führt Kelsen schon im ersten Satz des Vorworts zur ersten Auflage der „Reinen Rechtslehre“ aus, dass es sich bei seiner Lehre um eine Rechtstheorie handelt⁷⁷⁷. Er ordnet die Reine Rechtslehre dem Bereich der allgemeinen Rechtslehren zu. Er trennt die allgemeine Rechtslehre, die das positive Recht ohne jede Wertung, so wie es ist, und nicht so wie es sein soll, zu beschreiben hat, grundsätzlich von der Rechtsphilosophie⁷⁷⁸. Im Gegensatz zu Radbruch, der in der Ersetzung der Rechtsphilosophie durch die allgemeine Rechtslehre eine „*Euthanasie der Rechtsphilosophie*“ sieht⁷⁷⁹, geht Kelsen von einer Arbeitsteilung zwischen den beiden aus. Dem Vorwurf Radbruchs, die allgemeine Rechtslehre sei wertblind, entgegnet Kelsen, dass sie das als Wissenschaft gerade sein müsse. Die allgemeine Rechtslehre stelle nur die wertkonstituierende Funktion der Rechtsnormen fest, ohne diese Funktion selbst zu bewerten. Die Frage, was Gerechtigkeit im Recht ist, bleibe der Rechtsphilosophie vorbehalten, die aufgrund der verschiedenen Gerechtigkeitsideale jedoch zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen müsse⁷⁸⁰. „*Die Reine Rechtslehre ist*“ nach Kelsens Definition „*eine Theorie des positiven Rechts; des positiven Rechts*

⁷⁷⁷ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. III

⁷⁷⁸ Im Vorwort zur ersten Ausgabe der Internationalen Zeitschrift für Theorie des Rechts, Jahrgang 1, 1926, 1927, Wiederabdruck Frankfurt am Main 1966, S. 3 weist Kelsen zusammen mit den Mitherausgebern Léon Duguit und Franz Weyr darauf hin, dass mit der Unterscheidung von der Theorie des Rechts und der Rechtsphilosophie angedeutet werden soll, dass das Problem des gerechten, richtigen absoluten Rechts dessen „*spekulative Lösung man für gewöhnlich in erster Linie unter der Bezeichnung der Rechtsphilosophie zu verstehen pflegt*“ nicht Gegenstand der Neuveröffentlichung sein wird. Ihr Arbeitsgebiet findet sich vielmehr in der Theorie des Rechts, die nur Theorie des positiven Rechts sein kann.

⁷⁷⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 21

⁷⁸⁰ H.Kelsen in „Was ist juristischer Positivismus?“ S. 468, 469

*schlechthin, nicht einer speziellen Rechtsordnung.. Als Theorie will sie ausschließlich und allein ihren Gegenstand erkennen. Sie versucht, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll. Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik...*⁷⁸¹. Ziel ist nicht die Gestaltung, sondern die Erkenntnis des Rechts, mithin eine Rechtserkenntnislehre⁷⁸².

Radbruch lässt die Frage offen, ob die Reine Rechtslehre zu einer in seinem Sinne definierten Rechtsphilosophie zu zählen ist. Über den der rein empirischen Allgemeinen Rechtslehre gemachten Vorwurf der Euthanasie der Rechtsphilosophie ist sie zumindest erhaben. Die Reine Rechtslehre ist keine rein empirische Rechtslehre, sie sucht vielmehr erfolgreich die Abgrenzung zur reinen Empirie, ein Vorhaben, welches bereits durch die erkenntnistheoretische Geltungsbegründung gelingt⁷⁸³. Radbruch definiert die Rechtsphilosophie als Selbstständigkeit einer Betrachtung des Rechtswerts neben der Erforschung der Rechtswirklichkeit auf dem Boden des Methodendualismus der kantischen Philosophie⁷⁸⁴. Dieser Definition kann die Reine Rechtslehre nicht untergeordnet werden. Zwar liegt auch ihr der Methodendualismus der kantischen Philosophie zugrunde, eine Betrachtung des Rechtswerts nimmt sie aber gerade nicht vor. Wohl aus diesem Grund lässt Radbruch die Frage ausdrücklich offen, indem er sagt, dass die Reine Rechtslehre eine Rechtsphilosophie des positiven Rechts ist, „*wenn überhaupt Rechtsphilosophie*“⁷⁸⁵. Sie ist eine Verbindung aus Rechtspositivismus und „*normlogischer*“ Sollenslehre. Sie übernimmt nach Radbruch die Aufgabe eines originellen Philosophen aus Feuerbachs Schule, indem sie als „*hohe Polizei*

⁷⁸¹ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 1; R.Gröschel stellt in „Rechts- und Staatsphilosophie“ S.263 fest, „*dass die Reinheit der Reinen Rechtslehre gleichbedeutend ist mit dem Ende der Rechts- und Staatsphilosophie als Disziplin der Rechtswissenschaft*“.

⁷⁸² So auch R.Walter in „Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre?“ S.8

⁷⁸³ M. Frommel in „Die Kritik am richtigen Recht durch Gustav Radbruch und Hermann Ulrich Kantorowicz“ S.59 erkennt auch in Radbruchs Relativismus eine gemäßigt positivistische Rechtstheorie und sieht den Unterschied zur Reinen Rechtslehre in der komplexeren Struktur von Radbruchs Theorie. Neben der juristischen Geltungslehre hält Radbruch nach Frommel die Formulierung einer philosophischen Geltungslehre für unabdingbar und transformiert diesen Gedanken teilweise in Richtung einer Rechtskulturlehre.

⁷⁸⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 23; rein Positivistische Lehren sind nach Radbruch grundsätzlich nicht dem Bereich der Rechtsphilosophie zuzuordnen, da für den Positivismus das jeweilig positive Recht stets das letzte Wort ist. G.Radbruch in „Der Geist des englischen Rechts“ GRGA 15 S. 59

⁷⁸⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 27

des Wissens“ alle Rechtsphantasmen zu zerstören scheint, um sich schließlich „selbst zu vernichten“⁷⁸⁶.

Kelsen und Radbruch unterscheiden sich somit nicht maßgeblich über eine unterschiedliche Definition der Rechtsphilosophie, sondern vielmehr über die Zweckbestimmung der eigenen Lehre. Kelsen, der eine allgemeingültige Rechtsphilosophie aufgrund der Relativität aller Wertebestimmung grundsätzlich ablehnt, scheidet die Reine Rechtslehre aus dem Bereich der Rechtsphilosophie aus. Radbruchs wertorientierte Lehre ist hingegen zweck- und definitionsgemäß Rechtsphilosophie. Offen bleibt damit die Frage, wie die Klassifizierung der beiden Lehren objektiv zu betrachten ist.

Die Frage, ob die Rechtsphilosophie dem Bereich der Rechtswissenschaft zuzuordnen ist⁷⁸⁷, kann für die vorliegende Untersuchung offen bleiben. Für die

⁷⁸⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 27

⁷⁸⁷ A.Kaufmann in „Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart“ S. 1 vertritt die Ansicht, dass die Rechtsphilosophie eine Disziplin der Philosophie und nicht der Rechtswissenschaft ist. Die Rechtsphilosophie unterscheidet sich vor allem von der Rechtsdogmatik. Während die Rechtsdogmatik von gegebenen Voraussetzungen ausgeht und systemimmanent arbeitet, hinterfragt die Rechtsphilosophie die Grundprobleme und Grundvoraussetzungen der Wissenschaften und Systeme. Ähnlich wie Kaufmann unterscheidet auch D.v.d.Pfordten in „Rechtsphilosophie“ S. 9 ff. und „Rechtsethik“ S. 15 ff. die Rechtsphilosophie grundsätzlich von der Rechtsdogmatik. Er vertritt jedoch die Ansicht, dass die Rechtsphilosophie Teil sowohl der Rechtswissenschaft wie auch der Philosophie ist. Die Rechtswissenschaft unterscheidet sich von den anderen Wissenschaften dadurch, dass sie sich auf das Recht, im Sinne eines früheren, aktuellen oder zukünftigen positiven Rechts, als selbstständigen und abgrenzbaren Bereich bezieht. Neben der Rechtsdogmatik, einer Normwissenschaft mit dem intern-normativen Zweck der praktischen Ausgestaltung und Anwendung des geltenden Rechts, erfasst die Rechtswissenschaft die Grundlagenfächer der Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte, die sich aus einer externen Blickrichtung auf das geltende Recht beziehen, sowie der Rechtsphilosophie, die über die externe Blickrichtung hinaus eine philosophische Blickrichtung, eine umfassende, normative und analytische Perspektive anstrebt. Auch S.Smid in „Einführung in die Philosophie des Rechts“ S. 18 ff. zählt die Rechtsphilosophie letztlich zu den Disziplinen der Rechtswissenschaft und unterscheidet sie als Teil der praktischen Philosophie von der dogmatischen Rechtswissenschaft und Methodenlehre. R.Marcic in „Rechtsphilosophie“ S. 40, 41 erkennt in der Rechtsphilosophie ebenfalls einen Teil der Rechtswissenschaft. Der idealistische Rechtsphilosoph G.d.Vecchio unterscheidet in „Lehrbuch der Rechtsphilosophie“ S. 40, 43 schließlich die Rechtsphilosophie von der Rechtswissenschaft als der Wissenschaft vom positiven Recht. Während die Rechtswissenschaft positive Systeme des Rechts untersucht, wie sie sich gemäß der Verschiedenheit der Völker und der Zeiten finden, ist die Rechtsphilosophie nach seiner Ansicht „die Wissenschaft, welche das Recht nach seiner logischen Allheit definiert, die Ursprünge und die allgemeinen Eigenschaften seiner historischen Entwicklung untersucht und es nach dem Rechtsideal wertet, das aus der reinen Vernunft abgeleitet ist“. Auch J.Strangas in „Über das Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft“ S. 16 unterscheidet die Rechtsphilosophie, in der er „die Beschäftigung mit den Möglichkeitsbedingungen rechtlicher

Klassifizierung der Lehren von Radbruch und Kelsen ist die Frage entscheidend, wie sich Rechtsphilosophie und Rechtstheorie zueinander verhalten⁷⁸⁸. Der Unterschied zwischen den beiden Begriffen kann nicht deutlich herausgearbeitet

Richtigkeit“ erkennt, grundsätzlich von „*der Beschäftigung mit den Problemen der (speziellen) Rechtswissenschaft*“.

⁷⁸⁸ R.Marcic in „Rechtsphilosophie“ unterteilt die Rechtsphilosophie als Wissenschaft von der Grundlegung und den Grundlagen des Rechts u.a. in die Rechtstheorie oder allgemeine Rechtslehre als Lehre von den Grundbegriffen des Rechts und eine um materielle Elemente erweiterte Rechtstheorie, eine Lehre von den Grundproblemen und Hauptproblemen des Rechts. Nach R.Dreier in „Recht-Moral-Ideologie“ S. 27 ff. ist eine terminologische Trennung kaum möglich, da sich die Rechtsphilosophie (Lehre vom richtigen Recht) nicht auf eine Wertlehre reduzieren lässt und die Rechtstheorie (Lehre vom positiven Recht) auch philosophische Aspekte hat. Als Alternative zur terminologischen Trennung bietet sich nach Dreier die Zusammenfassung beider Disziplinen unter der Dachbezeichnung Rechtstheorie an, wobei die sachgemäße Namensgebung und Fächerabgrenzung letztlich allerdings nicht wesentlich sein soll, sondern vielmehr die Frage, ob sich eine Rechtsphilosophie als Lehre vom richtigen Recht überhaupt als materielle Rechtstheorie in Angriff nehmen lässt. J.Schmidt in „Die Neutralität der Rechtstheorie gegenüber der Rechtsphilosophie“ S. 95 erkennt in der Rechtstheorie als einer deskriptiven Theorie einer Sprache, in der juristische Werturteile wesentlich vorkommen, eine eigenständige Disziplin neben der Rechtsphilosophie. G.Roelcke in „Theorie und Philosophie des Rechts“ S. 24, „Vorwort“ S. VII und „Philosophie oder Sozialtheorie“ S.396 ff., 406 erkennt in (Rechts-)Philosophie und (Rechts-)Theorie zwei grundsätzliche eigenständige Disziplinen und ausdifferenzierte Zweige der Rechtswissenschaft. E.Zacher vertritt in „Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie“ S. 224, 227, 245 die Ansicht, dass die Rechtswissenschaft von der Rechtsphilosophie umfasst und gesteuert wird, diese also zwingend Bestandteil der Rechtswissenschaft ist. Die Rechtstheorie, selbst Bestandteil der Rechtswissenschaft, ist nach Zacher wiederum grundsätzlich Bestandteil der Rechtsphilosophie. Sie kann diese jedoch ausnahmsweise der eigenen Kontrolle unterwerfen, sofern sie auf „*die Form des Denkens und auf Strukturen geht*“. Nach W.Hassemer in „Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform“ S. 27 ist der Begriff der Rechtstheorie offen. Die Rechtstheorie richtet sich jedenfalls grundsätzlich nach zwei Seiten aus, nämlich zur Rechtsphilosophie, betrieben als Theorie des Rechts, und zur juristischen Dogmatik, betrieben als (Meta-)Theorie der juristischen Gesetzgebung und Entscheidung, als Methoden- und Auslegungslehre oder als Theorie dieser Lehren. B.Rüthers in „Rechtstheorie“ S. 7 stellt die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie in Frage. Er ordnet der Rechtstheorie zwar ausdrücklich demjenigen der Rechtsphilosophie vor, nimmt letztlich aber keine inhaltliche Unterscheidung vor. So stellt er schließlich fest, dass die Aussagen der Rechtsphilosophie zu den juristischen Grundwerten in der Geschichte gewechselt haben, die Rechtstheorie aber ihren Gegenstand verliert, wenn sie keine Aussage zu den Wertgrundlagen des Rechts trifft. Nach M.Kaufmann in „Rechtsphilosophie“ S. 14, 15 liegt der Schwerpunkt der Rechtstheorie eher bei Fragen der juristischen Methodik und Analyse empirischer Rechtssysteme, während sich die Rechtsphilosophie eher auf allgemeine Grundlagenfragen bezieht. Beide befassen sich allerdings immer wieder mit Fragen der materiellen Gerechtigkeit und dem Verhältnis von Recht und Moral. Kaufmann kommt letztlich zu dem Ergebnis, dass die Überschneidungsbereich der Felder, die die beiden Disziplinen zu bearbeiten haben, zu groß ist, um eine klare Trennung anhand eines oder weniger Erkennungsmerkmale zu ermöglichen. P.Holländer in „Abriß einer Rechtsphilosophie“ S. 7 unterscheidet zwischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, obwohl beide überwiegend denselben Fragenkreis betreffen. Rechtstheoretische Fragen sind solche nach den Rechtsquellen, der juristischen Argumentation, der Struktur des Rechts oder der Rechtsanwendung. Die Verhältnisse zwischen Sein und Sollen, Naturrecht und positivem Recht sowie Recht und Gerechtigkeit schreibt er dem Feld der Rechtsphilosophie zu.

werden⁷⁸⁹. Feststellen lässt sich allenfalls, dass die Rechtsphilosophie tendenziell inhaltlich und die Rechtstheorie grundsätzlich formal ausgerichtet ist⁷⁹⁰, die Rechtstheorie traditionell schwerpunktmäßig allgemeine Theorie des positiven Rechts und die Rechtsphilosophie Theorie des richtigen oder gerechten Rechts ist⁷⁹¹. Nimmt man eine Trennung von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie vor, schließt man also rechtstheoretische Lehren grundsätzlich aus dem Bereich der Rechtsphilosophie aus, wächst die Gefahr einer Zuordnung rechtstheoretischer Lehren zur Disziplin der Rechtsdogmatik. Schließlich führt die Trennung zu einer weiteren Auffächerung der juristischen Disziplinen. V.d.Pfordten nimmt keine Trennung von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie vor. Er stellt dem formalen Ansatz der Rechtstheorie einen inhaltsbezogenen Bereich der Rechtsethik gegenüber. Beide Disziplinen ordnet er dem Überbegriff der Rechtsphilosophie zu⁷⁹². Da ein einheitliches Verständnis der Rechtsphilosophie und der

⁷⁸⁹ So stellt A.Kaufmann in „Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart“ S. 10 ff., 13 ausdrücklich fest, dass er keinen strengen Unterschied zwischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie macht. Seine Ausführungen zur Rechtsphilosophie beziehen sich daher gleichzeitig auch auf die Rechtstheorie. Auch R.Dreier stellt in „Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie“ S. 19, 20 fest, dass sich Rechtsphilosophie und Rechtstheorie weder gegenständlich noch methodologisch streng voneinander abgrenzen.

⁷⁹⁰ So auch A.Kaufmann in „Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart“ S. 11, der jedoch gleichzeitig ausführt, dass diese Abgrenzung ungenau ist, da es Stoff ohne Form und Form ohne Stoff nicht gibt; ähnlich J.Schmidt in „Die Neutralität der Rechtstheorie gegenüber der Rechtsphilosophie“ S. 96, der der Rechtsphilosophie die Aufgabe der Erkenntnis richtigen Rechts zuordnet und in der Rechtstheorie die logische Metatheorie jedweden Rechts erkennt, unabhängig von inhaltlicher Richtigkeit.

⁷⁹¹ R.Dreier in „Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie“ S. 19, 20, der jedoch ausdrücklich darauf hinweist, dass diese Unterscheidung für eine systematische Fächerabgrenzung ungeeignet ist, da eines der Hauptprobleme der Rechtstheorie ja gerade die Frage nach einem möglichen Zusammenhang zwischen positivem Recht und Gerechtigkeit ist und man diese Frage im Rahmen einer solchen Unterscheidungsmethode bereits vorab beantworten würde.

⁷⁹² D.v.d.Pfordten in „Rechtsphilosophie“ S. 9 ff. und „Rechtsethik“ S. 17 ff.; auch P.Mazurek in A.Kaufmann (Hrsg.) „Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart“ S.333 zählt die analytische Rechtstheorie, deren bedeutendste Anhänger Bentham, Austin, Kelsen und Hart sind, zu dem Bereich der Philosophie; so im Ergebnis auch K.Seelmann in „Rechtsphilosophie“ S. 1, der der Rechtsphilosophie zwei Fragestellungen zuweist – Worum handelt es sich bei dem Recht? und Gibt es Kriterien des Richtigen? – und den zweiten Bereich der Rechtsethik zuweist. H.Klenner in „Deutsche Rechtsphilosophie im 19.Jahrhundert“ S. 244 nennt als grundlegende Disziplinen der Rechtswissenschaft nur die Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte und bringt damit zum Ausdruck, dass die Rechtstheorie Bestandteil der Rechtsphilosophie ist. Auch P.Koller in „Theorie des Rechts“ S. 9 erkennt in der Rechtstheorie ein Teilgebiet der Rechtsphilosophie. L.Legaz y Lacambra in „Rechtsphilosophie“ S. 37, 42, 50 unterteilt die Rechtsphilosophie in einen theoretischen und einen ethischen Teil. Er führt aus, dass sich die Rechtsphilosophie beispielsweise auch in der sogenannten Allgemeinen Rechtslehre als Theorie der Rechtswissenschaft darstellt und der Teil der Rechtsphilosophie, der als Theorie der Rechtswissenschaft die Methode der Bildung der Rechtsbegriffe untersucht, als Rechtslogik zu bezeichnen ist. Gleichzeitig kann die Rechtsphilosophie von einem

Abgrenzungskriterien zur Rechtstheorie nicht vorliegt, vermeidet er auf diese Weise Unklarheiten. Jede einschlägige Lehre wird zunächst dem Überbegriff der Rechtsphilosophie zugeordnet, bevor eine weitere Unterteilung in rechtsethische und rechtstheoretische Lehren erfolgt. Die Rechtsethik zielt dabei auf eine externe, normative Rechtfertigung und Bewertung des Rechts. Ihr Gegenstand ist letztendlich die Frage nach der Gerechtigkeit. Die Rechtstheorie befasst sich hingegen mit den Struktur- und Systemfragen des Rechts. Sie stellt sich die Frage, was das Recht überhaupt ist. V.d.Pfordtens Begriff der Rechtsphilosophie ist deutlich weiter als derjenige, den Kelsen und Radbruch verwendeten. Sowohl Radbruchs Rechtsphilosophie wie auch Kelsens Reine Rechtslehre sind unter V.d.Pfordtens Begriff der Rechtsphilosophie zu subsumieren⁷⁹³. Die weitere Einordnung ergibt sich anhand der jeweiligen Zweckbestimmung. Radbruch, der in der Rechtsphilosophie die bewertende Betrachtung des Rechts, die Lehre vom richtigen Recht erkannte und die Rechtsphilosophie auf materielle Philosophie erstreckte⁷⁹⁴, ist der Rechtsethik zuzuordnen, Kelsen, der die Rechtslehre frei halten wollte von jeglichem Wertebezug und damit eine rein theoretische, formale Philosophie betrieb, der Rechtstheorie⁷⁹⁵. Die Frage, ob man die Rechtstheorie und

ethischen oder naturrechtlichen Standpunkt aus betrachtet werden, wenn man zur Metaphysik neigt und die Konzeption der Welt und des Lebens für die wichtigsten Probleme hält. Nach Legaz y Lacambra ist die Rechtsphilosophie, die stets das Recht in seiner Wirklichkeit untersucht, nicht gleich der Rechtswissenschaft, die grundsätzlich den Inhalt des Rechts in einem bestimmten Land untersucht, sie ist vielmehr eine Theorie der Rechtswissenschaft. R.Dreier geht in „Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie“ S. 23 den umgekehrten Weg und schließt die Rechtsphilosophie als juristische Disziplin in den Begriff der Rechtstheorie ein. Er fordert aber gleichzeitig eine eigenständige Institutionalisierung der Rechtsphilosophie als philosophischer Disziplin. Die Einbeziehung wird demnach von der Art des Forschungsaspekts, juristischer oder philosophischer, abhängig gemacht.

⁷⁹³ A.Kaufmann in „Einführung in die Rechtsphilosophie“ S. 150, erachtet die Rechtstheorie zwar als eigenständige Disziplin neben der Rechtsphilosophie, bezeichnet den Rechtstheoretiker Kelsen aber dennoch als einen der bedeutendsten Rechtsphilosophen. Auch F.Weyr in „Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft“ S. 522 bezeichnet die Lehre von Kelsen und dessen Schule als Rechtsphilosophie.

⁷⁹⁴ A.Verdroß in „Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau.“ S. 215 ff. spricht von einer Renaissance der materiellen Rechtsphilosophie, die ihren Anfang bei Radbruch bzw. Lask nimmt und über Rudolf v.Laun zu H.Coing geht, der schließlich den rechtsphilosophischen Relativismus innerhalb der Wertephilosophie vollständig überwindet.

⁷⁹⁵ Mag man über eine Zuordnung der Rechtstheorie zur Rechtsphilosophie auch geteilter Meinung sein, so bestehen sicherlich keine Zweifel, dass Kelsens Reine Rechtslehre dem Bereich der Rechtstheorie zuzuordnen ist. So beispielsweise A.Verdroß in „Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau.“ S. 190; P.Mazurek in A.Kaufmann (Hrsg.) „Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart“ S. 331; A.Kaufmann in „Einführung in die Rechtsphilosophie“ S. 93, 150 ff., 154; R.Dreier in „Recht-Moral-Ideologie“ S. 225 erkennt in der Reinen Rechtslehre eine soziologische Rechtstheorie im normativen Gewand.

die Rechtsphilosophie als eigenständige Disziplinen erachtet oder ob man einen Überbegriff der Rechtsphilosophie wählt und diesen in die Bereiche der Rechtsethik und Rechtstheorie unterteilt, kann für die vorliegende Arbeit offen bleiben⁷⁹⁶. Fest steht, dass Radbruchs Werk zum Bereich der Rechtsphilosophie in einem inhaltsbezogenen Sinne zu zählen ist⁷⁹⁷ und Kelsens Reine Rechtslehre dem Bereich der Rechtstheorie zufällt⁷⁹⁸, entweder als eigenständigem Bereich oder als formale Unterdisziplin eines weit verstandenen Rechtsphilosophiebegriffs.

II. Begriff der Rechtswissenschaft nach Kelsen und Radbruch

Unterschiedlich ist das Verständnis, welches Radbruch und Kelsen von der Rechtswissenschaft haben. Radbruch definiert die Wissenschaft über den Begriff der wertbeziehenden Haltung als Begebenheit, die unabhängig vom tatsächlichen Erfolg zumindest den Sinn hat, der Wahrheit zu dienen⁷⁹⁹. Die Unterscheidung der

⁷⁹⁶ Nach R.Dreier in „Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie“ S. 20 spricht für die Eigenständigkeit beider Disziplinen, dass es innerhalb der Rechtswissenschaft das Bedürfnis nach einer juristischen Grundlagendisziplin gibt, welches von der Rechtsphilosophie nicht vollständig erfüllt wird

⁷⁹⁷ Nach A.Kaufmann in „Gustav Radbruch“ S.113 und in „Rechtsphilosophie“ S.41 ist gerade in der Begründung einer materiellen Rechtsphilosophie nach einem Jahrhundert formaler Allgemeiner Rechtslehre die Bedeutung Radbruchs als Rechtsphilosoph zu sehen.

⁷⁹⁸ Für S.Smid in „Einführung in die Philosophie des Rechts“ S.38., stellt Kelsen alleine „die Analyse des Stufenaufbaus der (rechtlichen) Normen als Gegenstand (quasi natur-)wissenschaftlicher Erkenntnis“ dar. Probleme der praktischen Philosophie lässt der sich an Kants Kritik der reinen Vernunft anlehrende Kelsen nach Ansicht Smids unberührt. Entsprechend sieht auch R.Otten in „Der Sinn der Einheit im Recht. Grundpositionen Carl Schmitts, Gustav Radbruchs und Hans Kelsens“ S.41, 42 die Differenz der beiden darin, dass „die rechtsethischen Fragen von Kelsen ganz aus dem juristischen Diskurs hinausgewiesen werden, während Radbruch sie immerhin noch als Problem akzeptiert und zum Gegenstand metarechtlicher Erörterung der Rechtsphilosophie macht“. Nach E.v.Hippel in „Zur Kritik einiger Grundbegriffe in der Reinen Rechtslehre Kelsens“ S.328, 346 sieht Kelsen die Aufgabe der Rechtswissenschaft nicht in der Betrachtung von Sein und Inhalt, sondern von Sollen und Form. Das Verdienst von Kelsens Lehre liegt nach Hippel schließlich „nicht zuletzt in dem völligen Scheitern eines fraglos großzügigen Versuchs..., die Rechtswissenschaft zu logisieren“. A.Vonlanthen in „Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm“ S.7, 43 wirft der Reinen Rechtslehre vor, dass sie ein auf die Sicht einer bloßen abstrakten Logik eingeeengtes Lehrsystem sei und dass sie zur Flucht in eine unbarmherzige Rechtslogik und einen schrankenlosen Voluntarismus führe. Olshausen entgegnet solchen Vorwürfen in „Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm“ S.562 zu Recht, dass eine solche Polemik die Aufgaben eines rechtstheoretischen Systems verkennt, da dies nur die Basis für eine Dogmatik abgeben kann und als deren Voraussetzung abstrakter sein muss. Außerdem verkennt solche Kritik den praktischen Bezug der Reinen Rechtslehre, soweit sie erst die Voraussetzungen behandelt, ohne die eine sachgerechte Fragestellung nicht möglich ist. Dem Vorwurf übertriebener Logik hält Olshausen schließlich entgegen, dass gerade Kelsens Logik bei der Frage über das Verhältnis mehrerer Normsysteme - etwa europäisches Gemeinschaftsrecht gegenüber nationalen Rechtsordnungen - hilft.

⁷⁹⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 2

Natur- von den Kulturwissenschaften, wonach sich erstere auf allgemeine Gesetzmäßigkeiten und letztere auf individuelle Eigentümlichkeiten richten, hat er von Windelband übernommen⁸⁰⁰. Rechtswissenschaft im engeren Sinn ist die Wissenschaft vom positiven Recht, vom geltenden Recht, wie es ist, und nicht, wie es sein sollte. Rechtsphilosophie und Rechtspolitik sind demgegenüber die Wissenschaften vom Recht, wie es sein soll, einerseits vom Rechtszweck und andererseits von den Mitteln zum erstrebten Zweck⁸⁰¹. Rechtswissenschaft im engeren Sinn handelt nur vom objektiven Recht, von Rechtsordnungen und Normen. Die Rechtswissenschaft ist eine verstehende, individualisierende und wertbeziehende Wissenschaft⁸⁰² mit wandelbarem Gegenstand, sie ist Kulturwissenschaft⁸⁰³. Diese Zuordnung beruht auf Rickerts Wissenschaftssystem und findet sich auch bei Rickert⁸⁰⁴ und bei Lask⁸⁰⁵.

Kelsen stimmt mit Radbruch darin überein, dass die Rechtsnormen bzw. deren Inhalt Gegenstand der Rechtswissenschaft sind. Das Recht ist eine normative Ordnung, und die Rechtswissenschaft ist auf „*die Erkenntnis und Beschreibung von Normen und die durch diese konstituierten Beziehungen zwischen den von ihnen bestimmten Tatbeständen beschränkt*“⁸⁰⁶. Als normative Wissenschaft hat die

⁸⁰⁰ G.Radbruch in „Entwurf eines Nachworts zur Rechtsphilosophie“ in Studienausgabe S. 207

⁸⁰¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 109

⁸⁰² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 119, 121; die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft steht für Radbruch ganz im Sinne Windelbands trotz ihrer willkürlichen Wandelbarkeit außer Frage. Schließlich wären ansonsten weder die Literatur- noch die Geschichtswissenschaften wissenschaftlich.

⁸⁰³ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 119, 121; Radbruchs Einordnung folgt seinem Verständnis vom Rechtsbegriff. Der Rechtsbegriff ist nach G.Radbruch in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ S. 30 ff., 33, 38 ein apriorischer Begriff, der seinen Gegenstandsbereich nicht nur ordnet, sondern vielmehr konstituiert. Im Gegensatz zu diesem erfahrungsunabhängigen Rechtsbegriff ist das positive Recht Seinsgebilde. Der Methodendualismus verhindert also eine eindeutige Zuordnung, da das Recht weder dem Bereich der Wirklichkeit, noch dem Bereich der Werte zuzuordnen ist. Der Rechtsbegriff gehört vielmehr zu dem Bereich der Kultur, dem „*wertbeziehenden Verhalten zur Gegebenheit*“. Der ebenfalls der südwestdeutschen Schule und Rickerts Wissenschaftssystem zurechenbare Freund Radbruchs Hermann Kantorowicz, ordnet in „Rechtswissenschaft und Soziologie“ S. 134 lediglich die Rechtssoziologie den Kulturwissenschaften zu. Die Rechtsdogmatik zählt Kantorowicz zu den Normwissenschaften, wenngleich er sie im Gegensatz zu Kelsen als eine normsetzende und wertende und nicht bloß erkennende Normwissenschaft sieht.

⁸⁰⁴ H.Rickert in „Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft“ 6./7. Auflage, S. 97 ff.

⁸⁰⁵ E.Lask in „Rechtsphilosophie“ S. 286, 289 ff.

⁸⁰⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 78; in der Reinen Rechtslehre stellt Kelsen die Frage nach der methodischen Selbstbestimmung des Rechts. Zwar sieht H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. VII in der Präzisierung der Stellung der Rechtswissenschaft im System der Wissenschaften eine Hauptaufgabe der Reinen Rechtslehre. Die wissenschaftstheoretische Relevanz tritt nach R.Pohlmann in „Zurechnung und Kausalität“ S. 83 jedoch hinter die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Politik zurück. H.Kelsen

Rechtswissenschaft keine schöpferische Funktion, sie erschafft keine Rechtsnormen⁸⁰⁷. Die Abgrenzung der normativen Rechtswissenschaft von der kausal-explikativen Naturwissenschaft erfolgt laut Kelsen anhand einer Unterscheidung der jeweiligen Ordnungsprinzipien, nämlich der Kausalität als Naturgesetz einerseits und der Zurechnung als Rechtsgesetz andererseits⁸⁰⁸. Wissenschaften, die das menschliche Verhalten auch nach dem Prinzip der Kausalität beurteilen, wie beispielsweise die Geschichte oder Soziologie, können als Gesellschaftswissenschaften nicht eindeutig von der Naturwissenschaft unterschieden werden. Diese Unterscheidung ist für Kelsen einzig anhand des für die Naturwissenschaften entscheidenden Prinzips der Kausalität, als naturgesetzliche Verknüpfung von Ursache und Wirkung, möglich. Nur Wissenschaften, deren Gegenstand die Gesellschaft als eine normative Ordnung menschlichen Verhaltens ist, können daher von der Naturwissenschaft unterschieden werden. Die so unterschiedenen Wissenschaften bezeichnet Kelsen als Kausalwissenschaften und Normwissenschaften⁸⁰⁹.

Kelsen ordnet die Rechtswissenschaft den reinen Normwissenschaften zu, während Radbruch sie grundsätzlich zu den Kulturwissenschaften zählt. Diese Differenzierung ist letztlich auf einen Streit über die Tragweite des Methodendualismus zurückzuführen. Für Kelsen ist eine Betrachtung des Rechts aus seinswissenschaftlicher Perspektive nicht möglich. Das Recht ist ausschließlich dem Bereich des Sollens zugeordnet⁸¹⁰. Anders verhält sich dies bei Radbruch und

stellt in „Reine Rechtslehre“ S. IV fest, dass der Streit in Wahrheit nicht *„um die Stellung der Jurisprudenz innerhalb der Wissenschaft und die sich daraus ergebenden Konsequenzen“* geht, sondern vielmehr *„um das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Politik, um die saubere Trennung der einen von der anderen, um den Verzicht auf die eingewurzelte Gewohnheit, im Namen der Wissenschaft vom Recht, unter Berufung also auf eine objektive Instanz, politische Forderungen zu vertreten, die nur einen höchst subjektiven Charakter haben können, auch wenn sie, im besten Glauben, als Ideal einer Religion, Nation oder Klasse auftreten“*.

⁸⁰⁷ H.Kelsen in „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ S. 38, 39

⁸⁰⁸ H.Kelsen in „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ S. V ff., XX und „Reine Rechtslehre“ S. 78 ff.

⁸⁰⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 78 ff.; J.Renzikowski in „Der Begriff der Zurechnung in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens“ S. 276

⁸¹⁰ H.Kelsen in „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ S. 38, 64 ff., 71 ff.; U.Neumann spricht in „Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft bei Hans Kelsen und Gustav Radbruch – zwei „neukantianische Perspektiven““ S. 40 in diesem Zusammenhang von einer Transformation des Methodendualismus zu einem „*Methodenmonopolismus*“ bei Kelsen. Das Recht soll nicht je nach Erkenntnisinteresse aus seins- oder sollens- bzw. normwissenschaftlicher Sicht betrachtet werden, sondern grundsätzlich nur aus normwissenschaftlicher Sicht. Bereits in „Über Staatsunrecht“ S. 958 hatte Kelsen allgemein festgestellt, dass das methodologische Postulat einer scharfen Trennung von

den Anhängern des Südwestdeutschen Neukantianismus. Die Rechtswissenschaft ist für sie wertbeziehende Wissenschaft, sie ist Kulturwissenschaft. Ihr wertbezogener Gegenstand ist das Recht. Das Recht ist wertbehaftete Wirklichkeit. Im Gegensatz zu den anderen Neukantianern südwestdeutscher Prägung betont Radbruch zwar auch die normwissenschaftliche Methode der Rechtswissenschaft⁸¹¹. In die Nähe Kelsens rückt ihn dies dennoch nicht, da es Radbruch grundsätzlich um die normgestaltende Funktion der Rechtswissenschaft geht und diese für ihn „den Gegenstand einer empirischen, einer Kulturwissenschaft“ hat⁸¹², während Kelsen die Normwissenschaften funktional auf die Erkenntnis positivrechtlicher Normen beschränkt⁸¹³. Kelsen wirft Radbruch in diesem Zusammenhang vor, dass dieser entgegen Kants Terminologie den Imperativ nicht der Norm gleichsetzt, sondern ihr entgegengesetzt und unter ihm ein Sein verstanden wissen will. „Der als wirkend gedachte reale Imperativ – im Gegensatz zur geltenden Norm – trägt“ nach Kelsens Ansicht „in Wahrheit auch als die untrüglichen Zeichen einer Geltung das Stigma des Sollens auf der Stirn“. Kelsen schließt die Möglichkeit der Geltungsbegründung des Rechts aus, wenn man dieses wie Radbruch als Seinstatsache, als Begriff empirischer Wollungen auffasst. Kelsen stellt schließlich fest, dass die Annahme einer Wissenschaft, „die ihrem Gegenstand nach empirische Seinsbetrachtung, ihrer Methode nach eine Normwissenschaft sein soll“, nur möglich ist, wenn man wie Radbruch sagt, dass sich die Rechtswissenschaft zwar mit einem Sein befasst, es aber nur mit einem Sollen zu schaffen hat, letztlich also feststellt, dass die Wissenschaft mit ihrem Gegenstand nichts zu tun hat. Diese Annahme hält Kelsen für befremdlich, da der Gegenstand von der Methode seiner wissenschaftlichen Erfassung getrennt wird, während es doch eigentlich selbstverständlich ist, dass sich die Methode einer Wissenschaft nach deren Gegenstand richtet oder durch die Methode der Gegenstand bestimmt

explikativer und normativer Betrachtungsweise aus der logischen Unvereinbarkeit von Sein und Sollen erwächst.

⁸¹¹ G.Radbruch stellt in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ S. 161 fest: „Die Rechtswissenschaft, mit den faktischen Rechtsimperativen befasst, ihrem Gegenstande nach also eine Tatsachenwissenschaft, ist, da sie nur mit dem Sinn dieser Imperative zu schaffen hat, der Sinn jedes Imperativs aber eine Norm ist, in ihrer Methode von einer Normwissenschaft nicht zu unterscheiden“.

⁸¹² G.Radbruch in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ S. 186

⁸¹³ H.Kelsen in „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ S. 38

wird, dass Methode und Gegenstand also untrennbar miteinander verbunden sind
814

III. Methodendualismus

1. Begriff des Methodendualismus

Der Methodendualismus ist dem Bereich der Werteerkenntnis zuzuordnen. Seine Anhänger stellen die Wertebetrachtung selbständig neben die Wirklichkeitsbetrachtung⁸¹⁵. Zu unterscheiden ist er vom Methodenmonismus, der versucht, die Werte aus der Wirklichkeit, dem Seienden, empirisch zu erschließen⁸¹⁶. Seinen sprachlichen Ursprung findet der Methodendualismus im philosophischen Begriff des Dualismus. Die beiden Begriffe sind jedoch nicht kongruent. Der Dualismus steht in keinem zwingenden, unmittelbaren Zusammenhang mit der Werteerkenntnis, umfasst als allgemeinerer Ausdruck jedoch den Methodendualismus. Der Dualismus bezeichnete ursprünglich ausschließlich die religiöse Weltlehre, die ein gutes und ein böses Weltwesen

⁸¹⁴ H.Kelsen in „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ S. 89 ff.; eine weitere Kritik Kelsens in „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ S.81 besagt, dass in Radbruchs wissenschaftstheoretischem Modell der Rechtswissenschaft eine Inkonsistenz vorliegt. Kelsen hält Radbruch vor, dass dieser der Rechtswissenschaft den Gegenstand einer Erfahrungswissenschaft zuordnet, den Begriff des Rechts, der den Gegenstand der Rechtswissenschaft bildet, nicht auf Erfahrung gründet, sondern a priori deduziert. U.Neumann weist in diesem Zusammenhang in „Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft bei Hans Kelsen und Gustav Radbruch – zwei neukantianische Perspektiven“ S. 45 zu Recht darauf hin, dass auch der Begriff der Kausalität a priori aufgefasst werden kann, ohne dass damit zwingend eine Aufgabe des erfahrungswissenschaftlichen Charakters der Kausalwissenschaften verbunden ist. Kelsens bemängelt in „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ S. 82. 83 außerdem Radbruchs Methodendualismus. Er wirft diesem vor, dass er versucht, die Kultur und mit ihr das Recht als wertbeziehende Haltung zwischen Sein und Sollen zu stellen. Nach Kelsens Ansicht besteht zwischen der wertenden und der wertbeziehenden Haltung in Radbruchs Lehre jedoch kein Unterschied. Eine Wertung liegt nach Kelsen in „Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft“ S. 56 vor, sobald man einen Tatbestand zu einem objektiv gültigen Wert, also einer Norm oder einem Sollen in Beziehung setzt. Kelsen übersieht jedoch, dass das Werten gerade nicht Angelegenheit der Kulturwissenschaft ist. Radbruchs Verwendung des Begriffs der Wertbeziehung dreht sich um das Ausmaß der Wertung, nicht um die Bewertung selbst. Wenn eine Begebenheit unter dem Gesichtspunkt der Ästhetik bewertet werden soll, sagt dies noch nichts über die tatsächliche Schönheit der Begebenheit aus.

⁸¹⁵ P.Bonsmann in „Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs“ S. 8

⁸¹⁶ Nach J.Dobretsberger in „Erkenntnistheorie und Naturrecht“ S. 5 liegt in der naiven Vermengung von Sein und Sollen durch das unkritische Denken die Haupteinbruchsstelle des Naturrechts in die Rechtswissenschaft.

annimmt, später die Theorie, nach der Geistiges und Körperliches substantiell verschieden sind ⁸¹⁷. Der Dualismus ist damit eine dem Monismus entgegengesetzte Bezeichnung für religiöse und erkenntnistheoretisch-metaphysische Lehren, nach denen generell das Seiende bzw. die Welt im Ganzen oder auch Teile von ihr nur durch Rückgang auf zwei meist gegensätzliche, nicht voneinander ableitbare bzw. sich ausschließende Prinzipien oder Substanzen wie Gut / Böse, Geist / Materie oder Seele / Leib erklärt werden können ⁸¹⁸.

Der Dualismus *„beruht auf der Überzeugung, dass die Unterschiede von Idee und Erscheinung, Glaube und Wissen, Bewusstsein und Außenwelt, Vernunft und Sinnlichkeit, Pflicht und Neigung, Sein und Sollen... voneinander unabhängige und nicht aufeinander rückführbare Wesensgegensätze sind; damit kommt er dem Bedürfnis der Wissenschaft nach klaren Differenzierungen und Grenzziehungen entgegen“* ⁸¹⁹. Die Lehre des Methodendualismus findet sich bereits bei Hume und von diesem ausgehend bei Kant ⁸²⁰. Seine kritische Haltung wird u.a. in der Einleitung der Rechtslehre deutlich, in welcher er die quaestio juris von der quaestio facti unterscheidet und jene seiner nicht empirischen Rechtslehre zugrunde legt ⁸²¹. Nach Heidegger ist der Vorgang der Unterscheidung von Sein und Sollen bei Kant vollendet. Kant nimmt dabei jedoch keine begriffliche Unterscheidung

⁸¹⁷ R.Eucken in „Geschichte der philosophischen Terminologie“ S. 195, 196; der Monismus machte nach Eucken eine andere Wandlung durch, „indem es bei dem Urheber diejenigen bezeichnet, welche nur ein Reales, sei es Körperliches, sei es Geistiges (das eine unter Ausschluss des andern) anerkennen, in neuerer Zeit aber Diejenigen, welche den Gegensatz selber nicht gelten lassen oder doch glauben ihn überwinden zu können“.

⁸¹⁸ J. Mittelstuß in „Enzyklopädie der Philosophie und Wissenschaftstheorie“ Band 1 S. 503, 504; P.Precht/F.-P.Burkhard in „Metzler Philosophie Lexikon“ S. 112

⁸¹⁹ A.Kaufmann „Gustav Radbruch“, S. 20

⁸²⁰ G.Ellscheid in „Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants“ S. 47 ff.; F.Achermann in „Das Verhältnis von Sein und Sollen“ S. 11 sieht in Kant den Begründer bzw. den Entdecker des Dualismus von Sein und Sollen. H.Hoffmann in „Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie“ S.11 stellt fest, dass Kant angeregt durch David Hume (1711-1776) viel Mühe darauf verwendet hat, den Gegensatz von Sein und Sollen samt seinen Konsequenzen zu begründen und die daraus folgenden Antinomien aufzuarbeiten. Nach R.Marcic in „Geschichte der Rechtsphilosophie“ S. 304 durchwaltet ein unüberbrückbarer Dualismus von Natur und Freiheit, Sein und Sollen, dem Menschen als sinnlichem Wesen (homo phaenomenon) und dem Menschen als intelligiblem Wesen (homo noumenon) Kants Denken. Eine Trennung von Sollen und Sein findet sich bereits bei Hume unter der Bezeichnung Faktum/Wert-Distinktion. D.Hume führt in „Treatise of Human Nature“ Volume 2, S. 245, 246 auf der Basis der Trennung von Sein und Sollen aus, dass Sollenssätze nicht aus dem Sein, aus einem Istsatz ableitbar sind; S.L.Paulson in „Faktum/Wert-Distinktion – Kelsen als Neukantianer“ S. 227; auch R.Thienel in „Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz“ S. 97 weist auf Humes führende Rolle bei der Entwicklung des Dualismus von Sein und Sollen hin.

⁸²¹ G.Dulckeit in „Naturrecht und positives Recht bei Kant“, S. 67

von Sein und Sollen vor. Das Seiende ist für Kant die Natur, „*d.h. das im mathematisch-physikalischen Denken Bestimmbare und Bestimmte*“. „*Gleichfalls von der Vernunft und als Vernunft bestimmt*“ tritt der Natur der von Kant häufig, „*und zwar insofern, als der Imperativ auf das bloß Seiende im Sinne der triebhaften Natur bezogen wird*“ als Sollen bezeichnete kategorische Imperativ gegenüber⁸²². Kant setzt den Dualismus stets voraus, ohne ihn näher zu begründen⁸²³. Unsere Wahrnehmungen in den Anschauungsformen von Raum und Zeit liefern die Realität. Das Sein in Form dieser Realität bildet nach Kant jedoch keine Grundlage der Erkenntnis des Sollens⁸²⁴. Die Wirklichkeit ist nach Kants Ansicht wertfrei, ihr kann kein Wert entnommen werden. Die Werte werden erst von dem bewertenden Subjekt an die Natur herangetragen⁸²⁵. Als Disziplin der Metaphysik bezieht die Ethik ihre Erkenntnisse aus reinen, nichts Empirisches enthaltenden Begriffen. Erkenntnisse a priori entstehen unabhängig von der Erfahrung⁸²⁶. Entsprechend ergeben sich die Prinzipien der Sollenssätze aus reinen, erfahrungsunabhängigen, weil der Vernunft entspringenden Begriffen. Die Begriffe der reinen Vernunft liefern a priori auch den Grund der Verbindlichkeit. Daraus folgt, dass die auf Erfahrung gründenden praktischen Prinzipien keine Sollensgesetze abgeben. Die sich aus dem Sollen ergebende Notwendigkeit besteht

⁸²² M.Heidegger in „Einführung in die Metaphysik“ S. 206, 207; so auch A.Verdross, in „Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau“ S. 146; nach R.Pohlmann in „Zurechnung und Kausalität“ S. 94 waren außerdem auch Kants Nachfolger in Königsberg Johann Friedrich Herbart, der die Trennung von Sein und Sollen ontologisch begreift, und Hermann Lotze, der sie geltungslogisch umdeutet, für die Entwicklung des Methodendualismus von großer Bedeutung. Auch F.Achermann in „Das Verhältnis von Sein und Sollen“ S. 11 sieht in Herbart in diesem Zusammenhang einen namhaften Nachfolger der Denkweise Kants.

⁸²³ Kant schreibt beispielsweise in „Kritik der reinen Vernunft“ 2.Auflage, S. 371: „*Daß diese Vernunft nun Kausalität habe, wenigstens wir uns eine dergleichen an ihr vorstellen, ist aus den Imperativen klar, welche wir in allem Praktischen den ausübenden Kräften als Regeln aufgeben. Das Sollen drückt eine Art von Notwendigkeit und Verknüpfung mit Gründen aus, die in der ganzen Natur sonst nicht vorkommen. Der Verstand kann von dieser nur erkennen, was das ist oder gewesen ist oder sein soll. Es ist unmöglich, daß etwas darin anders sein soll, als es in allen diesen Zeitverhältnissen in der Tat ist; ja das Sollen, wenn man bloß den Lauf der Natur vor Augen hat, hat ganz und gar keine Bedeutung. Wir können gar nicht fragen, was in der Natur geschehen soll; sondern nur, was darin geschieht, oder welche Eigenschaften der letztere hat.*“ G.Ellscheid in „Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants“ S. 8; F.Achermann führt in „Das Verhältnis von Sein und Sollen“ S. 12 weiter aus, dass Kant die Unterscheidung von Sein und Sollen, Naturbegriff und Freiheitsbegriff in der „Kritik der praktischen Vernunft“ und der „Metaphysik der Sitten“ ständig voraussetzt und dieser Dualismus auch in der „Kritik der Urteilskraft“ an etlichen Stellen Erwähnung findet.

⁸²⁴ G.Ellscheid in „Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants“ S. 47

⁸²⁵ A.Kaufmann in „Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat“ S. 32

⁸²⁶ I.Kant in „Kritik der reinen Vernunft“ 2.Auflage S. 28

a priori⁸²⁷. Das Sollen ist ein nur durch sich selbst begreifbarer Begriff⁸²⁸. Es kann aus nichts anderem hergeleitet werden, sondern drängt sich als ein synthetischer Satz a priori für sich selbst dem Menschen auf⁸²⁹. Kant beschritt mit dem Methodendualismus neue philosophische Wege, die letztlich zum Relativismus führten⁸³⁰.

Der Neukantianismus bemühte sich um eine Abgrenzung der Erkenntnisweise der Rechtsphilosophie von derjenigen der Natur- und Geisteswissenschaften. Er bezog sich dabei auf Kants Methodendualismus, arbeitete diesen weiter aus und nutzte die Unterscheidung von Sein und Sollen als methodologisches Fundament⁸³¹. Insbesondere Rickert bemühte sich um eine differenzierte Auseinandersetzung mit dem Methodendualismus und stellte fest, dass die irrealen Werte als ein eigenes Reich allen wirklichen ein weiteres Reich bildenden Gegenständen gegenüberstehen⁸³². Seiner Ansicht nach hat das Sollen nicht die Seinsform des Existierens, sondern geht über Sein und Nichtsein hinaus⁸³³. Das Denken des Sollens stützt sich daher nicht auf etwas Existierendes. Es war Stammler, der den bei den Neukantianern grundsätzlich angelegten Methodendualismus in die Rechtsphilosophie einführte und für den Bereich der Rechtswissenschaft systematisch entwickelte⁸³⁴. Dem rechtsphilosophischen Methodendualismus Laks⁸³⁵, den dieser von Windelband übernommen hat, liegt schließlich die

⁸²⁷ I.Kant in „Kritik der praktischen Vernunft“ S. 26

⁸²⁸ G.Ellscheid in „Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants“ S. 49

⁸²⁹ I.Kant in „Kritik der praktischen Vernunft“ S. 31

⁸³⁰ G.Ellscheid in „Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants“ S. 13, 14; nach G.Ellscheid in „Naturrecht“ S. 971 ff. sind Sein und Sollen für Kant In der sittlichen Person als Ausgangspunkt allen Rechts untrennbar miteinander verbunden.

⁸³¹ G.Ellscheid in „Kaufmann - Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart“, S. 233; die Unterscheidung von Sein und Sollen war bereits für Cohen gleichbedeutend mit der Unterscheidung von Kausalität und Normativität. H.J.Sandkühler in „Natur des Rechts und Relativismus im Recht“ S. 138, 139

⁸³² H.Rickert in „System der Philosophie“ S. 114; Z.U. Tjong in „Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch“ S. 20

⁸³³ H.Rickert in „Der Gegenstand der Erkenntnis“ S. 264 ff., 266; Rickert schließt das daraus, dass die Verneinung bzw. das Nichtsein eines Seins ein Nichts ist, während die Verneinung bzw. das Nichtsein eines Sollens oder Wertes ein Unwert ist. Ein Nichts ist nun aber keine Form des Seins, während hingegen ein Unwert zu einem Nicht-Sollen und dadurch zu einem Verbot wird. Das ist die Vorstellung eines negativen Wertes und insbesondere selbst eine Form des Sollens.

⁸³⁴ S.L.Paulson in „Faktum/Wert-Distinktion – Kelsen als Neukantianer“ S. 227

⁸³⁵ Den strikten Methodendualismus und die Auswirkungen, die dieser bei Lask und Radbruch auf die Bestimmung des Wesens des Rechts hat, kritisierend, stellt G.Ellscheid in „Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants“ S. 20 ff., 29 ff. fest, dass das Recht seinem Wesen nach

Unterscheidung zwischen Wert und empirischem Wertsubstrat, im Sinne eines wirklichen Rechts, zugrunde ⁸³⁶. Dieser Methodendualismus mündet in den Dualismus von Rechtsempirie und Rechtsphilosophie ⁸³⁷. Die Rechtsempirie befasst sich ausschließlich mit dem dem Sein zuzuordnenden empirischen Wertsubstrat. Die Rechtsphilosophie beschäftigt sich hingegen mit den unbedingten, apriorischen Wertmaßstäben des positiven Rechts ⁸³⁸. Sie beleuchtet die Prinzipien, die Recht zu richtigem oder falschem Recht machen, die besagen, wie positives Recht sein soll.

2. Vergleich Hans Kelsen und Gustav Radbruch

Das wichtigste Ziel der Reinen Rechtslehre Kelsens ist die unmittelbar auf dem Methodendualismus fußende Methodenreinheit. Die Reine Rechtslehre behandelt ausschließlich das Sollen, und zwar das reine juristische Sollen, das, da es vollkommen frei ist von ethischen Werten, nur eine logische Struktur darstellt. Nach Kelsen ist das Sollen aus dem Sein nicht ableitbar, auch wenn das Sollen dem Sein sehr wohl entsprechen kann ⁸³⁹. Kelsen definiert eine Norm als Sinn eines menschlichen Willensaktes, der intentional auf das Verhalten anderer gerichtet ist und der ein Sollen zum Ausdruck bringt. Dieses Sollen kann anderen Personen ein

weder als reine Faktizität noch als reines Sollen aufgefasst werden kann. Die Auffassung als reine Faktizität widerspricht dem Sinngehalt der Norm, Sollenswahrheit zu sein. Positive Normen unterstehen zwingend dem Maßstab der Gerechtigkeit. Ellscheid stellt weiter fest, dass das Heranziehen der Moral zur Begründung der Verbindlichkeit von Normen – Verwandlung von einem bloßen Müssen zu einem Sollen – entgegen Radbruch nicht als „Blankoakzept“, sondern nur in den Grenzen der Moral möglich ist. Dies ist nach Ellscheid aber der Versuch, die Geltung des Rechts durch die Bezugnahme auf ein der Positivität des Rechts vorgeordnetes Sollen zu rechtfertigen. Das führt zu einer Berührung des Inhalts der Rechtsordnung mit der Rechtsidee. Dadurch ist das Recht nicht mehr bloße Realität und die Rechtswissenschaft nicht mehr bloß empirische Disziplin. Lasks juristische Einweltentheorie ist nicht mehr haltbar. Nach Ellscheid ist die von Lask und Radbruch vorgenommene scharfe methodologische Trennung zwischen Rechtswissenschaft, die sich auf das Recht als bloßes Sein bezieht, und der das Recht bewertenden Rechtsphilosophie damit hinfällig. Für ihn ist eine Rechtswissenschaft ohne philosophische Komponente nicht möglich, da bereits die Rechtsauslegung eine kritische Bewertung des Rechts fordert.

⁸³⁶ so auch S.Nachtsheim in „Zwischen Naturrecht und Historismus“ S.303; nach J.Binder in „Rechtsbegriff und Rechtsidee“ S.209 geht die von Lask als „Zweiweltentheorie“ bezeichnete Unterscheidung von Sein und Sollen letztlich auf Kant zurück.

⁸³⁷ Die Unterscheidung von Geltung und Sein, Prinzip und Prinzipiatum sowie Wert und Wertsubstrat im Sinne einer kritischen Philosophie führt außerdem zwingend zu einer Dualität von Rechtsprinzipien und empirischem Substrat, also zwischen Rechtsprinzipien und positivem Recht. S.Nachtsheim in „Zwischen Naturrecht und Historismus“ S. 304, 305

⁸³⁸ E.Lask in „Rechtsphilosophie“ S. 280

⁸³⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 5

Verhalten gebieten, verbieten oder erlauben, oder es kann sie zur Setzung von Normen ermächtigen. Da der Sinn ⁸⁴⁰ von Normen daher stets ein Sollen ist, unterscheiden sie sich zwingend von Aussagen, die Tatsachen, also ein Sein, beschreiben ⁸⁴¹. Obwohl diese strikte Trennung von Sollen und Sein die Voraussetzung für die Reine Rechtslehre bildet, geht Kelsen einer fundierteren Analyse des Methodendualismus aus dem Weg ⁸⁴². Er setzt die Trennung von Sein und Sollen voraus: *„Der Unterschied zwischen Sein und Sollen kann nicht erklärt werden. Er ist unserem Bewußtsein unmittelbar gegeben. Niemand kann leugnen, daß die Aussage: etwas ist - das ist die Aussage, mit der eine Seins-Tatsache*

⁸⁴⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 5; Kelsen stellt fest: „..., dass die Norm als der spezifische Sinn eines intentional auf das Verhalten anderer gerichteten Aktes etwas anderes ist als der Willensakt, dessen Sinn sie ist. Denn die Norm ist ein Sollen, der Willensakt, dessen Sinn sie ist, ein Sein.“

⁸⁴¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 4 ff.; P. Koller in „Theorie des Rechts“ S. 136; Sein und Sollen stehen jedoch nicht beziehungslos nebeneinander. Das Sein kann einem Sollen entsprechen, wobei tatsächlich nicht das Sein dem Sollen entspricht, sondern vielmehr der figurliche Inhalt des Seins demjenigen des Sollens, und das Sollen ist auf ein Sein gerichtet, etwas soll sein. Ein bestimmtes Etwas, ein bestimmtes Verhalten, kann die Eigenschaft haben, zu sein oder sein zu sollen. Es unterscheidet sich dann einzig in dem Modus, dass das eine eben ist und das andere nur sein soll. Das eigentliche Verhalten ist inhaltlich dasselbe, egal ob eine Türe geschlossen wird oder geschlossen werden soll. Aber dieses inhaltlich übereinstimmende Türe-Schliessen wird einmal als seiend und einmal als gesollt ausgesagt. Man muss das in einer Norm als gesollt statuierte Verhalten also zwingend von dem tatsächlichen Verhalten unterscheiden, aber man kann die beiden vergleichen und feststellen, ob das tatsächliche Verhalten der Norm entspricht, also normgemäß ist. In „Allgemeine Theorie der Normen“ S.46 spricht Kelsen schließlich vom modal indifferenten Substrat und meint damit, dass Sein und Sollen zwei grundsätzlich unterschiedliche Modi, zwei verschiedene Formen mit bestimmten Inhalten sind, die sich rein inhaltlich durchaus entsprechen können. Entspricht sich der Inhalt, liegen zwei gleiche modal indifferente Substrate in zwei verschiedenen Modi vor. Die grundsätzliche Unterscheidung von Sein und Sollen im Werk Kelsens leugnet freilich auch N.Achterburg in „Autonome Determinante und modal indifferentes Substrat“ S. 447 ff. nicht, wenn er feststellt, dass die autonome Determinante als ausfüllungsbedürftiger Rahmen bei der Rechtserzeugung und das modal indifferente Substrat als Feststellung, dass derselbe Inhalt mal seiend, mal sollend verstanden werden kann, Brücken zwischen Sein und Sollen darstellen, einmal als Beschäftigungsgegenstand praktischer Philosophie und einmal mit eher erkenntnistheoretischer Bedeutung.

⁸⁴² Auch in „Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“ S. 6 stellt Kelsen lediglich fest, dass beide Prinzipien ursprüngliche Kategorien sind und aufgrund ihrer Verschiedenheit als getrennte Welten erscheinen. Eine Beschreibung oder Definition von Sein und Sollen sind nach Ansicht Kelsens jedoch nicht möglich. Bereits in der Vorrede zur ersten Auflage der „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ S.V führt Kelsen aus, dass es sich bei den fundamentalen Gegensätzen von Sein und Sollen um „prinzipielle, letzten Endes in der Weltanschauung wurzelnde, daher subjektive und undiskutierbare Voraussetzungen“ handelt. In „Über Staatsunrecht“ S. 958, 959 stellt Kelsen fest, dass die Entwicklung der Begriffe von Sein und Sollen in gegenseitiger Ausschließlichkeit aufgrund des metalogischen Prinzips einer dualistischen Weltanschauung erfolgt. Nach J.Dobretsberger in „Erkenntnistheorie und Naturrecht“ S. 5 hat Kelsen allerdings „in meisterhafter Kritik der Zweiseiten-Theorie“ bewiesen, „daß eine reine, bedingungslose Sphäre des positiven Rechts nur möglich ist unter der Voraussetzung, daß die Betrachtungsweisen des Seins und des Sollens in keiner Beziehung zueinander stehen“.

beschrieben wird - wesentlich verschieden ist von der Aussage: daß etwas sein soll - das ist die Aussage, mit der eine Norm beschrieben wird; und daß daraus, daß etwas ist, nicht folgen kann, daß etwas sein soll, so wie daraus, daß etwas sein soll, nicht folgen kann, daß etwas ist.“⁸⁴³

Radbruchs frühe Ausführungen entsprechen vordergründig denjenigen Kelsens. Er stellt ausdrücklich fest, dass eine auf Methodendualismus und Relativismus gegründete Rechtsphilosophie, das Ergebnis der rechtsphilosophischen Entwicklung im 19. Jahrhundert ist⁸⁴⁴. Auch Radbruch setzt den Methodendualismus ohne nähere Begründung voraus. Er entnimmt die Trennung von Wertbetrachtung und Seinsbetrachtung, die Tatsache, dass etwas nicht richtig ist, weil es ist, war oder sein wird, dass Sollenssätze und Werturteile nur deduktiv auf andere Sätze gleicher Art und nicht auf Seinstatsachen gegründet werden können, wie Kelsen der Kantischen Philosophie⁸⁴⁵. Wertungen sind durch Seinstatsachen nicht begründbar, werden durch diese jedoch beeinflusst oder sogar hervorgerufen⁸⁴⁶. Da der Rechtsbegriff für ihn die Verwirklichung der Rechtsidee zum Ziel hat und zwischen Wirklichkeitsurteil und Wertbeurteilung die Wertbeziehung, zwischen Natur und Ideal die Kultur steht⁸⁴⁷, geht Radbruch jedoch anders als Kelsen, der jeglichen Wertebezug des Rechts strikt ablehnt, über die reine Antithese von Sein und Sollen hinaus und folgt der Idee des

⁸⁴³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 5; ebenso G.Simmel in „Einleitung in die Moralwissenschaft“ S. 21 ff., der feststellt, dass es „... keine Definition des Sollens“ gibt. Auf ihn bezieht sich Kelsen in „Allgemeine Theorie der Normen“ S. 2 und Anmerkung Nr. 2; nach Dreier wurde die Kappung jeglichen materiellen Bezugs zwischen Recht und Ethik vor Kelsen von niemandem in so entschiedener Deutlichkeit und Härte vertreten. H.Dreier in „Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen“ S. 83; Kelsen hält diesen Dualismus in seinem gesamten Werk durch von „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“, 2.Auflage S. 3 ff., über „Reine Rechtslehre“ S. 5 ff. bis „Allgemeine Theorie der Normen“ S. 44 ff.; darauf weist auch N.Achterberg in „Rechtsnorm und Rechtsverhältnis in demokratischer Sicht“ S. 140 hin

⁸⁴⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 14, 25

⁸⁴⁵ G.Radbruch beruft sich beispielsweise in „Rechtsphilosophie“ S. 6, 7 auf Kant als Schöpfer des Methodendualismus. Nachweise gibt er dazu nicht. Z.U.Tjong in „Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus“ S. 27 ff., 29 und K.Seidel in „Rechtsphilosophische Aspekte der Mauerschützen-Prozesse“ S. 64 ist daher zuzustimmen, wenn sie darauf hinweisen, dass Radbruchs unmittelbare Wurzeln in dieser Hinsicht eher auf die Neukantianer Lask und Rickert sowie Stammler zurückführen sind, als auf Kant selbst.

⁸⁴⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 8

⁸⁴⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 25; er stellt fest: „Die Rechtsidee ist Wert, das Recht aber wertbezogene Wirklichkeit, Kulturerscheinung. So wird der Übergang vollzogen von einem Dualismus zu einem Trialismus der Betrachtungsweisen. Dieser Trialismus macht die Rechtsphilosophie zu einer Kulturphilosophie des Rechts.“

Methodentialismus. Der Methodentialismus setzt den Methodendualismus voraus. Er durchbricht diesen nicht, sondern ergänzt⁸⁴⁸ und entspannt ihn. Die unterschiedliche Interpretation des Methodendualismus bei Kelsen und Radbruch führt u.a. zu einem unterschiedlichen Verständnis der Rechtswissenschaft. Neben dem Methodentialismus diente dem frühen Radbruch auch die Stoffbestimmtheit der Idee einer Milderung des Methodendualismus. Nach Wolf wollte Radbruch Kelsens Isolierung von Rechtsein und Rechtsollen bereits 1924 überwinden, als er die Stoffbestimmtheit der Rechtsidee erkannte und damit den formalen Neukantianismus hinter sich ließ⁸⁴⁹. Die ausgeprägteste Milderung erfuhr der Methodendualismus durch die Lehre von der „Natur der Sache“. Jede Sache trägt danach einen Wert in sich, jeder Stoff enthält einen für seine Regelung relevanten Sinn. Der Dualismus von Sein und Sollen bleibt allerdings im Kern erhalten, da das letzte Wort der Rechtsidee verbleibt und diese der Sollensebene zuzuordnen ist⁸⁵⁰. Radbruchs antinomische Denkweise und die Wertebezogenheit seines Rechtsbegriffs hinderten ihn zeitlebens daran, einen ebenso strikten und kompromisslosen Methodendualismus wie Kelsen zu verfolgen. Dies zeigt sich deutlich in dem der Entspannung des starren Gegensatzes von Sein und Sollen dienenden Methodentialismus, der Stoffbestimmtheit der Idee und der Lehre von der Natur der Sache. Während sich diese Entspannung des Methodendualismus bei Radbruch im Lauf der Jahre verstärkte, blieb Kelsen seiner Position treu. Im Ergebnis sind daher beide dem Methodendualismus zuzuordnen, wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung⁸⁵¹. Unter den Philosophen zählen beide zu den Dualisten⁸⁵².

⁸⁴⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 6, 7 Anmerkung 2

⁸⁴⁹ E.Wolf in „Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte“ S. 752

⁸⁵⁰ G. Radbruch in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ S. 13; in GA III S. 234, 235

⁸⁵¹ J.Kim führt in „Methodentialismus und Natur der Sache im Denken Gustav Radbruchs“ S. 65, 66 aus, dass im Gegensatz zu Kelsens strengem Methodendualismus *„das Verstehbare, das weder zum Sollen noch zum sinnlichen Sein gehört, von der Südwestdeutschen Schule erstmalig zum Gegenstand der kritischen Erkenntnis erhoben wurde“*. Da Kelsen und Radbruch ihren Systemen den Methodendualismus zugrunde legten, unterschieden sich nach A. Kaufmann in „Einführung in die Rechtsphilosophie“ S. 110 von der klassischen idealistischen Naturrechtslehre und ihrem Methodenmonismus und der Dialektik der Hegelianer und Marxisten, mit deren Sein und Sollen für äquivalent haltenden Methodenpolarität.

⁸⁵² Nach A.Kaufmann in „Gustav Radbruch“, S. 20 können Philosophen hinsichtlich des jeweils leitenden Weltbildes entweder dem Lager der Monisten – Identitätsphilosophen – oder dem Lager der Dualisten – Pluralisten – zugeordnet werden. Philosophen wie Spinoza, Schelling, Schopenhauer oder auch Hegel zählt er zu den Monisten. Der Monismus reduziert Gegensätze wie Sein und Denken, Natur

IV. Relativismus

1. Begriff des Relativismus

Wie der Begriff des Methodendualismus ist auch der bis in die Antike zurückreichende philosophische Begriff des Relativismus⁸⁵³ dem Bereich der Erkenntnis zuzuordnen. Eine einheitliche Definition des Begriffs ist aufgrund seiner weitreichenden Verwendung und des Wandels dem er stets unterlag, nicht möglich. Nach Ritter/Gründer findet sich die folgende, erste populäre Definition des Relativismus im Brockhaus von 1895⁸⁵⁴: *„Die Relativität gehört zum wesentlichen Charakter der Erscheinung;...alles, was irgendwie an die Grundbedingung des räumlich-zeitlichen Vorstellens gebunden ist, mithin unsere gesamte Erfahrungserkenntnis bleibt der Relativität unterworfen... Die Ansicht von den Dingen oder vielmehr von unserer Erkenntnis derselben, welche in diesem weitesten Sinne die Relativität alles für uns Erkennbaren behauptet, heißt*

und Geist, Objekt und Subjekt, Reales und Ideales auf ein absolutes Prinzip, führt diese Gegensätze auf eine Identität zurück und befriedigt damit das Bedürfnis der Menschen nach sauberen Lösungen. Dem Dualismus sind u.a. Platon, Ockham, Descartes, Kant, Bergson und Klages zuzuordnen. So für Kelsen auch R.Walter in „Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre?“ S. 19, der sich insbesondere gegen die Ansicht ausspricht, Kelsen könne wegen seines Rechtssatzbegriffs dem normativem Monismus zugeordnet werden. Den methodendualistischen Ansatz Kelsens und Radbruchs bestätigt auch H.Henkel in „Rechtsphilosophie“ S. 27. Allerdings attestiert er diesem Ansatz einen nur „begrenzten Wahrheitsgehalt“ und vertritt die Ansicht, dass die Natur der Sache dem Menschen Ordnungselemente bietet, *„die bei der Aufstellung richtiger Verhaltensregeln als Determinanten mitzubrückichtigen sind, jedoch den Inhalt des Sollens nicht total determinieren, sondern die letzte Entscheidung für diesen oder jenen Sollensinhalt mehr oder weniger offenlassen“*. Die Natur der Sache soll nach H.Henkel in „Rechtsphilosophie“ S. 382, 384 keine Rechtsquelle (Rechtsbegründungsquelle), aber eine Rechtserkenntnisquelle sein, sie soll eine Mittler-Rolle zwischen Sein und Sollen einnehmen. Radbruchs Bemühungen um eine Entspannung des Methodendualismus lässt Henkel unerwähnt.

⁸⁵³ R.Eisler in „Wörterbuch der philosophischen Begriffe“ S. 251 ff.; der Gedanke des Relativen in der Erkenntnis, der sich bei vielen Philosophen findet, wurde in der Form des subjektivistischen Relativismus zuerst von den Sophisten, dort insbesondere von Protagoras, eingenommen. Dieser war der Ansicht, dass etwas nur in Beziehung zum Einzelnen oder auch zum Menschen überhaupt wahr ist, nicht an sich. Dagegen betonten Sokrates und Plato die Allgemeingültigkeit der Begriffe und Ideen. Die Skeptiker, die absolutes Wissen ablehnten und das Erkennen von allerlei Umständen und der menschlichen Organisation abhängig machten, erneuerten den Relativismus. In der neueren Zeit wurde er zunächst insbesondere im Skeptizismus vertreten. Einen objektivistischen Relativismus vertrat Goethe. Einen kritizistischen Relativismus lehrte Kant. Seiner Ansicht nach ist Erkenntnis in transzendenter Hinsicht relativ, während jedoch die Fundamentalerkenntnis für alle mögliche Erfahrung absolut ist.

⁸⁵⁴ J.Ritter / K. Gründer in „Historisches Wörterbuch der Philosophie“ Band 8, 1992, S. 614 mit einer ausführlichen Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Relativitätsbegriffs.

Relativismus.“ Nach Eisler besagt der als Relationismus zu bezeichnende objektive Relativismus, dass wir die Wirklichkeit nicht an sich, sondern nur in Relation zum erkennenden Bewusstsein sowie die Dinge nur in deren raumzeitlich-kausalen Relationen zueinander erkennen⁸⁵⁵. Relativismus i.e.S. bedeutet danach, dass theoretische und praktische Werte, wie beispielsweise Normen, nur relativ, nämlich in bezug auf das urteilende Subjekt und damit nur für gewisse Verhältnisse gelten und nicht allgemeingültig sind. Schnädelbach sieht das Wesen des Relativismus darin, dass das Geltende und Seiende als abhängig von dem es als gültig oder seiend erlebenden und beurteilenden Subjekt angesehen wird. Der Relativismus deutet Sein und Geltung um in Sein und Geltung für jemanden, während der Absolutismus an Sein und Geltung an sich festhält. Von dieser Definition sind zwingend Relativitätsthesen zu unterscheiden, nach denen alles relativ auf anderes oder in Relation zu anderem existiert⁸⁵⁶. Nach Carrier bezeichnet der Relativismus eine Gruppe von Positionen, „für die die Begründung von Aussagen bzw. die Rechtfertigung von Handlungen stets nur unter Voraussetzung von Prinzipien möglich ist, die selbst keine übergeordnete oder universelle Gültigkeit besitzen“. Der epistemische Relativismus bestreitet daher die uneingeschränkte Legitimität aller Erkenntnisansprüche, während der ethische Relativismus die voraussetzungslose Verpflichtungswirkung moralischer Grundsätze bestreitet⁸⁵⁷. Regenbogen/Meyer definieren den Relativismus schließlich in der Erkenntnistheorie als Lehre, nach der die Dinge nicht selbst, sondern nur die Beziehungen und Verhältnisse der Dinge untereinander erkennbar sind und es keine vom Erkennenden unabhängige absolut gültige Erkenntnis gibt. In ethischer Hinsicht gibt es keine allgemein und absolut gültigen sittlichen Werte und Normen. Diese unterliegen vielmehr einem stetigen, an die geschichtliche

⁸⁵⁵ R.Eisler in „Handwörterbuch der Philosophie“ 1.Auflage S. 557 ff. sowie 2.Auflage S. 683; die Definitionen in den beiden Auflagen 1913 und 1929 stimmen weitgehend überein. In der ersten Auflage stellt Eisler fest, dass, Husserl, Windelband, Riehl, Moser, Rickert, Münsterberg, Natorp, Ewald, Nelson u.a. die Absolutheit logischer bzw. ethischer Geltungen gegen den Relativismus beteuern. Der Relativismus, zu dessen Vertretern Cassierer und Carnap gehören, ist danach eine Position, derzufolge wir nur Relationen in und zwischen Dingen erkennen können und nicht die Dinge selbst. Für W.Windelband in „Kritische oder Genetische Methode?“ S. 264 ist der Relativismus als wissenschaftliche Theorie reine Selbsttäuschung. Als Theorie setzt er die Feststellbarkeit von Tatsachen in allgemeingültiger Weise voraus sowie die Möglichkeit, aus den Tatsachen etwas zu erschließen, was alle anerkennen sollen. Der Relativismus bezeugt so, was er eigentlich bekämpft, nämlich „die Geltung erkenntnistheoretischer Grundsätze und logischer Normen“. Daher vernichtet nach W.Windelband in „Was ist Philosophie?“ S.43 derjenige den Relativismus, der ihn beweist.

⁸⁵⁶ H.Schnädelbach in „Handbuch wissenschaftstheoretischer Begriffe“ S. 556, 560

⁸⁵⁷ M.Carrier in „Enzyklopädie und Wissenschaftstheorie“ Band 3, S. 564

Entwicklung einzelner Kulturen gebundenen Wandel⁸⁵⁸. Relativismus⁸⁵⁹ bedeutet nach Emge, dass Werturteile nicht beweisbar sind⁸⁶⁰. Ausdruck einer relativistischen Auffassung im Bereich der Rechtswissenschaften ist u.a. die den Rechtspositivismus maßgeblich auszeichnende positivistische Trennungsthese⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ A.Regenbogen/U.Meyer in „Wörterbuch der philosophischen Begriffe“ S. 564

⁸⁵⁹ Für C.A.Emge in „Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus“ S. 2 ff., 24 sind typische Vertreter des Relativismus Radbruch und Kantorowicz, die den Relativismus bewusst zur Charakterisierung ihrer rechtsphilosophischen Richtung herausstellen sowie Jellinek, Weber und Somlo. Emge erkennt ein Verdienst der Südwestdeutschen Schule darin, dass diese den Gegensatz von Wert und Wirklichkeit, den bereits Kant behandelte, noch weiter herausarbeitete. Zu den Vertretern eines modernen Relativismus zählt E.F.Sauer in „Staatsphilosophie“ S. 4, 187, 188 neben Jellinek und Weber insbesondere auch Radbruch und Kelsen. Die Zuordnung Radbruchs zu den Wertrelativisten wird von Sauer für die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg aufgrund von dessen Bekenntnis zu den Menschenrechten jedoch aufgehoben. G.Jellinek in „Allgemeine Staatslehre“ S. 13 ff., 228, 237 FN 1 und in „System der subjektiven öffentlichen Rechte“ S. 13 FN 1, nach Emge (S.3) der erste Vertreter des Relativismus, betont die besondere Bedeutung und Behandlung von Werturteilen. Nach Jellineks Ansicht können letzte Zwecke nicht allgemein, sondern nur auf dem Wege metaphysischer Spekulation aufgezeigt werden. Die Wissenschaft kann die Erreichung der letzten Zwecke nur als hypothetisches Ziel auffassen. Die Möglichkeit andersgearteter teleologischer Beurteilung ist zuzugeben. Werturteile sind unbeweisbar und daher stets von gleichem wissenschaftlichem Interesse. Für den Relativisten Kantorowicz gibt es zwar eine Wahrheit an sich, Werte aber nur für geschichtlich gegebene individuelle oder kollektive Persönlichkeiten. H.Kantorowicz führt in „Zur Lehre vom richtigen Recht“ S. 26 daher aus, dass es die Möglichkeit der Nötigung zur Anerkennung der Wahrheit auf dem Gebiet der Werte nicht gibt. Es gibt zwar eine objektive Richtigkeit auf dem Gebiet des Erkennens, aber nicht auf dem Gebiet des Fühlens, Sollens und Wollens.

⁸⁶⁰ C.A.Emge in „Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus“ S. 25, 16, 2 ff., 24; M.Kriele in „Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus“ S. 14, 18 hält Emges Ansicht für zu eng, weil nicht jeder Relativist der Ansicht sein muss, dass bei jedem Urteil über Gerechtigkeit Werturteile vorausgesetzt werden, möglich seien auch Urteile seinsmetaphysischer Art. Kriele fasst den Relativismus daher in den beiden Sätzen zusammen: *“Eine gültige Gerechtigkeitslehre muss Kriterien angeben, die erlauben, im Einzelfall zu entscheiden, was gerecht und ungerecht ist”* und *“Kriterien der Gerechtigkeit gibt es nicht.”*

⁸⁶¹ W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 142, 114, 115 stellt fest, dass die meisten Positivisten Wertrelativisten sind und dass aus Sicht des modernen Positivismus nur die axiomatische und empirische Methode zur Sicherung wissenschaftlicher Erkenntnis in Frage kommen und die Erkenntnis von Werten auf dieser Grundlage tatsächlich nicht möglich ist. Er verdeutlicht jedoch, dass der Positivismus nicht zwangsläufig zum Ausschluss anderer Erkenntnisarten von Werten, wie beispielsweise einer utilitaristischen, führt. Damit ist auch aus positivistischer Sicht generell eine rationale Erörterung von Wertfragen möglich. Die Werteerkenntnis ist also nicht unmöglich, sie muss vielmehr nur eine Erkenntnis anderer Art sein. Zum Verhältnis des erkenntnistheoretischen Positivismus zum Wertrelativismus stellt Ott zusammenfassend fest, dass beide *„logisch voneinander unabhängige Thesen“* sind, *„auch wenn sie faktisch bei vielen Denkern in Verbindung miteinander aufzutreten pflegen“*. Beispielsweise muss auch eine utilitaristische Werteerkenntnis in einem positivistischen System theoretisch als möglich erachtet werden. Zumindest in der überpositiven Sphäre wird eine rationale Moralbegründung von Positivisten wie Austin oder Hart für möglich gehalten. Daher ist die Auffassung von H.J.Sandkühler in „Natur des Rechts und Relativismus im Recht“ S.136, wonach der Relativismus mittelbare Folge des Rechtspositivismus ist, da man sich durch die strikte Ablehnung des Naturrechts zwingend dem Relativismus ausliefert, nicht überzeugend. Auch E.-J.Lampe in „Grenzen des Rechtspositivismus“ S.9 ist der Ansicht, dass Positivismus nicht gleichbedeutend ist mit

2. Vergleich Hans Kelsen und Gustav Radbruch

Der Relativismus ist neben dem Methodendualismus bestimmendes Wesensmerkmal der Reinen Rechtslehre Kelsens⁸⁶². Es war Kelsens Ziel, die Rechtswissenschaft von der Rechtspolitik zu trennen und sie dadurch zu einer echten und eben reinen, nicht wertbehafteten Wissenschaft zu machen⁸⁶³. Während die Rechtspolitik gestaltend wirkt, soll das gestaltende Element bei der Rechtswissenschaft ausgeschlossen werden und einzig die Erkenntnis des Rechts im Vordergrund stehen. Es sind jedoch nur Erkenntnisse brauchbar, die wissenschaftlich beweisbar sind. Damit entfallen allgemeingültige Aussagen über den Inhalt von Normen und Werten. Von der wissenschaftlichen Erkenntnis werden ausschließlich relative Werte akzeptiert, absolute Werte werden ausgeschlossen⁸⁶⁴.

Relativismus. M.Kriele in „Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus“ S. 13 weist in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass man den Relativismus als Lehre der Rechtsphilosophie vom Positivismus als Lehre der Rechtstheorie unterscheiden muss. Nach den Grundsätzen des Rechtspositivismus ist das positiv gesetzte Recht verbindlich, einerlei, ob es gerecht ist oder nicht. Der Rechtspositivismus geht zwar oft mit dem Relativismus zusammen, er muss dies jedoch nicht. Ordnet man den Wert der Rechtssicherheit im Naturrecht nur hoch genug an und gibt dem positiven Recht im Konfliktfalle aus diesem Grund den Vorrang vor dem Naturrecht, so ist der Rechtspositivismus mit dem Naturrecht durchaus verträglich. Relativisten sind also immer zugleich Rechtspositivisten, weil der Relativismus kaum eine andere Rechtstheorie zulässt. Rechtspositivisten sind jedoch nicht immer auch Relativisten., sie können durchaus auch Naturrechtler sein. Beispielsweise, wenn sie den Wert der Rechtssicherheit so hoch stellen, dass sie dem positiven Gesetz im Vergleich zu dem von ihnen angenommenen Naturgesetz immer den Vorrang geben. Radbruch und Kelsen sind für Kriele (S.13) Relativisten und Positivisten. Kriele ist schließlich der Ansicht, dass insbesondere Kelsen den Fehler begangen hat, „*die notwendige Zusammengehörigkeit von Positivismus und Relativismus zu behaupten*“. H.Kelsen in „Was ist Gerechtigkeit?“ S. 41, 45 Fussnote 21; Krieles Verweis auf Kelsens Schrift „Was ist Gerechtigkeit?“ geht fehl. Kelsen stellt dort nämlich lediglich fest, dass die Anschauung, Gerechtigkeit sei etwas Relatives, zwangsläufig mit dem Rechtspositivismus verbunden ist. Kelsen spricht in dieser Schrift außerdem nicht vom Positivismus als Gegenkonzept zum Naturrecht, sondern vielmehr vom „*relativistischen Rechtspositivismus*“ als Wissenschaft vom Recht, die die Rechtfertigung des positiven Rechts ablehnt. Richtig ist hingegen, dass H.Kelsen es in „Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus“ S. 281 ff., 295 mit dem Prinzip der Positivität für unvereinbar hält, wenn eine Grundnorm einen materiellen und absoluten Gerechtigkeitswert in eine Rechtsordnung trägt.

⁸⁶² R.Lippold in „Recht und Ordnung“ S. 266 ff., 273 erkennt in Kelsen einen Relativisten und in der Reinen Rechtslehre eine relativistische Rechtslehre; aus den Grundsätzen des Methodendualismus, der philosophischen Basis des relativistischen Rechtspositivismus, wird die Eigenständigkeit des Rechtssystems, d.h. die Trennung von außergesetzlichen Faktoren, wie Ethik, Politik oder sozialer Umstände, und damit der Relativismus sowie der Stufenbau der Rechtsordnung abgeleitet.

⁸⁶³ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 1, in „Reine Rechtslehre“ 1.Auflage S. 1, in „Was ist die Reine Rechtslehre?“ S. 620 ff. und in „Wer soll Hüter der Verfassung werden?“ S. 1922

⁸⁶⁴ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 403

Eine relativistische Wertlehre ist dabei keineswegs frei von Werten oder Gerechtigkeitsgedanken. Die Gerechtigkeit und die durch Rechtssetzungsakte konstituierten und unseren Werturteilen zugrundeliegenden Werte sind aber eben nur relativ. Sie schließen niemals die Gültigkeit entgegengesetzter Werte aus, beanspruchen also keine Allgemeingültigkeit⁸⁶⁵. Jedes Rechtssystem ist nur aufgrund der Beurteilung anhand eines bestimmten Moralsystems moralisch oder unmoralisch, konstituiert also nur einen relativen moralischen Wert⁸⁶⁶.

Auch Radbruchs Rechtsphilosophie wird wesentlich durch den Relativismus bestimmt⁸⁶⁷. Den philosophischen Hintergrund für den Radbruchschen Relativismus bilden Simmel, Rickert und Weber⁸⁶⁸. Bereits Simmel stellt fest, dass Wertfestsetzung nicht Sache der Wissenschaft, sondern des Willens ist, und dass es unmöglich ist, *„die Bestimmung des ethischen Sollens von der Zufälligkeit letzter Wertgefühle zu erlösen und an beweisbare, rationale Notwendigkeiten zu heften“*⁸⁶⁹. Auch Rickert ist der Ansicht, dass die objektive Geltung der sogenannten atheoretischen Werte, zu denen ethische, ästhetische und religiöse Werte zählen, jedem wissenschaftlichen Beweis entzogen ist⁸⁷⁰. Nach Weber kann es niemals Aufgabe einer Erfahrungswissenschaft sein, *„bindende Normen und Ideale zu*

⁸⁶⁵ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 69

⁸⁶⁶ G.König legt in „Historisches Wörterbuch der philosophischen Begriffe“ S. 619 seiner Zuordnung der Ausführungen Kelsens zur relativistischen Gerechtigkeitsphilosophie die folgenden Antwort Kelsens auf die Frage danach, ob der Relativismus überhaupt eine Moral hat oder amoralisch oder gar unmoralisch ist, zugrunde: *„Das moralische Prinzip, das einer relativistischen Wertlehre zugrunde liegt oder aus ihr gefolgert werden kann, ist das Prinzip der Toleranz, das ist die Forderung, die religiöse oder politische Anschauung anderer wohlwollend zu verstehen, auch wenn man sie nicht teilt, ja gerade, weil man sie nicht teilt, und daher ihre friedlichen Äußerungen nicht zu verhindern. Es versteht sich von selbst, dass sich aus einer relativistischen Weltanschauung kein Recht auf absolute Toleranz ergibt; Toleranz nur im Rahmen einer positiven Rechtsordnung, die den Frieden unter den Rechtsunterworfenen garantiert, indem sie ihnen jede Gewaltanwendung verbietet, nicht aber die friedlichen Äußerungen ihrer Meinungen einschränkt.“* H.Kelsen in „Was ist Gerechtigkeit?“ S. 40, 41

⁸⁶⁷ K.Adomeit in „Rechts- und Staatsphilosophie I“, S. 84 stellt in diesem Zusammenhang fest, dass bereits Aristoteles mit seinem Verweis auf die unterschiedlichen Vorstellungen von der Angemessenheit in der Nikomachischen Ethik die philosophisch ausweglose werterelativistische Haltung einnahm, dass es jedoch Radbruch war, der dieser Haltung mit der Schrift „Der Relativismus in der Rechtsphilosophie“ die richtige Sprache leiht.

⁸⁶⁸ so auch Z.U. Tjong in „Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch“ S. 42 ff.; H.-P.Schneider in „Kritische Justiz, streitbare Juristen“ S. 300; G.König in „Historisches Wörterbuch der philosophischen Begriffe“ S. 619

⁸⁶⁹ G.Simmel in „Einleitung in die Moralwissenschaft“ Band 2 S. 75, 76

⁸⁷⁰ H.Rickert in „System der Philosophie“ S. 150

ermitteln, um daraus für die Praxis Rezepte ableiten zu können“⁸⁷¹. Radbruchs Werterelativismus gründet sich auf die These, dass die letzten Werte nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig sind. Damit sind die letzten Sollenssätze axiomatisch und nicht beweisbar, sind „*allgemeingültige, für alle Zeiten und Völker verbindliche Rechtsaussagen*“ nicht möglich⁸⁷². Dies führt in der Ausbildung des Radbruchschen rechtsphilosophischen Systems dazu, dass sowohl die Zweckmäßigkeit selbst wie auch das Verhältnis der drei Elemente der Rechtsidee den unterschiedlichen Parteiauffassungen unterliegen⁸⁷³. Die drei Elemente der Rechtsidee, Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit, beherrschen das Recht in gleichem Maße, zu verschiedenen Zeiten in unterschiedlicher Ausprägung⁸⁷⁴. Der Relativismus wird so zu dem bestimmenden Element. Dem Einzelnen werden die Entscheidungsmöglichkeiten dargelegt, die letzte Entscheidung obliegt jedoch seinem Gewissen⁸⁷⁵. Der Relativismus erfährt durch die herausgehobene Stellung der Rechtssicherheit, die dem Streit der Parteiauffassungen im Zweifel ein Ende zu setzen hat, zwar eine systembezogene, auf das Verhältnis der Elemente bezogene, Einschränkung, ist jedoch nie in seiner

⁸⁷¹ M.Weber in „Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis in Wissenschaftslehre“ S. 149 ff.; die empirischen und philosophischen Disziplinen können im Bereich der Werturteile nach Webers Ansicht zwar Aufgaben leisten, wie die Ermittlung letzter oder auch neuer Wertaxiome oder die Deduktion der Konsequenzen bestimmter Wertaxiome, aber es ist alleine Aufgabe des wollenden Menschen, die sich in konkreten Werturteilen manifestierenden Wertaxiome letztlich zur Entscheidung zu bringen. Es ist somit eine persönliche Frage des Wollens und Gewissens und nicht des Erfahrungswissens des beurteilenden Subjekts, ob es sich zu bestimmten Wertmaßstäben bekennt.

⁸⁷² G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 82; G. Spandel in „Jurist in einer Zeitwende“ S. 27

⁸⁷³ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 71, 72

⁸⁷⁴ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 74, 75; Radbruch liefert Beispiele, bei denen jeweils das eine oder das andere Prinzip den beherrschenden Ton angab. Die Zweckmäßigkeit ist das vorherrschende Prinzip in einem Polizeistaat. Im Naturrechtszeitalter versuchte man allein aus dem Prinzip der Gerechtigkeit den Inhalt des gesamten Rechtssystems herzuleiten, während im Zeitalter des Rechtspositivismus allein die Rechtssicherheit ausschlaggebend war. Das letzte Beispiel unterzieht er einer besonderen Kritik, da nach seiner Ansicht in dieser Zeit sowohl die Rechtsphilosophie als auch die Rechtspolitik fast vollständig zum Erliegen kamen. Darauf weist Radbruch auch in der „Vorschule der Rechtsphilosophie“ explizit hin. G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GA Band III S. 137 ff.

⁸⁷⁵ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 10, 11; W.Sauer in „System der Rechts- und Sozialphilosophie“ S. 467, 468 vermisst bei der Südwestdeutschen Schule der Neukantianer die Reinheit der Erkenntnis, spricht ihnen dafür jedoch eine größere Lebensnähe zu. Die Rechtsphilosophie wird vom Logismus zu metaphysischen Gedankengängen hingeleitet. Radbruch wirft er allerdings eine „*wissenschaftliche Unzulänglichkeit*“ vor, weil dieser an prinzipieller Stelle bei einem für den Leser unbefriedigenden Relativismus stehen bleibt. In „Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie“ stellte Sauer auf S. 63 fest, dass sich Radbruchs Relativismus letztlich „*geradezu unwissenschaftlich von selbst erledigt*“. W.Sauer stellt in „Einführung in die Rechtsphilosophie“ S. 68 schließlich fest, dass der Relativismus, „*der den Leser auf schwankendem Boden im Stich läßt*“, in eine Zwickmühle führt.

Existenz gefährdet. Zudem bleibt die Zweckmäßigkeit den Parteauffassungen unterworfen und damit ein rein relativistisches Element der Rechtsidee⁸⁷⁶. An die herausgehobene Stelle der Rechtssicherheit tritt in der späteren Schaffensphase Radbruchs die Gerechtigkeit. Eine partielle Beschneidung erfährt der Relativismus schließlich dadurch, dass Radbruch dem Gemeinwohl nur noch eine untergeordnete Rolle zuordnet und damit die Bedeutung des relativistischen Bestandteils der Rechtsidee, der Zweckmäßigkeit, einschränkt. Der Relativismus bleibt jedoch bis zuletzt bestimmendes Element. Im Relativismus sah Radbruch letztlich die Möglichkeit, der Gerechtigkeit näher zu kommen, er „galt ihm nicht als Ziel, wohl aber als Weg zu Erkenntnis des Richtigen“⁸⁷⁷.

Der wesentliche Unterschied hinsichtlich der Rolle und der Bedeutung des Relativismus in den Lehren von Kelsen und Radbruch ist darin zu sehen, dass Kelsen den Relativismus seinem System zugrunde legt, ohne ihn selbst zu einem Bestandteil des Systems zu machen, während Radbruch den Relativismus durch seine Zwecklehre und die rechtsphilosophische Parteienlehre als System des möglichen Wertens entwickelt⁸⁷⁸. Der Relativismus ist bei Kelsen „*Methode der Rechtsphilosophie*“, für Radbruch bildet er nach eigenem Bekunden ein Bauglied im Rahmen des Systems der Rechtsphilosophie⁸⁷⁹. Der Relativismus dient Radbruch zur Geltungsbegründung des Rechts über die Grundnorm und die Normativität des Faktischen.

⁸⁷⁶ Nach U. Neumann in „Gustav Radbruch – Rechtsphilosoph und Politiker“ S. 385 setzt der Wettbewerb der politischen Auffassungen Meinungsfreiheit, Religionsfreiheit und Pressefreiheit voraus. So mündet der Relativismus in den Liberalismus und relativiert sich schließlich selbst, „weil er bestimmte prozedurale politische Strukturprinzipien begründet, die sich als Konsequenz der Unentscheidbarkeit der Kontroverse zwischen den unterschiedlichen politischen Lagern ergeben“.

⁸⁷⁷ G. Sprenger in „Die Wertlehre des Badener Neukantianismus“ S. 166

⁸⁷⁸ Z. U. Tjong in „Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch“ S. 53 ff.

⁸⁷⁹ G. Radbruch in „Der Relativismus in der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 18; entsprechend stellt Cattaneo fest, dass der Relativismus für Radbruch im Gegensatz zu Kelsen nicht wissenschaftliche Theorie, sondern vielmehr politische Philosophie ist. Radbruch führt in „Der Relativismus in der Rechtsphilosophie“ in Übereinstimmung mit der „Rechtsphilosophie“ auch ausdrücklich aus, dass der Relativismus die einzige mögliche Grundlage für die verbindliche Geltung des positiven Rechts ist. Und er schließt zwar die Existenz eines Naturrechts aus (S. 18), leitet aus dem Relativismus aber gleichzeitig absolute Forderungen ab und begründet so die sachlichen Forderungen des Naturrechts, namentlich Menschenrechte, Freiheit und Gleichheit, Rechtsstaat, Gewaltenteilung und Volkssouveränität (S. 22). So auch M. A. Cattaneo in „Gustav Radbruch als Theoretiker und Verteidiger des Rechtsstaates“ S. 184, 185

Der Relativismus, auch als kennzeichnendes Element des Rechtspositivismus, sieht sich immer wieder mit dem Vorwurf konfrontiert, Gewaltherrschaften wie die der Nationalsozialisten⁸⁸⁰ wenn nicht gar zu ermöglichen oder moralisch zu rechtfertigen so doch zumindest zu begünstigen⁸⁸¹. Radbruchs System entzieht sich

⁸⁸⁰ Hinsichtlich des Dritten Reichs hat H.Dreier hat in „Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?“ S. 122 ff. gezeigt, dass das Rechtsverständnis der Nationalsozialisten ein naturrechtliches und kein positivistisches war. Dem Vorwurf, rechtspositivistisch geschulte Juristen seien aufgrund ihres blinden Gehorsams gegen totalitäre Systeme machtlos, hält er entgegen, dass sich die Juristen im Dritten Reich instrumentalisieren ließen. Darüber hinaus zeigt Dreier, dass der staatsrechtliche Positivismus bereits in der Weimarer Republik zurückgedrängt wurde und eine neue geisteswissenschaftliche Richtung entgegen dem Wertrelativismus, den Kelsen und Radbruch als geistige Grundlage der Demokratie betrachteten, objektive und ideale Grundlagen des Staates identifizieren wollte. V.Neumann führt in „Richtiges Recht Radbruchs Rechtsphilosophie und der staatsrechtliche Positivismus Heidelberger Prägung“ S. 223 aus, dass das NS-System „die Konformität seines Rechtsstaates denn auch nicht mittels der Sachlichkeit des Positivismus, sondern über die Identifikation mit dem nationalsozialistischen Geist“ sicherte. M.Kriele weist in „Rechtspositivismus und Naturrecht – politisch betrachtet“ S. 155 bezogen auf die im Zusammenhang mit dem Nationalsozialismus am Rechtspositivismus geäußerte Kritik außerdem zu Recht darauf hin, dass „diese Positivismuskritik verkennt, dass gerade das positivistische Prinzip legalen Gesetzesgehorsams den Juristen oft auch die Möglichkeit gab, sich auf den Wortlaut der Gesetze zu berufen, um sich gegen Uminterpretationen aus dem Geist der nationalsozialistischen Weltanschauung oder des gesunden Volksempfindens wenigstens eine zeitlang zu sperren“. Ähnlich K.Füßer in „Rechtspositivismus und gesetzliches Unrecht“ S. 316 ff.. Nach M.Kriele in „Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus“ S. 23, 25 hatten letztlich sowohl die Relativisten wie auch ihre Gegner Anteil an der Zerstörung des Rechts. Die Relativisten, indem sie erklärten, Kriterien der Gerechtigkeit gäbe es nicht, die Gegner, indem sie die Frage nach den Kriterien für überflüssig erklärten. Diese Ansicht überzeugt nicht. Ziel des Relativismus war schließlich nicht die Gleichgültigkeit gegenüber Gerechtigkeitsforderungen, sondern lediglich die Ausklammerung der Werteschöpfung aus dem der wissenschaftlichen Beweisbarkeit zugänglichen Bereich. Zustimmung verdient hingegen Krieles Aussage, wonach sich die Relativisten bereits verdient gemacht haben, soweit sie nach den Kriterien der Gerechtigkeit gefragt und auf deren politische Bedeutung hingewiesen haben

⁸⁸¹ G.Luf stellt in „Zur Verantwortlichkeit des Rechtspositivismus für gesetzliches Unrecht“ S. 31 fest, dass sich die Berechtigung dieses Vorwurfs zwar nicht mit der positivistischen Vorstellung von der inhaltlichen Beliebigkeit des Rechts erklären lässt, da gerade auch die Betonung der Gesetzesform ein Schutzmechanismus ist, dass aber die Relativierung allen Rechtsinhalts Delegitimierungstendenzen begünstigt, da die rechtlichen Grundlagen demokratischer Legitimität auf der Ebene des Positivismus nicht als bewahrenswertes Gut begründet werden können. U.Neumann weist den Vorwurf in „Gustav Radbruch - Rechtsphilosoph und Politiker“ S. 384 zurück, da der Positivismus nicht das Grundmuster des nationalsozialistischen Denkens bildete und das Verhalten der Nationalsozialisten teilweise gegen die Normen des gesetzten Rechts verstieß. Er räumt allerdings ein, dass „der Positivismus mit seiner systematischen Verdrängung rechtsethischer Probleme zu einer Verkümmern des rechtsethischen Problembewusstseins der Juristen jedenfalls beigetragen hat“. M.Kriele in „Recht und praktische Vernunft“ S. 130 vertritt die Ansicht, dass sich das Legitimitätsdefizit der Weimarer Republik, welches zu ihrer legalen Selbstpreisgabe in nationalsozialistischen Totalitarismus führte, in der Rechtsphilosophie der Epoche, für die er stellvertretend Kelsen und Radbruch nennt, widerspiegelt. G.Radbruch stellt in „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ SJZ 1946, S. 107 fest, dass der Positivismus mit seiner Überzeugung „Gesetz ist Gesetz“, den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht hat gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Einen Diskussionsbeitrag Kelsens aus dem Jahre 1963, veröffentlicht in F.-M-Schmölz in „Das Naturrecht in der politischen Theorie“ S.148

diesen Vorwürfen bei genauerer Betrachtung bereits durch die seinem Werk in allen Phasen innewohnende Wertebezogenheit, die Ausrichtung der Rechtsidee nach der Gerechtigkeit. Über die Vorwürfe erhaben sind in jedem Fall seine Nachkriegsveröffentlichungen. Der Vorwurf greift indes ohnehin zu kurz. Zwar können relativistische Systeme wie die Reine Rechtslehre oder bei entsprechender Auslegung auch Radbruchs Rechtsphilosophie jedes Unrechtssystem theoretisch rechtfertigen⁸⁸². Nach dem Selbstverständnis der Relativisten wie Kelsen und Radbruch war der Relativismus jedoch gerade der Versuch, der liberalen Demokratie eine neue theoretische Grundlage zu geben. Vor einer realen Macht muss außerdem jedes, auch jedes naturrechtliche Werte verabsolutierende System die Waffen strecken. Kein Rechtssystem kann sich gegen systemwidrige Angriffe wehren. Kein Theorem kann Unmenschlichkeiten verhindern, wenn es nicht erfolgreich durch politische Maßnahmen verteidigt wird. Der Vorwurf der Machtlosigkeit des Relativismus übersieht schließlich, dass eine ungerechte Norm nach werterelativistischem Verständnis zwar geltendes Recht sein kann, damit aber keine Aussage über die Billigung oder Missbilligung der Norm unter moralischen Gesichtspunkten getroffen wird. Der handelnde Jurist wird durch die Reine Rechtslehre oder Radbruchs Rechtsphilosophie moralisch nicht entlastet, da beide Lehren keine moralischen Aussagen treffen. Die moralische Wertung obliegt jedem Einzelnen. Der Vorwurf, relativistisch ausgebildete Juristen wären unzureichend auf solche Vorkommnisse vorbereitet, übersieht, dass der Relativismus die Juristen nicht zur Meinungslosigkeit erzieht, sondern die Meinungsbildung und Wertefestlegung lediglich aus der Rechtsphilosophie ausklammert und dem Bereich der Rechtspolitik überlässt. Der Relativismus, wie ihn Radbruch und Kelsen vertreten, soll die Menschen nicht wehrlos machen, er soll Ihnen gerade Entscheidungen auferlegen.

kann man als Bestätigung dieser These verstehen: *„Vom Standpunkt der Rechtswissenschaft ist das Recht unter der Nazi-Herrschaft ein Recht. Wir können es bedauern, aber wir können nicht leugnen, daß das Recht war....Wir können es verabscheuen, so wie wir eine Giftschlange verabscheuen, wir können aber nicht leugnen, daß es existiert. Das heißt, daß es gilt. Das ist das Wesen. Ich wiederhole noch einmal meine Herren: Die Grundnorm kann an der Gegebenheit des Rechts nichts ändern!“*.

⁸⁸² R.Hendler führt in „Die Staatstheorie Hans Kelsens“ S.496 zu Kelsen aus, dass sich die Reine Rechtslehre *„bei Berücksichtigung der jeweiligen historischen Situation als eine nicht ganz unbrauchbare Ideologie des Bestehenden erweist – sei dies nun rechts oder links, gerecht oder ungerecht, despotisch oder demokratisch...sie vermag die etablierte gesellschaftliche Ordnung wirkungsvoll vor Kritik und politisch möglicherweise unbequemen Untersuchungen seitens des Rechtswissenschaftlers zu schützen“*.

Kelsen und Radbruch sahen im Relativismus mehr Segen als Fluch. Sie waren der Kritik ausgesetzt, der Relativismus stelle eine Flucht des Rechtsphilosophen vor allgemeingültigen Entscheidungen dar, stelle dadurch den Einzelnen vor Entscheidungszwänge und lasse damit die Gesellschaft im Stich. Genau in der Selbstverantwortlichkeit des Einzelnen sahen sie jedoch die Chance und Stärke des Relativismus. Gerade hier liegt eine große Übereinstimmung ihrer Arbeiten. Es gibt keine andere Frage, in deren Beantwortung sich Kelsen und Radbruch so nahe kommen wie in dieser. Nach Kelsens Ansicht liegt es zwar in der Natur des Menschen, dass er allgemeingültige Antworten auf bedeutende Fragen, wie die der Gerechtigkeit, sucht. Die Rechtswissenschaft kann auf diese Frage jedoch keine Antwort geben. Der Relativismus zwingt den einzelnen Menschen, die entscheidende Wahl zu treffen. Es obliegt jedem einzelnen Menschen, zu entscheiden, welche der verschiedenen Gerechtigkeitsnormen er der Beantwortung dieser Frage zu Grunde legt, welche Gerechtigkeitsnorm er also zur Grundlage seines Werturteils macht. Der Relativismus lässt den Menschen also nicht im Stich, sondern er bringt ihm erst zu Bewusstsein, dass er selbst die entscheidende Wahl treffen muss. Das Naturrecht stellt hingegen eine Flucht des Menschen vor der Wahl dar, indem Gott, der Natur oder der Vernunft die Bestimmung der Werte überlassen wird. Damit wird der einzelne Mensch vordergründig von der Verantwortung entbunden, wobei Kelsen betont, dass letztlich immer der Mensch selbst die Gerechtigkeitsnormen bestimmen muss⁸⁸³. Diese Ansicht teilt Radbruch. Er sieht im Relativismus keinen Nachteil, sondern vielmehr ein Ziel. Nach seiner Auffassung ist es nicht die Aufgabe der Philosophie, Entscheidungen abzunehmen, sondern uns vor solche zu stellen⁸⁸⁴. Erst die relativistische Rechtsphilosophie hilft, aus den entgegengesetzten letzten Voraussetzungen systematisch Rechtsauffassungen zu entwickeln. Dadurch werden dem Menschen die verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten mitsamt ihren Folgen gezeigt. Kelsen und Radbruch ist die Suche des Menschen nach letzten Antworten stets bewusst. Beide wissen jedoch, dass diese Entscheidungen dem Gewissen des einzelnen Menschen obliegen und überpersonale, letzte und allgemeingültige Antworten nicht gegeben werden können. Beide weisen ausdrücklich auf diesen Umstand hin und wollen dem Menschen auf diese Weise deutlich machen, dass er die notwendigen Entscheidungen selbst treffen muss und auch immer selbst getroffen hat. Werte

⁸⁸³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 442

⁸⁸⁴ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 75

beinhaltende Lehren können zwar helfen, Entscheidung zu rechtfertigen, sie lassen die Menschen letztlich jedoch in dem falschen Glauben, die Entscheidung nicht selbst getroffen zu haben.

V. Positivismus

1. Begriff des Rechtspositivismus

Für die Naturrechtslehren erschließt sich aus der natürlichen Ordnung der Dinge, was recht und gerecht ist. Der Rechtspositivismus als vermeintliches Gegenkonzept verzichtet auf die ontologische Funktionalisierung der Natur als Grundlage des Rechts, „*der Wert des Rechts ist im positivierten Recht repräsentiert*“⁸⁸⁵. Der Rechtspositivismus ist jedoch ebenso wenig einheitliches System wie das Naturrecht. Will man die unterschiedlichen, vermeintlich rechtspositivistischen Ansätze Kelsens und Radbruchs tatsächlich als positivistisch einordnen, muss ihnen ein übereinstimmendes Grundprinzip zu eigen sein.

Die drei Hauptrichtungen des Rechtspositivismus sind der etatistische, der psychologische und der soziologische Positivismus⁸⁸⁶. Unter der Bezeichnung des etatistischen Positivismus werden diejenigen Theorien zusammengefasst, welche die Positivität in der Setzung von Normen durch eine soziale Autorität, in aller Regel einer staatlichen Instanz, erblicken. Die bedeutendste Variante ist der Gesetzespositivismus, der nur das in einem verfassungsgemäßen Verfahren

⁸⁸⁵ H.J.Sandkühler in „Natur des Rechts und Relativismus im Recht“ S. 134, 135; der Rechtspositivismus ist dabei dem allgemeinen philosophischen Positivismus verwandt. Vertreter beider Richtungen knüpfen an das tatsächlich, d.h. positiv Gegebene an, um zu gesicherten Erkenntnissen zu gelangen. Dieses tatsächlich Gegebene ist etwas unbestreitbar Wirkliches. W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 19; auch G.Dilcher in „Der rechtswissenschaftliche Positivismus“ S. 511 erkennt zumindest im Formellen Ähnlichkeiten zwischen philosophisch-sozialwissenschaftlichem und rechtswissenschaftlichem Positivismus. Nach Dilcher suchen beide „*Gesetze zu erkennen durch Herstellung von Wirkungsbeziehungen zwischen vorgefundenen positiven Elementen*“, beide „*blenden zum Zwecke der klaren Erfassung eine dahinterstehende Metaphysik*“ aus, „*der Logik kommt in der Methodik beider Wissenschaftsrichtungen ein dominierender Platz zu*“.

⁸⁸⁶ D.Tripp in „Der Einfluß des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert“ S. 287 bezeichnet die soziologischen und psychologischen Rechtstheorien als falschen Positivismus, da sie „*in keinem Merkmal einer auf empirischer Grundeinstellung beruhenden.....Tatsachenwissenschaft*“ entsprechen und dem „*Irrationalismus der idealistischen, spekulativen Lehren, gegen die sie sich dem Anschein nach wenden, nicht entgegengetreten sind*“.

zustande gekommene staatliche Gesetzesrecht als Recht im eigentlichen Sinne ansieht. Der materielle Inhalt des Rechts ist ohne Bedeutung, es zählt ausschließlich der formal korrekte Erlass. Der Gesetzespositivismus führt zu einer uneingeschränkten juristischen Machtposition des Gesetzgebers, einer positivistischen Machttheorie. Die Positivität des Rechts wird nach dem Gedanken des psychologischen Positivismus in bestimmten Gefühls- und Bewußtseinsinhalten gesehen⁸⁸⁷. Der soziologische Positivismus erkennt die Positivität des Rechts schließlich darin, dass bestimmte menschliche Verhaltensweisen der Gruppengenossen oder des Rechtsstabes vorliegen⁸⁸⁸.

Eine einheitliche Begriffsbildung des Rechtspositivismus ist nicht möglich⁸⁸⁹.

Coing ist beispielsweise der Ansicht, dass sich der Rechtspositivismus mit drei Thesen darstellen lässt⁸⁹⁰. Nur positives Recht ist Recht. Das positive Recht beansprucht unbedingten Gehorsam; objektive Sätze der Gerechtigkeit gibt es

⁸⁸⁷ Dabei kann man weiter zwischen den sogenannten individuellen Anerkennungstheorien, wonach die Anerkennung jedes einzelnen Normadressaten ausschlaggebend ist, und den generellen Anerkennungstheorien, die die Anerkennung der Mehrheit der Normadressaten voraussetzen, unterscheiden. Nach Kelsen, der die Grundnormvoraussetzungen verschiedener Geltungstheorien offen legte, kann man aus der Anerkennung keine Geltung ableiten. Tut man dies, so setzt man eine Grundnorm voraus, die besagt, dass dasjenige Normsystem als geltend angesehen werden soll, das von den Normadressaten anerkannt wird. R.Walter in „Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre?“ S.27 mit Verweis auf H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 226 ff.; Radbruch lehnt die Anerkennungstheorien mit dem Hinweis darauf ab, dass die tatsächliche Anerkennung keine Funktion des Willens ist, die Geltung also letztlich auf den wahren Willen des Rechtsunterworfenen gegründet wird und damit ein Übergang von einer historisch-soziologischen zu einer philosophischen Geltungslehre stattfindet. G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 79, 80

⁸⁸⁸ Unterschieden werden nach W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 24 ff. dabei Verhaltensweisen wie das tatsächliche Verhalten der Menschen aus einem Gefühl der Empörung heraus (Gefühlstheorie nach Ehrlich) oder die Wahrscheinlichkeit der Anwendung eines Sanktionsapparates (soziologische Zwangstheorie nach Weber und Geiger). Von den drei genannten Hauptgruppen sind schließlich noch selbständige Theorien wie diejenigen Harts, MacCormicks und Weinbergers zu unterscheiden.

⁸⁸⁹ Nach W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 29 ist bereits das Wort Rechtspositivismus bereits mehrdeutig. Das Wort Recht wird in unterschiedlichen Zusammenhängen und für verschiedene Erscheinungen verwendet. Eine analytisch-semantische Definition scheidet somit aus. In Betracht kommen lediglich synthetisch-semantische Definitionen, die keine Aussage über die Wahrheit treffen, sondern den Begriff des Rechts erst festlegen. Oft wird zur Begriffsbestimmung auf die Verwandtschaft des Rechtspositivismus mit dem allgemeinen philosophischen Positivismus zurückgegriffen. Beide Strömungen lehnen jede Form metaphysischer Spekulation ab und richten sich nur nach dem positiv Gegebenen. H.Coing in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ S. 59 ff.; W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 105, 106 mit weiteren Nachweisen; bereits R.Eisler in „Wörterbuch der philosophischen Begriffe“ S. 657 stellt fest, dass der allgemeine philosophische Positivismus alle Metaphysik negiert.

⁸⁹⁰ H.Coing in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ S. 77, 78

nicht, vielmehr sind sittliche Wertungen als rein subjektive Überzeugungen anzusehen. Die Auslegung des Gesetzes hat sich grundsätzlich auf die grammatisch-logische Auslegung zu beschränken; teleologische Erwägungen und Werteerwägungen sind ausgeschlossen und gehören in den von der Rechtswissenschaft strikt zu trennenden Bereich der Rechtspolitik. Nach Hart kommen die sich im Umlauf befindlichen Bedeutungen des Positivismus in fünf Thesen zum Ausdruck ⁸⁹¹. Gesetze sind menschliche Befehle. Es besteht kein notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und Moral. Die Bedeutungsanalyse von Begriffen ist zu unterscheiden sowohl von empirischen Untersuchungen über das Recht wie auch von der kritischen Würdigung des Rechts unter dem Gesichtspunkt der Moral oder sonstiger sozialer Zielvorstellungen. Das Recht ist ein in sich geschlossenes System, aus dem sich mittels logischer Deduktion – ohne Rücksicht auf außerpositive Prinzipien – richtige rechtliche Entscheidungen fällen lassen. Moralische (insbesondere rechtspolitische) Urteile sind rational nicht begründbar (ethischer Nonkognitivismus). Für Baratta sind die folgenden drei Thesen für den Rechtspositivismus von Bedeutung ⁸⁹². Im Rahmen des Rechtspositivismus wird die Gültigkeit von Rechtsnormen nur von der Tatsache abgeleitet, dass Rechtsorgane sie aufstellen, deren rechtssetzende Zuständigkeit sich aus Normen ergibt, die die Organisation der Rechtsordnung regeln; der Rechtspositivismus bzw. die ihm zugrundeliegende Geisteshaltung unterscheidet das Recht, wie es ist, vom Recht, wie es ein soll, als zwei von einander trennbare und zu trennende Problemkreise. Der Rechtspositivismus ist eine Wertetheorie, nach welcher das Sein-Sollen nicht vom Sollen ableitbar ist, Werturteile sind daher nicht rational begründbar oder beweisbar. Der Rechtspositivismus stellt eine Methode zur Fassung und Interpretation der Gesetze dar, die auf der Idee der Rechtssicherheit beruht.

Ott unterscheidet die drei bei den meisten Begriffsbestimmungen und Definitionen angesprochenen Problemkreise ⁸⁹³. Das sind erstens die Bestimmung des Begriffs

⁸⁹¹ H.L.A.Hart in „Recht und Moral“ S. 23; nach Harts Ansicht sind diese fünf Thesen zwar verwandt, aber dennoch logisch unabhängig. Man kann jede vertreten und ohne in Widersprüche zu geraten, die anderen widerrufen. Bentham und Austin vertreten beispielsweise die ersten drei, nicht aber die letzten beiden Thesen. Zusammenfassende Darstellung der fünf Thesen in N.Hoerster „Einleitung zu H.L.A. Harts Recht und Moral“ S. 6

⁸⁹² A.Baratta in „Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus“ S. 233, 235

⁸⁹³ W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 106, 107

des Rechts⁸⁹⁴, zweitens das Interpretations- und Lückenproblem⁸⁹⁵ und drittens das Wertproblem⁸⁹⁶. Aus der Betrachtung dieser drei Problemkreise schließt Ott, dass für die Definition einzig ausschlaggebend sein kann, welchen Begriff des Rechts die einschlägigen Theorien voraussetzen⁸⁹⁷. Ott definiert den Rechtspositivismus im weiteren Sinn folgendermaßen: „*Unter Rechtspositivismus soll hier verstanden werden jede Theorie, die unter Vermeidung metaphysischer Annahmen (d.h. insbesondere der Existenz Gottes, eines Ideenreiches, einer vernünftigen Weltordnung, einer unveränderlichen Natur des Menschen oder einer teleologisch bestimmten Natur) den Begriff des Rechts mit Hilfe empirischer Merkmale bestimmt, die jeweils veränderlich sind.*“⁸⁹⁸ Ausschlaggebende Elemente dieser Definition sind der Ausschluss der Metaphysik, die Begriffsbestimmung durch empirische Merkmale und die Veränderlichkeit dieser Merkmale. Da die Metaphysik als Quelle für die Begriffsbestimmung ausscheidet, muss auf rein empirische, nicht auf Werte bezogene Merkmale zurückgegriffen werden. Der Inhalt des Rechts ist also ohne Bedeutung. Nur die Positivität selbst dient als Kriterium des Rechtsbegriffs. Die Definition bezieht sich zwangsweise auf die physische oder psychische Wirklichkeit. Konstituierende Merkmale sind beispielsweise Akte von Machthabern oder Gesetzgebern bzw. die tatsächliche Anwendung und Befolgung von Regeln sowie psychologische Tatsächlichkeiten,

⁸⁹⁴ In diesen Bereich gehören die Merkmale der Positivität, die Rechtsgeltung, die Trennung von Recht und Moral sowie die Relativität und Beliebigkeit des Rechtsinhalts.

⁸⁹⁵ Das betrifft die Frage nach der Bindung des Richters gegenüber dem Gesetz und nach der (Nicht-) Berechtigung einer rein formallogischen Rechtsanwendungsmethode.

⁸⁹⁶ Dieser Problemkreis betrifft die Fragen nach der (Un-) Möglichkeit einer rationalen Begründung von axiologischen Sätzen, nach dem Verhältnis von Sein und Sollen und nach dem Widerstandsrecht im moralischen Sinne.

⁸⁹⁷ W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 197, 108; der zweite Problemkreis kann für die Definition nicht herangezogen werden, da damit die nach allgemeiner Ansicht wichtigsten Protagonisten des Rechtspositivismus wie Austin, Kelsen, Bierling, Ehrlich, Ross, Geiger und Hart aufgrund ihrer Theorien einer schöpferischen Funktion der Rechtsanwendung plötzlich nicht mehr dem Rechtspositivismus zuzurechnen wären. Denn läge das Hauptaugenmerk auf dem zweiten Problemkreis, wäre nur eine Rechtstheorie als positivistisch definierbar, welche eine rein formale Rechtsanwendungsmethode vorschlägt. Der dritte Problemkreis kann hingegen nicht ausschlaggebend sein, da die Frage nach der rationalen Begründbarkeit axiologischer Sätze und nach der Möglichkeit der Ableitung von Sollenssätzen aus Seinssätzen die Fachphilosophen und insbesondere die Moralphilosophen in gleichem Maße interessiert wie die Juristen. Sie sollte daher nicht zum ausschlaggebenden Gesichtspunkt einer rechtstheoretischen Definition gemacht werden.

⁸⁹⁸ In einem engeren Sinne kann man nach W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 108 nur den etatistischen Positivismus dem Rechtspositivismus zuordnen. Und im engsten Sinne positivistisch ist letztlich nur der Gesetzespositivismus, der durch eine eigene Rechtsanwendungslehre gekennzeichnet ist.

wie die Anerkennung oder ein Sollenserlebnis. Die Existenz des Rechts ist einzig von dessen Positivität abhängig, d.h. davon, dass es „wirklich geworden ist“⁸⁹⁹. Aus dieser Überlegung ergeben sich u.a. zwei Konsequenzen. Zum einen setzt das Recht voraus, dass sich im tatsächlichen Bereich Vorgänge nachweisen lassen. Zum anderen erfolgt eine zwingende Unterscheidung von Recht und Moral⁹⁰⁰. Es besteht eine weitgehende Übereinstimmung dahingehend, dass diese auch als Trennungsthese bezeichnete Scheidung von Recht und Moral zwingende Grundlage des positivistischen Rechtsbegriffs ist⁹⁰¹. Den dritten Bestandteil der Definition nach Ott bildet schließlich die Veränderlichkeit der Merkmale. Der Rechtsinhalt ist je nach den örtlichen und zeitlichen Umständen ein anderer. Es kann demnach kein allgemeingültiges, von den jeweiligen äußeren Umständen unabhängiges positives Recht geben⁹⁰².

⁸⁹⁹ W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 110, 111

⁹⁰⁰ Die Begriffsbestimmung mit Hilfe der Empirie führt automatisch zur Bedeutungslosigkeit des Inhalts bzw. dessen Gerechtigkeit und damit zur positivistischen Trennungsthese, nach der keine inhaltlichen Kriterien in den Begriff des Rechts aufgenommen werden. Davon unberührt bleibt selbstverständlich die inhaltliche Beurteilung eines Rechtssystems aufgrund moralischer Wertungen, die auch von Rechtspositivisten vorgenommen wird. In die Gestaltung eines Rechtssystems fließen immer moralische Vorstellungen ein, ohne dass diese jedoch die eigentliche Begriffsbestimmung des Rechts beeinflussen. Nur in manchen Ausgestaltungen wie beispielsweise bei Kelsen ist der Rechtspositivismus auch in der überpositiven Sphäre mit einem ethischen Relativismus verbunden. Andere Theorien wie beispielsweise der britische Rechtspositivismus von Hobbes, Bentham, Austin oder Hart, halten eine rationale Moralbegründung in der überpositiven Sphäre für durchaus möglich. Die Favorisierung eines positivistischen Rechtsbegriffs unter gleichzeitiger Anerkennung absoluter Werte ist demnach durchaus möglich. W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 114, 115

⁹⁰¹ So beispielsweise R.Dreier in „Der Begriff des Rechts“ S. 890; N.Hoerster in „Zur Verteidigung des Rechtspositivismus“ S. 2480, in „Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff“ S. 184, in „Recht und Moral“ S. 12, 14 und in „Richtigstellung über den Rechtspositivismus“ S. 416; H.Geddert in „Recht und Moral“ S. 220; M.Kriele in „Recht – Vernunft – Wirklichkeit“ S. 453 ff.; R.Walter in „Hans Kelsen, die Reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit“ S. 210, der gleichzeitig darauf hinweist, dass die positivistische Trennungsthese ein kennzeichnender Punkt der Reinen Rechtslehre ist; K.Seidel in „Philosophische Aspekte der Mauerschützen-Prozesse“ S. 115; A.Baratta in „Philosophie und Strafrecht“ S.233; R.Alexi in „Begriff und Geltung des Rechts“ S. 15 ff.; das Gegenkonzept stellt die sogenannte Verbindungsthese dar. Deren Vertreter ordnen dem Rechtsbegriff einen moralischen Bestandteil zu. Unmoralische Normen verlieren ihren Rechtscharakter, das Naturrecht derogiert widersprechendes positives Recht. H.Geddert in „Recht und Moral“ S.220; R.Alexy in „Begriff und Geltung des Rechts“ S. 17

⁹⁰² W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 116

2. Vergleich Hans Kelsen und Gustav Radbruch

Kelsen war der bedeutendste Vertreter des Rechtspositivismus im deutschsprachigen Raum im 20. Jahrhundert⁹⁰³. Die Reine Rechtslehre stellt nach Kelsen eine Fortentwicklung des Positivismus des 19. Jahrhunderts dar, welcher sich bereits mit dogmatischen Methoden befasste⁹⁰⁴. Kelsen stellt selbst fest, dass die Reine Rechtslehre eine Theorie des positiven Rechts ist, „des positiven Rechts schlechthin, nicht einer speziellen Rechtsordnung...“⁹⁰⁵. Die Trennung von Recht und Moral ist nach Kelsen die wesentlichste Konsequenz des Rechtspositivismus. Kelsens berühmte Feststellung, dass jeder beliebige Inhalt Recht sein kann⁹⁰⁶, stellt ein Bekenntnis zur positivistischen Trennungsthese dar und macht ihn zum Positivisten⁹⁰⁷. Weitere Konsequenzen des Rechtspositivismus sind nach Kelsen die rechtspolitische Forderung der Vorhersehbarkeit von Rechtsentscheidungen und der Rechtssicherheit und die damit verbundene Annahme der Lückenlosigkeit des Rechts⁹⁰⁸. Die Reine Rechtslehre ist dem etatistischen Rechtspositivismus zu

⁹⁰³ H.J.Sandkühler in „Natur des Rechts und Relativismus im Recht“ S. 136; auch O.Weinberger in „Logik, Wirklichkeit und Positivität in der Reinen Rechtslehre“ S. 436 erkennt in Kelsens Lehre in allen Phasen seiner geistigen Entwicklung eine normativistische und positivistische Lehre. Nach O.Weinberger in „Rechtspositivismus, Demokratie und Gerechtigkeitstheorie“ S. 502 strebt Kelsen einen normativistischen Rechtspositivismus an; J.Moór bezeichnet Kelsens Lehre in „Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus“ S. 59 als Prototyp des Rechtspositivismus.

⁹⁰⁴ Kelsen schreibt in der Einleitung zur ersten Auflage der Reinen Rechtslehre: „Denn die bekämpfte Theorie ist keineswegs so unerhört neu und zu allem bisher Dagewesenen in Widerspruch. Sie kann als Fortentwicklung von Ansätzen verstanden werden, die sich schon in der positivistischen Rechtswissenschaft des 19.Jahrhunderts ankündigen.“ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S.III; R.Walter weist in „Hans Kelsen“ S. 479 darauf hin, dass Kelsen mit der Festlegung des Betrachtungsgegenstands an den älteren Positivismus anknüpft, „der ebenfalls die positiv gesetzten (nicht von übermenschlichen Autoritäten erlassenen) effektiven sozialen Regelungen mit Zwangscharakter als Gegenstand der Rechtswissenschaft annahm“.

⁹⁰⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 1; in einer nie erschienenen, aber von R.A.Métall in „Hans Kelsen und seine Wiener Schule der Rechtstheorie“ S. 22 ff. zitierten Vorrede Kelsens zu einer geplanten Festschrift für seinen Freund Weyr definierte Kelsen einen Positivisten wie folgt: „die Wirklichkeit so sehen wollen, wie sie ist und wie man sie sehen muß, wenn man sie wissenschaftlich begreifen will.“

⁹⁰⁶ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 201; dabei leugnet die Reine Rechtslehre entgegen der ihr gegenüber geäußerten Kritik nicht weder das Werthafte des Rechts noch schließt sie die Inhaltsbetrachtung aus. Sie liefert die Begriffe zur Beschreibung des Inhalts der einzelnen Rechtsordnungen. Nach R.Walter in „Reine Rechtslehre und Wertbetrachtung im Recht“ S.316 ff. steht sie insofern „im Dienste des Rechtsinhalts“.

⁹⁰⁷ R.Alexy in „Hans Kelsens Begriff des relativen Apriori“ S. 179, 180

⁹⁰⁸ H.Kelsen in „Was ist juristischer Positivismus?“ S. 468

zurechnen⁹⁰⁹. Vom älteren Rechtspositivismus unterscheidet sich die Reine Rechtslehre insbesondere dadurch, dass jener von der positiven Wirksamkeit der Anordnungen einer sozialen Autorität auf die Geltung des Rechts schließt, während diese die gesetzten Anordnungen so betrachtet, als ob sie geltendes Recht wären⁹¹⁰. Kelsen lehnt den auf Fakten beruhenden Rechtspositivismus genauso ab wie die klassische Naturrechtslehre⁹¹¹. Er erhebt den Anspruch, mit der Reinen Rechtslehre das Richtige aus diesen beiden großen Theorietraditionen zu bewahren, ohne gleichzeitig in die jeweiligen Fehler zu verfallen⁹¹². Die Vorzüge sind einerseits die Trennung von Recht und Tatsache beim klassischen Naturrecht und andererseits die Trennung von Recht und Moral beim Positivismus. Die Fehler sind die Vermengung von Recht und Moral bzw. die Reduktion des Rechts auf Fakten. Kelsen verbindet die Normativitätsthese mit der Trennungsthese und geht so letztlich einen Mittelweg⁹¹³. Da eine Deduktion normativer Aussagen aus der Existenz empirisch greifbarer Tatbestände aufgrund des Methodendualismus unmöglich ist, ist in der Reinen Rechtslehre nicht die dem Sein zuzurechnende Wirksamkeit von Anordnungen Grundlage der Geltung des Rechts, sondern eine fiktive Grundnorm⁹¹⁴. Damit kann nach Kelsens Theorie die Geltungsfrage

⁹⁰⁹ Kelsen betonte selbst die Nähe der Reinen Rechtslehre zur „analytical jurisprudence“, welche zweifelsohne zum statistischen Rechtspositivismus zu zählen ist: „*The orientation of the pure theory of law is in principle the same as that of the so-called analytical jurisprudence.*“ H.Kelsen in „General Theory of Law and State“, Cambridge 1949, S. XV; W.Ott weist in „Der Rechtspositivismus“ S. 32, 33 darauf hin, dass diese Zuordnung gerechtfertigt ist, obwohl Kelsen auch die vorstaatliche Ordnung primitiver Gesellschaften und die überstaatliche Ordnung des Völkerrechts erfasst, da er der relativ zentralisierten Rechtsordnung eine überragende Rolle beimisst.

⁹¹⁰ R.Walter in „Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre“, S. 73; R.Thienel in „Hans Kelsen“ S. 345

⁹¹¹ R.Walter in „Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft“ S. 16, 17 weist darauf hin, dass Kelsen die Notwendigkeit einer philosophischen Begründung der Rechtswissenschaft erkannte. Die Naturrechtslehre scheitert an der Unmöglichkeit der rationalen Erkenntnis letzter Werte. Der althergebrachte Positivismus scheitert an der Tatsächlichkeit der effektiven Wirksamkeit, mithin am Grundsatz des Methodendualismus, der Unableitbarkeit eines Sollens aus einem Sein; R.Thienel in „Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz“ S. 100, 101 weist daraufhin, dass dem Naturrecht und dem älteren Positivismus gemein ist, dass sie nach einem letzten Geltungsgrund suchen, einmal in präpositiven obersten Werten, einmal im Faktum der sozialen Macht. Aus kritizistischer Sicht sind beide einem herkömmlichen Begründungsdenken verbunden. Beide weichen auf eine Dogmatisierung bestimmter Positionen aus, letzten nicht mehr weiter ableitbaren Werten einerseits und der Setzungsbefugnis einer effektiven sozialen Macht andererseits. Kelsen gibt diesen normtheoretischen Dogmatismus und die Idee der Letztbegründung auf zugunsten eines normtheoretischen Skeptizismus.

⁹¹² Stanley L Paulson in Fritz Sander und Hans Kelsen „Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre“, S. 7

⁹¹³ S.L.Paulson in „Einleitung. Neukantianismus und Rechtsphilosophie“ S. 13

⁹¹⁴ Da die Reine Rechtslehre ihren Geltungsgrund in der fiktiven Grundnorm findet, einer Norm, die naturrechtlichen Normen gleich, außerhalb des positiven Rechts liegt, wurde ihr gelegentlich ein

dahingestellt bleiben. Folge der Reinen Rechtslehre ist somit, dass ein einfacher Rückschluss von der Wirksamkeit von Normen auf deren Geltung unmöglich ist. Diese Tatsache stellt eine erkenntniskritische Komponente dar, man kann die Reine Rechtslehre daher auch als „*kritischen Rechtspositivismus*“ bezeichnen⁹¹⁵. Erst die Reine Rechtslehre schuf eine erkenntnistheoretische Fundierung des klassischen Rechtspositivismus⁹¹⁶. Dieses Bemühen um eine systematische Begründung des Rechts wird Kelsen einerseits als weltferne Logelei vorgeworfen, in der Sollensbegründung wird er aus dem Kreis der Positivisten verbannt, andererseits kritisiert man das Freihalten des positiven Rechts von metaphysischen und naturrechtlichen Elementen nach Gewinnung der Geltungsebene als Beliebigkeit des Rechts, als Auslieferung an die geschichtliche Kontingenz⁹¹⁷.

naturrechtlicher Ansatz vorgeworfen. Kelsen selbst führt aus, dass die Grundnorm in einer positivistischen Rechtslehre keine Norm des positiven Rechts ist, da sie nicht durch Gesetzgebung oder durch Gewohnheit gesetzt wurde. Auch in einem naturrechtlichen System beruht die Geltung des positiven Rechts auf einer Norm, die keine Norm des positiven Rechts ist, als dessen Wertmaß sie fungiert. Dennoch ist der Unterschied zwischen einer positivistischen Rechtslehre und einer Naturrechtslehre nach H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S.225, 443 groß genug, um auszuschließen, dass die Theorie der Grundnorm eine Naturrechtslehre ist. Die Grundnorm bestimmt lediglich den Geltungsgrund und nicht den Geltungsinhalt des positiven Rechts. Vom Geltungsinhalt ist der Geltungsgrund völlig unabhängig. Die Inhaltsbestimmung überlässt die Grundnorm dem durch die Verfassung bestimmten Prozess der positiven Rechtserzeugung. Für die Geltung des positiven Rechts ist es unbeachtlich, ob der Inhalt gerecht oder ungerecht ist. Die Grundnorm ist mithin keine Gerechtigkeitsnorm und kann daher im Gegensatz zum Naturrecht nie ein Wertmaß des positiven Rechts sein. Sie dient somit auch nicht der ethisch-politischen Funktion der Rechtfertigung, wie es das Naturrecht tut: „*Die von der Reinen Rechtslehre festgestellte Grundnorm ist kein von dem positiven Recht verschiedenes Recht, sie ist nur sein Geltungsgrund, die transzendental-logische Bedingung seiner Geltung und hat als solche keinen ethisch-politischen, sondern einen erkenntnistheoretischen Charakter.*“ Für E.Wolf in „Das Problem der Naturrechtslehre“ S.60, 61 ist die Reine Rechtslehre trotz der Ablehnung des Naturrechts letztlich eine umgekehrte Naturrechtsdoktrin, „*als ihr behaupteter Positivismus (nämlich das Absehen von jederlei historischem Inhalt und ethischer Forderung) eine höchst individualistisch (als abstrakte Freiheit eines abstrakten Menschen) gedachte Natur (des Rechts) voraussetzt, die solche Aussagen von sich errät*“.

⁹¹⁵ R.Walter in „Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre“, S. 10, 11

⁹¹⁶ R.Walter in „Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre“, S. 11; R. Walter in „Das Lebenswerk des Hans Kelsen: Die Reine Rechtslehre“ S. 3; nach H.Kimmel in „Die Aktualität Kelsens“ S. 297 ist Kelsen zwar Positivist, gleichzeitig erschöpft sich die Reine Rechtslehre allerdings nicht im Positivismus, da Kelsen in der Sollensbegründung Transzendentalphilosoph ist.

⁹¹⁷ H.Kimmel in „Die Aktualität Kelsens“ S. 297, 298; Kimmel weist den zweiten Vorwurf ausdrücklich zurück. Die Frage nach dem Wertgehalt des Rechts ist eine axiologische und keine rechtliche Frage. Die Rechtswissenschaft ist deskriptiv. Sie erzeugt oder bewertet keine Normen. F.Kaulbach in „Die Begründung der Rechtsnormen in Reiner Rechtslehre und in einer transzendentalen Philosophie des Rechts“ S. 366, 367 vermisst den nützlichen Gebrauch der Transzendentalphilosophie, der darin bestanden hätte, „*die Rechtsnorm mit der positiven Wirklichkeit zu vermitteln und dem Prinzip der Gerechtigkeit Rechnung zu tragen, ohne in das alte Naturrecht zurückfallen zu müssen*“; H.Köchler in „Zur transzendentalen Struktur der Grundnorm“ S. 517; R.Dreier in „Recht – Moral – Ideologie – Studien zur Rechtstheorie“ S. 227 ff. sieht in der Trennung von Rechtswissenschaft und Rechtspolitik

Es mag aufgrund von Radbruchs Ausführungen zur Positivitätsforderung des Rechts⁹¹⁸ auf den ersten Blick nicht erstaunen, wenn er immer wieder dem Rechtspositivismus zugeordnet wird⁹¹⁹. Eine eindeutige Standortbestimmung ist allerdings bereits aufgrund der Widersprüchlichkeit von Radbruchs eigenen Äußerungen problematisch⁹²⁰. Dementsprechend unterschiedlich fallen auch die

zwar ein bedeutendes Verdienst der Reinen Rechtslehre, hält diese Trennung aber für nicht unproblematisch, weil der Bereich der Rechtspolitik nicht der Unwissenschaftlichkeit preisgegeben werden darf. H.Schambeck führt in „Möglichkeiten und Grenzen der Rechtslehre Kelsens“ S. 134 verteidigend aus, *„daß Kelsen klar und deutlich die Möglichkeiten und Grenzen des positiven Rechts in normativer Sicht aufgedeckt und so die entscheidende Voraussetzung geboten hat, das Wissen um das positive Recht mit dem Gewissen um seine Anwendung zu verbinden“*. B.Rüthers in „Rechtstheorie“ S.277 sieht Kelsens Verdienst nicht zuletzt darin, das Problem der Geltung des Rechts systematisch analysiert und offengelegt zu haben.

⁹¹⁸ Für G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 70, 71 fordert die Sicherheit des Rechts eine Positivität des Rechts, denn *„wenn nicht festgestellt werden kann, was gerecht ist, so muß festgesetzt werden, was rechtsam sein soll und zwar von einer Stelle, die, was sie festsetzt, auch durchzusetzen in der Lage ist. Die Positivität des Rechts wird damit in höchst merkwürdiger Weise selbst zur Voraussetzung seiner Richtigkeit: es gehört ebenso sehr zum Begriffe des richtigen Rechts, positiv zu sein, wie es Aufgabe des positiven Rechts ist, inhaltlich richtig zu sein.“*

⁹¹⁹ So beispielsweise M.Kriele in „Grundprobleme der Rechtsphilosophie“ S. 6, der feststellt, dass einige Rechtspositivisten unter ihnen Radbruch mit seinen Aufsätzen „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ und „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ nach dem zweiten Weltkrieg von ihren rechtspositivistischen Positionen zurückwichen, indem sie eine Rechtspflicht im Extremfall vermeinten. K.Adomeit in „Rechts- und Staatsphilosophie II“ S. 161 stellt fest, dass es *„erschreckend einseitige und harte Worte“* von Radbruch gibt, *„die ein Banner für den Positivismus aufpflanzen“*, und nennt als Beispiel die Ausführungen G.Radbruchs in „Rechtsphilosophie“ S.84 zu der Verehrungswürdigkeit des Richters, der sein eigenes Rechtsempfinden ignorierend, unhaltbar erscheinende Gesetze getreulich anwendet. K.Adomeit in „Rechts- und Staatsphilosophie II“ S.148 kommt schließlich zu dem Ergebnis, dass es bei Radbruch nie ein „Damaskus-Erlebnis“ (Fritz von Hippel) gab, er aber rechtspositivistische Thesen wie die eben angeführte vertrat und letztlich dem Positivismus zuzurechnen war. Auch E.Fechners Ausführungen in „Rechtsphilosophie“ S. 187 können nur so verstanden werden, dass er zumindest den frühen Radbruch zu den Rechtspositivisten zählt. Fechner stellt nämlich fest, dass sich auch ausdrückliche Anhänger des Rechtspositivismus genötigt sahen, den Grundsatz des Positivismus aufzugeben, der alleine das gesetzte Recht als bindend anerkennt, wobei hier die Radbruchsche Formel als Grenze gelten soll.

⁹²⁰ So spricht Radbruch in der „Rechtsphilosophie“ S. 80, 81 – kritisch gegenüber dem Naturrecht, auch G.Radbruch in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ GRGA 2 S.23 ff.; „Einführung in die Rechtswissenschaft“ (1910) GRGA 1 S. 109; „Einführung in die Rechtswissenschaft“ (1929) GRGA 1 S.236 – einerseits vom „Irrtum“, von den „Irrlehren“ und der „Unmöglichkeit“ des Naturrechts und der fehlenden Möglichkeit einer rechtsphilosophischen Geltungslehre *„den Imperativen eines Paranoikers, der sich König dünkt, mit zwingenden Gründen die Geltung abzusprechen“*, stellt andererseits aber bereits hier fest, dass sich keine Rechtfertigung für die Geltung nachweislich unrichtigen Rechts finden lässt. In „Rechtsphilosophie“ S.83 führt er ganz unpositivistisch aus, dass *„der unbedingte Vorrang der durch jedes positive Recht erfüllten Forderung der Rechtssicherheit vor den von ihm vielleicht unerfüllt gelassenen Forderungen der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit“* nicht unbedingt dargetan ist. In „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ GRGA 2 S.171 stellt Radbruch ausdrücklich fest, dass die rechtsphilosophische Geltungslehre dem ungerechten positiven Recht im

Urteile in der Literatur aus. So wird er einerseits dem Rechtspositivismus zugeordnet⁹²¹, andererseits seine Distanz zum Rechtspositivismus betont⁹²².

Gegensatz zur juristischen Geltungslehre durchaus die Geltung absprechen kann. In „Rechtsphilosophie und Rechtspraxis“ GRGA 2 S.497. 498 weist Radbruch darauf hin, dass Rechtsphilosophie ohne ein Minimum an Naturrecht unmöglich ist, warnt aber gleichzeitig „vor einer Überspannung des naturrechtlichen Denkens“. Kritisch zum Positivismus äußert sich Radbruch in „Die Problematik der Rechtsidee“ GRGA 2 S.467, und wirft diesem vor, er habe „die planvolle Untersuchung der Zweckmäßigkeit und gar der Gerechtigkeit gesetzten Rechts auf lange Zeit zum Stillstand, Rechtsphilosophie und Rechtspolitik Jahrzehnte hindurch nahezu zum Schweigen gebracht“. In der Rezension zu Leonard Nelsons „Die Rechtswissenschaft ohne Recht“ GRGA 1 S.533 schließt sich Radbruch dem Verfasser insoweit an, als dieser zu Recht die Machtvergötterung, den Götzendienst des philosophischen Zeitgeistes gegenüber der Macht anprangert. Widersprüchliche Äußerungen finden sich schließlich auch in den Rezensionen zu Viktor Cathreins „Naturrecht und positives Recht“ GRGA 1 S.528 ff. und zu Joseph Mausbachs „Naturrecht und Völkerrecht“ GRGA 1 S.534, 535. In der Cathrein Rezension äußert sich Radbruch noch ablehnend gegenüber einem Naturrecht christlicher Prägung. In der Mausbach Rezension kritisiert Radbruch dann jedoch die Machtvergötterung des Positivismus und spricht sich für ein Naturrecht christlicher Prägung aus. In „Einführung in die Rechtswissenschaft“ (1929) GRGA 1 S.219, 236 stellt Radbruch fest, dass der Inhalt des positiven Rechts im Belieben des Gesetzgebers steht und es kein anderes Recht als das gesetzte, positive Recht gibt. In „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ GRGA 2 S.24 stellt Radbruch fest, dass es keinen einzigen Rechtssatz gibt, der grundsätzlich richtig oder unrichtig ist. In einem Brief an Eric Wolf stellte Radbruch noch am 26.04.1939 fest, dass er in einem positivistischen Zeitalter wurzle und der Positivismus ihm als notwendiges Ideal erscheint. G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ 4. Auflage, S. 72, 73 Fußnote Nr.3

⁹²¹ So beispielsweise M.Kriele in „Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus“ S. 13; F.Bauer in „Festschrift für Gustav Radbruch“ S. 302; W.Rosenbaum in „Naturrecht und positives Recht“ S. 130; P.Bonsmann in „Die Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs“ S. 107; H.-L.Schreiber „Der Begriff der Rechtspflicht“ S. 124 ff., 127; R.Alexy in „Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs“ S. 95; V.Tomberg in „Degeneration und Regeneration der Rechtswissenschaft“ S. 21, 22; N.Leser in „Der Konflikt zwischen Recht und Gerechtigkeit“ S. 211; F.A.F.v.d.Heydte in „Existentialphilosophie und Naturrecht“ S. 141; G.Spendel in „Jurist in einer Zeitwende“ S. 28 ff.; R.Dreier in „Recht – Moral – Ideologie“ S. 188 und in „Recht – Staat – Vernunft“ S.31 ff.; H.Welzel in „Naturrecht und materielle Gerechtigkeit“ S. 190, 219 sieht in der neukantianischen Rechtsphilosophie die Komplementärphilosophie des Rechtspositivismus und wirft Radbruch vor, dieser habe „dem scharfkantigen Rechtsbegriff des Positivismus gleichsam die philosophische Weihe gegeben“. Nach M. Frommel in „Die Kritik am richtigen Recht durch Gustav Radbruch und Hermann Ulrich Kantorowicz“ S. 59 handelt es sich bei Radbruchs Relativismus um eine gemäßigt positivistische Rechtstheorie. Für A.Langner in „Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik“ S. 25, 165 verbindet sich neben Kelsen für die Weimarer Zeit mit dem Namen Radbruch „weithin der Begriff des Positivismus schlechthin“. Auch E.-J.Lampe in „Grenzen des Rechtspositivismus“ S. 9 erkennt in Radbruch offenbar einen Rechtspositivist, wenn er für den auf den Normanwender gemünzten Grundsatz des Rechtspositivismus Radbruch mit den Worten aus der Rechtsphilosophie S. 81 zitiert: „Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, daß er Recht zu setzen berufen ist.“ H.Weinkauff in „Was heißt das: Positivismus als juristische Strategie?“ S. 56 spricht von einer naturrechtlichen Bekehrung Radbruchs nach 1945, während zuvor ein „ungemein klares Bekenntnis“ zu einem „reinen Rechtspositivismus“ vorlag. E.Schmidt in „Montesquieus Esprit des Lois und die Problematik der Gegenwart von Recht und Justiz“ S. 179 FN.3; W.Maihofer spricht in „Die Natur der Sache“ S. 150, 151 von Radbruchs positivistischer Wertephilosophie und stellt fest, dass Radbruch den Rechtspositivismus wissenschaftlich mitbegründet hat; für B.Schumacher in „Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel“ S. 23 gehört Radbruchs Rechtsphilosophie zu den prominentesten Beispielen

Bereits der wertorientierte Rechtsbegriff unterscheidet Radbruchs Rechtsphilosophie vom Rechtspositivismus⁹²³. Der formelle Rechtssetzungsprozess für sich genommen lässt nach Radbruchs Ansicht kein Recht entstehen. Normen müssen gerechtigkeitorientiert sein. Diese Gerechtigkeitorientierung des Rechts schließt Radbruch aus dem Lager der Rechtspositivisten aus⁹²⁴.

einer „*positivistisch inspirierten Geltungslehre*“; K.Adomeit in „Rechts- und Staatsphilosophie II“ S. 148, 161; C.Vulpinus in „Gustav Radbruch in Oxford“ S. 92; eingeschränkt auch H.Coing in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ S. 82, der Radbruch insoweit dem Positivismus zuordnet, als dieser vertritt, dass Werturteile nur dem Bekenntnis, nicht der Erkenntnis zugänglich sind.

⁹²² Nach R.Leicht in „Obrigkeitpositivismus und Widerstand“ S. 192 war Radbruch nie schlechthin Positivist; E.Hippel führt in „Die drei Grundformen juristischen Denkens“ Spalte 643 aus, dass es Radbruch nie gelungen ist „*ein bloßer Positivist zu sein, weil er ein liebendes Herz besaß und in seiner Seele Wissenschaft, Kunst und Religion als eine Einheit trug*“; L.H.Meyer in „Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit wegen die Geltung absprechen“ S. 339, 340, 346 stellt zwar fest, dass Radbruchs anfänglicher metaethischer Relativismus historisch mit dem Positivismus assoziiert wird, hält diesen jedoch nicht für vereinbar mit Radbruchs wertphilosophischen Behauptungen, wie der Ausgestaltung der Rechtsidee oder der ethischen Begründung der richterlichen Gehorsamspflicht. Für die Nachkriegszeit stellt Meyer ausdrücklich fest, dass Radbruch dem Lager der Nichtpositivisten zuzuteilen ist. E.v.Hippel in „Die drei Grundformen des juristischen Denkens“ S. 643 stellt fest, dass Radbruch nie ein „*bloßer*“ Positivist war. Für A.Kaufmann in „Über Gerechtigkeit“ S. 16 ff., 474, in „Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart“ S. 109 ff., in „Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Rechtsphilosoph, Sozialdemokrat“ S. 32, in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ GRGA 1 S.85 und in „Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht“ S. 82 war Radbruch nie ausschließlich Positivist oder Naturrechtler, sondern stand vielmehr immer jenseits von Positivismus und Naturrecht. H.Lecheler in „Unrecht in Gesetzesform?“ S. 9 zählt Radbruch nicht zu den Positivist; auch F.Saliger in „Radbruchsche Formel“ S. 23 ff. zählt Radbruch nicht zu den Positivist. Saliger stützt seine Ansicht mit dem Leitmotiv des neukantianischen Wissenschaftsprogramms und dem nicht-positivistischen an der Rechtsidee ausgerichteten Rechtsbegriff; K.F.Röhl in „Allgemeine Rechtslehre“ S. 313 vertritt die Ansicht, dass Radbruch eine wertphilosophische Position vertrat. Eine positivistische Geltungslehre kann nur eine juristische und keine moralische Pflicht zum Gehorsam begründen. Radbruch hält das Recht aber nicht nur für juristisch gültig, sondern vielmehr für moralisch verbindlich, weil durch die bloße Existenz des Rechts wenigstens der Wert der Rechtssicherheit verbürgt wird. Daher trifft jedenfalls den Richter nicht nur eine juristische, sondern auch eine moralische Pflicht zum Gehorsam (G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 82 ff.).

⁹²³ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 29, 30

⁹²⁴ H.Scholler in „Die Rechtsvergleichung bei Gustav Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht“ S. 97; nach A.Kaufmann in „Gustav Radbruch“ S. 113 stellte die Orientierung des Rechtsbegriffs an der Rechtsidee eine Überschreitung des zeitgenössischen Rechtspositivismus dar. Nach Kaufmann lehnte Radbruch nur ein objektives Naturrecht, nicht jedoch ein subjektives im Sinne unveräußerlicher Menschenrechte ab.

Die Ausrichtung des Rechtsbegriffs an der Gerechtigkeit führt auch nach Kelsens Ansicht zu einer Ausgrenzung von Radbruchs Rechtsphilosophie aus dem Kreis der rechtspositivistischen Lehren. Nach Kelsen ist die Definition des Wesens des Rechts als Verwirklichung der Idee der Gerechtigkeit mit dem Rechtspositivismus unvereinbar⁹²⁵.

Vom Gesetzespositivismus unterscheidet sich Radbruchs Geltungslehre in Form der wertphilosophischen Fundierung der positivistischen Machttheorie⁹²⁶. Der Relativismus ist Fundament der Geltungslehre. Die Unmöglichkeit der Erkenntnis der Gerechtigkeit führt zur zwingenden Notwendigkeit der Festsetzung des Rechts, und zwar nicht auf der Grundlage der Vernunft, sondern des Willens und der Macht⁹²⁷. So wird nicht nur die juristische Gültigkeit, sondern die unbedingte Verbindlichkeit des Rechts begründet, da dessen bloße Existenz bereits den Wert der Rechtssicherheit verbürgt. Den Richter trifft nach Radbruchs Ansicht nicht nur eine juristische, sondern auch eine moralische Pflicht zum Gesetzesgehorsam. Der Gesetzespositivismus begründet demgegenüber weder die Verbindlichkeit des Rechts noch eine, über die rein juristische hinausgehende, moralische Gehorsamspflicht des Richterstandes⁹²⁸.

Die Nachkriegsveröffentlichungen Radbruchs entfernen diesen noch weiter vom Rechtspositivismus. Er weist in „Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht“ darauf hin, dass der Positivismus nicht aus eigener Kraft in der Lage ist, die Geltung von Gesetzen zu begründen, da sich auf Macht niemals ein Sollen und Gelten gründen lässt und modifiziert die Geltungslehre mit der Radbruchschen Formel dahingehend, dass unerträglich ungerechten Gesetzen die Geltung

⁹²⁵ H.Kelsen in „Was ist juristischer Positivismus?“ S. 468

⁹²⁶ Ein weiteres Unterscheidungskriterium ist die fehlende Beschränkung der Rechtsanwendung auf logische Operationen. W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 42; K.Seidel in „Rechtsphilosophische Aspekte der Mauerschützen-Prozesse“ S. 135 vertritt hingegen die Ansicht, dass Radbruch eine positivistische Geltungslehre vertritt, die eine moralisch begründete Grenze der Befolgungspflicht gegenüber dem positiven Recht enthält. Zwar ist Seidel darin zuzustimmen, dass die Rechtssicherheit in der Phase vor dem zweiten Weltkrieg das bestimmende Element der Geltungsbegründung ist, die wertphilosophische Geltungsbegründung ist mit einer rechtspositivistischen Lehre allerdings nicht vereinbar. Zutreffend führt Seidel jedoch weiter aus, dass die individuelle Moral bei Radbruch ein Korrektiv gegenüber inhumanen Gesetzen bildet, positives Recht also nicht unbedingt verpflichtend sei und Radbruchs Rechtsphilosophie damit auch hinsichtlich der Nachkriegsphase wertbeständig ist.

⁹²⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 81

⁹²⁸ W.Ott in „Der Rechtspositivismus“ S. 42, 43

abgesprochen wird⁹²⁹. Dabei gibt die Verleugnungsthese die den früheren Ausführungen entsprechende Ausrichtung des Rechtsbegriffs an der Gerechtigkeit wieder, wobei die fehlende Gerechtigkeitsausrichtung nun jedoch ausdrücklich den Rechtscharakter entfallen lässt. Die Unerträglichkeitsthese geht über Radbruchs frühere Lehre hinaus, indem sie festlegt, dass unrichtiges Recht der Gerechtigkeit bei unerträglichen Widersprüchen zu weichen hat. Die Radbruchsche Formel stellt eine Verbindung zwischen dem Recht und der Moral her. Wer sie vertritt, ist kein Rechtspositivist mehr⁹³⁰. Aufgrund ihrer Funktion als Auslegungsmittel und Leitbild ist auch die Lehre von der Natur der Sache bei aller Veränderlichkeit der Werteorientierung als Systembestandteil nicht mit rechtspositivistischen Grundsätzen vereinbar.

Radbruch war folglich zu keinem Zeitpunkt Rechtspositivist. Kaufmann sieht in dem immer wieder als „*Kronzeuge des Rechtspositivismus*“ bezeichneten Radbruch sogar den eigentlichen Überwinder desselben. Für ihn leitete Radbruch eine neue Ära der Rechtsphilosophie ein, jenseits von Naturrecht und Rechtspositivismus⁹³¹. Auch Dreier und Paulson unterscheiden bereits den frühen Radbruch vom Rechtspositivismus⁹³². Schon in den „Grundzügen der Rechtsphilosophie“ spricht dieser nämlich ungerechten Gesetzen im Zweifel die Geltung ab⁹³³. Diese Gedanken führt Radbruch in der „Rechtsphilosophie“ fort, indem er feststellt, dass Fälle denkbar sind, in denen die Unrichtigkeit des Rechts, seine Ungerechtigkeit oder Unzweckmäßigkeit so groß ist, dass der durch die Geltung einmal gesetzten Rechts gewährleistete Wert der Rechtssicherheit dagegen

⁹²⁹ G. Radbruch in „Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht“ in SJZ 1946 S. 107; G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GA 3 S. 152 ff.

⁹³⁰ R. Alexy in „Hans Kelsens Begriff des relativen Apriori“ S. 179, 180; ein Rechtspositivist stellt auf die ordnungsgemäße Gesetztheit und die soziale Wirksamkeit des Rechts ab. So stellt beispielsweise H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 206 ausdrücklich fest, dass jeder beliebige Inhalt Recht sein kann, und drückt damit die das Recht grundsätzlich von der Moral scheidende positivistische Trennungsthese aus. Demgegenüber stellt auch ein Vertreter der Radbruchschen Formel grundsätzlich auf die ordnungsgemäße Gesetztheit und die soziale Wirksamkeit des Rechts ab. Er setzt aber im Falle extremen Unrechts eine Grenze und schafft so eine wenigstens partielle Verbindung von Recht und Moral. Er nimmt die „inhaltliche Richtigkeit als limitierendes Kriterium in den Rechtsbegriff“ auf. R. Alexy in „Mauerschützen“ S. 4, 5

⁹³¹ A. Kaufmann in „Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart“ S. 21, 22. Nach G. Spendel in „Jurist in einer Zeitwende“ S. 11 bildet Radbruchs Lehre eine Brücke von der Vergangenheit zur Gegenwart und Zukunft. Die Zukunftsperspektive hat auch H.-P. Schneider in „Gustav Radbruchs Einfluß auf die Rechtsphilosophie der Gegenwart“ S. 351 ff. untersucht.

⁹³² R. Dreier und S. L. Paulson in „Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch“ S. 462, 465

⁹³³ G. Radbruch in „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ GRGA 2 S. 171

nicht ins Gewicht fallen kann⁹³⁴. Da Radbruch gleichzeitig von der Verpflichtung der Richter zur bedingungslosen Durchsetzung positiven Rechts ausgeht⁹³⁵, kann ein Widerspruch nur vermieden werden, indem man mit Dreier und Paulson zwischen einem bürger- und einem richteradressierten Teil der Radbruchschen Rechtsphilosophie unterscheidet und diese frühe Form der Unerträglichkeitsthese dem rein bürgeradressierten Teil zuordnet⁹³⁶. Doch selbst der richteradressierte Teil ist nicht dem Rechtspositivismus zuzuordnen, da Radbruch die Verpflichtung des Richters moralisch begründet⁹³⁷. Da die Definition des Rechtsbegriffs in der „Rechtsphilosophie“ neben dem Element der Normativität, welche zur Lehre von der Rechtsgeltung führt und zur Abgrenzung vom Rechtspositivismus irrelevant ist, das Merkmal der Generalität, also der Allgemeinheit der Gesetze, enthält, sehen Dreier und Paulson auch in der Bestimmung des Rechtsbegriffs eine Abweichung vom Rechtspositivismus⁹³⁸. Von seiner humanistischen Grundeinstellung geleitet, betonte Radbruch in seinen Vorlesungen und Beiträgen zur juristischen Bildung immer wieder, wie wichtig geistige Eigenständigkeit sei, und versuchte seine Zeitgenossen zur „*Ehrfurcht vor dem, was neben uns, was unter uns und was über uns ist*“⁹³⁹ zu erziehen. Diese Werteorientierung Radbruchs steht in deutlichem Widerspruch zur Wertelosigkeit des zeitgemäßen Positivismus. Selbst wenn man Radbruchs Philosophie mit Wolf als Positivismus bezeichnen wollte, was sich aus genannten Gründen verbietet, war diese zumindest realistisch-kritischer Gestalt und an Goethes Denken geschult und damit unzeitgemäß, weil nicht dem naturwissenschaftlichen Empirismus verwandt⁹⁴⁰.

⁹³⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 177

⁹³⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 83, 84

⁹³⁶ R.Dreier und S.L.Paulson in „Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch“ S. 462, 465

⁹³⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 84; der Richter ist nach Radbruch „*im Gewissen gebunden, alles gesetzte Recht als geltend zu betrachten*“.

⁹³⁸ R.Dreier und S.L.Paulson in „Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch“ S. 462, 465; Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen. Diese Wirklichkeit ist durch die Merkmale der Positivität, der Normativität, der Sozialität und der Generalität gekennzeichnet. Das Recht ist daher als Inbegriff genereller Anordnungen für das menschliche Zusammenleben zu sehen. G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 32; das Merkmal der Generalität führt schließlich zur Gleichheit vor dem Gesetz („Rechtsphilosophie“ S. 33, 72), zum Verbot von Ausnahmegerechten („Rechtsphilosophie“ S. 72) und zur Nichtigkeit von Einzelfallgesetzen („Rechtsphilosophie“ S. 183).

⁹³⁹ J. W. v. Goethe in „Wilhelm Meisters Wanderjahre“ I/II Buch 12. Kapitel; nachzulesen bei E. Wolf in „Große Rechtsdenker deutscher Geistesgeschichte“ S. 729

⁹⁴⁰ E. Wolf in „Große Rechtsdenker deutscher Geistesgeschichte“ S. 730; nach Wolf kam bei Radbruch das Anliegen des Naturrechts wieder zur Geltung „*im Sinne eines wertkritischen Richtmaßes, dessen Notwendigkeit Radbruch stets gefühlt und bejaht hat*“. M.Kriele in „Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus“ S.13 ordnet den frühen Radbruch dem

Für Radbruch selbst zeichnet sich der Rechtspositivismus durch eine Ausklammerung der Rechtswertbetrachtung aus der Rechtsphilosophie aus⁹⁴¹. Beispielhaft nennt er die Allgemeinen Rechtslehre Adolf Merkels, Ernst Rudolf Bierlings und Karl Bergbohms⁹⁴² und als den prominentesten Vertreter Hans Kelsen mit seiner Reinen Rechtslehre⁹⁴³. Es war gerade Radbruchs Ziel, diesem Positivismus, dem „Götzendienst der Macht“⁹⁴⁴, entgegenzutreten⁹⁴⁵. Indem er die Rechtsphilosophie als eine, durch den Methodendualismus und den Relativismus gekennzeichnete, wertende Betrachtung des Rechts definiert⁹⁴⁶, grenzt er sich selbst aus dem Kreise der Rechtspositivisten aus, ohne gleichzeitig in naturrechtliche Spekulationen zu verfallen. Der Preis, den Radbruch bezahlt, ist die Offenheit seines Systems⁹⁴⁷. Kelsen umgeht diese Gefahr, indem er Werte konsequent aus seiner Lehre ausklammert und auf diese Weise ein zwar formales, aber geschlossenes System schafft. Während sich Radbruch bereits im Rahmen der Rechtsphilosophie Wertungsfragen und damit einer Auseinandersetzung mit inhaltlichen Fragen des Rechts stellt, ist Kelsen hinsichtlich seiner Rechtstheorie Formalist⁹⁴⁸.

Rechtspositivismus zu. Auch K.Kühl führt in „Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts“ S.619 aus, dass der Relativist Radbruch „durch die These von der Unerkennbarkeit des Naturrechts (bzw. materieller Rechtswerte) zum Positivismus mit der These von der unbedingten Gültigkeit des geltenden Rechts“ wird. Dem ist entgegen zu halten, dass die Orientierung des Rechtsbegriffs an der Idee Gerechtigkeit mit dem Rechtspositivismus nicht vereinbar ist.

⁹⁴¹ R.Dreier/S.L.Paulson in „Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch“ S. 462, 465

⁹⁴² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 21, 22

⁹⁴³ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 27; wobei Radbruch Kelsens Reine Rechtslehre an dieser Stelle nicht mit der Allgemeinen Rechtslehre, der Euthanasie der Rechtsphilosophie, in Verbindung bringt, sondern sie als Rechtsphilosophie des positiven Rechts bezeichnet.

⁹⁴⁴ G.Radbruch in „Ihr jungen Juristen!“ GRGA 13 S.36; A.Kaufmann in „Gustav Radbruch – Leben und Werk“ S.80

⁹⁴⁵ R.Dreier und S.L.Paulson in „Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch“ S. 462, 465

⁹⁴⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 6

⁹⁴⁷ Dem Vorwurf, Radbruchs Rechtsphilosophie liege überhaupt kein System zugrunde, ist mit A. Kaufmann in „Einführung in die Rechtsphilosophie“ S. 114 und in „Rechtsphilosophie“ S.44 zu widersprechen. Bereits die objektive Auslegungstheorie, die Lehre von den Ordnungsbegriffen oder auch die Auseinandersetzung mit der juristischen Hermeneutik belegen das Vorhandensein eines Systems.

⁹⁴⁸ Der Formalismus wird dem Positivismus häufig zum Vorwurf gemacht. Das Naturrecht verfolgt ein (relativ) objektives Prinzip, da Normen Geltung aufgrund ihres Inhalts beanspruchen, sie sind „gut“ oder „richtig“. Der Positivismus verfolgt hingegen ein (relativ) subjektives System, da Normen Geltung beanspruchen können, wenn sie durch einen bestimmten Menschen und auf eine bestimmte Art und Weise erzeugt wurden. Das eine ist ein materiales, das andere ein formales Geltungsprinzip. Der Formalismus des Positivismus hat in diesem formalen Geltungsprinzip seine Hauptursache. Deshalb ist

VI. Rechtsbegriff

Die Definitionen des Rechtsbegriffs in Kelsens Reiner Rechtslehre und Radbruchs Rechtsphilosophie unterscheiden sich deutlich.

Für Kelsen ist das Recht eine im großen und ganzen wirksame, normative Zwangsordnung menschlichen Verhaltens, deren Geltung auf einer fiktiven Grundnorm beruht.

Für Radbruch ist das Recht die Wirklichkeit, die den Sinn hat der Gerechtigkeit zu dienen.

Wesentliche Unterscheidungsmerkmale sind damit die Verknüpfung von Trennungsthese und Grundnormkonstruktion bei Kelsen und die Werteorientierung bei Radbruch.

VII. Gerechtigkeit

Auch wenn Kelsen und Radbruch letztlich zu dem relativistischen Ergebnis kommen, dass es keinen allgemeinen, keinen Gerechtigkeitswert eines bestimmten Inhalts gibt, so unterscheiden sie sich doch wesentlich bei der Frage einer möglichen Systemimmanenz der Gerechtigkeit.

Radbruch macht die Gerechtigkeit zu einem, in der späteren Phase, in welcher die Rechtssicherheit selbst ein Element der Gerechtigkeit wird, zu dem entscheidenden Bestandteil der Rechtsidee. Der spezifische Bestandteil der Rechtsidee ist die Gerechtigkeit bereits in der frühen Phase. Aus der Gerechtigkeit entwickelt Radbruch den Begriff des Rechts. Auch wenn sich die Idee des Rechts nicht in der Gerechtigkeit erschöpft, da mit der Zweckmäßigkeit und der Rechtssicherheit zwei weitere Bestandteile hinzutreten, ist die Gerechtigkeit doch wesentlicher Bestandteil des Radbruchschen Systems. Die herausragende Funktion der

die Feststellung des Formalismus zwar richtig, verbindet man damit jedoch einen Vorwurf, verkennt man nach Kelsens Ansicht gerade die Eigenart des Positivismus. H. Kelsen in „Die Idee des Naturrechts“ S. 77, 78

Gerechtigkeit folgt aus der Wertbezogenheit des Systems, denn Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen ⁹⁴⁹.

In Kelsens Reiner Rechtslehre übernimmt die Gerechtigkeit hingegen keine systemimmanente Funktion. Für Kelsen ist die Gerechtigkeit der Moral zuzuordnen und die Moral strikt vom Recht zu trennen. Die Frage nach der Gerechtigkeit einer Norm betrifft nie deren Geltung. Sie beschreibt keine unmittelbare Eigenschaft der Norm selbst, sondern vielmehr nur des Setzungsaktes, dessen Sinn sie ist. Die fiktive Grundnorm und nicht eine Gerechtigkeitsnorm ist Geltungsgrund einer Rechtsordnung ⁹⁵⁰. Das positive Recht macht seine Geltung nicht davon abhängig, dass seine Setzung den Forderungen der Gerechtigkeit entspricht. Voraussetzung wäre die Absolutheit der Gerechtigkeit. Nur so wären einander widersprechende Rechtsnormen auszuschließen. Vom Standpunkt wissenschaftlicher Erkenntnis aus muss die Existenz absoluter Werte jedoch abgelehnt werden, hat die Gerechtigkeit als Wertmaßstab ausschließlich relativen Charakter ⁹⁵¹. Die Gerechtigkeit ist kein integraler Bestandteil der Reinen Rechtslehre. Sie ist vielmehr der Rechtspolitik zuzuordnen.

Diese positivistische Ansicht Kelsens widerspricht den idealistischen Rechtslehren sowie auch Radbruchs frühen und späten Ausführungen. Für Radbruch stellt die Gerechtigkeit einen absoluten Wert dar ⁹⁵², er sah immer die Möglichkeit der Geltungsüberwindung im Falle unerträglich ungerechten Rechts, obwohl die Gerechtigkeit für sich genommen auch bei ihm lediglich die Form des Rechts, nicht jedoch dessen Inhalt bestimmt ⁹⁵³.

Während Kelsen den verschiedenen Gerechtigkeitstheorien zwar ein eigenes Kapitel in der „Reinen Rechtslehre“ widmet ⁹⁵⁴, legt er seiner wertfreien Lehre keine dieser lediglich relative Gerechtigkeitswerte bestimmenden Theorien zugrunde. Radbruch bezieht sich hingegen auf eine einzige Gerechtigkeitstheorie, die er Aristoteles entlehnt. Er unterscheidet die Rechtlichkeit, die am positiven

⁹⁴⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 29 ff., 50 ff., 70 ff.

⁹⁵⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 402, 403

⁹⁵¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 402 ff.

⁹⁵² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 71, 72

⁹⁵³ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 50, 29 ff.

⁹⁵⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 357 ff.

Recht gemessen wird, von der Gerechtigkeit, an der das positive Recht gemessen wird, um dann festzustellen, dass Gerechtigkeit in diesem Sinne Gleichheit bedeutet. Sätze richtigen Rechts kann man jedoch auch aus der von Radbruch zugrunde gelegten Gerechtigkeitsformel nicht ableiten. Denn der die Urform der Gerechtigkeit darstellende Grundsatz der austeilenden Gerechtigkeit legt nicht fest, wer als gleich oder ungleich zu behandeln ist. Diesem Grundsatz kann außerdem nur das Verhältnis, aber nicht die Art der Behandlung entnommen werden⁹⁵⁵. Die Gerechtigkeit ist daher zwar spezifisches, aber nicht erschöpfendes Rechtsprinzip und bedarf der Ergänzung durch andere Grundsätze, nämlich der Zweckmäßigkeit und der Rechtssicherheit. Das System bekommt so einen zweifachen relativistischen Einschlag, da sowohl die Zweckmäßigkeit selbst wie auch das Verhältnis der drei Elemente relativistisch ist.

VIII. Naturrecht

Wesentlicher und durchaus gemeinsamer Aspekt der Lehren von Kelsen und Radbruch ist die Abgrenzung gegenüber den Naturrechtslehren.

Kelsen setzt sich im Rahmen der Reinen Rechtslehre zwar inhaltlich ausführlich mit den verschiedenen Erklärungsversuchen des Naturrechts auseinander, macht dabei jedoch deutlich, dass er diese in ihrer Gesamtheit ablehnt. Eine inhaltliche, systematische Verknüpfung zur Reinen Rechtslehre stellt er nicht her. Die Naturrechtslehre ist idealistisch-dualistische Rechtslehre, die das ideale, natürliche und unveränderliche Recht vom realen, positiven, von Menschen gesetzten und somit veränderlichen Recht unterscheidet und es mit der Gerechtigkeit identifiziert⁹⁵⁶. Vom Standpunkt einer wissenschaftlichen Rechtslehre aus kann die Geltung des Rechts jedoch niemals vom Verhältnis zur Gerechtigkeit abhängig sein⁹⁵⁷. Ein unveränderliches und allgemeingültiges Recht gibt es nicht.

Eine solch differenzierte Auseinandersetzung mit dem Naturrecht nimmt Radbruch in der „Rechtsphilosophie“ nicht vor. Er beschränkt seine Ausführungen auf die Beschreibung der wesentlichen Eigenschaften des Naturrechts, wie die Ableitung

⁹⁵⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 31, 32

⁹⁵⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 404

⁹⁵⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 403

allgemeingültiger und unwandelbarer Rechtssätze und die Nullsetzung der Widerstandskraft des Stoffes gegenüber der Idee. Wie Kelsen macht allerdings auch Radbruch deutlich, dass er die Naturrechtslehren grundsätzlich ablehnt. Er beruft sich dabei auf Kants Erkenntnistheorie⁹⁵⁸. Eine inhaltliche, systematische Verknüpfung seiner Rechtslehre mit naturrechtlichen Grundsätzen nimmt auch Radbruch nicht vor. Letztlich führt er die Geltung des positiven Rechts sogar gerade auf die aus der Relativität der Zweckmäßigkeit resultierende Unmöglichkeit des Naturrechts zurück⁹⁵⁹. Zwar bezeichnet er die geltungstheoretische Grundnorm missverständlich als naturrechtlichen Rechtssatz⁹⁶⁰, versteht unter dieser Begrifflichkeit aber nur generell rechtsethische Anforderungen an das Recht⁹⁶¹. Radbruchs Rechtsphilosophie zielte allerdings immer auf das absolut Richtige, war gezeichnet von einem naturrechtlichen Minimum. Andererseits wurde er trotz der auch in der Nachkriegsphase zu keinem überzeugten Naturrechtler. Zwar kommt er in „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ zu dem Ergebnis, dass Rechtsgrundsätze existieren, die stärker sind als jedes Gesetz, und bezeichnet diese als Naturrecht oder Vernunftrecht⁹⁶². Er weist in Übereinstimmung mit der „Rechtsphilosophie“ in der „Vorschule der Rechtsphilosophie“, in welcher er sich ausführlich mit dem Naturrecht auseinandersetzt, jedoch darauf hin, dass das Naturrecht stets wandelbar und niemals allgemeingültig ist⁹⁶³ und man mit Stammler allenfalls von einem „*Naturrecht mit wechselndem Inhalt*“ sprechen kann⁹⁶⁴.

IX. Recht und Moral

In der Frage des Verhältnisses von Recht und Moral unterscheiden sich Kelsen und Radbruch deutlich. Für Kelsen ist jedes Recht moralisch, konstituiert aber nur einen relativen moralischen Wert, da die Moral lediglich relative Werte setzen kann⁹⁶⁵. Für Radbruch ist die Moral hingegen der Zweck des Rechts, ein Ziel der

⁹⁵⁸ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 14, 15, 86

⁹⁵⁹ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 80, 81

⁹⁶⁰ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 182

⁹⁶¹ R. Dreier und S.L. Paulson in „Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs“ S. 242 (Fußnote 29)

⁹⁶² G. Radbruch in „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ in GRGA 2 S. 79

⁹⁶³ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 137 ff.

⁹⁶⁴ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 15; G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 138

⁹⁶⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 65 ff.

Rechtsordnung und der Grund für dessen verpflichtende Geltung⁹⁶⁶. Während Kelsen Recht und Moral trennt, da das Recht nur im Verhältnis zu einem bestimmten Moralsystem beurteilt werden kann, und die Moral nicht zu einem Systembestandteil der Reinen Rechtslehre macht, verbindet Radbruch Recht und Moral. Die Moral wird Bestandteil des Systems, sie übernimmt in Radbruchs Rechtsphilosophie eine bedeutende Funktion, indem sie die verpflichtende Kraft des Rechts überhaupt erst begründet, ohne jedoch dessen Eigenständigkeit zu gefährden⁹⁶⁷. Obwohl er Recht und Moral letztlich als fremd und unterschiedlich nebeneinanderstehend betrachtet, konstruiert Radbruch so doch eine wesentliche Verknüpfung von Recht und Moral.

Kelsen und Radbruch unterscheiden sich letztlich auch in der Frage, wie Recht und Moral auseinander zu halten sind. Beide lehnen eine Unterscheidung aufgrund einer Zuordnung zum äußeren bzw. inneren Verhalten ab. Radbruch betont, dass der Unterschied auch nicht in der Verschiedenheit ihrer Geltungsquellen zu sehen ist⁹⁶⁸. Auch hier besteht zunächst eine Übereinstimmung mit Kelsen, da die Normen der Moral für ihn ebenso durch Gewohnheit oder bewusste Satzung entstehen wie die des Rechts⁹⁶⁹. Kelsen und Radbruch unterscheiden Recht und Moral auch nicht nach den jeweiligen Verpflichtungsweisen⁹⁷⁰. Radbruch unterscheidet Recht und Moral über die jeweiligen Zwecksobjekte. Während die Moral den Wert einer Handlung schlechthin beurteilt, ist die Beurteilung durch das Recht immer auf Dritte oder eine Gesamtheit von Dritten bezogen⁹⁷¹. Kelsen unterscheidet Recht und Moral hingegen einzig über den Aspekt der Zwangsandrohung. Während das Recht als normative Ordnung, d.h. Zwangsordnung, an ein nicht normgemäßes Verhalten einen gesellschaftlich organisierten Zwangsakt anknüpft, statuiert die Moral, die ebenfalls keine sanktionslose Gesellschaftsordnung darstellt, keine solchen gesellschaftlichen

⁹⁶⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 44

⁹⁶⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 44

⁹⁶⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 42

⁹⁶⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 64

⁹⁷⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 39; für Kelsen folgt dies als Umkehrschluss daraus, dass Recht und Moral einzig über das Unterscheidungsmerkmal der Zwangsandrohung auseinandergelassen werden können. Eine Unterscheidung ist insbesondere auch nicht durch einen Vergleich des Verhaltens möglich, zu dem Recht und Moral verpflichten sollen, da sich das bezweckte Verhalten oft gleichen wird. H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 61

⁹⁷¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 38, 39

Sanktionen, sondern lediglich die Billigung bzw. Missbilligung eines Verhaltens⁹⁷².

Eine systematisch vergleichbare Funktion von Rechtswissenschaft und Ethik wie Kelsen diese annimmt, indem er der Rechtswissenschaft im Bereich des Rechts, dieselbe Rolle zuordnet wie der Ethik, die ebenfalls eine auf Erkenntnis und Beschreibung gerichtete Disziplin ist, im Bereich der Moral⁹⁷³, sieht Radbruch nicht. Radbruchs Unterscheidung der Wertbegriffe wie Gerechtigkeit und Sittlichkeit von den Kulturbegriffen wie Recht und Moral⁹⁷⁴, ist aufgrund der fehlenden Wertebezogenheit der Reinen Rechtslehre für Kelsen nicht relevant.

X. Grundnorm, Stufenaufbau und Geltungslehre

Sowohl Kelsen wie auch Radbruch legen ihren Systemen einen Stufenaufbau zugrunde. Die Geltung einer Rechtsnorm ist für beide grundsätzlich von der Geltung einer höheren Rechtsnorm abzuleiten. In jeder Rechtsordnung entsteht so eine Normenpyramide, mit der Verfassung als jeweils letzter Stufe.

Kelsens Ausführungen zur Geschlossenheit und Einheitlichkeit des Systems aufgrund der Rückführbarkeit aller Rechtsnormen einer Rechtsordnung auf eine Grundnorm beschreiben daher letztlich auch Radbruchs System, selbst wenn er dies in der „Rechtsphilosophie“ nicht zum Ausdruck bringt.

Mithilfe der juristischen Geltungslehre und des Stufenaufbaus kann zwar die Geltung von Rechtssätzen im Verhältnis zu anderen, der jeweiligen Rechtsordnung eigenen Rechtssätzen dargelegt werden, nicht jedoch die Geltung der höchsten Rechtsnorm und der Rechtsordnung als ganzem. Die Geltung einer Rechtsordnung kann immer nur an ihrem eigenen Geltungsanspruch gemessen werden⁹⁷⁵.

⁹⁷² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 64, 65 und in „Recht und Moral“ S. 802; Radbruch spricht die Zwangsgewalt der Durchsetzung des Rechts im Gegensatz zur physischen Ohnmacht der Moral ebenfalls an, fasst diese Überlegung jedoch nicht als Entscheidungskriterium auf. G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 42, 43

⁹⁷³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 60, 61

⁹⁷⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 36

⁹⁷⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 77

Bei Kelsen findet dies Ausdruck in der den obersten Geltungsgrund darstellenden fiktiven Grundnorm ⁹⁷⁶. Er stellt einerseits fest, dass tatsächlich das machtbestimmte Prinzip der Effektivität gilt, wonach diejenige Rechtsordnung als durch die Grundnorm legitimiert angesehen wird, welche durch Gewohnheit oder einen gesetzgebenden Akt tatsächlich gesetzt und gleichzeitig wirksam ist ⁹⁷⁷. Andererseits lehnt er neben der idealistischen These, nach der zwischen der Geltung des Rechts als einem Sollen und der Wirksamkeit sowie der Setzung des Rechts als einem Sein keine Beziehung besteht, auch die realistische These ab, nach der die Geltung des Rechts mit dessen Wirksamkeit identisch ist ⁹⁷⁸. Wirksamkeit und Setzung sind nicht Grund der Geltung, das ist einzig die fiktive Grundnorm, sie sind jedoch Bedingung der Geltung. Rechtsnormen müssen gesetzt werden und sind nicht mehr gültig, wenn sie aufhören, wirksam zu sein. In der Grundnorm werden Setzung und Wirksamkeit zur Bedingung der Geltung gemacht. „Eine Bedingung“, so stellt Kelsen fest, kann jedoch „mit dem von ihr Bedingten nicht identisch sein.“ ⁹⁷⁹

⁹⁷⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 228, 205

⁹⁷⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 214

⁹⁷⁸ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 217, 218 und S. 10, 11, 92 zum Verhältnis zwischen Geltung und Wirksamkeit von Normen. Die idealistische These ist abzulehnen, da nicht oder nicht mehr wirksame Rechtsnormen ihre Geltung verlieren und die Setzung zudem überhaupt erst Voraussetzung für die Gültigkeit ist. Die realistische These ist falsch, da es Rechtsnormen gibt, die gültig sind, obwohl sie nicht oder noch nicht wirksam sind. M.G.Losano in „Das Verhältnis von Geltung und Wirksamkeit in der Reinen Rechtslehre“ S. 85 ff. sieht hier eine Schwachstelle der Reinen Rechtslehre. Er erkennt bei der Unterscheidung von Wirksamkeit und Geltung einen durch den Methodendualismus hervorgerufenen Bruch. Beide Elemente sind nämlich in der Wirklichkeit untrennbar miteinander verbunden, in der Theorie jedoch unwiederbringlich getrennt. Die Wirksamkeit als Tatsache hat auf die Geltung so viel Einfluss, dass sie diese ausschließen kann, ein Sein zerstört ein Sollen. E.Fechner in „Ideologie und Rechtspositivismus“ S. 107 erkennt gerade in der verabsolutierten Negation der Faktizität eine Ideologiekomponente, ähnlich bzw. spiegelbildlich der Verabsolutierung der Faktizität bei anderen Spielarten des Positivismus.

⁹⁷⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 218, 219

Radbruch begründet die Geltung des Rechts ebenfalls mit einer Grundnorm⁹⁸⁰. Diese Grundnorm besagt, dass derjenige, der die notwendigen Mittel und die Macht hat, letztlich befugt ist, Recht zu setzen⁹⁸¹. Die Grundnorm ist bei Radbruch jedoch ein naturrechtlicher Satz. Der positivistischen Machttheorie gibt er eine wertephilosophische Basis, die Normativität des Faktischen, welche für sich alleine genommen ein Paradoxon ist, weil aus einem Sein nie ein Sollen entspringen und ein Faktum nur dann normativ werden kann, wenn eine Norm ihm diese Normativität beigelegt hat, erhält eine philosophische Begründung⁹⁸². Das Recht gilt also nicht, weil es sich durchsetzt, sondern es gilt, wenn es sich durchsetzt, denn nur dann kann es die auch als Frieden oder Ordnung bezeichnete Rechtssicherheit gewähren. Der Relativismus wird so zu einem Bestandteil der Geltungslehre, weil er es ist, der uns zeigt, dass Wissenschaft und Vernunft außerstande sind, die notwendige Schlichtung des Streits zwischen den verschiedenen Parteien herbeizuführen⁹⁸³.

Radbruch und Kelsen berufen sich mit Jellineks „Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung“ hinsichtlich der Formulierungen ihrer Grundnorm auf die selbe Quelle⁹⁸⁴.

⁹⁸⁰ Radbruch selbst sieht in der Frage der Grundnorm eine Parallele zu Kelsen und stellt in der „Rechtsphilosophie“ S. 82 Fußnote 8 fest, dass Kelsen sagt, „daß durch die Grundnorm als rechtserzeugende Autorität nur eine solche eingesetzt werden kann, deren Normen im großen und ganzen Gehorsam finden“, und dass Kelsen in der Grundnorm „die Transformation der Macht zu Recht“ findet. H.Kelsen in „Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus“ S. 338, 339; allerdings weist Kelsen ausdrücklich darauf hin, dass „der positive Jurist bei der Bestimmung der Grundnorm von der Tendenz geleitet ist, möglichst viel der empirisch gegebenen Akte, die subjektiv als Rechtsakte – sei es der Rechtserzeugung, sei es der Rechtsvollziehung – auftreten, die sogenannte historisch-politische Wirklichkeit, auch objektiv als Recht zu begreifen...“. Aus diesem Grund bedeutet die Grundnorm die Transformation der Macht zu Recht, allerdings auch nur „in einem gewissen Umfang“.

⁹⁸¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 81, 82

⁹⁸² G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 182, 81, 82

⁹⁸³ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 81, 82

⁹⁸⁴ In dem von G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 82 (Fußnote 3) und von H.Kelsen in „Das Problem der Souveränität“ § 24, S. 98 (Anmerkung) zitierten Werk Jellineks heißt es: „Wenn in einem menschlichen Gemeinwesen ein höchster Gewalthaber (sei es das Volk, sei es der Monarch, sei es eine besondere Gesellschaftsklasse usw.) vorhanden ist, so soll das, was er anordnet, befolgt werden.“ W.Jellinek in „Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung“, 1913, S.26-29, 28; H.Kelsen in „Das Problem der Souveränität“ § 24, S. 98 (Anmerkung) hat gegen diesen Satz Jellineks zwar Einwände, hält diese jedoch „angesichts der richtigen Erkenntnis von der Notwendigkeit eines obersten Satzes“ für nicht entscheidend. Die Tatsache, dass Jellinek diesen Satz einem Naturgesetz gleichstellt, welches ein Verhältnis von Ursache und Wirkung ausdrückt, lehnt Kelsen jedoch ab, da dies für ihn gleichbedeutend ist mit einer Vermengung von Natur- und Rechtswirklichkeit. H.Kelsen spricht

Die beiden Systeme gleichen sich letztlich darin, dass die tatsächliche Rechtsetzung Ausdruck einer Machtposition ist. Beide vertreten die Ansicht, dass das Prinzip der Legitimität im Zweifel durch das Prinzip der Effektivität eingeschränkt wird⁹⁸⁵. Die von Kelsen und Radbruch eingeführten Grundnormen unterscheiden sich jedoch in ihrem jeweiligen Status⁹⁸⁶. Während die Grundnorm für Radbruch ein naturrechtlicher Rechtssatz ist⁹⁸⁷, ist sie für Kelsen transzendental-logische Bedingung der Rechtserkenntnis⁹⁸⁸. Die Grundnorm ist nach Kelsen Bedingung der Möglichkeit von Recht und Rechtswissenschaft. Die „*normative Deutung rechtlichen Materials*“ setzt, so Dreier und Paulson „*eine quasi-kantische Kategorie*“ voraus, eine Voraussetzung, die die Grundnorm erfüllt, „*anhand derer sich die normative Dimension des Rechts bzw. deren Möglichkeit klären lässt*“⁹⁸⁹. Kelsen widerlegt auf diese Weise sowohl die Naturrechtslehren wie auch den herkömmlichen, die Rechtsgeltung auf Fakten zurückführenden Rechtspositivismus. Während also Radbruchs Grundnorm durch eine Schandgesetzklausel, ergänzt werden könnte und in Form der Unerträglichkeitsklausel zumindest mittelbar auch ergänzt oder vielmehr eingeschränkt wurde, verwahrt sich Kelsens Grundnorm als rein transzendental-logische Bedingung per se gegen jegliche ethische Modifikation⁹⁹⁰.

in „Naturrechtslehre und Rechtspositivismus“ S. 65 im Zusammenhang mit der Grundnorm von der Transformation der Macht zum Recht.

⁹⁸⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 214; G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 81

⁹⁸⁶ Bereits in dem Abschnitt über die Beeinflussung Kelsens durch Kant und den Neukantianismus wurde auf R.Dreiers Grundnormformulierungen in “Bemerkungen zur Theorie der Grundnorm“ S. 43, 45 ff. hingewiesen. Dreier unterscheidet grundsätzlich zwischen rein positivistischen Problemlösungen und ethisch qualifizierten Grundnormformulierungen. Während Kelsens Grundnorm dem Hobbes-Typus und den positivistischen Formulierungen zuzuordnen und aus dem Bereich der praktischen Vernunft ausgeschlossen ist, gehört Radbruchs Formulierung dem ethisch qualifizierten Bereich an. In der Nachkriegsphase zählt Radbruch Grundnormformulierung zum dritten Typus der modifizierten Kant-Grundnorm, den er mit seiner Formel vom gesetzlichen Unrecht und übergesetzlichen Recht überhaupt erst ermöglicht hat. In der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg gehört Radbruchs Grundnorm aufgrund seiner antinomischen Sichtweise zum zweiten Typus.

⁹⁸⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 182

⁹⁸⁸ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 204 ff.

⁹⁸⁹ R.Dreier und S.L.Paulson in „Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs“ S. 242 (Fußnote 29)

⁹⁹⁰ R.Dreier und S.L.Paulson in „Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs“ S. 242 (Fußnote 29)

XI. Normenkollision

Während sich Kelsen ausführlich mit dem Problem der Normenkollisionen innerhalb einer Rechtsordnung auseinandersetzt und dabei zwischen Konflikten von Normen derselben Stufe und solchen zwischen Normen verschiedener Stufen unterscheidet, beschäftigt sich Radbruch in der „Rechtsphilosophie“ ausschließlich mit der Kollision von Normen, die verschiedenen Rechtsordnungen angehören ⁹⁹¹. Aus diesem Grund beinhalten Normenkollisionen für Radbruch zwangsläufig Wertungsfragen zwischen Recht, Sitte und Moral. Die Rechtswissenschaft, die eine Rechtsordnung lediglich an ihrem eigenen Geltungsanspruch messen kann, steht solchen Normenkollisionen hilflos gegenüber. Eine unparteiliche Lösung dieser externen Normenkonflikte ist nach Radbruch nur möglich, wenn man einen „*Sprung aus der Welt des Sinns in die Welt des Seins*“ macht. Anders ausgedrückt, erlangt diejenige Rechtsordnung Geltung, die sich faktisch durchgesetzt hat. Dabei ist nicht die Wirksamkeit in jedem einzelnen Fall, sondern nur die durchschnittliche Durchsetzung erforderlich ⁹⁹². So wie Radbruch in dieser Frage zur Normativität des Faktischen zurückkehren muss, folgt die Geltung der beiden konkurrierenden Rechtsordnungen für Kelsen primär zwar aus den jeweiligen Grundnormen, sekundär, mittelbar jedoch auch aus der Wirksamkeit, als einer Bedingung der Geltung ⁹⁹³. Die von beiden vorausgesetzte, gleichzeitige Wirksamkeit ist bei konkurrierenden Rechtsordnungen ausgeschlossen. Die territoriale, personale und temporale Durchsetzung führt für Kelsen und Radbruch zur Auflösung des externen Normenkonflikts.

XII. Norm als Imperativ

Für Kelsen sind Rechtsnormen stets Befehle, Imperative. Mal sind sie Gebote, mal Erlaubnisse oder Ermächtigungen ⁹⁹⁴. Diese Imperative liegen außerhalb der Erkenntnis. Sie unterscheiden sich von den Rechtssätzen. Rechtssätze sind

⁹⁹¹ Für Kelsen ist es keine Selbstverständlichkeit, dass sich Normen überhaupt widersprechen können. Logische Prinzipien, also auch der Satz vom Widerspruch, sind nur auf die die Rechtsnormen beschreibenden Rechtssätze im Sinne von Aussagen und daher nur indirekt auch auf Rechtsnormen selbst anwendbar. Bereits diesen Unterschied macht Radbruch nicht, obwohl er auch bei externen Normenkollisionen zu beachten wäre.

⁹⁹² G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 78

⁹⁹³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 215 ff.

⁹⁹⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 73

hypothetische Urteile auf der Grundlage einer der Rechtserkenntnis gegebenen Rechtsordnung⁹⁹⁵.

Radbruch teilt Kelsens Ansicht nicht⁹⁹⁶. Rechtsnormen haben in ihrer Urform vielmehr die Natur von Maßstäben und nicht von Befehlen. Sie sind ursprünglich Bewertungsnormen und nicht Bestimmungsnormen. Da das Recht das menschliche Verhalten aber nicht nur bewerten, sondern auch lenken, also ein bestimmtes Verhalten herbeiführen oder verbieten will, müssen die rechtlichen Maßstäbe in Imperative transformiert werden, in den menschlichen Willen bestimmende Gebote und Verbote⁹⁹⁷. Die Norm ist eine Nichtwirklichkeit, die verwirklicht werden will, während der Imperativ eine Wirklichkeit ist, die wirken will. Die Norm ist der Zweck, während der Imperativ nur das Mittel zum Zweck ist. Radbruch erkennt folglich die Notwendigkeit von Imperativen, trennt aber die Norm vom Imperativ. Kelsen hingegen geht davon aus, dass zwischen Norm und Imperativ eine Einheit besteht, die Norm ein Imperativ ist.

XIII. Demokratie

Voraussetzung des demokratischen Gedankens ist für Kelsen eine relativistische Weltranschauung⁹⁹⁸. Die absolute Wahrheit und absolute Werte sind der menschlichen Erkenntnis verschlossen. Neben der eigenen muss man auch die fremde, auch die gegenteilige Meinung zumindest für möglich halten. In der Demokratie zählt der politische Wille jedermanns gleich. Die Herrschaft der Majorität innerhalb der Demokratie setzt die Existenz der Minorität nicht nur begrifflich voraus, sondern erkennt sie auch politisch an und schützt sie in den Grund- und Freiheitsrechten sowie im Prinzip der Proportionalität. So wie die Politik der Demokratie eine Politik der Kompromisse ist, ist die Tendenz zum vermittelnden Ausgleich charakteristisch für die relativistische Weltanschauung. Die Relativität der Werte und die daraus resultierende Unmöglichkeit, für eine

⁹⁹⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 73

⁹⁹⁶ so auch H.J.Sandkühler in „Natur des Rechts und Relativismus im Recht“ S. 152

⁹⁹⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 40, 41

⁹⁹⁸ H. Kelsen in „Allgemeine Staatslehre“ S. 370; H.Kelsen in „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ S.101; N.Achterberg in „Rechtsnorm und Rechtsverhältnis in demokratischer Sicht“ S.135; O.Weinberger in „Rechtspositivismus, Demokratie und Gerechtigkeitstheorie“ S. 512

politische Gesinnung absolute Gültigkeit zu beanspruchen, zwingt zur Ablehnung des politischen Absolutismus⁹⁹⁹.

Für Radbruch folgt aus Kelsens Ansicht, wonach der Relativismus der Ausgangspunkt der Demokratie ist, die Gesinnungslosigkeit der Demokratie¹⁰⁰⁰. Wird der Mehrheit ohne Rücksicht auf deren Gesinnung die Herrschaft anvertraut, folgt daraus die Neutralität der Demokratie gegenüber allen Weltanschauungen. Nach Radbruchs Auffassung ist die Demokratie jedoch nicht gesinnungslos. Sie hat vielmehr eine „*eigenartige politische Gesinnung*“, deren Inbegriff die Freiheit ist. Relativismus, Neutralität und Toleranz setzen den positiven Wert der Freiheit voraus¹⁰⁰¹.

Die Differenzen in der Theorie finden auf der materiellen Seite keine Fortsetzung. In rechtspolitischer Sicht stimmen die Überzeugungen von Kelsen und Radbruch durchaus überein. Sie waren beide überzeugte Demokraten, die den demokratischen Verfassungsstaat in der Weimarer Republik gegen Feinde von links wie von rechts verteidigten¹⁰⁰².

⁹⁹⁹ H. Kelsen in „Allgemeine Staatslehre“ S. 370

¹⁰⁰⁰ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S.218, 219

¹⁰⁰¹ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 218 ff.; H.Kelsen spricht in „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ S. 3, 79, 92 vom Freiheitsideal der Demokratie, sieht in der Idee der Demokratie zwei Postulate der praktischen Vernunft – Freiheit und Gleichheit – sich vereinigen, um letztlich zu der Feststellung zu gelangen, dass der Freiheits- und nicht der Gleichheitswert in erster Linie die Idee der Demokratie bestimmt. Er kommt letztlich zu dem Schluss (S. 101): „*Wer absolute Wahrheit und absolute Werte menschlicher Erkenntnis für verschlossen hält, muß nicht nur die eigene, sondern auch die fremde gegenteilige Meinung zumindest für möglich halten. Darum ist der Relativismus die Weltanschauung, die der demokratische Gedanke voraussetzt. Demokratie schätzt den politischen Willen jedermanns gleich ein, wie sie auch jeden politischen Glauben, jede politische Meinung, deren Ausdruck ja nur der politische Wille ist, gleichermaßen achtet. Darum gibt sie jeder politischen Ueberzeugung die gleiche Möglichkeit, sich zu äußern und im freien Wettbewerb um die Gemüter der Menschen sich geltend zu machen.*“ Die Freiheit wird von Kelsen lediglich innerhalb der Demokratie als absoluter Wert vorausgesetzt, andere Staatsformen erfordern den Wert der Freiheit nicht, der Werterelativismus bleibt insoweit erhalten. Für E.Fechner in „Ideologie und Rechtspositivismus“ S.109 tritt in Kelsens „*Bekennnis zur rechtsstaatlichen Demokratie auf formaljuristischer Grundlage...so etwas wie eine Antimachideologie, die politische Ideologie des Liberalismus zu Tage*“.

¹⁰⁰² R.Dreier und S.L.Paulson in „Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs“ S. 247. R.Marcic in „Gustav Radbruch und Hans Kelsen“ S.92 sieht die demokratische Einstellung Kelsens bereits in der Reinen Rechtslehre und der Allgemeinen Staatslehre zum Ausdruck kommen, nämlich dort, wo Kelsen die gewohnheitsmäßige und vertragliche Rechtserzeugung als demokratische Erzeugungsmethode von der Methode der obrigkeitlichen Rechtserzeugung abhebt. Auf Kelsens demokratische Überzeugung weist auch O.Weinberger in „Logik, Wirklichkeit und Positivität in der Reinen Rechtslehre“ S.426 hin. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf Kelsens (haupt-)werkexternes Demokratieengagement, beispielsweise in „Was ist Gerechtigkeit?“, „Verteidigung der Demokratie“,

XIV. Gesetzesauslegung

Bei der Frage der Interpretation unterscheiden sich Kelsen und Radbruch. Während Radbruch der objektiven Auslegungsmethode folgt, bevorzugt Kelsen weder die objektive noch die subjektive Auslegungsmethode.

Ziel juristischer Interpretation ist die Feststellung des objektiv gültigen Sinns eines Rechtssatzes. Da positivistische Rechtstheorien unter Recht primär den Willen des Gesetzgebers verstehen, bezwecken sie mit der Auslegung daher die Ermittlung dieses Willens. Kelsen unterscheidet sich vom traditionellen Rechtspositivismus zwar dadurch, dass er mit der Grundnorm eine erkenntniskritische Systemkomponente einführt. Die Ausgestaltung einer Rechtsordnung obliegt jedoch auch bei ihm alleine dem Gesetzgeber. Dessen Wille erhält durch die Ermächtigungsnorm objektiven Sinn und damit Normqualität. Für die Interpretation ist es damit auch nach Kelsen entscheidend, den Inhalts des Willenaktes des zur Rechtssetzung ermächtigten Organs zu erforschen. Eine Norm entsteht dadurch, dass dieser Wille in förmlicher Weise zum Ausdruck gebracht wird. Bei der Interpretation kann daher entweder auf den Willen selbst oder den förmlichen Ausdruck des Willensaktes abgestellt werden. Man bezeichnet die erste Variante als subjektive, die zweite als objektive Auslegungsmethode¹⁰⁰³. Kelsen entwickelt keine eigene Methode der Interpretation. Er ist weder der subjektiven noch der objektiven Auslegungsmethode zuzuordnen. Er widerspricht der Ansicht seines Weggefährten und Mitgestalters der Reinen Rechtslehre Merkl, der in der vom ihm als grammatisch-logisch bezeichneten objektiven Auslegung die primäre Auslegungsmethode sieht, da diese *„als nichts denn die Berücksichtigung der dem Gesetz eigenen Ausdrucksmittel erscheint“*¹⁰⁰⁴. Nach Kelsens Ansicht ist der Konflikt zwischen Wille und Ausdruck nicht in objektiv gültiger Weise zu lösen, denn, *„sich unter Vernachlässigung des Wortlauts an den mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers zu halten oder den Wortlaut streng zu beobachten und sich dabei um den – meist problematischen – Willen des Gesetzgebers nicht zu kümmern, ist –*

“Das Problem der Gerechtigkeit“ oder „Vom Wesen und Wert der Demokratie“. K.Adomeit in „Platon und Kelsen über Wesen und Wert der Demokratie“ S. 293 hält zwar Kelsens politologische Demokratietheorie für unerreicht, vermisst aber gleichzeitig eine Theorie der Demokratisierung.

¹⁰⁰³ H.Mayer in „Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre“ S. 68

¹⁰⁰⁴ A.Merkl in „Zum Interpretationsproblem“ S. 1073

positivrechtlich – durchaus gleichwertig“¹⁰⁰⁵. Für Kelsen ist letztlich jede Art der Interpretation zulässig, angeordnete Interpretationsregeln gibt es nicht¹⁰⁰⁶.

Radbruch unterscheidet den Willen der Gesetzesverfasser vom Willen des Gesetzgebers. Der für die Auslegung entscheidende Wille des Gesetzgebers entspricht dem Willen des Staates und fällt zusammen mit dem Willen des Gesetzes. Er ist nicht das Mittel, sondern das Ziel der Auslegung. Der Wille des Gesetzgebers ist dabei kein einmaliger Willensvorgang, sondern *„der das Gesetz*

¹⁰⁰⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 350; Walter wirft Kelsen ganz grundsätzlich vor, dass dieser keine, seinen Voraussetzungen entsprechende Interpretationstheorie entwickelt hat, um zur einzig richtigen Lösung oder zumindest zur Bestimmung desjenigen Rahmens zu gelangen, der die richtigen Lösungen enthält. Mayer und Walter wenden gegen Kelsens Ansicht weiter ein, dass das positive Recht regelmäßig Kundmachungsvorschriften enthält und damit der kundgemachte Text die Grenze jeder Auslegung darstellt. Der Wille des Gesetzgebers ist damit nur insoweit relevant, als er in dem kundgemachten Text zum Ausdruck kommt. Damit wäre der Konflikt zwischen Wille und Ausdruck, zwischen subjektiver und objektiver Auslegung dahingehend zu lösen, dass man zuerst vom objektiven Ausdruck ausgeht und dann nur Undeutlichkeiten durch einen Rückgriff auf den Willen des Gesetzgebers löst. Nach Mayer macht Kelsen jedoch zumindest mittelbar deutlich, dass auch die subjektive Auslegung hinsichtlich ihrer Möglichkeiten und Grenzen vom positiven Recht bestimmt wird. H. Mayer in „Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre“ S. 69; R. Walter in „Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre“ S. 191, 194 ff.; Für C. Schwaighofer in „Kelsen zum Problem der Rechtsauslegung“ S. 233, 237 tendiert Kelsen, dessen Auffassung zur Interpretationslehre sich im Laufe seiner Karriere im Grundsatz nicht änderte, trotz seines methodenpluralistischen Bekenntnisses zur objektiven oder logisch-grammatischen Auslegung.

¹⁰⁰⁶ R. Walter in „Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre?“ S. 41; M.G. Losano in „Das Verhältnis von Geltung und Wirksamkeit in der Reinen Rechtslehre“ S. 83, 84 hält Kelsens Interpretationslehre zwar für systemgerecht, vermisst jedoch die Entsprechung in der juristischen Wirklichkeit. Der Grund dieser Kritik liegt in der Tatsache begründet, dass Kelsen die klassische Auslegungsmethode, wonach sich aus dem Gesetz logisch zwingend nur eine Entscheidung ableiten lasse, strikt ablehnt. Nach Ansicht Losanos führt dies dazu, dass alle möglichen Bedeutungen einer Rechtsnorm aufgezählt werden müssen. R. Walter in „Hans Kelsens Reine Rechtslehre“ S. 45 erkennt in der Ablehnung der klassischen Interpretationsmethode ein großes Verdienst der Reinen Rechtslehre. Die Ansicht, wonach es nicht die eine richtige Entscheidung gibt, hat sich nach Walter durchgesetzt, der Meinungsstreit geht in einem quantitativen Bereich weiter. Auf die aus Sicht der Interpretationstheorie Kelsens positivrechtliche Gleichwertigkeit von Gesetzeswortlaut und Absicht des Gesetzgebers weist auch K. Ringhofer in „Interpretation und Reine Rechtslehre“ S. 200 ff., 204 hin. Ringhofer führt weiter aus, dass die Reine Rechtslehre stets betont hat, dass das positive Recht mannigfaltige Entscheidungsmöglichkeiten bietet und keine einzige Entscheidung als richtig erkennbar ist. H.-J. Koch betont in „Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung“ S. 2 ff., 7 die Auslegungsskepsis der Reinen Rechtslehre und attestiert ihr einen berechtigten Kern. Er weist allerdings gleichzeitig darauf hin, dass sie einer Präzisierung bedarf. Die Reine Rechtslehre unterschätzt nach Koch die sonstigen Auslegungsregeln. Die von ihr bemühte sprachliche Bindungskraft des positiven Rechts lässt sich *„sprachanalytisch durch die Lehre von den semantischen Spielräumen präzisieren“*.

tragende wandelbare Dauerwillen“¹⁰⁰⁷. Der Ausleger des Gesetzes muss dennoch zu jedem Zeitpunkt eine eindeutige Entscheidung finden. Er versteht das Gesetz daher letztlich besser als der gegen Lücken und Unklarheiten nicht gefeierte Gesetzesverfasser. Die juristische Interpretation zeichnet sich durch ihre Logik aus. Diese Logik führt Radbruch auf die Rhetorik der Sophisten, auf die Kunst des Beweisens und Widerlegens in der Wechselrede zurück. Für diese logische Kunst ist jedoch ohne Bedeutung, was der Verfasser des Gesetzes dachte. Entscheidend ist lediglich, was sich dem Wortlaut des Gesetzes entnehmen lässt¹⁰⁰⁸. Radbruch war stets ein Anhänger der objektiven Auslegungsmethode¹⁰⁰⁹. Entscheidend war für ihn immer, was das Gesetz bzw. ein zeitgemäßer Gesetzgeber sinnvollerweise für eine bestimmte Situation bezwecken muss, und nicht, was der historische Gesetzgeber tatsächlich gewollt hat¹⁰¹⁰. Während Radbruch in der „Rechtsphilosophie“ jedoch noch von der Geschlossenheit, der Lückenlosigkeit des Gesetzes ausgeht¹⁰¹¹, vertritt er im Abschnitt über die freirechtliche Bewegung in der „Vorschule der Rechtsphilosophie“ schließlich die Ansicht, dass die Geschlossenheit der Rechtsordnungen eine reine Fiktion ist und dem Richter daher für den Fall von Gesetzeslücken eine schöpferische Aufgabe zukommt, freilich ohne die Erlaubnis, sich über das geltende Recht hinwegzusetzen¹⁰¹².

¹⁰⁰⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 110, 111; der Wille des Gesetzgebers wird durch die Auslegung daher nicht einmal für immer festgeschrieben, sondern kann sich vielmehr stets den veränderten Zeitverhältnissen anpassen.

¹⁰⁰⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 112

¹⁰⁰⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 110 ff.; A.Kaufmann in „Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart“ S. 114 und in „Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre“ S. 120

¹⁰¹⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 110 ff.; Radbruch bezeichnet die juristische Interpretation als ein Zuendedenken eines aus mannigfaltigen Gründen zum Zeitpunkt der Gesetzgebung nicht Zuendegedachten. Der Wille des Gesetzgebers wird nicht durch die Aussagen des historischen Gesetzgebers für alle Zeit fixiert, sondern bleibt vielmehr fähig, sich den wandelnden Rechtsbedürfnissen anzupassen.

¹⁰¹¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 110, 111; bereits aus der Tatsache, dass Radbruch eine objektive Auslegungstheorie vertrat, ergibt sich der Anspruch der Lückenlosigkeit und Geschlossenheit der Rechtsordnungen. Die objektive Auslegung dient gerade dazu, Lücken in den Gedanken des historischen Gesetzgebers dadurch zu schließen, dass der Gesetzgebung kein einmaliger Willensvorgang zugrunde liegt, sondern vielmehr ein das Gesetz tragender und sich wandelnder Dauerwille. Ein sich wandelnder Dauerwille führt jedoch zwangsläufig zu der von ihm gerade bezweckten Lückenlosigkeit und Geschlossenheit einer Rechtsordnung. Dies wird durch Radbruchs folgende Feststellung verdeutlicht: *„Die Gedanken der Gesetzesverfasser haben notwendig Lücken, können sich Unklarheiten und Widersprüchen nicht immer entziehen, der Ausleger aber muß aus dem Gesetz für jeden denkbaren Rechtsfall eine klare und widerspruchslose Entscheidung entnehmen können...“*

¹⁰¹² G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 194, 195

XV. Verhältnis von Recht und Staat

Die traditionelle Staats- und Rechtslehre geht von einem Dualismus zwischen Recht und Staat aus. Der Staat ist nach dieser Ansicht ein soziales, das Recht ein normatives Gebilde. Gegen diese Vorstellung wehrt sich Kelsen. Der Staat als eine Zusammenfassung vieler Menschen zu einer Gemeinschaft ist kein soziales, sondern ein normatives Gebilde. Die Zusammenfassung der Menschen erfolgt nämlich nicht aufgrund eines tatsächlichen, sondern aufgrund eines normativen Kriteriums. Man fasst die Vielzahl von Menschen als Gemeinschaft im Sinne eines Staates auf, weil eine normative Ordnung das wechselseitige Verhalten dieser Menschen regelt, und nicht, weil tatsächliche Umstände vorliegen, die diese Zusammenfassung bedingen ¹⁰¹³. Nach Kelsen ist die Existenzsphäre des Staates nicht kausale Wirksamkeit, sondern normative Geltung, der Staat ist ein System von Normen, dessen spezifische Einheit nicht in der Naturwirklichkeit, sondern in der Welt der Werte und Normen liegt ¹⁰¹⁴. Jeder Staat ist folglich eine Rechtsordnung, aber nicht jede Rechtsordnung ist auch gleichzeitig ein Staat. Ein Staat liegt vielmehr erst dann vor, wenn die Rechtsordnung den Charakter einer Organisation hat und zumindest eine relative Zentralisation besteht ¹⁰¹⁵. Staaten sind also effektive Ordnungen menschlichen Verhaltens, die eine zwangsweise Durchsetzung ihrer Gebote vorsehen ¹⁰¹⁶. Damit ist der Staat als normative Ordnungseinheit selbst eine Norm. Auch die traditionellen drei Elemente der als Staat bezeichneten Gemeinschaft, das Staatsvolk, das Staatsgebiet und die Staatsgewalt, lassen sich nach Kelsens Ansicht nur juristisch, als Geltung bzw. Geltungsbereich einer Rechtsordnung verstehen ¹⁰¹⁷. Zwischen Recht und Staat besteht nach Kelsen folglich eine Identität. Jeder Staat stellt unabhängig vom Inhalt seiner Rechtsnormen einen Rechtsstaat dar, da jeder Staat zwingend eine normative Ordnungseinheit, eine Rechtsordnung ist. Der Staat als Normensystem ist identisch mit der Rechtsordnung, weil neben dieser keine andere Ordnung gelten kann ¹⁰¹⁸. Das positive Recht, welches nicht mit der Gerechtigkeit identifizierbar ist, ist die

¹⁰¹³ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 46 ff.; H.Kelsen in „Allgemeine Staatslehre“ S. 7 ff., 14; R.Thienel in „Recht und Staat aus der Sicht der Reinen Rechtslehre“ S. 73, 74

¹⁰¹⁴ H.Kelsen in „Allgemeine Staatslehre“ S. 16

¹⁰¹⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 289

¹⁰¹⁶ R.Thienel in „Recht und Staat aus der Sicht der Reinen Rechtslehre“ S. 75

¹⁰¹⁷ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 290 ff.

¹⁰¹⁸ H. Kelsen in „Allgemeine Staatslehre“ S. 17

selbe Zwangsordnung, als welcher der Staat einer Erkenntnis erscheint, die „*durch den Schleier der Personifikation*“ dringt und alleine die durch menschliche Akte gesetzten Normen sieht¹⁰¹⁹. Kelsen hält jeden Versuch, den Begriff des Rechtsstaats davon abhängig zu machen, dass dieser mit den Forderungen der Demokratie und der Rechtssicherheit konform geht, für falsch, da er nur bestimmte Zwangsordnungen als richtige Rechtsordnungen wahrnimmt und folglich einen naturrechtlichen Ansatz darstellt¹⁰²⁰.

Für Radbruch ist das Recht zumindest zu wesentlichen Teilen Staatswille und der Staat zu wesentlichen Teilen Rechtseinrichtung. Er trifft diese Feststellung im Zusammenhang mit der Frage der Zweckmäßigkeit, die als Element der Rechtsidee zwingend an die Seite der, von Zweckmäßigkeitserwägungen generell und damit auch vom Staatszweck unabhängigen, Gerechtigkeit tritt. Die Fragen nach dem Zweck des Rechts sind untrennbar mit dem Zweck des Staates verbunden¹⁰²¹. Er stellt bei seiner Auseinandersetzung mit dem Begriff des Rechtsstaates im Gegensatz zu Kelsen weiter auf die für die traditionelle Staats- und Rechtslehre entscheidende Frage ab, ob das Recht dem Staat oder umgekehrt der Staat dem Recht vorgeht. Ob also der Staat seine Befehlsgewalt dem Recht verdankt oder die Geltung des Rechts durch den Staatwillen bestimmt und bedingt ist¹⁰²². Gegenüber beiden Antworten auf diese Prioritätsfrage bestehen Bedenken. Die Tatsache, dass der Staat selbst ein Rechtsgebilde und das Produkt des Staatsrechts ist, steht der einen Ansicht gegenüber, während die andere Ansicht zu einer Erneuerung des Naturrechts oder zur Verankerung des Staatsrechts im Gewohnheitsrecht führen würde. Radbruch sieht in Kelsens Theorie von der Identität von Recht und Staat zwar einen Ausweg aus dieser Misere, stellt jedoch gleichzeitig klar, dass die Identitätslehre eine rein definitorisch-analytische Bedeutung hat, keinen rechtsphilosophisch-politischen Gehalt¹⁰²³. Die Identitätslehre löst den Konflikt nach Radbruchs Ansicht aus einer rein juristischen Betrachtungsweise heraus, lässt aber neben dem Rechtsbegriff den historisch-soziologischen Wirklichkeitsbegriff des Staates außer acht. Dieser Wirklichkeitsbegriff ist tatsächlich ein Rechtswirklichkeitsbegriff, da er ohne den Rechtsbegriff vom Staat nicht

¹⁰¹⁹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 319

¹⁰²⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 320

¹⁰²¹ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 50

¹⁰²² G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 178

¹⁰²³ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 179

nachvollziehbar ist, und er ist ein wertbezogener Begriff: *„Der Staat als Rechtswirklichkeit ist nichts anderes als das Substrat, an dem sich das Recht und insbesondere das Staatsrecht verwirklichen sollte, aber keineswegs verwirklicht zu haben braucht...“*¹⁰²⁴ Die Frage, ob das Recht dem Staat oder umgekehrt der Staat dem Recht vorangeht, bezieht sich einerseits auf den Normativbegriff des Rechts und andererseits auf den Wirklichkeitsbegriff des Staates. Zwischen diesen Begriffen besteht also *„keineswegs Identität, sondern umgekehrt schärfste Spannung“*, wie sie auch zwischen Norm und Wirklichkeit besteht¹⁰²⁵. Radbruch ist der Ansicht, dass dieser Konflikt sowohl über das positive Recht wie über den Staat hinausgeht, und zwar nicht in die Welt der Tatsachen, sondern vielmehr in die Welt der Normen, die selbst nicht mehr positive Normen sind, sondern naturrechtliche. Und wie eben der Positivismus bei der Frage der Geltung des Rechts eine im Radbruchschen Sinne naturrechtliche Grundnorm voraussetzt, so gilt dies auch für die Frage der Vorrangigkeit. So wie die Rechtssicherheit der Grund für die Berechtigung der Staatsgewalt zur Rechtsschöpfung ist, so ist sie auch ihre Grenze. Der Staat hat das Gesetzgebungsrecht, damit die Geltung der Gesetze sichergestellt ist. Die Sicherheit kann aber nur aufrechterhalten werden, wenn der Staat sich nicht selbst von der Bindung durch diese Gesetze befreien kann. Der Gewalthaber ist nur solange zur Rechtssetzung berechtigt, solange er die eigenen Gesetze beachtet: *„Mit der Ergreifung der Staatsgewalt wird die Verpflichtung zum Rechtsstaat notwendig und unablehnbar übernommen. Der Staat wird also an sein positives Recht gebunden durch überpositives, durch natürliches Recht, durch denselben naturrechtlichen Grundsatz, auf den die Geltung des positiven Rechts selber allein gegründet werden kann.“*¹⁰²⁶

Während Kelsen also die Identität von Recht und Staat proklamiert, besteht zwischen den beiden Begriffen nach Radbruchs Ansicht ein Spannungsverhältnis¹⁰²⁷. Während sich Kelsen von der traditionellen Staats- und Rechtslehre vollkommen löst, hält Radbruch an dieser fest. Kelsen gesteht den tatsächlichen Umständen, die aus historisch-soziologischer Sicht den Begriff des Staates prägen, keine Berechtigung zu und geht den aus Sicht einer rein rechtstheoretischen Lehre

¹⁰²⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 179

¹⁰²⁵ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S.181

¹⁰²⁶ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 182, 183

¹⁰²⁷ so auch H.J.Sandkühler in „Natur des Rechts und Relativismus im Recht“ S.152

konsequenten Weg über die normative Zuordnung. Radbruch bescheinigt Kelsen daher, das Problem zwar juristisch gelöst, dabei aber den Wirklichkeitsbegriff außer acht gelassen zu haben. Diese Vorgehensweise entspricht der Reinen Rechtslehre, sie widerspricht jedoch dem Ziel Radbruchs, ein rechtsphilosophisches, sich durch seinen Wertebezug auszeichnendes System zu entwerfen.

XVI. Gerichtliche Rechtserzeugung und Rechtsvergleichung

Gerichte entscheiden konkrete Fälle laut Kelsen in Anwendung genereller Rechtsnormen. Ihre Entscheidung ist individuelle Rechtsnorm, ist Individualisierung oder Konkretisierung der angewendeten generellen Rechtsnorm¹⁰²⁸. Gerichte können durch die Rechtsordnung jedoch auch ermächtigt werden, individuelle Normen zur Regelung eines Einzelfalles zu erlassen, der durch generelle Normen nicht geregelt ist¹⁰²⁹. Sie können letztlich sogar ermächtigt sein, generelle Normen oder individuelle Normen, die generalisiert werden, zu erlassen, wie dies beispielsweise bei der Erschaffung von Präzedenzfällen der Fall ist¹⁰³⁰. Es gibt demnach zwei Idealtypen. Die durch staatliche Gesetze gebundene und die von staatlichen Gesetzen freie Rechtsprechung¹⁰³¹. Die entsprechenden Wesensmerkmale sind einerseits Rechtssicherheit, andererseits Flexibilität¹⁰³². Die

¹⁰²⁸ H. Kelsen in „Was ist juristischer Positivismus?“ S. 466

¹⁰²⁹ In diesem Fall wendet das Gericht keine auf den Einzelfall passende generelle Norm an, sondern diejenige Norm, die den Erlass einer individuellen Norm erlaubt. Der Ermessensspielraum der Gerichte ist im zweiten Fall zwar größer, ein gewisser Ermessensspielraum bleibt den Gerichten allerdings in beiden Fällen, da positive Normen grundsätzlich nicht alle Aspekte vorausbestimmen können, die sich durch die Besonderheiten des Einzelfalles ergeben. H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 242 ff., 249, 250

¹⁰³⁰ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 255; der Umfang der rechtsschöpfenden Tätigkeit spielt dabei theoretisch keine Rolle. Es ist also egal, ob die generelle Norm verschiedene Deutungsmöglichkeiten zulässt und „nur“ die Interpretation des Gerichts den Charakter einer generellen Norm annimmt oder ob das Gericht tatsächlich eine neue generelle Norm erlässt.

¹⁰³¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 257 ff., 259; Zwischen den beiden Idealtypen existieren Rechtssysteme, in denen die Gerichte nicht nur ermächtigt sind, innerhalb des Rahmens der vom Gesetzgeber erlassenen generellen Normen, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch außerhalb dieses Rahmens individuelle Normen zu erlassen, und solche, bei denen die Gerichte ermächtigt sind, generelle Normen in Form von Präzedenzfällen zu erlassen. Nach Kelsen stellen diese verschiedenen Systeme „*verschiedene Grade von Zentralisierung und Dezentralisierung der Rechtserzeugungsfunktion und damit verschiedene Verwirklichungsgrade des Prinzips der Flexibilität des Rechts dar, das zu dem der Rechtsicherheit in einem umgekehrten Verhältnis steht*“.

¹⁰³² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 257, 258; die Forderung nach der absoluten Flexibilität eines Rechtssystems wird oft mit der Forderung nach absoluter Gerechtigkeit und der Annahme verbunden, dass eine absolute Gerechtigkeit aufgrund der Unterschiedlichkeit der Fälle nur im Einzelfall festgestellt

Funktion der Gerichte bei der Rechtssetzung ist im angloamerikanischen Recht ¹⁰³³ und im europäisch-kontinentalen Recht nach Kelsens Ansicht vergleichbar. Das angloamerikanische System zeichnet sich dadurch aus, dass das Recht hauptsächlich durch Gewohnheit und nicht durch einen zentralen Gesetzgeber erzeugt wird. Im europäisch-kontinentalen Recht verhält sich dies umgekehrt. In beiden Systemen wenden die Gerichte jedoch generelle Normen an und erzeugen diese nicht selbst. Die beiden Systeme unterscheiden sich jedoch beispielsweise darin, dass die Gerichte im angloamerikanischen ermächtigt sind, Präzedenzfälle zu entscheiden. Die Anwendung und Feststellung des Gewohnheitsrechts tritt außerdem deutlicher ins Bewusstsein als die Anwendung von publiziertem Recht. Letzten Endes ist die Ansicht, dass im einen System lediglich die Gerichte das Recht erzeugen, jedoch genauso falsch wie die Auffassung, dass im umgekehrten Fall nur bereits geschaffenes Recht durch die Gerichte angewendet wird und diese kein Recht erschaffen. Es gibt weder nur generelle noch nur individuelle Normen, wie die jeweiligen Ansichten glauben zu machen versuchen. Die Gerichte erzeugen in der Regel individuelles Recht durch Anwendung von generellen Normen, die durch einen Gesetzgeber oder durch Gewohnheit erschaffen werden ¹⁰³⁴.

Radbruch liefert keine mit Kelsens Ausführungen vergleichbare, systematische und rechtsvergleichende Darstellung der gerichtlichen Rechtserzeugung. Er widmete

werden kann. Eine generelle Norm kann nach dieser Auffassung niemals zu einer gerechten Entscheidung führen, weil sie die Gleichartigkeit der verschiedenen Fälle voraussetzt. Kelsen verdeutlicht, dass diese Annahme einen Trugschluss darstellt. Auch im Falle der freien Rechtsfindung wird das zuständige Organ eine von ihm für gerecht gehaltene generelle Norm erlassen: „Die den Gerechtigkeitswert konstituierende Norm muß ihrem Wesen nach generellen Charakter haben.“ Ebenso wird jedes andere Organ, jedes andere Gericht, in weiteren Fällen verfahren. Damit ist die generelle Norm eines Organs der freien Rechtsfindung ebenso relativ im Sinne einer absoluten Gerechtigkeit wie die generelle Norm eines Gesetzgebungsorgans.

¹⁰³³ Die grundsätzliche Unterscheidung des angloamerikanischen vom kontinental-europäischen Recht wird hier am Common Law festgemacht. Das Wort Common Law ist nach Radbruch ein Eigenname für einen bestimmten Teil des englischen Rechts, dessen Bedeutung sich aus den Gegensätzen ergibt, in denen es auftritt. Diese Gegensätze sind Common Law (Gemeines Recht, Fallrecht, Case Law, Law of England, Law of the Land), Civil Law (Römisches Recht, heute das kontinentaleuropäische Recht), Equity (Billigkeitsrecht zur Korrektur des Common Law), und Statute Law (Geschriebenes Recht, Gesetzesrecht). Das Verhältnis zwischen Gesetz und Fallrecht hatte in Amerika bereits zum Zeitpunkt der Verfassung von Radbruchs Monographie eine deutliche Verschiebung erfahren. Bei den vorliegenden, grundsätzlichen Überlegungen ist dieser Umstand jedoch ebenso unbeachtlich wie die Tatsache, dass die letzten Jahrzehnte der Europäisierung und Sozialisierung des Rechts auch in England nicht spurlos an der Dominanz des Fallrechts vorübergingen. G.Radbruch in „Der Geist des englischen Rechts“ GRGA 15 S.39f., 44 f.; C. Graf von Bernstorff in „Einführung in das englische Recht“ S. 2 ff.

¹⁰³⁴ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 259, 260

sich allerdings Zeit seines Lebens der Rechtsvergleichung¹⁰³⁵. Während die Gerichte im angloamerikanischen Recht nach Kelsens Ansicht individuelle Normen durch die Anwendung gewohnheitsrechtlicher genereller Normen erzeugen, kommt Radbruch zu dem Ergebnis, dass die englischen Richter grundsätzlich nicht Gewohnheitsrecht anwenden, sondern durch das einzelne Präjudiz neues, für gleichartige Fälle verbindliches Recht erzeugen¹⁰³⁶. Kelsen attestiert der angloamerikanischen Rechtssprechung eine höhere Flexibilität und der kontinentaleuropäischen eine erhöhte Rechtssicherheit. Nach Radbruch ist der englische Juristenstand zwar tatsächlich in höherem Maße schöpferisch als die kontinentalen Juristen, der einzelne englische Richter wird aber gleichzeitig durch die Last der Präjudizen stärker gebunden als sein kontinentaler Kollege. Er ist im Gegensatz zu Kelsen daher der Ansicht, dass gerade die Rechtssicherheit das dominierende Prinzip im englischen Recht ist¹⁰³⁷. Dabei weist Radbruch jedoch auf die Eigenart des englischen Rechts als positivistisches Fallrecht hin¹⁰³⁸, bei

¹⁰³⁵ Nachdem Radbruch sich bis zum Ersten Weltkrieg rechtsvergleichend mit dem Strafrecht beschäftigte und seine Rechtsvergleichung danach in den Dienst der Politik stellte, widmete er sich nach seiner Entlassung ab 1933 dem angloamerikanischen Recht. Die rechtsvergleichende Beschäftigung mit dem angloamerikanischen Recht findet ihren Höhepunkt in Radbruchs Oxford-Aufenthalt im Jahre 1937 und dem im Jahre 1946 erscheinenden Werk „Der Geist des englischen Rechts“. In der „Vorschule der Rechtsphilosophie“ setzt sich Radbruch schließlich in Form einer historischen-philosophischen Darstellung mit den großen Rechtskulturen auseinander.; G. Radbruch in „Der Geist des englischen Rechts“ GRGA 15, S. 25 ff. und in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 161 ff.; H.Scholler in „Die Rechtsvergleichung bei Gustav Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht“ S.31, 32 ff.; H.Scholler in „Rechtsvergleichung als Vergleich von Rechtskulturen“ S. 744 ff.; H.-H.Jescheck in „Gustav Radbruchs Beitrag zur Strafrechtsvergleichung“ S. 358 ff., 361 ff.

¹⁰³⁶ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 164

¹⁰³⁷ G.Radbruch in „Der Geist des englischen Rechts“ GRGA 15 S. 50 ff., 57, 68; G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S.165 ff.; H.Scholler in „Die Rechtsvergleichung bei Gustav Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht“ S. 69

¹⁰³⁸ Im Wesen des angloamerikanischen wie auch des römischen Rechts als Fallrecht sieht Radbruch schließlich das Element der Natur der Sache verankert. Der englische Jurist orientiert die Rechtsfindung nach seiner Auffassung zuverlässiger an der Natur der Sache als an der Idee des Rechts. G.Radbruch in „Der Geist des englischen Rechts“ GRGA 15 S. 61; während die Natur der Sache für den Rechtsphilosophen Radbruch keine Rechtsquelle, vielmehr nur ein Mittel der Auslegung ist – so G. Radbruch in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ GRGA 3 S. 236 -, bedeutet englisches Recht nach seiner Ansicht grundsätzlich Rechtsfindung aus der Natur der Sache. Radbruch führt dies darauf zurück, dass die englische Haltung gegenüber dem Rechtswesen wie auch der Politik in der empirischen Methode wurzelt. G. Radbruch in „Die Natur der Sache als juristische Denkform“ GRGA 3 S. 231, 232; ob Radbruch die Beschäftigung mit dem englischen Case Law tatsächlich darin bekräftigte oder gar dazu brachte, in der Lehre von der Natur der Sache Erkenntnismethode und nicht mehr nur Intuition zu sehen, kann mit letzter Sicherheit nicht festgestellt werden. So jedoch C.Vulpinus in „Gustav Radbruch in Oxford“ S. 100; richtig ist zumindest, dass die Überlegungen zur Rechtsfindung im englischen Case Law nicht auf das europäisch-kontinentale Recht übertragbar sind, da sich die Erkenntnismethoden in Fallrechts- und Kodifikationssystemen unterscheiden. Die Tatsache, dass ein

welchem die Rechtssicherheit nicht formendes Prinzip, sondern vielmehr Folge der die Tradition wahrenden Entwicklung ist ¹⁰³⁹.

XVII. Parteienlehre

Radbruch entwickelte zur Ausgestaltung des relativistischen Zweckmäßigkeits-Elements seines Rechtsbegriffs eine rechtsphilosophische Parteienlehre. Über die inhaltliche Gestaltung und die Rangordnung der Zweckideen kann wissenschaftlich nicht entschieden werden. Dies geschieht vielmehr im politischen Parteienkampf. Radbruch ist der Ansicht, dass die Rechtsphilosophie diesen Wettstreit rationaler gestalten kann ¹⁰⁴⁰. Es besteht ein apriorisches System der obersten Zweckideen, der individualistischen, der überindividualistischen und der transpersonalen Auffassung. Die Verfolgung und Verwirklichung der einen oder anderen Richtung richtet sich nach den jeweiligen Parteiauffassungen. Diese verschiedenen Parteiauffassungen lassen sich nach Radbruchs Ansicht ordnen. Eine wirksame soziologische Macht führt zu den unterschiedlichen Parteiideologien ¹⁰⁴¹.

Eine vergleichbare Kategorisierung nimmt Kelsen nicht vor. Die unterschiedlichen Parteiauffassungen werden wie jede Werttheorie aus der Reinen Rechtslehre vollkommen ausgeschlossen und in den Aufgabenbereich der Rechtspolitik verbannt.

unverkennbarer Widerspruch zwischen der angloamerikanischen Rechtsfindung und Radbruchs Rechtsphilosophie besteht, wird in seinen rechtsvergleichenden Werken kaum thematisiert. Radbruch bringt indes zum Ausdruck, dass eine Rechtsfindung aus der Natur der Sache aus rechtsphilosophischer Sicht abzulehnen ist. Er stellt fest, dass der englische Jurist zu dem Glauben neigt, dass der Einzelfall sein Recht in sich trägt, und bringt zum Ausdruck, dass die Formel „*ex facto ius oritur*“, wonach das Recht aus dem Faktum entsteht, methodologischen Zweifeln unterliegt. Bereits die Wortwahl „*er neigt zu dem Glauben*“ zeigt, dass dieses Glaubensbekenntnis nicht richtig sein kann. Radbruch weist außerdem darauf hin, dass eine Rechtsphilosophie und Rechtspolitik spätestens dann fertig zur Hand liegen müssen und man nicht mehr auf die Belehrung durch künftige Einzelfälle warten kann, wenn die gesellschaftlichen Verhältnisse den Gesetzgeber zur Eilbedürftigkeit drängen. G.Radbruch in „Der Geist des englischen Rechts“ GRGA 15 S. 61

¹⁰³⁹ G.Radbruch in „Der Geist des englischen Rechts“ GRGA 15 S. 57 ff.; Radbruch zitiert an dieser Stelle eine Rezension der ersten Auflage seiner Monographie. Der Rezensent stellt darin mit aus Radbruchs Sicht passenden Worten fest, dass der englische Positivismus Bejahung des Rechts und nicht wie der kontinentale Namenspartner Bejahung des Gesetzes bedeutet. Darin kommt der Glaube zum Ausdruck, dass sich das Recht wie Sprache und Sitte jenseits des Willens langsam entwickelt und von den Tatumständen des Einzelfalls abhängt.

¹⁰⁴⁰ R.Dreier in „Gustav Radbruchs rechtsphilosophische Parteienlehre“ S. 497, 499

¹⁰⁴¹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 59

Während Radbruch versucht, mit seiner Parteienlehre den Relativismus zu ordnen, ihn begreifbarer zu machen, unterwirft Kelsen sein System ohne jegliche Einschränkungen, Erklärungsmuster oder Hilfestellungen bewusst dem Relativismus.

XVIII. Freiheit und Kausalität

Nach Kelsens Ansicht ist das Verhalten des Menschen in der Natur durch unendliche Kausalreihen vorherbestimmt. In diesem natürlichen Sinne ist der Mensch nicht frei. Der Mensch ist indes als sittliche oder rechtliche Persönlichkeit frei, d.h. verantwortlich, da sein Verhalten gewertet wird. Freiheit ist nicht die Loslösung von der Kausalkette, sondern vielmehr die Tatsache, dass der einer Moral- oder Rechtsordnung unterworfenen Mensch Endpunkt einer auf Grund dieser normativen Ordnung möglichen Zurechnung ist. Der Mensch ist frei, weil ihm zugerechnet wird, ihm wird nicht umgekehrt zugerechnet, weil er frei ist ¹⁰⁴².

Radbruch geht nicht von einer Vorherbestimmtheit des Menschen durch Kausalreihen aus. Moralisches Verhalten erfordert die Freiheit des Einzelnen. Im Gegensatz zu Kelsen schließt Radbruch nicht von der rechtlichen Beurteilung auf die Freiheit des einzelnen Menschen. Er stellt vielmehr absolute Forderungen an das Recht. Der Mensch kann nur dann ethische Entscheidungen treffen, wenn eine innere Freiheit besteht. Diese innere Freiheit erfordert ein Maß an äußerer Freiheit. Das Recht muss die Möglichkeit sittlicher Pflichterfüllung gewährleisten. Daher muss das Recht die äußere Freiheit, die den Kern und das Wesen der Menschenrechte ausmacht, garantieren ¹⁰⁴³. Freiheit ist nach Radbruchs Ansicht der Inbegriff der demokratischen Gesinnung. Sie steht hinter dem Gedanken des Relativismus, der Neutralität und der Toleranz.

¹⁰⁴² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 97

¹⁰⁴³ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 146, 147

XIX. Völkerrecht

Radbruch und Kelsen stimmen darin überein, dass es sich beim Völkerrecht um eine Rechtsordnung handelt in dem von ihnen jeweils verstandenen Sinne¹⁰⁴⁴. Sie haben allerdings unterschiedliche Auffassungen zur Geltungslehre des Völkerrechts.

Nach Kelsen ist Geltungsgrund des Völkerrechts eine Grundnorm. Aufgrund des wechselseitigen Verhältnisses des Völkerrechts zu den einzelnen staatlichen Rechtsordnungen existieren letzten Endes jedoch zwei unterschiedliche Möglichkeiten der Geltungsbegründung. Entweder sieht man in der Grundnorm des Völkerrechts den Geltungsgrund jeder staatlichen Rechtsordnung, oder aber der eigentliche Geltungsgrund liegt in der Grundnorm der einzelnen Rechtsordnungen, wodurch dann das Völkerrecht zu einem Bestandteil der souveränen staatlichen Rechtsordnungen würde¹⁰⁴⁵. Keiner der Alternativen ist nach Kelsens Ansicht der Vorzug zu geben. Das Ergebnis ist in jedem Fall eine erkenntnismäßige Einheit allen geltenden Rechts. Auf den Inhalt des Völkerrechts oder des staatlichen Rechts hat die Wahl des Primats keinen Einfluss¹⁰⁴⁶.

Während Kelsen die bestehende Konstellation konstruktiv nutzt, empfindet sie Radbruch als problematisch. Das Recht hat nach seiner Ansicht immer einen universalen Anspruch. Einen rechtsleeren Raum gibt es nicht. Eine Rechtsordnung gilt vom Gesichtspunkt der anderen Rechtsordnung aus nur, wenn ihr der erforderliche Raum gewährt wird. Diese Überlegung trifft auch für das Verhältnis des Völkerrechts zu den einzelnen staatlichen Rechtsordnungen zu. Während diese dem Völkerrecht nur nach den Voraussetzungen der eigenen Vorstellungen Geltung beimessen, führt der universale Geltungsanspruch des Völkerrechts gleichzeitig zu einem nur eingeschränkten Geltungsbereich der einzelnen staatlichen Rechtsordnungen¹⁰⁴⁷. Eine allgemeingültige Lösung des Vorrangigkeitsproblems

¹⁰⁴⁴ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 191 ff.; H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 321 ff.

¹⁰⁴⁵ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 221

¹⁰⁴⁶ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 341; das Völkerrecht ist Ausgangspunkt dieser Konstruktion, wenn man vom Primat des Völkerrechts ausgeht. Im anderen Fall ist eine einzige staatliche Rechtsordnung der Ausgangspunkt dieser Konstruktion. Diese einzelstaatliche Rechtsordnung wird dann zu einer alle anderen staatlichen Rechtsordnungen delegierenden umfassenden Universalrechtsordnung.

¹⁰⁴⁷ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 191, 192

liefert Radbruch nicht. Er setzt vielmehr auch diese Problematik der relativistischen und seiner Zweckmäßigkeitstheorie zugrundeliegenden Dreiteilung rechtsphilosophischer Standpunkte in eine individualistische, eine überindividualistische und eine transpersonale Auffassung aus. Individualismus fördert den Weltstaat und leugnet die Souveränität, Überindividualismus fördert das Souveränitätsdogma und leugnet das Völkerrecht, und Transpersonalismus fördert das Völkerrecht unter Beibehaltung der Souveränität. Nach Radbruchs Ansicht zeigt die tatsächliche Entwicklung, dass sich die transpersonale Auffassung durchsetzt, welcher ein überstaatlicher Gemeinwille zugrunde liegt und die ihren Ausdruck findet durch ausdrückliche Vereinbarungen und Gewohnheitsrecht ¹⁰⁴⁸.

XX. Religionsphilosophie

Der Religionsphilosophie, insbesondere der Entwicklung des Verhältnisses von Recht und Religion, widmet Radbruch ein ganzes Kapitel in der „Rechtsphilosophie“. Die Religion ist wertüberwindendes Verhalten, Überwindung des Gegensatzes von Wert und Wirklichkeit ¹⁰⁴⁹. Die von der christlichen Religionsphilosophie vertretene Auffassung von der Wesenlosigkeit des Rechts beeinträchtigt die Lehren der Wertphilosophie und damit vom positiven Wert des Rechts und des Staates nicht, da die Wesenlosigkeit nur vor Gott, von einem Standpunkt außerhalb dieser Welt, gegeben ist. Die Wertphilosophie und die Rechtsphilosophie sind jedoch von dieser Welt ¹⁰⁵⁰.

Kelsen geht auf die Religionsphilosophie in der „Reine „Rechtslehre“ nicht ein. Er beschäftigt sich jedoch im Zusammenhang mit der Frage nach der Gerechtigkeit mit religiösen Fragen. Er ist der Ansicht, dass das Streben des Menschen nach der absoluten Gerechtigkeit aufgrund der Relativität aller Rechtssysteme nicht erfüllt werden kann. Die vom Menschen ersehnte Gerechtigkeit ist damit ein irrationales Ideal, welches nur von einer transzendenten Autorität, von Gott, ausgehen kann und damit außerhalb dieser Welt liegt ¹⁰⁵¹. Auch Kelsen ist daher der Ansicht, dass eine Überwindung von Wirklichkeit und Wert nur auf diese Weise erfolgen kann:

¹⁰⁴⁸ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 197, 198

¹⁰⁴⁹ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 92

¹⁰⁵⁰ G.Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 96

¹⁰⁵¹ H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 401

*„Nur die göttliche Vernunft kann praktische Vernunft, das heißt gesetzgebende Erkenntnis sein, nur von Gott kann man behaupten, dass Erkennen und Wollen eins sind.“*¹⁰⁵²

XXI. Recht und Kunst

Während sich Kelsens Reine Rechtslehre weder mit der Kunst als solcher noch mit dem Verhältnis von Kunst und Recht auseinandersetzt, vollzieht sich der Bezug zu den Künsten in Radbruchs „Rechtsphilosophie“ auf dreifache Weise. Radbruch setzt sich bereits in der „Rechtsphilosophie“¹⁰⁵³ und dann in der „Vorschule der Rechtsphilosophie“ noch eingehender¹⁰⁵⁴ mit dem Verhältnis von Kunst und Recht und der gegenseitigen Einflussnahme auseinander. Darüber hinaus integriert er die Kunst in sein rechtsphilosophisches System, indem er sie zu einem Bestandteil der Werkwerte und damit zum Ziel der transpersonalen Auffassung macht¹⁰⁵⁵. Zu erwähnen sind außerdem die unzähligen philosophischen Bezüge zur Literatur¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵² H. Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S. 416

¹⁰⁵³ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 105 ff.

¹⁰⁵⁴ G. Radbruch in „Vorschule der Rechtsphilosophie“ GRGA 3 S. 200 ff.

¹⁰⁵⁵ G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 51, 52

¹⁰⁵⁶ Stellvertretend sollen hier nur einige Stellen zitiert werden: G. Radbruch in „Rechtsphilosophie“ S. 94, Bezug zu Tolstoi; S. 56, Bezug zu Dostojewskij; S. 48, Bezug zu Schiller; S. 47, 48, Bezug zu Fontane; S. 101, Bezug zu Kleist; S. 102, Bezug zu Ibsen; beispielsweise S. 29, 54, 58, 81, 82, 98, 99, 101, 105 usw. Bezug zu Goethe

F. Schluss

Es wurde gezeigt, dass sich Kelsens Reine Rechtslehre und Radbruchs Rechtsphilosophie in wesentlichen Punkten unterscheiden.

Den komplexen Systemen liegen mit Kant und dem Neukantianismus zwar dieselben rechtsphilosophischen Wurzeln zugrunde. Wie dargelegt wurde, sind jedoch sowohl Ausprägung als auch Orientierung unterschiedlich. Eine Kelsen vergleichbare Analogie zwischen Grundnormkonstruktion und Kants Transzendentalphilosophie findet sich bei Radbruch nicht. Während Kelsen eher der Marburger Richtung des Neukantianismus zugeordnet werden kann, steht Radbruch in der Tradition der Südwestdeutschen Schule.

Der Methodendualismus dient beiden als Grundlage ihrer Systeme. Sie unterscheiden sich so von der klassischen idealistischen Naturrechtslehre. Allerdings bestehen erhebliche Unterschiede in der Tragweite des Methodendualismus. Während Kelsen eine strikte Trennung von Sein und Sollen vornimmt, ist Radbruch immer darum bemüht, diesen Dualismus zu entspannen. Dies geschah zunächst durch den Methodentrialismus, später durch die Lehre von der Natur der Sache.

Die unterschiedliche Ausprägung des Methodendualismus führt zu abweichenden Definitionen der Rechtswissenschaft. Nach Radbruch ist die Rechtswissenschaft eine verstehende, individualisierende und wertbeziehende Wissenschaft mit wandelbarem Gegenstand, mithin Kulturwissenschaft. Für den strengen Methodendualisten Kelsen ist die Rechtswissenschaft eine Normwissenschaft, beschränkt auf die Erkenntnis positivrechtlicher Normen.

Beide sind überzeugte Relativisten. Bezogen auf ihre Systeme hat der Relativismus jedoch eine unterschiedliche Funktion. Kelsen legt seinem System den Relativismus zugrunde; Radbruch integriert diesen in sein System, macht ihn zu einem wesentlichen Bestandteil und nutzt ihn zur Geltungsbegründung.

Radbruch ist bereits aufgrund der Wertebezogenheit seines Rechtsbegriffs nicht zu den Rechtspositivisten zu rechnen. Kelsens Reine Rechtslehre zählt hingegen zu den bedeutendsten rechtspositivistischen Lehren.

Die Ausrichtung des Rechtsbegriffs an der Rechtsidee unterscheidet Radbruch auch bei der Definition des Rechtsbegriffs von Kelsen. Wesentlich für den Rechtsbegriff Kelsens ist die Trennungsthese und die Grundnormkonstruktion.

Die Gerechtigkeit ist für Radbruch die Idee des Rechts. Sie ist Element des Rechtsbegriffs und so wesentlicher Bestandteil seines Systems. Kelsen klammert Werte im Allgemeinen und damit auch die Gerechtigkeit aus seinem System aus.

Beide grenzen sich zum Naturrecht ab und unterscheiden sich wie gezeigt aufgrund der methodendualistischen Ausrichtung vom klassischen Naturrecht. Radbruchs Werk zeichnete sich jedoch immer durch ein naturrechtliches Minimum aus.

Kelsen unternimmt eine strikte Trennung von Recht und Moral. In Radbruchs Rechtsphilosophie besteht eine Verknüpfung der beiden Begriffe. Die Moral ist Bestandteil seines Systems.

Geltungsgrund des Rechts ist für Kelsen die fiktive Grundnorm. Sie ist transzendental-logische Bedingung der Rechtserkenntnis. Auch Radbruch begründet die Geltung des Rechts mit einer Grundnorm. Allerdings handelt es sich bei ihr um einen naturrechtlichen Rechtssatz.

Unterschiedliche Wege gehen beide auch bei der Beurteilung des Verhältnisses von Recht und Staat. Kelsen nimmt entgegen der traditionell dualistischen Lehre eine Identität von Recht und Staat an. Für Radbruch besteht hingegen ein Spannungsverhältnis zwischen Recht und Staat. Bei Kelsens Identitätstheorie vermisst er den aus seiner Sicht wesentlichen rechtsphilosophisch-politischen Gehalt.

Weitere Unterschiede bestehen bei der Definition der Rechtsnorm als Imperativ, der Bedeutung des Relativismus für die Demokratie, bei der Interpretationslehre oder auch der Geltungsbegründung des Völkerrechts.

Schließlich führte die nationalsozialistische Herrschaft zu einer Akzentverschiebung in Radbruchs Rechtsphilosophie, während der Inhalt der Reinen Rechtslehre vom Schrecken der Diktatur unberührt blieb.

Neben den gemeinsamen rechtsphilosophischen Wurzeln, der zumindest dem Grunde nach übereinstimmenden methodendualistischen und relativistischen Ausrichtung sowie der demokratischen und sozialen Haltung besteht ein wesentlicher Anknüpfungspunkt zwischen Radbruch und Kelsen in der überragenden Bedeutung der beiden Lehren.

Die große und revolutionäre Bedeutung der Reinen Rechtslehre zeigt sich in ihrem erheblichen Einfluss auf Rechtstheorien und Rechtssysteme weltweit. Und das, obwohl es den Menschen noch heute schwer fällt, ein rechtstheoretisches System zu akzeptieren, welches frei ist von jeglichen Werten. Spätestens die Feststellung, dass die Regelungen eines nach allgemeinem Verständnis noch so ungerechten Systems auch Recht im Sinne der Reinen Rechtslehre darstellen, führt zu verständnislosem Kopfschütteln. Dabei war es gerade die Reine Rechtslehre, die dem Rechtspositivismus ein erkenntnistheoretisches Fundament gab. Kelsen wollte die Rechtswissenschaft mit Hilfe der Reinen Rechtslehre in deutlicher Abgrenzung zur Rechtspolitik aus dem, aus wissenschaftlicher Sicht gesehen unerträglichen Zustand reiner Spekulation befreien und sie mit Hilfe seiner rein axiomatischen Theorie auf die Höhe einer echten und reinen Wissenschaft heben. Ziel der Reinen Rechtslehre ist die Erkenntnis des Rechts, nicht dessen Gestaltung. Sie will die Rechtswissenschaft befreien von allen kausalwissenschaftlichen – soziologischen und psychologischen – Feststellungen und von allen naturrechtlichen – ethisch-politischen – Gedanken, als unverifizierbaren und damit für Kelsen sinnlosen Erkenntnissen. Ausgangspunkt ist die inhaltliche Beliebigkeit des Rechts im Allgemeinen und jeder einzelnen Rechtsordnung. Kelsen wollte eine Reinigung der Rechtswissenschaften im wortwörtlichen Sinn herbeiführen. Jedes Interesse, dass durch eine Rechtsordnung gesichert werden soll, entsteht durch eine politische und interessen geleitete Diskussion, deren Inhalt aufgrund der Unterschiedlichkeit und Subjektivität des menschlichen Wollens zufällig ist. Erst die Reinigung der rechtsphilosophischen Diskussionen von allem inhaltlichen Wollen ermöglicht klare Unterscheidungen. So findet man auf der einen Seite Rechtspolitik, Wollen,

Gefühl und Streben nach Gerechtigkeit; auf der anderen Seite finden sich die reine wissenschaftliche Rechtstheorie und Rechtserkenntnis.

Auch Radbruchs Lehre ist aus der Geschichte der Rechtsphilosophie nicht wegzudenken. Der Einfluss seines Werkes war und ist gewaltig. Als Rechtsphilosoph genießt er weltweite Anerkennung. Der nachhaltige Einfluss seines Werkes erklärt sich dabei aber nicht wie bei Kelsen aus einer revolutionären Wirkung, nicht aus einer nie da gewesenen systematischen Logik und Geschlossenheit. Die Bedeutung des Werkes resultiert vielmehr aus Radbruchs antinomischer Vorgehensweise, aus der Verknüpfung logischer und materieller Komponenten. Und aus dem Mut, Fragen gerade auch dann zu stellen, wenn man eine letzte Antwort schuldig bleiben muss und damit bewusst die systematische Geschlossenheit preisgibt. Seine Stärke war nicht die analytische Tätigkeit des Verstandes, sondern die synthetische Tätigkeit der Vernunft.

Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Lehren ist die Zielrichtung. Kelsen will keine Rechtsphilosophie im eigentlichen, im materiellen Sinne begründen. Er verfolgt eine Trennung zwischen Rechtsphilosophie und Rechtspolitik einerseits und rechtswissenschaftlicher Theorie andererseits. Radbruch hingegen sieht in der Rechtsphilosophie vergeistigte Politik. Recht versteht er als eine der Gerechtigkeit dienende Wirklichkeit, angereichert mit den Elementen Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit. Die Reine Rechtslehre erreicht ihre „Reinheit“ gerade und ausschließlich durch das Ausklammern der Elemente Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit. Gleich einem Pendel sorgt allein die unterschiedliche Gewichtung der Rechtssicherheit in Radbruchs System für eine Annäherung oder Abwendung von Kelsens Reiner Rechtslehre.

Während Radbruch eine materielle Rechtsphilosophie betreibt und dafür die Geschlossenheit seines Systems opfert, entwickelt Kelsen eine revolutionäre, durch ihre Logik und Geschlossenheit beeindruckende, aber formale Rechtstheorie.

Die strenge Wissenschaftlichkeit der Reinen Rechtslehre steht auch im Kontrast zu der in Radbruchs Werk stets durchscheinenden menschlichen Seite.

Als Methodendualisten und Relativisten entfernen sich Kelsen und Radbruch bewusst von den monistischen Naturrechtslehren. Die Welt ist zu reich und zu lebendig, um sie einer Wahrheit unterzuordnen. Diese Vielfältigkeit stellt den Menschen immer wieder vor neue Fragen. Dabei fühlen sich nach Kelsens Ansicht nur diejenigen vom Relativismus im Stich gelassen, die selbst keine Verantwortung übernehmen wollen und „*die Wahl auf Gott, die Natur oder die Vernunft zu schieben wünschen*“¹⁰⁵⁷. Das monistische Streben findet seinen Ursprung in der Suche nach den letzten Antworten, nach der perfekten Symmetrie. Die Antwort ist jedoch stets auf den Augenblick beschränkt. Das dynamische Leben bietet nicht den von der perfekten Symmetrie geforderten Stillstand. Dies kommt in den relativistischen Lehren Radbruchs und Kelsens zum Ausdruck. Trotz Wertebezug schloss auch Radbruch eine sichere, rationale Erkenntnis letzter Werte und damit einen allgemeingültigen Gerechtigkeitswert aus. Das Dasein wäre nach Radbruch überflüssig, „*wenn nicht die Welt letzten Endes Widerspruch und das Leben Entscheidung wäre*“¹⁰⁵⁸.

Die Reine Rechtslehre hat indes selbst einen monistischen Einschlag. In Kelsens Lehre kommt das monistische Verlangen des Menschen nach Klarheit und Sicherheit gerade dadurch zum Ausdruck, dass er die dualistische Auseinandersetzung auf die Ebene der Politik verschiebt, um so die Geschlossenheit und perfekte Symmetrie seines Systems aufrecht erhalten zu können. Radbruch wurde oft fehlende Entscheidungsfreude vorgeworfen. Systembezogen trifft dieser Vorwurf jedoch eher auf Kelsen zu. Es ist nämlich gerade die Ablehnung eines geschlossenen Systems, die Radbruch den ständig wechselnden Anforderungen des Lebens aussetzt und unaufhörlich neue Entscheidungen abverlangt.

Wir haben gezeigt, dass sich die beiden herausragenden Lehren über den Relativismus, den Methodendualismus und die Geltungsbegründung des Rechts von den Extremen des empirischen Positivismus und des idealistischen Naturrechts abgrenzen. Kelsen und Radbruch gehen ein Stück des Weges gemeinsam. Auf ihrer Wanderung gelangen sie dann jedoch an einen Scheidepunkt: aufgrund der Werteorientierung einerseits und der Werteabstinenz andererseits richten sich

¹⁰⁵⁷ H.Kelsen in „Reine Rechtslehre“ S.442

¹⁰⁵⁸ G.Radbruch „Die Problematik der Rechtsidee“ S.50; GRGA Band 2, S.467

Radbruch und Kelsen an den beiden Extremen unterschiedlich aus. Sie gehen in entgegengesetzte Richtung.

In Radbruchs Rechtsphilosophie ist die große Gegenkonzeption zu Kelsens Reiner Rechtslehre zu sehen.

Literaturverzeichnis

A. Verzeichnis der Schriften Hans Kelsens

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911; 2.Auflage, erweitert durch eine Vorrede, Tübingen 1923

Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen 1911, wiederabgedruckt in Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 1, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, Wien 1968, S.3-36

Über Staatsunrecht, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 40.Band, 1913, 1-114, wiederabgedruckt in Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 1, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, Wien 1968, S.957-1057

Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche, 40.Jg., 1916, S.1181-1239, widerabgedruckt in Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 1, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, Wien 1968, S.37-93

Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-ob, Annalen der Philosophie, Band 1, 1919, S.630-658, wiederabgedruckt in Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 2, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, Wien 1968, S.1215-1241

Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre, Tübingen 1920

Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen 1920, abgedruckt in Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1920, 50-85

Allgemeine Staatslehre, Berlin/Heidelberg/New York 1925

Die Idee des Naturrechts, Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 7, 1927/1928, S.221-250, wiederabgedruckt in Staat und Naturrecht. Aufsätze zur Ideologiekritik, herausgegeben von Ernst Topitsch, 2.Auflage, München 1989, S.73-113

Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, Jahrgang 2, 1927/1928, 71-94; wiederabgedruckt in Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 1, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, Wien 1968, S.215-244

Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. Philosophische Vorträge, veröffentlicht von der Kant-Gesellschaft, Heft 31, Charlottenburg 1928; wiederabgedruckt in Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 1, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, Wien 1968, S.281-350

Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2.Auflage, Tübingen 1929

Wer soll Hüter der Verfassung sein ?, Die Justiz, Band 6, 1931, S.5-56, wiederabgedruckt in Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 2, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, Wien 1968, S.1873-1922

Verteidigung der Demokratie, Blätter der Staatspartei, Jahrgang 2, 1932, S.90-98

Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig/Wien 1934 (Nachdruck mit einem Vorwort von Stanley L. Paulson, Aalen 1985)

General Theory of Law and State, Cambridge/ Massachusetts, Harvard University Press 1945

Was ist Gerechtigkeit ?, Wien 1953

Was ist die Reine Rechtslehre ?, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift für Zaccharia Giacometti, Zürich 1953, S.143-161, wiederabgedruckt in Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 1, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, Wien 1968, S.611-629

Recht und Moral, Estudios Juridico-Sociales, Homenaje al Profesor Luiz Legaz y Lacambra, Santiago de Compostela 1960, S.153-164, wiederabgedruckt in Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 1, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, Wien 1968, S.797-810

Reine Rechtslehre, 2. vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage 1960, unveränderte Nachdrucke, Wien 1967 und 1976

Das Problem der Gerechtigkeit, Anhang zu Reine Rechtslehre, 2.Auflage, S.357-440

Was ist Juristischer Positivismus ?, JZ 1965, 465-469, wiederabgedruckt in Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 1, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, Wien 1968, S.941-953

Allgemeine Theorie der Normen, aus dem Nachlass herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter, Wien 1979

B. Verzeichnis der Schriften Gustav Radbruchs

Die Lehre von der adäquaten Verursachung, Abhandlungen des Kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin, Band 1, Heft 3, 1902, S.319-408 (GRGA Band 7, S.7-47)

Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, Berlin 1914 (GRGA Band 7, S.75-176)

Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 22. Jg., 1906, 355-370 (GRGA Band 1, S.409-422)

Einführung in die Rechtswissenschaft, Leipzig 1910 (GRGA Band 1, S.90-209), 7. und 8.Auflage Leipzig 1929 (GRGA, Band 1, S.211-405)

Rezension zu Victor Cathrein. Recht, Naturrecht und positives Recht, Zeitschrift für Politik, 4. Jg., 1911, 410 ff. (GRGA, Band 1, S.528-530)

Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914 (GRGA Band 2, S.9-204)

Ihr jungen Juristen !, Flugschrift, Hefte zur „Jugendgemeinde“, Neue Folge des „Aufbau“, Flugblätter an die Jugend, Berlin 1919, S.3-14 (GRGA, Band 13, S.23-38, Band 15, S.77-92)

Religionsphilosophie des Rechts, Religionsphilosophie der Kultur. Vortrag vom 20.03.1920, Zwei Entwürfe von P. Tillich und G. Radbruch, Philosophische Vorträge veröffentlicht von der Kant-Gesellschaft, Nr. 24, Berlin 1919, S.9-26, 2.Auflage, Berlin / Charlottenburg 1921 (GRGA Band 4, S.35-48)

Franz von Liszt, Das neue Deutschland, 8.Jahrgang 1919/1920, S.17 ff. (GRGA Band 16, S.25-26)

Gedächtnisrede bei der Bestattungsfeier der Kieler Märzgefallenen am 24.03.1920 (GRGA, Band 16, S.313-315)

Kulturlehre des Sozialismus, Ideologische Betrachtungen, Berlin 1922, 2. erweiterte Auflage, Berlin 1927, 3. Auflage, Berlin 1949, 4. Auflage mit einem Vorwort von A. Kaufmann, Frankfurt 1970 (GRGA, Band 4, S.99-163)

Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 17. Jg., 1923, 1924, 343-350 (GRGA, Band 2, S.453-460)

Die Problematik der Rechtsidee, Die Dioskuren, Jahrbuch für Geisteswissenschaften, 3.Band, 1924, S.43-50 (GRGA, Band 2, S.460-467)

Sozialismus und Kultur. Aus dem Hamburger Vortrag, Volk von Morgen. Der Hamburger Reichsjugendtag der deutschen Arbeiterjugend, Berlin 1925, S.91-95 (GRGA Band 4, S.164-169)

Der Mensch im Recht. Heidelberger Antrittsvorlesung, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 46, Tübingen 1927 (GRGA, Band 2, S.467-476), Nachdruck in Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts, 1. bis 3. Auflage Göttingen 1957, 1961, 1968, S.9-27

Die Problematik des sozialistischen Akademikers, Der sozialistische Student Nr.1, 1928, wiederabgedruckt in Sozialistischer Wille in Politik, Wissenschaft und Hochschule, 1.Jg., 1930, S.7-10 (GRGA, Band 12, S.154-160)

Einführung in die Rechtswissenschaft, 7./8. Auflage, Leipzig 1929 (GRGA, Band 1, S.210-405)

Vom individualistischen zum sozialen Recht, Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift, 13. Jg., Hamburg 1930, Spalte 457-468 (GRGA, Band 2, S.485-495), wiederabgedruckt in G. Radbruch, Der Mensch im Recht, Göttingen 1957, 3.Auflage Göttingen 1969, S.35-49

Rechtsphilosophie und Rechtspraxis, Juristische Wochenschrift, 1932, 3737 ff. (GRGA, Band 2, S.495-499)

Rechtsphilosophie, 3.Auflage, Leipzig 1932 (GRGA, Band 2, S.206-450)

Paul Anselm Feuerbach, Ein Juristenleben, Wien 1934 (GRGA, Band 6, S.27-276), 2.Auflage herausgegeben von Erik Wolf, Göttingen 1957, 3.Auflage herausgegeben von Erik Wolf, Göttingen 1969

Der Relativismus in der Rechtsphilosophie, 1934, erschienen unter dem Titel: Le relativisme dans la Philosophie du Droit, Archives des philosophie du droit et de sociologie juridique, Nr. ½, S.105-110, zitiert in G.Radbruch, Der Mensch im Recht, Göttingen 1957, 3.unveränderte Auflage 1968, S.80-87 (GRGA, Band 3, S.17-22)

Arten der Interpretation, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Francois Gény, Tome 2, paris 1935, S.217-226 (GRGA, Band 3, S.23-28)

Der Zweck des Rechts, 1937, erschienen unter dem Titel: Le But du Droit: bien commun, justice, sécurité, Annuaire de l'Institut de Philosophie du droit et de Sociologie, 1937/1938, S.48-59, zitiert in G.Radbruch, Der Mensch im Recht, Göttingen 1957, 3.unveränderte Auflage 1968, S.88-104 (GRGA, Band 3, S.39-50)

Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechts, 12.Jg., 1938, 46-54 (GRGA, Band 3, S.60-70)

Elegantiae Juris Criminalis. Sieben Studien zur Geschichte des Strafrechts, Basel 1938, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Basel 1950 (Sammlung in GRGA aufgelöst)

Gestalten und Gedanken. Acht Studien, Leipzig 1944, 2.Auflage, Leipzig 1948, 3.Auflage, Leipzig 1954 (Sammelband in GRGA aufgelöst)

Lebensbeschreibung für die US-Besatzungsbehörde, in Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen, 1968, S.21-25 (GRGA Band 16, S.316-320)

Fünf Minuten Rechtsphilosophie, Rhein-Neckar-Zeitung, 12.September 1945 (GRGA, Band 3, S.78 ff.)

Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung, 1946, 1.Jg., 105-108 (GRGA, Band 3, S.83-93)

Erneuerung des Rechts, Auszug aus der Rede, die Gustav Radbruch anlässlich der Wiedereröffnung der Juristischen Fakultät Heidelbergs gehalten hat, Rhein-Neckar-Zeitung, 12.Januar 1946, in Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen, 1968, S.26-28 (GRGA Band 3, S.80-82)

Der Geist des englischen Rechts, Heidelberg 1946, 2.Auflage 1947, 3.Auflage Göttingen 1956, 4.Auflage Göttingen 1958 (GRGA, Band 15, S.25 ff.)

Gesetz und Recht, Stuttgarter Rundschau, Januar 1947 (GRGA Band 3, S.96-100)

Erwiderung, Stuttgarter Rundschau, März 1947 (GRGA Band 3, S.104-106)

Wissenschaft und Verbrechen, Volk und Zeit, Nr. 5 1947, S.1 (GRGA Band 14, S.149-150)

Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Süddeutsche Juristenzeitung, 2.Jg., 1947, Spalte 131-136 (GRGA Band 8, S.250-258)

Vorschule der Rechtsphilosophie, herausgegeben von Harald Schubert und Joachim Stoltzenburg, Heidelberg 1948 (GRGA, Band 3, S.123-227)

Die Natur der Sache als juristische Denkform, Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1948, S.157-176 (GRGA, Band 3, S.229-254)

Rechtsphilosophie, 4.-7.Auflage, Stuttgart 1950-1970, herausgegeben von Erik Wolf, 8.Auflage, Stuttgart 1973, herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, Studienausgabe, herausgegeben von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, Heidelberg 1999

Der innere Weg, Aufriß meines Lebens, herausgegeben von Lydia Radbruch, Göttingen 1951, 2. unveränderte Auflage, Göttingen 1961 (GRGA, Band 16, S.167-297)

Briefe, herausgegeben von Erik Wolf, Göttingen 1968 (Gesammelte Briefe in GRGA Band 17 und 18)

Entwurf eines Nachworts zur Rechtsphilosophie, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, herausgegeben von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, Heidelberg 1999, S. 193-208

Gustav Radbruch Gesamtausgabe, herausgegeben von A. Kauffmann, 20 Bände, Heidelberg ab 1987:

Band 1: Rechtsphilosophie I, bearbeitet von Arthur Kauffmann, 1987; Band 2: Rechtsphilosophie II, bearbeitet von Arthur Kauffmann, 1993; Band 3: Rechtsphilosophie III, bearbeitet von Winfried Hassemer, 1990; Band 4: Kulturphilosophische und kulturhistorische Schriften, bearbeitet von Günther Spindel, 2002; Band 5: Literatur- und kunsthistorische Schriften, bearbeitet von Hermann Klenner, 1997 Band 6: Feuerbach, bearbeitet von Gerhard Haney, 1998; Band 7: Strafrecht I, bearbeitet von Monika Frommel, 1995; Band 8: Strafrecht II, bearbeitet von Arthur Kauffmann, 1998; Band 9: Strafrechtsreform, bearbeitet von Rudolf Wassermann, 1992; Band 10: Strafvollzug, bearbeitet von Heinz Müller-Dietz, 1994; Band 11: Strafrechtsgeschichte, bearbeitet von Ulfried Neumann, 2001; Band 12: Politische Schriften aus der Weimarer Zeit I. Demokratie, Sozialdemokratie, Justiz, bearbeitet von Alessandro Baratta, 1992; Band 13: Politische Schriften aus der Weimarer Zeit II. Justiz. Bildungs- und Religionspolitik, bearbeitet von Alessandro Baratta, 1993; Band 14: Staat und Verfassung, bearbeitet von Hans-Peter Schneider, 2002; Band 15: Rechtsvergleichende Schriften, bearbeitet von Heinrich Scholler, 1999; Band 16:

Biographische Schriften, bearbeitet von Günter Spengel, 1988; Band 17: Briefe I (1898-1918), bearbeitet von Günter Spengel, 1991; Band 18: Briefe II (1919-1949), bearbeitet von Günter Spengel, 1995; Band 19: Reichtagsreden, bearbeitet von Volkmar Schöneburg, 1998; Band 20: Gesamtregister

C. Sekundärliteratur

Achermann, Franz: Das Verhältnis von Sein und Sollen als ein Grundproblem des Rechts, Winterthur 1955

Achterberg, Norbert: Brücken zwischen Sein und Sollen. Autonome Determinante und modal indifferentes Substrat, in: Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 5, herausgegeben von Werner Krawietz und Helmut Schelsky, Berlin 1984, S.445-452

ders.: Die Reine Rechtslehre in der Staatstheorie der Bundesrepublik Deutschland, in: Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts, Band 2, Wien 1978, S.7-54

ders.: Rechtsnorm und Rechtsverhältnis in philosophischer Sicht, in: Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 4, herausgegeben von Werner Krawietz, Ernst Topitsch und Peter Koller, Berlin 1982, S.133-148

Adomeit, Klaus: Platon und Kelsen über Wesen und Wert der Demokratie, in: Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 4, herausgegeben von Werner Krawietz, Ernst Topitsch und Peter Koller, Berlin 1982, S.293-308

ders.: Der Rechtspositivismus im Denken von Hans Kelsen und Gustav Radbruch, JZ 2003, 161-166

ders.: Rechts- und Staatsphilosophie I. Antike Denker über den Staat, 3.neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2001

- ders.: Rechts- und Staatsphilosophie II. Rechtsdenker der Neuzeit, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2002
- ders.: Rechtstheorie für Studenten, 4.Auflage, Heidelberg 1998
- Alexy, Robert: Hans Kelsens Begriff des relativen Apriori, in: Neukantianismus und Rechtsphilosophie, herausgegeben von Robert Alexy u.a., Baden-Baden 2002, S.170-202
- ders.: Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Hamburg 1993
- ders.: Zur Verteidigung eines nichtpositivistischen Rechtsbegriffs, in: Öffentliche oder private Moral? Festschrift für Ernesto Garzón Valdés, herausgegeben von Werner Krawietz und Georg Henrik von Wright, Berlin 1992, S.85-108
- ders.: Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg/München 1992
- Aristoteles: Nikomachische Ethik, Die Lehrschriften, herausgegeben von Paul Gohlke, Paderborn 1956
- Arndt, Adolf: Rechtsdenken in unserer Zeit. Positivismus und Naturrecht, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Nr.180, Tübingen 1955
- Austin, John: The Province of Jurisprudence determined, in: Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, in two Volumes, 5th revised and edited Edition, London 1911, Volume One, S.79-341
- Baldus, Manfred: Zur Relevanz des Souveränitätsproblems für die Wissenschaft vom öffentlichen Recht, in Der Staat 36, 1997, 381-398
- Ballestrem, Karl Graf (Hrsg.): Naturrecht und Politik, Berlin 1993
- Baratta, Alessandro: Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Band 45, 1959, 505-537, wiederabgedruckt in Philosophie und Strafrecht. Ausgewählte Aufsätze 1959 –1974, Köln 1985, S.1-30

- ders.: Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Band 54, 1968, 325 ff., wiederabgedruckt in Philosophie und Strafrecht. Ausgewählte Aufsätze 1959 – 1974, Köln 1985, S.229-249
- ders.: Natur der Sache und Naturrecht, Die ontologische Begründung des Rechts, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Darmstadt 1965, S. 104-163; wiederabgedruckt in Philosophie und Strafrecht. Ausgewählte Aufsätze 1959 – 1974, Köln 1985, S.89-135
- Bauer, Fritz: Das gesetzliche Unrecht des Nationalsozialismus und die deutsche Strafrechtspflege, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.302-307
- Baum, Maria: Nachspiel: Erfüllung 1945-1949, in: Der innere Weg, Göttingen 1951, S.144-156, GRGA Band 16, S.287-297
- Baumgartner, Hans Michael: Kants „Kritik der reinen Vernunft“, 3.Auflage, Freiburg, 1991
- Bernstorff, Christoph Graf von: Einführung in das englische Recht, München 1996
- Binder, Julius: Rechtsbegriff und Rechtsidee, Leipzig 1915, Nachdruck Aalen 1967
- Bleckmann, Albert: Monismus mit Primat des Völkerrechts, Zur Kelsenschen Konstruktion des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht, in: Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtslehre Beiheft 5, herausgegeben von Werner Krawietz und Helmut Schelsky, Berlin 1984, S.337-347
- Bonsmann, Paul: Die Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs, Dissertation Bonn 1966, 2.Auflage Bonn 1970
- Brecht, Arnold: Politische Theorie. Die Grundlagen politischen Denkens im 20.Jahrhundert, Tübingen 1961

- Brockhaus-Enzyklopädie in 24 Bänden, 19. überarbeitete Auflage in mehreren Bänden , Mannheim ab 1986
- Brüning, Walther: Der Gesetzesbegriff im Positivismus der Wiener Schule, Beihefte zur Zeitschrift für philosophische Forschung, Heft 10, Meisenheim/Glan 1954
- Bucher, Eugen: Zur Kritik an Kelsens Theorie der hypothetischen Grundnorm, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 7, Wien 1982, S.47-57
- Buchwald, Friedrich: Gerechtes Recht, Weimar 1947
- Buse, Felix: Gesetzespositivismus – oder lebendiges Recht, Juristische Rundschau, 1949, 361-367
- Cassirer, Ernst: Theorie der symbolischen Formen. Erster Teil. Die Sprache, 8. unveränderte Auflage, Darmstadt 1985, auch Gesammelte Werke Band 11, Darmstadt 2001
- ders.: Theorie der symbolischen Formen. Zweiter Teil. Das mystische Denken, 7. unveränderte Auflage, Darmstadt 1977, auch Gesammelte Werke Band 12, Darmstadt 2002
- ders.: Theorie der symbolischen Formen. Dritter Teil. Phänomenologie der Erkenntnis, 7. unveränderte Auflage, Darmstadt 1977, auch Gesammelte Werke Band 13, Darmstadt 2002
- ders.: Zur Logik der Kulturwissenschaften. Fünf Studien, 3. unveränderte Auflage, Darmstadt 1971
- Cattaneo, Mario A.: Gustav Radbruch als Theoretiker und Verteidiger des Rechtsstaates, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.182-190
- Cohen, Hermann: Ethik des reinen Willens, 5.Auflage, Hildesheim 1981, Nachdruck der 2. revidierten Auflage (1907), gleichzeitig Werkausgabe Band 7

- ders.: Logik der reinen Erkenntnis, 4.Auflage Hildesheim 1982, Nachdruck der 2. verbesserten Auflage (1914), gleichzeitig Werkausgabe Band 6
- ders.: Die Religion der Vernunft aus den Quellen des Judentums, Leipzig 1919
- ders.: Kants Theorie der Erfahrung, 5.Auflage, Hildesheim 1987, Nachdruck der 3. Auflage (1918), gleichzeitig Werkausgabe Band 1.1, Nachdruck der 1.Auflage (1871), gleichzeitig Werkausgabe Band 1.3
- ders.: Kants Begründung der Ethik, 3.Auflage, Hildesheim 2001, Nachdruck der 2. verbesserten Auflage (1910), gleichzeitig Werkausgabe Band 2
- Coing, Helmut: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5.Auflage, Berlin 1993
- der.: Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze, Süddeutsche Juristenzeitung, 1947, 61-64
- Deggau, Hans-Georg: Die Aporien der Rechtslehre Kants, Stuttgart / Bad Cannstadt 1983
- Del Vecchio, Giorgio: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 2. neubearbeitete Auflage, Basel 1951
- Deutsches Literatur-Lexikon. Biographisch-Bibliographisches Handbuch, begründet von Wilhelm Kosch, fortgeführt von Bruno Berger, 3. überarbeitete Auflage in mehreren Bänden, Bern und München ab 1968
- Dietze, Gottfried: Kant und der Rechtsstaat, Tübingen 1982
- Dilcher, Gerhard: Der rechtswissenschaftliche Positivismus, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie 61, 1975, 497-528
- Dobretsberger, Josef: Erkenntnistheorie und Naturrecht, in: Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift für Hans Kelsen zum 50.Geburtstag, herausgegeben von Alfred Verdross, Wien 1931, S.1-13

- Dreier, Horst: Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis ?, in: Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter zum 60.Geburtstag, herausgegeben von Heinz Mayer u.a., Wien 1991, S.117-135
- ders.: Gustav Radbruch und die Mauerschützen, JZ 1995, 421-434
- ders.: Hans Kelsen (1881 – 1973) Jurist des Jahrhunderts ?, in: Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, herausgegeben von Helmut Heinrichs, Harald Franzki, Klaus Schmalz und Michael Stolleis, München 1993, S.705-732
- ders.: Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Dissertation Hannover 1985, Baden-Baden 1986
- ders.: Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre, in: Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 22, Wien 2001, S.17-34
- Dreier, Ralf: Bemerkungen zur Theorie der Grundnorm, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 7, Wien 1982, S.38-46
- ders.: Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890-896
- ders.: Gustav Radbruch, Hans Kelsen, Carl Schmitt, in: Festschrift für Günther Winkler, herausgegeben von Herbert Haller u.a., Wien 1997, S.193-215
- ders.: Gustav Radbruchs rechtsphilosophische Parteienlehre, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1999, Band 85, 497 - 509
- ders.: Rechtsbegriff und Rechtsidee: Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenwärtige Diskussion, Frankfurt am Main 1986
- ders.: Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt am Main 1981
- ders.: Recht – Staat – Vernunft. Studien zur Rechtstheorie 2, Frankfurt am Main 1991

- ders.: Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzesgesetzes, in: Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70.Geburtstag, herausgegeben von Fritjof Haft, Winfried Hassemer, Ulfried Neumann, Wolfgang Schild und Ulrich Schroth, Heidelberg 1993, S.57-70
- ders.: Zum Verhältnis von Rechstheorie und Rechtsphilosophie, in: Philosophie's Rechts und das Recht der Philosophie. Festschrift für Hermann Klenner, herausgegeben von Volkmar Schöneburg, Frankfurt am Main 1992, S.15-28
- Dreier, Ralf und Paulson, Stanley L.: Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1999, Band 85, 462-468
- dies.: Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: Rechtsphilosophie – Studienausgabe, Heidelberg 1999, S. 235-250
- Dulckeit, Gerhard: Naturrecht und positives Recht bei Kant, Leipzig 1932, Nachdruck Aalen 1987
- Durant, William James: Die großen Denker, Zürich 1945
- Einsele, Helga: Erinnerungen an Gustav Radbruch, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.37-43
- dies.: Gustav Radbruch, Zeitschrift für Strafvollzug 3, 1952/1953, 133-139
- Eisler, Rudolf: Philosophen Lexikon. Leben, Werke und Lehren der Denker, Wien 1911
- ders.: Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 1.Auflage Berlin 1899, 2.Auflage Berlin 1904
- ders.: Handwörterbuch der Philosophie, Berlin 1913, 2.Auflage Berlin 1929
- Emge, Carl August: Bekenntnis zu Gustav Radbruch, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.44 - 49

- ders.: Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus, Berlin 1916
- Ellscheid, Günter: Das Problem von Sein und Sollen in der Rechtsphilosophie Immanuel Kants, Köln 1968
- ders.: Naturrecht, in: Handbuch der philosophischen Grundbegriffe, herausgegeben von Hermann Krings, Hans Michael Baumgertner und Christoph Wild, Band 1 bis 3, München 1973
- Engisch, Karl: Gustav Radbruch (1878-1949). Nekrolog, Heidelberger Strafrechtslehrer im 19. und 20. Jahrhundert, herausgegeben von Wilfried Küper, Heidelberg 1986, S.269-274
- ders.: Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph (Vortrag bei der Gedenkstunde der Juristischen Fakultät Heidelberg für Gustav Radbruch am 28. Januar 1950), in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.60-68, auch in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 38, 1949/1950, 305 ff. und in: Heidelberger Strafrechtslehrer im 19. und 20. Jahrhundert, herausgegeben von Wilfried Küper, Heidelberg 1986, S.213-223
- ders.: Gustav Radbruch zum Gedächtnis, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 63, 1950, 147-165
- ders.: Rezension zu Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, Wien 1960, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 75, 1963, 591-610
- Eucken, Rudolf: Geschichte der philosophischen Terminologie, Leipzig 1879
- Fechner, Erich: Ideologie und Rechtspositivismus. Ideologische Elemente in positivistischen Rechtsanschauungen, dargestellt an Hans Kelsens Reiner Rechtslehre, in: Ideologie und Recht, herausgegeben von Werner Maihofer, Frankfurt am Main 1969, S.97-120
- ders.: Naturrecht heute, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.161-172

- ders.: Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts, 2.unveränderte Auflage, Tübingen 1962
- Ferrari, Massimo: Ist Cassirer methodisch gesehen ein Neukantianer ?, in: Der Neukantianismus und das Erbe des deutschen Idealismus: die philosophische Methode, herausgegeben von Detlev Pätzold und Christian Krijnen, Würzburg 2002, S.103-122
- Fikentscher, Wolfgang: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band III, Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976
- Firnberg, Hertha: Hans Kelsen – ein österreichischer Gelehrter von Weltrang, in: Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 1, Wien 1974, S.11-14
- Foulkes, Albert: Gustav Radbruch in den ersten Jahrzehnten der Freirechtbewegung, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.231-241
- Frändberg, Ake: Die skandinavische Reaktion auf Hans Kelsens Reine Rechtslehre, in: Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 2, Wien 1978, S.69-97
- Friedmann, Wolfgang: Übergesetzliche Rechtsgrundsätze und die Lösung von Rechtsproblemen, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 41, 1954/1955, 348-371
- ders.: Übergesetzliche Rechtsgrundsätze, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus?, herausgegeben von Werner Maihofer, Darnstadt 1972, S.405-428
- Frommel, Monika: Die Kritik am „Richtigen Recht“ durch Gustav Radbruch und Hermann Ulrich Kantorowicz, in: Jenseits des Funktionalismus. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Lothar Phillipps und Heinrich Scholler, Heidelberg 1989, S.43 - 63

- dies.: Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruchschen Formel, in: Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70.Geburtstag, herausgegeben von Fritjof Haft, Winfried Hassemer, Ulfried Neumann, Wolfgang Schild und Ulrich Schroth, Heidelberg 1993, S.81-92
- Fuchs, Wilhelm: Radbruchiana oder Klassik und Romantik in der Rechtsphilosophie, in: Logische Studien im Gebiete der Jurisprudenz, Heft 5, Göttingen-Grone 1954, S.1-60
- ders.: Die Zukunft der Rechtswissenschaft, in: Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft, Stuttgart 1933
- Füßer, Klaus: Rechtspositivismus und „gesetzliches Unrecht“. Zur Destruktion einer verbreiteten Legende, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 78, 1992, 301-331
- Geddert, Heinrich: Recht und Moral. Zum Sinn eines alten Problems, Berlin 1984
- Geier, Manfred: Der Wiener Kreis, Reinbek 1992,
- Goller, Peter: Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie. Zur Geschichte der Rechtsphilosophie in Österreichs Universitäten (1848 – 1945), Frankfurt am Main 1997
- Gottschalk, Michael: Gustav Radbruchs Heidelberger Jahre 1926 – 1949, Dissertation Kiel 1982
- Gröscher, Rolf: Rechts- und Staatsphilosophie. Ein dogmenphilosophischer Dialog, herausgegeben von Rolf Gröscher, Claus Dierksmeier, Michael Henkel und Alexander Wiehart, Berlin 2000
- Günther, Klaus: Hans Kelsen (1881-1973). Das nüchterne Pathos der Demokratie, in: Streitbare Juristen. Eine andere Tradition, herausgegeben von der kritischen Justiz, Baden-Baden 1988, S.367-379

- Haas, Leo: Rechtsbegriff und Rechtsidee. Die formalistische Rechtsphilosophie Rudolf Stammlers und das formale Naturrecht, Dissertation Freiburg 1941, Schwarzenbach 1950
- Hammer, Stefan: Kelsens Grundnormkonzeption als neukantianische Erkenntnistheorie des Rechts?, in: Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, herausgegeben von Stanley L. Paulson und Robert Walter, Band 11, Wien 1986, S.210-231
- Hassemer, Winfried: Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform, in: Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Karlsruhe 1971, S.27-33
- ders.: Einführung zu GRGA Band 3, Heidelberg 1990, S.1-16
- Hart, H.L.A.: Recht und Moral, Göttingen 1971
- Hauser, Richard: Die verborgene Lebenslinie, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.50-59
- Heidegger, Martin: Einführung in die Metaphysik, Tübingen 1953, wiederabgedruckt in Gesamtausgabe, Band 40, Frankfurt am Main 1983
- Heidemann, Carsten: Geltung und Sollen: Einige (neu-)kantische Elemente der reinen Rechtslehre Hans Kelsens, in: Neukantianismus und Rechtsphilosophie, herausgegeben von Robert Alexy u.a., Baden-Baden 2002, S.203-222
- Heinig, Hans Michael: Was ist so attraktiv an der Radbruchschen Formel?, in: Recht-Gesellschaft-Kommunikation, herausgegeben von Stefan Machura und Stefan Ulbrich, Baden-Baden 2003, S.321-333
- Hendler, Reinhard: Die Staatstheorie Hans Kelsens, JuS 1972, 489-496
- Henkel, Heinrich: Einführung in die Rechtsphilosophie, 2.neubearbeitete Auflage, München 1977

- Heydte, Friedrich August Freiherr von der: Existentialphilosophie und Naturrecht, in: Naturrecht oder Rechtspositivismus?, herausgegeben von Werner Maihofer, Darnstadt 1972, S.141-158
- Hilgendorf, Eric: Zum Begriff des Werturteils in der Reinen Rechtslehre, in: Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen Schule, herausgegeben von C.Jabloner und F.Stadler, Wien 2001, S.117-135
- Hippel, Ernst v.: Mechanisches und moralisches Rechtsdenken, Meisenheim am Glan 1959
- ders.: Elemente des Naturrechts, Berlin 1969
- ders.: Die drei Grundformen des juristischen Denkens, Süddeutsche Juristenzeitung, 1948, Spalte 643-646
- Hippel, Fritz v.: Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker, Heidelberg 1951, Teil I/II bereits in Süddeutsche Juristenzeitung 1950, 465-477 und 574-585
- ders.: Kritik einiger Grundbegriffe in der Reinen Rechtslehre Kelsens, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 44, 1923, 327-346
- Hobe, Konrad: Emil Lasks Rechtsphilosophie, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Band 59 1973, 221-235
- Höffe, Otfried: Immanuel Kant, 2.Auflage, München 1988
- Hoerster, Norbert: Einleitung, in: H.L.A. Hart, Recht und Moral, Göttingen 1971
- ders.: Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, NJW 1986, 2480-2482
- ders.: Die rechtsphilosophische Lehre vom Rechtsbegriff, JuS 1987, 181-188
- ders.: Richtigstellung über den Rechtspositivismus, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Band 79 1993, 416-420

- ders.: Recht und Moral, München 1977
- ders.: Buchbesprechung, Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie I, Band 1 der Gesamtausgabe, JZ 1989, 382
- ders.: Buchbesprechung, Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie III, Band 3 der Gesamtausgabe, JZ 1991, 712
- Hoffmann, Hasso: Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, Darmstadt 2000
- Hoffmann, Rupert: Logisches und metaphysisches Rechtsverständnis. Zum Rechtsbegriff Hans Kelsens, München 1967
- Hoffmann, Thomas Sören: Kant und das Naturrechtsdenken, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Band 87, 2001, 449 - 467
- Holländer, Pavel: Abriß einer Rechtsphilosophie. Strukturelle Überlegungen, Berlin 2003
- Hollerbach, Alexander: Gustav Radbruch: neu- und widergelesen, in: Politik-Bildung-Religion. Hans Maier zum 65.Geburtstag, herausgegeben von Theo Stammen, Heinrich Oberreuter und Paul Mikat, Paderborn 1996, S.209-219
- ders.: Notizen zu Gustav Radbruchs „Vorschule der Rechtsphilosophie“, in: Festschrift für Günther Spendel zum 70.Geburtstag, herausgegeben von Manfred Seebode, Berlin 1992, S.141-151
- Holzhey, Helmut: Kelsens Rechts- und Staatslehre in ihrem Verhältnis zum Neukantianismus, in: Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, herausgegeben von Stanley L. Paulson und Robert Walter, Band 11, Wien 1986, S.167-192
- ders.: Die praktische Philosophie des Marburger Neukantianismus, in: Neukantianismus. Perspektiven und Probleme, Würzburg 1994, S.136-155

- Horn, Norbert: Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Heidelberg 1996
- Hume, David: Treatise of Human Nature 1, in: Philosophical Works Volume 1, Reprint of the new Edition London 1886, Aalen 1964
- ders.: Treatise of Human Nature 2, in: Philosophical Works Volume 2, Reprint of the new Edition London 1886, Aalen 1964
- Jabloner, Clemens: Ideologiekritik bei Kelsen, in: Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 18, Wien 1992, herausgegeben von R. Walter, S.97-106
- Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre, 3.Auflage, Berlin 1914
- ders.: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. durchgesehene und vermehrte Auflage, Tübingen 1905
- Jens, Walter (Herausgeber): Kindlers Neues Literatur Lexikon, Band 1-20, München 1988
- Jeschek, Hans Heinrich: Gustav Radbruchs Beitrag zur Strafrechtsvergleichung, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.356-365
- Jöckel, Wilhelm: Hans Kelsens rechtstheoretische Methode. Darstellung und Kritik ihrer Grundlagen und hauptsächlichen Ergebnisse, Tübingen 1930
- Kant, Immanuel: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Erstveröffentlichung 1785, wiederabgedruckt in Kant's gesammelte Schriften herausgegeben von der Königlich preußischen Akademie der Wissenschaften, Band IV, Berlin 1911
- ders.: Ideen zu einer allgemeinen Geschichte (in weltbürgerlicher Absicht), Erstveröffentlichung 1784, wiederabgedruckt in Kant's gesammelte Schriften herausgegeben von der Königlich preußischen Akademie der Wissenschaften, Band VIII, Berlin 1923

- ders.: Kritik der praktischen Vernunft, Erstveröffentlichung 1788, wiederabgedruckt in Kant's gesammelte Schriften herausgegeben von der Königlich preußischen Akademie der Wissenschaften, Band V, Berlin 1913
- ders.: Kritik der reinen Vernunft, 1.Auflage, Erstveröffentlichung 1781, wiederabgedruckt in Kant's gesammelte Schriften herausgegeben von der Königlich preußischen Akademie der Wissenschaften, Band IV, Berlin 1911
- ders.: Kritik der reinen Vernunft, 2. Auflage, Erstveröffentlichung 1787, wiederabgedruckt in Kant's gesammelte Schriften herausgegeben von der Königlich preußischen Akademie der Wissenschaften, Band III, Berlin 1911
- ders.: Metaphysik der Sitten, Erstveröffentlichung 1797, wiederabgedruckt in Kant's gesammelte Schriften herausgegeben von der Königlich preußischen Akademie der Wissenschaften, Band VI, Berlin 1914
- ders.: Über den Gemeinspruch; Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nichts für die Praxis, Erstveröffentlichung 1793, wiederabgedruckt in Kant's gesammelte Schriften herausgegeben von der Königlich preußischen Akademie der Wissenschaften, Band VIII, Berlin 1923
- ders.: Träume eines Geistersehers, erläutert durch Träume der Metaphysik, Erstveröffentlichung 1766, wiederabgedruckt in Kant's gesammelte Schriften herausgegeben von der Königlich preußischen Akademie der Wissenschaften, Band II, Berlin 1905
- ders.: Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft auftreten können, Erstveröffentlichung 1783, wiederabgedruckt in Kant's gesammelte Schriften herausgegeben von der Königlich preußischen Akademie der Wissenschaften, Band IV, Berlin 1911
- Kantorowicz, Hermann: Zur Lehre vom richtigen Rechte, Berlin und Leipzig 1909

- ders.: Rechtswissenschaft und Soziologie, in: Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, herausgegeben von Thomas Würtenberger, Karlsruhe 1962, S.117-144
- Kastner, Berthold: Goethe in Leben und Werk Gustav Radbruchs, Dissertation Freiburg 1999, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Band 64, Heidelberg 1999
- Kaufmann, Arthur: Analogie und Natur der Sache, 2.Auflage, Heidelberg 1982
- ders.: Einführung in die Rechtsphilosophie, herausgegeben von Arthur Kaufmann und Winfried Hassemer, 6.Auflage, Heidelberg 1994
- ders.: Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre – und was daraus geworden ist, in: Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für Sten Gagnér zum 70.Geburtstag, herausgegeben von Michael Stolleis, München 1991, S.105-132
- ders.: Über die Gerechtigkeit, Köln 1993
- ders.: Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW 1995, 81-86,
- ders.: Gesetz und Recht, in: Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf zum 60.Geburtstag, herausgegeben von Thomas Würtenberger, Werner Maihofer und Alexander Hollerbach, Frankfurt am Main 1962, S.357-397
- ders.: Gustav Radbruch – Leben und Werk, GRGA Band 1, Rechtsphilosophie I, Heidelberg 1987, S.7-88
- ders.: Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, München 1987
- ders.: Rechtsphilosophie, 2. Auflage, München 1997
- ders.: Grundprobleme der Rechtsphilosophie, München 1994

- ders.: Gustav Radbruch, in Deutsche Biographische Enzyklopädie, herausgegeben von Walther Killy und Rudolf Vierhaus, Band 8, Darmstadt 1998, S.113
- Kaufmann, Erich: Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie. Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft, Tübingen 1921
- Kaufmann, Marcel: Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund, Der Staat 36, 1997, 521-546
- Kaufmann, Martin: Rechtsphilosophie, Freiburg/München 1996
- Kaulbach, Friedrich: Studien zur späten Rechtsphilosophie Kants und ihrer transzendentalen Methode, Würzburg 1982
- ders.: Die Begründung der Rechtsnormen in Reiner Rechtslehre und in einer transzendentalen Philosophie des Rechts, in: Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtstheorie, Beiheft 5, herausgegeben von Werner Krawietz und Helmut Schelksy, Berlin 1984, S. 349 – 367
- Kayßer, Marijon: Gustav Radbruch, in: Juristen – Ein Biographisches Lexikon, herausgegeben von Michael Stolleis, München 1995
- Kerchove, Michel van de: Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in Frankreich und Belgien, in: Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts, Band 2, Wien 1978, S.113-136
- Kersting, Wolfgang: Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, Berlin / New York 1984
- ders.: Neukantianische Rechtsbegründung. Rechtsbegriff und richtiges Recht bei Cohen, Stammler und Kelsen, in: Neukantianismus und Rechtsphilosophie, herausgegeben von Robert Alexy u.a., Baden-Baden 2002, S.23-68

- Kim, Jisu: Methodentrismus und Natur der Sache im Denken Gustav Radbruchs, Dissertation Freiburg 1966
- Kimmel, Hans: Die Aktualität Kelsens, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 47, 1961, 289-299
- Klenner, Hermann: Deutsche Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert, Berlin 1991
- ders.: Gustav Radbruch. Biographische Schriften, Buchbesprechung, Band 16 der Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Staat und Recht, Band 37, 1988, 879-880
- Kley, Andreas: Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre, JA 2001, 169-174
- Klug, Ulrich: Hans Kelsens Reine Rechtslehre, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 7, Wien 1982, S.30-37
- Koch, Hans-Joachim: Die Auslegungslehre der Reinen Rechtslehre im Lichte der jüngeren sprachanalytischen Forschung, Zeitschrift für Verwaltung 1992, 1-8
- Köchler, Hans: Zur transzendentalen Struktur der Grundnorm, in: Auf dem Weg zu Menschenwürde und Gerechtigkeit, Festschrift für Hans R. Klecatsky zum 60.Geburtstag, herausgegeben von Ludwig Adamovich und Peter Pernthaler, Wien 1980 S. 505 – 518
- Kohler, Josef: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3.Auflage, Berlin 1923, Nachdruck Aalen 1998
- Köhnke, Klaus Christian: Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus. Die deutsche Universitätsphilosophie zwischen Idealismus und Positivismus, Frankfurt am Main 1986
- Koller, Peter: Theorie des Rechts. Eine Einführung, Wien 1992

- König, Peter: Gustav Radbruch, die materielle Wertethik und das Rechtsstaatsprinzip, in Normenbegründung und Normenentwicklung in: Gesellschaft und Recht, herausgegeben von Maria-Sibylla Lotter, Baden-Baden 1999, S.219-243
- Krämer, Hermann: Gustav Radbruch als Parteipolitiker, 1919-1926, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.221-230
- Kriele, Martin: Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus, Berlin 1963
- ders.: Rechtspositivismus und Naturrecht - politisch beleuchtet, JuS Nr.9, 1969, 149-156
- ders.: Recht und praktische Vernunft, Göttingen, 1979
- ders.: Recht – Vernunft – Wirklichkeit, Berlin 1990
- ders.: Grundprobleme der Rechtsphilosophie, Münster 2003
- Kucsko-Stadlmayer, Gabriele: Rechtsnormbegriff und Arten der Rechtsnormen, in: Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 18, Wien 1992, herausgegeben von R. Walter, S.21-36
- dies.: Der Beitrag Adolf Merkls zur Reinen Rechtslehre, in: Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 18, Wien 1992, herausgegeben von R. Walter, S.107-121
- Kühl, Kristian: Buchbesprechung, Bände 1 und 16 der Gustav Radbruch Gesamtausgabe, GA 1989, 38-43
- ders.: Buchbesprechung, Bände 3 und 17 der Gustav Radbruch Gesamtausgabe, GA 1992, 280-284
- ders.: Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, Baden-Baden 2001

- ders.: Eigentumsordnung als Freiheitsordnung. Zur Aktualität der Kantischen Rechts- und Eigentumslehre, München 1984
- ders.: Naturrecht und positives Recht in Kants Rechtsphilosophie, in: Rechtspositivismus und Wertebezug des Rechts, herausgegeben von Ralf Dreier, Stuttgart 1990, S.75-93
- ders.: Naturrecht, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 6, Basel 1984, Sp.560-623
- ders.: Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg, in: Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi, Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag, herausgegeben von Gerhard Köbler, Meinhard Heinze und Jan Schapp, Gießen 1990, S.331-357
- ders.: Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts, in: Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste. Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren, herausgegeben von Karl Acham, Knut Wolfgang Nörr und Bertram Schefold, Stuttgart 1998, S.605-658, auch abgedruckt in: Juristen-Rechtsphilosophie, herausgegeben von Kristian Kühl, Hamburg 2007, S.83-139
- ders.: Recht und Moral, in: Juristen-Rechtsphilosophie, herausgegeben von Kristian Kühl, Hamburg 2007, S.9-23
- Kühne, Dieter: Die Grundnorm als inhaltlicher Geltungsgrund der Rechtsordnung, in: Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 5, herausgegeben von Werner Krawietz und Helmut Schelsky, Berlin 1984, S.193-200
- Küper, Wilfried: Gustav Radbruch als Heidelberger Rechtslehrer, in: Heidelberger Strafrechtslehrer im 19. und 20. Jahrhundert, herausgegeben von Wilfried Küper, Heidelberg 1986, S.225-241

- Kwon, Yungback: Entwicklung und Bedeutung der Lehre von der Natur der Sache in der Rechtsphilosophie bei Gustav Radbruch, Dissertation Saarbrücken 1963
- Laakso, Seppo: Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in Finnland, in: Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern Teil II, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 8, Wien 1983, S.5-34
- Lampe, Ernst-Joachim: Grenzen des Rechtspositivismus. Eine rechtsanthropologische Untersuchung, Berlin 1988
- Langner, Albrecht: Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik, Bonn 1959
- Lanz, Brigitte: Positivismus, Werterelativismus und Demokratie bei Hans Kelsen, Berlin 2006
- Lask, Emil: Rechtsphilosophie, in: Gesammelte Schriften, Band 1, Tübingen 1923, S. 275 – 331
- ders.: Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre, in: Gesammelte Schriften, Band 2, Tübingen 1923, S.1-282
- ders.: Zum System der Logik, in: Gesammelte Schriften, Band 3, Tübingen 1924, S.57-169
- Laufs, Adolf: Veritas, humanitas, iustitia: Gustav Radbruch, JuS 1978, 657-662
- Lecheler, Helmut: Unrecht in Gesetzesform? Gedanken zur „Radbruch’schen Formel“, Berlin 1994
- Legaz y Lacambra, Luis: Rechtsphilosophie, Neuwied am Rhein 1965
- Lehmann, Gerhard: Kant im Spätidealismus und die Anfänge der neukantischen Bewegung, in: Materialien zur Neukantianismuskussion, herausgegeben von Hans-Ludwig Ollig, Darmstadt 1987, S.44-65

- Leicht, Robert: Obrigkeitstheorie und Widerstand, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.191-199
- Leser, Norbert: Die Reine Rechtslehre im Widerstreit der philosophischen Ideen, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 7, Wien 1982, S.97-104
- der.: Der Konflikt zwischen Recht und Gerechtigkeit, in: Festschrift für Alfred Verdross, herausgegeben von René Marcic, Hermann Mosler, Erik Say, Karl Zemanek, München 1971, S.197-219
- ders.: Hans Kelsen und Karl Renner, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 3, Wien 1978, S.41-62
- Less, Günther: Von Wesen und Wert des Richterrechts. Eine rechtsanalytische und –kritische Studie, Erlangen 1954
- Lippold, Rainer: Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 21, Wien 2000
- Löffler, Gerd: Das Werk Gustav Radbruchs (Bibliographie), in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.377-402
- Lohmann, Wolfgang: Versuch einer methodologischen Erörterung der Radbruchschen Rechtsphilosophie, Tübingen 1964
- Losana, Mario G.: Das Verhältnis von Geltung und Wirksamkeit in der Reinen Rechtslehre, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 7, Wien 1982, S.82-96
- Ludwig, Bernd: Kants Rechtslehre, Hamburg 1988
- Luf, Gerhard: Freiheit und Gleichheit, Wien 1978
- ders.: Zur Verantwortlichkeit des Rechtspositivismus für „gesetzliches Unrecht“. Überlegungen zur „Radbruch-These“, in: Nationalsozialismus und Recht.

Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus, herausgegeben von Ulrike Davy, Judit Marte, Ilse Reiter und Sabine Somek, Wien 1990, S.18-37

Maihofer, Werner: Die Natur der Sache, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 44, 1958, 145-174

Marcic, René: Geschichte der Rechtsphilosophie, Freiburg 1971

ders.: Gustav Radbruch und Hans Kelsen, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.82-92

ders.: Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957

ders.: Rechtsphilosophie. Eine Einführung, Freiburg 1969

Mayer, Heinz: Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre, in: Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 18, Wien 1992, S. 61-70

ders.: Die Theorie des rechtlichen Stufenaufbaus, in: Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 18, Wien 1992, herausgegeben von R.Walter, S.37-46

ders.: Rechtstheorie und Rechtsethik, in: Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen Schule, herausgegeben von C.Jabloner und F.Stadler, Wien 2001, S.319-331

Mayer, Max Ernst: Rechtsphilosophie, Berlin 1922

Merkel, Adolf : Zum Interpretationsproblem, Grünhutsche Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, Wien 1916, 535-556, wiederabgedruckt in Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 1, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, Wien 1968, S.1059-1077

ders.: Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenaufbaus, in: Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift für Hans Kelsen zum 50.Geburtstag, herausgegeben von Alfred Verdross, Wien 1931, S.252-294, wiederabgedruckt in Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 2, herausgegeben von Hans Klecatsky, René Marcic und Herbert Schambeck, Wien 1968, S. 1311-1361

Métall, Rudolf A.: Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969

ders.: Hans Kelsen und seine Wiener Schule der Rechtstheorie, in: Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 1, Wien 1974, S.15-25

Meyer, Lukas H.: Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit wegen die Geltung absprechen, in: Neukantianismus und Rechtsphilosophie, herausgegeben von Robert Alexy u.a., Baden-Baden 2002, S.319-361

Mitteis, Heinrich: Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte, Weimar 1947

Mittelstraß, Jürgen: Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Band 1 bis 4, Mannheim, Stuttgart und Weimar 1980-1996 (Band 1 bis 4)

Mohr, Georg: Was kann eine Theorie der Rechtskultur vom Neukantianismus lernen?, in: Neukantianismus und Rechtsphilosophie, herausgegeben von Robert Alexy u.a., Baden-Baden 2002, S.111-125

Moór, Julius: Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift für Hans Kelsen zum 50.Geburtstag, herausgegeben von Alfred Verdross, Wien 1931, S.58-105

Moritz, Werner und Schlechter, Armin: Gustav Radbruch 1878 – 1949. Zeitzeuge des 20.jahrhunderts zwischen Rechtswissenschaft und Politik, Heidelberg 2002

Morscher, Edgar: Die Sein-Sollen-Dichotomie, in: Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen Schule, herausgegeben von C.Jabloner und F.Stadler, Wien 2001, S.45-116

- Müller, Claudius: Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus, Tübingen 1994
- Muscheler, Karlheinz: Hermann Ulrich Kantorowicz. Eine Biographie, Berlin 1984
- Nachtsheim, Stefan: Zwischen Naturrecht und Historismus. Kritische Rechtsphilosophie und Bedeutungsdifferenzierung bei Emil Lask, in: Neukantianismus und Rechtsphilosophie, herausgegeben von Robert Alexy u.a., Baden-Baden 2002, S.301-318
- ders.: Zum Begründungsprogramm bei Emil Lask, in: Neukantianismus. Perspektiven und Probleme, Würzburg 1994, S.501-518
- Natorp, Paul: Die logischen Grundlagen der exakten Wissenschaften, Leipzig und Berlin 1910
- ders.: Philosophische Systematik, herausgegeben von Hans Natorp, Hamburg 1958
- ders.: Logik. Grundlegung und Aufbau der Mathematik und mathematischen Naturwissenschaft, 2.umgearbeitete Auflage, Marburg 1910
- ders.: Platos Ideenlehre. Eine Einführung in den Idealismus, Nachdruck 2.Auflage von 1921, Hamburg 1994
- Naucke, Wolfgang und Harzer, Regina: Rechtsphilosophische Grundbegriffe, begründet von Wolfgang Naucke, fortgeführt von Regina Harzer, 5.Auflage, München 2005
- Nelson, Leonard: Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 2.Auflage, Göttingen/Hamburg 1949
- Neumann, Ulfried: Naturrecht und Politik zwischen 1900 und 1945: Naturrecht, Rechtspositivismus und Politik bei Gustav Radbruch, in: Naturrecht und Politik, herausgegeben von Karl Graf Balleström, Berlin 1993, S.69-85

- ders.: Gustav Radbruch – Rechtsphilosoph und Politiker, in: Festschrift für Wilfried Küper zum 70.Geburtstag, herausgegeben von Michael Hettinger, Jan Zopfs, Thomas Hillenkamp, Michael Köhler, Jürgen Rath, Franz Streng und Jürgen Wolter, Heidelberg 2007, S.381-388
- ders.: Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft bei Hans Kelsen und Gustav Radbruch. Zwei „neukantianische“ Perspektiven, in: Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, herausgegeben von Stanley L. Paulson und Michael Stolleis, Tübingen 2005, S.35-55
- Neumann, Volker: Richtiges Recht Radbruchs Rechtsphilosophie und der staatsrechtliche Positivismus Heidelberger Prägung, in: Auch eine Geschichte der Universität Heidelberg, herausgegeben von Karin Buselmeier, Mannheim 1985, S.211-228
- Oesterreich, Traugott Konstantin: Friedrichs Ueberwegs Grundriss der Geschichte der Philosophie, Vierter Teil, Die deutsche Philosophie des neunzehnten Jahrhunderts und der Gegenwart, 12. neubearbeitete Auflage, Berlin 1923
- Ollig, Hans-Ludwig: Der Neukantianismus, Stuttgart 1979
- Olshausen, Hennig v.: Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 91, 1966, 561-568
- Opalek, Kazimierz: Kelsens Kritik der Naturrechtslehre, in: Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 4, herausgegeben von Werner Krawietz, Ernst Topitsch und Peter Koller, Berlin 1982, S.71-86
- ders.: Reine Rechtslehre in Polen, in: Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern Teil II, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 8, Wien 1983, S.35-61
- Orth, Wolfgang und Holzhey, Helmut (Hrsg.): Neukantianismus. Perspektiven und Probleme, Würzburg 1994

- Ott, Walter: Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, 2. Auflage, Berlin 1992
- Otte, Holger: Gustav Radbruchs Kieler Jahre 1919 – 1926, Dissertation Kiel 1982, Rechtshistorische Reihe Band 17, Frankfurt am Main 1982
- Otten, Henrique Ricardo: Der Sinn der Einheit im Recht. Grundpositionen Carl Schmitts, Gustav Radbruchs und Hans Kelsens, in: Metamorphosen des Politischen, herausgegeben von Andreas Göbel, Dirk von Laak und Ingeborg Villinger, Berlin 1995, S.25-51
- Paetzold, Heinz: Ernst Cassirer. Von Marburg nach New York. Eine philosophische Biographie, Darmstadt 1995
- Pascher, Manfred: Einführung in den Neukantianismus, München 1997
- Paulson, Stanley L.: Stellt die „Allgemeine Theorie der Normen“ einen Bruch in Kelsens Lehre dar ?, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 7, Wien 1982, S.122-141
- ders.: Einleitung. Neukantianismus und Rechtsphilosophie, Baden-Baden 2002, S.11-23
- ders.: Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens, Archiv des öffentlichen Rechts, 1999, Band 124, 631-657
- ders.: Faktum/Wert-Distinktion: Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Hans Kelsen als Neukantianer, in: Neukantianismus und Rechtsphilosophie, herausgegeben von Robert Alexy u.a., Baden-Baden 2002, S.223-251
- Pawlik, Michael: Das positive Recht und seine Grenzen. Zur rechtheoretischen und rechtsphilosophischen Problematik der „Mauerschützenprozesse“, in: Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 2000, S. 28-40
- v.d. Pfordten, Dietmar: Rechtsphilosophie, Bamberg 2002
- ders.: Rechtsethik, München 2001

- Pohlmann, Rosemarie: Zurechnung und Kausalität. Zum wissenschaftstheoretischen Standpunkt der Reinen Rechtslehre von Hans Kelsen, in: Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 5, herausgegeben von Werner Krawietz und Helmut Schelsky, Berlin 1984, S.83-112
- Prechtl, Peter und Burkhard, Franz-Peter: Metzler Philosophie Lexikon, Stuttgart 1996
- Preiss, Walter: Hans Kelsens Kritik am Naturrecht, Dissertation Graz, Frankfurt am Main 1993
- Pröpper, Rolf: Die Volkshochschule in Kiel – Geschichte und Überblick, in: Gustav Radbruch und die Kieler Volkshochschule – Gedenkschrift zum 70-jährigen Bestehen der Volkshochschule der Landeshauptstadt Kiel, Kiel 1990, S.152-160
- Pross, Harry: Lehrer, Politiker, Justizminister und Literat, Die Zeit Nr.32 vom 05.08.1988
- Regenbogen, Arnim und Meyer, Uwe: Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Darmstadt 1998
- Renzikowski, Joachim: Der Begriff der Zurechnung in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens, in: Neukantianismus und Rechtsphilosophie, herausgegeben von Robert Alexy u.a., Baden-Baden 2002, S.253-282
- Rickert, Heinrich: System der Philosophie, Erster Teil: Allgemeine Grundlegung der Philosophie, Tübingen 1921
- ders.: Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, Tübingen und Leipzig 1902
- ders.: Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 4. und 5. Auflage, Tübingen 1921, 6. und 7. ergänzte Auflage (nur zitiert soweit gesondert vermerkt), Tübingen 1926

- ders.: Der Gegenstand der Erkenntnis, 3. völlig umgearbeitete und erweiterte Auflage, Tübingen 1915
- Ringhofer, Kurt: Interpretation und Reine Rechtslehre. Gedanken zu einer Kritik, in: Festschrift für Hans Kelsen zum 90.Geburtstag, herausgegeben von Adolf Merkl, René Marcic, Alfred Verdroß und Robert Walter, Wien 1971, S.198-210
- Ritter, Joachim und Gründer, Karlfried: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 1 bis 10, Basel ab 1971 (Band 1), Neubearbeitung von Rudolf Eislens Wörterbuch der philosophischen Begriffe
- Robles, Gregorio: Die Aufnahme von Kelsen in die Spanische Rechtswissenschaft, in: Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern Teil II, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 8, Wien 1983, S.81-136
- Roellecke, Gerd: Stabilisierung des Rechts in Zeiten des Umbruchs, in: ARSP, Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten des Umbruchs, herausgegeben von Rolf Gröschner und Martin Morlok, Stuttgart 1997, S.68-82
- ders.: Theorie und Philosophie des Rechts, in: Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?, herausgegeben von Gerd Roellecke, Darmstadt 1988, S.1-24
- ders.: Vorwort, in: Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?, herausgegeben von Gerd Roellecke, Darmstadt 1988, S.VII-VIII
- ders.: Philosophie oder Sozialtheorie, Rechtstheorie, Jahrgang 13, 1982, 393-406
- Röhl, Klaus F.: Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, Köln 1994
- Römer, Peter: Die Reine Rechtslehre Hans Kelsens als Ideologie und Ideologiekritik, Politische Vierteljahrsschrift, 1971, Band 12, 579-598
- Rosenmayr, Stefan: Einige Theorien der Geltung des Rechts, in: Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts,

herausgegeben von Stanley L. Paulson und Robert Walter, Band 11, Wien 1986, S.193-209

Rousseau, Jean Jacques: Der Gesellschaftsvertrag, Übersetzung Fritz Roepke, mit einer Einführung von Romain Rolland und einem Nachwort von Fritz Zschech, Rudolfstadt 1953

Röd, Wolfgang: Der Weg der Philosophie von den Anfängen bis ins 20. Jahrhundert, Zweiter Band 17. – 20. Jahrhundert, München 1996

Rüping, Hinrich: Die Geltung von Rechtsnormen als Problem der Nachkriegsrechtsprechung, in: Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong, herausgegeben von Hans-Heinrich Jescheck, Jhong-Won Kim, Harao Nishihara und Hans-Ludwig Schreiber, Tokio 1985, S.150-155

Rüthers, Bernd: Rechtstheorie, München 1999

Saliger, Frank: Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, Heidelberg 1995

Salomon, Max: Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 2.überarbeitete Auflage, Berlin 1925

Sander, Fritz, Kelsen, Hans und Paulson, Stanley L. (Hrsg.): Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen, Aalen 1988

Sandkühler, Hans Jörg: Natur des Rechts und Relativismus im Recht, in: Neukantianismus und Rechtsphilosophie, herausgegeben von Robert Alexy u.a., Baden-Baden 2002, S.127-156

Sandkühler, Hans Jörg u.a.: Einleitung, in: Kultur und Symbol. Ein Handbuch zur Philosophie Ernst Cassirers, Herausgeber Hans Jörg Sandkühler und Detlev Petzold, Stuttgart und Weimar 2003, S.11-44

Sattler, Martin J.: Hans Kelsen, in: Staat und Recht. Die deutsche Staatslehre im 19. und 20.Jahrhundert, herausgegeben von Martin J. Sattler, München 1972, S.100-122

- Sauer, Ernst Friedrich: Staatsphilosophie, Berlin 1965
- Sauer, Wilhelm: Philosophie der Zukunft. Eine Grundlegung der Kultur, Stuttgart 1923
- ders.: Lehrbuch der Rechts- und Staatsphilosophie, Berlin 1929
- ders.: Einführung in die Rechtsphilosophie für Unterricht und Praxis, 2.wesentlich neubearbeitete Auflage, Berlin 1961
- ders.: System der Rechts- und Sozialphilosophie, 2.völlig neubearbeitete Auflage, Basel 1949
- von Savigny, Friedrich Karl: System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, Berlin 1840
- Schambeck, Herbert: Der Begriff der Natur der Sache. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung, Wien 1964
- ders.: Möglichkeiten und Grenzen der Rechtslehre Hans Kelsens, Juristische Blätter 1984, 126-134
- Schelauske, Hans Dieter: Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte 1945-1965, Köln 1968
- Schild, Wolfgang: Die Reine Rechtslehre, in: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, herausgegeben von Arthur Kaufmann und Winfried Hassemer, 3.Auflage, Heidelberg / Karlsruhe 1981 S. 103-111,
- Schilling, Kurt: Geschichte der Philosophie, Zweiter Band - Die Neuzeit, München 1944
- Schmid, Richard: Versuch über Gustav Radbruch, Kritische Justiz Band 3, 1970, 61-72
- Schmidt, Eberhard: Gustav Radbruch, Schweizerische Zeitschrift für das Strafrecht 65, 1950, 114-121

- ders.: Montesquieus Esprit des Lois und die Problematik der Gegenwart von Recht und Justiz, in: Festschrift für Wilhelm Kiesselbach zum 80.Geburtstag, herausgegeben von seinen Mitarbeitern im Zentral-Justizamt für die Britische Zone, Hamburg 1947
- Schmidt, Jürgen: Die Neutralität der Rechtstheorie gegenüber der Rechtsphilosophie. Zwölf Thesen, Rechtstheorie, Jahrgang 2, 1971, 95-99
- Schmölz, Franz-Martin: Diskussionsbeiträge, in: Das Naturrecht in der politischen Theorie, herausgegeben von Franz-Martin Schmölz, Wien 1963, S.117-162
- Schnädelbach, Herbert: Philosophie in Deutschland 1831-1933, Frankfurt am Main 1983
- Schneider, Hans-Peter: Gustav Radbruchs Einfluss auf die Rechtsphilosophie der Gegenwart, in: Rechtsphilosophie, 8.Auflage, herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, Stuttgart 1973, S.351-384
- ders.: Gustav Radbruch (1878-1949). Rechtsphilosoph zwischen Wissenschaft und Politik, in: Streitbare Juristen. Eine andere Tradition, herausgegeben von der kritischen Justiz, Baden-Baden 1988, S.295-306
- Schneider, Wilfried: Wissenschaftliche Askese und latente Wertpräferenz bei Hans Kelsen, Dissertation Freiburg 1996
- Schilling, Kurt: Geschichte der Staats- und Rechtsphilosophie, Berlin 1937
- Scholderer, Frank: Rechtsbeugung im Rechtsstaat, Baden-Baden 1993, Dissertation Frankfurt am Main 1992
- Scholler, Heinrich: Rechtsvergleichung als Vergleich von Rechtskulturen. Ein Beitrag zu Gustav Radbruchs Rechtsvergleichung, in: Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70.Geburtstag, herausgegeben von Fritjof Haft u.a., Heidelberg 1993, S.743-759
- ders.: Die Rechtsvergleichung bei Gustav Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht, Berlin 2002

- Schopenhauer, Arthur: Die Welt als Wille und Vorstellung, Band 1, 1859, wiederabgedruckt in Gesammelte Werke Band 1, München 1911
- ders.: Die Welt als Wille und Vorstellung, Band 2, 1859, wiederabgedruckt in Gesammelte Werke Band 2, München 1911
- Schreiber, Hans-Ludwig: Der Begriff der Rechtspflicht. Quellenstudie zu seiner Geschichte, Berlin 1966
- Schröder, Jan: Gustav Radbruch in: Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Gerd Kleinheyder und Jan Schröder, 4. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1996, S.340-346
- ders.: Rudolf Stammler, in: Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Gerd Kleinheyder und Jan Schröder, 4. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1996, S.386-390
- Schulte, Martin: Der Rechtsstaatsgedanke bei Gustav Radbruch, JuS 1988, 177-181
- Schulz, Lorenz: Der nulla-poena-Grundsatz. Ein Fundament des Rechtsstaates?, in: Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates, herausgegeben von Hans-Martin Pawlowski und Gerd Roellecke, Stuttgart 1996, S.173-197
- Schumacher, Björn: Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel, Dissertation Göttingen 1985
- Schwaighofer, Christoph: Kelsen zum Problem der Rechtsauslegung, in: Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, herausgegeben von Stanley L. Paulson und Robert Walter, Band 11, Wien, 1986, S.232-251

- Schwarzschild, Agnes: Über Gerechtigkeit, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.69-75
- Seelmann, Kurt: Rechtsphilosophie, 2.Auflage, München 2001, 3.Auflage, München 2004 (zitiert aus 2.Auflage)
- ders.: Sozialismus und soziales Recht bei Gustav Radbruch, Dissertation München 1973
- Seelmann, Kurt (Hrsg.): Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 2000
- Seidel, Knut: Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse, Berlin 1999, Dissertation Saarbrücken 1998
- Sieckmann, Jan-R.: Die „Radbruch’sche Formel“ und die Mauerschützen, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2001, Band 87, 496-515
- Siegers, Josef: Das Recht bei Emil Lask, Bonn 1964
- Simmel, Georg: Einleitung in die Moralwissenschaft, Band 1, 1892, wiederabgedruckt in Gesamtausgabe, Band 3, Frankfurt am Main 1989
- ders.: Einleitung in die Moralwissenschaft, Band 2, 1893, wiederabgedruckt in Gesamtausgabe, Band 4, Frankfurt am Main 1991
- Simon, Helmut: Wie halten wir’s mit Recht und Gerechtigkeit – die Gretchenfrage in unserer Zeit, Neue Justiz, 1998, 2-6
- Smid, Stefan: Einführung in die Philosophie des Rechts, München 1991
- Spaemann, Robert: Kants Kritik am Widerstandsrecht, in: Materialien zu Kants Rechtsphilosophie, herausgegeben von Z.Batscha, Frankfurt 1976, S.347-358
- Speck, Josef (Hrsg.): Handbuch wissenschaftstheoretischer Begriffe, Band 1 bis 3, Göttingen 1980

- Spendel, Günther: Briefe an Gustav Radbruch, in: Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Fritjof Haft, Winfried Hassemer, Ulfried Neumann, Wolfgang Schild und Ulrich Schroth, Heidelberg 1993, S.321-351
- ders.: Gustav Radbruch, in: Die Deutsche Biographie, herausgegeben von der historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Band 21, Berlin 2003, S.83-86
- ders.: Gustav Radbruch – Zeugnisse eines musischen Juristen, in: Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Gerdes zum 70. Geburtstag, Lübeck 1995, S.17-33
- ders.: Jurist in der Zeitwende. Gustav Radbruch zum 100. Geburtstag, Heidelberger Forum Band 5, Heidelberg 1979
- ders.: Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, Berlin 1984
- Sprenger, Gerhard: Die Wertlehre des Badener Neukantianismus, in: Neukantianismus und Rechtsphilosophie, herausgegeben von Robert Alexy u.a., Baden-Baden 2002, S.157-177
- Stadler, Friedrich: Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre, in: Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen Schule, herausgegeben von C.Jablöner und F.Stadler, Wien 2001, S.ix-xxi
- Stadtmüller, Georg: Das Naturrecht im Lichte der geschichtlichen Erfahrung, Recklinghausen 1948
- Stammler, Rudolf: Die Lehre von dem richtigen Rechte, Berlin 1902, neubearbeitete Auflage, Halle (Saale) 1926
- ders.: Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911, Nachdruck der 2. Auflage Halle 1923, Aalen 1970 (soweit nicht anders gekennzeichnet zitiert aus der 2. Auflage)
- ders.: Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin und Leipzig 1922

- ders.: Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, 4.Auflage, Berlin und Leipzig 1921
- ders.: Die Bedeutung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches für den Fortschritt der Kultur, Rede 1900, in: Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge, Erster Band 1888-1913, Charlottenburg 1923, S.135-155
- Stolleis, Michael und Diner, Dan: Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition, Tel Aviv 1999
- Stoltzenburg, Joachim: Vorwort zur zweiten Auflage, Vorschule der Rechtsphilosophie, GRGA Band 3, S.123-125
- Strangas, Johannes: Über das Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1985
- Strnad, Kurt: Weltanschauung in der Staatsform, Rundfunksendung zur Erinnerung an Hans Kelsen mit Beiträgen von Hans Kelsen, Christian Broda, Hans Klecatsky, Norbert Leser, Herbert Schambeck, Ernst Topitsch, Alfred Verdroß und Robert Walter, in: Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 1, Wien 1974, S.47-74
- Tammalo, Ilmar: Von der reinen zu einer reineren Rechtslehre, in: Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 5, herausgegeben von Werner Krawietz und Helmut Schelsky, Berlin 1984, S.243-252
- Tanner, Klaus: Der lange Schatten des Naturrechts. Eine fundamental-ethische Untersuchung, Stuttgart 1993
- Tenbruck, Friedrich: Neukantianismus als Philosophie der modernen Kultur, in: Neukantianismus. Perspektiven und Probleme, Würzburg 1994, S.71-87
- Thienel, Rudolf: Recht und Staat aus der Sicht der Reinen Rechtslehre, in: Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 18, Wien 1992, herausgegeben von R.Walter, S. 71-86

- ders.: Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 17, Wien 1991
- ders.: Hans Kelsen, in Juristen – Ein Biographisches Lexikon, herausgegeben von Michael Stolleis, München 1995
- Tjong, Zong Uk: Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch, Dissertation Bonn 1967
- ders.: Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1970, Band 56, 245 - 263
- Tomberg, Valentin: Degeneration und Regeneration der Rechtswissenschaft, Bonn 1946
- Topitsch, Ernst: Hans Kelsen – Demokrat und Philosoph, in: Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 4, herausgegeben von Werner Krawietz, Ernst Topitsch und Peter Koller, Berlin 1982, S.11-27
- Tripp, Dietrich: Der Einfluß des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Staatslehre im 19.Jahrhundert, Berlin 1983
- Usteri, Martin: Die Auswirkungen der Reinen Rechtslehre von Hans Kelsen in der Schweiz, in: Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 2, Wien 1978, S.181-185
- Vaihinger, Hans: Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktion der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus, herausgegeben von H.Vaihinger, 2.Auflage, Berlin 1911
- Verdross, Alfred: Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau, 2. erweiterte und neubearbeitete Auflage, Wien 1963

- ders.: Völkerrecht, 5.neubearbeitete und erweiterte Auflage, Wien 1964
- Verein Ernst Mach (Hrsg.): Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis, Wien 1929, für den Verein besorgt von Hans Hahn, Rudolf Carnap und Otto Neurath
- Voegelin, Erich: Das Sollen im System Kants, in: Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50.Geburtstag, herausgegeben von Alfred Verdross, Wien 1931, S.136-173
- Vonlanthen, Albert: Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm, Berlin 1965
- Vulpus, Carola: Gustav Radbruch in Oxford. Zur Aufarbeitung eines Kapitels länderübergreifender Rechtsphilosophie, Dissertation Freiburg 1994, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Band 59, Heidelberg 1995
- Walter, Robert: Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in: Festschrift für Ulrich Klug zum 70.Geburtstag, Band 1, Köln 1983, S.187-197
- ders.: Hans Kelsens Reine Rechtslehre, in: Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 1, Wien 1974, S.37-46
- ders.: Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre, Rechtstheorie, Band 1, 1970, S.69-95
- ders.: Hans Kelsen, die Reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit, in: Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts, herausgegeben von Margarethe Beck-Mannagetta, Helmut Böhm und Georg Graf, Wien 1996, S.207-233
- ders.: Das Lebenswerk Hans Kelsens: Die Reine Rechtslehre, in: Festschrift für Hans Kelsen zum 90.Geburtstag, herausgegeben von Adolf Merkl, René Marcic, Alfred Verdross und Robert Walter, Wien 1971, S.1-8

- ders.: Reine Rechtslehre und „Wertbetrachtung im Recht“, in: Festschrift für Hans Kelsen zum 90.Geburtstag, herausgegeben von Adolf Merkl, René Marcic, Alfred Verdroß und Robert Walter, Wien 1971, S.309-323
- ders.: Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 10, Wien 1985, S.11-25
- ders.: Hans Kelsens Rechtslehre, Baden-Baden 1999
- ders.: Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre?, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 15, Wien, 1990
- ders.: Hans Kelsen, in: Die Deutsche Biographie, herausgegeben von der historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Band 11, Berlin 1977, S.479-480
- Ward, Ian: Radbruch's „Rechtsphilosophie“: Law, Morality and Form, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Band 78, 1992, 332-354
- Weber, Max: Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik Band 19, 1904, wiederabgedruckt in Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1.Auflage, Tübingen 1922, S.146-214
- Weinberger, Ota: Rechtspositivismus, Demokratie und Gerechtigkeitstheorie, in: Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 4, herausgegeben von Werner Krawietz, Ernst Topitsch und Peter Koller, Berlin 1982, S.501-523
- ders.: Logik, Wirklichkeit und Positivität in der Reinen Rechtslehre, in: Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 5, herausgegeben von Werner Krawietz und Helmut Schelsky, Berlin 1984, S.425-441
- Weinkauff, Hermann: Was heißt das: Positivismus als juristische Strategie ?, JZ, 1970, S.54-57

- Welzel, Hans: Naturrecht und materielle Gerechtigkeit, 4. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Göttingen 1962
- ders.: Vom irrenden Gewissen. Eine rechtsphilosophische Studie, Tübingen 1949
- Weyr, Franz: Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft, Zeitschrift für öffentliches Recht, Band 2, 1921, 671-682, wiederabdruck in 33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, herausgegeben von Rudolf Aladár Métall, Wien 1974, S.521-531
- Windelband, Wilhelm: Was ist Philosophie?, in: Präludien, Freiburg im Breisgau und Tübingen 1884, S.1-53
- ders.: Normen und Naturgesetze, in: Präludien, Freiburg im Breisgau und Tübingen 1884, S.211-246
- ders.: Kritische oder genetische Methode?, in: Präludien, Freiburg im Breisgau und Tübingen 1884, S.247-279
- ders.: Immanuel Kant. Zur Säcularfeier seiner Philosophie, in: Präludien, Freiburg im Breisgau und Tübingen 1884, S.112-145
- ders.: Geschichte und Naturwissenschaft (Straßburger Rektoratsrede), in: Präludien, 3. Vermehrte Auflage, Tübingen 1907, S.355-379
- Winkler, Günther: Rechtstheorie und Erkenntnislehre. Kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht, Wien 1990
- Winter, Eggert: Ethik und Rechtswissenschaft, Berlin 1980
- With, Hans de: Gustav Radbruch. Reichsminister der Justiz, Köln 1978
- Wolf, Erik: Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung, 3. durchgearbeitete und erweiterte Auflage, Karlsruhe 1964

- ders.: Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. durchgearbeitete und ergänzte Auflage, Tübingen 1963
- ders.: Gustav Radbruch – Leben und Werk, in: Rechtsphilosophie, 4.Auflage, herausgegeben von Erik Wolf, Stuttgart 1950, S.17-77
- ders.: Vorwort, in: Rechtsphilosophie, 4.Auflage, herausgegeben von Erik Wolf, Stuttgart 1950, S.7-15
- ders.: Sich ins Rechte denken. Zu einem Leitwort Gustav Radbruchs, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.76-81
- ders.: Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie ?, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 1959, Band 45, 481-503, wiederabgedruckt in Rechtsphilosophische Studien. Ausgewählte Schriften Band 1, herausgegeben von Alexander Hollerbach, Frankfurt am Main 1972, S.284-308
- Wollenberg, Jörg: „Republik das ist schon viel...“ – Gustav Radbruchs Beitrag zur Volksbildung und zur politischen Kultur, in: Gustav Radbruch und die Kieler Volkshochschule – Gedenkschrift zum 70-jährigen Bestehen der Volkshochschule der Landeshauptstadt Kiel, Kiel 1990, S.45-112,
- Würtenbeger, Thomas: Zur Idee des sozialen Rechts bei Gustav Radbruch, in: Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen 1968, S.200-206
- ders.: Neue Stimmen zum Naturrecht in Deutschland (1948-1951), Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Band 40, 1952/1953, 576-597
- Zacher, Ewald: Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, in: Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion, herausgegeben von Günther Jahr und Werner Maihofer, Frankfurt am Main 1971, S.224-246
- Zweigert, Konrad: Vorwort, in: Einführung in die Rechtswissenschaft, 9.Auflage, herausgegeben von Konrad Zweigert, Stuttgart 1952, S.5-7