

Überlegungen zur möglichen Kontinuität der Radbruch'schen Rechtsphilosophie

— am Beispiel der Begriffe
›übergesetzliches Recht‹ und ›Natur der Sache‹ —

Shuji KANAZAWA

1. Begründet die ›Radbruch'sche Formel‹ eine neue Naturrechtslehre?:
Kontinuität oder Kurskorrektur in der Rechtsphilosophie Radbruchs
2. Grundprinzipien Radbruch'scher Rechtsphilosophie:
Wertrelativismus und Positivismus
3. Charakteristikum und Funktion der Natur der Sache:
Konkretisierung der Rechtsidee
4. Zusammenfassender Schluß

1. Begründet die ›Radbruch'sche Formel‹ eine neue
Naturrechtslehre?: Kontinuität oder Kurskorrektur
in der Rechtsphilosophie Radbruchs

„Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und 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. Es ist unmöglich, ein schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des

gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen. An diesem Maßstab gemessen sind ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt.“⁽¹⁾

Nicht erst seit der Wiedervereinigung am 3. Oktober 1990 gibt es in Deutschland das permanente Problem oder die —vielleicht unlösbare— Aufgabe einer ›Vergangenheitsbewältigung‹, sowohl aufgrund des ›Unrechts‹ während der nationalsozialistischen wie auch der SED-Diktatur. Auch Jahrzehnte, die über vergangenes Leid doch allmählich Gras wachsen scheinen lassen, können nicht verhindern, wie manchen Opfern und wohl auch Tätern sich ›Unrecht‹ unauslöschbar ins Gedächtnis und die ganze Lebensauffassung eingebrannt hat. Nun wird heute an einer speziellen Form der ›Vergangenheitsbewältigung‹, nämlich in der nachträglichen Bestrafung der Täter, also durch das Strafrecht, wieder vermehrt Kritik geübt oder zumindest werden erhebliche Bedenken angemeldet. Diese Kritik fußt u. a. auf der Ansicht, auch die DDR wäre ein Rechtsstaat wie die BRD gewesen und sie wäre mit einem Unrechtsstaat wie dem des Dritten Reiches nicht zu vergleichen.⁽²⁾ Es würde zu wenig berücksichtigt werden, in welchem Maße tatsächlich eine willkürliche Ausschaltung der Judikativen in der

DDR im Vergleich zum ›Führerstaat‹ gegeben war. Auch die Rechtspraxis sei eine sehr verschiedene gewesen und daher eine Gemeinsamkeit dieser Staatsformen nicht gegeben. Die Kritik zielt auf einen anderen Ansatz, sie will die Schuldfrage und Schuldzuschreibung auseinandergehalten wissen, wobei sie die Frage stellt, ob die DDR nicht doch Rechtspolitik regulär als Rechtsstaat betrieben habe. Es müsse erst erwiesen werden, inwieweit die DDR ihrer Verpflichtung innerhalb ihres Rechtssystems nicht nachgekommen sei. Bei alledem ist die Unterscheidung zu treffen, ob die DDR ein Unrechts-/Rechtssystem war, das gegen den Willen des Volkes von einer Fremdmacht aufgepfropft wurde, während der NS-Unrechtsstaat ein Ausdruck des Willens des Volkes war.

In diesem schwierigen Gelände der Rechtspraxis und auch der rechtsphilosophischen Welt bekommt die ›Radbruch'sche Formel‹ besonderes Gewicht. Wie man am Titel seines berühmten Aufsatzes leicht ersehen kann, faßt die Formel ein Prinzip zusammen, welches vom Standpunkt eines ›übergesetzlichen Rechts‹ entscheidet, ob ›gesetzliches Recht‹ Recht oder Unrecht ist. Im Falle der ›Mauerschützenprozesse‹ gegen Grenzschutzsoldaten der DDR verwiesen einige Richter öfter auf diese Formel, jedoch blieb ihre jeweilige Interpretation recht unterschiedlich.⁽³⁾ Nicht wenige Rechtstheoretiker sehen in Radbruchs ›übergesetzlichem Recht‹ das Äquivalent zum klassischen Naturrecht. Kann seine Formel ›Schandgesetze‹ rückwirkend ungültig machen? Falls ja, dann ist der Konflikt schon im Naturrecht selbst anzusiedeln. Und zwar stehen sich schon die modern ausgelegte Naturrechtvariante des ›übergesetzlichen Rechts‹ und der Grundsatz des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots als konträre naturrechtliche Forderungen

gegenüber. Folglich verweisen auch einige Rechtswissenschaftler auf die besondere Ambiguität, die Vagheit oder Vieldeutigkeit der Formel und melden Zweifel an ihrer Anwendbarkeit an.⁽⁴⁾ Im folgenden versuche ich zuerst, anhand der gegensätzlichen Koordinatenachsen Wertrelativismus/Positivismus und Naturrechtslehre die Kontinuität der Radbruch'schen Rechtsphilosophie zu verifizieren. Danach überprüfe ich seine Lehre über die ›Natur der Sache‹⁽⁵⁾ und seine Formel auf ihre Anwendbarkeit in der Rechtspraxis.

Am Anfang unserer Betrachtungen fragen wir zur besseren analytischen Orientierung, ob Radbruchs Rechtsphilosophie eher eine durchgehende Kontinuität aufweist oder ob es in ihr einen Bruch gibt, eine entscheidende Diskontinuität.⁽⁶⁾ Sollte wir eher zur ersteren These neigen, so müssen wir aber doch innerhalb des Grundprinzips Radbruch'scher Rechtsphilosophie, wo er zwischen Wertrelativismus und Positivismus hin und her pendelnd eine triadische Struktur der Rechtsidee ausmachen will, eine kleinere Veränderung feststellen. Sie wird sichtbar in der Objektivierung und Offenlegung seiner Ideen nach dem Kriege, die zwar schon vor dem Kriege irgendwie vorhanden waren, nun aber doch leicht abgewandelt werden. Diese Veränderung kann als insgesamt relativ kontinuierliche Entwicklung mit ›Akzentverschiebung‹ von Rechtssicherheit zu Gerechtigkeit wahrgenommen werden.⁽⁷⁾ Demgegenüber sehen die Vertreter der Diskontinuitäts- bzw. Umbruchthese einen wesentlicheren Unterschied zwischen Radbruchs Denken in der Vor- und in der Nachkriegszeit, sowohl bezüglich jener Triade als auch bezüglich seiner wertrelativistischen und positivistischen Haltung.⁽⁸⁾ Nach ihnen nahm Radbruch von früheren Auffassungen vollständig Abschied, weil er beobachten mußte, wie leicht

Wertrelativismus und Positivismus zum Opfer der NS-Unrechtsherrschaft wurden. Nach einem solchen „Damaskuserlebnis“⁽⁹⁾ bekannte er sich offensichtlich vollständig zur Naturrechtslehre.⁽¹⁰⁾ Nun, im Verständnis der überzeugten Kontinuitätsanhänger sprengt auch dieser Wandel den Rahmen seines Systems nicht. Sie sehen eher eine gewisse Flexibilität seiner gesamten Rechtsphilosophie. Im Verständnis der Diskontinuitäts-/Umbruchsanhänger brachte aber seine Wende von Wertrelativismus und Positivismus zur Naturrechtslehre sein gesamtes System ins Schwanken. Der Rechtspositivist pflegt daher die Radbruch'sche Formel als typisches Beispiel naturrechtlichen Denkens gleich ganz zu verwerfen. Da Radbruch aber hartnäckig an seiner Formel festhielt, müssen wir untersuchen, wie viel es mit dieser Meinungsverschiedenheit hinsichtlich Kontinuität/Diskontinuität seines rechtsphilosophischen Systems auf sich hat, ob also der wahre, tiefere Kern seiner Rechtsauffassung wirklich gesehen wird oder nicht. Damit verbunden auch die Frage, wieviel Recht im NS-Unrechtsstaat steckte und wieviel Unrecht in den nachfolgenden BRD-/DDR-Rechtssystemen steckte.

2. Grundprinzipien Radbruch'scher Rechtsphilosophie: Wertrelativismus und Positivismus

Welche der beiden Thesen ist denn nun richtig? Zur Beantwortung dieser Frage muß zuallererst ein Blick auf die Grundprinzipien der Radbruch'schen Rechtsphilosophie geworfen werden. In seinen »Grundzüge[n] der Rechtsphilosophie« (1914), die auf die »Einführung in die Rechtswissenschaft« (1910) folgen, definiert Radbruch, der als Strafrechtslehrer „zu einem tätigen Mitkämpfer der Liszt'schen Schule“⁽¹¹⁾ gehörte, beeinflusst nun von neukantianischer Wertphilosophie

der Südwestdeutschen Schule,⁽¹²⁾ das Wesen der Rechtsphilosophie: Sie mache Wert, Sinn und Zweck des Rechts zu ihrem Gegenstand und übernehme letztendlich die Aufgabe, Gerechtigkeit bzw. ›richtiges Recht‹ zu untersuchen.⁽¹³⁾ Nach ihm könne ›sein-sollendes‹ Recht (Wert) nicht von ›seiendem‹ Recht (Wirklichkeit) deduziert werden. Deshalb solle Rechtsphilosophie auch auf keiner Naturrechtslehre gründen, die irgendein überzeitliches und nicht veränderliches Gerechtigkeitsbild unterstelle, denn: „Nur die Kategorie des richtigen, gerechten Rechts ist allgemein gültig, aber keine ihrer Anwendungen.“⁽¹⁴⁾ Wohl habe die Fragestellung ›Was heißt Recht?‹ selbst allgemeine Daseinsberechtigung, aber die Antwort darauf müsse notwendigerweise von den jeweilig gegebenen sozialen Umständen abhängen. Radbruch denkt also:

„Will man für das demnach nur durch die Einheitlichkeit der kategorialen Form gekennzeichnete ‚richtige Recht‘ dennoch den Namen Naturrecht festhalten, so muß man es dem unwandelbaren Naturrecht alten Stils als ein ‚Naturrecht mit wechselndem Inhalt‘ (Stammler) gegenüberstellen.“⁽¹⁵⁾

Den letzten Grund, ob irgendein Werturteil wissenschaftlich richtig ist, könne man auf keinerlei Weise erkennen. Deswegen legt Radbruch den Wertrelativismus als ein Leitprinzip seiner Rechtsphilosophie vor, aber dieser Standpunkt bedeute nicht „Skeptizismus des Pilatus“, sondern vielmehr „Agnostizismus Nathans“.⁽¹⁶⁾

In seiner »Rechtsphilosophie« (1932), die als dritte Auflage der »Grundzüge« neu herausgegeben wurde, fordert er angesichts der im Wertrelativismus hervorgebrachten „Antinomien“ der Rechtsidee über

die juristische Geltungslehre ein Gesetz zu formulieren, welches sowohl positivistische wie normative Züge trägt. Bei Radbruch ist die Rechtsidee bestimmt von drei wesentlichen Momenten: das Moment der Gerechtigkeit, das der Zweckmäßigkeit und das der Rechtssicherheit. Obwohl das Wesen der Gerechtigkeit in der ›austeilenden Gerechtigkeit‹ (*iustitia distributiva*)⁽¹⁷⁾ besteht und deshalb allgemeine Gültigkeit hat, ist die Gerechtigkeit dennoch nur formal und braucht die Grenzziehung durch die Zweckmäßigkeit, um der Gerechtigkeit auch ihren materiellen Gehalt zu geben. Doch kann auch die Zweckmäßigkeit des Rechts jeweils in verschiedenen Weltanschauungen, von Rechtsgemeinschaft zu Rechtsgemeinschaft, von Staat zu Staat, von Partei zu Partei auf vielfältigste Weise abhängig gesehen werden, z. B. kann die Freiheit beim Individualismus oder die Nation bzw. die Macht beim Überindividualismus oder die Kultur beim Transpersonalismus im Vordergrund stehen usw.⁽¹⁸⁾ und also taucht das Problem auf, daß, was einem Zweck voll gerecht wird, einem rechtsphilosophischen Anspruch möglicherweise nicht mehr ganz gerecht wird. Schließlich rückt das Moment der Rechtssicherheit also in den Mittelpunkt, gerade weil es in der Praxis auch immer darum geht, den Streit um die jeweilige Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit zu Ende zu bringen und den Wertrelativismus in eine Ordnung zu überführen.

„Die Sicherheit des Rechts fordert Positivität des Rechts: wenn nicht *festgestellt* werden kann, was gerecht ist, so muß *festgesetzt* werden, was rechtens sein soll und zwar von einer Stelle, die, was sie *festsetzt*, auch *durchzusetzen* in der Lage ist. Die Positivität des Rechts wird damit in höchst merkwürdiger Weise selbst zur Voraussetzung seiner Richtigkeit: es gehört ebensosehr zum Begriffe des richtigen Rechts, positiv zu sein,

wie es Aufgabe des positiven Rechts ist, inhaltlich richtig zu sein.“⁽¹⁹⁾

Bevor man lange untersucht, was das endgültig ›richtige‹ Ordnungssystem ist, muß es irgendeine Ordnung vorab schon unbedingt gegeben haben oder sie war schon hergestellt worden. Ordnung übertrifft wenigstens Unordnung in der Zielvorstellung. Hier offenbart sich die realistische Denkweise Radbruchs. Dennoch ist zu beachten, daß die drei grundlegenden Momente Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit zwar zueinander die Rechtsidee konstituieren, daß sie aber „zueinander in scharfen Widerspruch treten können.“⁽²⁰⁾ Rechtssicherheit wahrt gegenüber der Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit immer noch eine Überlegenheit. Aber eine solche Rangordnung beruft sich nicht auf die axiomlogische Analyse, sondern auf die normative und pragmatische Perspektive juristischer Geltungslehre. Wir müssen den Vorrang der Rechtssicherheit solcherart verstehen, daß er nicht ›Sicherheit durch Recht‹ bedeutet, sondern er nur ›Sicherheit des Rechts‹ heißt. Gerade deshalb soll Recht nicht Naturrecht, sondern eher positives Recht heißen und in Form klarer Gesetze für alle sichtbar und verläßlich sein, einfach damit es nicht so leicht zu ändern ist und weil ein abrupt sich wandelndes Recht mehr Unrecht bedeuten würde. Dennoch müssen im Gesetz minimale Bedingungen der Gerechtigkeit erfüllt sein, solange es Gesetz als gesetztes Recht sein will, und soweit es seine Rechtsnatur behalten will. Mit anderen Worten, niemand braucht dann wieder eine Naturrechtslehre zu bemühen, wenn die Gerechtigkeit auch im Gesetz ohnehin eingeschlossen ist.

Sobald es sich um eine rechtsphilosophische Geltungslehre handelt,

muß eine eigene, von der Rechtssicherheit unabhängige Position der Gerechtigkeit beibehalten werden. Die theoretische Vernunft bringt oder zwingt die praktische nicht zum Schweigen, vielmehr dringt jene mit dem Entscheid in diese:

„Wir sahen, daß nur die Rechtssicherheit die Rechtsgeltung unrichtigen Rechts zu stützen vermöge, daß aber Fälle durchaus denkbar sind, in denen die Unrichtigkeit des Rechtsinhalts, seine Ungerechtigkeit oder Unzweckmäßigkeit solchen Grades ist, daß dagegen der durch die Geltung nun einmal gesetzten Rechts gewährleistete Wert der Rechtssicherheit nicht ins Gewicht fallen kann. Dieser möglichen Ungültigkeit gesetzten Rechtes wegen seiner Unrichtigkeit entspricht der Gedanke *absoluter Nichtigkeit* rechtskräftiger Urteile wegen bestimmter materiellrechtlicher oder formellrechtlicher Fehler.“⁽²¹⁾

Diesen Punkt hebt Radbruch auch in seinen »Grundzüge[n]« offen hervor:

„Die rechtsphilosophische Geltungslehre spricht also ungerechtem positivem Rechte unter Umständen die Geltung ab [...]“⁽²²⁾

Das Schema, nach dem die Geltung eines gegen die Gerechtigkeit verstoßenden Gesetzes aufgehoben wird, ist bereits im Aufsatz »Die Problematik der Rechtsidee« (1924) konkret bestimmt worden:

„Der Rechtsphilosoph aber hat, wenn eine zwar positive, aber unzweckmäßige oder gar ungerechte Norm Geltung heischt, sich zu fragen, inwieweit die durch sie gewährte Rechtssicherheit ihrer

Unzweckmäßigkeit und Ungerechtigkeit gegenüber ins Gewicht fallen kann. Wird er auch meist zu dem Ergebnis gelangen, daß im Interesse der Rechtssicherheit die Unzweckmäßigkeit oder Ungerechtigkeit zu tragen sei, so ist doch die Rechtsphilosophie keineswegs eine ancilla jurisprudentiae, die dem Anspruche des positiven Rechts, als geltendes Recht angesehen zu werden, in jedem Falle sich ohne Widerspruch zu unterwerfen hätte. Die überpositive und in diesem Sinne naturrechtliche Wertung des positiven Rechts, nicht nur nach seiner Form und seinem Inhalte, sondern auch nach seiner Geltung ist mit dem Wesen der Rechtsphilosophie untrennbar verbunden, und es ist ein Verdienst der katholischen Rechtsphilosophie, auch im Zeitalter des Rechtspositivismus das Bewußtsein davon immer lebendig erhalten zu haben.“⁽²³⁾

Jedoch wäre es etwas übereilt, diese „Wertung“ und die Worte, die sich in Radbruchs Nachkriegswerken finden, unbesonnen zu übernehmen, und seinen Begriff von ›übergesetzlichem Recht‹ sogleich mit dem Inbegriff des klassischen Naturrechts gleichzusetzen.⁽²⁴⁾ Denn die „Wertung“ erfolgt in diesem Fall nicht von außen durch irgendeine Ideologie, sondern sie erfolgt als direkter Befehl der Gerechtigkeit selbst innerhalb der Rechtsidee.⁽²⁵⁾ In der Tat warnt Radbruch selbst nach dem Krieg vor einer solchen Berufung auf das klassische Naturrecht:

„In Gestalt dieses ‚übergesetzlichen Rechts‘ erlebte der alte Gedanke des ‚*Naturrechts*‘ nach hundertjährigem Scheintode seine Wiederauferstehung; dennoch werden wir uns hüten müssen, das übergesetzliche Recht von heute mit dem früheren Naturrecht zu identifizieren: es teilt nicht die übernationale und überzeitliche Unveränderlichkeit des Naturrechts der Vergangenheit, es ist ein ‚Naturrecht mit wechselndem Inhalt‘,

wandelbar nach Zeit und Volk. Das alte Naturrecht ist auch nicht ohne Grund aus seiner Herrscherstellung durch Positivismus verdrängt worden, und auch seine Wiederauferstehung bringt unleugbare Gefahren mit sich.“⁽²⁶⁾

Hinsichtlich dieser Auffassung wird die Diskontinuitäts- bzw. Umbruchsthese fragwürdig. Als seine frühere Haltung betont Radbruch in der Nachkriegszeit wohl zweifellos stärker die Gerechtigkeit. Aber er vertraut auch konsequent bis ans Lebensende auf den Wertrelativismus⁽²⁷⁾ und den Positivismus, obwohl er kurz vor seinem Tod zum Katholizismus neigt:

„Vor allem ist der Relativismus die einzig mögliche Grundlage für die verpflichtende Kraft des positiven Rechts. Gäbe es ein Naturrecht, eine eindeutige, erkennbare und beweisbare juristische Wahrheit, so wäre auf keine Weise einzusehen, warum positives Recht, das mit dieser absoluten Wahrheit in Widerspruch stünde, verpflichtende Kraft haben sollte.“⁽²⁸⁾

„Wir sind uns der Gefahren der Anerkennung übergesetzlichen Rechts [...] voll bewußt. In aller Regel wird auch in der Zukunft der Rechtspositivismus, die Anerkennung des Gesetzes ohne Rücksicht auf die Wertung seines Inhalts, das letzte Wort behalten müssen.“⁽²⁹⁾

„In der Regel aber wird die Rechtssicherheit, die das positive Recht gewährt, eben als eine mindere Form der Gerechtigkeit, die Geltung auch ungerechten positiven Rechts rechtfertigen.“⁽³⁰⁾

Die Diskontinuitäts- bzw. Umbruchsthese kann nach Radbruchs

Aussprachen angesichts seines Mottos des Wertrelativismus¹ und Positivismus¹ nicht mehr aufrechterhalten werden. Wohl ist ein Wandel seines Denkens gewiß zu verzeichnen, gibt es aber keine Änderung im Grundton seiner Rechtsphilosophie. Wer diesen seinen Wandel für eine grundlegende „Umwendung“ oder „Bekehrung“ hält, verwickelt sich in Widersprüche. Die Diskontinuitäts- bzw. Umbruchsthese sieht nicht, daß die juristische und die rechtsphilosophische Diktion wie Roß und Reiter zusammen gehören und insgesamt das System der Radbruch'schen Rechtsphilosophie ausmachen. Sein unerschütterliches Vertrauen in den Wertrelativismus und den Positivismus verwundert nicht mehr, wenn man diese gewisse Kontinuität, diese durchgängige Geschlossenheit seines Systems erkennt. Und bereits vor dem Auftritt des Nationalsozialismus¹ erklärt Radbruch den Prozeß, wie die Gerechtigkeit als konstituierendes Moment der Rechtsidee ohne Berufung auf klassisches Naturrecht voll in Form positiven Rechts zur Geltung findet. Deshalb können wir annehmen, daß das Programm seiner Formel schon in seinen Arbeiten in der Vorkriegszeit sozusagen vorweggenommen worden ist.

(Fortsetzung folgt)

Anmerkungen

- (1) Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), in: Arthur Kaufmann (Hg.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe [1987ff.: GRGA] Bd. 3, 83-93, 89. Genauer besehen besteht diese Radbruch'sche Formel aus der ›Unerträglichkeitsformel‹ und der ›Verleugnungsformel‹. Zu dieser Unterscheidung und ihrer Bedeutung vgl. Björn Schumacher, Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel, Göttingen, 1985, 24; Lothar Kuhlen, Normverletzungen im Recht und in der Moral, in: Michael Baumann/Hartmut Kliemt (Hgg.), Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat, Freiburg/München, 1990, 63-108, 70; Frank Saliger, Rad-

bruchsche Formel und Rechtsstaat, Heidelberg, 1995, 5 u. 18; Henning Rosenau, Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag. Die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schußwaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze, 2., neubearb. Aufl., Baden-Baden, 1998, 117 ff.; Robert Alexy, A Defence of Radbruch's Formula (trans. David Dyzenhaus), in: Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford/Portland, 1999, 15-39, 16; Knut Seidel, *Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“- Prozesse*, Berlin, 1999, 167f.; Klaus Lüderssen, *Universalität durch integrierende Spezialisierung. Zur Gesamtausgabe der Schriften Gustav Radbruchs*, ARSP 85, 469-496, 477; Jan-Reinard Sieckmann, *Die „Radbruch'sche Formel“ und die Mauerschützen*, ARSP 87, 496-515, 498f.; Florian Schwill, *Zur Anwendung der Radbruchschen Formel in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, KritV 85, 79-97, 79f.; Ralf Dreier/Stanley L. Paulson, *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs*, in: dies. (Hgg.), *Gustav Radbruch Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, 2., überarb. Aufl., Heidelberg, 2003, 237-253, 248; Andreas Funke, *Überlegungen zu Gustav Radbruchs „Verleugnungsformel“*. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsbegriff, ARSP 89, 1-16, 3ff.; Ulfrid Neumann, *Ralf Dreiers Radbruch*, in: Alexy (Hg.), *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Tübingen, 2005, 141-157, 141f.; Hidehiko Adachi, *Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, Baden-Baden, 2006, 80ff.; Brian Bix, *Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory*, Rth 37, 139-149, 140ff.; Norbert Hoerster, *Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie*, München, 2006, 80ff.; Dietmar von der Pfordten, *Was ist Recht? Ziele und Mittel*, JZ 2008, 641-652, 649f.; Fabian Wittreck, *Die Radbruchsche Formel als klassischer Text der Rechtsphilosophie*, Ad Legendum 2008, 128-132 (Teil 1) u. 186-188 (Teil 2), 131f.

Hinsichtlich des Unterschieds zwischen zwei Funktionen der Formel, d. i. ›Falsifizierung‹ [Feststellung des gesetzlichen Unrechts] und ›Verifizierung‹ [Feststellung des übergesetzlichen Rechts] vgl. Kaufmann, *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangenen Unrecht*, NJW 1995, 81-86, 85; Kai Ambos, *Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse*

an der Mauer, JA 1997, 983–990, 984f.; Erhard Denninger, Die Wirksamkeit der Menschenrechte in der deutschen Verfassungsrechtsprechung. Zur Geltung der Menschenrechte jenseits von Naturrecht und Positivismus, JZ 1998, 1129–1135, 1133f.

Kritische Betrachtung über die Schwächen der Formel vgl. Arndt Künnecke, Auf der Suche nach dem Kern des Naturrechts. Ein Vergleich der schwachen säkularen Naturrechtslehren Radbruchs, Coings, Harts, Welzels und Fullers ab 1945, Hamburg, 2003, 284ff.

- (2) Jedenfalls lassen sich die Eckpfeiler der Nachforschung der DDR-Fälle nicht so simpel einrammen und die Anzeigen gegen von der SED gesteuerten und gerechtfertigten angeblichen Verbrechen dementsprechend mitnichten so naiv erstattet werden, wie es bei der Aufarbeitung der NS-Kriminalität so ging, wengleich sich in einigen Urteilen wie Beschlüssen immer noch eine gewisse Zuneigung zum naturrechtlichen Gedanken und Rekurse auf ihn implizite ausdrücken. Zum Vergleich der Aufarbeitungsverfahren des vom Dritten Reich und von der DDR begangenen Unrechts umfassend bei Eckardt Buchholz-Schuster, Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln. Eine Untersuchung zur Funktion von „Juristenphilosophie“, Berlin/Baden-Baden, 1998; 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 deutsche Einheit – Opfer der SED-Diktatur/Elitentwischen im öffentlichen Dienst/justitielle Aufarbeitung, Baden-Baden, 1999, 1752–1797; Ute Hohoff, An den Grenzen des Rechtsbeugungsstatbestandes. Eine Studie zu den Strafverfahren gegen DDR-Juristen, Berlin, 2001. S. a. Frank Scholderer, Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat. Zur Rekonstruktion des § 336 StGB für die Gegenwart, Baden-Baden, 1993, 484ff. Bezüglich der 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, Medienprozesse und Prozessfilme in der DDR, Berlin, 2006, 19–36, 23ff.. Zum Überblick der Aufarbeitungsverfahrens vom DDR→Unrechts: siehe Joachim Lege, Der Konkurs eines Unrechtsstaates, *Der Staat* 38, 1–19, 10ff.. Mehr zum Thema: Bernd Schünemann, Verfassungsrechtliche Probleme der strafrechtlichen Aufarbeitung, in: *Deutscher Bundestag (Hg.), a. a. O., 1304–1380, 1346ff.*; Petra Bock, Vergangenheitspolitik im Systemwechsel. Die Politik der Aufklärung, Strafverfolgung, Disqualifizierung und Wiedergutmachung im letzten Jahr der DDR, Berlin, 2000.

Über politisch-ideologische Unterscheidung von NSDAP und SED hinaus muß hierbei die immer noch kontroverse Frage rechtsphilosophisch auseinandergesetzt werden, ob DDR als ›Unrechtsstaat‹ wie das Dritte Reich qualifiziert werden soll, ob es vielmehr richtiger sein würde, sie als ›Gesetzesstaat‹ in degenerierter Form, der dem Machthaber nach seinem Bedarf auch Gesetzesbrüche vergönnt, also im Ergebnis als ›Nicht-Rechtsstaat‹ oder ›Pseudrechtsstaat‹ zu bezeichnen. Zu diesem Problemsfeld sind die folgenden Betrachtungen lehrreich: Hilde Benjamin, Recht und Rechtsbewußtsein, *SuR* 4, 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, Baden-Baden, 1975, v. a. 110ff.; Klaus Heuer, Überlegungen zum sozialistischen Rechtsstaat DDR, *NJ* 1988, 478–480; Theodor Maunz, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, *BVBl* 37, 545–550; Wolfgang Müller/Manfred Grigo, Amnestie oder Strafverfolgung? Zum Problem der Strafverfolgung ehemaliger DDR-Spitzenfunktionäre, *KJ* 1991, 88–94; Horst Sandler, Über Rechtsstaat, Unrechtsstaat und anderes — Das Editorial der Herausgeber im Meinungsstreit, *NJ* 1991, 379–382; ders., Die DDR ein Unrechtsstaat — ja oder nein? Mißverständnisse um „Rechtsstaat“ und „Unrechtsstaat“, *ZRP* 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.* FS 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, 56ff; Lüderssen, Der Staat geht unter — das Unrecht bleibt? Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR, FaM, 1992, 34f; Ingo Müller, Die DDR — ein „Unrechtsstaat“?, NJ 1992, 281-283; Michail Nelken, »Unrechtsstaat« — ein Ideologem am »Ende der Geschichte«. Für die Fortsetzung des Historikerstreits, Utopie kreativ Ht. 21/22, 29-38; Volkmar Schöneburg, Unrechtsstaat: Wissenschaft, Moral oder Ideologie?, in: ebd., 39-47; ders., Recht im nazifaschistischen und im „realsozialistischen“ deutschen Staat — Diskontinuitäten und Kontinuitäten, NJ 1992, 49-54, v. a. 49ff. u. 54; ders., 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. (auf 55 hält Schöneburg „die Übertragung des Radbruchschen Argumentationsmusters“ ins strafrechtliche Verfolgungsverfahren des DDR→Unrechts: überhaupt für unzulässig); Christian Starck, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit: 1. Bericht, VVDStRL 51; Christian Starck/Wilfried Berg/Bodo Pieroth, Der Rechtsstaat und Aufarbeitung der vorrechtsstaatlichen Vergangenheit; Heinz Peter Rill/Dirk Ehlers/Peter Hänni, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, Berlin/New York, 1992, 9-45; Ralf Dreier, Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes, in: Fritjof Haft/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann/Wolfgang Schild/Ulrich Schroth (Hgg.), Strafgerechtigkeit. FS Kaufmann, Heidelberg, 1993, 57-70; ders., Rechtsphilosophische Aspekte juristischer Vergangenheitsbewältigung, ZG 1993, 300-313, insbes. 304ff. u. 308f.; ders., Juristische Vergangenheitsbewältigung, Baden-Baden, 1994, 14-18 (auf 16 stellt er fest: „Ein Staat, dem wesentliche Merkmale der Rechtsstaatlichkeit fehlen, ist ein Nicht-Rechtsstaat, aber nicht notwendig ein Unrechtsstaat.“); 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 Jahr, Tübingen, 1993, 71–98, 73ff.; Jutta Limbach, Vergangenheitsbewältigung durch die Justiz, DtZ 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 Steinvorth (Hgg.), Rechtsphilosophische Hefte. Beiträge zur Rechtswissenschaft, Philosophie und Politik, Bd. II: Gerechtigkeit, FaM/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1993, 95–108, 107f.; Fritjof Haft, Die „Bereinigung“ des SED-Unrechts, DtZ 1994, 258–261; ders., Zur „Bereinigung“ des SED-Unrechts — Anmerkungen zu OLG München *wistra* 1993, 276, *wistra* 13, 170–173; Uwe-Jens Heuer/Michael Schumann, Politik und Justiz in der Auseinandersetzung um die DDR-Geschichte, in: Bisky/Heuer/Schumann, 10–31, v. a. 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-Funktionäres- und DDR-Regierungskriminalität, NJW 1994, 2666–2668; Werner Münch, Aufarbeitung der SED-Vergangenheit — Aussöhnung mit den Mitteln des Rechtsstaates?, in: Jürgen Goydke/Dietrich Rauschnig/Rainer Robra/Hans-Ludwig Schreiber/Christian Wulff (Hgg.), Vertrauen in den Rechtsstaat. Beiträge zur deutschen Einheit im Recht. FS 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.), FS Gitter, Wiesbaden, 1995, 875–899; Henning Rosenau, Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag, Baden-Baden, 1996 (1. Aufl.), v. a. 114ff.; Frank Biermann, Gesetzliches Unrecht in der DDR und Rückwirkungsverbot — am Beispiel von § 27 des DDR-Grenzgesetzes, Göttingen, 1998, 21ff.; Hassemer, Naturrecht im Verfassungsrecht, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (Hgg.), Strafrecht, Strafprozeßrecht und Menschenrechte. FS Trechsel, Zürich/

Basel/Genf, 2002, 135–150, 143ff.; Wolfgang Naucke, Bürgerliche Kriminalität, Staatskriminalität und Rückwirkungsverbot. Rezension der Entscheidungen des EGMR in den Verfahren Krenz u. a. gegen Deutschland v. 22. 3. 2001, in: ebd., 505–516, 509ff.; Hanno Siekmann, Das Unrechtsbewusstsein der DDR-„Mauerschützen“, Berlin, 2005, 23ff.

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 (Einigungsvertrag) gibt es den Ausdruck „Opfer des SED-Unrechts-Regimes“. Hierfür BGBl. II 1990, 885–1245 (889–904), 894.

- (3) Vgl. LG Berlin, Urt. v. 20. 1. 1992 – (523) 2Js 48/90 (9/91), JZ 1992, 691–696 (693) = NJ 1992, 269–273 (270); LG Berlin, Urt. v. 5. 2. 1992 – (518) 2 Js 63/90 KLs (57/91), NJ 1992, 418–422 (420); BGH, Urt. v. 3. 11. 1992 – 5 StR 370/92, BGHSt 39, 1–36 (16) = NJW 1993, 141–149 (144) = JZ 1993, 199–206 (201); BGH, Urt. v. 20. 3. 1995 – 5 StR 111/94, BGHSt 41, 101–113 (106ff.) = NJW 1995 2728–2732 (2730f.); BGH, Urt. v. 5. 7. 1995 – 3 StR 605/94, BGHSt 41, 157–175 (164) = NJW 1995, 2734–2738 (2735); BGH, Urt. v. 15. 9. 1995 – 5 StR 713/94, BGHSt 41, 247–277 (259); BVerfG, Beschl. v. 24. 10. 1996 – 2 BvR 1851, 1853, 1875, 1852/ 94, BVerfGE 95, 96–143 (127 u. 134), NJW 1997, 929–933 (931). In diesem Zusammenhang siehe auch BGH, Urt. v. 25. 3. 1993 – 5 StR 418/92, BGHSt 39, S. 168–195 = NJW 1993, 1932–1938; BGH, Urt. v. 18. 1. 1994 – 1StR 740/93, BGHSt 40, S. 49–59 = NJW 1994, 2237–2240; BGH, Urt. v. 20. 3. 1995 – 5 StR 378/94, NJW 1995, 2732–2733.
- (4) Zu Ambiguität und Diskussion um die Anwendbarkeit der Radbruch'schen Formel in der Rechtspraxis vgl. Arthur Fridolin Utz, Naturrecht im Widerstreit zum positiven Gesetz (1951), in: Werner Maihofer (Hg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus? (Wege der Forschung XVI), Darmstadt, 1962, 219–238, 228f.; Eberhard Schmidt, Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus, Karlsruhe, 1952, 14; Hans Ulrich Evers, Der Richter und das unsittliche Gesetz, Berlin, 1956, 79 u. 90; Wolfgang Lohmann, Versuch einer methodologischen Erörterung der Radbruch'schen Rechtsphilosophie. Zugleich zum Thema „Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie“, Esslingen am Neckar, 1964, 134ff.; Saliger, a. a. O., 83ff., Tomonosuke Ohashi, Iwayuru Ratoburufu no

teishiki „Formel“ wo megutte —chiisana Ratoburufu runessansu [Zur sog. Radbruch'schen Formel —eine kleine „Radbruch-Renaissance“], in: Takayasu Okushima/Shigeaki Tanaka (eds.), *Ho no kontei ni aru mono* [Was dem Recht zugrunde liegt], Tokyo, 1997, 1-29.

- (5) Kein anderer als Radbruch selbst hält das Problem um die Natur der Sache für „das wichtigste der heutigen Rechtsphilosophie“. Vgl. Brief von Radbruch an Thomas Würtenberger (14. Nov. 1949), GRGA Bd. 18, 318. Der Keim der Lehre von der Natur der Sache bei Radbruch geht auf seine Habilitationsschrift (1903) zurück. Dazu vgl. Kaufmann, Die Bedeutung Gustav Radbruchs für die Rechtsphilosophie im Ausgang des Kaiserreichs, in: Gerhard Sprenger (Hg.), *Deutsche Rechts- und Sozialphilosophie um 1900*. Zugleich ein Beitrag zur Gründungsgeschichte der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) (ARSP Bt. 43), 1991, 101-110, 108; auch in: Thomas Rauscher/HeinzPeter Mansel (Hgg.), *FS Lorenz*, München, 2001, 3-18, 15. Siehe auch Kaufmann, Einleitung, in: ders. (Hg.), *Gustav Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, Darmstadt, 1967, VII-XII, XIff.; Hassemer, Die rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens. Bemerkungen zu Radbruchs Lehre von den Ordnungsbegriffen, in: Kaufmann (Hg.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch* 21. 11. 1878 —23. 11. 1949, Göttingen, 1968, 281-290. Zu diesem Punkt siehe auch Kuhlen, Typuskonzeption in der Rechtstheorie, Berlin, 1977, 55ff.. Vgl. ferner auch Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Zugleich Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, GRGA Bd. 7, 75-167; dens., *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken* (1938), GRGA Bd. 3, 60-70.
- (6) Im allgemeinen behauptet die Kontinuitäts- bzw. Entwicklungsthese, „übergesetzliches Recht“ fordere hauptsächlich materielle Gerechtigkeit. Es wird vielfach diskutiert, ob es dann noch klassisches Naturrecht genannt werden könne. Jedenfalls bedeutet diese Forderung nicht, daß Radbruch seinen früheren Wertrelativismus aufgeben hätte. Vielmehr läge das naturrechtliche Moment des „übergesetzlichen Rechtes“ als Hüter materieller Gerechtigkeit in Radbruchs Augen in einem eigentümlich „positiven

Relativismus“. So Alessandro Baratta, Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs, ARSP 45, 505–537, 506. Die Intensivierung des Relativismus hatte Radbruch vielmehr dem Naturrechtsgedanken genähert.

Hinsichtlich der Kontinuitäts- bzw. Entwicklungsthese: Karl Engisch, Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph, ARSP 38, 305–316, 311; Erik Wolf, Vorwort des Herausgebers, in: ders. (Hg.), Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Stuttgart, 1950, 7–15, 11ff.; Kaufmann, Brief an René Marcic, in: Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Maß der Macht/Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat, Wien, 1957, 225–226, Fn. 279 u. 225f.; ders., Rechtspositivismus und Naturrecht in erkenntnistheoretischer Sicht (1961), in: ders., Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges, 2., überarb. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 1984, 69–99, 71f., insbes. 72, Fn. 9; ders., Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart (1963), in: ebd., 167–199, 173; ders., Gustav Radbruch —Leben und Werk, GRGA Bd. 1, 7–88, v. a. 45f.; ders., Die Bedeutung Gustav Radbruchs, 104ff.; ders., Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken, München, 1994, 41ff.; Joachim Stolzenburg, Vorwort zu zweiten Auflage der »Vorschule der Rechtsphilosophie« Radbruchs, Heidelberg, 1959, 5, auch in: GRGA Bd. 3, 123–125, 124f.; Mario A. Cattaneo, Gustav Radbruch als Theoretiker und Verteidiger des Rechtsstaates, in: Kaufmann (Hg.), R-GS, 182–190, 187; Werner Goldschmidt, Erkenntnis und Bekenntnis, in: ebd., 93–102, 101f.; Robert Leicht, Obrigkeitspositivismus und Widerstand, in: ebd., 191–199, 192; Hans-Peter Schneider, Nachwort des Herausgebers: Gustav Radbruchs Einfluß auf die Rechtsphilosophie der Gegenwart, in: Wolf/Schneider (Hgg.), Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart, 1973, 351–384, 352; Martin Schulte, Der Rechtsstaatsgedanke bei Gustav Radbruch, JuS 1988, 177–181, 179f. Buchholz-Schuster, a. a. O., 40ff.; Ralf Dreier/St Stanley L. Paulson, Zum 50. Todestag von Gustav Radbruch, ARSP 85, 463–468, 467; Berthold Kastner, Goethe in Leben und Werk Gustav Radbruchs. Mit einem Quellenanhang bisher unveröffentlichter Radbruch-Manuskripte, Heidelberg, 1999, 205f.; Lüderssen, Universalität durch integrierende Spezialisierung, 477; Kristian Kühl, Gustav Radbruch: Neukantianischer Rechtsphilosoph und sozialdemokratischer Kriminalpolitiker, in: Naoji Kimura/Karin Moser v.

Filseck (Hgg.), Universalitätsanspruch und partikulare Wirklichkeiten. Natur- und Geisteswissenschaften im Dialog, Würzburg, 2007, 49–64, 56 [s. a. dens., 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. FG Söller, 1990, 331–357, 336; dens., Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts, in: ders., (Hg.), Juristen-Rechtsphilosophie, Hamburg, 2007, 83–139, 92 ff., 97f.]; Keiichi Matsuo, Radoburufu »Hotetsugaku« kenkyu [Untersuchung zur Radbruch'schen »Rechtsphilosophie«], Tokyo, 1959, 103; Yoshiyuki Noda, Uchimura Kanzo to Raatoburufu. Hikaku bunkaron e mukatte [Kanzo Uchimura und Radbruch, Zur Kulturenvergleichslehre], Tokyo, 1986, 158 seq.; Ohashi, op. cit., 14.

Einige vertreten die Kontinuitätsthese in gemilderter Version, die sich zwischen der Umbruchthese und der Entwicklungsthese (im weiteren Sinne) befinden soll, und nennen ihrerseits ihren Standpunkt als »Entwicklungsthese«. Dieser dürften Dreier und Paulson [Dreier, Gustav Radbruch, Hans Kelsen, Carl Schmitt, in: Herbert Haller/Christian Kopetzki/Richard Novak/Stanley L. Paulson/Bernhard Raschauer/Georg Ress/Ewald Wiederin (Hgg.), Staat und Recht. FS Winkler, Wien/New York, 1997, 193–215; Dreier/Paulson, Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: dies. (Hgg.), Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, 237–253; Paulson, Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?, Oxford Journal of Legal Studies 15, 489–500; ders., Ein „starker Intellektualismus: Badener Neukantianismus und Rechtsphilosophie, in: Marcel Senn/Dániel Puskás (Hgg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft? (ARSP Bt. 115), Stuttgart, 2007, 83–103, 90; ders., Ein ewiger Mythos: Gustav Radbruch als Rechtspositivist — Teil I, JZ 2008, 105–115, 106] gehören und ihnen folgen Adachi [Die Radbruchsche Formel] und anscheinend auch Friederike Wapler [Werte und das Recht. Individualistische und kollektivistische Deutungen des Wertbegriffs im Neukantianismus, Baden-Baden, 2008, v. a. 261ff.], obschon ihre Auffassungen in Einzelheiten voneinander abweichen. Ähnlich scheint Wittreck, a. a. O., 187f.; ders., Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht. Affinität und Aversion, Tübingen, 2008, 17f. In bezug auf den Interpretationswandel bei Dreier

siehe Neumann, Ralf Dreiers Radbruch, 148.

Paulson, der die These „shifting the accent“ bei Radbruch weder für richtig noch für maßhaltend hält [Radbruch on Unjust Laws, 493, 498 seq.; Ein ewiger Mythos, 160f. mit Fn. 14], betont bei ihm eher „correcting a mistake in his earlier position“ (493) bzw. „the correction of a mistake in his earlier work“ (500). Aber Paulson lehnt sowohl die Umbruchthese als auch die bisherige Kontinuitätsthese ab und an deren Stelle „a continuity or *unity* thesis“ in seiner Art vorlegt, indem er feststellt: „the machinery for correcting this mistaken idea is present in Radbruch's earlier theory“ (490). Ihm gegenüber erscheint Adachi derartiger Korrektur nicht viel Gewicht beizumessen. Dennoch stimmen alle diese Autoren in der Meinung überein, trotz der Modifikationen und der Korrekturen nach 1945 seien die Hauptelemente der Radbruch'schen Theorie „in allen Phasen seines Schaffens die gleichen geblieben“ [Dreier, 202] oder „dieselben geblieben“ [Dreier/Paulson, 247.]. Als eines dieser Elemente findet Adachi in der Freiheitslehre Radbruchs [Adachi, insbes. 14, 90ff. u. 98]. Gegen ihn ist jedoch Einwand zu erheben: der Einfluß der Freiheitslehre ist kein entscheidendes Moment in der Systematik der Radbruch'schen Rechtsphilosophie, wengleich sie ein wichtiges sein dürfte. Da diese Lehre bei Radbruch nicht größere Rolle als andere Faktoren spielt, muß sie bei der Feststellung der Kontinuität oder Diskontinuität seines Gesamtsystems allenfalls eine Nebensache bleiben. So betrachtet stellen der Ausgangs- und der Landungspunkt des Versuches von Adachi, die Entwicklungsthese sei „eine Abschwächung“ (93) der Umbruchthese, nichts anderes als ein großes Mißverständnis für die Diskussionslage dar. Allem Anschein nach verkennt die betreffende Version im Allgemeinen eben in dem Punkt, daß sie die angebliche goldene Mittelstraße gehen will. Aber ein solcher Versuch kann das vorliegenden Problem vielmehr irreführen. Bei der Debatte einen faulen und nichtssagenden Kompromiß vorzuschlagen darf jedenfalls nicht damit verwechselt werden, daß dem Gegenstand der Debatte selbst die Flexibilität inhäriert, auf deren Basis nicht nur vielfältige Interpretation über es akzeptabel sind, sondern auch angemessenes, gemeinsames Verständnis für das Objekt geführt werden kann. So betrachtet sind die Stellungen von Dreier, Paulson und Adachi *cum grano salis* doch auch für eine abgeschwachte Variante der eigentlichen

Kontinuitätsthese/Entwicklungsthese zu erachten, es sei denn, daß sie auch mit noch stichhaltigeren Argumenten ihre Behauptung verifizieren könnten.

- (7) Vgl. Wolf, Einleitung des Herausgebers: Gustav Radbruchs Leben und Werk, in: ders. (Hg.), Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., 17-77, 72f.; dens., Umbruch oder Entwicklung in der Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?, ARSP 45, 481-503, 499; Kaufmann, Der Mensch im Recht. Zum 80. Geburtstag von Gustav Radbruch (1958), in: ders., Rechtsphilosophie im Wandel, 23-32, 29; dens., Radbruch, in: Staatslexikon, Bd. 6, 6. Aufl., Freiburg i. B., 1961, 579-582, 580; dens., Strafrecht und Strafvollzug (1971), in: ders., Strafrecht zwischen Gestern und Morgen. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983, 53-67, 61 mit Fn. 25; dens., Gustav Radbruch - Leben und Werk, GRGA Bd. 1, 7-88, 45; dens., Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, München/Zürich, 1987, 25ff. u. 45ff.; dens., Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht, 82; dens., Gustav Radbruch und die Radbruchsche Formel. Brief an meinem Enkel Finn Baumann, RJ 19, 604-611, 608 (hier räumt Kaufmann wohl ein, „nach den Erfahrungen mit der Diktatur korrigierte er [Radbruch: d. Verf.] seine ehemalige Auffassung von der Nichterkennbarkeit des Unrechtscharakters von Gesetzen.“ Aber diese ›Korrigierung‹ zeigt weder um ›Bruch‹ noch ›Diskontinuität‹ in der Radbruchs'schen Rechtsphilosophie, sondern sie soll als ein Moment der sog. ›Akzentverschiebung‹ in derselben erachten. Dies ist ersichtlich, wenn man den Standpunkt Radbruchs aus dem Gesamt seiner Rechtsphilosophie zu bestimmen versucht, und sofern man auf Auseinandersetzungen Kaufmanns mit seinem Lehrer verweist); Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Baden-Baden, 1986, 81f. mit Fn. 311 (82); Hassemer, Einführung, GRGA Bd. 3, 1-16, 13ff.; Marijon Kayßer, Art. Radbruch, Gustav (18 78-1949), in: Michael Stolleis (Hg.), Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert, München, 1995, 510-511, 510; Henrique Ricardo Otten, Der Sinn der Einheit im Recht. Grundpositionen Carl Schmitts, Gustav Radbruchs und Hans Kelsens, in: Andreas Göbel/Dirk van Laak/Ingeborg Villinger (Hgg.), Metamorphosen des Politischen. Grundfragen politischer Ein-

heitsbildung seit den 20er Jahren, Berlin, 1995, 25–51, 45; Rosenau, Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag, 2. Aufl., 116; Hans-Ernst Böttcher, Gustav Radbruch und die Weimarer Justiz, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hg.), Gustav Radbruch als Reichsjustizminister (1921–1923), Berlin, 2004, 35–48, 46; Hubertus-Emmanuel Dieckmann, Überpositives Recht als Prüfungsmaßstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes? Eine kritische Würdigung der Rezeption der Radbruchschen Formel und des Naturrechtsgedankens in der Rechtssprechung, Berlin, 2006, 24ff.; Christoph Martin Scheuren-Brandes, Der Weg von Nationalsozialistischen Rechtslehren zur Radbruchschen Formel. Untersuchungen zur Geschichte der Idee vom »Unrichtigen Recht«, Paderborn/München/Wien/Zürich, 2006, 22; Martin D. Klein, Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch, Berlin, 2007, 136; Mitsukuni Yasaki/Tetsuo Yagi, Hotetsugaku nyumon [Einführung in die Rechtsphilosophie], Tokyo, 1978, 192.

Ablehnend Paulson, op. cit., 499: „[...] if merely ‘shifting the accent’ satisfactorily accommodated cases of truly extreme conflict between statute and justice, then at some later point Radbruch might well ‘shifting the accent’ again, reverting back, say, to the hard-headed position on legal certainty that he had defended in *Rechtsphilosophie* (1932). And this shift would have him arguing that even in case of truly extreme conflict between statute and justice, the judge is to follow the statute.“ Aber diese seine Anklage ist aus folgenden Gründen zurückzuweisen. 1. Nicht zuletzt fragt es sich, ob die Stellung des frühen Radbruch grob als „hard-headed position on legal certainty“ genannt werden kann. Noch immer ist vieles umstritten. 2. Die Lehre der ›Akzentverschiebung‹ tut vorerst nur dar, Radbruch lasse sich trotz einheitlichen Komponierens ganzen Systems bezüglich seiner einzelnen Faktoren gewisse Schwerpunktsumstellungen anmerken und es habe sich namentlich zwischen drei Hauptelementen der Rechtsidee, d. h. Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit, und innerhalb ihrer Trias vollgezogen, die in der Radbruchschen Rechtsphilosophie konsequent hochgehalten sei. Hierfür Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1932), GRGA Bd. 2, 206–450, 303f.: „Allgemeingültige Elemente der Rechtsidee sind Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, relativistisches Element aber nicht nur die Zweckmäßigkeit selbst, sondern auch das Rangverhältnis der drei Elemente zueinander.“ So aufgefaßt müssen wir anzunehmen,

daß Paulson die Sache durchaus verkennt, indem er entweder theoretisches Gewicht jener triadischen Zusammenfügung übersieht oder unbewußt von gleicher Perspektive mit der Umbruchthese ausgeht, der er seine Zustimmung versagt haben soll. 3. Wohl kann man sich weitere mögliche Verschiebung des Akzents vorstellen, würde es aber nicht unbedingt bedeuten, allein wieder auf „hard-headed position on legal certainty“ zurückzukehren. Gemeint ist mit der ›Akzentverschiebung‹ weder eine bloße Richtungsänderung noch linearer Hin- und Herweg von der Forderung nach Gerechtigkeit zum Anspruch auf Rechtssicherheit und umgekehrt. Jedenfalls dürfen wir nicht vergessen, daß Radbruch den Gegensatz zwischen diesen beiden Rechtswerten stets zu überbrücken versuchte. Gewiß liegt dieser Gegensatz nicht immer als der kontradiktorische vor, sondern unter dem ihn in sich enthaltenden umgreifenden Horizont kann er sich auch als der konträre oder als das Verhältnis der voneinander untrennbaren und abhängigen Faktoren zeigen. 4. Im Falle, wobei es auf die nachträgliche Herstellung der Gerechtigkeit auf Kosten der Rechtssicherheit ankommt, schieben Juristen in Wirklichkeit eben auch „hard-headed position on legal certainty“ nicht beiseite, und zwar in Hinblick auf das Grundsatz des Rückwirkungsverbots und vornehmlich zu Gunsten des Täters, dem das Schuld zugeschrieben werden soll, indem seine Tat, die durch die zur Tatzeit geltenden Gesetze oder Vorschriften gerechtfertigt wurde. Hier kommt es in Frage, ob diese Tat rückwirkend als strafbar erachtet wird. Dies trifft vor allem für Beispiele der rechtlichen ›Vergangenheitsbewältigung‹ zu. Dazu vgl. Urteilen und Beschlüssen sowie zahlreiche Schrifttum über das angebliche DDR-›Unrecht‹ in den letzten Jahren. Soweit ich kenne, ist die Rücksicht auf diese Sachverhalte bei Paulson weniger als die bei Radbruch. Zum Radbruch-Verständnis von Paulson, vgl. Paulson, *On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (2006), 17-40, 26 seqq..

- (8) Vgl. Friedrich August Freiherr von der Heydte, *Existenzphilosophie und Naturrecht* (1948/49), in: Maihofer (Hg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 141-158, 141; dens., *Vom Wesen des Naturrechts*, *ARSP* 43, 210-233, 220, Fn. 16; Felix Buse, *Gesetzespositivismus —oder lebendiges Rechtsdenken?*, *JR* 1949, 361-367, 366, Fn. 38; Marie Baum, *Nachspiel:*

Erfüllung, 1945-1949, postscriptum auf »De[n] innere[n] Weg« Gustav Radbruchs, Stuttgart, 1951, 196-212, 208 (auch GRGA Bd. 16, 287-296, 294.); Fritz von Hippel, Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker, Heidelberg/Tübingen, 1951, 36 u. 56; Konrad Zweigert, Vorwort zur 9. Auflage (1952), in: Radbruchs »Einführung in die Rechtswissenschaft«, 13. Aufl., Stuttgart, 1980, 7f.; Lon L Fuller, *The Legal Philosophy of Gustav Radbruch*, *American Legal Philosophy at Mid-Century* 6, 457-485, 481; idem, *Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Prof. Hart*, HLR 71, 1958, 593-672, 659 seq.; Erich Fechner, *Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts*, Tübingen, 1956, 211, Anm. 44; Marcic, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Maß der Macht/Gedanken über den demokratischen Rechts- und Sozialstaat*, Wien, 1957, 227; Herbert Lionel Adolphus Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), in: ders., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, 49-87; Ernst von Hippel, *Das Naturrecht in der Rechtsprechung der Bundesrepublik* (1959), in: ders., *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, Meisenheim am Glan, 1959, 224-237, 228f.; Martin Kriele, *Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus*, Berlin, 1963, 10; Fritz Bauer, *Das „gesetzliche Unrecht“ des Nationalsozialismus und deutsche Strafrechtspflege*, in: Kaufmann (Hg.), *Gedächtnisschrift*, 302-307, 302f.; Hermann Weinkauff, *Was heißt das: „Positivismus als juristische Strategie“?*, JZ 1970, 54-57, 56; Ingo Müller, *Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht*, *Leviathan* 7, 308-338, 327; R. Dreier, *Recht und Moral* (1980), in: ders., *Recht—Moral—Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, FaM, 1981, 180-216, 189; dens., *Recht und Gerechtigkeit* (1982), in: ders., *Recht—Staat—Vernunft. Studien zur Rechtstheorie* 2, FaM, 1991, 8-38, 33; dens., *Gesetzliches Unrecht im SED-Staat?*, 69; Schumacher, a. a. O.; Manfred Walter, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im Dritten Reich wehrlos gemacht?*, in: Ralf Dreier/Wolfgang Sellert (Hgg.), *Recht und Justiz im Dritten Reich*, FaM, 1989, 323-354, 325 u. 353; Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), 2. Aufl., 1994, Freiburg/München, 80; dens., *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg/Göttingen, 1993, 4, auch in: Robert Alexy/Hans-Joachim Koch/Lothar Kuhlen/Helmut Rießmann (Hgg.), *Elemente einer*

juristischen Begründungslehre, Baden-Baden, 2003, 469–492, 470 (in A Defence of Radbruch's Formula, 32, schreibt Alexy aber auch so: „Radbruch's Formula is not the result of a natural law intuition or an emotional reaction to National Socialism. Rather, it is the result of a careful balance of three elements which according to Radbruch make up the idea of law, which —as in the case of the claim to correctness —is implicated in the concept of law.“); Ingeborg Maus, Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant, FaM, 1992, 335; Hans Hattenhauer, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4., überarb. u. erw. Aufl., Heidelberg, 1996, 215 u. 402; Emilio Mikunda-Franco, Gerhard Oestreich als Historiker der Menschenrechte im Vergleich zu Gustav Radbruch, Münster/Hamburg/London, 2002, 133, 140 u. 146; Klaus Adomeit, Der Rechtspositivismus im Denken von Hans Kelsen und von Gustav Radbruch, JZ 2003, 161–166, 164; Shinpei Kato, Ho no mokuteki, in: Tomoo Odaka/Teruo Minemura/Shimpei Kato (eds.), Hotetsugakukoza. Dai 1 kan: Ho no kihoniron [Kursus in Rechtsphilosophie, Bd. 1: Grundtheorie des Rechts], Tokyo, 1956, 49–108, 101 seq.; Tomoo Odaka/Junichi Aomi, Ratoburufu chosakushu. Bekkan: Ratoburufu no hotetsugaku [Ausgewählte Schriften Gustav Radbruchs. Sonderausg.: Radbruch'sche Rechtsphilosophie], Tokyo, 1960, 41; Naoki Kobayashi, Ratoburufu chosakushu 4, Jitteiho to shizenho [Ausgew. Schr. Gustav Radbruchs. Bd. 4: Positives Recht und Naturrecht], Tokyo, 1961, 268; Inejiro Numata, Minshushugihogaku to gakushazo [Rechtswissenschaft des Demokratismus' und Bild des Gelehrten], Kyoto, 1982, 173; Hiromichi Imai, Kachisoutaishugi no mondasei to shiminteki fufukuju – G. Radbruch, H. L. A. Hart, J. Rawls ni sokushite [Die Problematik des Wertrelativismus und ziviler Ungehorsam – nach G. Radbruch, H. L. A. Hart, J. Rawls], in: Hiromichi Imai (ed.), Hoshishoshiteki chihei [Der rechtsideengeschichtliche Horizont], Kyoto, 1990, 185 seq.

(9) Fr. v. Hippel, a. a. O., 36.

(10) „Indem er, durch das Dritte Reich abgesetzt und zum Schweigen verurteilt, nun heraustrat, um in einem Aufsatz: ‚Rechtsphilosophische Besinnung‘ dem Positivismus abzusagen, ward er zugleich vom Saulus zum Paulus, da er einen Standpunkt verwarf, den er bisher selber vertreten hatte [...]“. So E. v. Hippel, a. a. O., 229. Gangl sieht, schon 1934 „leitet

Gustav Radbruch seine eigene Wende auf dem Boden des positivistischen Relativismus zu den inhaltlichen Positionen des rationalen Naturrechts ein, ohne dessen methodische Prämissen teilen zu wollen.“ Vgl. Manfred Gangl, Positivismus und Antipositivismus im Rechts-Links-Gefüge, in: ders. (Hg.), Linke Juristen in der Weimarer Republik, FaM/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien, 2003, 21-49, 48.

- (11) Vgl. Radbruch, Der innere Weg. Aufriß meines Lebens (1951), GRGA Bd. 16, 167-297, 191. Siehe auch dens., Franz v. Liszt —Anlage und Umwelt (1938), in: ders., *Elegantiae juris criminalis. Vierzehn Studien zur Geschichte des Strafrechts* (1938), 2., neubearb. u. erw. Aufl., Basel, 19 50, 208-232. Auch GRGA Bd. 16, 27-48.
- (12) Dazu vgl. H. Dreier, a. a. O., 80ff.; von der Pfordten, Was ist und wozu Rechtsphilosophie?, JZ 2004, 157-166, 160f.; Klein, a. a. O., 52f. u. 65ff.. Siehe auch Dieter Waldemar Lerner, Das Problem der Objektivität von rechtlichen Grundwerten, Zürich/St. Gallen, 1967, 130ff.; Sigrid Emmenegger, Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900 —Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre, Tübingen, 2006, 136 (Fn. 209).
- (13) Vgl. Gustav Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie (1914), GRGA Bd. 2, 9-204, 22. Hinzuweisen ist hier aber die Bemerkung Kaufmanns: „Radbruchs Rechtsbegriff ist *nicht naturrechtlich*, da ‚richtiges Recht‘ nicht mit dem absoluten Rechtswert, der Gerechtigkeit, gleichgesetzt wird (Werte an sich gehören nach Radbruchs werttheoretischer Auffassung nur der ideellen, nicht der wirklichen Welt an).“ „Bei Radbruch gibt es nur ‚annäherungsweise‘ richtiges Recht“. Hierzu Kaufmann, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, 42. Ihm stimme ich völlig zu, sofern es sich ausschließlich um den Rechtsbegriff bei Radbruch dreht. Im Falle, daß der Begriff eher konkret-allgemein erfaßt werden soll, denke ich, auch der des Rechts dürfe sich dementsprechend nicht von den Werten mehr distanzieren und er müsse sich vielmehr darum bemühen, von ihnen orientiert in sich seinem Kern, nämlich der Gerechtigkeit annähern. Besonders gilt dies, wenn es auf den Begriff der Menschenrechte und seine Verwirklichung ankommt. Zum Verhältnis vom ›richtigen Recht‹ als reinem Idealtypus bzw. formeller Idee und dem Begriff der Menschenrechte siehe unten. Meiner Auffassung nach ist dieser Begriff letztendlich

die Einheit der ideellen und reellen Momente der Menschenrechte zu verstehen, indem er beide in sich enthält, jene mittels dieser verwirklicht und zugleich bei sich bleibt.

- (14) Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 24.
- (15) Ebd.. Vgl. auch Rudolf Stammler, Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung (Leipzig 1896), 5., d. e. N. erg. Aufl., Berlin/Leipzig, 1924, 174; dens., Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin/Leipzig, 1928, 1 u. 8. Zur weiteren Erforschung der Rechtsphilosophie Stämmers vgl. Matthias Wenn, Juristische Erkenntniskritik. Zur Rechts- und Sozialphilosophie Rudolf Stämmers, Baden-Baden, 2003.
- (16) „Radbruch bekennt sich zum Agnostizismus, der mit dem Skeptizismus zwar die Unbegründbarkeitsthese teilt, der anders als dieser jedoch an der ‚Berechtigung‘ einiger ranghöchster Werturteile festhält.“ So Schumacher, a. a. O., 9.
- (17) Hierzu Radbruch, Die Problematik der Rechtsidee (1924), GRGA Bd. 2, 460–467, 461ff.. Siehe auch dens., Klassenrecht und Rechtsidee (1929), GRGA Bd. 2, 477–484, 483f.. Ferner vgl. Ihr jungen Juristen! (1919), GRGA Bd. 13, 23–38, 27, ebenfalls Bd. 15, 77–92, 81; Das Recht im sozialen Volksstaat (1919), GRGA Bd. 13, 59–67, 59ff.; Hidehiko Adachi/Nils Teifke (Hgg.), Gustav Radbruch, Rechtsphilosophische Tagesfragen: Vorlesungsmanuskript. Kiel Sommersemester 1919, Baden-Baden, 2004, 37; Marc André Wiegand, Unrichtiges Recht. Gustav Radbruchs rechtsphilosophische Parteienlehre, Tübingen, 2004, 138ff.; von der Pfordten, Was ist Recht?, 647.
- (18) Über die Fragen, wie sich diese Teilung der Rechtszwecke entfaltet, und was für einen Einfluß auf die Systembildung der Rechtsphilosophie sie ausgeübt hat, gehe ich hier nicht näher ein. Aufzuzeigen ist nur, daß hinsichtlich der Teilungsmethode der Rechtszwecke sowie der Gewichtsverlagerung zwischen ihnen geringfügige Änderungen zu belegen sind, sofern relevante Orte in folgenden Werken verglichen werden: Radbruch, Ueber den Begriff der Kultur (1911/1912), GRGA Bd. 4, 11–17, 14ff.; Grundzüge der Rechtsphilosophie, 95ff.; Wilhelm Meisters sozialpolitische Sendung. Eine rechtsphilosophische Goethe-Studie (1919), GRGA Bd. 5, 164–173, 170ff.; Rechtsphilosophische Tagesfragen, 49 ff.; Kulturlehre des

Sozialismus: Ideologische Betrachtungen (1922), GRGA 4, 51–98, v. a. 55ff., 59ff., 61ff., 69ff. u. 77ff.; Vorwort zur japanischen Übersetzung der 2. Aufl. (1922) der »Gründzüge[n] der Rechtsphilosophie« (1923), GRGA Bd. 20, 24; Einführung in die Rechtswissenschaft, 7./8. Aufl. (19 29), GRGA Bd. 1, 211–405, 226; Rechtsphilosophie (1932), GRGA Bd. 2, 206–450, 279ff. u. 290; Vorschule der Rechtsphilosophie (1947), GRGA Bd. 3, 121– 227, 145.

Mehr zu diesem Thema vgl. R. Dreier, Gustav Radbruchs rechtsphilosophische Parteienlehre, ARSP 85, 497–509, insbes. 497ff. u. 508f.; Adachi, Die Radbruchsche Formel, 62ff.. M. E. können die betreffenden Änderungen doch auch als „Akzentverschiebungen“ genannt werden. Zuzufolge Kaufmann stammt diese antinomische Gegenüberstellung der Zweckideen doch aus der relativistischen Haltung Radbruchs. Hierfür Kaufmann, Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus (1960), in: ders., Rechtsphilosophie im Wandel, 51–67, 64.

- (19) Radbruch, Rechtsphilosophie, 302f.. Ebenfalls bereits ders., Grundzüge der Rechtsphilosophie, 163. Siehe auch Die Problematik der Rechtsidee, 464. Zu beachten ist hier aber, daß derartige Aufforderung zur Positivierung des Rechts keineswegs mit der Aufforderung des „juristischen Positivismus“ im real- und machtpolitischen Zeitalter gleichgesetzt werden darf, wonach Recht allein im Gesetz als dem Staatswillen verwirklicht sein soll, mag es lediglich der Ausdruck einer bloßen Staatswillkür sein. Hierfür Radbruch, Gesetz und Recht (1947), GRGA Bd. 3, 96–106, 99 u. 104ff.. Zur Kritik Radbruchs am juristischen Positivismus vgl. auch Ihr jungen Juristen!, GRGA Bd. 13, 36ff. sowie Bd. 15, 90ff.; Das Recht im sozialen Volksstaat (1919), ebd., 59–67, 60ff.; Rechtsphilosophische Tagesfragen, 33 u. 36. Ferner vgl. auch Rezension: Leonard Nelson, Die Rechtswissenschaft ohne Recht (1917), GRGA Bd. 1. 533–534, 533f.. Wer diese Unterscheidung von zwei Arten des Positivismus' bei Radbruch in Betracht zieht, nimmt auch wahr: obschon Radbruch Selbstkritik ausübte (z. B.: Die Problematik der Rechtsidee, 460ff.), bedeutet es nicht, daß er seine positivistische Neigung ausgemerzt hat. Im Gegenteil setzte er fort, sich sie immer noch vorzubehalten.

(20) Rechtsphilosophie, 306.

(21) Rechtsphilosophie, 416f..

(22) Grundzüge der Rechtsphilosophie, 171: „[...] die juristische Geltungslehre

dagegen vermochte dem positiven Recht niemals zu versagen.“

(23) Die Problematik der Rechtsidee, 466.

(24) Zufolge Baratta ist „der Ort des übergesetzlichen Rechts“ weder Naturrecht noch Vernunftrecht, sondern „die *geschichtliche Tradition* selbst“ (vgl. Baratta, a. a. O., 527). Hier besonders zu berücksichtigen ist der folgende Hinweis Kaufmanns: „[...] Andererseits kann der Auffassung *Dreiers*, wonach § 27 II 1 DDR-GrenzG in jeder Hinsicht gültig ist, nicht gefolgt werden. Und auch die Meinung, man komme auf diese Weise um die *Radbruchsche* Formel herum, leuchtet nicht ein: das hier zugrunde liegende Verständnis der *Radbruchschen* Formel, es werde dabei mit ‚überpositivem Recht‘ oder mit ‚Naturrecht‘ argumentiert, ist, wie noch zu zeigen sein wird, ein Mißverständnis.“ So Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht, 84. Ebenfalls Kenji Ueda, Ratoburufu koshiki to hochikokka genri —iwayuru DDR seifu hanzai ni tsuite no doitsu renpo kenpo saibansho sainsi shohotei 1996 nen 10 gatsu 24 ka kettei wo keiki ni shite [Radbruch'sche Formel und Rechtsstaatsprinzip —anlässlich des Beschlusses vom BVerfG vom 24. 10. 1996 über das sog. DDR Regierungsverbrechen], in: Nishihara Haruno sensei koki shukuga ronbunshu, Bd. 4, Tokyo, 1988, 387–428. An der Tendenz, diese Formel allgemein so zu begreifen, als ob die Formel das Prinzip wäre, welches „positives Unrecht“ durch „überpositives Recht“ (das kann auch als Naturrecht genannt werden) ungültig macht, übt Ueda sehr scharfe Kritik. Interessant ist auch der Hinweis Osterkamp: „[...] Radbruch wußte aber sehr genau, daß er sich mit seiner Berufung auf übergesetzliches Recht methodisch in bedenklicher Nähe zur nationalsozialistischen Rechtstheorie bewegte, die ihrerseits schon einen bewußten Bruch mit dem Rechtspositivismus vollzogen und sich einem völkisch verstandenen Naturrecht zugewandt hatte.“ Siehe auch Thomas Osterkamp, Juristische Gerechtigkeit. Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht, Tübingen, 2004, 38; René Weiland, Radbruch und Honecker. Rechtsethische Unterweisungen, Die Neue Gesellschaft. Frankfurter Ht. 40, 158–162, 159. Rückert faßt auf, Radbruch habe in »Fünf Minuten Rechtsphilosophie« „von Naturrecht [...] nicht geredet.“ Und er fährt fort: „[...] Da man sich mit den »Menschenrechten«, die dort [gemeint sind Nürnberger Prozesse und andere Militärgerichtsprozesse:

- d. Verf.] in Anspruch genommen worden waren, nicht wohl verteidigen konnte, verteidigte man sich mit »Naturrecht« und nahm dafür zu Unrecht Gustav Radbruch in Anspruch. Er hatte sich nirgends auf Naturrecht, sondern auf die »Arbeit der Jahrhunderte« berufen. Der damals formulierte Tatbestand »Verbrechen gegen die Menschlichkeit« (Nürnberger Statut Art. 6c) ist keine Fiktion, sondern eine menschliche Schöpfung und eine sehr wohl begründete, eine in blutigen Auseinandersetzungen erkämpfte Kulturleistung. Autonomie und gleiche Menschlichkeit werden damit mit weitreichender Übereinstimmung, nämlich völkerrechtlich, abgesichert, inzwischen gefeiert und waren auch damals schon anerkannt.“ Hiefür Joachim Rückert, Die erste und die zweite Schuld, in: Hartmut Lehmann/Otto Gerhard Oexle (Hgg.), Nationalsozialismus in den Kulturwissenschaften. Bd. 1: Fächer — Milieus — Karrieren, Göttingen, 2004, 657–668, 663.
- (25) Dies gilt, wengleich Radbruch von seinem Begriff des übergesetzlichen Rechts mal in Zusammenhang mit dem Naturrecht (z. B.: Nachträge zur „Rechtsphilosophie“, 3. Aufl. Nachwort-Entwurf zur Neuauflage [1949], GRGA Bd. 20, 25–39, 31) spricht.
- (26) Radbruch, Neue Probleme in der Rechtswissenschaft (1952), GRGA Bd. 4, 232–235, 234.
- (27) Eben aus seinen kritischen Überlegungen über die relativistische Denkart, die Radbruch direkt nach dem Ende des Ersten Weltkriegs anstellte (z. B.: Rechtsphilosophische Tagesfragen, 62f.; Kulturlehre des Sozialismus, 70), sind zugleich in bestimmtem Maße auch seine positive Schätzung für sie zu entnehmen. Das heißt, trotz der Erkenntnis der negativen Tendenzen des Relativismus, daß er oft zum bloßen Formalismus tendiere, schüttet Radbruch das Kind mit dem Bade nicht aus. Hier soll die Unterscheidung Radbruchs zwischen dem „Skeptizismus des Pilatus“ und dem „Agnostizismus Nathans“ wiederum hervorgehoben werden.
- (28) Radbruch, Der Relativismus in der Rechtsphilosophie (1934), GRGA Bd. 3, 17–22, 18.
- (29) Ders., Privatissimum der Rechtspflege (1947), GRGA Bd. 14, 150–153, 152.
- (30) Ders., Vorschule der Rechtsphilosophie, 150. Selbst Radbruch gesteht, daß er sich auf den methodologischen Dualismus und den Wertrelativismus

beruht; er notiert: „Die Methodik der Rechtsphilosophie wurde auf *zwei Gedanken* gegründet: *Methodendualismus* (1) und *Relativismus* (2)«. „Beide Gedanken haben sich in der Zwischenzeit gewandelt und doch behauptet.« Dazu vgl. Wolf, Vorwort des Herausgebers, 12.