

Das Elend der Rechtsphilosophie

— entweder Naturrechtler oder Rechtspositivisten
und kaum etwas Vernünftiges dazwischen —

Shuji KANAZAWA

- I. ›Verwissenschaftlichung‹ der Jura durch ›Entphilosophierung‹
 - II. Mögliche Ursache für den Rückzug vor der Rechtsphilosophie:
die Fruchtlosigkeit des Streits zwischen Naturrechtslehre und
Rechtspositivismus
 - III. Untauglichkeit abstrakter Schemata für die zureichende
Beantwortung aktueller Rechtsfragen
- Zwischenbilanz : Was bleibt nun uns noch?

I. ›Verwissenschaftlichung‹ der Jura durch ›Entphilosophierung‹

In der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts mußte man mit ansehen, wie die modernen Sozialwissenschaften immer empiristischer wurden. Mehr und mehr wiesen sie in ihrem wachsenden Selbstbewußtsein, das aus dem Erfolg der Empirie in ganz anderen Bereichen herkam, jede Form von philosophisch-spekulativer Reflexion von sich. Offenbar war ihnen das althergebrachte Philosophieren als reines Nachdenken über Sachen und Zusammenhänge im Ganzen suspekt geworden. Im Zuge dieses grundlegenden Wandels in der vorherrschenden Erkenntnissuchmethode spalteten sich auch die Rechtsge-

lehrten immer mehr in zwei Klassen oder Richtungen auf: Die einen verblieben stoisch beim Traditionellen und betrieben sowohl Studium als auch Erforschung des Rechts nach Möglichkeit als Erfahrungswissenschaft, über die nur die philosophische Reflexion zu gültigen Urteilen führte⁽¹⁾ und mit der dann die Rechtswissenschaft ganz nebenbei entzaubert und auf die Bewährungsprobe in der Praxis gestellt werden sollte. Die meisten anderen entschlossen sich konträr dazu, ihr Fach als *l'art pour l'art* und ausschließlich positive Wissenschaft zu betreiben, in der allein die ›Wissenschaftlichkeit‹ gelten sollte, was bedeutete, daß im grundlegenden Bereich der Jurisprudenz anstelle der Rechtsphilosophie nun die Rechtstheorie im Vordergrund zu stehen habe und das Hauptaugenmerk sich im rein analytischen Approach auf ›wirklichkeits-/lebensnahe‹ Untersuchungen richten sollte.⁽²⁾ Weil aber die erstere Abteilung an Rechtsgelehrten anscheinend für die Mehrheit immer weniger überzeugend wirkten und die zweite Abteilung so viele Anhänger und Vertreter fanden, dürfen wir fragen, ob heute in allen Bereichen des Menschen, die nur irgendwie mit Recht oder Gerechtigkeit zu tun haben, das früher so beliebte und häufige philosophische Nachdenken über das Wesen des Rechts und der Gerechtigkeit, ausgestorben ist. Allenfalls in naturgemäß hochphilosophischen, ethisch-moralischen, quer durch alle Gesellschaftsschichten strittigen Themen und Arbeiten wie z. B. denjenigen von *Arthur Kaufmann* und *Werner Maihofer* wird das Philosophieren noch zugelassen. Die allgemeine Nachfrage nach ontologischer Durchleuchtung, nach epistemologischer Verifizierung oder nach ethischer Fundierung des Rechts ist in den neueren Strömungen jedenfalls gesunken, als ob sich die Frage nach Rechtsphilosophie überhaupt durchweg erledigt hätte. So stellt *Upmeyer* folgendes fest: „Da die Rechtsphilosophie traditionell als Bereich

der praktischen Philosophie verstanden wird, wird sich mancher Rechtsphilosoph oder manche Rechtsphilosophin bei auftretenden *epistemischen* Fragestellungen nicht auf seinem/ihrer Feld fühlen. Er oder sie ist dann eher geneigt, diese Probleme zu marginalisieren oder gar zu übersehen.“⁽³⁾

Eine besondere Einseitigkeit oder Abstraktheit der Rechtstheorie zeigt sich nun auffällig in der Diskurstheorie und in der Theorie der juristischen Argumentation,⁽⁴⁾ in welchen alle menschliche Koexistenz nur ›rational‹ oder aus der ›subjektiven‹ Perspektive von ›Teilnehmer‹ betrachtet wird und die sich damit zufrieden geben, auf die Erfüllung aufgestellter Regeln und nicht hinterfragbarer Schemata zu schauen. In der Tat gibt ein Vertreter dieser Theorie unumwunden zu, daß es in ihrem Horizont völlig fraglich bleibt, „ob in einem Diskurs, an dem Teilnehmer aus ganz verschiedenen Kulturen mit sehr verschiedenen Sprachen teilnehmen, überhaupt vollkommene sprachlich-begriffliche Klarheit herstellbar ist.“ So verschließe die Diskurstheorie ihre Augen vor „diskursresistenten anthropologischen Verschiedenheiten der Menschen [...], die auch bei einem zeitlich unendlichen Diskurs und vollkommener sprachlich-begrifflicher Klarheit, empirischer Informiertheit, Rollentauschfähigkeit und -bereitschaft sowie Vorurteilsfreiheit einen Konsens in praktischen, also Wertungsfragen ausschließen können.“⁽⁵⁾ Nichtdestoweniger beharren sie auf die formal-logische Methodik des mathematischen, bzw. linguistisch die Teilnehmer kopierenden Vorgehens⁽⁶⁾ und würzen je nach Metier des diskutierten Falles ihre im Prinzip unendlich weiterdiskutierbaren Schlüsse mit ökonomisch, sozialpsychologisch oder informationswissenschaftlich klingender Rhetorik. Im Vergleich zur Diskurstheorie geht die Systemtheorie

dagegen zwar etwas konsequenter ihren eigenen Weg, aber auch sie greift doch wieder auf das Erbe soziologischer oder biologistischer Denkmoden zurück oder etwa auf die Erfolge der *Husserl'schen* Phänomenologie oder der philosophischen Anthropologie *Gehlens*. Insgesamt betrachtet peppen sich also diese ›spekulationsfreien‹, ›modernen‹ und ›positivistischen‹ Theoriegebäude mit szientistisch anmutenden Beiwerken auf und entfernen sich damit weit von der Tradition des reflexiv-spekulativen Denkens oder der philosophisch ins Ganze fragenden Suche nach dem wahrhaft Rechten, Billigen und Gerechten. Frage: Was legen Rechtswissenschaftler endgültig zu den Akten, wenn sie ihrem Denken von vornherein die Scheuklappen einer bevorzugten Methode oder Zielfixierung aufsetzen und auf dem Weg ins Ganze aller denkbaren Möglichkeiten bevorzugt in den Rückwärtsgang schalten? Wir meinen: nichts Geringeres als das Problembewußtsein dafür, wie die Kluft zwischen Rechtsidee und Rechtswirklichkeit überbrückt werden kann. Diese Kluft waren ja bisher vor allem die Naturrechts- und Vernunftrechtslehrer zu überbrücken gewohnt. Zugestandenermaßen waren sie dabei auch nur bedingt erfolgreich — aus ihrer Genealogie ist ersichtlich, daß sie meistens die Überwindung der dichotomischen Gegenüberstellung von Rechtsidee und Rechtswirklichkeit, von Recht und Gesetz, immer wieder zu ihrem zentralen Thema gemacht und sich eifrig damit auseinandergesetzt haben —, aber sie haben es wenigstens versucht und dabei die wahre Spannweite der Dichotomie beachtet. Im Gegensatz dazu drehen sich die Pseudonachfolger der vormodernen Rechtsphilosophen und die Rechtsverwissenschaftler von heute wie z. B. die Theoretiker der Gerechtigkeit im anglo-amerikanischen Raum, mögen sie eher libertär oder eher kommunitaristisch sein, im engen Kreise der Realitätsferne eines bloßen Theo-

retisierens ohne Praxisbezug.

Viele Juristen von heute laufen dem Zeitgeist hinterher und meinen, daß das Naturrecht überhaupt seine Blütezeit hinter sich habe und längst aus der Mode gekommen sei, weshalb es auch den Spiel- und Schauplatz des Justiziablen durchweg verlassen hätte. Einmal würdigen sie es als eine bloß pythische Tarnung einer bestimmten Ideologie herab, die doch nur wissenschaftlich sinnlos und unpraktikabel sei. Ein ander mal gewöhnen sie sich an operative Gedankenkonstrukte, die den reziproken Zusammenhang von Rechtswert und Rechtstatsache entweder gleichsetzen oder gar wegleugnen. Wieso wollen aber diese Juristen solcherart mit einem gedanklichen Erbe umgehen oder gänzlich ohne den Erfahrungsschatz aus Jahrhunderten auskommen? Aus welchem Grund hat sich die Jurisprudenz eo ipso substantiell von ihrer ideengeschichtlichen Tradition so weit entfernt? Wir können keine Antwort auf diese Fragen bekommen, wenn wir uns damit zufrieden geben, eine allgemeine Denkfaulheit des Juristen anzunehmen und eine generelle Gedankenarmut der heutigen Jurisprudenz zu beklagen. Ihnen allein und ihren teilweisen, berufsinternen Unfähigkeiten innerhalb bestimmter Winkeladvokation das allgemeine Abflauen der Rechtsphilosophie zuzuschreiben, wäre wohl zu kurz gegriffen.

II. Mögliche Ursache für den Rückzug vor der Rechtsphilosophie : die Fruchtlosigkeit des Streits zwischen Naturrechtslehre und Rechtspositivismus

Ich glaube, daß die eigentliche Ursache für jenes Abflauen gerade die Etablierung der Rechtsphilosophie als eigenes Spezialfach ist. Meines

Erachtens hat sich im Laufe der Zeit bei den Vor- und Nachdenkern über sowie Deutern und Umdeutern von Recht und Gerechtigkeit eine ›Einbahnstraßenvorliebe‹ der Denkrichtungen eingeschlichen. Man beliebt Scheuklappen zu tragen. Zu zeitlosen oder aktuellen und damit nie ganz zu beantwortenden Fragen des Rechts usw. gibt es nur noch routinemäßige Zugänge, nur noch ein Entweder-Oder zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus,⁽⁷⁾ nur noch gültige Expertenmeinungen auf den Berggipfeln angehäufter Lehren und ungültige Laienvorstellungen aus den Tälern der historisch Ungebildeten. Es bildeten und bilden sich im Laufe der Zeit immer wieder bevorzugte Theoriegebäude, ausselektierte, anerkannte Denkrichtungen heraus, in denen intern manche Fäden immer weiter gesponnen werden, die aber dann doch von neuen Realitäten überrollt werden, weil sie zu wenig über ihren eigenen Tellerrand hinaus denken und sich fachübergreifend zu erneuern und sich der Realität anzupassen wenig bereit sind, um ihren aktuellen Etabliertheitsstatus nicht zu gefährden.

Um an die eigentliche Problematik dieser Art von Verselbständigung eines ›Faches‹ näher heran zu kommen, denken wir nur mal an die (Vor-) Geschichte der BRD und DDR zurück. In ihr sehen wir, wie z. B. eine nicht-positivistische, also naturrechtliche Denkweise wieder ins Rampenlicht gerückt, in Szene gesetzt und so fest etabliert wurde, daß deren Interpretationsbasis fortan gar nicht mehr hinterfragt wird. Zweimal hat sich das so ergeben, nämlich erstens im geistigen Klima der sog. Naturrechtsrenaissance⁽⁸⁾ mit dem etwas sensationell klingenden Schlagwort ›Wiedergeburt des Naturrechts‹⁽⁹⁾ bzw. ›ewige Wiederkehr des Naturrechts‹ nach dem Zusammenbruch des Hitler-Regimes.⁽¹⁰⁾ Hinsichtlich der Bezeichnung gibt es einige Varianten, wie etwa

„Neugründung“ (*Coing*), „Wiederaufleben“ bzw. „Wiedererstehen“ (*Thieme*), „Rückkehr“ (*G. Küchenhoff*) sowie „Erweckung“ oder „Wiedergewinnung“ (*Wieacker*). Und zweitens haben wir diese Präferenz für die naturrechtliche Deutungsgewohnheit auch wieder in den sog. Mauerschützen-Prozessen nach der ›pressierten‹ Fusion der DDR in die BRD gesehen.⁽¹¹⁾ Das beiden Fällen Gemeinsame ist, daß anhand eines adaptierten bzw. wiederentdeckten Begriffs von ›übergesetzlichem Recht‹, z. B. dem von *Gustav Radbruch*, der Versuch unternommen wird, Gerechtigkeit ›wiederherzustellen‹, indem man mit dem aktuell im Trend stehenden Begriff von Gerechtigkeit die Nichtigkeit der Geltung der vergangenen Gesetze erklärt und somit zugleich die Rechtfertigungsgründe abweist, mit denen die einst begangenen Unrechtstaten als straffrei galten. Dabei tritt offen zutage, daß in der sog. ›Radbruch'schen Formel‹, über die sich die Naturrechtler eher abfällig äußerten, die Erkenntnis mitschwingt, daß der Hauptschuldige für die Hervorbringung einer Schreckensjustiz der harte Rechtspositivismus ist, also ein harter Gesetzespositivismus.

Es ist jedoch ein großes Mißverständnis, daß sich Radbruch nach der Erfahrung der Perversion des Rechts vom Rechtspositivisten zum Naturrechtslehrer um 180 Grad gewendet hätte. In der Radbruch'schen Formel bedeutet ›übergesetzlich‹ weder ›überpositiv‹ noch ›naturrechtlich‹. Er gab sein Leben lang die positivistische Haltung nie ganz auf und zeigte gleichzeitig des Öfteren Sympathie für die Idee des Naturrechts. Sein Standpunkt blieb insofern konsequent, als er niemals gänzlich auf der Seite des Gesetzespositivismus stand und stets den dritten Weg zwischen Rechtspositivismus und Naturrechtslehre suchte. Eingedenk dieser Tatsache sollten bei ihm weder Umbruch noch Umkehr, sondern allenfalls ›Akzentverschiebungen‹ beobachtet werden. *Radbruch* sagt selber: „Es gehört ebenso sehr zum

Begriff des richtigen Rechts, positiv zu sein, wie es Aufgabe des positiven Rechts ist, inhaltlich richtig zu sein.“⁽¹²⁾

(1) Dreh- und Angelpunkt in der Kritik der Naturrechtslehrer am Rechts- bzw. Gesetzespositivismus

In der Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegszeit meinte das neue Lager der Naturrechts-Sympathisanten, der Rechts- bzw. Gesetzespositivismus habe insoweit eine Degeneration bis Perversion des Rechts verursacht, als positives Recht ohne Grenzziehungen Unrecht legitimierte: *summum ius, summa iniuria*. Ja, sie sprechen sogar von einer bössartigen Natur des Positivismus, weil ihm ein blinder Gehorsam gegenüber jeglicher gerade obwaltenden Ordnung zueigen sei sowie die Neigung, ein jegliches Gesetzssystem unter Hinweis auf die Neutralitätspflicht kritiklos hinzunehmen oder gar zu stützen. Wer den Positivismus liebe, widme sich dementsprechend gerne ausschließlich der Dogmatik und, wie *Bergbohm* einst lapidar festhielt, behalte seinen Platz gern „in der peinlichen Lage, auch das niederträchtigste Gesetzesrecht, sofern es nur formell korrekt erzeugt ist, als verbindlich anerkennen zu müssen.“⁽¹³⁾ An dieser Neigung zur engstirnigen Kritiklosigkeit leide der ganze Juristenstand schon seit längerem, es sei seine spezifische chronische Krankheit. Aber sie solle nun überwunden und völlig besiegt werden dadurch, daß der Positivismus den rechtsethischen Prinzipien ein für allemal nachzugeben habe. Er müsse die Idee des korrekten Befolgens von Gesetzen endgültig hinter die Idee der materiellen Gerechtigkeit zurückstellen, weil die letztere unabhängig von Rechtskulturen im geschichtlichen Längsschnitt überzeitlich gelte und deren Priorisierung das Hervortreten schlimmer Unrechtszustände von Grund auf verhüte.

(2) Gegenkritik der Rechtspositivisten an der Naturrechtslehre

Gegen derartige Behauptungen der Naturrechtsanhänger wurde aber scharfer Einwand von Seiten der Positivisten erhoben, die jenem Gedanken des Überzeitlichen skeptisch gegenüberstanden. Ihr Angriff auf die Naturrechtslehre zielte darauf ab, die begriffliche Vagheit des Naturrechts zu bemängeln und dies auch genau zu exemplifizieren. Was Naturrecht heiße, bleibe immerfort vieldeutig auslegbar und nebulös. Was Naturrecht eigentlich sei, stelle sich in der Tat im kultur-geographischen Querschnitt wie nach historischen Epochen unterschiedlich dar, weshalb es letzten Endes nach Belieben ausgelegt werde. Eben dieses Faktum, daß es die Naturrechtslehre auf mancherlei Art gebe, zeige überhaupt ihre Anzweifelbarkeit hinsichtlich wissenschaftlicher Objektivität.⁽¹⁴⁾ Nicht der ›wertrelativistische‹ Positivismus, sondern eine inhaltlich diffuse Doktrin per se sei an den Frevel- und Gewalttaten von unrechten Herrschaftssystemen schuldig, vor allem weil sie wie keine andere jegliche Ideologie als Naturrecht auslegen könne und durch dieses flexible Vehikel auch jeglichem Totalitarismus allerhand Rechtfertigungsgründe zur Hand gäbe. Deshalb müsse die naturrechtliche Idee, wonach eine ›materielle Gerechtigkeit‹ über dem geltenden Gesetzssystem schwebt, nachdrücklich als bloße Fiktion abgetan werden.

Man mag dieser Analyse seine Zustimmung geben, wenn man z. B. folgende Aussage vom NS-Rechtslehrer *H. Lange* in Betracht zieht : „Der Nationalsozialismus hat auf dem Gebiete des Rechtes den Sieg vollendet über den hohlen Gesetzespositivismus, über die Gesetzestechnik als Selbstzweck, das Errechnen der Entscheidung aus der Norm, bei dem das Ergebnis Zufallswirkung logischer Konstruktion ist. Er hat demgegenüber den

Gedanken des Rechtes betont, die Rechtsethik über die Gesetzestechnik gestellt.“⁽¹⁵⁾ Bereits am 19. Nov. 1934 hält *Lange* zur Eröffnung des Instituts für Erneuerung des bürgerlichen Rechtes an der Universität Breslau einen Vortrag und zwar unter dem Leitmotiv, „den inneren Wert des nationalsozialistischen Rechtsstaates der äußeren Form eines leeren Gesetzes- und Machtstaates entgegenzustellen“ Des weiteren behauptet er: „Der leere Positivismus begnügte sich mit der formellen Rechtskraft des Gesetzes, er kümmerte sich nicht um das Recht.“ „Der Nationalsozialismus kann sich darum nicht wie der Gesetzespositivismus mit der formellen Rechtskraft des Gesetzes begnügen, mit der »Faktizität des Normativen«. Das Gesetz ist für ihn nicht mehr Selbstwert; wie der Staat nur eine Form des Volkes ist, so ist das Gesetz nur eine solche des Rechts. Der Nationalsozialismus hat so die Technik des Gesetzesdenkens zur Ethik des Rechtsempfindens empor geführt; er hat gegen den hohlen Positivismus dem höheren Wert des Rechts, der um Anerkennung und Gleichberechtigung rang, zum Siege verholfen. Wert und Unwert des Gesetzes bestimmen sich am Maßstabe des Rechtes.“⁽¹⁶⁾

Von den Juristen sei vor allem deswegen die positivistische Haltung einzufordern, weil nur diese ihnen die von jeder Weltanschauung befreite, »neutrale« Gesetzesauslegung ermögliche. Und nur diese versetze sie in die Lage, gesetzwidriger Willkür von despotischen Machthabern effektiv kontra zu geben und jeden Bestechungsversuchen von Seiten der Macht zu widerstehen. So werde Gerechtigkeit durch Rechtssicherheit gewährleistet und Grundsätze wie etwa *nulla poena sine lege* sowie *nullum crimen sine lege* könnten greifen, nicht zuletzt auch deshalb, weil die strafrechtliche Gesetzlichkeit und das strafprozessuale Legalitätsprinzip positiv im Verfassungsrecht verankert seien. Summa summarum: eher »ewige Wiederkehr des Rechtspositivismus« als die des Naturrechts.⁽¹⁷⁾ Mit dieser, wie ich meine, doch recht plausiblen

Gegenargumentation erscheint nun so gut wie jeder Angriff auf den Rechtspositivismus ungerechtfertigt. Wird ferner die Tatsache ins Auge gefaßt, daß die Richter im Dritten Reich in der Regel völkische Rechtsauffassungen über die damals geltenden Gesetze stellten und auf dieser Grundlage entsprechend ›Recht‹ auslegten, ohne daß jene Gesetze abgeschafft worden wären, erscheint es abwegig, daß eine derartige Schreckensjustiz dem Rechtspositivismus entwachsen sei. Man kann sogar zu dem Schluß gelangen, ausgesprochene Schandgesetze wie die Nürnberger Rassengesetze bewirkten mit ihrem Inkrafttreten nur eine Wiedergewinnung einer einmal verlorenen Rechtssicherheit, weil sie den Behörden ohnehin nur für Übertretungsfälle eine Richtschnur gegeben hätten. Aber dabei wird übersehen, daß diese äußerst bedenklichen Gesetze nicht den Schlußstein von bisherigen Diskriminierungsprogrammen bildeten, sondern in realiter Auftakt für weitere Verfolgung.

Buchheim meint dazu : „[...] In diesem Zusammenhang gesehen, sind die Nürnberger Rassengesetze übrigens ein erstaunliches Phänomen. Denn ohne daß die bisher zur Verfügung stehenden historischen Quellen eine zwingende Notwendigkeit erkennen ließen, waren die Nürnberger Gesetze geeignet, auf dem Gebiet der Diskriminierung der Juden die bis dahin vorherrschende, alle Arten von Terror begünstigende Rechtsunsicherheit zu beenden ; sie schufen eine Norm, die den Opfern gewisse Schutzmöglichkeiten versprach. *Natürlich war der materielle Gehalt der Rassengesetze Unrecht*, im Gegensatz zu den bis dahin herrschenden Verhältnissen war es aber berechenbares Unrecht, und die Erfahrung des Lebens unter totalitärer Herrschaft lehrt, daß dies leichter zu ertragen ist, als die reine unberechenbare Willkür. Der berühmte Kommentar von Stuckart/Globke [hierzu Wilhelm Stuckart/Hans Globke, Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung, Bd. 1: Reichsbürgergesetz vom 15. September 1935/Gesetz zum

Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935/Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes (Ehegesundheitsgesetz) vom 18. Oktober 1935 nebst allen Ausführungsvorschriften und den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen, München/Berlin, 1936 : d. Verf.] hatte die Tendenz, die normative Fixierung der den Juden auferlegten Einschränkungen noch zu verstärken, möglichst viele Einzelheiten der Praxis festzulegen, auf diese Weise aber auch die den Juden verbleibenden Rechte zu sichern.“⁽¹⁸⁾

Daß diese Betrachtung nicht unzutreffend ist, wird auch durch einen Zeitzeugen bestätigt. *Lösener*, der als Oberregierungsrat und zuletzt als Ministerialrat des Reichsinnenministeriums (1933–1942) tätig war, schrieb in seinem Bericht („Als Rassereferent im Reichsministerium des Innern“) im Jahre 1950 hinsichtlich der Bedeutung der Nürnberger Gesetze wie folgt : „Ich betone : diese Gesetze wurden damals in weiten Kreisen nicht als etwas unerhört Neues, als Beginn einer verschärften antisemitischen Hetze betrachtet, sondern als *Abschluß einer Epoche besonders übler Hetze*, der überdies weit gelinder ausgefallen war, als man befürchtet hatte. Dies umso mehr, als *Hitler* selbst mit dem ihm eigenen Aufwand an Nachdruck jedermann verkündet hatte, das sei nun der *Abschluß und die Lösung der Judenfrage* im Deutschen Reich. Auch ich hielt dies für einen großen Erfolg, an dem ich mir ein gewisses Verdienst zuschrieb, da böse Parteiforderungen aus dem Gesetz herausgehalten worden waren, wie Einbeziehung der Mischlinge bis zum Achteljuden in den Judenbegriff, Sterilisierung oder Todesstrafe für ‚Blutschänder‘, Sterilisierung der Juden und Halbjuden schlechthin, Zwangsscheidung der rassischen Mischehen. Es war doch nun ein Gesetz da, unter den auffallendsten äußeren Umständen von *Hitler* selbst verkündet und unterschrieben ; das wenigstens mußte nun doch gesicherter Bestand und feste Grundlage für die Zukunft sein, so übel es auch war. Das war die verbreitete Ansicht, zunächst auch die meinige. In außerdeutschen Ländern, in denen die Entwicklung vor dem Erlaß der

Gesetze nicht so deutlich ins Bewußtsein getreten war, wirkten diese Gesetze, zumal unter dem ungeheuren Propagandarummel, unter dem sie in die Welt hinausgeschrien wurden, freilich als Beginn der eigentlichen Judenverfolgung. Dies war besonders in den USA der Fall, und von dort her ist diese Auffassung wieder nach Deutschland eingedrungen und gilt jetzt unbesehen. Sie ist falsch.“⁽¹⁹⁾ Mag man ihm auf der Stelle nicht jedes Wort glauben, aber es scheinen doch ein paar Körnchen Wahrheit in ihnen enthalten zu sein.

(3) Abflauen des Streites ohne Sieger

Die erste Kampfrunde dürfte unentschieden ausgegangen sein, vor allem aus äußerlichen Gründen, namentlich der sozialen Gesellschaftsveränderung halber. Das allgemeine Drängen auf unumkehrbare Stabilisierung einer jungen liberaldemokratischen Verfassung nach dem Kriege sorgte inhärent dafür, möglichst jeden Eifer in Richtung echter Vergangenheitsbewältigung im Keim zu ersticken und das öffentliche Interesse eher auf das Vielversprechende des Wirtschaftswunders zu lenken. In der Folge ist die Diskussion um das Naturrecht erst einmal sang- und klanglos in der geistigen Versenkung verschwunden. Was die einst aufsehenerregende ›Radbruch'sche These⁽²⁰⁾ betrifft, der Positivismus habe die Juristen gegenüber dem gesetzlichen Unrecht des autoritären Regimes wehrlos gemacht, brachte die neuere Forschung ans Tageslicht, daß in dieser These so große Kardinalfehler und verkehrte Vorannahmen stecken, daß Radbruch wohl einer ›Legende‹ aufgefressen sein mußte.⁽²¹⁾ Allerdings zeigen diese neueren Forschungen ebenso wenig auf, daß der Rechtspositivismus den Sieg davongetragen in allem eigentlich Recht gehabt hätte.

III. Untauglichkeit abstrakter Schemata für die zureichende Beantwortung aktueller Rechtsfragen

Nach dieser Erfahrung lassen sich die Eckpfeiler für die besten Erforschungsmethoden der DDR-Unrechtsjustiz-Fälle nicht gerade leicht setzen. Die Anzeigen der Opfer gegen die von der SED gesteuerten und von ihr gerechtfertigten Verbrechen können mitnichten so naiv polarisiert untersucht werden, wie es bei der Aufarbeitung des NS-Kriminalität oftmals geschehen sein mag, wengleich sich in einigen Urteilen und Beschlüssen vom BGH und BVerfG gegen das DDR-›Unrecht‹ immer noch eine gewisse Präferenz der naturrechtlichen Denkweise und Rechtfertigungsmuster klar zeigt.⁽²²⁾ Ferner wird man sich im Zuge der mittlerweile allgemein anerkannten Rechtsüberzeugungen der Völker auch kaum dazu herablassen, bei allen rein positivistischen Argumentationssträngen bei jenem Verbrechen, sofern es echt kriminell ist, ein Auge zuzudrücken oder die Prüfung der Rechtswidrigkeit und Schuld des Täters nur deswegen unterlassen, weil sie in einer Befehlshierarchie standen. Über die politisch-ideologische Unterscheidung von NSDAP und SED hinaus muß immer noch zuvörderst die kontroverse, rechtsphilosophische Frage gestellt werden, ob die DDR als ›Unrechtsstaat‹ in die gleiche Schublade wie das Dritte Reich gesteckt werden soll,⁽²³⁾ oder ob es vielmehr richtiger ist, sie als ›Gesetzesstaat‹ in degenerierter Form zu sehen, also als einen Staat, der dem Machthaber nach Bedarf auch Gesetzesbrüche vergönnt, so daß man die DDR im Ergebnis eher als ›Nicht-Rechtsstaat‹⁽²⁴⁾ bzw. ›Pseudo-Rechtsstaat‹ bezeichnen sollte. Generell sind ja in einem Rechtsstaat⁽²⁵⁾ wenigstens zwei formelle Bedingungen erfüllt, nämlich die

Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sowie die Unabhängigkeit der Gerichte, und ein Verfassungsstaat setzt zwei Dinge voraus, nämlich die Gesetzesbindung des Staates und die Gewaltenteilung. Während die NS-Herrschaft nun schlechterdings alle diese Kriterien nicht erfüllte, wurden in der DDR aufgrund ihres marxistisch-leninistischen Führungsprogramms ausschließlich die jeweils beiden letzteren nicht vollständig umgesetzt. Es fragt sich, ab welchem Mindeststandard ein Staat nicht mehr mit Schimpf und Schande in die Kategorie ›Unrechts‹-staat fällt. Die ostdeutsche Staatsorganisation betrieb eine nahezu vollständige Nivellierung des Individuums durch die Partei, und enthielt ihren Bürgern die bürgerlichen und politischen Freiheitsrechte nach modernem, liberaldemokratischem Muster sowie Rechtsstaatlichkeit westlicher Provenienz vor. Man sagt, sie habe auf solche Weise den unterworfenen Bürgern ihre Privatautonomie und Chance auf freie Entfaltung der Persönlichkeit genommen.

Zu diesem Punkt meint *Schünemann*: „[...] *Die Heimlichkeit trennt also die Macht vom Recht*, und zwar kraft eines vorpositivistischen Rechtsbegriffs und demgemäß völlig unabhängig davon, welchen Status die betreffende Räuberbande selbst nach ihren eigenen Gepflogenheiten dem Geheimbefehl zuschreibt. [...] Die Nürnberger Gesetze waren danach, so schädlich sie auch waren, geltendes Recht des NS-Staates, und für das Grenzgesetz der DDR gilt, [...] das gleiche. Die heimliche Praxis des Massenmordes an Juden und die nicht öffentlich kommunizierte Verhinderung des Grenzübertritts in der DDR um jeden Preis konnten diesen Status des Rechts hingegen von vornherein nicht erlangen.“ Zu beachten ist aber, daß *Schünemann* sich hier ausschließlich auf die Illegalitätserklärung der heimlichen Vollstreckung des Gesetzes begrenzt, da es ihr an öffentlicher „Regelkommunikation“ mangle: „So daß die ‚offene‘ rechtsstaatswidrige Anwendung von DDR-

Gesetzen auch keine Rechtsbeugung gewesen sein kann, selbst wenn es sich aus rechtsstaatlicher Sicht um eine ‚willkürliche Menschenrechtsverletzung‘ gehandelt hat [...]; dagegen würde wiederum die heimliche Mißachtung der nach außen proklamierten Rechtsverwirklichung (z. B. durch vorsätzlich falsche Beweiswürdigung) Rechtsbeugung sein“.⁽²⁶⁾

Ich denke, wir sind uns darin einig, daß der Unrechtsgehalt der nationalsozialistischen Diktatur und des realsozialistischen Regimes nicht ohne Vorbehalt und Einschränkung direkt zu vergleichen ist, weil die reine Instrumentalisierung des selbstgesetzten Rechts und die Verletzung desselben bei diesem nicht so extrem erfolgt wie bei jener, und weil das realsozialistische System mit seinem Gesetzesapparat nicht so konsequent auf die totale Vernichtung der Systemgegner, geschweige denn des ›rassisch-minderwertigen‹ Mitbürgers oder Fremden hinarbeitete wie das nationalsozialistische mit seinem.⁽²⁷⁾ Übrigens könnte es daher auch in Zukunft einen Staat geben, der es trotz seines Bekenntnisses zu universell anerkannten Rechtsprinzipien unterlassen würde, dieselben exekutiv in seine inländischen Gesetze zu übersetzen, legislativ zu verkörpern und judikativ durch die Gerichtsbarkeit zu gewährleisten. Ihn deswegen dann einfach als ›Vorrechtsstaat‹⁽²⁸⁾ zu bezeichnen, trifft jedoch auch nicht ganz, denn eine solch abschätzig Benennung würde unterstellen, daß ihm die moderne Staatlichkeit überhaupt abhanden gekommen sei.

Trotz so mancher Verbesserungen im Verständnis rechtlicher Sachverhalte kann die Rechtsphilosophie im Grunde genommen, ob nun als eigenes, gezüchtetes ›Fach‹ oder als echte Philosophie, nie ganz aus dem natürlichen Spannungsverhältnis zwischen Naturrecht und Rechts-

positivismus heraus und wird uns nach wie vor meistens nur aktualisierte Versionen der beiden Pole liefern. Die theoretischen Aufrüstungen der beiden Lager in der zweiten Runde weichen oft nicht weit von denen in der ersten ab, infolgedessen bewegen sich deren vorgeschlagene Maßnahmen betreffs des ehemaligen Ostteils fast durchgehend auf ausgefahrenem Geleise : Der Streit fängt damit an, das Versagen des ehemaligen Gesetzessystems abzuqualifizieren und aus überpositivistischer oder übergesetzlicher Perspektive⁽²⁹⁾ gegen ›Unrecht‹ oder ›Nichtrecht‹ Einwände zu erheben. Darauf erfolgt die Gegenoffensive aus positivistischer Seite, auf deren Konto die Naturrechtler dann die Schuld jenes Versagens verbuchen, und so führt deren Scharmützel keine klare Entscheidung herbei. Und darüber wird dann noch die eigentliche Problemlösung von den Rechtsphilosophen weiter verschoben, weil sie sich nicht trauen, auf beiden Seiten Mißverständnisse hervorzurufen und man überläßt es letztlich den Praktikern des Straf-, Zivil- und Staatsrechts, den Theoretikern die Richtung zu weisen. Jene ›ewige Wiederkehr‹ ist in Wirklichkeit bloß eine endlose Wiederholung abstrakter, tradierter Schemata, die nicht viel hergeben für ein wahres Verstehen und Urteilen im Sinne der Gerechtigkeit.

Zwischenbilanz : Was bleibt nun uns noch?

Einmal hat *Kaufmann* pointiert herausgehoben, daß zwischen der idealistisch-rationalistischen Naturrechtslehre und dem notorisch-engstirnigen Rechtspositivismus (und auch Gesetzespositivismus) nach gründlicher rechtstheoretischer wie methodologischer Analyse in einem Punkt eine gewisse Verwandtschaft erkennbar wird, nämlich daß beide

„axiomatisch“ orientiert seien und beide „das kodifikatorische Denken“ zugrunde legten.⁽³⁰⁾ Genau dieser ihrer angeborenen Eigenschaft halber tendieren sie dazu, sich das Wesen des Rechts naiv vorzustellen, sich in dieser Voreingenommenheit eine starre Begriffspyramide aufzubauen und fortan ewiglich auf ihr zu beharren. Im Zuge dessen verlören sie aber den offenen Horizont für die Erforschung und Entdeckung der Konkretion und Geschichtlichkeit des Rechts. Wie können wir also nun aus dieser perpetuierten Unfruchtbarkeit herauskommen?

Indem wir unsere Netze der Erkenntnissuche weiter auswerfen und dabei erkennen, wie der Schlüssel zur Rehabilitierung der Rechtsphilosophie gerade darin liegt, in unserem Menschen- und Völkerbild nicht nur immer die gleichen Schemata anzulegen und den Staaten nicht nur immer dieselben stereotypen Aufgabenverteilungen und Idealsystemtypen zuzuweisen. Nur aus erweitertem Radius unseres Erkenntnis-horizontes können wir genauer den Mittelpunkt der Sachen bestimmen. Was in der Ära der oben erwähnten Naturrechtsrenaissance einstmals wieder evoziert wurde und was heute wohl zwar nicht völlig in Vergessenheit geraten ist, sich aber auch nicht allzu großer Popularität erfreut, ist nichts anderes als die Lehre von der *Natur der Sache*. Allem Anschein nach können und sollen wir allein mit ihr nun wieder anfangen, den Ort der Entsprechung von Recht und Gesetz, dem Normativen und dem Faktischen, Idee und Wirklichkeit zu erforschen, ohne daß wir beide Pole unversöhnlich dichotomisch einander gegenüberstellen und ohne daß wir sie in ideologischer Verblendung einfach so vermischen. Nur mit ihr, der wahren Natur der Sache, die RECHTSPHILOSOPHIE wieder auf und findet zurück zu ihrem eigentlichen Potential, wo sie kein Spezialfach unter vielen ist, sondern ein Kernbe-

reich der weiten und ewigen Philosophie des Menschen.⁽³¹⁾

Anmerkungen

- (1) Hierzu Andreas Heldrich, Das Trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts? Überlegungen zur Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die juristischen Ausbildung, JuS 1974, 280–288, 288. Ihm schien es unerlässlich, „die sozialwissenschaftliche Ausbildung der Juristen möglichst wirklichkeitsnah zu gestalten, d. h. vornehmlich auf der Grundlage *erfahrungswissenschaftlicher* Forschung und mit skeptischer Distanz zu sozialphilosophischen Theoremen durchzuführen.“ Er fährt fort: „Es geht um die Aufgabe, alle heute verfügbaren Erkenntnisquellen auszuschöpfen, um eine lebensnahe Jurisprudenz zu entwickeln“.
- (2) Zu Eigenschaft und Potenz der ›Rechtstheorie‹ vgl. Günter Ellscheid, Zur Forschungsidee der Rechtstheorie, in: Arthur Kaufmann (Hg.), Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis, Karlsruhe, 1971, 5–17, 8 u. 13ff.; Karl-Ludwig Kunz, Rechtstheorie — regionale allgemeine Wissenschaftstheorie oder Erkenntnistheorie des Rechts?, in: ebd., 19– 26, 20ff.; Winfried Hassemer, Rechtstheorie, Methodenlehre und Rechtsreform, in: ebd., 27– 33, 27ff. u. 32f..
- (3) Hierfür Arne Upmeyer, Der Sachverhalt im juristischen Streit, in: Günther Kreuzbauer/Silvia Augeneder (Hgg.), Der Juristische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik (ARSP Beih. 99), Stuttgart, 2004, 124–133, 126.
- (4) Kritisch äußert sich dazu: Friedrich Müller, Zu Hintergrund und Entstehung, theoretische Verortung, Arbeitsfeldern sowie Praxis- und Demokratiebezug der Strukturierenden Rechtslehre, in: ders., Gerechtigkeit als „Die Unruh im Uhrwerk“. Debatten, Gespräche, Aufsätze zu Rechtstheorie, Rechtslinguistik und Methodik, zu Verfassungslehre und Verfassungsvergleichung, Berlin, 2009, 134–154, 146: „Wenn Alexy versucht, die an einem ‚idealen‘ Konsens orientierte Kommunikationsethik von Habermas auf das Recht anzuwenden, kolonisiert er es von außen.“
- (5) So Robert Alexy, Probleme der Diskurstheorie, ZPhF 43 (1989), 81–93, 84f.. Auch in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, FaM, 1995, 109–126, 114f..
- (6) Mit Ausnahme von Ulfrid Neumann und Fritjof Haft. Siehe dazu

Neumann, Rechtsontologie und juristische Argumentation. Zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens, Heidelberg/Hamburg, 1979; dens., Rechtswissenschaft zwischen Ontologie und Ideologiekritik — Überlegungen zum Objektivitätsideal bei der Rechtsfindung, in: Frank Rotter/Ota Weinberger/Franz Wieacker (Hgg.), Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz (ARSP Beih. 13), Wiesbaden, 1980, 215–224, v. a. 221f.; Haft/Eric Hilgendorf, Juristische Argumentation und Dialektik — Ein Streifzug durch die Geschichte der juristischen Argumentationsmethoden, in: Fritjof Haft/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann/Wolfgang Schild/Ulrich Schroth (Hgg.), Strafgerechtigkeit (FS Kaufmann), Heidelberg, 1993, 93–109, 94ff.. Es gibt auch einige Verfechter der Diskurstheorie und juristischen Argumentation, deren Lehre aus der klassischen Anerkennungstheorie stammt oder sie besonders berücksichtigt. Zum Überblick der juristischen Argumentationstheorie in der Gegenwart vgl. Günther Kreuzbauer, Kleine Einführung in die Forschungsgeschichte der juristischen Argumentationstheorie, in: Kreuzbauer/Augeneder (Hgg.), a. a. O., 9–25, 9f. u. 17ff..

- (7) Vgl. dazu nur Marietta Auer, Normativer Positivismus — Positivistisches Naturrecht — Zur Bedeutung von Rechtspositivismus und Naturrecht jenseits von Rechtsbegriff und Rechtsethik—, in: Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller (Hgg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II, München, 2007, 931–962, 932ff..
- (8) Lehrreich hier Kristian Kühl, Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg, in: Gerhard Köbler/Meinhard Heinze/Jan Schapp (Hgg.), Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi (Festgabe Alfred Söller), Gießen, 1990, 331–357, 333ff. u. 355ff.; ders., Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts, in: Karl Acham/Knut Wolfgang Nörr/Bertram Schefold (Hgg.), Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste. Kontinuitäten und Diskontinuitäten in den Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften zwischen den 20er und 50er Jahren, Stuttgart, 1998, 605–658, 605ff. (auch in: Kühl [Hg.], Juristen-Rechtsphilosophie, Hamburg, 2007, 83–139, 83ff.); Arthur Kaufmann, Die Naturrechtsdiskussion in der Rechts- und Staatsphilosophie der Nachkriegszeit, Aus Politik und Zeitgeschichte B 33/1991, 3–17, 5ff. =

ders., Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre — und was daraus geworden ist, in: Michael Stolleis/Monika Frommel/Joachim Rückert/Rainer Schröder/Kurt Seelmann/Wolfgang Wiegand (Hgg.), Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, München, 1991, 105–132, 109ff.. Auch in: ders., Über Gerechtigkeit. Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie, Köln/Berlin/Bonn/München, 1993, 221–244, 224ff.. Lesenswert sind auch Gustav Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung. Zweites Buch. Erste Abteilung: Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechtes, Tübingen, 1951, 219ff. (§20); Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung (Göttingen 1952), 2. unveränd. Nachdr. der 2. neubearb. Aufl. v. 1967, Göttingen, 1996, 598ff.; Heinrich Lau, Naturrecht und Restauration in der BRD, KJ 1975, 244–254, 244ff.; Neumann, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: Dieter Simon (Hg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, FaM, 1994, 145–187; Heinz Mohnhaupt, Zur „Neugründung“ des Naturrechts nach 1945: Helmut Coings „Die obersten Grundsätze des Rechts“ (1947), in: Horst Schröder/Dieter Simon (Hgg.), Rechtsgeschichtswissenschaft in Deutschland 1945 bis 1952, FaM, 2001, 97–128, v. a. 108ff.; Gerhard Sprenger, Die Wertlehre des Badener Neukantianismus und ihre Ausstrahlungen in die Rechtsphilosophie, in: Robert Alexy/Lukas H. Meyer/Stanley L. Paulson/Gerhard Sprenger (Hgg.), Neukantianismus und Rechtsphilosophie, Baden-Baden, 2002, 157–177, 172ff.; Hubertus-Emmanuel Dieckmann, Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes? Eine kritische Würdigung der Rezeption der Radbruchschen Formel und des Naturrechtsgedankens in der Rechtsprechung, Berlin, 2006, 22ff.; Ilka Kauhausen, Nach der ‚Stunde Null‘. Prinzipien Diskussionen im Privatrecht nach 1945, Tübingen, 2007, 26ff.. Hinsichtlich der ersten Naturrechtsrenaissance, die bereits vor dem ersten Weltkrieg entstand, vgl. Fabian Wittreck, Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht. Affinität und Aversion, Tübingen, 2008, 9ff. mit zahlreichen Hinweisen. In Bezug auf die Niederschläge des Naturrechtsgedankens in der Rechtspraxis vgl. Peter Schneider, Naturrechtliche Strömungen in

deutscher Rechtsprechung, ARSP 42 (1956), 98–111, 99ff..

- (9) So exemplarisch Heinz-Horst Schrey, Die Wiedergeburt des Naturrechts, Theologische Rundschau N. F. 19 (1951), 21–75, 154–186 u. 193–221, insbes. 215ff..
- (10) Hierzu Heinrich Albert Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 2. Aufl., München, 1947, 158. Siehe auch 1. Aufl., Leipzig, 1936, 160. Kritisch dazu Uwe Kalbhen, Die NS-Rechtstheorie als Herrschaftsideologie. Logische Struktur und soziale Funktion naturrechtlicher Konstruktion im Nationalsozialismus (Diss.), Heidelberg, 1969, 69ff. u. 219, Anm. 6. Vgl. ferner: Raphael Huber, Kritik zu Heinrich Rommens Werk: „Die ewige Wiederkehr des Naturrechts“ (Diss.), Zürich, 1975. Der Ausdruck ›ewige Wiederkehr des Naturrechts‹ ist bereits im Titel des Aufsatzes von Ernst Landsberg, Zur ewigen Wiederkehr des Naturrechts, ARWP 18 (1924/25), 347–376, zu finden. Mayer-Maly meint, die Rechtsgeschichte sei „eine Geschichte des Wandels und der Wiederkehr“. Hierfür Theo Mayer-Maly, Über die der Rechtswissenschaft und der richterlichen Rechtsfortbildung gezogenen Grenzen, JZ 1986, 557–563, 557. Siehe auch seinen Beitrag, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, JZ 1971, 1–3, 3. Emmenegger bezeichnet auch naturrechtliche Strömungen im NS-Rechtsdenken als „Wiederkehr des Naturrechts“. Hierfür Sigrid Emmenegger, Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900 — Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre, Tübingen, 2006, 144.
- (11) Ein Überblick bei Hans Joachim Faller, Wiederkehr des Naturrechts? Die Naturrechtsidee in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1945 bis 1993, JöR N. F. 43 (1995), 1–17, 3ff.. Besonders in Zusammenhang mit der sog. ›Radbruch'schen Formel‹ unterstrichen von Kühl, Gustav Radbruch: Neukantianischer Rechtsphilosoph und sozialdemokratischer Kriminalpolitiker, in: Naoji Kimura/Karin Moser von Filseck (Hgg.), Universalitätsanspruch und partikuläre Wirklichkeiten. Natur- und Geisteswissenschaften im Dialog. Beiträge des Humboldt-Kollegs „Die deutsche Tradition der Universalwissenschaften“ am 29./30. Oktober 2005 an der Sophia-Universität, Tokyo, Würzburg, 2007, 49–64, 49.
- (12) Hierfür Gustav Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie (1914), GRGA Bd. 2: Rechtsphilosophie II (bearb. v. A. Kaufmann, Heidelberg,

- 1993), 9–204, 163. Ebenfalls ders., Rechtsphilosophie (1932), in: ebd., 206–450, 303. Ausführlich zum Thema Shuji Kanazawa, Rechtsidee und „Natur der Sache“ — Vom Sinn des „übergesetzlichen Rechts“ in der sog. „Radbruch’schen Formel“ —, *Annals of Ethics* 50 (2001), 79–92; ders., ›Vergangenheitsbewältigung durch Recht?‹ „Radbruch’sche Formel“ und Rückwirkungsverbot, *Annals of the Society for the History of Social Thought* 25 (2001), 106–118 m. w. N.. Zu diesem Thema vgl. ferner Thomas Osterkamp, *Juristische Gerechtigkeit. Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht*, Tübingen, 2004, 36ff. (insbes. 38). Siehe auch Dietmar Willoweit, *Der richtige Kern der Lehre vom richtigen Recht*, *JZ* 2010, 373–379, 373 u. 377
- (13) Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen. Erster Band: Einleitung. — Erste Abhandlung: Das Naturrecht der Gegenwart* (Leipzig 1892), Unveränd. Neudr., Glashütten im Taunus, 1973, 144.
- (14) Ablehnend Kaufmann, *Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus*, *ARSP* 46 (1960), 553–569, 567f.. Auch in: ders., *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, 1. Aufl., *FaM*, 1972, 53–70, 68f.; 2., überarb. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 1984, 51–67, 65f..
- (15) So Heinrich Lange, *Mittel und Ziel der Rechtsfindung im Zivilrecht*, *ZAkDR* 3 (1936), 922–925, 922.
- (16) Ders., *Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat. Ein Vortrag*, Tübingen, 1934, 3 u. 20f.. Eingehend über NS-Naturrecht und seine ideologische Wurzeln Wolfgang Schild, *Die nationalsozialistische Ideologie als Prüfstein des Naturrechtsgedankens*, in: Dorothea Mayer-Maly/Peter M. Simons (Hgg.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic*, Berlin, 1983, 437–453, 439ff. u. 450ff.. Siehe auch Christian Hillgruber, „Neue Methodik“ — Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, *JZ* 2008, 745–755, 748ff.. In Bezug auf „Das Naturrecht im nationalsozialistischen Rechtsdiskurs“ und „Nationalsozialistische Naturrechtsentwürfe“ Wittreck, a. a. O., 19ff. u. 35ff..
- (17) So titelt der Beitrag Lang-Hinrichsens, dessen Beweisführung aber sehr gemäßigt ist. Hierzu Dietrich Lang-Hinrichsen, *Zur ewigen Wieder-*

- kehr des Rechtspositivismus, in: Karl Engisch/Reinhardt Maurach (Hgg.), Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15. 10. 1953, München/Berlin, 1954, 1-69, 69. Von einem »antipositivistischen« Standpunkt her versucht Hoerster Rechtspositivismus zu verfechten. Vgl. Norbert Hoerster, Verteidigung des Rechtspositivismus, FaM, 1989, insbes. 14ff.. Siehe auch dens., Zum Problem der Ableitung eines Sollens aus einem Sein in der analytischen Moralphilosophie, ARSP 55 (1969), 11-39, 11ff.; dens., Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie, München, 2006, 67ff..
- (18) Hans Buchheim, Die SS — Das Herrschaftsinstrument, in: Hans Buchheim/Martin Broszat/Hans-Adolf Jacobsen/Helmut Krausnick (Hgg.), Anatomie des SS-Staates, Bd. I, Olten/Freiburg i. Br., 1965, 11-253, 19f..
- (19) Hierfür Walter Strauß, Das Reichsministerium des Innern und die Judengesetzgebung. Aufzeichnungen von Dr. Bernhard Lösener, VfZ 9 (1961), 262-313 (264-313), 278f..
- (20) Vgl. dazu Radbruch, Fünf Minuten der Rechtsphilosophie (1945), GRGA Bd. 3: Rechtsphilosophie (bearb. v. W. Hassemer, 1990), 78-79, 78; dens., Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), in: ebd., 83-93, 88. Eine ähnliche Ansicht findet sich bei Hubert Schorn, Der Richter im Dritten Reich. Geschichte und Dokumente, FaM, 1959, 28f.; Hermann Weinkauff, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus: Ein Überblick, in: Institut für Zeitgeschichte (Hg.), Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte, Bd. 16/I: »Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus«, Stuttgart, 1968, 17-188, 28ff.; dens., Was heißt das: „Positivismus als juristische Strategie“?, JZ 1970, 54-57, 54 et passim; Frederick Alexander Mann, Ausbürgerung und Wiedereinbürgerung nach Art. 116 Abs. 2 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Auslands, in: Norbert Horn (Hg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart (FS Coing), Bd. II, München, 1982, 323-340, 323; Günter Spendel, Rechtspositivismus und Strafjustiz nach 1945, JZ 1987, 581-587, 582. Siehe auch Heinrich Herrfahrdt, Der Streit um den Positivismus in der gegenwärtigen deutschen Rechtswissenschaft, DRZ 4 (1949), 32-33, 32f..
- (21) Hierfür sind vorerst nur auf folgende hinzuweisen: Hubert Rottleuthner, Rechtspositivismus und Nationalsozialismus, RuP 13 (1983), 195-201,

196 u. 199; ders., Rechtspositivismus und Nationalsozialismus. Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung, DuR 15 (1987), 373-394, 374ff. 383ff. sowie 388; Manfred Walther, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?, KJ 1988, 263-280; ders., Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im »Dritten Reich« wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These, in: Ralf Dreier/Wolfgang Sellert (Hgg.), Recht und Justiz im »Dritten Reich«, FaM, 1989, 323-354. Ebenfalls Ellscheid, Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung, in: Kaufmann/Hassemer (Hgg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6., Neubearb. u. erw. Aufl., Heidelberg, 1994, 179-247, 183f.; ders., Strukturen naturrechtlichen Denkens, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hgg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7., Neubearb. u. erw. Aufl., Heidelberg, 2004, 148-213, 151f.. Siehe aber auch Alessandro Baratta, Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus. Gedanken zu einer „naturrechtlichen“ Apologie des Rechtspositivismus, ARSP 54 (1968), 325-350, 327ff. u. 346f. (Fn. 29), auch in: ders., Philosophie und Strafrecht. Ausgewählte Aufsätze 1959-1974, Köln/Berlin/Bonn/München, 1985, 229-249, 230ff. u. 247f. (Fn. 29); Wolf Paul, Kritische Rechtsdogmatik und Dogmatikkritik, in: Kaufmann (Hg.), Rechtstheorie, 53-70, 56f. (Fn. 11); Wolf Rosenbaum, Naturrecht und positives Recht. Rechtssoziologische Untersuchungen zum Einfluß der Naturrechtslehre auf die Rechtspraxis in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts, Neuwied/Darmstadt, 1972, 143ff.; Ingo Müller, Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht. Gustav Radbruch und die Kontinuität der deutschen Staatsrechtslehre, Leviathan 7 (1979), 308-338, 323ff.; Kaufmann, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, in: Rottleuthner (Hg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, 1-19, 13ff. = Kaufmann, Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 188ff.; Rottleuthner, Substantieller Dezisionismus — Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus, in: ders. (Hg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, 20-35, 20ff.; Michael Bock, Naturrecht und Positivismus im Strafrecht zur Zeit des Nationalsozialismus, ZNR 6 (1984), 132-152, 151; Ingeborg Maus, »Gesetzesbindung« der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen, in: Dreier/

Sellert (Hgg.), *Recht und Justiz im »Dritten Reich«*, 80–103, 81ff. u. 98; dies., *Das Verhältnis der Politikwissenschaft zur Rechtswissenschaft. Bemerkungen zu den Folgen politologischer Autarkie*, in: Michael Becker/Ruth Zimmerling (Hgg.), *Politik und Recht*, Wiesbaden, 2006, 76–120, 84f.; Hans Wrobel, *Verurteilt zur Demokratie. Justiz und Justizpolitik in Deutschland 1945–1949*, Heidelberg, 1989, 211ff.; Gerhard Luf, *Zur Verantwortlichkeit des Rechtspositivismus für „gesetzliches Unrecht“*. Überlegungen zur „Radbruch-These“, in: Ulrike Davy/Helmut Fuchs/Herbert Hofmeister/Judit Marte/Ilse Reiter (Hgg.), *Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus*, Wien, 1990, 18–37; Horst Dreier, *Die Radbruchsche Formel — Erkenntnis oder Bekenntnis?*, in: Heinz Mayer/Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/René Laurer/Kurt Ringhofer/Rudolf Thienel (Hgg.), *Staatsrecht in Theorie und Praxis (FS Robert Walter)*, Wien, 1991, 117–135, 120ff.; dens., *Naturrecht und Rechtspositivismus. Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlurteile*, in: Wilfried Härle/Bernhard Vogel (Hgg.), *„Vom Rechte, das mit uns geboren ist“*. Aktuelle Probleme des Naturrechts, Freiburg i. Br./Basel/Wien, 2007, 127–170, 137ff.; Klaus Füber, *Rechtspositivismus und „gesetzliches Unrecht“*. Zur Destruktion einer verbreiteten Legende, *ARSP* 78 (19 92), 301–331, 301ff.; Eckardt Buchholz-Schuster, *Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln. Eine Untersuchung zur Funktion von „Juristenphilosophie“*, Berlin/Baden-Baden, 1998, 84f., Fn. 218; Armin Engländer, *Grundzüge des modernen Rechtspositivismus*, *Jura* 22 (2000), 113–118, 115; Hilgendorf, *Recht und Moral, Aufklärung und Kritik* 8 (2001), Nr. 1, 72–90, 77f.; Osterkamp, a. a. O., 36ff.; Ralf Dreier, *Deutsche Rechtsphilosophie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Ein Rückblick*, in: Robert Alexy (Hg.), *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Tübingen, 2005, 215–223, 216; H.-E. Dieckmann, a. a. O., 23; Bernd Rüthers, *Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte*, *JZ* 2008, 446–451, 447 u. 450; Friederike Wapler, *Werte und das Recht. Individualistische und kollektivistische Deutungen des Wertbegriffs im Neukantianismus*, Baden-Baden, 2008, 256ff.; Wittreck, *Die Radbruchsche Formel als klas-*

sischer Text der Rechtsphilosophie, Ad Legendum 2008, 128–132 (Teil 1) u. 186–188 (Teil 2), 130 mit Fn. 20; dens., Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht, 2f., Hilgendorf, Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985, Würzburg, 2005, 60, nimmt an: „Dass Positivisten wie *Kelsen* diese Formel [gemeint ist hier die positivistische Formel „Gesetz ist Gesetz“: d. Verf.] nie vertreten hatten, dass er und andere sich bis zuletzt für die Weimarer Republik engagierten und er selbst zu den ersten Opfern der nationalsozialistischen Reinigungsaktionen gehört hatte, wurde übersehen oder bewusst ignoriert.“ Hierbei ist aber zu beachten, daß diese Positivismusthese und ›Radbruch‘sche Formel‹ prinzipiell auseinandergehalten werden sollen. Ferner vgl. Hassemer, Naturrecht im Verfassungsrecht, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (Hgg.), Strafrecht, Strafprozeßrecht und Menschenrechte (FS Stefan Trechsel), Zürich/Basel/Genf, 2002, 135–150, 143ff. mit Fn. 54. Auch in: ders., Erscheinungsformen des modernen Rechts, FaM, 2007, 87–103, 96ff. ebenfalls mit Fn. 54.

- (22) Zum umfassenden Vergleich der Aufarbeitungsverfahren des vom Dritten Reich und von der DDR begangenen Unrechts siehe Buchholz-Schuster, a. a. O.; Elisabeth Koch, Vergleichende Betrachtung der justitiellen Aufarbeitung von nationalsozialistischem Unrecht einerseits und dem Unrecht der SED-Diktatur andererseits, in: Deutscher Bundestag (Hg.), Materialien der Enquete-Kommission „Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit“ (13. Wahlperiode des Deutschen Bundestages), Bd. II/2: Strukturelle Leistungsfähigkeit des Rechtsstaats Bundesrepublik Deutschland bei der Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit — Opfer der SED-Diktatur/Elitenwechsel im öffentlichen Dienst/justitielle Aufarbeitung, Baden-Baden, 1999, 1752–1797; Ute Hohoff, An den Grenzen des Rechtsbeugungstatbestandes. Eine Studie zu den Strafverfahren gegen DDR-Juristen, Berlin, 2001. Siehe auch Frank Scholderer, Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat. Zur Rekonstruktion des §336 StGB für die Gegenwart, Baden-Baden, 1993, 484ff.. In Bezug auf NS- und DDR-Rechtspolitik vgl. Klaus Marxen, Die Mediatisierung des Rechts als Gegenstand der juristischen Zeitgeschichte, in: Klaus Marxen/Annette Weinke (Hgg.), Inszenierungen des Rechts: Schauprozesse, Medienpro-

zesse und Prozessfilme in der DDR, Berlin, 2006, 19–36, 23ff.. Zum Überblick über die Aufarbeitsverfahren des DDR→Unrechts vgl. Joachim Lege, Der Konkurs eines Unrechtsstaates, *Der Staat* 38 (1999), 1–19, 10ff.. Mehr zum Thema Bernd Schünemann, Dogmatische Sackgassen bei der Strafverfolgung der vom SED-Regime zu verantwortenden Untaten, in: Erich Samson/Friedrich Dencker/Peter Frisch/Helmut Frister/Wolfram Rieß (Hgg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden, 1999, 657–684, 658ff.; ders., Verfassungsrechtliche Probleme der strafrechtlichen Aufarbeitung, in: Deutscher Bundestag (Hg.), Materialien der Enquete-Kommission „Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit“, Bd. II/2, S. 1304–1380, insbes. 1346ff.; Diethart Zielinski, Das strikte Rückwirkungsverbot gilt absolut im Rechtssinne auch dann, wenn es nur relativ gilt, FS Grünwald, 811–834, 812ff.; Petra Bock, Vergangenheitspolitik im Systemwechsel. Die Politik der Aufklärung, Strafverfolgung, Disqualifizierung und Wiedergutmachung im letzten Jahr der DDR, Berlin, 2000.

- (23) Hinsichtlich dieses Problemfelds vgl. Hilde Benjamin, Recht und Rechtsbewußtsein, *Staat und Recht* 4 (1955), 236–247; Klaus Sieveking, Die Entwicklung des sozialistischen Rechtsstaatsbegriffs in der DDR. Eine Studie zur Auseinandersetzung mit dem Rechtsstaat in der SBZ-DDR zwischen 1945 und 1968 (Diss.), Baden-Baden, 1975, insbes. 110ff.; Klaus Heuer, Überlegungen zum sozialistischen Rechtsstaat DDR, NJ 1988, 478–480; Theodor Maunz, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, *BayVBl* 37 (1991), 545–550; Wolfgang Müller/Manfred Grigo, Amnestie oder Strafverfolgung? Zum Problem der Strafverfolgung ehemaliger DDR-Spitzenfunktionäre, *KJ* 1991, 88–94; Horst Sendler, Über Rechtsstaat, Unrechtsstaat und anderes — Das Editorial der Herausgeber im Meinungsstreit, NJ 1991, 379–382; dens., Die DDR ein Unrechtsstaat — ja oder nein? Mißverständnisse um „Rechtsstaat“ und „Unrechtsstaat“, *ZRP* 26 (1993), 1–5; Werner Becker, Recht oder Rache? Über die Grenzen des Rechtsstaates in der Abrechnung mit der DDR-Vergangenheit, in: Werner Krawietz/Georg Henrik von Wright (Hgg.), Öffentliche oder private Moral? Vom Geltungsgrunde und der Legalität des Rechts. Festschrift für Ernesto Garzón Valdés, Berlin, 1992, 17–28; Uwe-Jens Heuer/Michael Schumann, Rechtsfrieden

oder Rechtskrieg? Rechtspolitische Überlegungen zur strafrechtlichen Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit, DuR 1992, 427-436, 432ff.; Josef Isensee, Nachwort. Der deutsche Rechtsstaat vor seinem unrechtsstaatlichen Erbe, in: ders. (Hg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht. Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem, Berlin, 1992, 91-111; Günther Jakobs, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, in: ebd., 37-64, insbes. 56ff.; Klaus Lüderssen, Der Staat geht unter — das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR, FaM, 1992, 34f.; I. Müller, Die DDR — ein „Unrechtsstaat“?, NJ 1992, 281-283; Michael Nelken, »Unrechtsstaat« — ein Ideologem am »Ende der Geschichte«. Für die Fortsetzung des Historikerstreits, Utopie kreativ Ht. 21/22, 1992, 29-38; Volkmar Schöneburg, Unrechtsstaat: Wissenschaft, Moral oder Ideologie?, in: ebd., 39-47; dens., Recht im nazifaschistischen und im „realsozialistischen“ deutschen Staat — Diskontinuitäten und Kontinuitäten, NJ 1992, 49-54, v. a. 49ff. u. 54; dens., Gegen »Politische Justiz« — Für Wahrhaftigkeit im Umgang mit der Vergangenheit!, in: Lothar Bisky/Uwe-Jens Heuer/Michael Schumann (Hgg.), »Unrechtsstaat«? Politische Justiz und die Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit, Hamburg, 1994, 51-60, 52ff.; Christian Starck, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vorrechtsstaatlichen Vergangenheit: 1. Bericht, in: Christian Starck/Wilfried Berg/Bodo Pieroth, Der Rechtsstaat und Aufarbeitung der vorrechtsstaatlichen Vergangenheit (VVDStRL Ht. 51), Berlin/New York, 1992 9-45; R. Dreier, Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes, FS Kaufmann, 57-70; dens., Rechtsphilosophische Aspekte juristischer Vergangenheitsbewältigung, ZG 8 (1993), 300-313, v. a. 304ff. u. 308f.; dens., Juristische Vergangenheitsbewältigung, Baden-Baden, 1994, 14-18; Albin Eser/Jörg Arnold, Strafrechtsprobleme im geeinten Deutschland: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor neuen Herausforderungen. Einige Schwerpunkte gegenwärtiger und zukünftiger Forschung, NJ 1993, 245-252 (Teil 1), 248f. sowie 289-295 (Teil 2); Wilfried Fiedler, Stillstand oder Fortentwicklung des Rechtsstaatsprinzips nach der Wiedervereinigung Deutschlands?, in: Michael Martinek/Jürgen Schmitt/Elmar Wadle (Hgg.), VESTIGIA IURIS (FS Günther Jahr), Tübingen, 1993, 71-98, 73ff.; dens., Vom Gesetz

zur „richtig interpretierten“ Norm — Bemerkungen zum Mauerschützen-Urteil des BGH —, Osteuropa-Recht 39 (1993), 259-268, 260ff.; Jutta Limbach, Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz, DtZ 4 (1993), 66-71, 68; Michael Pawlik, Das positive Recht und seine Grenzen. Zur rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Problematik der »Mauerschützenprozesse«, in: Giuseppe Orsi/Kurt Seelmann/Stefan Smid/Ulrich Steinvoth (Hgg.), Rechtsphilosophische Hefte. Beiträge zur Rechtswissenschaft, Philosophie und Politik, Bd. II: Gerechtigkeit, FaM/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1993, 95-108, 107f.; Haft, Die „Bereinigung“ des SED-Unrechts, DtZ 5 (1994), 258-261; dens., Zur „Bereinigung“ des SED-Unrechts — Anmerkungen zu OLG München *wistra* 1993, 276, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht 13 (1994), 170-173; Heuer/Schumann, Politik und Justiz in der Auseinandersetzung um die DDR-Geschichte, in: Bisky/Heuer/Schumann (Hgg.), a. a. O., 10-31, 15ff.; Erich Buchholz, Politisches Strafrecht, in: ebd., 32-38, 35; Ingo Wagner, Die DDR — ein »Unrechtsstaat«?, in: ebd., 142-206; Rudolf Wassermann, Schlußstrich unter die SED-Verbrechen? Zur Debatte um eine Amnestie für SED-Funktionärs- und DDR-Regierungskriminalität, NJW 1994, 2666-2668; Werner Münch, Aufarbeitung der SED-Vergangenheit — Aussöhnung mit den Mitteln des Rechtsstaates?, in: Jürgen Goydke/Dietrich Rauschning/Rainer Robra/Hans-Ludwig Schreiber/Christian Wulff (Hgg.), Vertrauen in den Rechtsstaat. Beiträge zur deutschen Einheit im Recht (FS Walter Remmers), Köln/Berlin/Bonn/München, 1995, 45-67; Rainer Schröder, Ein Richter, die Stasi und das Verständnis von sozialistischer Gesetzlichkeit, in: Meinhard Heinze/Joachim Schmitt (Hgg.), Festschrift für Wolfgang Gitter zum 65. Geburtstag am 30. Mai 1995, Wiesbaden, 1995, 875-899; Henning Rosenau, Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Grenzsoldaten für den Schußwaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze, Baden-Baden, 1996, v. a. 114ff.; Frank Biermann, Gesetzliches Unrecht in der DDR und Rückwirkungsverbot — am Beispiel von §27 des DDR-Grenzgesetzes (Diss.), Göttingen, 1998, insbes. 21ff.; Hassemer, Naturrecht im Verfassungsrecht, 89ff. (= dens., Erscheinungsformen des modernen Rechts, 137ff.); dens., Rechtliche und gesellschaftliche Normen beeinflussen einander. „Die Rechtspolitik kann eine Liberalisierung der

gesellschaftlichen Kultur anregen“, ZRP 43 (2010), 165–166, 166; Wolfgang Naucke, Bürgerliche Kriminalität, Staatskriminalität und Rückwirkungsverbot. Rezension der Entscheidungen des EG MR in den Verfahren Krenz u. a. gegen Deutschland v. 22. 3. 2001, FS Stefan Trechsel, 505–516, 509ff.; Hanno Siekmann, Das Unrechtsbewusstsein der DDR-„Mauer-schützen“, Berlin, 2005, 23ff.; Hinrich Rüping/Günter Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5., völlig überarb. Aufl., München, 2007, 145f. (Rn. 343ff.). Zum Vergleich des Zivilrechtssystems der beiden Regime siehe Hans-Peter Haferkamp, Das Bürgerliche Gesetzbuch während des Nationalsozialismus und in der DDR — mögliche Aspekte und Grenzen eines Vergleichs, Köln, 2005, 4ff.. Im Art. 17 S. 2 des Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands v. 31. 8. 1990 gibt es den Ausdruck „Opfer des SED-Unrechts-Regimes“. Vgl. BGBI II 1990, 885–1245 (889–904), 894. Zur Verantwortung der ›Regierungskriminalität‹ siehe Klaus Günther/Cornelius Prittwitz, Individuelle und kollektive Verantwortung im Strafrecht, in: Felix Herzog/Ulfrid Neumann (Hgg.), Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2010, 331–354, 344ff. m. w. N..

- (24) So formuliert z. B. R. Dreier, Juristische Vergangenheitsbewältigung, 16: „Ein Staat, dem wesentliche Merkmale der Rechtsstaatlichkeit fehlen, ist ein Nicht-Rechtsstaat, aber nicht notwendig ein Unrechtsstaat.“ Fragwürdig ist aber die Formulierung Vogels, der unter dem Begriff vom Nicht-Rechtsstaat die DDR mit dem Dritten Reich gleichsetzt. Hierzu auch Joachim Vogel, Juristische Methodik, Berlin/New York, 1998, 44.
- (25) Über Ideengeschichte des ›Rechtsstaates‹ und seine begriffliche Schwierigkeit vgl. Theo Stammen, Der Rechtsstaat. Idee und Wirklichkeit in Deutschland, 5., neu überarb. Aufl., München 1977; Feuke Steinböhrer, Über den Rechtsstaat und seine Voraussetzungen, FS Remmers, 135–148; Hasso Hofmann, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaates, in: Hans-Martin Pawlowski/Gerd Roellecke (Hgg.), Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates. Die Verschiedenheit der Kulturen und die Allgemeinheit des Rechts (ARSP Beih. 65), Stuttgart, 1996, 9–32. Vgl. ferner auch Waldemar Schrecken-

- berger, Der Nationalstaat und die Rechtsstaatsidee, in : ebd., 71–95, insbes. 72ff. u. 83ff.; Matthias Herdegen, Der Universalitätsanspruch des Rechtsstaates : Menschenrechtsmission?, in : ebd., 117–127, 118ff.
- (26) B. Schünemann, Aufarbeitung von Unrecht aus totalitärer Zeit, in : ebd., 97–116, 114f. mit Fn. 78.
- (27) Bezüglich dieses Punktes siehe Herwig Roggemann, Die deutsche Einigung als rechts- und verfassungspolitische Herausforderung, NJ 1992, 377–383, 382 ; Dreier, Rechtsphilosophische Aspekte, 308f.; dens., Juristische Vergangenheitsbewältigung, 17 u. 33f.; Christoph Schaeffgen, Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz — Die Strafverfolgung von DDR-Regierungskriminalität—, Regensburg, 1996, 33. In Zusammenhang mit der Vollstreckung des Schießbefehls durch DDR-Grenzschutzsoldaten vgl. Felix Herzog (Hg.), Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Todesschützen an der innerdeutschen Grenze. Mit Beiträgen von Jörg Hiltwein, Dirk Oldigs, Matthias Schey, Heidelberg, 1993, 9f..
- (28) Hierfür Maunz, a. a. O.; Wilfried Berg, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vorrechtsstaatlichen Vergangenheit : 2. Bericht, VVD-StRL Ht. 51, 46–90 ; Bodo Pieroth, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vorrechtsstaatlichen Vergangenheit : 3. Bericht, in : ebd., 91–115 ; Starck, a. a. O..
- (29) Allerdings sind beide Perspektiven miteinander unvereinbar. Dazu siehe oben mit Fn. 12.
- (30) Kaufmann, Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik, in : Paul Bockelmann/Arthur Kaufmann/Ulrich Klug (Hgg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, FaM, 1969, 243–273, 260. Geringfügig geänd. Fassung : Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik, in : ders. (Hg.), Rechtstheorie. Ansätze zu einem kritischen Rechtsverständnis, Karlsruhe, 1971, 81–102, 92. Auch in : ders., Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 25–52, 40. Siehe auch dens., Die ontologische Struktur des Rechts (1962), dt. Fassung in : ders., (Hg.), Die ontologische Begründung des Rechts (Wege der Forschung Bd. XXII), Darmstadt, 1965, 470–508, insbes. 477ff. = Rechtsphilosophie im Wandel, 1. Aufl., 104–134, 110ff.; 2. Aufl., 101–129, 106ff.; dens., Analogie und „Natur der Sache“. zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Karlsruhe 1965, 12 (= Rechtsphilosophie im Wandel, 1. Aufl., 272–320, 285); 2., verb.

u. durch e. Nachw. erg. Aufl., Heidelberg, 1982, 15; dens., Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, JZ 1975, 337-341, 337ff. = Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 79-88, 79 ff.; dens., Strafrechtspraxis und sittliche Normen. Zugleich ein Beitrag zu den §§ 218ff. StGB n. F., JuS 1978, 361-367, 363 = dens., Strafrecht zwischen Gestern und Morgen. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983, 167-185, 172f.; dens., Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik, in: Norbert Horn (Hg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart (FS Coing), Bd. I, München, 1982, 537-548, 543f. = Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 89-99, 95. Ferner vgl. dens., Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken, München, 1994, 44: „Naturrecht und Positivismus hatten sich dem *objektivistischen Erkenntnisbegriff*, dem *substanzontologischen Rechtsbegriff* (*Gesetzesbegriff*), der *Subsumtionsideologie* und der Idee eines *geschlossenen Systems* verschrieben.“ Siehe auch 209. Ihm zustimmend Hassemer, Juristische Hermeneutik, ARSP 72 (1986), 195-212, 206. Ähnliche Formulierung auch bei dems., Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse. Deduktion · Induktion · Abduktion · Analogie · Erkenntnis · Dezision · Macht, München, 1999, 55 u. 66.

- (81) Die fortgesetzte Auseinandersetzung mit dem Begriff der Natur der Sache folgt im nächsten Band.