

## Klausur Grundlagenstudium

### Rechts- und Staatsphilosophie SoS 2018

#### - Lösungsskizze -

#### Frage 1:

„Der alleinige Weg zur Errichtung einer ... allgemeinen Gewalt, die in der Lage ist, die Menschen vor dem Angriff Fremder und vor gegenseitigen Übergriffen zu schützen und ihnen dadurch eine solche Sicherheit zu verschaffen, dass sie sich durch eigenen Fleiß und von den Früchten der Erde ernähren und zufrieden leben können, liegt in der Übertragung ihrer gesamten Macht und Stärke auf einen Menschen oder eine Versammlung von Menschen... Dies ist mehr als Zustimmung oder Übereinstimmung: Es ist eine wirkliche Einheit aller in ein und derselben Person, die durch Vertrag eines jeden mit jedem zustande kam, als hätte jeder zu jedem gesagt: Ich autorisiere diesen Menschen oder diese Versammlung von Menschen und übertrage ihnen mein Recht, mich zu regieren, unter der Bedingung, dass du ihnen ebenso dein Recht überträgst und alle ihre Handlungen autorisierst“.

a) Wer ist der Autor dieses Textes?

Thomas Hobbes (Leviathan, 17. Kapitel). (1)

b) Bestimmen Sie, wer die Parteien dieses Vertrages sind (und wer nicht) und wie die (rechtlichen) Beziehungen zu dem oder den regierenden Menschen zu erklären sind. Was ist das Ergebnis des Vertrages? (2)

Die Parteien des Urvertrags sind nur die Menschen, die auf ihre Rechte verzichten und sich einem Herrscher unterwerfen („horizontaler Unterwerfungsvertrag“). Der Urvertrag bewirkt rechtliche Bindungen *nur zwischen den Menschen untereinander*, nicht aber zwischen den Untertanen und dem Herrscher. Wie aber kann erklärt werden, dass der Souverän die Rechte aller einzelnen erlangt, ohne rechtliche Bindungen einzugehen? Hobbes äußert sich hierzu nicht sehr klar. In einer Schrift unterscheidet er von dem Urvertrag der Bürger untereinander eine *"Schenkung des Rechts"* (*donatio iuris*) gegenüber dem Souverän (De Cive VI 20: S. 148) als einer zweiten Verbindlichkeit. Die strikte Unterscheidung zwischen Vertrag und Schenkung mag juristisch anfechtbar sein, ist aber in Ansehung der Konstruktion des Leviathan stimmig. Denn nur so kann Hobbes zu dem Ergebnis gelangen, dass der Herrscher mit den Untertanen keinen Vertrag eingegangen sei und deshalb einen derartigen Vertrag auch gar *nicht brechen könne* (Leviathan XVIII). Umgekehrt kann sich kein Untertan von seiner Unterwerfung befreien, indem er sich auf Verwirkung durch einen Vertragsbruch des Herrschers beruft.

Die Person, der alle Rechte der einzelnen durch die *donatio iuris* übertragen werden, heißt *Staat* oder Gemeinwesen, der große Leviathan, den Hobbes als den sterblichen Gott bezeichnet, dem wir unter dem unsterblichen Gott allein Frieden und Schutz verdanken. Nach den Attributen dieses Staates ist nicht gefragt. Wenn jemand hierzu Ausführungen macht, ist das in Ordnung.

c) Beschreiben Sie die Gründe, warum die Menschen diesen Vertrag abschließen. (2)

Die Menschen wollen mit diesem Vertrag den Naturzustand überwinden. Der Naturzustand ist ein *Krieg aller gegen alle*, ein *bellum omnium contra omnes* (L. I. Kap. 13). Im Naturzustand gilt der Satz: *"Homo homini lupus est"*. Der Mensch ist dem Menschen ein Wolf. Es gibt in diesem Zustand nur ein Recht, nämlich das Recht auf Selbsterhaltung, das ein Recht auf alles ist. Dieses Recht des Naturzustandes ist aber kein Recht im Sinne der rechts- und moraltheoretischen Tradition. „Dies Recht aller Menschen auf alles ist in der Wirklichkeit nicht mehr wert, als wenn ein Mensch ein Recht auf nichts hätte. Denn ein Mensch kann wenig Gebrauch von seinem Rechte machen und Nutzen davon haben, wenn ein anderer ... ein Recht auf dasselbe hat“ (E I, XIV: 99). Der Naturzustand ist kein Naturrechtszustand!

Warum wollen die Menschen den Naturzustand verlassen? Der Naturzustand widerspricht aus mehreren Gründen der Natur der Menschen: Erstens müssen die Menschen ständig *Furcht* vor ihrer Tötung haben. Zweitens vermischen die Menschen im Naturzustand die Güter ihrer *Begierde*: Eigentum, Industrie, Handel, Künste und Wissenschaften etc. „Die Leidenschaften, die die Menschen zum Frieden unter sich geneigt machen können, sind die Furcht überhaupt und insbesondere die Furcht vor einem gewaltsamen Tod; ferner die Begierde nach jenen Dingen, die für ein angenehmes Leben nötig sind; und die *Hoffnung*, sie durch Fleiß zu erreichen“ (Lev. 13). Furcht, Begierde, Hoffnung treiben die Menschen zum Verlassen des Naturzustandes.

### Frage 2:

„Wie kann ein Mensch frei und dennoch gezwungen sein, sich dem Willen anderer, der nicht sein Wille ist, zu fügen? Wie können Opponenten frei und trotzdem Gesetzen unterworfen sein, denen sie nicht zugestimmt haben? Meine Antwort lautet, dass die Frage falsch gestellt ... ist. Der Bürger stimmt allen Gesetzen zu, selbst denen, die gegen seinen Willen erlassen worden sind ... Der beständige Wille aller Mitglieder des Staates ist der Gemeinwille; durch ihn sind sie erst Bürger und frei. Wenn in einer Volksversammlung ein Gesetz vorgeschlagen wird, so heißt die Frage an das Volk nicht, ob es dem Vorschlag zustimmen oder ihn ablehnen soll, sondern ob er (= der Vorschlag) dem Gemeinwillen, der ja der Wille aller ist, entspricht oder nicht. Jeder gibt mit seiner Stimme seine Meinung kund, und aus der Stimmzahl liest man den Gemeinwillen ab“.

a) Wer ist der Autor dieses Textes? (1)

Antwort: Jean Jacques Rousseau (Vom Gesellschaftsvertrag, Buch IV, Kapitel 2).

b) Warum bleibt nach Auffassung des Autors die überstimmte Minderheit frei? Anders gefragt: Wie erklärt der Autor das Abstimmverhalten der Minderheit? (2)

Antwort: Die Minderheit ist schlicht und einfach einem **Irrtum** unterlegen, sie hat sich über den Inhalt des Gemeinwillens **geirrt**: „Wenn ich überstimmt werde, so beweist das nur, dass ich mich geirrt habe, und dass es nicht der Gemeinwille war, was ich dafür gehalten habe“. Diese Erklärung Rousseaus zeigt, dass der Gemeinwille (*volonté générale*) nicht die Summe aller Einzelwillen ist, nicht die *volonté des tous*, sondern eine vorausgesetzte Idee, eine „moralisch-metaphysische Wesenheit“, die nur von ihrem Inhalt her identifizierbar ist.

c) Immer wieder traf den Autor der Vorwurf, seine Vorstellung vom Gemeinwillen habe etwas Totalitäres. Woraus erklärt sich der Vorwurf, und ist er berechtigt? (2)

Antwort: Carl Schmitt hat die zitierte Textstelle als Einbruchstelle der „Jakobinerlogik“ in die politische Theorie Rousseaus bezeichnet, weil es ja durchaus sein könne, dass die Mehrheit sich irrt, d. h. dass eine tugendhafte Minderheit den Gemeinwillen gegen eine verleitete oder

lasterhafte Mehrheit zu erkennen vermag und daraus das Recht ableitet, die Mehrheit zu tugendhaftem Verhalten zu erziehen („demokratische“ Erziehungsdiktatur). Dagegen spricht, dass für Rousseau a. a. O. zum einen dann, wenn „alle Kennzeichen des Gemeinwillens (nicht mehr) bei der Mehrheit sind, ... es keine Freiheit mehr (gibt), welche Partei man auch ergreift“, und zum anderen „sich die Meinung, die sich durchsetzt, umso mehr der Einstimmigkeit nähern soll, je bedeutsamer und schwerwiegender die Entscheidungen sind“. Vom Bearbeiter können beide Positionen vertreten werden.

### Frage 3:

„Der ursprüngliche Kontrakt ... ist eine bloße Idee der Vernunft, die aber ihre unbezweifelte (praktische) Realität hat: nämlich jeden Gesetzgeber zu verbinden, dass er seine Gesetze so gebe, als sie aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volks haben entspringen können, und jeden Untertan, sofern er Bürger sein will, so anzusehen, als ob er zu einem solchen Willen mit zusammen gestimmt habe“.

a) Wer ist der Autor dieses Satzes? (1)  
Immanuel Kant (Gemeinspruch A 250 – S. 153).

b) Was ist das „Ursprüngliche“ des angesprochenen Kontraktes? (2)  
Der Vertrag markiert keinen Anfang staatlicher Existenz. Wenn Kant vom „ursprünglichen Kontrakt“ spricht, meint er mit „ursprünglich“ nicht „uranfänglich“, sondern meint den Grund und das Begründende. Kant erzählt keine Geschichte, sondern trägt ein Argument vor. Der Vertrag ist nicht die Geschichtsurkunde des Staates, sondern dessen Vernunfturkunde.

c) Was ist die „praktische Realität“ dieses Kontraktes und was hat diese Realität mit Demokratie als Staatsform zu tun? (2)  
Der Vertrag ist das *Prinzip der Beurteilung der Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns*. Staatliche Akte sind nur dann rechtmäßig, wenn sie durch einen Vertrag aller Bürger hätten beschlossen werden können. In Kants Worten: Jeder Gesetzgeber muss seine Gesetze so geben, „als sie aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volkes haben entspringen können“. Die Vertragsidee ist also der „*Probierstein der Rechtmäßigkeit eines jeden öffentlichen Gesetzes*“.

Die Vertragsidee ist ein Negativkriterium, das zur Erkenntnis positiver Gesetze führen kann. Das Kriterium der Zustimmungsmöglichkeit entlastet den Gesetzgeber von der Herbeiführung des empirischen Konsenses der Bürger. Es belastet das Gesetzgebungsverfahren nicht mit der Erforschung des faktischen gesamtgesellschaftlichen Willens. Das Vertragskriterium ist also ein Gedankenexperiment: „Der empirische Gesetzgeber soll in seinem Kopf Demokratie simulieren“. Das Vertragskriterium wendet sich an jeden empirischen Gesetzgeber, den autokratischen ebenso wie den aristokratischen und demokratischen. Mit Demokratie als einer wirklichen Staatsform hat das Vertragskriterium also wenig bis nichts zu tun.

### Frage 4:

„Für die physiologische und psychologische Betrachtung existiert eine Symphonie als konstantes Objekt nicht. Vom Standpunkt des Naturerkennens gibt es in der objektiven Außenwelt und in der Innerlichkeit menschlicher Subjekte nur Luftschwingungen und die durch sie erzeugten Tonempfindungen. ... Allein ganz anders stellt sich die Sache für die ästhetische Betrachtung dar. Ihr erscheint die Symphonie als ein Objekt des Genusses, der Betrachtung, der musikalischen Erkenntnis. ... Denn für die Welt der ästhetischen Empfindung gilt eine ganz andere Wahrheit als für die der theoretischen Erkenntnis. Die C-Moll-Symphonie Beethovens ist für die musikalische Empfindung und Betrachtung ein Objekt der tiefsten,

wahrsten, gewaltigsten Realität und alle Naturwissenschaft und Psychologie sind nicht imstande, an dem Bewusstsein dieser Realität auch nur im Geringsten zu rütteln“.

a) Wer ist der Autor dieses Textes? (1)

Georg Jellinek (System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. Tübingen 1919, S. 14 f.)

b) Was will der Autor mit dem – etwas missverständlich formulierten – Symphoniebeispiel sagen? (2)

Das Symphoniebeispiel ist missverständlich. Man könnte meinen, dass für die naturwissenschaftliche Betrachtung die Symphonie Beethovens gar nicht existiert. Das will Jellinek mit seinem Symphoniebeispiel aber gerade nicht sagen. Für ihn ist vielmehr das *Erkenntnisobjekt objektiv vorgegeben und wird lediglich von verschiedenen Seiten bzw. Perspektiven aus betrachtet*: „Ein und dasselbe Objekt kann zu einer Fülle von Erkenntnisarten Anlass geben. So groß auch die Differenzen unter ihnen sein mögen, so muss deshalb dennoch kein Widerspruch unter ihnen statthaben. Je nach dem Gesichtspunkte, unter dem es betrachtet wird, ist auch die Erkenntnis des Objektes eine andere“.

c) Der Autor hat die methodologische Ansicht, die er im Symphoniebeispiel erläutern wollte, in die Staatslehre übertragen. Wie heißt die Lehre, die das Ergebnis dieser Übertragung ist, und was sind die Inhalte dieser Lehre? (2)

Das Ergebnis der Übertragung ist Jellineks „Zwei-Seiten-Lehre“: Was für die Symphonie Beethovens gilt, soll auch für den Staat gelten: Der Staat kann unter zwei Gesichtspunkten erklärt werden, nämlich als gesellschaftliches Gebilde und als rechtliche Institution. Entsprechend fällt die Staatslehre in zwei Disziplinen, die *soziale Staatslehre* und die *Staatsrechtslehre*. Soziale Staatslehre und Staatsrechtslehre sind innerhalb der Staatslehre zwar abgegrenzte Gebiete, aber keine Gegensätze. Dennoch ist die Trennung unverzichtbar, da beide Lehren *unterschiedliche Methoden* haben, nämlich einerseits die soziologische, historische und politische Methode, andererseits die juristische Methode. Jellinek unterscheidet *Kausalwissenschaften* und *Normwissenschaften*. Die Kausalwissenschaften erforschen den ursächlichen Zusammenhang der Erscheinungen, die Normwissenschaften die Regeln, die durch menschliche Gedanken und Handlungen zu verwirklichen sind. Die ersten Regeln haben ein Sein, die zweiten ein Sollen zum Gegenstand. „Die Rechtswissenschaft ist daher eine Wissenschaft nicht der Seinsgesetze, sondern der Normen“. In Ansehung der Staatsrechtslehre setzt Jellinek das Programm des juristischen Positivismus von Gerber und Laband fort, d. h. er sichert den Juristen ein „Methoden-“ bzw. „Konstruktionsreservat“.

#### Frage 5:

„... die Suche nach dem Geltungsgrund einer Norm kann nicht, wie die Suche nach der Ursache einer Wirkung ins Endlose gehen. Sie muss bei einer Norm enden, die als letzte, höchste vorausgesetzt wird. Als höchste Norm muss sie *vorausgesetzt* sein, da sie nicht von einer Autorität *gesetzt* sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müsste. Ihre Geltung kann nicht mehr von einer höheren Norm abgeleitet, der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden“.

a) Wer ist der Autor dieses Textes? Wie nennt der Autor die vorausgesetzte Norm? (1)

Hans Kelsen, der die höchste Norm als Grundnorm bezeichnet (Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 197).

b) Was ist diese Norm in erkenntnistheoretischer Hinsicht und was sind ihre Leistungen? (2)

Die Grundnorm ist die „transzendental-logische Bedingung“ für die Begründung der Geltung des positiven Rechts. Sie ist nicht der subjektive Sinn eines Willensaktes, sondern nur der

Inhalt eines Denkaktes, sie ist eine „gedachte Norm“. Einfacher: Sie hat „keine ethisch-politische, sondern eine *erkenntnistheoretische Funktion*“. Sie verhindert schlicht und einfach den unendlichen Regress. - In seinem Spätwerk hat Kelsen den transzendentalen-logischen Anspruch der Grundnorm aufgegeben und ihr nur noch den Status einer Fiktion zugewiesen: „Ich habe (die Auffassung, dass die Grundnorm eine rein gedachte Norm ist, der kein Willensakt zugrunde liegt) aufgegeben in der Erkenntnis, *dass ein Sollen das Korrelat eines Wollens sein muss*. Meine Grundnorm ist eine *fiktive Norm*, die einen *fiktiven Willensakt* voraussetzt, der diese Norm setzt. Es ist die Fiktion, dass irgendeine Autorität will, dass dies sein soll“.

Die *erste Leistung* der Grundnorm ist die Zusammenfassung der Menge der vorgefundenen Normen in ein Gesamtsystem (*Einheitskonstituante*): „Alle Normen, deren Geltung auf eine und dieselbe Grundnorm zurückgeführt werden kann, bilden ein *System von Normen, eine normative Ordnung*. ... Diese Grundnorm ist es, die die Einheit einer Vielheit von Normen konstituiert, indem sie den Grund für die Geltung aller zu dieser Ordnung gehörigen Normen darstellt“. Die Einheit der Rechtsordnung, die von der Grundnorm konstituiert wird, drückt sich auch darin aus, „dass eine Rechtsordnung in Rechtssätzen beschrieben werden kann, die sich nicht widersprechen“. *Widerspruchsfreiheit!*

Die *zweite Leistung* der Grundnorm ist die *Versöhnung von Normativität und Positivität*, einfacher gesprochen die Aufrechterhaltung der Trennung von Sein und Sollen. Bis hierher könnte der Theorie Kelsens nämlich entgegengehalten werden, dass sie sich doch mit Seins-tatbeständen beschäftigt, nämlich mit der *faktischen* Wirksamkeit von Zwangsakten. Es ist die Grundnorm, die die Verbindlichkeit, die Normativität des Rechts begründet, nicht aber der empirische Gesetzgeber, der die Normen erlassen hat. Die Rechtswissenschaft erzeugt also ihren Gegenstand selbst. Erzeugung meint dabei nicht Erschaffung des Rechts, die Rechtswissenschaft ist keine Rechtsquelle. Erzeugung meint dagegen, etwas als eine sinnvolle Ordnung verstehen („Sinnstiftung“).

c) Der Autor spricht von der Geltung einer Norm, an anderer Stelle auch von der Wirksamkeit einer Norm. Wann ist eine Norm gültig, wann ist sie wirksam? (2)

Eine Norm ist *gültig*, wenn sie von der für die Normsetzung zuständigen Stelle erlassen wurde. Die Zuständigkeit ergibt sich aus der geltenden Rechtsordnung. „Geltungs-Grund einer Norm kann nicht (ihre) Wirksamkeit, eine Seins-Tatsache, sondern kann nur wieder eine Söll-Norm sein. Denn aus dem Sein kann kein Sollen, so wie aus dem Sollen kein Sein folgen kann. Die Norm, die der Grund der Geltung einer anderen Norm ist, weil sie deren Erzeugung regelt oder deren Inhalt vorausbestimmt, indem sie die Setzung von Normen bestimmten Inhalts untersagt oder vorschreibt, ist die höhere im Verhältnis zu einer niederen Norm. Das führt zu dem ... Stufenbau der Rechtsordnung“.

Eine Norm ist wirksam, wenn sie im Großen und Ganzen befolgt wird. Das Befolgen ist nun aber sicherlich eine Seinsfrage, so dass eingewandt werden könnte, dass Kelsen an diesem Punkt seinen theoretischen Anspruch nicht einhält. Kelsen erkennt natürlich das Problem und versucht es so zu lösen: Die Wirksamkeit gehört nicht zum Begriff des Rechts, da Recht eine Sollensordnung ist und die Wirksamkeit in der Sphäre des Seins angesiedelt ist. „Denn aus dem Sein kann kein Sollen, so wie aus dem Sollen kein Sein folgen kann.“ Die Wirksamkeit ist vielmehr eine *Bedingung der Geltung des Rechts*: Eine sich als Recht darstellende Zwangsordnung kann nur dann als gültig angesehen werden, „wenn sie im großen und ganzen wirksam ist“. Die Wirksamkeit ist eine Voraussetzung, eine Bedingung des Rechts.

(Die Wirksamkeit ist *nicht* der Grund der Geltung; das ist vielmehr die Grundnorm. Setzung und Wirksamkeit sind in der Grundnorm zur *Bedingung der Geltung* gemacht. Die Wirksam-

keit muss zur Setzung hinzutreten, „damit die Rechtsordnung als Ganzes ebenso wie eine einzelne Rechtsnorm ihre Geltung nicht verliere. *Eine Bedingung kann mit dem von ihr Bedingten nicht identisch sein.* So muss ein Mensch, um zu leben, geboren werden; aber um am Leben zu bleiben, müssen auch andere Bedingungen erfüllt werden, z. B. muss er Nahrung erhalten. Wird diese Bedingung nicht erfüllt, verliert er sein Leben. Aber das Leben ist weder mit dem Geboren-werden noch mit dem Nahrungserhalten identisch“.)

### Frage 6:

„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 „unrichtiges Recht“, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur“.

a) Wer ist der Autor dieses Textes? (1)

Gustav Radbruch (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), zitiert nach dem Wiederabdruck in: ders, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 339 (345 f.)) (1)

b) Welches ist der historische Hintergrund der Texte? Welcher rechtsphilosophischen Richtung ist der Autor dieses Textes zuzuordnen? (2)

Anlass für den 1946 veröffentlichten Aufsatz Gustav Radbruchs waren die sog. *Denunziantenfälle*, über die nach der Zerschlagung des Dritten Reiches deutsche Gerichte zu entscheiden hatten. Angeklagt waren Personen, die im Dritten Reich regimekritische Mitbürger angezeigt hatten. Regelmäßig führten diese Anzeigen zur Verurteilung zu schweren Strafen bis hin zur Todesstrafe. Nach 1945 verteidigten sich die Denunzianten damit, dass sie in Übereinstimmung mit dem Recht des Dritten Reiches gehandelt und nicht sie, sondern die Gerichte nach dem damals geltenden Recht die Todesstrafe verhängt hatten. Es ging also um die Frage, ob die Gesetze des Dritten Reiches Recht waren und die Denunzianten rechtmäßig gehandelt hatten. Es ist positiv zu bewerten, wenn die Bearbeiter diesen Hintergrund kennen.

Es genügt aber auch, wenn die Bearbeiter auf die den Denunziantenfällen zugrunde liegende, allgemeinere Problematik verweisen. Auch Radbruch ging es um diese Frage, nämlich darum, ob die nationalsozialistischen Mordbefehle, die Anordnung der Ermordung erst zehntausender geistig Behinderter, dann mehrerer Millionen europäischer Juden, Recht waren. Wenn sie Recht waren, dann hatten die Täter und Gehilfen zwar den objektiven (und subjektiven) Straftatbestand von §§ 211, 212 RStGB erfüllt, könnten sich aber auf die rechtsgültigen Befehle als Rechtfertigungsgründe berufen. Der historische Hintergrund ist also die Frage, *ob der Satz „Gesetz ist Gesetz“ in jedem Fall und damit eben auch für nationalsozialistisches Recht gilt.*

Gustav Radbruch rechtsphilosophische Position vor 1933 wird überwiegend als *positivistisch* bezeichnet. Der Positivismus schließt das geltende Recht mit dem gesetzten Recht und Gewohnheitsrecht ab, erkennt also die Geltung von Naturrecht nicht an, unterscheidet strikt zwischen Recht und Moral. Von dieser Position rückt Radbruch im zitierten Text, der eine Fassung der sog. „Radbruch’schen Formel“ entwickelt, deutlich ab: Wenn das positive Recht in einem erheblichen Widerspruch zur Gerechtigkeit steht, ist es nicht nur „unrichtig“, sondern verliert seine „Rechtsnatur“. Gerechtigkeit meint nicht das gesetzte und geschriebene Recht,

sondern ein Recht, das darüber steht. Radbruch nimmt 1946 also eine (gemäßigte) *naturrechtliche* Position ein. Positiv zu vermerken ist, wenn ein Bearbeiter bereits hier darauf hinweist, dass Radbruch die positivistische Lehre mit ihrer Auffassung vom Gesetz und seiner Geltung für das Versagen des deutschen Volkes und insbesondere der Juristen im Nationalsozialismus verantwortlich macht.

c) Welche rechtlichen, aber möglicherweise auch moralischen Argumente sprechen für und gegen die in dem Text vertretene Position? Denken Sie dabei auch an den historischen Hintergrund des Textes. (2)

Radbruch begründet seine Wendung zu der Annahme eines „übergesetzlichen Rechts“ mit der These, der positivistische Grundsatz „Gesetz sei Gesetz“ habe die *Juristen gegen Unrecht in Gesetzesform wehrlos gemacht*. Dieser Begründung liegt umgekehrt die Annahme zugrunde, ein Naturrecht sei geeignet, Gehorsamsverweigerung zu bestärken, also Widerstandspotentiale zu mobilisieren und rechtlich zu fundieren.

Radbruchs These, der Positivismus sei verantwortlich für das Versagen der Justiz im Dritten Reich, war nach 1945 lange Zeit gängige Meinung in Rechtsprechung und Literatur. Überzeugende Argumente für diese These lassen sich aber kaum finden. Im Gegenteil gibt es starke Argumente, die gegen diese These sprechen: (1) Der Großteil der Weimarer Staatsrechtslehrer, die 1933 zum Nationalsozialismus überliefen, waren strikte Antipositivisten. (2) Eine positivistische Methode gab es im Dritten Reich gerade nicht; vielmehr war die Kritik am Positivismus das wichtigste rechtswissenschaftliche Argument in der Ablehnung des Weimarer Staates.

Damit ist noch nicht Radbruchs Folgerung aus der Positivismusthese widerlegt, *naturrechtliches Denken sensibilisiere für Widerstand*. Der englische Rechtstheoretiker Hart wendet ein, hinter Radbruchs Position verberge sich das grundsätzliche Missverständnis, mit der Anerkennung einer Norm als einer gültigen Rechtsregel sei auch bereits die Frage entschieden, ob man dieser Rechtsregel Gehorsam leisten soll. Es kann durchaus Gesetze geben, denen man aus moralischen Gründen den Gehorsam verweigert. Hart beantwortet also – ebenso wie übrigens Kelsen – die Widerstandsproblematik mit einer strikten *Trennung von Rechtspflicht und Moralpflicht*.

Pragmatisch könnte ein Vorzug der Radbruch'schen Formel in ihrem geschichtlichen Hintergrund gesehen werden: Sie hätte die Möglichkeit einer justiziellen Ahndung der nationalsozialistischen Verbrechen eröffnet, indem sie den Tätern die Berufung auf nationalsozialistische Befehle und Gesetze als Rechtfertigungsgründe abgeschnitten hätte. Insoweit wird zutreffend von einem „rückwirkenden Effekt“ der Formel gesprochen. In den Mauerschützenprozessen wurde mit Hilfe dieses Effekts das DDR-Strafrecht naturrechtskonform ausgelegt und das strafrechtliche Rückwirkungsverbot umgangen. Das BVerfG hat in dieser Rechtsprechung der Strafgerichte keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG erkennen wollen: Der strikte Vertrauensschutz des Grundrechts trete angesichts des extremen Unrechts der DDR-Staatspraxis hinter das Gebot materieller Gerechtigkeit zurück. Wer die Möglichkeit nachträglicher Bestrafung als Vorzug erkennt, darf die Kritik an der Formel nicht übersehen. Die Bearbeiter sollten jedenfalls die ersten drei Kritikpunkte ansprechen.

(1) *Unbestimmtheit- Vieldeutigkeit des Naturrechts*: Über den Inhalt der Gerechtigkeit wird immer gestritten, weil es keine verbindlichen Maßstäbe dafür gibt. Es gibt nicht nur das aufklärerische Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts, sondern auch ein christliches Naturrecht, auch ein islamisches, marxistisches und wohl auch ein feministisches. Mit Naturrecht wurde nicht nur die Freiheit und Gleichheit des Individuums begründet, sondern über viele Jahrhun-

derte hinweg die Sklaverei legitimiert (Aristoteles, Thomas von Aquin), Frauen von jeglicher politischen Mitsprache ausgeschlossen, totalitär anmutenden Staatskonzeptionen vertreten (Platon, Hobbes) und ein natürliches Vorrecht des Stärkeren verfochten (Kallikles).

(2) *Maßfrage*: Nicht jedes ungerechte Gesetz soll nach der Radbruchschen Formel ungültig sein, sondern nur das in besonderem Maße ungerechte. Die Frage, wie dieses Maß zu bestimmen ist, lässt sich nicht verbindlich beantworten.

(3) *Begründung von Strafbarkeit*: Die Radbruch'sche Formel begründet unter Berufung auf das Naturrecht die Strafbarkeit. Das ist übrigens ihr erstes Anliegen (Denunziantenfälle). Herkömmlicherweise dient Naturrecht zur Rechtfertigung desjenigen, der staatlichen Gesetzen nicht Folge leistet. Es rechtfertigt Widerstand, Aufruhr oder den Tyrannenmord (Wilhelm Tell). Eine naturrechtliche Begründung für die Strafbarkeit dessen, der den staatlichen Gesetzen Folge leistet, ist – soweit ersichtlich – den naturrechtlichen Systemen fremd.

(4) *Vernichtung der Rechtsgeltung*: Dass Naturrecht geltendes Recht nicht nur mit dem Makel der Ungerechtigkeit versieht, sondern ihm die Geltung abspricht, ist der naturrechtlichen Tradition ebenfalls fremd. Naturrechtssätze appellieren vielmehr an den Gesetzgeber, bewirken aber nicht unmittelbar eine Derogation entgegenstehenden positiven Rechts.

(5) *Politische Naivität*: Die Formel ist politisch naiv. Regelmäßig werden Gesetze des beschriebenen Inhalts nur in härtesten Diktaturen erlassen. Dann aber kommt Widerstand regelmäßig zu spät. Die Formel verlangt Bereitschaft zum Märtyrium für Situationen, in denen das Märtyrium politisch folgenlos bleibt. Ein Jurist, der im Dritten Reich den Nürnberger Gesetzen den Gehorsam verweigert hätte, wäre nachdrücklich belehrt worden, dass es sich um geltendes Recht handelt.