

Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?

Horst Dreier, Würzburg

I. Problemstellung

Gustav Radbruch zählt ohne Zweifel zu den einflußreichsten Rechtsphilosophen des 20. Jahrhunderts.¹⁾ Im Jahre 1914 erschienen seine vom Neukantianismus der sog südwestdeutschen Schule inspirierten „Grundzüge der Rechtsphilosophie“,²⁾ die ebenso wie seine „Einführung in die Rechtswissenschaft“³⁾ noch vor Beginn des Zweiten Weltkrieges mehrere Auflagen erlebten. Doch seine größte Wirkung erzielte er durch eine Handvoll kleinerer Schriften, die er unmittelbar nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches und dem Ende des Krieges publizierte.⁴⁾ Deren gemeinsames Merkmal war es, daß sie rechtsphilosophische Schlußfolgerungen aus den Jahren der nationalsozialistischen Diktatur ziehen wollten. Klaren und wirkungsmächtigen Ausdruck hat die von vielen als Neubesinnung und Wende in der *Radbruchschen* Philosophie angesehene Positionsbestimmung in einigen Passagen aus dem Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ gefunden. Dort heißt es: „Der Positivismus

1) Vgl zu Leben und Werk etwa *E. Wolf*, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte⁴ (1963) 713 ff; *F. v. Hippel*, Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker (1951); *G. Spendel*, Jurist in der Zeitenwende. Gustav Radbruch zum 100. Geburtstag (1979); *W. Küper*, Gustav Radbruch als Heidelberger Rechtslehrer. Biographisches und Autobiographisches, JZ 1979, 1 ff; *A. Laufs*, Gustav Radbruch 1878–1949, in: Semper Apertus. Sechshundert Jahre Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg 1386–1986. Festschrift in sechs Bänden III (1985) 148 ff; *A. Kaufmann*, Gustav Radbruch – Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat (1987); *H.-P. Schneider*, Gustav Radbruch (1878–1949). Rechtsphilosoph zwischen Wissenschaft und Politik, in: Kritische Justiz (Hrsg), Streitbare Juristen. Eine andere Tradition (1988) 295 ff.

2) *G. Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie (1914).

3) *G. Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft (1910) (ab der 9. Auflage 1952 bearbeitet von *K. Zweigert*).

4) Es handelt sich um: Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945); Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946); Neue Parteien – neuer Geist (1945); Gerechtigkeit und Gnade (1949). Diese vier Aufsätze sind abgedruckt in *G. Radbruch*, Rechtsphilosophie⁶, hrsg von *E. Wolf* und *H.-P. Schneider* (1973) 325 ff. Wichtig ferner: *G. Radbruch*, Die Erneuerung des Rechts (1947), in: *W. Maihofer* (Hrsg), Naturrecht oder Rechtspositivismus? (1962) 1 ff.

hat in der Tat mit seiner Überzeugung ‚Gesetz ist Gesetz‘ den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Dabei ist der Positivismus gar nicht in der Lage, aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen. Er glaubt, die Geltung eines Gesetzes schon damit erwiesen zu haben, daß es die Macht besessen hat, sich durchzusetzen.“⁵⁾

Dem stellt *Radbruch* eine Rechtsbetrachtung entgegen, die im Konflikt zwischen dem formalen Aspekt der Rechtssicherheit und dem materialen Gesichtspunkt der Gerechtigkeit denjenigen Gesetzen die Rechtsgeltung und damit die begriffliche Eigenschaft von Rechtsnormen abspricht, die einen bestimmten Mindeststandard unterschreiten. Die berühmte Stelle lautet: „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. . . . 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.“⁶⁾

Diese sog. „*Radbruchsche Formel*“⁷⁾ hat nachhaltige Wirkung auf die Auseinandersetzung mit dem Rechtssystem des Nationalsozialismus und der damit unvermeidlich verknüpften Schuldfrage gezeitigt. Unzählige Male hat man die Formel, daß der Rechtspositivismus den Juristenstand gewissermaßen theoretisch entwaffnet und ihm jegliche Möglichkeit der „Gegenwehr“ genommen habe, wiederholt.⁸⁾

Noch heute hält ein großer Teil der Literatur an den Deutungen *Radbruchs* fest. *Martin Kriele* schreibt: „Die Identifizierung von Legitimität mit Legalität bedeutet nicht nur Ausschluß jeglichen Widerstandsrechts, sondern auch Ausschluß jeglicher Legitimitätsverteidigung des demokratischen Verfassungsstaates, wenn sich der Verfassungsumsturz legal vollzieht. So hat der Rechtspositivismus die Zerstörung der Weimarer Republik theoretisch rechtfertigen und

5) *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht 344 f.

6) *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht 345 f.

7) Vgl. nur *B. Schumacher*, Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel, Dissertation Universität Göttingen (1985) insb 31 ff und *W. Ott*, Die Radbruchs'sche Formel. Pro und Contra, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht N. F. 107 I (1988), 335 ff; der Begriff geht wohl zurück auf *H.-U. Evers*, Der Richter und das unsittliche Gesetz (1956) 78 f.

8) Nachweise bei *E. Fransen*, Positivismus als juristische Strategie, JZ 1969, 766 ff; zum Gesamtkomplex der Naturrechtsrenaissance in der Anfangsphase der Bundesrepublik Deutschland rückschauend: *K. Kühn*, Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg, in: Geschichtliche Rechtswissenschaft. Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag (1990) 331 ff. Dazu nach wie vor wichtig: *F. Wieacker*, Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion (1965); *H. D. Schelauke*, Naturrechtsdiskussion in Deutschland. Ein Überblick über zwei Jahrzehnte 1945–1965 (1968).

vorbereiten können.“⁹⁾ In *Günter Spendels* Würdigung von *Gustav Radbruchs* Person heißt es: „der schmerzliche Anschauungsunterricht seines [d.h. Hitlers, H. D.] verbrecherischen Regimes demonstrierte die Erkennbarkeit ‚gesetzlichen Unrechts‘ und nötigte zur Revision einer Rechtsphilosophie, deren Wertrelativismus den juristischen Positivismus begünstigen mußte, also jene Lehre, die zwecks Ordnung und Sicherheit nur das als Recht gelten läßt, was der Staat als solches setzt oder anerkennt, die aber die Juristen gegen ungerechte, ja verbrecherische Gesetze geistig hilflos gemacht hat.“¹⁰⁾ Und *Arthur Kaufmann* bemerkt in seinen problemgeschichtlichen Betrachtungen über eine Theorie der Gerechtigkeit aus dem Jahre 1984: „Wie sich dieser sittliche Verfall des Positivismus dann ausgewirkt hat, ist bekannt. Im Nationalsozialismus hat man wirklich ‚niederträchtige‘, ‚unsittliche‘, ‚verbrecherische‘ Gesetze gemacht und dagegen gab es von einer positivistisch geschulten Juristengeneration keinen irgendwie nennenswerten Widerstand.“¹¹⁾

Die Beispiele ließen sich vermehren.¹²⁾ Dabei wird zum Teil eher ein Erklärungsmodell für das Verhalten des Juristenstandes in der Zeit des Nationalsozialismus, zum Teil ein Anknüpfungspunkt für eine genauere Bestimmung des Rechtsbegriffs gesucht. Das hat seinen Grund in der „Radbruchschen Formel“ selbst. Gemeinhin versteht man darunter lediglich die Unerträglichkeitsthese, also die Aussage, daß Rechtsnormen der Rechtsnatur entbehrten, wenn sie zu fundamentalen Anforderungen der Gerechtigkeit in unerträglichem Gegensatz stünden. Ich werde den Terminus im folgenden weiter fassen und nicht nur diese normativ-geltungstheoretische Aussage, sondern auch die von *Radbruch* gelieferte kausalanalytische Erklärung für das Versagen der Juristen im Dritten Reich in die Untersuchung einbeziehen. Denn seine Formulierung des Rechtsbegriffs steht in untrennbarem Zusammenhang mit seiner Schuldzuschreibung an den Positivismus. Die *Radbruchsche* Formel hat also nach meinem Verständnis zwei Aspekte: einen deskriptiven und einen normativen. Die deskriptive kausalanalytische Frage betrifft die tatsächliche Bedeutung des Rechtspositivismus beim Niedergang der Weimarer Republik und der Rolle der Juristen im Dritten Reich. Es handelt sich hierbei um eine originär rechtssoziologische Frage, wenn man unter Rechtssoziologie ganz allgemein die Forschung nach den gesellschaftlichen Entstehungsursachen der Rechtsentwicklung und den Einflüssen des Rechts auf das Sozialleben versteht.¹³⁾ Die *Radbruchsche* Unerträglichkeitsthese hingegen ist eine geltungstheoretische Aussage über den Begriff des Rechts, eine rechtsethische Geltungslehre, eine rechtsphilosophische – keine rechtssoziologische – These.

9) *M. Kriele*, *Recht und praktische Vernunft* (1979) 126.

10) *Spendel*, *Jurist* 28 f.

11) *A. Kaufmann*, *Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen* (= Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, H 1) (1984) 31.

12) Weitere Nachweise bei *H. Dreier*, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie* bei *Hans Kelsen*² (1990) 15 ff, 228 ff.

13) Vgl nur *A. Heldrich*, *Art Rechtssoziologie*, in: *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*⁷ IV (1988) Sp 734 ff (734).

Im folgenden will ich mich beiden Aspekten getrennt zuwenden und zuerst die Behauptung vom Versagen des Rechtspositivismus, danach die Geltungslehre *Gustav Radbruchs* untersuchen.

II. Zur rechtstatsächlichen Behauptung: Die Positivismus-Legende

A. Der Stellenwert des Rechtspositivismus in der Weimarer Justiz

Die verbreitete Rede vom „Versagen“ des Rechtspositivismus und davon, dieser habe den Juristenstand gegenüber der Transformation der Weimarer Republik in den Staat des Nationalsozialismus und darin wehrlos gemacht, weil eine positivistisch geschulte Juristengeneration gegenüber den Befehlen und Gesetzen des Terrorsystems gewissermaßen keine Widerstandspositionen habe ausbilden können – diese verbreitete Behauptung unterstellt, daß der Rechts- oder Gesetzespositivismus die unangefochten herrschende Doktrin in den Jahren der Weimarer Republik gewesen ist. Davon kann indes keine Rede sein.¹⁴⁾

1. Die Richterschaft

Zunächst ist festzuhalten, daß mit der Demokratisierung der gesetzgebenden Instanzen in der Weimarer Republik eine zunehmende – bereits in den letzten Vorkriegsjahren aufkeimende – Distanzierung der Richterschaft vom positivistischen Postulat der absoluten Verbindlichkeit des Gesetzes einherging.¹⁵⁾ Der Richter der Weimarer Jahre war als „Monarchist aus innerer Notwendigkeit“,¹⁶⁾ seiner sozialen Herkunft und politischen Haltung nach eher dem wilhelminischen Obrigkeitsstaat als der neuen Republik verpflichtet. Weil nun aber von der 1919 gebotenen Möglichkeit des freiwilligen Ausscheidens aus dem Amte nur 0,15% der Richter und Beamten Gebrauch gemacht hatten,¹⁷⁾ blieb die ganz überwältigende Mehrheit der Staatsdiener trotz ihrer antirepublikanischen Grundhaltung im Amt.

Im Publikationsorgan des Deutschen Richterbundes, der „Deutschen Richterzeitung“, entfaltete sich sofort nach der Revolution des Jahres 1918 eine breite

14) Vgl zum folgenden aus der Überfülle der Literatur: *A. Baratta*, Naturrecht und Rechtspositivismus. Gedanken zu einer „naturrechtlichen“ Apologie des Rechtspositivismus, ARSP 54 (1968) 325 ff; *Franssen*, Positivismus 770 ff; *W. Ott*, Der Rechtspositivismus. Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus (1976) 188 ff; *H. Rottleuthner*, Substantieller Dezisionismus. Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus, in: *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus* (= ARSP-Beih 18 [1983]) 20 ff; *H. Geddert*, Recht und Moral (1984) 217 ff; *M. Stolleis*, Art Nationalsozialistisches Recht, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte III* (1984) Sp 873 ff (874 ff); *M. Walther*, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These, in: *R. Dreier – W. Sellert* (Hrsg), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“* (1989) 323 ff.

15) *F. K. Kübler*, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, AcP 162 (1963) 104 ff (112 ff).

16) *E. Fraenkel*, Zur Soziologie der Klassenjustiz (1927), in: *Fraenkel*, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931–1932* (1968) 1 ff (8).

17) Diese Zahlenangabe bei *D. Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters (1975) 49.

Polemik und ressentimentgeladene Agitation gegen das demokratische Gesetz und den demokratischen Gesetzgeber.¹⁸⁾ Das Gesetz wurde nicht, wie es für einen strengen Positivismus selbstverständlich gewesen wäre, als ohne Rücksicht auf seinen Inhalt anzuwendender hoheitlicher und unhinterfragbarer Befehl akzeptiert, sondern als „Lügenrecht, Partei-, Klassen- und Bastardrecht“¹⁹⁾ diskreditiert. Das zielte auf das Parlament und die als Parteipolitiker verachteten Parlamentarier. Weil man durch die parteienstaatliche Demokratie jegliche „Majestät des Gesetzes“ unterminiert sah, trennte man – eine positivistische Todsünde! – zwischen Recht und Gesetz. Recht und Gesetz sollten nicht länger identische Begriffe sein und der Richter im Konfliktfall gegen das Gesetz und zugunsten der – von ihm festzustellenden – Gerechtigkeitsidee entscheiden.

2. Richterliches Prüfungsrecht

Trotz der kritischen Grundhaltung der Richterschaft gegenüber der Weimarer Republik war es nun keineswegs so, daß die Richter umstandslos zum offenen Gesetzesungehorsam und zur „Freirechtlerei“ übergingen. Aber praktische Folgen zeitigte die neue Einstellung sehr wohl. Ihren spektakulärsten Niederschlag fand sie in der mit einer Entscheidung vom 28. November 1923 (RGZ 107, 78) beginnenden,²⁰⁾ auf Inflationsfragen konzentrierten Rechtsprechung des Reichsgerichts (vor allem: RGZ 111, 320 ff.), in der sich dieses die Kompetenz zur Überprüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zusprach.²¹⁾

3. Die Eingabe des Richtervereins beim Reichsgericht

In die gleiche Richtung wie die Aneignung des nirgends explizit vorgesehenen richterlichen Prüfungsrechts durch das Reichsgericht ging die Eingabe des Richtervereins beim Reichsgericht an die Reichsregierung vom 8. 1. 1924.²²⁾ Zum

18) Kübler, Richter 112 ff.; Franssen, Positivismus 770.

19) So der Vorsitzende des Deutschen Richterbundes J. Leeb, Dreierlei, DRiZ 1921, Sp 129 ff (130 f). – Allgemein zum schwierigen Verhältnis zwischen der monarchistisch gesonnenen Richterschaft und der parlamentarischen Republik: H. Hattenhauer, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts³ (1983) 281 ff.; H. Möller, Weimar. Die unvollendete Demokratie (1985), 173 ff.; Dettlef K. Peukert, Die Weimarer Republik (1987) 218 ff.

20) Dazu etwa B. Rütters, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus⁴ (1973) 64 ff.

21) Zu der in der Inflationsproblematik begründeten Rechtsprechungs„krise“ und dem Gang der Entwicklung ausführlich N. Hempel, Richterleitbilder in der Weimarer Republik (1978) 45 ff, 50 ff, 78 ff. Die Reklamation der Kompetenz zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen durch das Reichsgericht wird nach herrschender Auffassung als Novum gewertet (vgl. H. Maurer, Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung, DÖV 1963, 683 ff.; Chr. Gusy, Richterliches Prüfungsrecht [1985] 80 ff.; K. Kröger, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses in der Weimarer Republik, in: Geschichtliche Rechtswissenschaft. Freundesgabe für Alfred Söllner [1990] 299 ff [304 ff]); aA K. A. Bettermann, Reichsgericht und richterliches Prüfungsrecht. Zur Historie und Dogmatik der inzidenten Normenkontrolle, in: Demokratie in Anfechtung und Bewahrung. Festschrift für Johannes Broermann (1982) 490 ff.

22) JW 1924, 90. Die Reichsregierung hatte damals aufgrund des Ermächtigungsgesetzes vom 8. 12. 1923 die Gesetzgebungsgewalt inne. Zum Hergang im einzelnen: Hempel, Richterleit-

Schutz des Mittelstandes hatte das Reichsgericht die lange Zeit aufrechterhaltene Formel „Mark = Mark“ aufgegeben und dem Schuldner die Befugnis abgesprochen, eine in besserem Geld begründete Schuld in entwerteter Papiermark abzutragen (Urteil vom 28. 11. 1923 – RGZ 107, 78). Von der Reichsregierung, die offenkundig eine gesetzliche Maßnahme plante, durch die eine Aufwertung von Hypotheken entgegen dieser Rechtsprechung verboten werden sollte, wurde in dem besagten Schreiben „erwartet“, daß sie dieses „auf den großen Gedanken von Treu und Glauben, der unser Rechtsleben beherrscht“, gestützte Ergebnis nicht umstoße. Ziemlich kategorisch hieß es in der Erklärung:

„Dieser Gedanke von Treu und Glauben steht außerhalb des einzelnen Gesetzes, außerhalb einer einzelnen positiv-rechtlichen Bestimmung. Keine Rechtsordnung, die diesen Ehrennamen verdient, kann ohne jenen Grundsatz bestehen. Darum darf der Gesetzgeber nicht ein Ergebnis, das Treu und Glauben gebieterisch fordern, durch sein Machtwort vereiteln.“

Die Reichsregierung nahm schließlich Abstand von ihrem ursprünglichen Plan. Es kam in der Folgezeit zu einigen Aufwertungsgesetzen und -verordnungen, doch blieb der offene Verfassungskonflikt aus. Am Ende der Inflationsphase stand der Friedensschluß zwischen Reichsgericht und Reichsregierung.

B. Zurückdrängung des Rechtspositivismus im Bereich der Staatsrechtslehre

Der Gewichtsverlust des Rechtspositivismus beschränkte sich nicht allein auf den Richterstand und die praktische Jurisprudenz, er erfaßte auch die Rechtswissenschaft, wie sich insb an der Entwicklung der Staatsrechtslehre demonstrieren läßt. Zu Beginn der Weimarer Republik bildete der seit dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts dominante staatsrechtliche Positivismus²³⁾ weiterhin die unangefochtene Grundlage des Staatsrechts. Zentrales Credo dieser Position war der Glaube an die selbstherrliche Allmacht des Gesetzgebers als höchster souveräner Instanz, dessen unhinterfragbare Willensakte ohne Rücksicht auf ökonomische, soziale oder andere kausalwissenschaftliche Bezüge streng juristisch systematisiert und ausgelegt werden sollten – und zwar unter ausdrücklicher Ablehnung von naturrechtlichen Vorstellungen eines irgendwie höheren Rechts, an dem das

bilder 93 ff; Evers, Richter 32 f, der berichtet, daß die Eingabe von Anbeginn im Richterkreis nicht unumstritten gewesen war.

23) Vgl dazu P. von Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus (= Dissertation Universität Göttingen 1952/53) (1974) insb 143 ff, 249 ff; H. Zwirner, Die politische Treupflicht der Beamten (= Dissertation Universität Göttingen 1956) (1987) 121 ff; W. Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert (1958) 129 ff; E.-W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus (2., um Nachträge und ein Nachwort ergänzte Auflage) (1981) 211 ff; K.-J. Dieback, Die öffentliche Körperschaft. Ihre Entstehung, die Entwicklung ihres Begriffs und die Lehre vom Staat und den innerstaatlichen Verbänden in der Epoche des Konstitutionalismus in Deutschland (1976) 362 ff. Zur Vielfalt des Positivismus im 19. Jahrhundert: F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit² (1967) 430 ff, 458 ff; J. Blühdorn – J. Ritter (Hrsg), Positivismus im 19. Jahrhundert. Beiträge zu seiner geschichtlichen und systematischen Bedeutung (1971); G. Dilcher, Der rechtswissenschaftliche Positivismus, ARSP 61 (1975) 497 ff.

positive zu messen wäre. Doch bald schon kam es zu einer Rematerialisierung der Staatsrechtslehre,²⁴⁾ die sich mit einer politikfernen Ordnung des positiven Rechtsstoffes ohne weitergehende Erkenntnisinteressen nicht begnügen wollte. Diesen neuen Richtungen ging es um die Suche nach einem höheren Recht und nach nichtjuristischen Fundamentierungen der positiven Rechtsordnung, also dem „nichtnormativen Unterbau einer Staatsverfassung“ (*Hermann Heller*). So bildete sich in nicht zu verkennendem Zusammenhang mit ähnlichen Strömungen in der Philosophie eine neue Schule des staatsrechtlichen Denkens heraus, die dem bis dahin unangefochtenen staatsrechtlichen Positivismus, wie er besonders durch *Gerhard Anschütz*²⁵⁾ und *Richard Thoma*,²⁶⁾ mit großen Abstrichen auch im Werk *Hans Kelsens*²⁷⁾ repräsentiert war, eine teils naturrechtlich (*Erich Kaufmann*), teils geisteswissenschaftlich (*Rudolf Smend*, *Günther Holstein*),²⁸⁾ teils soziologisch-politologisch (*Hermann Heller*),²⁹⁾ teils machtstaatlich-antiindividualistisch-autoritär (*Carl Schmitt*)³⁰⁾ fundierte Lehre entgegen-

- 24) Zum folgenden: *W. Bauer*, Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie. Zur Politologie des Methodenstreits der Staatsrechtslehrer (1968); *M. Friedrich*, Die Grundlagendiskussion in der Weimarer Staatsrechtslehre, PVS 13 (1972) 582 ff; *M. Friedrich*, Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehrer, AÖR 102 (1977) 166 ff; *R. Graner*, Die Staatsrechtslehrer in der politischen Auseinandersetzung der Weimarer Republik (1980); *W. Heun*, Der staatsrechtliche Positivismus in der Weimarer Republik. Eine Konzeption im Widerstreit, Der Staat 28 (1989) 377 ff.
- 25) Über ihn: *E. Forsthoff*, Der Staat 6 (1967) 139 ff und *E.-W. Böckenförde*, in: *Semper Apertus III*, 167 ff.
- 26) Ausführlich zu Leben und Werk: *H.-D. Rath*, Positivismus und Demokratie. Richard Thoma 1874–1957 (1981).
- 27) Das Werk *Hans Kelsens* ist von *Robert Walter* in eingehender Weise dargestellt worden: vgl. aus der Vielzahl der einschlägigen Veröffentlichungen *R. Walter*, Kelsens Rechtslehre im Spiegel rechtsphilosophischer Diskussion in Österreich, ZÖR 18 (1968) 331 ff; *R. Walter*, Der gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre, Rechtslehre 1 (1970) 69 ff; *R. Walter*, Hans Kelsens Reine Rechtslehre, in: Hans Kelsen zum Gedenken (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts I) (1974) 37 ff; *R. Walter* (Hrsg.), Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft (1985) 11 ff.
- 28) Vgl. zu den drei Letztgenannten jetzt die gründliche Studie von *K. Rennert*, Die „geisteswissenschaftliche Richtung“ in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik. Untersuchungen zu *Erich Kaufmann*, *Günther Holstein* und *Rudolf Smend* (1987).
- 29) Zum wohl immer noch nicht endgültig ausgeschöpften Werk *H. Hellers* vgl. einstweilen: *M. J. Sattler*, Hermann Heller, in: *M. J. Sattler* (Hrsg.), Staat und Recht. Die deutsche Staatslehre im 19. und 20. Jahrhundert (1972) 147 ff; *G. Robbers*, Hermann Heller. Staat und Kultur (1983); *W. Schluchter*, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik² (1983); *I. Maus*, Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik, in: *I. Maus*, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus (1986) 173 ff.
- 30) Maßgeblich für die *Schmitt*-Interpretation nach wie vor *H. Hofmann*, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts (1964); vgl. ferner *I. Maus*, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts² (1980); *V. Neumann*, Der Staat im Bürgerkrieg. Kontinuität und Wandlung des Staatsbegriffs in der politischen Theorie Carl Schmitts (1980); *M. Kaufmann*, Recht ohne Regel? Die philosophischen Prinzipien in Carl Schmitts Staats- und Rechtslehre (1988). Instrukтив auch die Referate und Diskussionen in: *H. Quaritsch* (Hrsg.), Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt (1988).

setzte. Kristallisationspunkte der Diskussion zwischen den Positivisten und den Neuerern, die kein einheitlicher Kreis, sondern eine heterogene Gruppe waren, bildeten zum einen die Frage der Adressierung des Gleichheitssatzes des Artikel 109 der Weimarer Reichsverfassung an den Gesetzgeber, zum anderen die Frage nach dem Begriff der Verfassung, insb nach einem der Legislative entzogenen Verfassungskern (im Zusammenhang damit stand dann auch die Diskussion um die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit).³¹⁾ Doch die eigentlichen Auseinandersetzungen reichten weit über solche eher punktuellen Konfrontationen hinaus: sie betrafen nicht mehr und nicht weniger als die Überwindung des staatsrechtlichen Positivismus. Es ging um die Verabschiedung der Vorstellung von einer schrankenlosen Allmacht des Gesetzgebers, die Abkehr von positivistischer Selbstbeschränkung, die Frage nach einer metaphysischen Fundierung von Recht und Staat sowie den Anspruch, als wissenschaftliche Disziplin mehr zu sein als bloße Rechtstechnik und dementsprechend den Horizont rechtswissenschaftlicher Arbeit um soziologische, politologische und philosophische Dimensionen zu erweitern.

Während *Hans Kelsen* und *Gustav Radbruch* den Wertrelativismus geradezu als die geistige Grundlage der Demokratie betrachteten,³²⁾ wollte vor allem die neue geisteswissenschaftliche Richtung (*Kaufmann*, *Smend* und *Holstein*) objektive und ideelle Grundlagen des Staates identifizieren. Dem Subjektivismus der Wertungen und der Irrationalität des Politischen gegenüber suchte man ein „materiales Sollen“ zu begründen. Dazu durfte die Frage nach dem letzten Geltungsgrund des Rechts entgegen dem positivistischen Postulat politischer Wertungsenthaltsamkeit nicht länger ausgeklammert bleiben. Die Staats- und Verfassungslehre wurde so wieder zu einem Stück praktischer Philosophie, die gegenüber der unstillen Flut des positiven Rechts das überempirisch notwendige und tragende Element herausarbeitet: eine unverbrüchliche Idee von Staat und Recht.

Insgesamt läßt sich also festhalten, daß auf dem Gebiet der Staatsrechtswissenschaft der Positivismus vor allem gegen Ende der Weimarer Republik beileibe nicht mehr als die beherrschende theoretische Position gelten konnte. Insb an den Diskussionen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer ließe sich dies im einzelnen genauer demonstrieren.³³⁾

31) Ausführlich dazu *H. Wendenburg*, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatslehre in der Weimarer Republik (1984).

32) Zu *Radbruchs* nicht immer konsistenter Position kritisch *M. Frommel*, Die Kritik am „Richtigen Recht“ durch Gustav Radbruch und Hermann Ulrich Kantorowicz, in: *L. Philipps – H. Scholler* (Hrsg), Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag (1989) 43 ff; zu *Kelsens* Demokratietheorie vgl *Dreier*, Rechtslehre 249 ff sowie *H. Boldt*, Demokratietheorie zwischen Rousseau und Schumpeter. Bemerkungen zu Hans Kelsens „Vom Wesen und Wert der Demokratie“, in: *M. Kaase* (Hrsg), Politische Wissenschaft und politische Ordnung (Festschrift zum 65. Geburtstag von Rudolf Wildenmann) (1986) 217 ff.

33) Etwa an der Reaktion *Gerhard Anschütz'* auf das „naturrechtliche“ Referat *Erich Kaufmanns* (VVDStRL 3 [1927] 2 ff [47]). – Gesamtüberblick bei *U. Scheuner*, 50 Jahre deutsche Staatsrechtswissenschaft im Spiegel der Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, AÖR 97 (1972) 349 ff. Nicht nur im Staatsrecht waren Positivismus, Rationalismus und Liberalismus schon vor 1933 in die Defensive geraten: vgl zum

C. Zur Rechtsphilosophie und Rechtslehre im Nationalsozialismus

Wenn der Rechtspositivismus nicht nur dazu geführt haben soll, daß die vorgeblich legale Transformation der Weimarer Republik in den Staat des Nationalsozialismus sich bruchlos hat vollziehen können, sondern auch im Staat des Nationalsozialismus den Juristenstand, wie *Radbruch* sagt, „wehrlos gemacht hat gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts“,³⁴⁾ dann setzt dies voraus, daß die Schändlichkeit der Justiz im Dritten Reich gerade in der strikten Befolgung vorgegebener positiver Normen bestand, die auf ihren Gerechtigkeitsgehalt nicht hinterfragt und nicht mit eigenen richterlichen Wertungen angereichert und konkretisiert wurden. Anders formuliert: die These vom Versagen der Justiz im Dritten Reich aufgrund des Rechtspositivismus setzt eine klare, die Richterschaft unzweideutig bindende und gleichsam zu blinder, willensloser Befolgung verführende Normenordnung voraus. Eben daran fehlte es.³⁵⁾

Der Nationalsozialismus lehnte den als typisch liberalistisch, rechtsstaatlich und undeutsch diskreditierten Rechts- und Gesetzespositivismus der Vergangenheit kategorisch ab.³⁶⁾ Das „völkische Rechtsdenken“³⁷⁾ beruhte auf anderen, weniger formalen, inhaltlich werterfüllten Prinzipien der Rechtsanwendung. Das änderte natürlich nichts daran, daß die richterliche Bindung den neuen,

Strafrecht etwa *K. Marxen*, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht (1975); *M. Bock*, Naturrecht und Positivismus im Strafrecht zur Zeit des Nationalsozialismus, ZNR 6 (1984) 132 ff; *A. Baratta*, Philosophie und Strafrecht (1985), 301 ff (311, 317 ff, 323 ff); zu den Materialisierungstendenzen im Zivilrecht etwa *K. W. Dörr*, Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik (1988).

34) *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht 344.

35) Vgl. zum folgenden *Rüthers*, Auslegung, insb 3. Kapitel; *B. Rüthers*, Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich (1988) 19 ff; *I. Maus*, Juristische Methodik und Justizfunktion im Nationalsozialismus, in: Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus (= ARSP-Beih 18 [1983]) 176 ff; *I. Maus*, „Gesetzesbindung“ der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen, in: *R. Dreier–W. Sellert* (Hrsg), Recht und Justiz im „Dritten Reich“ (1989) 80 ff; *J. Lege*, Neue methodische Positionen in der Staatsrechtslehre und ihr Selbstverständnis, in: *E.-W. Böckenförde* (Hrsg), Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich (1985) 23 ff (29 ff); *H. Hofmann*, „Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist“, in: Geschichte und Kultur des Judentums – Eine Vorlesungsreihe an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, hrsg von *K. Müller* und *K. Wittstadt* (1988) 223 ff; *H. Wrobel*, Verurteilt zur Demokratie (1989) 34 ff.

36) Das offenbarte sich natürlich auch in der Personalpolitik an den Hochschulen: Von den zur ideologischen Gleichschaltung sofort nach der Machtergreifung vorgenommenen Entlassungsaktionen waren im Bereich der juristischen Fakultäten insb die Vertreter des Positivismus und darüber hinaus alle Rechtslehrer jüdischer Herkunft sowie politisch unliebsame Personen betroffen (vgl *B. Limpert*, Personelle Veränderungen in der Staatsrechtslehre und ihre neue Situation nach der Machtergreifung, in: *E.-W. Böckenförde* [Hrsg], Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich [1985] 45 ff; *H. Göppinger*, Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“. Entrechtung und Verfolgung² [1990] 183 ff). Die zahlreichen freiwerdenden Lehrstühle wurden nicht etwa mit Positivisten besetzt, sondern mit Anhängern eines antipositivistischen und antiindividualistischen Rechtsdenkens.

37) *K. Anderbrügge*, Völkisches Rechtsdenken. Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus (1978); insb zur Vorgeschichte *A. Götz von Olenhusen*, Zur Entwicklung völkischen Rechtsdenkens, in: *H.-J. Vogel* ua (Hrsg), Die Freiheit des Anderen. Festschrift für Martin Hirsch (1981) 77 ff.

nationalsozialistischen Gesetzen gegenüber besonders streng sein sollte – handelte es sich doch beim Gesetz um den „Ausdruck des im Führer lebendigen Gemeinwillens“. ³⁸⁾ Nun waren viele der durch prägnante Kürze sich auszeichnenden NS-Gesetze in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so vage, daß für strikte Subsumtion kaum Raum blieb. ³⁹⁾ Weil die Generalklausel und der unbestimmte Rechtsbegriff dominierten, ⁴⁰⁾ war Rechtsanwendung nur durch massiven Einsatz von Interessenwertungen und subjektiven Präferenzen möglich, die der Richter aus den gesellschaftlichen Vorstellungen und ideologischen Versatzstücken des Nationalsozialismus zu gewinnen hatte. ⁴¹⁾

Was im Hinblick auf die neuen nationalsozialistischen Gesetze wegen deren tatbestandlich weiter Fassung in der Regel unumgänglich war, galt zugleich als herrschende methodologische Maxime gegenüber der Masse des alten, unverändert übernommenen Gesetzesrechts. Der Richter wurde ausdrücklich dazu aufgefordert, sich von einer politisch wurzellosen Rechtspflege abzuwenden, seine weltanschauliche Neutralität aufzugeben und sich in seiner täglichen Arbeit vom Programm der NSDAP und dem Führerwillen als der wichtigsten Rechtsquelle leiten zu lassen. ⁴²⁾ Die Justiz sollte ihre Entscheidungen nicht auf die Krücken des Gesetzes stützen, sondern als Konkretisierungen zentraler Rechtsgüter der Volksgemeinschaft begreifen. Die nahtlose und für das System dennoch funktionale Rezeption des überkommenen alten Rechts wurde mittels einer flexiblen Strategie interpretativer Anpassung bei unverändertem Gesetzestext in der Leitlinien des NS-Denkens bewerkstelligt. Die Programmierung der Justiz im Nationalsozialismus erfolgte mithin gerade nicht, wie es die Legende will, über das Mittel strikter gesetzlicher Anordnungen, sondern über die Wertbindung der Rechtsanwender. ⁴³⁾

38) E. R. Huber, Die Einheit der Staatsgewalt, DJZ 1934, Sp 950 ff (959).

39) Ein Beispiel: Die 5. Verordnung zur Ergänzung der Kriegssonderstrafrechtsverordnung vom 5. 5. 1944 (RGBl I 115). Bei Tätern, „die durch eine vorsätzliche strafbare Handlung einen schweren Nachteil oder eine ernste Gefahr für die Kriegsführung oder die Sicherheit des Reiches“ bewirkten, konnten „unter Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens“ alle Strafen einschließlich der Todesstrafe verhängt werden, „wenn der regelmäßige Strafrahm nach gesundem Volksempfinden zur Sühne nicht ausreicht.“

40) M. Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht (1974), F. Börner, Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit (1989) 25 ff; H.-L. Schreiber, Die Strafgesetzgebung im „Dritten Reich“, in: R. Dreier–W. Sellert (Hrsg), Recht und Justiz im „Dritten Reich“ (1989) 151 ff; H. Rüping, Zur Praxis der Strafjustiz im „Dritten Reich“, in: R. Dreier–W. Sellert (Hrsg), Recht und Justiz im „Dritten Reich“ (1989) 180 ff.

41) C. Schmitt, Neue Leitsätze für die Rechtspraxis, JW 1933, 2793 (2794): „Für die Anwendung und Handhabung der Generalklauseln durch den Richter, Anwalt, Rechtspfleger oder Rechtslehrer sind die Grundsätze des Nationalsozialismus unmittelbar und ausschließlich maßgebend“; vgl ferner F. Gürtner, Richter und Rechtsanwalt im neuen Staat, Deutsche Justiz 96 (1934) 369 ff (371); K. Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie (1934) 32 ff; H. Lange, Lage und Aufgabe der deutschen Privatrechtswissenschaft (1937), 15 ff.

42) Franssen, Positivismus 768; weitere Nachweise bei B. Rütters, Recht als Waffe des Unrechts, NJW 1988, 2825 ff (2833 ff); B. Rütters, Entartetes Recht 26 ff, 32 ff, 178 ff.

43) Vgl M. Stolleis, Die Rechtsordnung des NS-Staates, JuS 1982, 645 ff (648 ff); Bock, Naturrecht 147 („Wenn also die deutschen Juristen diejenigen Gesetze, die tatsächlich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus ergingen, auch ausführten, so konnten sie sich, was auch

D. Zwischenergebnis

Der Rechtspositivismus war weder in den Weimarer Jahren noch im Nationalsozialismus die in Theorie und Praxis unangefochten herrschende Strömung, sondern eine aus dem 19. Jahrhundert überkommene Doktrin, deren Bedeutungskraft schon in den zwanziger Jahren beständig nachließ. Rechtsdenken wie praktische Rechtsanwendung waren vollends im Nationalsozialismus vom Formalitäts- und Rationalitätsideal des Positivismus weit entfernt.

III. Zur geltungstheoretischen Aussage – der Radbruchsche Rechtsbegriff

Das Interesse gilt nun der These *Radbruchs*, daß bei einem Widerspruch des positiven Gesetzes zu grundlegenden Gerechtigkeitsmaximen diese Anordnungen kein Recht im begrifflichen Sinne mehr seien, sondern der Rechtsnatur überhaupt entbehrten. Diese Frage behält ihren durchaus eigenständigen Gehalt, auch wenn – wie gezeigt – die Erklärung *Radbruchs* für die unproblematische Integration des Juristenstandes in das Dritte Reich einer kritischen Überprüfung nicht standhält. Seine geltungstheoretische Aussage kann durchaus unabhängig von seiner Erklärungshypothese Bestand haben. Im folgenden werden zunächst kurz Intention und Erfolgsgründe dieser Formel behandelt, dann ihr theoretischer Hintergrund in Gestalt der Rechtsphilosophie *Radbruchs* im Kontrast zur „Reinen Rechtslehre“ *Hans Kelsens* näher beleuchtet und schließlich die nicht unproblematischen Konsequenzen eines derartigen objektivistischen Rechtsbegriffes dargelegt.

immer die tatsächlichen Gründe waren, zu ihrer Rechtfertigung kaum auf ein legalistisches, begriffsjuristisches Gesetzesdenken berufen.“); *D. Grimm*, Methode als Machtfaktor (1982), in: *D. Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft (1987) 347 ff (370); *Rüthers*, Recht als Waffe 2831 ff; *Maus*, „Gesetzesbindung“ der Justiz 88 ff; *Heun*, Positivismus 402 („Nicht eine positivistische Unterordnung unter den nationalsozialistischen Gesetzgeber, sondern der ganz unpositivistische Übereifer bei der Anwendung nationalsozialistischer Grundsätze und das immer freiere Überspielen des Wortlauts der gesetzlichen Bestimmungen lassen sachliche Entscheidungen der Justiz im Dritten Reich so anfechtbar und verwerflich erscheinen.“) Die außerordentlich vielschichtige Realität der Rechtsanwendung im Nationalsozialismus kann indes nicht mit pauschalen Formeln bewältigt, sondern nur durch detaillierte, vorurteilsfreie Einzelanalysen aufgehellt werden: siehe etwa *W. Johe*, Die gleichgeschaltete Justiz. Organisation des Rechtswesens und Politisierung der Rechtsprechung 1933–1945 dargestellt am Beispiel des Oberlandesgerichtsbezirkes Hamburg (1967); *R. Schröder*, „... aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben!“. Die Urteile des OLG Celle aus dem Dritten Reich (1988) – dazu *B. Rüthers*, Von der „Normalität“ der Ziviljustiz im Dritten Reich, ZNR 11 (1989) 184 ff; materialreich und differenzierend auch *H.-J. v. Dickhuth-Harrach*, „Gerechtigkeit statt Formalismus“. Die Rechtskraft in der nationalsozialistischen Privatrechtspraxis (1986). – Speziell zur Verwaltungsgerichtsbarkeit *W. Hempfer*, Die nationalsozialistische Staatsauffassung in der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (1974); *Chr. Kirchberg*, Der Badische Verwaltungsgerichtshof im Dritten Reich (1982); Überblick bei *M. Stolleis*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus, in: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Chr.-Fr. Menger (1985) 57 ff. Generell zu Forschungsproblemen: *M. Stolleis–D. Simon*, Vorurteile und Werturteile der rechtshistorischen Forschung zum Nationalsozialismus, in: NS-Recht in historischer Perspektive (1981) 13 ff.

A. Intention und Erfolgsgründe der Radbruchschen Formel

Einmal ganz abgesehen von der moralischen Integrität der Person *Radbruchs*, seiner wissenschaftlichen Autorität und seiner unbestrittenen Reputation, einmal abgesehen auch vom großen Entlastungseffekt für die Justiz⁴⁴⁾ bestand die Attraktivität und Plausibilität der *Radbruchschen* Formel vor allem darin, einer berechtigten – bei manchen wohl auch scheinheiligen – Empörung über eine große Anzahl von nationalsozialistischen Gesetzen, aber auch gerichtlichen Urteilen und sonstigen Rechtsanwendungsakten Ausdruck zu verleihen. Die *Radbruchsche* Formel diente also als Medium für die Artikulation eines moralisch, ethisch, sittlich, menschenrechtlich oder anders begründeten Widerspruchs gegen das, was man das „Unrecht“ des nationalsozialistischen Regimes oder – in fragwürdiger Übernahme eines pathologischen Vokabulars⁴⁵⁾ – auch gern die „Perversion des Rechtsdenkens“ nannte.

B. Zum rechtsphilosophischen Hintergrund bei Radbruch: Der Wertobjektivismus

Nun ist evident, daß die Befriedigung moralischer Empörungsbedürfnisse noch keine, auch keine ethische Rechtsgeltungslehre trägt. Die günstigen Rezeptionsbedingungen können zwar den Erfolg der Formel erklären, ihr aber nicht die erforderliche theoretische Grundlage verleihen. Jene theoretische Basis liegt in *Radbruchs* objektivistischem Rechtsbegriff. Dieser objektivistische Rechtsbegriff ist, was wegen der bevorzugten Kennzeichnung der *Radbruchschen* Philosophie als einer dezidiert wertrelativistischen gern vergessen wird, auch in seinen Schriften vor Ausbruch des Zweiten Weltkrieges zumindest angelegt.⁴⁶⁾ Schon der frühe *Radbruch* hält an der Kategorie des richtigen, allgemeingültigen Rechts ausdrücklich fest.⁴⁷⁾ Er ordnet dem Wertgebilde der Gerechtigkeit die Kulturtatsache des Rechts zu, bestimmt als Idee des Rechts die Gerechtigkeit und definiert Recht als die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen. Auf die Rechtsidee als Idee der Gerechtigkeit und damit auf den obersten Rechtswert schlechthin bleibt somit alles positive Recht sinnhaft bezogen. *Radbruch* hält also unbedingt an der Orientierung am absoluten Rechtsbegriff fest, obwohl er wegen seines wertrelativistischen Ansatzes die verschiedenen Axiome divergenter Wertsysteme untereinander nicht mehr verbindlich gewichten und kein definitives Rangverhältnis zwischen ihnen festlegen kann. Doch wird die Radikalität dieses Relativismus deutlich

44) Vgl. *Walther*, Positivismus 344 ff.

45) Dazu mit Recht kritisch *M. Stolleis*, Thesenpapier, in: Evangelische Akademie Bad Boll, Protokolldienst 25/82, Die Justiz und der Nationalsozialismus (III) 21 ff (21).

46) Zur umstrittenen Frage, ob bei *Radbruch* nach 1945 eine Kehre in seinen rechtsphilosophischen Grundpositionen zu verzeichnen ist: *E. Wolf*, Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie? ARSP 45 (1959) 481 ff; *A. Baratta*, Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs, ARSP 45 (1959) 505 ff; *A. Brecht*, Politische Theorie. Die Grundlagen politischen Denkens im 20. Jahrhundert (1961) 429 ff; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982) 290 ff; *Kaufmann*, Theorie 32 f; *Schneider*, Radbruch 300 ff.

47) Vgl. zum folgenden *Dreier*, Rechtslehre 80 ff; dort auch die einzelnen Nachweise.

dadurch gemildert, daß er den Gedanken des absoluten Wertes keineswegs aufgibt, sondern im Grunde nur einer gewissen Pluralisierung unterwirft, indem er die Rechtsidee in die drei Komponenten Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit zerlegt und bei der Lehre von den Rechtszwecken zwischen individualistischen, überindividualistischen und transpersonalistischen Wertbezügen unterscheidet. Statt von einem strengen Wertrelativismus kann man bei *Radbruch* besser von einer *Pluralisierung von Wertabsolutismen* sprechen. Wegen dieses die Philosophie *Radbruchs* von Beginn an durchdringenden Bezuges zum Objektiven, zum absolut Richtigen, der aller Beschäftigung mit dem Recht wie dem Recht selbst ein nicht zu leugnendes Wertgepräge verleiht, hat *Carl August Emge* schon im Jahre 1916 bemerkt, daß späteren Generationen der gemeinhin so stark herausgestellte Relativismus in der Rechtsphilosophie *Radbruchs* nur schwer verständlich sein werde.⁴⁸⁾

In einem Wort: beim frühen *Radbruch* dient die Pluralisierung der Wertabsolutismen als Naturrechtssurrogat. Bedenkt man nun, daß der Gedanke des objektiv richtigen Rechts, damit aber auch die Anerkennung der Möglichkeit gesetzlichen Unrechts, sowie der Zugang zur Fixierung letzter unübersteigbarer Rechtswerte bei *Radbruch* schon früher angelegt war, erscheint die nach 1945 einsetzende vermeintliche Umorientierung in seinem Denken weniger als eine Kehre denn als eine konsequente Fortentwicklung, da er unter bestimmten, wenn auch vergleichsweise eng gefaßten Voraussetzungen die letzte, in den Schriften der Vorkriegszeit zugunsten der Rechtssicherheit beantwortete Wertentscheidungsfrage nun zugunsten des Vorranges der Gerechtigkeitsidee gegenüber dem Gesetz gewordenen Unrecht lösen will. Da *Radbruch* im Grunde schon immer Objektivist war, erscheint seine nach 1945 bezogene Position nur folgerichtig, ja als Konkretisierung seiner rechtsphilosophischen Prämissen. *Innerhalb* dieser Prämissen nimmt er eine – gemessen am Gesamtsystem eher marginale – Veränderung vor. Diese Korrektur, wie sie in der Unerträglichkeitstheorie der *Radbruchschen* Formel zum Ausdruck kommt, ist in erster Linie eine Korrektur *seiner*, also *Radbruchs* Theorie und Position selbst. Die nunmehr den Geltungsanspruch des positiven Rechts einschränkende, restriktive Formel dokumentiert einen Wandel, der sein *mußte*, wenn *Radbruch* nach den Erfahrungen der nationalsozialistischen Herrschaft nicht als Apologet des Unrechts erscheinen wollte. Denn die wichtigste Implikation des objektivistischen Rechtsbegriffes ist, daß mit ihr ein Anspruch des Rechts auf Befolgung durch die Rechtsunterworfenen und auf Anwendung durch die staatlichen Rechtsinstanzen einhergeht. Wenn die Gesetze nicht, wie *Radbruch* schreibt, gegen elementare Gerechtigkeitsprinzipien verstoßen, also gewissermaßen einen ethischen Mindeststandard nicht unterschreiten, dann gehören sie der Sphäre geltender, daher zu befolgender und anzuwendender Rechtsnormen an.

Diese Konsequenz ist aber nur dann zwingend, wenn mit der Auszeichnung bestimmter Normen als gültigem staatlichem Recht mehr als nur eine rechtstechnische Qualifizierung verbunden ist. Leugnet man einen solchen Zusammen-

48) C. A. Emge, Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus (1916) 14, 47 f.

hang zwischen der begrifflichen Erfassung der Rechtsnormen und ihrem moralisch-ethischen Befolgungsanspruch, so wird es denkbar, auch amoralische und unsittliche Gesetze als Recht zu qualifizieren, ohne sie damit als gute, richtige oder befolgenswerte Normen auszuzeichnen. Auf diesen Prämissen beruht die Reine Rechtslehre *Hans Kelsens*.

C. Das Gegenmodell: Die Rechtslehre Hans Kelsens

Kelsens „Unbußfertigkeit“⁴⁹⁾ nach den Erfahrungen des Dritten Reiches und sein Festhalten an einer ganz neutralen Deskription des Rechts ist nur verständlich, wenn man sich den von hohem wissenschaftlichen Ethos geprägten und sehr restriktiven Erklärungsanspruch seiner Reinen Rechtslehre und die mit seiner Theorie unlöslich verbundene Distanzierungsfunktion gegenüber den örtlich und historisch variablen Anordnungen des positiven Rechts verdeutlicht.

Mit der Reinen Rechtslehre unternimmt *Kelsen* den großangelegten Versuch, eine methodisch reflektierte, erkenntnistheoretisch fundierte und wertrelativistisch distanzierte Theorie des positiven Rechts zu entwerfen. Dabei verknüpft er auf völlig neue Art und Weise eine methodisch dem Neukantianismus verpflichtete Geltungsbegründung des Rechts, wie er sie in Gestalt der Grundnorm präsentiert, mit wertrelativistischen Prämissen.⁵⁰⁾ Zwar leugnet er – im Unterschied etwa zu den skandinavischen Rechtsrealisten⁵¹⁾ – die Eigenwelt des Normativen nicht. Sie ist ihm kein pathologisches Relikt mythischen Denkens, der Glaube an die Verbindlichkeit des Rechts beruht für ihn nicht lediglich auf der geschickten Verknüpfung von genereller Unterwerfungsbereitschaft, Gewalt und effektiver Herrschaftspropaganda. Doch löst sich *Kelsen* auf sehr viel radikalere Art und Weise als die anderen Neukantianer vor ihm von der Vorstellung, daß das Recht inhaltliche Wertverwirklichung ist und man eine objektive Gültigkeit der Rechtsinhalte anzuerkennen hätte. Indem er nicht allein den Inhalt des Rechts als kontingent behandelt, sondern auch die Idee des Wertbezuges des Rechts als solche verabschiedet, setzt sich *Kelsen* vollständig von allen ethischen Vorstellungen wertphilosophischer oder auch wertlogischer Provenienz ab. Der Wertrelativist *Kelsen* hält strikt daran fest, daß es eine objektive Gültigkeit von Normen nicht gibt. Seine logisch-konstruktive Grundnorm fungiert als künstliches Surrogat für die verlorengegangene Möglichkeit der Fundierung des Rechts in außerempirischen Prinzipien einer materialen Vernunftethik oder in sonstigen unhinterfragbaren metaphysischen Wahrheiten.

Die Aussage, daß eine bestimmte Norm zur Rechtsordnung gehört, besagt für *Kelsen* lediglich, daß sie sich in den Gesamtzusammenhang einer im großen und ganzen effektiven, in der Regel staatlichen Zwangsordnung einfügt. Wertungen dergestalt, daß diese Norm mit moralischen Prinzipien, ethischen

49) *P. Römer*, Von Grundnormen und Normgründen, Demokratie und Recht 1982, 60 ff (63).

50) Dazu *Dreier*, Rechtslehre 83 ff, 159 ff, 228 ff.

51) Überblick bei *J. Bjarup*, Skandinavischer Realismus (1978); ferner *H.-H. Vogel*, Der skandinavische Rechtsrealismus (1972) 37 ff und *M. Schmidt*, Reine Rechtslehre und Skandinavischer Rechtsrealismus, in: *R. Walter* (Hrsg), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (1988) 96 ff.

Maximen, Sätzen der Naturrechtslehre oder sittlichen Maximen breiter Bevölkerungskreise übereinstimmt oder nicht, sind damit gerade nicht verbunden. Noch weniger wird ein objektiver Befolgungsanspruch und – damit korrespondierend – eine Pflicht zum Rechtsgehorsam der Rechtsunterworfenen behauptet. *Kelsen* bewußt kritische Dissoziation von Recht und Gerechtigkeit schafft die Möglichkeit einer neutralen Wiedergabe und Systematisierung effektiver Zwangsordnungen. Dabei wird das Recht ganz nüchtern als – möglicherweise fehlerhaftes – Menschenwerk gedeutet, um so einer „falschen Ethisierung des Rechts“⁵²⁾ entgegenzuwirken. Die damit verbundene strikte Trennung von Recht und Moral soll den Blick für schlechtes, wertwidriges, unsittliches Recht schärfen, nicht trüben. Indem das Recht ganz neutral als effektive Zwangsordnung gefaßt wird, kann die autonome Moral der Individuen als Kritik- und Reflektionspotential der heteronomen Verhaltensregeln fungieren. Ob der jeweiligen staatlichen Ordnung zu folgen oder ob gegen sie zu revoltieren sei, überläßt *Kelsen* demzufolge dem selbstverantwortlichen Urteil des Einzelnen. Eine objektive Pflicht zum Gesetzesgehorsam gibt es gerade nicht. So führt die Unmöglichkeit objektiv-praktischer Legitimation einer Rechtsordnung zur Bedeutungssteigerung der Einzelmoral. Nicht das positive Recht als solches, sondern die eigene Anschauung vom Wert oder vom Unwert des Rechts wird absolut gesetzt.

Dies erklärt hinreichend, warum *Kelsen* seine Theorie nach dem Zweiten Weltkrieg im Unterschied zu *Radbruch* keiner Revision unterziehen mußte.⁵³⁾ Er hatte an seinen Lehren nichts zu ändern, weil sein Positivismus niemals affirmativ und objektivistisch gewesen war. Die objektive Geltung des Rechts und eine objektive Pflicht zum Gehorsam diesen Rechtsnormen gegenüber hatte er im Unterschied zu *Gustav Radbruch* niemals behauptet. *Radbruch* hingegen mußte revidieren, weil er immer schon von einer objektiv begründbaren Verbindlichkeit des Rechts ausgegangen war.

D. Schwächen des objektivistischen Rechtsbegriffes

Die Gegenüberstellung der Rechtslehren *Gustav Radbruchs* und *Hans Kelsens* mag verdeutlicht haben, welche unterschiedliche Rechtsbegriffe und welche unterschiedliche Vorstellungen von den Implikationen des Rechtsbegriffes sich in Theorien finden, die häufig undifferenziert zum „Rechtspositivismus“

52) *Baratta*, Naturrecht 331.

53) Aufgrund eines nicht leicht zu verstehenden Purismus, einer „Wertaskese, in der meist das emotionale Pathos einer gleichsam erbitterten intellektuellen Rechtschaffenheit durchklingt“ (so *F. Wieacker*, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Hermeneutik und Dialektik. Festschrift für Hans-Georg Gadamer II [1970] 311 ff [312 Anm 4]), und unter striktem Festhalten an den eigenen theoretischen Positionen erklärte *Kelsen*, auch das „Recht“ unter der Nazi-Herrschaft sei Recht gewesen, das Regime habe etwa rechtlich aus Morden rückwirkend staatliche Exekutionen machen können: vgl. *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960) 13, 43; *H. Kelsen*, Die Grundlage der Naturrechtslehre, ZÖR 13 (1963) 148; *H. Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen (1979) 117. Zur Zurückweisung der an den juristischen Positivismus wertrelativistischer Prägung gerichteten Schuldzuweisung für die Transformation der Weimarer Republik in das NS-Regime vgl. *H. Kelsen*, Foundations of Democracy, Ethics 66 (1955) 1 ff (42, 54, 62).

gezählt werden. Doch ist hier nicht der Ort, die philosophische Validität und geltungstheoretische Plausibilität der einen oder anderen Lehre im einzelnen auszuloten oder eine von ihnen als die vorzugswürdigere auszuzeichnen. Schon gar nicht kann es darum gehen, das etwaige Widerstandspotential der einen oder anderen Theorie gegenüber den Anfechtungen totalitärer Systeme zu gewichten.

Hingegen sind zwei Dinge zu betonen. Zum einen gilt es, das nach wie vor verbreitete Mißverständnis auszuräumen, demzufolge der Rechtspositivismus die These propagiert, die Normen des Rechts verdienten unter allen Umständen Befolgung.⁵⁴⁾ Gerade die bedeutendsten Rechtspositivisten dieses Jahrhunderts, *Hans Kelsen* und *H. L. A. Hart*, vertreten eine derartige „Befolgungsthese“ und eine von ihr suggerierte Pflicht der Menschen zum Gehorsam gegenüber den positiven Rechtsetzungen einer effektiven staatlichen Zwangsordnung nicht. Darstellung des Rechts ist bei ihnen nicht identisch mit seiner Legitimation.⁵⁵⁾ Für sie ist das Recht nur ein „Gesamtsystem der staatlich gesetzten Normen, über deren Verpflichtungskraft *nichts* ausgesagt wird.“⁵⁶⁾ Es ist der im Grunde genommen sehr untypische Positivismus *Radbruchs* selbst, der in Gestalt seiner Vorkriegsphilosophie eine solche, wegen seines materialen, objektivistischen Ansatzes im Grunde zwingende Verknüpfung einer Aussage über das Rechtssystem mit dem sittlich-moralischen Anspruch auf Gehorsam diesem Rechtssystem gegenüber nahelegte und der von daher im Lichte der erschütternden Erfahrungen der NS-Zeit einer präzisierenden Korrektur bedurfte.

Zum zweiten soll darauf hingewiesen werden, daß *Radbruchs* an die „jahrtausendalte gemeinsame Weisheit der Antike, des christlichen Mittelalters und des Zeitalters der Aufklärung“⁵⁷⁾ anknüpfende materiale Rechtsgeltungslehre nicht die einzige und auch nicht die einzig mögliche rechtsphilosophische Antwort der Nachkriegszeit auf das überwundene nationalsozialistische Regime gewesen ist. Zwar *schien* das ohne Zweifel so zu sein. Konnte doch offenbar nichts deutlicher und unmißverständlicher den Unrechtsgehalt des Dritten Reiches dokumentieren, als den „Schandgesetzen“ jener Epoche den Rechtscharakter einfach abzuspochen. Und so hat denn auch bis in allerjüngste Zeit hinein die *Radbruchsche* Formel weitgehend unangefochten als „ein Instrument zur Entlegitimierung der NS-Rechtsordnung“⁵⁸⁾ gegolten.

Indes: ist das richtig? Kann der Umstand, daß in jenen vielzitierten „Jahren der Verstrickung“⁵⁹⁾ eine ganze Reihe von Gesetzen und anderen staatlichen Rechtsmaßnahmen, die später als „horrend ungerecht“ und ein im Widerspruch zur Gerechtigkeit „unerträgliches Maß“⁶⁰⁾ erreichend galten, von der Mehrheit

54) *N. Hoerster*, Verteidigung des Rechtspositivismus (1989) 10 nennt dies die „Legalismus-These“.

55) Vgl. *Dreier*, Rechtslehre 232 ff.

56) *G. Grünwald*, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht (1971) 23.

57) *Radbruch*, Erneuerung 2.

58) So zuletzt *C. Laage*, Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945, Kritische Justiz 22 (1989) 409 ff (410).

59) Vgl. *H. Treiber*, Vollzugskosten des Rechtsstaates und andere Studien zum Recht (1989) 43 ff.

60) Nachweise bei *Laage*, Auseinandersetzung 411.

der Bevölkerung befolgt sowie den Gerichten und sonstigen Rechtsanwendungsinstanzen umgesetzt wurden, einfach unberücksichtigt bleiben? Wenn jene nun als „Unrecht“ deklarierten Normen jahrelang faktisch von allen Beteiligten akzeptiertes, befolgtes und angewendetes Recht waren, dann scheint es eine wenig tiefgreifende „Bewältigung“ jener Phase der Rechtsentwicklung zu sein, wenn man sie mit der Leugnung der Rechtseigenschaft einfach in den Orkus des Nichtrechts wirft. Handelt es sich hier nicht um den untauglichen Versuch einer juristischen „damnatio memoriae, welche die Unpersonen und damit ihre Untaten von den Tafeln der Geschichte wischt und hierdurch Raum schafft für einen neuen positiven Mythos“⁶¹⁾

Haben wir es bei alledem etwa, wie *Dieter Simon* vermutet,⁶²⁾ mit einer Form des politisch-juristischen Exorzismus zu tun? Und ist dieser Exorzismus nicht letztlich dazu geeignet, eine wirkliche Bewältigung und Verarbeitung des in Rechts- und Gesetzesform gegossenen Unrechts zu vereiteln? Denn leugnet man die Rechtsqualität einiger weniger nationalsozialistischer Schandgesetze, hält aber zugleich an der prinzipiellen Rechtsverbindlichkeit der übrigen Rechtsnormen fest und gibt sie als verpflichtenden Bestandteil einer objektiven Sollensordnung aus, so bleibt am Ende die Welt des Rechts stets eine „heile Welt.“⁶³⁾

Gegen die Annahme einer Kongruenz zwischen moralischen Imperativen und Rechtsnormen spricht weiter die Gefahr der moralischen Imprägnierung des Rechts. Damit kann nicht nur die Suggestion bewirkt werden, das Recht sei stets ein moralisch unanfechtbares, „gutes“ System normativer Verhaltenserwartungen. Gefährlicher noch als diese im Grunde naive Unterstellung ist die Möglichkeit von Rückwirkungen bestimmter Moral- und Naturrechtslehren auf das Recht und die Rechtsauslegung einzuschätzen. Die innige Verknüpfung zwischen moralisch-ethischen Imperativen und damit eines als unangreifbar ausgegebenen metaphysischen Wertsystems mit dem Recht selbst kann eben dazu führen, daß als positives Recht ausgegeben wird, was eigentlich nur Bestandteil einer bestimmten Moralphilosophie oder Naturrechtslehre ist.

An die prinzipielle Deckungsgleichheit von Recht und Moral zu glauben, schließt von daher keineswegs immer einen „normativen Optimismus“⁶⁴⁾ ein, sondern bedeutet angesichts der modernen, pluralistischen, ideologisch zerklüfteten gesellschaftlichen Realität eine unter Umständen gefährliche ethische Aufladung des Rechts.

61) *D. Simon*, Waren die NS-Richter „unabhängige Richter“ im Sinne des § 1 GVG? in: *B. Diestelkamp – M. Stolleis* (Hrsg) Justizalltag im Dritten Reich (1988) 11 ff (21).

62) *Simon*, NS-Richter 19 ff.

63) *Grünwald*, Kritik 14: „Diese punktuelle Betrachtung der einzelnen Gesetze bewirkt, daß für jeden Staat zu jeder Zeit festgestellt werden kann, daß in ihm eine intakte Rechtsordnung gelte oder gegolten habe – nämlich eine Rechtsordnung, bestehend aus den jeweiligen staatlichen Gesetzen, korrigiert durch die Normen des überpositiven Rechts. Mögen in einem Staate noch so abscheuliche Gesetze bestehen, befolgt und durchgesetzt werden – die Welt des geltenden Rechts ist immer eine heile Welt.“

64) So aber *H. Rottleuthner*, Rechtspositivismus und Nationalsozialismus, Recht und Politik 19 (1983) 195 ff (197).

Eben dies kann fatale Folgen haben, wie die unkritische Rezeption des katholischen Naturrechts in den berühmt-berüchtigten Ausführungen des Bundesgerichtshofs aus den 50er Jahren zur Gleichberechtigung der Geschlechter wie auch zum damaligen Straftatbestand der Kuppelei lehrt.⁶⁵⁾ Wegen der – von *Radbruch* im übrigen so sicher nicht gewollten – moralisch-ethischen Imprägnierung des Rechts gerät dieses in Gefahr, zum verlängerten Arm bestimmter zeitgebundener und konfessionell geprägter Theoreme zu werden. Gegen derartige Prozesse einer ethischen Aufladung des staatlichen Rechts scheint eine Theorie besser gefeit, die sich davor hütet, die positiven Rechtsnormen als verpflichtende Elemente einer objektiven Sollensordnung auszugeben und eine moralische Bewertung des Rechts im Wege einer bestimmten begrifflichen Festlegung zu erschleichen. Da der neutrale Rechtsbegriff des Rechtspositivismus die Entscheidung über die moralische Qualität und Befolgungswürdigkeit des Rechts dem Einzelnen überläßt, handelt es sich insoweit um die anspruchsvollere, weil dem Individuum die Entscheidungslasten aufbürdende Theorie.⁶⁶⁾

IV. Resümee

Insgesamt kann folgende Bilanz gezogen werden: Die weit verbreitete Auffassung, die deutschen Juristen seien in durch und durch positivistischer Gesinnung und dementsprechend hilflos ins Dritte Reich gezogen, das dann „den Rechtspositivismus beim Wort genommen“⁶⁷⁾ habe, erweist sich als haltlos. Der Rechtspositivismus war weder der Steigbügelhalter des Nationalsozialismus noch sein willfähriger Handlanger. Nicht die formale Neutralität rechtspositivistischer Lehren und eine dem korrespondierende Disposition zur strikt gesetzesorientierten Rechtsanwendung haben die bekannte Entwicklung ermöglicht, sondern die Instrumentalisierungsfähigkeit des Juristenstandes für wertbezogene Zwecksetzungen sowie die in Lehre und Wissenschaft weitgehend längst vollzogene Abkehr vom Ideal des Rechtspositivismus.

65) BGHZ 11. Anhang 34 ff (insb 65); BGHSt 6, 46 (52 ff). Zur Kritik *W. Maihofer*, Ideologie und Naturrecht. Zugleich ein Beitrag zum Thema Ideologie und Rechtsprechung, in: *W. Maihofer* (Hrsg), Ideologie und Recht (1969) 121 ff.

66) Praktisch ist eine ethisch purifizierte Rechtsordnung kaum in letzter Konsequenz denkbar, weil das Recht seinerseits nur Produkt der politischen, moralischen, religiösen, ökonomischen und sonstigen wertbezogenen Setzungsakte der dazu befugten Instanzen, vor allem der Gesetzgebung, ist. So scheint die ethische Neutralisierung des Rechts durch rechtspositivistische Lehren in der Art *Hans Kelsens* oder *H. L. A. Harts* vor allem auf die Situation des freien Bürgers in der modernen, pluralistischen Gesellschaft bezogen zu sein, indem sie ihm die Möglichkeit zur Gesetzesbefolgung bieten, ohne eine inhaltliche Identifikation mit den staatlichen Normen zu verlangen. Die objektivistische Geltungstheorie *Gustav Radbruchs* zielt eher auf die Legitimationsbedürftigkeit richterlicher und sonstiger Rechtsanwendungsakte.

67) *H. Welzel*, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: *W. Maihofer* (Hrsg), Naturrecht oder Rechtspositivismus? (1962) 322 ff (323); die Gegenposition bei *W. Flume*, Richter und Recht (1967) 13.

In der spezifischen Gestalt, die die rechtspositivistische Lehre durch *Gustav Radbruch* erhalten hat, wird die Geltungsdimension rechtlicher Normen mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit, ja auf Gehorsam im Gewissen, verknüpft. Das ist insofern untypisch, als andere rechtspositivistische Lehren zwischen dem individuell-moralischen Befolungsanspruch und der begrifflichen Qualifizierung des Rechts eine strikte Trennung vornehmen. Offenbleiben muß, ob die materiale Rechtsgeltungsdoktrin *Radbruchs* oder die neutrale Version *Hans Kelsens* im Zweifelsfall die größere Widerstandskraft gegen totalitäre Pressionen bietet. Die pauschale Stigmatisierung des Rechtspositivismus aber geht fehl.

Staatsrecht in Theorie und Praxis

Festschrift

ROBERT WALTER

zum 60. Geburtstag

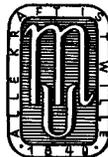
Herausgegeben von

HEINZ MAYER

gemeinsam mit

CLEMENS JABLONER GABRIELE KUCSKO-STADLMAYER

RENÉ LAURER KURT RINGHÖFER RUDOLF THIENEL



Wien 1991

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung