

**Adam Gałamaga**

Uniwersytet im. Johanna Wolfganga Goethego  
Frankfurt nad Menem  
Niemcy

## **DAS SPANNUNGSVERHÄLTNIS ZWISCHEN RECHT UND MORAL BEI GUSTAV RADBRUCH**

### **Einleitung**

Den Konflikt zwischen Recht und Moral könnte man sowohl als ein moralisches als auch als ein rechtliches Problem betrachten. In realen juristischen Situationen zeigt sich das Spannungsverhältnis zwischen Recht und Moral primär als eine Kollision zwischen der äußeren gesetzten Rechtsordnung (positives Recht) und den inneren privaten Moralvorstellungen einer Person. Mit Person kann ein tatsächlicher oder hypothetischer Verfassungs- bzw. Gesetzgeber, ein Richter als Mitgestalter des Rechts, oder auch ein Einzelbürger gemeint sein. Jede Person steht vor der Entscheidung, ob und wieweit sie bestimmten Normen des positiven Rechts Folge leisten soll<sup>1</sup>. Eine Handlung kann in dieser Hinsicht legal sein, wenn sie gegen das bestehende Recht nicht verstößt, könnte aber gleichzeitig von moralischem Standpunkt aus gesehen als nicht legitim gewertet werden. Auch wenn die positive Rechtsordnung eine Zwangsordnung ist und befolgt werden muss, kann die Gehorsamspflicht gegenüber dem positiven Recht in Frage gestellt werden, wenn der Handelnde dem bindenden Recht in moralischer Hinsicht nicht zustimmt.

Das Verhältnis von Moral und Recht kann allgemein gesehen empirisch oder normativ betrachtet werden<sup>2</sup>. Die empirische Vorgehensweise besteht darin, dass man fragt, auf welche Weise und in welchen Fällen dem positiven Recht tatsächlich der Gehorsam verweigert wird. Normativ wird

---

<sup>1</sup> Vgl. W. Enderlein, *Abwägung in Recht und Moral*, Freiburg [u.a.] 1992, S. 285.

<sup>2</sup> Diese Unterscheidung findet sich in: R. Dreier, *Recht – Moral – Ideologie*, Frankfurt/Main 1981, S. 182.

wiederum danach gefragt, aufgrund welcher tatsächlich vorkommenden Moralauffassungen auf welche Weise und in welchen Fällen der Gehorsam verweigert werden sollte. Die Fragen beiderlei Art sind mit dem Ideologieproblem verbunden – dem Verhältnis von Recht und Moral geht immer eine bestimmte Weltanschauung zugrunde. Es bleibt dabei unstritten, inwiefern zwischen Recht und Moral ein begrifflicher Zusammenhang besteht. Bei der Klärung dieser Frage muss besonders auf die Terminologie geachtet werden. Gewöhnlich wird nämlich im rechtsphilosophischen Diskurs das Verhältnis von Recht und Moral aufgefasst als das Verhältnis des Rechts, wie es ist, d.h. des positiven Rechts, zum Recht, wie es nach Moral- bzw. Gerechtigkeitsprinzipien sein soll, d.h. zum herkömmlich sogenannten Natur- und/oder Vernunftrecht<sup>3</sup>. Historisch gesehen hat man sich Recht und Moral immer als Ausprägungen eines einheitlichen Zusammenhangs vorgestellt. Dies gilt allerdings vor allem für die Rechtsphilosophie vor Kant – seine Rechtslehre und die darauf folgende moderne praktische Philosophie haben dafür gesorgt, dass man heute beim Thema Recht und Moral an Verschiedenes denken kann<sup>4</sup>.

Der „harte“ Rechtspositivismus<sup>5</sup>, der den notwendigen Zusammenhang zwischen Recht und Moral leugnet, verkennt, dass die Gesetze, die er für gültig erklärt, auf eine bestimmte Moralauffassung zurückgehen, unabhängig davon, welche Moralauffassung es ist. Für die Vertreter einer solchen Rechtsphilosophie muss die Existenz von Grund- und Menschenrechten problematisch erscheinen. Sie gelten nämlich als Sonderfall des Rechts, da sie nicht als bloßer Rechtspositivismus, sondern eben als ethisch-normative Regelungen angesehen werden. Es lässt sich allerdings festhalten, dass jede positive Rechtsordnung schon immer wegen seiner Positivität eine im großen und ganzen funktionierende und wirksame Normenordnung ist.

---

<sup>3</sup> Vgl. ebenda, S. 180.

<sup>4</sup> Die Interpretation, die die Kantische Rechtsphilosophie zum Wendepunkt erklärt, findet sich in: K. Kühl, *Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht – ein Problemaufriss*. In: *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, hrsg. v. H. Jung [u.a.], Baden-Baden 1991, S. 139.

<sup>5</sup> Zum Beispiel in der systemtheoretischen Rechtsanalyse, in der die Rechtfertigung und Begründung der Geltung des Rechts in moralischen Maßstäben verworfen wird. Nach Luhmann, dem Hauptvertreter dieser Richtung, gilt das Recht „allein deshalb, weil entschieden worden ist, daß es gilt“ – zitiert nach: W. Enderlein, *Abwägung in Recht...*, S. 306.

In der folgenden Arbeit wird gerade von dem Konzept des Rechtspositivismus und seinen Grenzen die Rede sein. Gustav Radbruch, der durch den Neukantianismus geprägt wurde, steht als prominenter Vertreter des Rechtspositivismus in der Weimarer Republik exemplarisch für eine ganze Reihe von Rechtstheoretikern. Bezeichnend für Radbruch ist dabei seine Distanzierung von seiner ursprünglichen Rechtstheorie nach der Erfahrung des Nationalsozialismus. Die sich aus den geschichtlichen Begebenheiten ergebende Rückbesinnung auf das Naturrecht verleitete Radbruch zur Formulierung einer folgenreichen These, derzufolge die Missachtung des gesetzten Rechts unter besonderen Umständen berechtigt sei. Der vorliegende Text versteht sich als ein Versuch, diesen Umbruch im Radbruch-schen Denken zu charakterisieren und kritisch zu beleuchten. Zunächst wird die „harte“ Variante des Rechtspositivismus von Hans Kelsen als „Folie“ herangezogen, um in das Werk Gustav Radbruchs einzuführen.

## Die Kritik der Naturrechtslehre durch Hans Kelsen

Hans Kelsen gilt ähnlich wie Gustav Radbruch als einer der einflussreichsten Verfechter des Rechtspositivismus. Die von ihm entwickelte Reine Rechtslehre ist „eine Theorie des positiven Rechts schlechthin [...]“<sup>6</sup> und sollte im Ansatz grundsätzlich von allen systematisch fremden Elementen frei bleiben. So wird eine Rechtsphilosophie ganz ohne einen Rückgriff auf die Moral- oder Sozialphilosophie postuliert. Gegenstand der Rechtswissenschaft sollen nur rechtliche Normen sein – sittliche oder moralische Normen sind von ihr thematisch zu trennen und sollen ausschließlich im Rahmen der Ethik behandelt werden.

Allgemein könnte man Kelsens Rechtsphilosophie als eine „spezifische Verbindung von Wertrelativismus und Rechtspositivismus“<sup>7</sup> bezeichnen. Der Werterelativismus bedeutet, dass die Inhalte des gesetzten Rechts als axiologisch indifferent anzusehen sind<sup>8</sup>. Wenn man postuliert, dass die gesetzten Normen den moralischen Vorstellungen von Gerechtigkeit entsprechen, verfehlt man die Tatsache, dass es höchst unterschiedliche Gerechtigkeitssysteme gibt. Die Tatsache, dass die Menschen zu verschie-

---

<sup>6</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1976, S. 1.

<sup>7</sup> R. Dreier, *Recht – Moral – Ideologie...*, S. 187.

<sup>8</sup> H. Kelsen bringt dies deutlich zum Ausdruck, indem er sagt: „[...] jeder beliebige Inhalt [kann] Recht sein. Es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, Inhalt einer Rechtsnorm zu sein“ – H. Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, S. 201.

denen Zeiten und an verschiedenen Orten das Gute und Böse, das Gerechte und Ungerechte unterschiedlich interpretiert haben, spricht gegen die Existenz einer absoluten Moral. Vielmehr ist jede ein bestimmtes menschliches Verhalten als gesollt setzende Sozialnorm Ausdruck eines relativen moralischen Wertes, der für eine bestimmte Gesellschaft charakteristisch ist<sup>9</sup>. Der Werterelativismus führt in Folge zur strikten Unterscheidung zwischen dem Bereich des Rechts und dem Bereich der Moral und auf diesem Wege letztendlich zur Degradierung der Naturrechtskonzeption. Kelsen meint nämlich, dass jede funktionierende Zwangsordnung objektiv als gültige normative Ordnung angesehen werden kann. Das bedeutet, dass keiner positiven Rechtsordnung wegen des Inhalts ihrer Normen die Geltung abgesprochen werden kann. Jede Naturrechtslehre würde dies leugnen; ihr zufolge gibt es nämlich Rechtsordnungen, die nicht als objektiv gültig anerkannt werden können<sup>10</sup>.

Die Gesamtheit des gesetzten Rechts ist für Kelsen eine Sammlung von rechtlichen Sollenssätzen. Welche Sollenssätze es genau sind, bestimmt der Gesetzgeber. Die Instanz, welche über die Autorität bzw. Macht verfügt, Gesetze zu erlassen, ist aus diesem Grund direkt befugt, Normen festzulegen. Aus einer bloßen Gegebenheit der Machtinstanz können allerdings keine verbindlichen Normen hergeleitet werden. Kelsen folgt in diesem Punkt der neukantianischen strengen Trennung zwischen den Kategorien Sollen und Sein: Aus dem Faktum, dass es etwas gibt, folgt nicht, wie es sein sollte. Die Frage nach dem Geltungsgrund des Rechts lässt sich nur durch eine transzendentallogische Annahme beantworten. Wenn man nämlich die Verpflichtungskraft einer Norm annimmt, wird man wissen wollen, was für eine Norm die Voraussetzung für diese Norm ist. Damit dies nicht in einen unendlichen Regress mündet, wird von Kelsen die so genannte Grundnorm angenommen. Diese sei nötig, denn nur durch eine solche transzendentallogische Annahme könne die Geschlossenheit und Konsistenz einer Rechtsordnung garantiert werden.

Ein System von Normen muss, so Kelsen, auf die Grundnorm zurückgehen, damit man von einer geltenden normativen Rechtsordnung sprechen kann. Die Grundnorm ist „die gemeinsame Quelle für die Geltung aller zu einer und derselben Ordnung gehörigen Normen, ihr gemeinsamer Geltungsgrund“<sup>11</sup>. Die Grundnorm liefert dabei lediglich den Gel-

---

<sup>9</sup> Vgl. ebenda, S. 67.

<sup>10</sup> Zur philosophiegeschichtlichen Einordnung der Debatte um die Naturrechtslehre siehe den Schlussteil dieser Arbeit.

<sup>11</sup> Ebenda, S. 197.

tungsgrund für das Normensystem, sie spielt bei der Festlegung der Rechtsinhalte keine Rolle. Sie erlaubt somit die Fixierung beliebigen Rechts, das sich vor allem durch seine Positivität, nicht aber durch im Voraus postulierte moralische Ansprüche charakterisiert. Die Grundnorm setzt vor allem voraus, dass die verfassungs- oder gesetzgebende Instanz als die höchste Autorität angesehen wird. Durch eine Zwangsdurchsetzung des Rechts durch ebendiese Instanz wird erst das „Verfahren der positiven Rechtserzeugung“<sup>12</sup> möglich. Da die Grundnorm von Kelsen nicht als gesetzt, sondern lediglich als eine transzendentallogische Annahme gedacht wird, wird sie – ihrer Bedeutung gemäß – nicht als reale Entität, sondern vielmehr als eine „Hypothese“, oder wie es in der späteren Fassung der *Reinen Rechtslehre* heißt, als eine „Fiktion“ betrachtet. Aus dem Werk Kelsens geht deutlich hervor, dass er die Grundnorm nicht als einen naturrechtstheoretischen Konstrukt begreift. Vielmehr entspringt dieses Konzept direkt aus seinem rechtspostivistischen Ansatz<sup>13</sup>.

## **Gustav Radbruchs *Rechtsphilosophie***

Es ist interessant, die Entwicklung der Rechtsphilosophie von Gustav Radbruch vor dem geschichtlichen Hintergrund des in der Weimarer Republik und dem Dritten Reich vorherrschenden (relativistischen) Rechtspositivismus im Vergleich zu Hans Kelsen zu rekonstruieren. Gustav Radbruch, der sich im Jahre 1932 in seiner *Rechtsphilosophie* als entschiedener Vertreter ebendieser Richtung erweist, wird seine Position nach der Erfahrung des Nationalsozialismus grundsätzlich revidieren und die Naturrechtslehre zu rehabilitieren versuchen. Anders Kelsen, der dem Rechtspositivismus treu bleiben wird. Im Vorwort zur zweiten, vollständig neu bearbeiteten und erweiterten Auflage der *Reinen Rechtslehre* schreibt er 1960 Folgendes: „Nach wie vor stößt eine objektive, ihren Gegenstand nur beschreibende Rechtswissenschaft auf den hartnäckigen Widerstand all jener, die [...] dem Recht einen bestimmten Inhalt vorschreiben, das heißt, das gerechte Recht und damit Wertmaß für das positive Recht bestimmten zu können glauben. Es ist insbesondere die wie-

---

<sup>12</sup> Ebenda, S. 202.

<sup>13</sup> Verdroß bezeichnet die Grundnorm als eine „überpositive Norm“. Eine solche Interpretation erscheint dem Verfasser dieser Arbeit äußerst umstritten. Siehe: A. Verdroß, *Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral*. In: *Forum der Rechtsphilosophie. Ein Sammelband*, hrsg. v. E. Sauer [u.a.], Köln 1950, S. 13.

dererwachte Metaphysik der Naturrechtslehre, die mit diesem Anspruch dem Rechtspositivismus entgegentritt“. Bemerkenswerterweise hätte Radbruch seiner *Rechtsphilosophie* ein Vorwort mit demselben Inhalt vorausschicken können. Zu jener Zeit vertrat er nämlich einen Rechtspositivismus, in dem die Idee der Gerechtigkeit zwar, könnte man sagen, berücksichtigt, aber – wie es sich später für ihn herausstellte – zu wenig gewürdigt wurde. Dass es von der Befolgung des positiven Rechts berechnete und erwünschte Ausnahmen geben könne, wurde ihm erst nach der Erfahrung eines totalitären Regimes klar.

Den Anmerkungen zur Konstitution und Legitimation des Rechts schickt Radbruch einige terminologische Klärungen voraus. Auf den ersten Blick sollte sich mit der Begriffsbestimmung, Begründung und Geltungstheorie des Rechts allein die Rechtswissenschaft befassen. Radbruch argumentiert jedoch, dass die Rechtswissenschaft den Begriff des Rechts nur induktiv aus einzelnen Rechtserscheinungen definieren könne. Da dieser Begriff ein abstrakter und notwendiger Allgemeinbegriff sei, bedürfe er philosophischer Spekulation. Laut Radbruch ist die Existenz allen Rechts darauf bedacht, dem Rechtswert bzw. der Rechtsidee zu dienen. Die Rechtsidee ist nichts anderes als die Idee der Gerechtigkeit, die den absoluten Charakter hat, und an die sich alles Recht *a priori* orientieren muss<sup>14</sup>. Wohlgermerkt geht es Radbruch – dem Beispiel mit Wahrheit und Wahrhaftigkeit folgend – nicht um das Gerechte im Sinne des tugendhaften und sittlichen Handelns, sondern um die objektive Idee der Gerechtigkeit. In der praktischen Umsetzung wird nach dem Ideal der Gerechtigkeit gestrebt. Dieses Ideal stellt sich „in einer idealen Gesellschaftsordnung dar“<sup>15</sup>. In einer solchen Gesellschaftsordnung werden alle Bürger des auf dem Recht gegründeten Staatswesens vor dem Gesetz gleich behandelt. Die Rechtsgleichheit gilt als fundamentalstes Merkmal manifester Gerechtigkeit. Die Frage nach der gleichen Behandlung der Rechtssubjekte bleibt allerdings weitgehend ungelöst; sie kann lediglich negativ durch das Vorhandensein der Ungleichheit definiert werden<sup>16</sup>. Dem öffentlichen Recht, das die Gleichheit der Menschen garantieren

---

<sup>14</sup> Man kann durchaus sagen, dass Radbruch die Idee der Gerechtigkeit als eine platonische Idee auffasst. In diesem Zusammenhang erwähnt er komparativ die Idee des Guten, des Wahren, und des Schönen. Siehe: G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1950, S. 124.

<sup>15</sup> Ebenda, S. 125.

<sup>16</sup> Da der Gesichtspunkt, unter welchem Menschen als gleich oder ungleich angesehen werden sollen, unklar bleibt, wird von Radbruch neben dem Begriff der Gerechtigkeit der Begriff der Zweckmäßigkeit eingeführt (siehe unten).

soll, entspricht das Aristotelische Konzept der austeilenden Gerechtigkeit, auf welches sich Radbruch direkt bezieht. Die austeilende Gerechtigkeit nennt er die Urform der Gerechtigkeit überhaupt, auf die der Rechtsbegriff orientiert sein muss. Der Staat mit seiner Distributionsfunktion verleiht den Bürgern Gleichberechtigung. Eine Ausformung dieses Ansatzes stellt die so genannte rechtliche Anordnung<sup>17</sup> dar, die vier Merkmale aufweist: (1) sie ist normativ, denn sie fordert Gerechtigkeit; (2) sie ist positiv, denn sie gewinnt durch bloße Setzung Geltung; (3) sie ist sozial, denn sie regelt das Verhältnis der Menschen zueinander; und (4) sie ist von generellem Charakter, denn sie erhebt Anspruch auf Allgemeinverbindlichkeit. Diese Begriffsbestimmung ist, so Radbruch, deduktiv aus der Rechtsidee gewonnen und gilt somit *a priori*. Der Philosoph geht in diesem Punkt noch weiter: Der Rechtsbegriff beinhaltet eine Reihe von einzelnen Rechtsbegriffen *a priori*. Dazu gehören die Begriffe wie Rechtssatz, Tatbestand, Rechtsfolge, Rechtspflicht oder Rechtssubjekt. Sie stellen „unumgängliche Kategorien des juristischen Denkens“<sup>18</sup> dar und entspringen zwangsläufig dem Rechtsbegriff.

Bevor Radbruch das Verhältnis zwischen Recht und Moral explizit untersucht, führt er eine begriffliche Analyse durch unter Berücksichtigung der Begriffe von Gerechtigkeit und Sittlichkeit. Die Sittlichkeit als ein Wertbegriff sei mit Recht als einem Kulturbegriff inkommensurabel. Gerechtigkeit ist für Radbruch ebenfalls ein Wertbegriff, weshalb sie nicht unmittelbar ins Verhältnis zu moralischen Standpunkten gebracht werden kann. Es gibt einen begrifflichen Zusammenhang ausschließlich zwischen dem Begriff von Recht und dem von Moral. Bei der Gegenüberstellung von den beiden bedient sich Radbruch der klassischen Unterscheidung in die Innerlichkeit der Moral und die Äußerlichkeit des Rechts. Er präsentiert mehrere Deutungen dieser Unterscheidung, die enge Verflechtungen zwischen den beiden Bereichen aufzeigen. Die erste besagt, es gebe schon deshalb einen engen Zusammenhang, weil jedes Verhalten in einer bestimmten Situation sowohl moralischer als auch rechtlicher Wertung unterzogen werden könne. Jede moralische Beurteilung könnte rechtliche Wirkungen hervorrufen<sup>19</sup>. Eine weitere Deutung bezieht sich auf die Zwecksobjekte des Rechts und der Moral: Im Rechtsgebiet gilt Pflicht und Schuldigkeit, im moralischen Bereich hingegen nur Pflicht. In

---

<sup>17</sup> Der Radbruchsche Begriff könnte einfach mit „Rechtsordnung“ übersetzt werden.

<sup>18</sup> Ebenda, S. 129.

<sup>19</sup> Denkbare Beispiele wären die Einschätzung der Zurechnungsfähigkeit des Verbrechens, die Entscheidung des Jugendamtes bei der Gewährung des Sorgerechts, oder die im Rechtswesen gängige Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag.

verschiedenen Verpflichtungsweisen zeigt sich die Ambivalenz von Recht und Moral im Verhältnis zueinander. Das moralische Handeln erfordert, dass die Pflicht aus dem Pflichtgefühl erfüllt wird. Andere Triebfeder sind hier nicht erlaubt, sonst wäre die Handlung (im Kantischen Sinne) nur pflichtgemäß. Das Recht erfordert hingegen die bloße Legalität des Handelns – die Motivation des Handelnden ist, sofern das Gesetz nicht gebrochen wird, irrelevant. Recht und Moral haben zudem unterschiedliche Geltungsquellen: Das Recht ist heteronom, da eine Wirkung des fremden Willens von außen auf das Handeln des Individuums vorliegt; die Moral ist hingegen autonom in dem Sinne, dass bei einer Handlung die eigene sittliche Persönlichkeit des Handelnden zum Tragen kommt. Daraus resultiert die Fragestellung, die für das Verhältnis von Recht und Moral von Bedeutung ist, nämlich, ist die Setzung des Rechts nun als eine moralische Verpflichtung zu sehen? Verpflichtungen durch einen fremden Willen sind *per se* unmöglich, denn sie sind nur für autonome Individuen denkbar. Wenn das Recht gesollt sein soll, dann kann seine Geltung nur autonom begründet werden. Die moralische Verbindlichkeit des Rechts äußert sich in der Setzung des Rechts selbst nicht – das Recht wird lediglich als „der Wille von außen“ aufgefasst, die Gesolltheit liegt da nicht vor. Von moralischer Verbindlichkeit kann bei dieser heterogenen Konstellation nicht die Rede sein. Darin zeigt sich die rechtspositivistische Lehre Radbruchs, in der auch die Vermeidung eines „naturalistischen Fehlschlusses“ implizit intendiert wird.

Die genannten Bemerkungen Radbruchs machen es deutlich, dass es zwischen Recht und Moral ein reiches Spannungsverhältnis gibt. Die Verflochtenheit der beiden wird durch Radbruch in einer sehr präzisen und eindeutigen These zusammengefasst, die lautet: „Die Moral ist einerseits Zweck des Rechts und andererseits Grund seiner verpflichtenden Geltung. Nur die Moral vermag die verpflichtende Kraft des Rechts zu begründen“<sup>20</sup>. Dass es sich hier um eine personalistische These handelt, liegt auf der Hand. Das „Einzelgewissen“ ist gefragt, die Sanktion des Rechts erfolgt durch die Moralauffassung der handelnden Person. So darf Radbruch auch sagen: „[M]ein Recht ist im Grund das Recht, meine moralische Pflicht zu tun“<sup>21</sup>.

Da im Recht eine moralische Komponente zum Tragen kommt, muss bei der Bestimmung des Zwecks des Rechts der Wert des Guten im Mittelpunkt stehen. Dies ist ein absoluter Wert und Radbruch zufolge gibt

---

<sup>20</sup> Ebenda, S. 138.

<sup>21</sup> Ebenda, S. 140.



es im menschlichen Leben nur drei Fälle, in denen absolute Werthaf-tigkeit zum Tragen kommt. Erstens: Die Individualwerte, die die ethische Persönlichkeit des Einzelnen in den Vordergrund stellen. Gemeint ist damit grundsätzlich „die Wahrheit um jeden Preis“, die deontologische Forderung nach dem Handeln aus Pflicht, die Gesinnungsethik; zweitens: Die Kollektivwerte, die am Konzept des Konsequentialismus orientiert sind. Es ist vor allem die Verantwortungsethik, die im Mittelpunkt steht; drittens: die Werkwerte, die Werte der kulturellen Erzeugnisse eines Volkes sind. Es ist vor allem die Sachlichkeit – keine Sittlichkeit –, die hier gefragt wird.

Je nach Gewichtung verschiedener Elemente (der drei Arten von Wer-ten) eines unteilbaren Ganzen<sup>22</sup> ergeben sich drei Rechts- bzw. Staats-auffassungen, die empirisch in den Ideologien der politischen Parteien verkörpert sind. Nach der ersten, individualistischen Auffassung sollen Werkwerte und Kollektivwerte im Dienste der Persönlichkeitswerte stehen. Der Staat dient als Mittel zur Selbstverwirklichung seiner Bürger. Der Individualismus, die persönliche Bildung, die Freiheit des Einzelnen werden als höchstes Gut angesehen. Das Endziel des individualistischen Staates ist die Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen. Nach der zweiten, überindividualistischen Auffassung sind die Werk- und Persön-lichkeitswerte im Dienste der Kollektivwerte. Ihr liegen völkische Ideen zugrunde: Alle Sittlichkeit und Kultur soll im Dienste von Staat und Recht stehen. Es ist die Totalität des Staates, die angestrebt wird, das letzte Ziel ist die Entfaltung der nationalen Eigenart. Der dritten, trans-personalen Auffassung zufolge, sind die Persönlichkeits- und Kollektiv-werte im Dienste der Werkwerte; sie Sittlichkeit und Recht sind im Dienste der Kultur. Es ist das Idealbild einer Gesellschaft, die an der „gemeinsamen Sache“ orientiert ist – es werden „gemeinschaftliche Be-ziehungen der Einzelnen zu etwas außerhalb ihrer selbst“<sup>23</sup> gepflegt.

Im vierten Kapitel seines Werkes charakterisiert Radbruch die Rechts-idee als die Idee von Gerechtigkeit. Später erwähnt er die Zweckmäßi-gkeit als Werkzeug zur Aufhebung des Problems rechtlicher Gleichheit. Im neunten Kapitel wird dann eine dritte Forderung an das Recht erhoben,

---

<sup>22</sup> Die einschlägige Textstelle erscheint dem Leser ein wenig konfus. Mit dem „Gan-zen“ meint Radbruch keineswegs die Gesamtheit bzw. die Zusammenfügung aller drei Auffassungen. Vielmehr weist er auf deren dialektischen Charakter hin, wenn er sagt: „Man kann jede von ihnen erreichen, indem man eine andere erstrebt“. Die drei Rechts- bzw. Staatsauffassungen bedingen sich so einander und bilden durch den Verweisungszusammenhang ein „Ganzes“ – vgl. ebenda, S. 154.

<sup>23</sup> Ebenda, S. 151.

und zwar die Forderung nach der allgemeingültigen, keine Ausnahme duldenden Rechtssicherheit. Überraschend für den Leser erklärt Radbruch die Rechtssicherheit zu dem wichtigsten Bestandteil der Rechtsidee. Mit Rechtssicherheit meint er soviel wie das Bestehen einer Rechtsordnung<sup>24</sup>. Sie ist eine Forderung nach der Positivität des Rechts und ein Ruf nach einer Friedensordnung. In diesem Sinne soll die Rechtssicherheit den Zustand der Anarchie verhindern.

Das Rangverhältnis zwischen den drei Elementen der Rechtsidee ist relativistisch und richtet sich je nach der bestimmten Situation. Der Inhalt des Rechts muss nach den drei Prinzipien definiert sein; alle drei sind erforderlich, auch wenn sie miteinander in Widerspruch geraten mögen. Und das tun sie auch. Die Gerechtigkeit postuliert die Allgemeinheit des Gesetzes, sie möchte generalisieren und alle Rechtssubjekte als gleich betrachten. Die Zweckmäßigkeit erfordert jedoch in Folge der Individualisierung immer eine gewisse Ungleichheit von denselben. Dieses Spannungsverhältnis ist unaufhebbar. Ein anderes Beispiel bildet die Situation, in der eine der Idee der Gerechtigkeit widersprechende Rechtsordnung nach der Rechtssicherheit, nach Positivität und Praktikabilität des gesetzten Rechts verlangt. Trotz der unerfüllten Forderung nach Gerechtigkeit würde man den anderen Bestandteil der Rechtsidee – die Rechtssicherheit – postulieren müssen. Radbruch zufolge könnten Antinomien dieser Art nicht aufgehoben, sondern lediglich geschlichtet werden. Die Schlichtung könnte in der Überprüfung der „Arbeitsteilung“ der drei Komponenten bestehen. Im Fall der Gerechtigkeit würde man fragen müssen, ob die rechtliche Anordnung überhaupt die Form Rechtsens hat. Bei der Zweckmäßigkeit kommt es auf die Richtigkeit des Inhalts an, bei der Rechtssicherheit müsste geklärt werden, ob dem bestehenden Recht Geltung zugesprochen werden kann.

Die Frage nach der Geltung des Rechts ist für Radbruch eine Frage nach der Normativität des Faktischen. Der gegebene Rechtswille verlangt das rechtliche Müssen und Befolgen – ein rechtliches Sollen im Sinne einer moralisch verbindlichen Norm ist allerdings nicht gegeben. Radbruch möchte wissen, ob und unter welchen Umständen ein rechtliches Sollen möglich ist. Wie kann ein Rechtswille das Sollen erzwingen? Wie lässt sich der Rechtswille normativ rechtfertigen und begründen? In-

---

<sup>24</sup> Es ist erstaunlich, aber das bloße Dasein einer Rechtsordnung Radbruch doch wichtiger erscheint als deren Gerechtigkeit. Um es deutlich auszudrücken, bedient er sich eines Zitates aus Goethe: „Ich möchte lieber die Ungerechtigkeit begehen als Unordnung ertragen“ – ebenda, S. 181.

wiefern kann gesagt werden, dass das Recht moralisch gültig und bindend ist? Die Antwort Radbruchs ist eindeutig: Ein Rechtsinhalt ist schon immer mit methodologischer Notwendigkeit etwas Gesolltes – er hat die Form eines Imperativs. Die Geltung des Rechts wird jedoch selten durch dessen normativen Anspruch gerechtfertigt. Vielmehr ist es die Durchsetzbarkeit eines rechtstheoretischen Ansatzes, die darüber entscheidet, ob eine bestimmte Rechtsordnung gesetzt wird oder nicht.

Wie die Geltung des Rechts möglich ist, wird sowohl in der historisch-soziologischen als auch der philosophischen Geltungslehre untersucht. Die erstere wird in die Macht- und Anerkennungstheorie unterteilt. Im Rahmen der Machttheorie wird das Recht überhaupt als größte Macht angesehen. Die Macht des Gesetzgebers bewirkt, dass das gesetzte Recht durch die Machtunterworfenen anerkannt wird. Wie bei Kelsen, wird die Rechtsetzung als eine nicht normative Zwangsmaßnahme begriffen. In der Anerkennungstheorie ist vom wahren Interesse der Rechtsunterworfenen an der Rechtsgeltung die Rede. Es wird allerdings kritisiert, dass die Anerkennung keine Funktion des Willens sei, sondern eine des Gefühls. Im Rahmen der philosophischen Geltungslehre wird wiederum eine Gleichsetzung des geltenden Rechts mit dem richtigen Recht angestrebt. Naturrechtliche Begründung wird von Radbruch als unmöglich dargestellt, woraus sich die Notwendigkeit für die Geltung des positiven Rechts ergibt. Das geltende positive Recht ist Garantie der Rechtssicherheit bzw. der Unverbrüchlichkeit des Rechts. Die Geltung des positiven Rechts wird gegründet auf die Sicherheit, „auf die Ordnung, die dem Kampfe aller gegen alle ein Ende setzt“<sup>25</sup>. Von den großen Aufgaben des Rechts ist die Realisierung der Rechtssicherheit von größter Bedeutung. Selbst die Geltung des ungerechten und unzumutbaren Rechts erscheint gerechtfertigt. Radbruch spricht hierbei vom „unbedingte[n] Vorrang der durch jedes positive Recht erfüllten Forderung der Rechtssicherheit“<sup>26</sup>. Aus dieser philosophischen Geltungslehre ergibt sich ein bestimmtes Bild des Richters. Der Richter soll demnach beim Fällen eines Urteils nur nach dessen Rechtlichkeit, nicht aber nach dessen Gerechtigkeit fragen. Der Richter muss immer gemäß des geltenden Rechts urteilen, was dem Zweck der Rechtssicherheit dient. Auch wenn Radbruch meint, die drei Komponenten der Rechtsidee seien gleichwertig und in Fällen eines Widerspruchs sei zwischen ihnen keine andere Entscheidung möglich als die des Einzelgewissens, so gilt dieser Grundsatz für den Richter als den

---

<sup>25</sup> Ebenda.

<sup>26</sup> Ebenda.

Hüter des Rechts nicht. Vielmehr wird der Richter als ein Diener der Rechtssicherheit begriffen. Es stellt sich die Frage, wie die unbedingte Befolgung des geltenden Rechts für den Richter sittlich möglich sein kann. Die Idee der Gerechtigkeit erschöpft sich, so Radbruch, in der Arbeit der Richters schon in seinem rechtmäßigen Urteilen – ein rechtlicher Richter ist nur in diesem Sinne ein gerechter Richter.

Das Resultat dieser Überlegungen macht Radbruch zu einem bekennenden Rechtspositivisten. Seiner Meinung nach hat das gesetzte Recht die Macht, es kann jedoch niemals seine Geltung normativ beweisen. Aus der Unmöglichkeit des Naturrechts ergibt sich die unbedingte Geltung des positiven Rechts. Die Setzung und Durchsetzung positiven Rechts geschieht durch eine Machtinstanz. Radbruch bezieht sich bei dieser Bemerkung auf Kant, demzufolge nur derjenige, der genug Macht hat, um den Naturzustand zu beenden, hat auch das Recht zu befehlen. Sichtbar ist dieser Grundsatz bei revolutionären Bestrebungen, deren Versprechen immer auf die Wiederaufrichtung und Aufrechterhaltung der „Ruhe und Ordnung“ hinauszielt. Dieser Grundsatz ist eine „Grundnorm“, auf der die Geltung allen positiven Rechts beruht. Wohlgemerkt zitiert Radbruch an dieser Stelle Kelsen, für den „durch die Grundnorm als rechtserzeugende Autorität nur eine solche eingesetzt werden kann, deren Normen im großen und ganzen Gehorsam finden“<sup>27</sup>.

Von der Geltung des Rechts kann gesprochen werden, wenn sich dieses wirksam durchzusetzen vermag. Das ist aber nichts anderes als die Hervorhebung der Rechtssicherheit innerhalb der Rechtsidee. Die durch das positive Recht gewährte Rechtssicherheit kann auch die Geltung ungerichten und unzweckmäßigen Rechts legitimieren. Es bleibt dem Individuum überlassen, ob es aufgrund eigener Moralverstellungen entgegen dem positiven Recht handelt und somit das Gesetz bricht. Nur ein Einzelgewissen kann durch Gesetzesübertretung auf die in der bestehenden Rechtsordnung fehlende Gerechtigkeit hinweisen<sup>28</sup>.

## Die Radbruchsche Formel

Nach der Erfahrung des Nationalsozialismus lässt sich im Radbruchschen Denken eine Wende erkennen. Im Jahre 1946 schreibt er den be-

---

<sup>27</sup> Ebenda, S. 180.

<sup>28</sup> Radbruch erwähnt an dieser Stelle unter anderem Sokrates, der im Prozess gegen ihn um der intellektuellen Redlichkeit willen auf eine Falschaussage, die zur Milderung seiner Strafe beigetragen hätte, verzichtet hat.

rühmt gewordenen Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, indem er sich von seinem ursprünglichen rechtspositivistischen Ansatz distanziert<sup>29</sup>. Die in der Literatur als „Radbruchsche Formel“ bezeichnete These, derzufolge es legitim sei, das „unerträglich ungerechte“ Gesetz zu brechen, kann im geschichtlichen Kontext interpretiert werden. Mit der Revidierung der eigenen Überzeugungen unternimmt Radbruch den Versuch, die Vergangenheit zu erklären und die Zukunft des Rechts mitzugestalten. Die Positivismus-These, die in den 30er Jahren unter anderem von Radbruch vertreten wurde, verhalf sichtbar „zu einer der größten Geschichtsklitterungen“ innerhalb der Rechtsphilosophie<sup>30</sup>. Radbruch sah sich gezwungen, auf das überpositive Recht zurückzugreifen. Die Rückkehr zum Naturrecht im Sinne einer Sammlung von Normen, deren Verbindlichkeitsansprüche postuliert und gleichzeitig unbegründet bleiben, wird als die einzige Alternative zu der in der Weimarer Republik vorherrschenden Rechtsauffassung angesehen. Dieser Rechtsauffassung zufolge sei jedes und allein das vom Staat erlassene Gesetz auch Recht. Für jemanden, der einen solchen Gesetzespositivismus vertritt, ist die Möglichkeit eines „gesetzlichen Unrechts“ undenkbar: Gesetz und Recht sind ihm identisch, der Bedeutung wie dem Umfang nach<sup>31</sup>. Radbruch bemerkt, „der Positivismus [sei] gar nicht in der Lage, aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen“<sup>32</sup>; es bedarf einer naturrechtlichen Begründung. Diese sucht er in der Klassischen Naturrechtslehre, wie sie vor dem Aufkommen des Rechtspositivismus vorherrschend gewesen ist: „Die Rechtswissenschaft muß sich wieder auf die jahrtausend alte gemeinsame Weisheit der Antike, des christlichen Mittelalters und des Zeitalters der Aufklärung besinnen, daß es ein höheres Recht gebe als das Gesetz“<sup>33</sup>. Die Radbruchsche Rückbesinnung auf das

---

<sup>29</sup> Später wird er seine These in der „Vorschule der Rechtsphilosophie“, die im Jahre 1947 posthum erschienen ist, bekräftigen.

<sup>30</sup> So Walther in: ders., *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These*. In: *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, hrsg. v. R. Dreier u. W. Sellert, Frankfurt/Main 1989, S. 350.

<sup>31</sup> Vgl. ebenda, S. 324ff.

<sup>32</sup> Dass die Kritik am Positivismus im historischen Kontext zu deuten ist, suggeriert das Zitat von einem anderen Mitstreiter in der NS-Zeit Hans Welzel: „Wir dürfen nicht vergessen, daß in solchen Lehren ausgebildet die deutschen Juristen ins Dritte Reich zogen! Das Dritte Reich hat mit der positivistischen Lehre [...] wirklich ernst gemacht“ – Zitat nach Walther in: ebenda, S. 349.

<sup>33</sup> G. Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*. In: *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, hrsg. v. W. Maihofer, Darmstadt 1972, S. 2.

Naturrecht steht exemplarisch für die Erneuerung der Naturrechtslehre in der deutschen Rechtsphilosophie nach dem Untergang des nationalsozialistischen Regimes<sup>34</sup>.

Während Radbruch in der *Rechtsphilosophie* 1932 schreibt, die Rechtsicherheit, d.h. das bloße Bestehen irgendeiner Rechtsordnung als Alternative zum Krieg aller gegen alle wichtiger sei als die Verwirklichung des Anspruchs auf die Zweckmäßigkeit und die Gerechtigkeit der Rechtsordnung, gibt er nach 1945 der Idee der Gerechtigkeit deutlich mehr Raum. Es kommt auf diese Weise zu einer Relativierung der Geltung des positiven Rechts. Der rechtspositivistische Grundsatz „Gesetz ist Gesetz“, der im NS-Staat ohne Rückbesinnung auf die Forderung nach der Gleichheit der Menschen (die das Kernstück der Idee der Gerechtigkeit ist) praktiziert wurde, sollte nach Radbruch grundsätzlich überwunden werden. Die Aufgabe für die deutsche Justiz sei nun die Verwirklichung der Forderung nach Gerechtigkeit „mit einer möglichst geringen Einbuße an Rechtssicherheit“<sup>35</sup>. Dabei wird diese Forderung insbesondere dann erhoben, wenn das Gesetz „unerträglich ungerecht“ erscheint. Dieser Begriff ist kein juristischer Begriff und wird von Radbruch nicht genau spezifiziert. Es wird von ihm vorausgesetzt, das flagrante Unrecht sei so offensichtlich, dass es keiner begrifflichen Exemplifikation bedarf, um es zu erklären<sup>36</sup>. Die Verletzung des überpositiven Rechts wird so zur objektiven Rechtsbeugung.

Eine Rechtsordnung, die keinen Anspruch auf die Gerechtigkeit macht, verkennt Radbruchs Meinung nach das Wesen des Rechts. In der politischen Strafjustiz der Hitlerzeit war nicht nur das Streben nach Gerechtigkeit nicht gegeben; die Gesetzmäßigkeit und die Rechtssicherheit als Erfordernisse der Justiz haben auch gefehlt<sup>37</sup>. Insofern war die damalige Rechtsordnung nicht nur ungerecht, sondern willkürlich; sie entbehrte der Rechtsnatur überhaupt. Was die Radbruchsche Formel anbetrifft, bleibt es dennoch umstritten, ob sie ganze Rechtssysteme oder nur ungerechte Ein-

---

<sup>34</sup> Diese Periode wird vielfach als Naturrechtsrenaissance bezeichnet. Vgl. hierzu F. Salinger, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, Heidelberg 1995, S. 1.

<sup>35</sup> G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*. In: ders., *Rechtsphilosophie...*, S. 355.

<sup>36</sup> Diese Auffassung wird unter anderem von Ernst Bloch geteilt, wenn er sagt: „[Man muss] keinen genauen Begriff des Humanen haben, um mit völliger Gewißheit Nero als einen Unmenschen zu erkennen“. Zitiert nach: H. Müller-Dietz, *Zur moralischen Rechtfertigung totalitärer Anschauungen am Beispiel des nationalsozialistischen Rechtsdenkens*. In: *Recht und Moral...*, S. 180.

<sup>37</sup> Siehe G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht...*, S. 348.

zelnormen zum Gegenstand hat<sup>38</sup>. Eine historische Interpretation des Radbruchschen Werkes würde nahe legen, dass sie sich durchaus auf ein ungerechtes Rechtssystem in seiner Ganzheit beziehen kann. Im Dritten Reich kam es zur Aufhebung der Rechtsgleichheit unter den Bürgern. Wenn diese Aufhebung nicht etwa in einem einzelnen Gesetz, sondern umfassend in der gesamten Rechtsordnung geschehen ist, dann ist vor diesem historischen Hintergrund eine solche Deutung denkbar.

Die Formel ließe sich, wie bereits angedeutet, im Kontext historischer Entwicklung des Radbruchschen Denkens interpretieren als ein „Abschluss der Radbruchschen Bemühungen um die Lösung des Hauptproblems seiner Gerechtigkeitstheorie: der Antinomie zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, klassischem Naturrecht und Rechtspositivismus“<sup>39</sup>. Dabei wird eine Art Theorie des Verhältnisses von Naturrecht und Rechtspositivismus entwickelt und zugleich ein Kompromiss zwischen den beiden erzielt. Der Begriff der Gerechtigkeit, so unscharf er doch in der ursprünglichen Radbruchschen Rechtslehre gewesen ist<sup>40</sup>, wird jetzt objektiv aufgefasst – die subjektive Konfliktlösung wird als unzureichend dargestellt. Man könnte sagen, dass es dadurch zu einer Akzentverschiebung in Radbruchs Rechtsphilosophie kommt. Die objektiv und absolut gedachte Idee der Gerechtigkeit nimmt nun die zentrale Stellung ein, während das vorhin als absolut und ausnahmslos geltende Konzept der Rechtssicherheit relativiert wird: „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“<sup>41</sup>.

Die meisten Autoren nach Radbruch rechtfertigen die These, dass seine Formel einen praktikablen und plausiblen Vorschlag für die Problemlösung der Antinomie der Rechtsidee geliefert hat<sup>42</sup>. Manche Kommentatoren wollen die Wirkung der Radbruchschen These auf den geschichtlichen Kontext ihrer Entstehung beschränkt sehen. Saliger meint etwa, die Anwendung der Radbruchschen Formen „findet ihre Grenze in den völlig

---

<sup>38</sup> Vgl. F. Saliger, *Radbruchsche Formel...*, S. 50.

<sup>39</sup> Ebenda, S. 2.

<sup>40</sup> Das scheint insbesondere im Hinblick auf das Argument mit dem „Einzelgewissen“, welches naturgemäß von subjektivem Charakter ist, der Fall zu sein.

<sup>41</sup> G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht...*, S. 353.

<sup>42</sup> Siehe R. Dreier, *Recht – Moral – Ideologie...*, S. 191.

singulären Verhältnissen der zwölf Nazi-Jahre<sup>43</sup>. Die praktische Anwendung der Radbruchschen Formel erscheint hierbei im Hinblick auf das so genannte Rückwirkungsverbot problematisch. Zum Beispiel wurden die Angeklagten bei den „Nürnberger Prozessen“ der Verbrechen gegen die Menschlichkeit beschuldigt, während sie zum großen Teil Befehle erteilt hatten, die mit dem damals geltenden Recht in Übereinstimmung standen. Sich in einem solchen Fall auf die Radbruchsche Formel zu beziehen, würde bedeuten, die Taten bereits bei ihrer Begehung als Straftaten anzusehen. Da also die mit dem übergesetzlichen Recht unvereinbaren geschriebenen Rechtfertigungsnormen schon zur Tatzeit ungültig waren, darf das Rückwirkungsverbot bei einer nachträglichen Bestrafung unberücksichtigt bleiben<sup>44</sup>. Angesichts dieses Umstandes wurde die Radbruchsche Formel bei mehreren Urteilen des Bundesverfassungsgerichts und Bundesgerichtshof praktisch angewendet, zum Beispiel im Zusammenhang mit den NS-Verbrechen wie auch bei den so genannten Mauer-schützen-Prozessen. Ihre Praktikabilität wurde auf diese Weise empirisch bestätigt. Der die Anwendbarkeit konstituierende formale Geltungsanspruch der Radbruchschen Formel bleibt dennoch umstritten. Manfred Walther, der sie einer schonungslosen Kritik unterzieht, hält die von Radbruch vorgenommene Interpretation der historischen Entwicklung der deutschen Rechtsphilosophie, die zur Legitimation der Formel dient, für grundsätzlich falsch. Der Positivismus diene Radbruch lediglich als eine Selbstanklage: „Von positivistischem Rechtsdenken als wesentlicher Ursache für das Verhalten des «deutschen Juristenstandes» gegenüber der Gesetzgebung im Dritten Reich kann [...] nicht die Rede sein“<sup>45</sup>. Im NS-Staat habe es vielmehr „ein eigenes, an den konkreten Lebensordnungen des Volkes orientiertes «gemeinschaftliches» Naturrecht“<sup>46</sup> gegeben. Radbruch habe selbst vehement die Positivismus-These vertreten und es sei kein Wunder, dass er sich dann entschieden gegen diese gewendet habe. Es sei seine moralische und juristische Integrität gewesen, die ihn dazu veranlasst hätte, den Positivismus exemplarisch zu entkräften und eine Alternative zu liefern. Mit der Wirklichkeit habe dies allerdings nicht viel zu tun, denn die nationalsozialistische Rechtsordnung und Rechtsphilosophie sei alles weitere als homogen gewesen.

---

<sup>43</sup> Vgl. F. Saliger, *Radbruchsche Formel...*, S. 34.

<sup>44</sup> Dieser Hinweis findet sich bei Saliger in: ebenda, S. 37.

<sup>45</sup> So Walther in: ders., *Hat der juristische Positivismus...*, S. 343.

<sup>46</sup> Ebenda, S. 338.



## Schlussbemerkung

Es ist zu bemerken, dass sich die Radbruchsche Kritik am Rechtspositivismus als außerordentlich wirkungsmächtig erwiesen hat. Die Debatte um die Grenzen der Legitimation und Geltung des gesetzten Rechts führte zu neuen Theorien und Erkenntnissen und zu einer sichtbaren Belebung des Naturrechtsgedankens. Der Begriff von „unerträglicher Ungerechtigkeit“, der ein naturrechtliches Element in einer sonst stark rechtspositivistisch orientierten Rechtstheorie Radbruchs darstellt, erscheint vielen Autoren problematisch. So kritisiert etwa H.L.A. Hart die „Kontaminierung“ des positiven Rechts mit überpositiven Bestandteilen auf folgende Weise: „[...] wenn wir uns Radbruchs Ansicht anschließen und mit ihm und den deutschen Gerichten unseren Protest gegen verwerfliche Gesetze in die Behauptung kleiden, daß gewisse Normen wegen ihrer moralischen Unhaltbarkeit nicht Recht sein können, so bringen wir Verwirrung in eine der stärksten, weil einfachsten Formen moralischer Kritik“<sup>47</sup>. Bei Verdroß kommt es wiederum zur Unterstützung der neuen Naturrechtslehre, indem er argumentiert, die Geltung positiver Rechtsnormen sei von der Moral definitiv abhängig<sup>48</sup>.

Im Hinblick auf das Vermächtnis Gustav Radbruchs ließe sich abschließend sagen, dass eine jede Lösung der Antinomie der Rechtsidee anfechtbar und umstritten bleiben wird. Der Verfasser dieser Arbeit meint, die postulierte Verknüpfung zwischen Recht und Moral, die für Naturrechtslehren charakteristisch ist, wird ihre Geltung nie systematisch befriedigend beweisen können, denn, wie es Kelsen ausdrückt, „für die Wissenschaft ist die Natur ein System kausalgesetzlich bestimmter Elemente. Sie hat keinen Willen und kann daher keine Normen setzen“<sup>49</sup>.

## Konflikt między prawem a moralnością u Gustava Radbrucha

Artykuł problematyzuje granice pozytywizmu prawniczego w przypadku jawnego naruszenia zasady równości. Na przykładzie ustawodawstwa obowiązującego w narodowym socjalizmie można zauważyć, że prawo stanowione bez wyraźnego odniesienia do idei sprawiedliwości pojmowanej w kategoriach moralnych może przeistoczyć się w bezprawie. Radbruch pokazuje, że tam, gdzie

---

<sup>47</sup> H.L.A. Hart, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*. In: ders., *Recht und Moral. Drei Aufsätze*, Göttingen 1971, S. 45.

<sup>48</sup> Siehe A. Verdroß, *Die systematische Verknüpfung...*, S. 11.

<sup>49</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre...*, S. 227.

państwo prawa przestaje działać, gdzie prawo stanowione staje się „nieznośnie niesprawiedliwe”, nieprzestrzeganie tegoż jest *moralnie* uzasadnione.

W dalszej części artykułu następuje opis krytyki prawa naturalnego, dokonanej przez niemieckich filozofów prawa Hansa Kelsena oraz Gustava Radbrucha. Głównym wątkiem pracy jest przy tym fakt, że Radbruch po doświadczeniu zbrodni dokonanych przez „III Rzeszę” radykalnie zrewidował swoją pozycję. W 1932 roku podkreślał on znaczenie pewności stanowionego prawa i pisał o tym, że jest ona ważniejsza od tego, czy prawo jest sprawiedliwe, czy nie. Ukrócenie anarchii i samo istnienie porządku prawnego miałyby być ważniejsze od treści norm prawnych. Ta pozytywistyczna teza zostaje podana w wątpliwość w tekstach Radbrucha po 1945 roku. Wówczas pojawia się myśl, iż tam, gdzie naruszona jest idea sprawiedliwości, można stanowionemu prawu się sprzeciwiać. Wskaźnikiem takiej sytuacji pozostaje to, że zasada równości obywateli nie jest przestrzegana. Radbruch żąda powrotu do klasycznej nauki o prawie naturalnym i twierdzi, że istnieje wyższe prawo aniżeli zapisane w ustawach.

Końcowa część pracy poświęcona jest kwestii stosowalności „formuły Radbrucha” w praktyce oraz pytaniu, jak tezy Radbrucha są oceniane przez dzisiejszych teoretyków prawa.