

Gustav Radbruchs Rechtsbegriff

Robert Alexy

Es gibt im deutschsprachigen Raum zwei Rechtsphilosophen, die im 20. Jahrhundert alle anderen überragten und im globalen Diskurs bis heute höchst lebendig sind: Hans Kelsen und Gustav Radbruch. Hier soll es um Radbruch gehen. Der Grund dafür ist einfach. Wir befinden uns in einer Ringvorlesung aus Anlass des 350. Jubiläums der Christian-Albrechts-Universität über bedeutende Persönlichkeiten der Rechtswissenschaftlichen Fakultät. Kelsen war nicht in Kiel. Radbruch aber lehrte hier von 1919 bis 1926.¹

Im Zentrum des Radbruchschen Gesamtwerkes steht die Rechtsphilosophie. Diese weist zwei Kulminationspunkte auf. Der erste ist die systematische Darstellung in der dritten Auflage seiner „Rechtsphilosophie“ aus dem Jahr 1932, von der Radbruch selbst im Vorwort sagt, dass sie, was die noch „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ genannte erste Auflage aus dem Jahr 1914 ebenso wie die inhaltsgleiche zweite Auflage aus dem Jahr 1922 betrifft, „viel eher ein neues Buch als eine neue Auflage“² sei.³ Der zweite Kulminationspunkt ist der Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ aus dem Jahr 1946, in dem Radbruch seine nach ihm benannte Formel aufstellt, die extrem ungerechtem Recht die Rechtsgeltung oder sogar den Rechtscharakter abspricht.⁴ Damit stellt Radbruch sich klar auf die Seite des Nichtpositivismus. Die Radbruchsche

¹ Zur Biographie Radbruchs vgl. Robert Alexy, Gustav Radbruch (1878-1949), in: Christiana Albertina 58 (2004), 47-51.

² Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. (Leipzig 1932), in: Gustav Radbruch-Gesamtausgabe, hg. von Arthur Kaufmann, Bd. 2, Heidelberg 1993, S. 206-450, 213.

³ Zum Verhältnis der „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ von 1914 und der „Rechtsphilosophie“ von 1932 vgl. Ralf Dreier, Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der Rechtsphilosophie Radbruchs, in: Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch, hg. von Martin Borowski und Stanley L. Paulson, Tübingen 2015, 183-228, 190-212.

⁴ Gustav Radbruch, Gesetzliches und übergesetzliches Recht (1946), in: Gustav Radbruch-Gesamtausgabe, hg. von Arthur Kaufmann, Bd. 3, Heidelberg 1990, S. 83-93, 89.

Formel ist nicht nur eine der meistdiskutierten rechtsphilosophischen Thesen, sondern auch von höchster praktischer Bedeutung, wie ihre Rezeption durch die Rechtsprechung nach der Zerschlagung des Nationalsozialismus im Jahr 1945 und nach dem Zusammenbruch der DDR im Jahr 1989 zeigt.⁵ Eines der Hauptprobleme der Radbruchinterpretation ist, ob zwischen diesen beiden Polen eine Relation der Diskontinuität oder der Kontinuität besteht. Diese Frage wird auch hier zu beantworten sein. Im Zentrum soll dabei das in der Rechtsphilosophie von 1932 entfaltete Radbruchsche System und dessen Verhältnis zur Formel aus dem Jahr 1946 stehen. Dieser Analyse wird, fast wie von selbst, eine Kontinuitätsthese entspringen, die geltend macht, dass Radbruch schon 1932⁶ Nichtpositivist war und in seiner Spätphase nur eine kleine Systemänderung ohne Systembruch vornahm, die freilich erhebliche praktische Konsequenzen hatte.

I. Gustav Radbruchs System

Das System der Rechtsphilosophie Radbruchs besteht aus drei Triaden: der Rechtstriade der Ideetriade und der Zwecktriade.

1. Die Rechtstriade

Radbruch fasst die Rechtstriade in folgenden, kursiv hervorgehobenen, Satz: *„Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.“*⁷ Die Erwähnung des Rechtswertes neben der Rechtsidee hat keine eigenständige Bedeutung für den hier relevanten Inhalt des Satzes. Sie ist nicht mehr als ein Hinweis auf neukantianischen Hintergrund⁸ des Radbruchschen

⁵ Vgl. hierzu Robert Alexy, Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, Hamburg 1993, S. 3-7, 22-30.

⁶ Zum Nichtpositivismus Radbruchs vor 1932 vgl. Stanley L. Paulson, Zur Kontinuität der nichtpositivistischen Rechtsphilosophie Radbruchs, in: Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch, hg. von Martin Borowski und Stanley L. Paulson, Tübingen 2015, 151-182, 158-177.

⁷ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), 255.

⁸ Vgl. hierzu Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, hg. von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, 2. Aufl., Heidelberg 2003, 237-253, 238-241.

Rechtsbegriffs. Dies wird dadurch bestätigt, dass Radbruch in vielen Formulierungen nur auf die Rechtsidee Bezug nimmt.⁹ Damit verknüpft der Satz drei Elemente: die Wirklichkeit, die Rechtsidee und den Sinn. Mit dem Begriff der Wirklichkeit bezieht Radbruch sich auf die Positivität des Rechts, also auf seine Setzung und Durchsetzung. Das ist die reale Dimension des Rechts. Dieser realen Dimension stellt Radbruch mit dem Begriff der Rechtsidee eine ideale Dimension¹⁰ gegenüber, in deren Zentrum die Gerechtigkeit als „spezifische Rechtsidee“¹¹ steht. Unsere Überlegungen zur zweiten Triade, der Ideetriade, werden freilich zeigen, dass die Rechtsidee sich nicht in der Gerechtigkeit erschöpft, sondern als „zweite[n] Bestandteil“ die Zweckmäßigkeit und als „dritte[n] Bestandteil“¹² die Rechtssicherheit einschließt. Radbruchs ebenfalls kursiv gesetzte und an anderer Stelle wiederholte¹³ These, „*daß Recht die Wirklichkeit sei, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen*“,¹⁴ muss deshalb entweder als eine den spezifischen Charakter der Gerechtigkeit akzentuierende Kurzfassung oder als eine Fassung interpretiert werden, in der der Begriff der Gerechtigkeit so weit verwendet wird, dass er die Zweckmäßigkeit und die Rechtssicherheit einschließt. Für beides finden sich Hinweise.¹⁵

Jeder Positivist kann Positivität und Idealität gegenüberstellen, ohne aufzuhören, Positivist zu sein. Er muss nur behaupten, dass das Recht als solches sich auf die Positivität beschränkt, was nicht ausschließe, dass es vom Standpunkt der Idealität als einem Standpunkt außerhalb des Rechts, also vom Sandpunkt der Moral aus, kritisiert werden kann. Dieser positivistischen Trennungsthese tritt Radbruch mit dem dritten Element der Rechtstriade entgegen, der Sinnthese. Was Radbruch mit dieser These sagen will, wird deutlich, wenn er die Sinnthese auf

⁹ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), 227, 251, 302.

¹⁰ Zur Unterscheidung zwischen der realen und der idealen Dimension des Rechts vgl. Robert Alexy, Die Doppelnatur des Rechts, in: Der Staat 50 (2011), 389-404, 389, 396.

¹¹ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), 278.

¹² Ibid., 302.

¹³ Ibid., 274.

¹⁴ Ibid., 260.

¹⁵ Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), 278: „spezifische Rechtsidee“ und 316: „gerechter Richter“.

das Verhältnis von Wissenschaft und Wahrheit anwendet. Dass Wissenschaft den Sinn hat, „der Wahrheit zu dienen“, bedeute, dass wissenschaftliche „Arbeiten, erfolglose wie glückliche, ... alle zum mindesten erstrebten und beanspruchten, Wahrheit zu sein“.¹⁶ Den Sinn zu haben, der Wahrheit zu dienen, heißt also, den Anspruch zu erheben, wahr zu sein. Damit ist eine Brücke vom neukantianischen Begriff des Sinns zum sprachanalytischen Begriff des Anspruchs geschlagen.¹⁷ Dass Radbruch selbst dies bereits vorausgenommen hat, zeigt seine Formulierung: „Recht erhebt seinem Wesen nach einen Anspruch auf Gerechtigkeit“.¹⁸ Von besonderer Bedeutung sind hier die Wörter „seinem Wesen nach“. Mit ihnen wird gesagt, dass das Recht *notwendig* einen Anspruch auf Gerechtigkeit erhebt. Mit einer weiteren Formulierung betritt Radbruch endgültig das Zentrum der gegenwärtigen Debatte um den Rechtsbegriff, in dem die Frage steht, ob erstens das Recht notwendig einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt und ob zweitens dieser Anspruch ein Anspruch auf eine Richtigkeit ist, die die moralische Richtigkeit einschließt.¹⁹ Es ist der Satz: „Gerechtigkeit bedeutet Richtigkeit in ihrer Hinordnung gerade auf das Recht“.²⁰ Gerechtigkeit ist in der Tat nichts anderes als die Richtigkeit von Verteilung und Ausgleich,²¹ und im Recht geht es wesentlich um Verteilung und Ausgleich. Damit kann Radbruch als ein

¹⁶ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), 222.

¹⁷ Vgl. hierzu Dreier und Paulson, Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs (Fn. 8), 241.

¹⁸ Ibid., 245.

¹⁹ Vgl. etwa Eugenio Bulygin, Alexy und das Richtigkeitsargument, in: Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift für Werner Krawietz, hg. von Aulis Aarnio, Stanley L. Paulson, Ota Weinberger, Georg Henrik von Wright und Dieter Wyduckel, Berlin 1993), 19-24; Robert Alexy, Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments, in: Normative Systems in Legal and Moral Theory, Festschrift für Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, hg. von Ernesto Garzón Valdés, Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright und Ruth Zimmerling, Berlin 1997, 235-250; Eugenio Bulygin, Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality, in: Ratio Juris 13 (2000), 133-137; Robert Alexy, On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique, in: Ratio Juris 13 (2000), 138-147; Eugenio Bulygin, Alexy Between Positivism and Non-positivism, in: Neutrality and Theory of Law, hg. von Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso und Diego M. Papayannis, Dordrecht 2013, 49-59; Robert Alexy, Between Positivism and Non-positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin, in: Neutrality and Theory of Law, hg. von Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso und Diego M. Papayannis, Dordrecht 2013, 225-238.

²⁰ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), 260.

²¹ Robert Alexy, Giustizia come correttezza, in: Ragion pratica 5 (1997), 103-113, 105.

früher Vertreter der Anspruchsthese angesehen werden, und als solcher ist er notwendig ein Nichtpositivist, mindestens ein superinklusiver Nichtpositivist.²²

Es liegt nahe, den Satz, dass Recht die Wirklichkeit ist, die den Sinn hat, der Rechtsidee zu dienen, oder seine Spezifikation, dass Recht die Wirklichkeit ist, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen, als Radbruchs Definition des Rechts anzusehen. Dem steht auf dem ersten Blick entgegen, dass Radbruch mit direktem Bezug zur eben erwähnten zweiten Variante, der Gerechtigkeitsvariante das folgende sagt: „Damit wäre der Weg gezeigt, die Begriffsbestimmung des Rechts zu gewinnen, aber noch nicht die Begriffsbestimmung selbst gewonnen.“²³ Man kann den Satz, dass Recht die Wirklichkeit ist, die den Sinn hat, der Rechtsidee zu dienen, ebenso wie dessen Spezifikation, dass Recht die Wirklichkeit ist, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen, als „Basissatz der Radbruchschen Rechtsphilosophie“ bezeichnen. Radbruch versucht, von der zweiten, der Gerechtigkeitsvariante zu einer Definition des Rechts „als den *Inbegriff der generellen Anordnungen für das menschliche Zusammenleben*“²⁴ zu gelangen. Die Brücke vom Basissatz zu dieser Definition soll das neukantianische Theorem der „Stoffbestimmtheit der Idee“²⁵ bilden. Das soll hier nicht verfolgt werden. Nur ein Punkt ist von Interesse. Er betrifft die Anforderungen, die an Definitionen zu stellen sind. Es ist ein Postulat der Rationalität, dass Definitionen in ihrem Definiens möglichst präzise Begriffe verwenden. „Wirklichkeit“ im Basissatz ist sehr unbestimmt. „Anordnung“ ist konkreter, „Norm“ freilich wäre präziser als „Anordnung“. Doch das betrifft technische Fragen, nicht das Hauptproblem der Radbruchschen „Begriffsbestimmung“. Dieses besteht darin, dass sie eine wesentliche Anforderung an Definitionen nicht oder nur schlecht erfüllt. Definitionen und die mit ihnen die definierten Begriffe müssen, wie Kant

²² Zu den drei Formen des Nichtpositivismus, den exklusiven, den inklusiven und den superinklusiven Nichtpositivismus vgl. Robert Alexy, Law, Morality, and the Existence of Human Rights, in: Ratio Juris 25 (2012), 2-14, 4-7; ders., Inklusiver Nichtpositivismus. Zum Verhältnis von Recht und Moral, in: Christiana Albertina 81 (2015), 8-18, 9-10.

²³ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), 260.

²⁴ Ibid., 261.

²⁵ Ibid., 260.

es formuliert, „dem Gegenstande adäquat“²⁶ sein. Das setzt voraus, dass sie nicht nur die notwendigen, sondern auch die essentiellen Merkmale des Gegenstandes erfassen²⁷. Die beiden essentiellsten Merkmale des Rechts sind Macht in Form von Entscheidung und Zwang und Richtigkeit mit Einschluss von Gerechtigkeit.²⁸ In Radbruchs „Begriffsbestimmung“ ist die Macht zwar mit dem Merkmal der „Anordnungen“ vertreten, dies aber nicht sehr deutlich. Schwerer wiegt, dass der Sinn, „der Gerechtigkeit zu dienen“, oder der die Gerechtigkeit einschließende Anspruch auf Richtigkeit in der Generalität der Anordnungen nur in hoher Ausdünnung vorhanden ist.²⁹ Kurzum, Radbruchs auf die Wirklichkeit bezogene Rechtsdefinition erfasst nicht das Wesen des Rechts. Das aber bedeutet, dass Radbruchs Basissatz, etwa in der Gerechtigkeitsvariante, seine eigentliche Rechtsdefinition darstellt, wobei die Rechtsideevariante systematisch dominieren. Dies stützen Textbelege. So heißt es in §1 der „Rechtsphilosophie“, dass der „Rechtsbegriff ... nicht anders bestimmt werden [kann] denn als die Gegebenheit, die den Sinn hat, die Rechtsidee zu verwirklichen“.³⁰ Hier geht es um die *Bestimmung* des Rechtsbegriffs. Was soll eine Bestimmung eines Begriffs anderes sein als dessen Definition? Ähnliches findet sich in § 9, wo von dem „Rechtsbegriff“ die Rede ist, der uns „zur Rechtsidee“ drängt.³¹ Hier werden Begriff und Idee unmittelbar verbunden. Diese Verbindung hat Konsequenzen für die Klassifikation von etwas als Recht, also für den Rechtscharakter oder die Rechtsnatur, die Radbruch wie folgt beschreibt: „In der Tat entscheiden wir allein nach dem Maßstabe bezweckter Gerechtigkeit, ob eine Anordnung überhaupt rechtlicher Natur sei, ob sie dem *Begriffe* des Rechts entspreche.“³² Damit erweist sich der Basissatz deutlich als eine nichtpositivistische Rechtsdefinition.

²⁶ Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft, Kant's gesammelte Schriften, Bd. 3, hg. von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1911, 478 (B 756).

²⁷ Robert Alexy, On the Concept and Nature of Law, in: Ratio Juris 21 (2008), 281-299, 290-292.

²⁸ Ibid., 292-296.

²⁹ Vgl. hierzu Andreas Funke, Überlegungen zu Gustav Radbruchs „Verleugnungsformel“, in: ARSP 89 (2003), 1-16, 14.

³⁰ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), 227.

³¹ Ibid., 302.

³² Ibid., 305. Vgl. hierzu Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 5. Aufl., 2011, 62.

Mit alledem wird der Radbruchschen Definition des Rechts als Inbegriff der generellen Anordnungen für das menschliche Zusammenleben nicht der Definitivcharakter abgesprochen. Sie wird aber als sekundär hinter Radbruchs eigentliche Definition des Rechts gestellt, die lautet: Das „*Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, ... der Rechtsidee zu dienen.*“³³ Hiermit hat Radbruch in neukantianischer Terminologie den Archimedischen Punkt identifiziert, um den die Diskussionen über den Rechtsbegriff schon lange kreisen und noch lange kreisen werden.

2. Die Ideetriade

Es ist bereits bemerkt worden, dass die Rechtsidee nicht nur auf die Gerechtigkeit zielt, sondern als weitere Bestandteile oder „Seiten“³⁴ die Zweckmäßigkeit und die Rechtssicherheit einschließt.³⁵ Gelegentlich spricht Radbruch statt von drei Bestandteilen oder drei Seiten auch von „drei Prinzipien“,³⁶ was für die Bestimmung des Verhältnisses zwischen den drei Elementen der Rechtsidee im Wege der Abwägung von Bedeutung ist³⁷.

a) Gerechtigkeit

Dass Radbruch der Gerechtigkeit besondere Bedeutung beimisst, ist schon daran zu erkennen, dass er sie nicht selten die Rechtsidee in seinem Basissatz vertreten lässt. Diesem hohen systematischen Rang korrespondiert freilich ein minimaler Inhalt. Gerechtigkeit wird als Gleichheit verstanden³⁸ und als Gleichheit rein formal definiert. Dabei finden sich bei Radbruch, nicht immer klar geschieden, die beiden klassischen Elemente der formalen Gerechtigkeit. Das erste ist die generelle Form. Radbruch spricht hier sogar davon, dass es zum „Wesen der rechtlichen Anordnung“ gehört, „den Anspruch der Generalisierbarkeit zu ma-

³³ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), 255.

³⁴ Ibid., 306.

³⁵ Ibid., 302.

³⁶ Ibid., 305.

³⁷ Robert Alexy, Legal Certainty and Correctness, in: Ratio Juris 28 (2015), 441-451, 444-447.

³⁸ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), 258.

chen“.³⁹ Dabei wird unter „Generalisierbarkeit“ freilich nicht irgendein Verallgemeinerungstest verstanden. Der Anspruch der rechtlichen Anordnung auf Generalisierbarkeit beschränkt sich vielmehr darauf, „generellen Charakter“ zu haben.⁴⁰ Das ist nicht mehr als eine Anforderung an die logische Form der Rechtsnorm. Sie verlangt, dass Rechtsnormen die Form haben: Für alle x gilt, wenn x ein T ist, dann ist es geboten, dass R auf x zutrifft.⁴¹ Über den Inhalt der Norm wird damit nichts gesagt. Das zweite klassische Element der formellen Gerechtigkeit ist die aristotelische Forderung,⁴² „die Gleichen gleich, die Verschiedenen nach Maßgabe ihrer Verschiedenheit verschieden zu behandeln“.⁴³ Radbruch hebt treffend hervor, dass damit noch nicht gesagt sei, „wer als gleich, wer als ungleich zu behandeln sei“.⁴⁴ Doch das könne die Gerechtigkeit, so Radbruch 1932, auch nicht sagen. Sie bestimme „nur die Form Rechtens“.⁴⁵ Und genau an dieser Stelle vollzieht Radbruch einen für sein System überaus folgenreichen Schritt. „Um den Inhalt des Rechts zu gewinnen, muß ein zweiter Gedanke hinzutreten: die Zweckmäßigkeit.“⁴⁶

b) Zweckmäßigkeit

Unter Zweckmäßigkeit versteht man im Allgemeinen die Geeignetheit eines Mittels zur Erreichung eines Zweckes. Die Radbruchsche Zweckmäßigkeit ist etwas ganz anderes. Sie bezieht sich nicht auf Mittel, sondern auf Zwecke, und bei den Zwecken nicht auf irgendwelche Zwecke, sondern nur auf Zwecke, die „absoluter Werthhaftigkeit fähig sind“.⁴⁷ Davon soll es drei geben: „menschliche Einzelpersönlichkeiten, menschliche Gesamtpersönlichkeiten, menschliche

³⁹ Ibid., 261.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Vgl. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 7. Aufl., Frankfurt a. M., 2012, 274.

⁴² Aristoteles, *Politik*, übers. und hg. von Eugen Rolfes, 4. Aufl., Hamburg 1981, 93 (1280a): „So hält man z. B. das Recht für Gleichheit, und das ist es auch, aber als Gleichheit für gleiche, nicht für alle. Und so hält man auch die Ungleichheit für Recht, und sie ist es ja auch, aber nicht für alle, sondern für ungleiche.“

⁴³ Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Fn. 1), 278.

⁴⁴ Ibid., 259.

⁴⁵ Ibid., 278.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid., 279.

Werke“.⁴⁸ Die Frage, ob und wie auf dieser Basis der Inhalt der Gerechtigkeit bestimmt werden kann, soll bei der Erörterung der aus diesen drei Zwecken bestehenden Zwecktriade erörtert werden, die sich als Ort der Verknüpfung der Radbruchschen Rechtsphilosophie vor 1933 mit der nach 1945 erweisen wird. Zuvor sei jedoch noch ein Blick auf das dritte Element der Ideetriade geworfen werden, die Rechtssicherheit.

c) Rechtssicherheit

Das dritte Element der Rechtsidee, die Rechtssicherheit, dient der Kompensation von Schwächen der ersten beiden. Diese Schwächen sind epistemischer Natur. Man kann hier vom Problem der praktischen Erkenntnis sprechen.⁴⁹ Bei der praktischen Erkenntnis geht es um die Erkenntnis dessen, was geboten, verboten und erlaubt, und was gut und schlecht ist. Sollte dies im Recht in allen Fällen „wissenschaftlich deutlich erkennbar“⁵⁰ sein, würde die Rolle des Prinzips der Rechtssicherheit relativ gering sein. Die Festsetzungen des positiven Rechts wären keine echten Festsetzungen, sondern hätten nur deklaratorischen Charakter. Das eigentliche Feld der Rechtssicherheit wäre nicht mehr das Feld der Festsetzung des Rechts, sondern nur noch das der Durchsetzung. Das führt direkt zu der Frage, in welchem Umfang die Zweckmäßigkeit der Gerechtigkeit sicher erkennbaren Inhalt geben kann. Das hängt von der dritten Triade, der Zwecktriade ab.

3. Die Zwecktriade

Die drei Zwecke werden von Radbruch auf vielfältige Weisen dargestellt. Die bereits erwähnte Unterscheidung von menschlichen Einzelpersonlichkeiten, menschlichen Gesamtpersonlichkeiten und menschlichen Werken wird als Unterscheidung von Individualwerten, Kollektivwerten und Werkwerten⁵¹ sowie

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Alexy, Die Doppelnatur des Rechts (Fn. 10), 395.

⁵⁰ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), 312.

⁵¹ Ibid., 279.

von individualistischen, überindividualistischen und transpersonalen Auffassungen⁵² näher bestimmt. Dem soll die Trias von Freiheit, Nation und Kultur⁵³ entsprechen. Hier sind nur drei Dinge von Interesse. Der erste Punkt ist, dass der individualistischen Auffassung die Freiheit und mit ihr „die Menschenrechte, die Grundrechte, die Freiheitsrechte des Einzelnen“⁵⁴ zugeordnet werden, während die überindividualistische Auffassung mit dem Motto „Gemeinnutz vor Eigennutz“ in Verbindung gebracht wird.⁵⁵ Der zweite Punkt ist, dass die drei Auffassungen kollidieren.⁵⁶ Der dritte und systematisch bedeutsamste Punkt ist, dass die Auflösung dieser Kollision in der Rechtsphilosophie von 1932 keine Sache der Erkenntnis, sondern eine Sache der Entscheidung ist: „Es heißt also sich entscheiden, ob man den Individual-, den Kollektiv- oder den Werkwerten in der Rangordnung der Werte die erste Stelle einräumen will.“⁵⁷ Radbruch kennzeichnet diese Absage an Erkenntnis als „relativistische Selbstbescheidung“.⁵⁸ Dieser das gesamte Zwecksystem abdeckende Relativismus hat weitreichende Konsequenzen, die zu der häufigen Deutung der Radbruchschen Rechtsphilosophie vor 1933 als positivistisch geführt haben.⁵⁹ Wenn die Gerechtigkeit als solche bloß formal, also inhaltsleer, ist, und wenn die Zweckmäßigkeit, die den Inhalt liefern soll, nur sich widersprechende Alternativen anbieten kann, weil es „unmöglich“ ist, „die Frage nach dem Zwecke des Rechts anders als durch die Aufzählung der mannigfachen Parteimeinungen darüber zu beantworten“,⁶⁰ dann fällt dem dritten Element der Rechtsidee, der Rechtssicherheit, die entscheidende Rolle zu. Die Rechtssicherheit fordert, dass dann, wenn „niemand festzustellen [ver-

⁵² Ibid., 281.

⁵³ Ibid., 284.

⁵⁴ Ibid., 294.

⁵⁵ Ibid., 300.

⁵⁶ Ibid., 280.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid., 303.

⁵⁹ So habe ich 1992 die These vertreten, dass Radbruch vor 1933 Positivist war (Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (Fn. 32), 80). In der englischen Übersetzung ist dies wie folgt modifiziert worden: „Before the era of National Socialism in Germany, Radbruch was a legal positivist – not in terms of justification, to be sure, but in terms of result, at any case where the judge is concerned“ (Robert Alexy, The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism, trans. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Oxford 2002, 45). Vgl. dazu Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1997, 41-44.

⁶⁰ Ibid., 312.

mag], was gerecht ist, ... jemand festsetzen [muß], was rechtens sein soll“.⁶¹ Das führt nach Radbruch zu einer „Grundnorm“, die zwar nicht in ihrer Begründung, wohl aber nach ihrem Inhalt positivistisch ist: „Wenn in einer Gemeinschaft ein höchster Gewalthaber vorhanden ist, soll, was er anordnet, befolgt werden.“⁶² Für den Richter bedeutet dies die völlige Unterwerfung unter das positive Recht. Radbruch fasst das in folgende Worte: „Für den Richter ist es Berufspflicht, den Geltungswillen des Gesetzes zur Geltung zu bringen, das eigene Rechtsgefühl dem autoritativen Rechtsbefehl zu opfern, nur zu fragen, was Rechtens ist, und niemals, ob es auch gerecht sei.“⁶³ Gerechtfertigt sei dies durch das Prinzip der Rechtssicherheit: „Aber wie ungerecht das Recht seinem Inhalt nach sich gestalten möge – es hat sich gezeigt, daß es *einen* Zweck stets, schon durch sein Dasein, erfüllt, den der Rechtssicherheit.“⁶⁴ Das reiche aus, ihn als einen bloß „rechtliche[n] Richter“ letzthin doch schon zu einem „gerechte[n] Richter“⁶⁵ zu machen.

Etwas anderes soll freilich gelten, wenn es um den Einzelnen geht. Ihm gegenüber lasse sich nicht stets die „restlose Geltung alles positiven Rechts ... erweisen“.⁶⁶ Es könne „;Schandgesetze‘ geben, denen das Gewissen den Gehorsam verweigert“.⁶⁷ Als Beispiel führt Radbruch das Sozialistengesetz aus dem Jahre 1878 an. Der Grund für den Wegfall der Geltung soll auch hier die Rechtsidee mit ihren drei Prinzipien der Gerechtigkeit, der Zweckmäßigkeit und der Rechtssicherheit sein. Nur werden diese beim Einzelnen anders gewichtet. Wenn es sich bei der für den Einzelnen wegfallenden Geltung um rechtliche Geltung handelt, entsteht freilich ein Widerspruch. Vom Standpunkt des Bürgers aus wird etwas rechtlich erlaubt, was vom Standpunkt des Richters aus rechtlich

⁶¹ Ibid., 313.

⁶² Ibid.; vgl. ferner ibid., 324, 422.

⁶³ Ibid., 315.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid., 316.

⁶⁶ Ibid., 315.

⁶⁷ Ibid.

verboten ist.⁶⁸ Der Widerspruch löst sich auf, wenn für den Einzelnen nur die moralische Geltung entfällt, die rechtliche aber bestehen bleibt.⁶⁹ Doch dann stellt sich die Frage, wie diese Divergenz aus der Rechtsidee heraus erklärt werden kann. Das soll hier jedoch nicht weiter verfolgt werden. Es reicht aus, festzuhalten, dass in der Rechtsphilosophie von 1932, unbeschadet gewisser Einschränkungen im Blick auf den Bürger, für den Richter die Rechtssicherheit und mit ihr die Positivität absoluten Vorrang hat.

II. Die Radbruchsche Formel

Mit der Radbruchschen Formel wird dieser absolute Vorrang aufgehoben. Hier kann es nicht darum gehen, die Formel aus dem Jahr 1946 als solche zu analysieren. Vielmehr soll nur ihr Verhältnis zum Radbruchschen System von 1932 bestimmt werden. Von ihren beiden Bestandteilen, der Unerträglichkeits- und der Verleugnungsformel, wird dazu nur die Unerträglichkeitsformel in den Blick genommen.⁷⁰ Sie lautet: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und

⁶⁸ Dreier spricht hier von einer „gespaltene[n] Geltungslehre“ (Ralf Dreier, Gustav Radbruchs Rechtsbegriff, in: Gesellschaft und Gerechtigkeit, Festschrift für Huber Rottleuthner, hg. von Matthias Mahmann, Baden-Baden 2011, 17-44, 31, vgl. auch 28). Neumann charakterisiert die Spaltung mit Hilfe des Begriffs einer „relationalen Geltungslehre“ (Ulfrid Neumann, Zum Verhältnis von Rechtsgeltung und Rechtsbegriff. Wandlungen in der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs, in: Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch, hg. von Martin Borowski und Stanley L. Paulson, Tübingen 2015, 129-149, 139). Nach der relationalen Geltungslehre sei die Geltung ein zweistelliges Prädikat „(verbindlich für ...‘)“ (ibid. 131). Mit der Aufhebung der Spaltung werde die Geltung zu einem einstelligen Prädikat (ibid.). Das kann man in der Tat sagen. Die Subsumtion einer Norm (n) unter ein einstelliges Geltungsprädikat (Gn) impliziert freilich deren Subsumtion unter ein zweistelliges Geltungsprädikat, dem ein auf die Geltungsadressaten (x) – die von den Normadressaten zu unterscheiden sind – bezogener Allquantor voransteht: $\forall x(Gnx)$.

⁶⁹ In diese Richtung deutet Radbruchs Bemerkung zum „Überzeugungsverbrecher“: „Pflicht forderte vom Täter das Verbrechen, Pflicht fordert vom Richter die Bestrafung und vielleicht fordert sogar Pflicht, die für das aus Pflicht begangene Verbrechen verwirkte Bestrafung auf sich zu nehmen – um der Unverbrüchlichkeit des Rechtes, um der Rechtssicherheit willen“ (ibid., 316).

⁷⁰ Bei der Verleugnungsformel geht es um die direkte Anwendung der Grunddefinition „Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, ... der Rechtsidee zu dienen“ auf Normen, mit denen „Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird“ (Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (Fn. 4), 89), die also keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Gerechtigkeit erheben. Ihnen wird die „Rechtsnatur“ abgesprochen (ibid.). Das entspricht genau der bereits zitierten Feststellung aus dem Jahre 1932: „In der Tat entscheiden wir allein nach dem Maßstabe bezweckter Gerechtigkeit, ob eine Anordnung überhaupt rechtlicher Natur sei, ob sie dem *Begriffe* des Rechts entspreche“ (Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), 305). Radbruch scheint mit der Verleugnungsformel also nur zu wiederholen, was er 1932 schon gesagt hat. Mehr Kontinuität ist nicht denkbar.

Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig 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.“⁷¹

Es ist sofort zu erkennen, dass die drei Bestandteile der Rechtsidee, die Gerechtigkeit, die Rechtssicherheit und die Zweckmäßigkeit, weiterhin in Spiel sind. Die Verwendung des Ausdrucks „unrichtiges Recht“ zeigt, im Kontrast zu der Rede vom Verlust der „Rechtsnatur“⁷² in der Verleugnungsformel, dass es in der Unerträglichkeitsformel nur um den Verlust der Rechtsgeltung geht. Es ist, mit einer Ausnahme, also alles wie 1932. Diese Ausnahme besteht darin, dass die Unerträglichkeitsformel bei einem bestimmten Maß der Ungerechtigkeit, man kann es statt als „unerträglich“ auch als „extrem“ bezeichnen, die Rechtsgeltung verliert. Damit wird die alte These, dass der Richter an das positive Recht gebunden sei, ganz gleich, „wie ungerecht immer“⁷³ sein Inhalt ist, durch die neue These ersetzt, dass er zwar weiter an inhaltlich ungerechtes positives Recht gebunden sei, diese Bindung aber an der Schwelle zur unerträglichen oder extremen Ungerechtigkeit ende. Das ist eine Diskontinuität im Maß des Vorranges der Rechtssicherheit. Ist es aber auch eine Diskontinuität im System?

Um diese Frage zu beantworten, sind die Gründe für den Einbau der Schwelle des extremen Unrechts in den Blick zu nehmen. Diese Gründe sind die Menschenrechte. 1932 standen sie in der Zwecktriade als Individualwerte gleichrangig neben den Kollektivwerten und den Werkwerten. Man konnte sich für sie

⁷¹ Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (Fn. 4), 89. In der „Vorschule“ aus dem Jahr 1948 spricht Radbruch statt von einem „unerträglich[e]n Maß“ von „horrend ungerechte[n] Gesetze[n]“ (Gustav Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie (1948), in: Gustav Radbruch-Gesamtausgabe, hg. von Arthur Kaufmann, Bd. 3, Heidelberg 1990, 121-227, 154) und in dem Zeitungsartikel „Privatissimum der Rechtspflege“ aus dem Jahr 1947 (Gustav Radbruch-Gesamtausgabe, hg. von Arthur Kaufmann, Bd. 14, Heidelberg 2002, 150-153, 152) verwendet Radbruch die Formulierung „Fälle himmelschreienden Widerspruchs zwischen Gesetz und Gerechtigkeit“. Ersetzt man all diese Charakterisierungen durch den auf eine Skala (Alexy, On the Concept and the Nature of Law (Fn. 27), 282) hindeutenden Ausdruck „extrem“, so lässt sich Radbruchs Unerträglichkeitsformel auf die Kurzform „Extremes Unrecht ist kein (geltendes) Recht“ bringen.

⁷² Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (Fn. 4), 89.

⁷³ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), 315.

entscheiden oder auch nicht. Nach ersten Schritten in den dreißiger Jahren⁷⁴ wird diese umfassende „relativistische Selbstbescheidung“⁷⁵ 1945 in dem Kurzaufsatz „Fünf Minuten Rechtsphilosophie“ aufgegeben. Es heißt dort: „Es gibt also Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche Satzung, so daß ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar ist. ... Gewiß sind sie im Einzelnen von manchem Zweifel umgeben, aber die Arbeit der Jahrhunderte hat doch einen festen Bestand herausgearbeitet, und in den sogenannten Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte mit so weitreichender Übereinstimmung gesammelt, daß im Hinblick auf manche von ihnen nur noch gewollte Skepsis den Zweifel aufrechterhalten kann.“⁷⁶ Dieser teils kulturellen, teils konsensuellen Begründung⁷⁷ fügt Radbruch in der „Vorschule“ ein auf „die innere Freiheit der ethischen Entscheidung“⁷⁸, also auf die Autonomie, abstellendes Argument hinzu. Hier kommt es nicht auf Radbruchs Begründung der Menschenrechte an, sondern allein auf deren Bedeutung für sein System. Radbruch schreibt ihnen eine „absolute[r] Natur“⁷⁹ zu. Der Begriff der Absolutheit impliziert den der Notwendigkeit. 1932 war es bloß möglich, den Inhalt der Gerechtigkeit mit Hilfe der Menschenrechte zu bestimmen. Nun aber ist es notwendig geworden, dies, jedenfalls bezüglich ihres Kerns, zu tun. Wenn es aber notwendig ist, den Inhalt der Gerechtigkeit mit Hilfe der Menschenrechte zu bestimmen, dann gehören die Menschenrechte im Umfang dieser Notwendigkeit zur Gerechtigkeit.⁸⁰ Das wiederum bedeutet, dass die Gerechtigkeit nicht länger bloß formal ist. Dies aber heißt, dass zumindest ein Teil der Individualwerte aus der Zwecktriade in die Gerechtigkeit als erstem Bestandteil der Rechtsidee transportiert worden

⁷⁴ Gustav Radbruch, *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie* (1934), in: *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, hg. von Arthur Kaufmann, Bd. 3, Heidelberg 1990, 17-22, 22; ders., *Der Zweck des Rechts* (1937/38), in: *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, hg. von Arthur Kaufmann, Bd. 3, Heidelberg 1990, 39-50, 43, 49.

⁷⁵ *Ibid.*, 303.

⁷⁶ Gustav Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in: *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, hg. von Arthur Kaufmann, Bd. 3, Heidelberg 1990, 78-79, 78.

⁷⁷ Vgl. hierzu Robert Alexy, *Menschenrechte ohne Metaphysik?*, in: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 52 (2004), 15-24, 19.

⁷⁸ Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (Fn. 71), 146.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Hierauf zielte schon die These von dem „individualistischen Gehalt des Gedankens der Gerechtigkeit“ aus dem Jahr 1937 (Radbruch, *Der Zweck des Rechts*, (Fn. 74), 49).

ist.⁸¹ Man kann dies das „Transporttheorem“ nennen. Dieser Transport bringt zum Ausdruck, dass dem früheren umfassenden Relativismus, der nicht auf einen notwendigen Transport, sondern lediglich auf einen bloß möglichen Transport abstellte, eine absolute inhaltliche Schranke gesetzt worden ist. Radbruch ist damit nicht länger ein Nichtpositivist, der unter inhaltlichen Aspekten, jedenfalls was den Richter betrifft, alles zulässt. Er hat diesen superinklusiven Nichtpositivismus zugunsten eines bloß inklusiven Nichtpositivismus⁸² aufgegeben.⁸³ Es gibt Systeme, die kleine Änderungen zum Zusammensturz bringen. Radbruchs System aber wird durch diesen so folgenreichen Transport nicht gefährdet, sondern gestärkt. Dass dies möglich ist, ist die Größe des Radbruchschen Systems, dass diese Möglichkeit zur Wirklichkeit wurde, die Größe Radbruchs.

⁸¹ Diesem Transport kommt das enge Verhältnis zwischen der Gerechtigkeit und den Menschenrechten entgegen, das zwar nicht so weit geht, dass jede Ungerechtigkeit eine Menschenrechtsverletzung ist, wohl aber darin besteht, dass jede Menschenrechtsverletzung eine Ungerechtigkeit ist. Vgl. hierzu Robert Alexy, *Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat*, hg. von Stefan Gosepath und Georg Lohmann, Frankfurt a. M. 1998, 244-264, 251-252.

⁸² Alexy, *Inklusiver Nichtpositivismus. Zum Verhältnis von Recht und Moral* (Fn. 22), 10. Martin Borowski spricht in diesem Zusammenhang treffend davon, dass man fragen kann, „ob sich Radbruchs schon ursprünglich nichtpositivistischer Rechtsbegriff im Laufe der Jahre zu einem *anderen* nichtpositivistischen Rechtsbegriff gewandelt hat“ (Martin Borowski, *Begriff und Geltung des Rechts bei Gustav Radbruch*, in: *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, hg. von Martin Borowski und Stanley L. Paulson, Tübingen 2015, 229-265, 236, vgl. ferner 257-258).

⁸³ Dieser Satz bezieht sich auf das Verhältnis der „Rechtsphilosophie“ von 1932 zu den Schriften nach 1945. Auf das gesamte Werk Radbruchs bezogen hat Ralf Dreier überzeugend die weitergehende These begründet: „Rechtspositivist im Sinne einer begrifflichen Trennung von Recht und Gerechtigkeit war Radbruch zu keinem Zeitpunkt“ (Dreier, *Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der Rechtsphilosophie Radbruchs* (Fn. 3), 228). Ebenso Stanley L. Paulsons „*Nichtpositivismusthese*“ (Paulson, *Zur Kontinuität der nichtpositivistischen Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, (Fn. 6), 155).