

DIE ETHISCHE AUFSTELLEN DES RECHTS IN G. RADBRUCHS RECHTSPHILOSOPHIE. IDEEN, BEGRIFFE UND GELTUNG DES RECHTS

Einleitung. «*Alle Menschen müssen sterben*», «*Du sollst nicht töten*». An diese beispiele merkt man die Unterscheidung zweier Arten von Gesetzen, Gesetze des Müssens, und Gesetze des Sollens. Außer diesen zwei Arten, sprechen wir auch von Naturgesetzen, von Gesetzen der Sittlichkeit und der Sitte, Gesetzen der Logik und der Ästhetik. Wir sprechen also für eine geordnete Gessellschaft, für ein Rechtsstaat. Aber wie kann man all diese Arten von Gesetzen verbinden? Und insbesondere, wo kann man den Übergang von den Gessellschaftsgesetzen zum Recht lokalisieren? Eine weitere Frage ist, ob diese sozialen Gesetze, mit Politik und politischer Macht etwas zu tun haben, um nicht zu sagen, ob sie das lenken, was wir *Recht* nennen?

Es ist bekannt, dass gesellschaftliche Organisation, im Staat heißt, dass das Verhalten von Menschen durch verfestigte Erwartungen geregelt wird. Ordnung bedeutet vor allem Sicherheit, und Sicherheit vor allem Rechts-sicherheit. Der Staat soll die Organisation der Gesellschaft auf der Grundlage bestimmter Regeln und Gesetze sein, denen sich jeder «Bürger» zu fügen hat. Der Staat ist deshalb als Machtverhältnis definiert.

Das reziproke Verhältnis zwischen der Rechtsentwicklung und der Gesellschaft ist auch schon bekannt. Zuerst kommen die Sitten (als soziale Verhältnissen, als eine religiösenchristliche Nuance) und dann versucht der Gesetzgeber eine Formulierung, was wir gesetz nennen. Es entstehen daher folgende Fragen:

i. Gibt es eine Verflechtung zwischen Moral, Gesetz und Politik? ii. Was ist die Bedeutung der Gerechtigkeit, oder was genau heißt Recht? iii. Muss es Naturrecht oder positives Recht sein? iv. Schließlich, welche Rolle spielen die Menschenrechte im Rechtsraum? Dies alles sind Begriffe, die G. Radbruch in seiner «Rechtsphilosophie»¹ erklärt, und geht weiter zu erklären wie diesen Werten, die durch Moral und Sitte sich formulieren, im Rechtsraum funktionieren, und warum er diese Funktion Wert-Relativismus nennt.

Im dritten Teil dieser Arbeit, werden wir zeigen, was Recht bei Radbruch bedeutet und auf diesem Weg wie er die Begriffe der Gerechtigkeit und der

1. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Leipzig 1932, Stuttgart 1950-1970, s. 4-7 ff. Aufl. hg. v. Erik Wolf, Stuttgart 1973, s. 8. Aufl. hg. v. Erik Wolf und Hans-Peter Schneider.



Gleichheit versteht. Weiterhin erklärt Radbruch, wie sich die Rechtsidee in drei Grundelemente aufteilt-Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit - und was es für eine Verflechtung zwischen diesen drei gibt. Zum Schluss werden wir zeigen, was er mit dem Begriff «*Geltung des Rechts*» meint. Er orientiert sich an den drei Rechtsgeltungstheorien, die auch von anderen Rechtstheoretiker erzählt werden (an der juristischen, der Philosophischen und der soziologischen Rechtslehre).

I. Positives Recht. a. Das Problem des Rechtspositivismus. Die Ursprünge positiven Rechtsdenkens gehen auf das 17. Jahrhundert, also auf das Zeitalter der konfessionellen Kriege, und auf den Einfluss einer Philosophie des starken Staates², der über den konfessionellen Parteien steht und Frieden und Rechtssicherheit garantiert. Spricht man von Definitionen des Rechts, so gelangt man schnell zum Problem des Rechtspositivismus. *Recht ist eine Idee eines richtigen Verhaltens.* Die Idee bedeutet, dass das richtige Verhalten nicht als Tatsache, sondern als Aufgabe, nicht als etwas Wirkliches, sondern also etwas zu Verwirklichendes vorzustellen ist. Im rechtsphilosophischen Raum gibt es den Streit zwischen denen, die sich selbst *Rechtspositivisten* nennen und ihren Gegnern, die man Naturrechtler nennt. Es ist ein mehr oder weniger emotionaler Streit der Weltanschauungen. Da gibt es auf der einer Seite die, die das staatlich Gesetze Recht eben für Recht und damit für richtig halten, egal welchen Inhalt es hat, und auf den anderen Seite stehen die, die Kriterien dafür haben, was inhaltlich *von Nature* richtig und deshalb unabhängig von staatlicher Rechtssetzung (wirklichem) Recht ist.

b. Positives Recht und rechtspositivismus als Vorläufer des heutigen Rechtsstaatsdenkens. Das positives Recht besteht aus den auf formal korrektem Weg vom Staat eingeführten Gesetzen, wobei dieser Staat dabei nicht unbedingt an ethische Prinzipien wie etwa die Gerechtigkeit gebunden sein muss. Das Hauptproblem im Streit um den Rechtsbegriff ist das Verhältnis von Recht und Moral. Nach den Positivistischen Rechtstheorien, der Begriff des Rechts keine moralischen Elemente einschließt. Das Recht ausschließlich, davon abhängt, was Gesetz oder wirksam ist³. Eine wie auch immer beschaffene inhaltliche Richtigkeit spielt keine Rolle.

Gegen diese These, könnten wir die Verbindung der Moral mit dem Recht einfach zeigen, durch die Verbildlichung des Begriffes einer sozialen Moral. Wir könnten sie definieren als ein einheitliches Geflecht gemeinsamer Willensausdrucke von Gesellschaftsmitgliedern, die in einem klar abgegrenzten Ganzen agieren und als Einzelne oder als Ganzes zur Weiterentwicklung mitwirken. Dieser Sozialvertrag basiert auf einer Vereinbarung über Recht und

2. Vgl. TH. HOBBS, *Leviathan*, Frankfurt, Iring Fetscher, 1984.

3. Bzw., «Gesetz ist Gesetz».

Unrecht und auf dem Respekt vor Autonomie und Freiheit des Individuums, und all dies unter der Bedingung völliger Gleichheit. Weiterhin, Rechtspositivisten, sehen eine enge Verbindung von Staat, Macht und Recht, denn die Geltungskraft des Rechts, aus der Weisungsmacht des Staatlichen Gesetzgebers sich bezieht. Recht ist also eine politische Entscheidung, es gibt sozusagen eine Reziproke Verhältnis zwischen Gesetz und Politik. Das Recht ist vor allem ein Instrument staatlichen Handelns; die Richter sind in erster Linie ausführende Organe des Staates, sie haben die Pflicht, ihr eigenes Rechtsgefühl der Autorität des Gesetzes unterzuordnen.

Nach Radbruch, *wir verachten den Pfarrer der gegen seine Überzeugung predigt, aber wir verachten den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzerseine nicht beirren lässt*⁴.

Anwälte und Richter sind die Diener der Rechtssicherheit, auch wenn ein Gesetz einmal ungerecht sein sollte. Alle diesen, natürlich im Rahmen eines formales Rechtsstaates. Eines Staates, der sich an den Idee des positiven Rechts orientiert, und d.h., dass die Gesetze werden nach dem in der Verfassung festgelegten gebildet. Verwaltung und Rechtssprechung folgen ausschließlich diesen Gesetzen, und eine inhaltliche Bewertung dieser Gesetze ist nicht notwendig.

In einem solchen Staat, der Inhalt der Gesetze ist nicht das Ausschlaggebende, so können Gesetze und folglich auch Handlungen legitim sein, die gegen die Grundsätze der Gerechtigkeit oder gegen die Menschenrechte verstoßen. Ein Beispiel dafür, sind die Nürnberger Rassengesetze von 1935, die auf formal korrekte Weise von den Nazis erlassen wurden. Sie schufen die rechtliche Grundlage, die jüdischen Mitbürger als «Untermenschen» zu behandeln. Die Juristen sollten sich nicht an den verschiedenen linken und rechten Ideologien orientieren, sondern nur «dem Gesetz» dienen. Die so genannten, «logischen Gesetze» und das ideale Recht stehen für etwas, das sein soll und nicht für etwas das ist. Alle positivistischen Theorien vertreten also die Trennungsthese. Die Trennungsthese setzt voraus, dass es keinen begrifflich notwendigen Zusammenhang zwischen dem Recht, wie es ist und dem Recht wie es sein soll, gibt. Alle nichtpositivistischen Rechtstheorien, vertreten demgegenüber die Verbindungsthese. Diese sagt, dass der Begriff des Rechts so zu definieren ist, dass er moralische Elemente enthält. Dabei schließt kein ernstzunehmender Nichtpositivist die Elemente der ordnungsgemäßen Gesetztheit und der sozialen Wirksamkeit aus dem Rechtsbegriff aus. In einer positivistischer Gesellschaft, kann man, wie gesagt, das Recht direkt mit dem Gesetz verbinden. Aber wo lokalisieren sich alle diese traditionellen Werten, wie Richtigkeit, Gerechtigkeit, Wirklichkeit und Demokratie? Auf diese Frage, könnten die positivistischen Theorien schwer antworten. Um die Frage zu beantworten und aus

4. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe), § 25, S.166.

methodologischem Grund, sollten wir zuerst über Radbruchs Methodenlehren, und danach über den Begriff des Rechts sprechen um die besondere Geltung des Rechts an ihrem Werk zu entdecken.

II. Ontologische und wissenschaftliche Annahmen. a. Methodendualismus. Die fundamentale Annahme in Radbruchs philosophischem System, wie gesagt, ist die Überstellung von Sein und Sollen. Durch diese dualistische Herangehensweise, bewegt sich Radbruchs Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie im Rahmen der Werte, ohne dass sie diese vermag werden. *Philosophie ist eine Spannung aus dem Inhalt des Wertes und Rechtswissenschaft zieht seine Route nach dem Wert.* So wird das Menschenverhältnis entweder *bewertend* oder *wertbeziehend*. Die Rechtswissenschaft setzt als ein relatives Verhältnis, bezüglich dem Wert Recht, diesen Wert als Gelegenheit voraus und orientiert sich an ihm, ohne ihn aber auszusprechen. Ihre Schöpfung ist die systematische Präsentation der Rechtsordnung. Es gibt hier kein Problem der Geltung des Rechts, weil es sich durch dieselben Kriterien der gegebenen Rechtsordnung erklärt. Des weiteren ist Rechtsphilosophie als auswertendes Verhältnis in diesem Wert umfasst. Natürlich könnte sie nicht erklären, ob der Inhalt dieses Wertes korrekt oder nicht korrekt ist, trotzdem könnte sie die Tätigkeit des Wertes auswerten. Das ist sehr wichtig, weil es den Zusammenhang zwischen Theorie und Praxis sichert.

Über dieser Prozess, stellt Radbruch die folgende Methodenlehre auf: Die Gegenüberstellung zwischen Sein und Sollen, bringt die Unmöglichkeit der Begründung eines Notantrags an Tatsachen, die auf das Wesensniveau zurückgreifen mit.

«Sollenssätze sind nur durch andere Sollenssätze begründbar und beweisbar²». Diese Unmöglichkeit ist zuerst logisch. Im Gegenteil, sie stört nicht die Begründung der Sollenssätze als Ergebnisse von unterschiedlichen wahren Wechselbeziehungen. Durch diesen Methodendualismus, Sein und Sollen entstehen zwei sich nicht überscheidende Kreise. Die vorige Meinung aber bringt die Unmöglichkeit mit, die Sollenssätze durch andere Sollenssätze, bis ins Unendliche, begründbar zu machen⁶. Die wissenschaftliche Wertbetrachtung vermag zwar zu lehren, was man kann und was man will, nicht aber, was man soll⁷.

b. Radbruchs Wertrelativismus. Rechtsphilosophie kann auf dem Gebiete des Sollens, ein Dreifaches leisten⁸:

5. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 2, S. 15.

6. Vgl. RADBRUCH, «Eben deshalb sind die letzten Sollenssätze unbeweisbar, axiomatisch, nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig», *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999) § 2, S. 15.

7. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 2, S. 16.

8. S.o. unter Fussnote 7.

a. Die folgen des gesollten Rechtsziels zu markieren, durch die Aufzeigung der dafür unerlässlichen Mittel und der mit ihnen unvermeidlich verbundenen Nebenwirkungen.

b. Aus einer einzelnen rechtlichen Wertung das ganze Wertsystem zu entwickeln.

c. Alle die Systeme rechtlicher Wertung in einem Gegensatz und ihrer Verwandtschaft erschöpfend darzustellen, und so zwar nicht das System der Rechtsphilosophie, aber die vollständige Systematik ihrer möglichen Systeme zu geben. Was der Wertende bei seiner Wertung sich gedacht hat, ist nur sein Ausgangspunkt. Sein Denkziel aber ist, was er nach Maßgabe kausaler und logischer Folgerichtigkeit denken müsste, zu zeigen. Die hier dargestellte Methode nennt sich *Relativismus*, weil sie die Richtigkeit jedes Werturteils nur in Beziehung zu einem bestimmten obersten Werturteil, im Rahmen einer bestimmten Wert- und Weltanschauung, selbst festzustellen sich zur Aufgabe macht⁹. Der Relativismus gehört aber der theoretischen, nicht der praktischen Vernunft an. Er bedeutet Verzicht auf die wissenschaftliche Begründung letzter Stellungnahmen, nicht Verzicht auf die Stellungnahme selbst.

III. Der Begriff des Rechts. Nach Radbruchs Theorie, ist Begriff des Rechts ein Begriff von einer wertbezogenen Wirklichkeit, einer Wirklichkeit, die den Sinn hat, einem Werte zu dienen. Der Rechtsbegriff ist also ausgerichtet an der Rechtsidee. Die Idee des Rechts kann nun keine andere sein als die Gerechtigkeit.

a. Begriffe der Gerechtigkeit-die Gleichheit. Die Gerechtigkeit im subjektiven Sinne kann man nicht anders definieren als die Gesinnung, die auf objektive Gerechtigkeit gerichtet ist¹⁰. Während die Gerechtigkeit als menschliche Tugend, eine Fassung des Sittlich Guten ist, und sich in einem Idealmenschen darstellt, ist die objektive Gerechtigkeit auf die Sozialethik gerichtet, bewertet die Sozialethik den Menschen in seinen Beziehungen zu anderen Menschen. Das stellt sich in einer Idealen Gesellschaftsordnung dar. Im Grundgesetz, findet man, dass Menschen gegenüber dem Gesetz gleich sind. Das bedeutet, dass die Gleiche als gleiche und die Ungleiche als Ungleiche bestehen werden (Gleichheitsprinzip). Das Problem aber ist, dass unsere natürliche Empfindung von Recht und Gerechtigkeit keine so absolute Charakterisierungen kennt. Radbruch glaubt, dass Gerechtigkeit in Solchem Sinne Gleichheit bedeutet, aber diese Gleichheit selbst ist verschiedener Bedeutung fähig. Sie kann einerseits ihrem Gegenstand nach auf Güter bezogen werden oder auf Menschen¹¹.

9. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 2, S. 17.

10. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 4, S. 35.

11. Vgl. RADBRUCH, „ge-recht ist der Lohn, der dem Werte der arbeit entspricht, aber auch die Strafe, die den einen trifft, gleich dem anderen. Sie kann andererseits ihrem Masstabe nach absolute

Nach Radbruch, gibt es zwei Formen der Gerechtigkeit: Die absolute Gleichheit, die bei ihm *ausgleichende Gerechtigkeit* heißt, und die *austeilende Gerechtigkeit*. Die *ausgleichende Gerechtigkeit ist die Gerechtigkeit im Verhältnis der Nebenordnung, die austeilende Gerechtigkeit will im Verhältnis der Über – und Unterordnung gelten. Die ausgleichende Gerechtigkeit ist sozusagen die Gerechtigkeit des Privatrechts, die austeilende Gerechtigkeit, die Gerechtigkeit des öffentlichen Rechts*¹². Aber der Grundsatz der austeilenden Gerechtigkeit sagt einerseits nicht, wer als gleich, wer als ungleich zu behandeln sei, er setzt vielmehr voraus, dass unter einem aus ihr selbst nicht zu entnehmenden Gesichtspunkt die Gleichheit oder Ungleichheit bereits festgestellt sei. Gleichheit ist ja nicht eine Gegebenheit; Gleichheit ist immer nur Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte¹³.

Radbruch erklärt an diesem Punkt, dass jede Wirklichkeit, die sich auf einen Wert bezieht, einer Vermittlungsrolle zwischen diesem Wert und den anderen Wirklichkeiten, die keine verwertbarkeitsorientierung haben, spielt. Die im gleichen Verhältnis der Rechtsidee entsprechende tatsächlichkeit ist die Anordnung¹⁴. Wie sich aus Radbruchs viertem Paragraph über «*der Begriff des Rechts*» ergibt, trägt jede verwertbarkeitsorientierende Wirklichkeit, den selben morphologischen Begriff des Wertes¹⁵. In diesem Sinne könnten wir das Recht als den Inbegriff der generellen Anordnungen für das menschliche Zusammenleben definieren. Diese Begriffsbestimmung nach Radbruch ist also nicht induktiv, sondern aus der Rechtsidee abgeleitet worden. Sie ist also nicht juristischer, sondern vorjuristischer (d.h. im Verhältnis zur Rechtswissenschaft apriorischer) Natur.

b. Die Begriffe der Zweckmäßigkeit. Des weiteren, bildet der Gerechtigkeitsbegriff nach Radbruch (orientiert an der Gleichheit) nur die Form des Rechts und im keinen Fall dem Inhalt. Insbesondere kann es nicht die Frage beantworten wer sich auf den Totalgleichheits-Begriff und wer sich auf den Relativgleichheits - Begriff begründet und was der Inhalt dieser Handlung ist. Er läuft also auf die Meinung hinaus, dass die Idee des Rechts sich nicht in der Gerechtigkeit erschöpft. Gerechtigkeit, wie gesagt, bestimmt nur die Form

oder relative Gleichheit sein. Lohn gleich Arbeit, aber Bestrafung mehrere nach Verhältnis ihrer Schuld», *Rechtsphilosophie*, (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 4 «Begriff des Rechts», S. 35.

12. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 4, S. 36 ff.

13. Unter diesen Vorwurf, könnten wir, vielleicht sagen, dass Gerechtigkeit (als Recht), eine Abstraktion von Gegebenes Unrecht ist?

14. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 4, S. 38.

15. Die Anordnung also hat eine soziale als auch eine unpersönliche, allgemeine Form als Anpassung in einem Gerechtigkeitsbefehl für Gleichheit. «Das Wesen der Gerechtigkeit ist, dieses Verhältnis im Sinne der Gleichheit zu gestalten, so gehört es zum Wesen der rechtlichen Anordnung, ihrem Sinne nach auf Gleichheit gerichtet zu sein», G. RADBRUCH in *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 4, S. 38.

des Rechtens. Um den Inhalt des Rechts zu gewinnen, muss ein zweiter Gedanke hinzutreten: das ist *die Zweckmäßigkeit*¹⁶. Die Zweckmäßigkeit bezieht sich auf den Rechtsinhalt. Sie ist als ein zweites Element von Recht, der wichtigste Ausdruck der Schwäche für wissenschaftliche Begründung.

Denn Recht macht die Ordnung des sozialen Lebens aus, es muss einzigartig sein. Weiter muss es von den unterschiedlichen Auffassungen der Individuen (über den Begriff des Rechts) unabhängig sein. Hier ergibt sich die Not, ein drittes Rechtselement zu formulieren: *Die Rechtssicherheit*, welche die Einzigkeit und die Unität versichern könnte. Das aber fordert Positivität des Rechts¹⁷.

Die drei Elemente des Rechts nach Radbruch, sind also: die Gerechtigkeit (als Begriff der Gleichheit, als Rechtsform), die Zweckmäßigkeit (als Begriff des substantiellen Rechtsinhaltes) und die Positivität (die Rechtssicherheit). Der sogenannte Wert-Relativismus verknüpft sich an diese begriffliche Herstellung durch die Zweckmäßigkeit. Relativismus, wie gesagt, läuft über die Grenzen der Zweckmäßigkeit voraus, und tritt in hierarchische Beziehung zwischen den drei Rechtselementen. Das passiert, weil diese drei Elemente in einer sogenannten Kollision sind (*ein Widerstreit zwischen Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit*¹⁸). Also fordert die formale Gerechtigkeit (Gleichheit) eine Generalisierung der Rechtsnorm. Im Gegenteil Zweckmäßigkeit schuldet die substantielle (materielle) Gleichheit zwischen den Rechtssubjekten. Gleichfalls, kollidiert Positivität, als eine Rechtssicherheitsforderung, mit den formalen Gerechtigkeit und der Zweckmäßigkeit. Diesen Antinomien (Widersprüchen), führen zu dem Gedanken, dass manche Elemente qualitativ besser als andere sind. Aber das, nach Radbruch, könnte auf keine absoluten Kriterien basiert werden. So schreibt er schließlich: *unser Ergebnis wäre also dieses, dass die drei Seiten der Rechtsidee (Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Sicherheit des Rechts) das Recht nach allen seinen Seiten gemeinsam beherrschen, obgleich sie zueinander in scharfen Widerspruch treten können.*

IV. Die Geltung des Rechts

a. Die Geltungsbegriffe. Statt eine Formulierung der Wahrheit, die sowieso unmöglich ist, ist ein Akt der Macht erforderlich. Dieser Akt begründet oder equipiert ein rechtliches normativkräftiges Wertsystem, das hierarchisch höher als ein anderes gleiches liegt; das aber geht dem relativismus vor. Um den vorigen Paragraph über den Rechtsbegriff klarer zu machen, könnten wir die drei Rechtselemente von Radbruch mit drei allgemeineren, logischen

16. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 7, S. 54.

17. Vgl. RADBRUCH: «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», *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 7, S. 54.

18. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 9, S. 76.

Rechtselementen (und das ist: die soziale Wirksamkeit, die inhaltliche Richtigkeit und die ordnungsgemäße Gesetztheit¹⁹⁾ vergleichen. Diese drei Elemente korrespondieren mit drei Geltungsbegriffen: der soziologische, der ethische und der juristische Geltungslehren von Radbruch²⁰: die historisch-soziologische Geltungslehre, die philosophische und die juristische Geltungslehre.

Um es besser zu verstehen: Radbruchs Rechtsbegriff, trotzallem philosophisch, kann schwer eine Antwort oder ein Zeichen für das rechtsbegriffliche Problem geben. Trotzdem es den juristischen Raum (Jurisprudentia) übergeht, weist es nicht auf einen stabilen Punkt - der als Rechtsfundament dienen könnte - hin. Die Meinung: *Recht ist eine auf Gerechtigkeit zielende Tatsächlichkeit*, ist nicht sehr befriedigend. Das passiert, weil positives Recht ihren Begriff beinhaltet, und auf der anderen Seite, weil dieser Gerechtigkeitsbegriff sehr relativ ist - es ist die letzte auswertende Qualifikation, und keine wissenschaftliche Begründung braucht; es ist das Ergebnis einer Willensstat. Der Rechtsinhalt also stellt sich aus einem Wollen, das kein Sollen werden kann fest. So versucht Radbruch die Normativität des Rechts irgendwo anderes zu begründen. Er sucht ein Element fähig ein Wollen mit ein Sollen zu *equipieren*, und parallel einen *Fehltritt* nach einem Müssen zu vermeiden.

Wie kann aus einem Faktum eine Norm, wie kann aus dem Rechtswillen des Staates oder Der Gesellschaft ein rechtliches Sollen hervorgehen, da doch, wie es scheint, ein Wollen, wenn es von der Macht begleitet ist, zwar ein Müssen, aber niemals ein Sollen hervorrufen kann?

Radbruch bemerkt, dass sich eine Lösung für dieses Problem, außer nach der Rechtswissenschaftliche Möglichkeit, findet, weil sie (die Rechtswissenschaft) in einer bestimmter, normativen Ordnung immer eingekesselt ist²¹. Der Rechtsinhalt ist, mit methodologischer Notwendigkeit, etwas Geltendes, Gesolltes und Verpflichtendes. Aus einem praktischen Sehwinkel und durch ein innere Verhältnis zwischen dem Recht und ihrer Normativität hat Radbruch *die juristische Geltungslehre* formuliert. *Sie wird die Geltung eines Rechtssatzes aus andern Rechtssätzen ableiten, die Geltung einer Verordnung aus dem Gesetze, die Geltung eines Gesetzes aus der Verfassung*²². Die Verfassung selbst aber kann und muss eine solche rein juristische Geltungslehre als eine *causa sui* (der Grund ihres Daseins) auffassen. Die Rechtswissenschaft also

19. R. ALEXY, *Begriff & Geltung des Rechts*, S. 139, § 1.

20. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 10, S. 78.

21. Vgl. RADBRUCH, «Der von seiner psychologischen Grundlage losgelöstem Sinn eines Wollens ist ein Sollen, der aus der Tatsächlichkeit des Befehlsvorgangs sauber herauspräparierte Inhalt des Imperativs - eine Norm», *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 10, S. 79.

22. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 10, S. 79.

kann nicht die Geltung des Rechts begründen, denn sie hat ein innersystematisches Verhältnis zu dem Recht.

Die erste Möglichkeit für eine empirische Begründung (der Geltung) versucht die *historisch-soziologische Geltungslehre*, die in zwei Formen auftritt: die *Machttheorie* und der *Anerkennungstheorie*. Nach der ersten, gilt Recht, weil es von einer Macht festgestellt ist. Trotzdem formt sich noch hier das *Wollen* der Rechtsnorm in ein *Müssen*, in keinen Fall aber in ein *Sollen*, Weil dann das Recht nur gilt, wenn hinter ihm die Macht steht, so kann es nicht gelten, insoweit diese Macht versagt²³. Wenn wir dafür sind, dass jede Macht auf einer bewussten oder unbewussten Anerkennung der Subjekten (der Rechtsunterworfenen) an ihr beruht, dann gehen wir auf die Anerkennungstheorie zurück. Das bedeutet, dass die Geltung des Rechts auf der Anerkennung ihrer Subjekte beruht. Trotzdem zum Beispiel der Dieb der das fremde Eigentum angreift, um eigenes Eigentum zu erwerben, den Wert der Eigentumsinstitution anerkennt (und wie das Recht es schützt), akzeptiert es aber in keinem Fall den Konsequenzen seiner Tat (eine Strafe). Der Fehler der Anerkennungstheorie ist also, dass sie das wahre Interesse der Rechtsunterworfenen mit ihren Taten gleichsetzt.

Wenn diese Fiktion erlöscht, wird es verständlich, dass die Geltung des Rechts (um es gültig zu sein) nicht auf ihrer Anerkennung von der Rechtsunterworfenen, sondern auf dem *Wahren Interesse* beruht²⁴. So ist es der Übergang Vollzogen von der historischsoziologischen zur *philosophischen Geltungslehre*. Radbruch erzählt mit dieser philosophischen - sozusagen utiliteristische - Rechtsbegründung, warum das Recht als ein *Wollen*, ein *Sollen* und nicht als ein *Müssen* zu verstehen ist (s.o. vorigen). So begründet er die Geltung des Rechts an der Anwendung aus den Rechtsunterworfenen, nach ihrer Feststellung (die positive Geltung).

b. Die wichtigen Fragen der Geltung, Was macht Recht gerecht? Wenn der Rechtsinhalt (die Zweckmäßigkeit) nicht eindeutig formuliert werden kann durch logische und wissenschaftliche Kriterien (s.o. Relativismus) und parallel das Recht Ordnung sein muss, kann die Inhaltsformulierung nur durch *Wille* und *Macht* entstehen. *Vermag niemand festzustellen, was gerecht ist, so muss jemand festsetzen was rechtens sein soll*²⁵, schreibt Radbruch. *Herr ist, der uns Ruhe schafft* (Goethe). Das ist, schreibt Radbruch, die Grundnorm auf der die Geltung allen positiven Rechtes beruht. Nach diesem Gedanken, kehren wir keineswegs zurück auf die soziologische Geltungslehre, weil das Recht, wenn

23. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 10, S. 80.

24. Vgl. RADBRUCH, «Wie in der Lehre vom Staatsvertrage, so wird in der Anerkennungstheorie das, was in dem wahren Interesse des Einzelnen liegt, als von ihm gewollt fingiert. Streifen wir diese Fiktion ab, gründen wir die Geltung des Rechts nicht auf die fingierte Anerkennung seiner Geltung durch die Rechtsunterworfenen, sondern auf das wahre Interesse der Rechtsunterworfenen an seiner Geltung», *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 10, S. 81.

25. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Studienausgabe, Heidelberg, C.F. Müller 1999), § 10, S. 82.

es nur wirklich geltend gemacht wird, nicht gilt, aber gilt, wenn es wirksam geltend gemacht wird, denn nur dann kann es Rechtssicherheit vergeben.

Also begründet die Versicherung von Ordnung, Ruhe, und Rechtssicherheit, den Sollensinhalt (und nicht das Müssen) der Rechtsnormen (weil diese Versicherung den wahren Interesse der Individuen entspricht), so wie den Rechtsverabschiedungsakt (weil der, der diese Sicherheit garantiert, Rechtsetzen kann). Die Rechtssicherheit stellt sich so zwischen Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit und stellt schließlich, ein Rechtsfundament dar Trotz Radbruchs Meinung, dass diese drei Rechtselemente gleichwertig sind, ist die Wahl ein Element des persönlichen Bewusstseins; das aber heißt Zweckmäßigkeit, ist also ein Element des Rechtsinhaltes.

Konklusion. Zusammenfassend könnten wir sagen, dass Radbruch zeigt, dass es einen wissenschaftlichen *Trialismus* gibt zwischen Rechtssoziologie, als empirisch - erklärende Erforschung der sozialen Wirklichkeit des Rechts, der Rechtsphilosophie, als Rechtslehre, und der Rechtswissenschaft, als wertbeziehende Lehre vom Positiven Recht eines bestimmten Rechtssystems. Er braucht die positiven Thesen über Recht, um eine analytische Rechtslehre zu formulieren. Das bedeutet, dass er diese positiven Rechtslehren kritisiert um weiterhin eine Systematik über die Grundbegriffe des Rechts zu bilden. So verbindet er normative und analytische Untersuchungen so die reine Rechtsdogmatik eine Zwischenstellung hat. Er bildet eine Rechtsidee, trialistisch wie gesagt, die aus Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit besteht. Diese Elemente der Rechtsidee ergeben sich aus der Verflechtung der Rechtssoziologie, der Rechtswissenschaft und der Rechtsphilosophie. Diese Begriffe sehen absolut aus; aber darauf, im Rahmen des Rechts als Wert, versucht Radbruch eine Relativistische Theorie zu begründen, und schafft schließlich eine wertbeziehende Rechtslehre, die gleichförmig an diesen absoluten Begriffen begründet ist.

Ein besonderes Problem haben wir bezüglich zu dem Begriff der Gerechtigkeit in Radbruchs Werk. Insbesondere versteht er diesen Begriff als nicht realistischen. Das bedeutet, dass die Gerechtigkeit ein unverletzbarer Wert ist; so strikt unverletzbar, dass er sie mit dem Wert gleichheit gleichstellt. Weiterhin, verkunüpft sich der Relativismus sehr schwer mit einer Normativität. Aber ein lebendiges Rechtssystem (z.B. unsere Rechtssysteme) kann nur normativ sein. Das bedeutet, dass Realismus in einen kontemporärem Rechtssystem nur zum Rechtspluralismus führen kann.

G. Radbruch glaubt zu diesem sehr wichtigen Thema, dass Realismus im Rahmen der Rechtsphilosophie vernünftig (in logischer Folge), zum Rechtspositivismus führen muss!²⁶.

D.A. GENERALIS
(Berlin)

26. G. RADBRUCH, «Der Realismus in der Rechtsphilosophie». «Der Mensch im Recht», S. 82.

ΟΙ ΗΘΙΚΕΣ ΕΚΦΑΝΣΕΙΣ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ ΣΤΗ ΦΙΛΟΣΟΦΙΑ
ΤΟΥ G. RADBRUCH – ΙΔΕΕΣ, ΑΡΧΕΣ ΚΑΙ ΙΣΧΥΣ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ.

Π ε ρ ί λ η ψ η

Ἡ ἀμφίδρομη σχέση ἀνάμεσα στὴν ἐξέλιξη τοῦ δικαίου καὶ τὴν κοινωνία μᾶς εἶναι ἤδη γνωστή. Στὴν πρώτη γραμμὴ βρίσκονται τὰ ἦθη (ὡς κοινωνικὲς σχέσεις, ἐνδεχομένως μὲ μία θρησκευτικὴ-χριστιανικὴ χροιά) ἐνῶ στὴ συνέχεια ὁ νομοθέτης ἐπιχειρεῖ τὴ διατύπωση τῆς οὐσίας τοῦ Νόμου. Μέσα ἀπ' αὐτὸ προκύπτουν τὰ ἐξῆς ἐρωτήματα: (α) Ὑπάρχει συσχέτιση μεταξὺ Δικαίου, Ἠθικῆς καὶ Πολιτικῆς; (β) Ποιὰ εἶναι ἡ σημασία τῆς Δικαιοσύνης; (γ) Ὑπερισχύει τὸ Φυσικὸ ἢ τὸ Θετὸ Δίκαιο; (δ) Σὲ τελικὴ ἀνάλυση ποιὰ εἶναι ἡ θέση τῶν ἀνθρωπίνων δικαιωμάτων μέσα στὸ δικαϊκὸ χῶρο; Αὐτὲς ὅλες εἶναι ἐννοιες, τίς ὁποῖες σχολιάζει ὁ G. Radbruch στὴ Φιλοσοφία τοῦ Δικαίου του καὶ συνεχίζει ἀναλύοντας πῶς αὐτὲς οἱ ἀξίες, οἱ ὁποῖες προέκυψαν μέσα ἀπ' τὴν ἠθικὴ καὶ τὰ ἦθη, λειτουργοῦν μέσα στὸ χῶρο τοῦ δικαίου καὶ γιὰ αὐτὴν τὴν λειτουργία ὀνομάζεται *ἀξιολογικὸς σχετικισμὸς*.

Δημήτριος Α. ΓΚΕΝΕΡΑΛΗΣ