

Modern German Non-Positivism

Edited by
MARTIN BOROWSKI



Mohr Siebeck

Modern German Non-Positivism



Modern German Non-Positivism

From Radbruch to *Alexy*

Edited by
Martin Borowski

Mohr Siebeck

Martin Borowski is Professor for Public Law, Constitutional Theory, and Legal Philosophy at Heidelberg University.
orcid.org/0000-0001-9165-4066

ISBN 978-3-16-159092-4 / eISBN 978-3-16-159093-1
DOI 10.1628/978-3-16-159093-1

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliothek; detailed bibliographic data are available at <http://dnb.dnb.de>.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen, Germany. www.mohrsiebeck.com

This book may not be reproduced, in whole or in part, in any form (beyond that permitted by copyright law) without the publisher's written permission. This applies particularly to reproductions, translations and storage and processing in electronic systems.

The book was typeset by eplene in Böblingen using Stempel Garamond typeface, printed on non-aging paper by Gulde Druck in Tübingen, and bound by Buchbinderei Spinner in Ottersweier.

Printed in Germany.

Table of Contents

Einleitung	1
<i>Robert Alexy</i> Gustav Radbruchs Rechtsbegriff	7
<i>Andreas Funke</i> Abschied von der Positivismus/Nicht-Positivismus-Schablone? Zugleich: hermeneutische Potentiale in der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs	19
<i>Carsten Bäcker</i> Legal Certainty or Justice. From Radbruch's Formula Back to the Primacy of Legal Certainty	37
<i>Júlio Aguiar de Oliveira</i> Radbruch's Formula and Judicial Decision-Making	51
<i>Martin Borowski</i> Die Radbruchsche Formel und die Menschenrechte	63
<i>Jan-Reinard Sieckmann</i> Gustav Radbruch und Robert Alexy: Gemeinsamkeiten und Differenzen	89
<i>Julian Rivers</i> The Reception of Robert Alexy's Work in Anglo-American Jurisprudence.....	107
<i>Alejandro Nava Tovar</i> Contemporary German Non-Positivism. Robert Alexy and the Rehabilitation of Moral Correctness.....	129
<i>Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno</i> Der Begriff des extremen Unrechts und der subinklusive Nichtpositivismus	143

Volker Haas

A Critical Appraisal of Robert Alexy's Non-Positivistic Concept of Law 169

Ruben Hartwig

Die Sonderfallthese im System der Rechtsphilosophie Robert Alexys.
40 Jahre Theorie der juristischen Argumentation 193

Po-Jung Su

Eine Kritik an Robert Alexys Begründung der positiven
Menschenrechte. Das Erkenntnisproblem und das Demokratieargument. 207

Peter Koller

Rechtsgeltung, Normativität und Moral 219

Kenneth Winston

The Ideal Element in Law Revisited 239

Hubert Rottleuthner

Die Vermessung von Recht und Moral 257

Deryck Beyleveld and Roger Brownsword

Is There Really Anything Wrong with an Absolute Principle? 279

Autorenverzeichnis 293

Einleitung

In den letzten Jahren hat die Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs eine Renaissance erfahren. Die früher herrschende Bekehrungsthese – Radbruch sei vor dem Kriege Positivist gewesen und dann durch die Gräueltaten des Nationalsozialismus zum Naturrecht bekehrt worden – wird immer mehr durch die These der nichtpositivistischen Kontinuität verdrängt. In der Deutung der Radbruchschen Formel werden zunehmend deren Wurzeln in den früheren rechtsphilosophischen Schriften Radbruchs gesehen und berücksichtigt. Damit wird auch die Frage aufgeworfen, ob die von Hans-Ulrich Evers im Jahre 1956 vorgeschlagene und lange Zeit herrschende subjektive Deutung der Verleugnungsformel durch eine objektive Deutung ersetzt werden muss. Und jenseits der Frage, ob der Richter bei der Identifikation geltenden Rechts auf moralische Richtigkeit abstellen darf und muss: Impliziert nicht schon Radbruchs materialer Rechtsbegriff, nach dem „Recht die Wirklichkeit ist, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen“ (so Radbruch wörtlich oder sinngemäß mehrfach in seiner „Rechtsphilosophie“ aus dem Jahre 1932), eine notwendige Verbindung von Recht und Moral nach der Verbindungsthese, die zu einer naturrechtlichen Lehre führt? Viele Fragen, vor deren Hintergrund die klassischen Texte neu gelesen werden.

Robert Alexys Unrechtsargument lautet in kürzestmöglicher Form: „Extremes Unrecht ist kein Recht.“ Deutliche Ähnlichkeiten mit der Radbruchschen Formel sind kaum zu verkennen, jedenfalls mit der Unerträglichkeitsformel, dem ersten Teil der Radbruchschen Formel. Existieren dennoch Unterschiede in den Voraussetzungen oder Rechtsfolgen gegenüber der Unerträglichkeitsformel und gibt es ein Gegenstück zur Verleugnungsformel, oder erweist sich diese als entbehrlich? Die rechtsphilosophischen Lehren Radbruchs und Alexys ähneln sich insofern weiter, als sie jenseits der Frage des unerträglichen Widerspruchs zwischen positivem Recht und Gerechtigkeit oder der Verleugnung der Gerechtigkeit (Radbruch) oder des extremen Unrechts (Alexy) jeweils von einer tieferen und subtileren notwendigen Verbindung von Recht und Moral ausgehen. Bei Radbruch ist dies die neukantianische Idee der Gerechtigkeit als spezifischer und charakteristischer Wert des Rechts. Nach der für das Recht typischen wertbeziehenden Haltung ist Recht eben die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Rechtsidee zu dienen (s. o.), und die Rechtsidee wird durch die Trias von Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit bestimmt, wobei die Elemente dieser Triade in einem Spannungsverhältnis stehen. Alexy hingegen geht davon aus, das Recht erhebe notwendig einen Anspruch auf moralische Richtigkeit. Diese Tatsache könne mit Hilfe eines performativen Widerspruchs darge-

legt werden. Dieser Anspruch führt grundsätzlich zu einem bloß qualifizierenden Zusammenhang. Wird der Anspruch von einzelnen Normen nicht erhoben oder nicht eingelöst, leiden derartige Normen nicht bloß an einem moralischen Fehler, sondern eben auch an einem rechtlichen Fehler. Dieser Fehler nimmt den betreffenden Normen aber weder den Rechtscharakter noch die rechtliche Geltung. Nur extremes Unrecht muss vom Richter bei der Entscheidung der ihm übertragenen Fälle außer Betracht gelassen werden. Diese Rechtsfolge extremen Unrechts begründet Alexy mit einer Abwägung im Sinne der Prinzipientheorie, die er im Kontext der Grundrechte in den achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts entwickelt hat – dies nimmt in einer modernen Rekonstruktion das Spannungsverhältnis zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit als Elementen von Radbruchs antinomischer Trias auf.

Sowohl Radbruch als auch Alexy folgen der kantischen Idee, nach der die bloße Existenz des positiven Rechts einen moralischen Wert hat – vollkommen unabhängig von der moralischen Richtigkeit des Inhalts des positiven Rechts. Auf dieser Grundlage entwickelt Radbruch seinen neokantianischen Nichtpositivismus und Alexy seinen analytischen Nichtpositivismus. Beide Theorien repräsentieren damit die zentrale Traditionslinie des modernen Naturrechts in der deutschsprachigen Rechtsphilosophie – wenn man bereit ist, Entwicklungen fast über das ganze 20. Jahrhundert hinweg noch als „modern“ zu bezeichnen.

Bei diesem Befund liegt es nahe, den Parallelen und Unterschieden zwischen Radbruchs und Alexys jeweiligen rechtsphilosophischen Lehren nachzugehen. Vor diesem Hintergrund entstand der Plan für die Tagung „Modern German Non-Positivism – From Radbruch to Alexy“, die als Symposium der Universität Heidelberg im hiesigen „Internationalen Wissenschaftsforum“ vom 13. bis 15. September 2016 stattfand. Ich danke dem Internationalen Wissenschaftsforum herzlich für die hervorragenden Bedingungen zur Durchführung dieser Tagung und dem Kuratorium dieser Einrichtung, der Tagung den Titel „Symposium“ verliehen zu haben. Dieses Symposium wurde zweisprachig durchgeführt, die Vorträge wurden jeweils etwa zur Hälfte auf Englisch oder Deutsch gehalten und simultan in die jeweils andere Sprache übersetzt. Dass dieser Tagungsband ebenfalls einen genuin zweisprachigen Charakter hat, kann man schon daran sehen, dass er – ebenso wie das Symposium – einen englischsprachigen Titel trägt, dieses Vorwort aber in der deutschen Sprache geschrieben wurde. Die nachfolgend erwähnten Beiträge wurden jeweils etwa zur Hälfte auf Deutsch und auf Englisch verfasst.

Den Auftakt bildet der Beitrag „Gustav Radbruchs Rechtsbegriff“ von *Robert Alexy*, in dem Alexy die zentralen Elemente von Radbruchs Rechtsphilosophie umreißt. Im Zentrum des Radbruchschen Systems stehen nach Alexy drei Triaden: (i) die Rechtstriade, die aus Wirklichkeit, Rechtsidee und Sinn besteht, (ii) die Ideetriade, die durch Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit charakterisiert wird, und schließlich (iii) die Zwecktriade, für die die

Unterscheidung der individualistischen, überindividualistischen und transpersonalen Auffassung kennzeichnend ist. Mit Blick auf die Entwicklung der Rechtsphilosophie Radbruchs sieht Alexy einen Wandel von superinklusivem Nichtpositivismus in den Vorkriegsschriften zu dem inklusiven Nichtpositivismus der Radbruchschen Formel und den Nachkriegsschriften überhaupt. Bei *Andreas Funke* gibt der Untertitel seines Aufsatzes „Abschied von der Positivismus/Nicht-Positivismus-Schablone? Zugleich: hermeneutische Potentiale in der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs“ den Impetus gut wieder. Nach Ausführungen zur Hermeneutik im Neukantianismus geht Funke vor allem auf Heidegger und Dworkin und – kontrastierend – auch auf Alexy ein. In „Legal Certainty of Justice. From Radbruch’s Formula Back to the Primacy of Legal Certainty“ untersucht *Carsten Bäcker* dann den Vorrang der Rechtssicherheit in der Radbruchschen Formel mit Hilfe der Diskurstheorie. *Júlio Aguiar de Oliveira* nimmt in „Radbruch’s Formula and Judicial Decision-Making“ zu den Lehren von Radbruch und Alexy im Kontext einer richterlichen Widerstandspflicht gegen extrem ungerechtes positives Recht Stellung und verweist auf das Beispiel von Dr. Lothar Kreyszig, der sich weigerte, im Zusammenhang mit dem Euthanasieprogramm den „Führerwillen“ als maßgebende Rechtsquelle anzusehen. *Martin Borowski* geht in „Die Radbruchsche Formel und die Menschenrechte“ der Rolle der Grund- und Menschenrechte in Radbruchs Schriften nach. Dabei vertritt er die These, dass Radbruch mit dem Begriff „Menschenrechte“ auf Freiheitsrechte abstellte, die im Rahmen der Geltung des Rechts bedeutsam wurden, während er Gleichheitsfragen hingegen im Begriff des Rechts verortet sah. Dies legt es nahe, extreme Verletzungen von Freiheitsrechten als Problem der Unerträglichkeitsformel, extreme Diskriminierungen hingegen als Anwendungsfälle der Verleugnungsformel zu verstehen. Entsprechend stufte Radbruch zentrale Teile des nationalsozialistischen Unrechts, das Juden und andere Minderheiten direkt und mit furchtbaren Konsequenzen – in diesem Sinne „extrem“ – diskriminierte, wegen der Verleugnung der Gerechtigkeit als Nicht-Recht ein. *Jan-Reinard Sieckmann* widmet seinen Beitrag „Gustav Radbruch und Robert Alexy: Gemeinsamkeiten und Differenzen“ einem recht umfassenden Vergleich beider Theorien. Gemeinsamkeiten sieht er bei der Unterscheidung von Teilnehmer- und Beobachterperspektive, der Unterscheidung einer idealen und einer realen Ebene im Recht, dem Bezug der realen Ebene auf die ideale Ebene und der Tatsache, dass beide Rechtsbegriffe drei Elemente aufweisen, eine ideale Ebene, positives Recht auf Grundlage einer Verfassung und eine faktische Ebene. Unterschiede sieht Sieckmann vor allem darin, dass Alexy primär auf die Teilnehmerperspektive abstellt und hier zum Nichtpositivismus gelangt, für die Beobachterperspektive aber zum Positivismus kommt, während Radbruch auch für die Beobachterperspektive zum Nichtpositivismus gelangt. Zudem legt Alexy deutlich mehr Wert als Radbruch darauf, dass das Recht den Anspruch erhebt, rechtfertigbar zu sein.

Die Reihe der Beiträge, die sich primär mit den Schriften Robert Alexys befassen, beginnt mit „The Reception of Robert Alexy’s Work in Anglo-American Jurisprudence“ von *Julian Rivers*. Er schildert die Rezeption aller drei Hauptwerke, der „Theorie der juristischen Argumentation“, von „Begriff und Geltung des Rechts“ und der „Theorie der Grundrechte“, die allesamt in englischer Übersetzung in der Oxford University Press erschienen sind. In seinem Beitrag „Contemporary German Non-Positivism. Robert Alexy and the Rehabilitation of Moral Correctness“ skizziert *Alejandro Nava Tovar*, wie Alexy es gegen die Dominanz positivistischer Lehren auf analytischer Grundlage vermochte, mit seinem analytischen Positivismus der inhaltlichen Richtigkeit den ihr gebührenden Platz im Rechtsbegriff zu verschaffen. *Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno* untersucht in „Der Begriff des extremen Unrechts und der subinklusive Nichtpositivismus“ die rechtsphilosophische Abwägung von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, die bei Alexy zum Unrechtsargument führt, mit Hilfe von Strukturen, die Alexy in seinen grundrechtsdogmatischen Schriften entwickelt hat, nämlich der doppeltriadischen Skalierung der Faktoren nach der Gewichtsformel. *Volker Haas* unterzieht Alexys nichtpositivistischen Rechtsbegriff in „A Critical Appraisal of Robert Alexy’s Non-Positivist Concept of Law“ einer recht umfassenden Kritik, in der der Anspruch auf Richtigkeit und performative Widersprüche sowie die Idee einer inhaltlich angereicherten Grundnorm im Zentrum stehen. Primär auf die Lehre der juristischen Argumentation, die im System Alexys aber eben auch mit seinen Schriften zu rechtsphilosophischen Themen im engeren Sinne verbunden ist, zielt *Ruben Hartwig* mit „Die Sonderfallthese im System der Rechtsphilosophie Robert Alexys. 40 Jahre Theorie der juristischen Argumentation“. *Po-Jung Su* geht in „Eine Kritik an Robert Alexys Begründung der positiven Menschenrechte. Das Erkenntnisproblem und das Demokratieargument“ vor allem der Frage nach, ob Alexy das demokratische Mehrheitsprinzip mit der Diskurstheorie des Rechts überzeugend begründet. *Peter Koller* untersucht in „Rechtsgeltung, Normativität und Moral“ grundsätzlich die Unterscheidung von Rechtspositivismus und Naturrecht und sieht die Normativität des Rechts als von den moralischen Überzeugungen der Akteure des Rechtssystems gestützt an. Er illustriert dies mit der Unterscheidung von (i) gelungenen, (ii) problematischen und (iii) scheiternden Rechtssystemen. Eine interessante Brückenfigur zwischen der deutschen und der angelsächsischen Tradition ist Lon L. Fuller, der in Harvard lehrte, sich in der deutschen Rechtsphilosophie aber durchaus auskannte. Er verwendete in seinen Vorlesungen Auszüge aus Radbruchs Werken, die er ins Englische hatte übersetzen lassen. Fullers eigene Lehre eines „formalen Naturrechts“ ist erkennbar von dem Bestreben geprägt, einen charakteristischen Gerechtigkeitsbezug des Rechts anzuerkennen, ohne aber geradewegs in das Problem der moralischen Begründung materialer Gehalte des Rechts zu laufen. Vor dem Hintergrund der Lehren Radbruchs und Alexys geht *Kenneth Winston*, ein großer

Kenner der Werke Fullers, in „The Ideal Element in Law Revisited“ der idealen Ebene des Rechts nach. *Hubert Rottleuthner* widmet seinen Beitrag „Die Vermessung von Recht und Moral“ den Problemen der Messung in der Rechtssoziologie, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie. Dies wird nicht zuletzt im Kontext von Alexys Gewichtsformel bedeutsam und Rottleuthner findet hier, wie in anderen Kontexten auch, eine „vermessene“ Präzisionserschleichung“. Den Abschluss bilden *Deryck Beyleveld* und *Roger Brownsword* mit „Is There Really Anything Wrong with an Absolute Principle?“. In diesem Beitrag verteidigen beide mit einer Rekonstruktion der Radbruchschen Formel ihre Position, die Alexy als „exklusiven Nichtpositivismus“ bezeichnet hat, gegen seine Einwände.

Abschließend möchte ich meiner Mitarbeiterin, Frau Ingrid Baumbusch, herzlich danken. Ohne ihre unermüdliche Sorgfalt und ihren Einsatz bei der Herausgabe dieses Bandes hätte er gewiss nicht in der vorliegenden Form erscheinen können.

Heidelberg, Oktober 2019

Martin Borowski

Gustav Radbruchs Rechtsbegriff

*Robert Alexy**

Es gibt im deutschsprachigen Raum zwei Rechtsphilosophen, die im 20. Jahrhundert alle anderen überragen und im globalen Diskurs bis heute höchst lebendig sind: Hans Kelsen und Gustav Radbruch. Hier soll es um Radbruch gehen.¹

Die Entwicklung der Radbruchschen Rechtsphilosophie weist zwei Kulminationspunkte auf. Der erste ist die systematische Darstellung in der dritten Auflage seiner „Rechtsphilosophie“ aus dem Jahr 1932, von der Radbruch selbst im Vorwort sagt, dass sie, was die noch „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ genannte erste Auflage aus dem Jahr 1914 ebenso wie die inhaltsgleiche zweite Auflage aus dem Jahr 1922 betrifft, „viel eher ein neues Buch als eine neue Auflage“² sei.³ Der zweite Kulminationspunkt ist der Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ aus dem Jahr 1946, in dem Radbruch seine nach ihm benannte Formel aufstellt, die extrem ungerechtem Recht die Rechtsgeltung oder sogar den Rechtscharakter abspricht.⁴ Damit stellt Radbruch sich klar auf die Seite des Nichtpositivismus. Die Radbruchsche Formel ist nicht nur eine der meistdiskutierten rechtsphilosophischen Thesen, sondern auch von höchster praktischer Bedeutung, wie ihre Rezeption durch die Rechtsprechung nach der Zerschlagung des Nationalsozialismus im Jahr 1945 und nach dem Zusammenbruch der DDR im Jahr 1989 zeigt.⁵ Eines der Hauptprobleme der Radbruchinterpretation ist, ob zwischen diesen beiden Polen eine Relation der Diskontinuität oder der Kontinuität besteht. Diese Frage wird auch hier zu be-

* Dieser Beitrag ist zuerst erschienen in: 350 Jahre Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, hg. von A. von Arnould/I. Augsberg/R. Meyer-Pritzl, Tübingen 2018, S. 237–249.

¹ Zur Biographie Radbruchs vgl. *R. Alexy, Gustav Radbruch (1878–1949)*, in: *Christiana Albertina* 58 (2004), S. 47–51.

² *G. Radbruch, Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. (Leipzig 1932), in: *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, hg. von A. Kaufmann, Bd. 2, Heidelberg 1993, S. 206–450 (213).

³ Zum Verhältnis der „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ von 1914 und der „Rechtsphilosophie“ von 1932 vgl. *R. Dreier, Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der Rechtsphilosophie Radbruchs*, in: *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, hg. von M. Borowski/S. L. Paulson, Tübingen 2015, S. 183–228 (190–212).

⁴ *G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946)*, in: *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, hg. von Arthur Kaufmann, Bd. 3, Heidelberg 1990, S. 83–93 (89).

⁵ Vgl. hierzu *R. Alexy, Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Hamburg 1993, S. 3–7, 22–30.

antworten sein. Im Zentrum soll dabei das in der „Rechtsphilosophie“ von 1932 entfaltete Radbruchsche System und dessen Verhältnis zur Formel aus dem Jahr 1946 stehen. Dieser Analyse wird, fast wie von selbst, eine Kontinuitätsthese entspringen, die geltend macht, dass Radbruch schon 1932⁶ Nichtpositivist war und in seiner Spätphase nur eine kleine Systemänderung ohne Systembruch vornahm, die freilich erhebliche praktische Konsequenzen hatte.

I. Gustav Radbruchs System

Das System der Rechtsphilosophie Radbruchs besteht aus drei Triaden: der Rechtstriade, der Ideetriade und der Zwecktriade.

1. Die Rechtstriade

Radbruch fasst die Rechtstriade in folgenden, kursiv hervorgehobenen, Satz: „*Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.*“⁷ Die Erwähnung des Rechtswertes neben der Rechtsidee hat keine eigenständige Bedeutung für den hier relevanten Inhalt des Satzes. Sie ist nicht mehr als ein Hinweis auf den neukantianischen Hintergrund⁸ des Radbruchschen Rechtsbegriffs. Dies wird dadurch bestätigt, dass Radbruch in vielen Formulierungen nur auf die Rechtsidee Bezug nimmt.⁹ Damit verknüpft der Satz drei Elemente: die Wirklichkeit, die Rechtsidee und den Sinn. Mit dem Begriff der Wirklichkeit bezieht Radbruch sich auf die Positivität des Rechts, also auf seine Setzung und Durchsetzung. Das ist die reale Dimension des Rechts. Dieser realen Dimension stellt Radbruch mit dem Begriff der Rechtsidee eine ideale Dimension¹⁰ gegenüber, in deren Zentrum die Gerechtigkeit als „spezifische Rechtsidee“¹¹ steht. Unsere Überlegungen zur zweiten Triade, der Ideetriade, werden freilich zeigen, dass die Rechtsidee sich nicht in der Gerechtigkeit erschöpft, sondern als „zweite[n] Bestandteil“ die Zweckmäßigkeit und als „dritte[n] Bestandteil“¹² die Rechtssicherheit einschließt. Radbruchs ebenfalls

⁶ Zum Nichtpositivismus Radbruchs vor 1932 vgl. *S. L. Paulson*, Zur Kontinuität der nichtpositivistischen Rechtsphilosophie Radbruchs, in: *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, hg. von M. Borowski/S. L. Paulson, Tübingen 2015, S. 151–182 (158–177).

⁷ *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 2), S. 255.

⁸ Vgl. hierzu *R. Dreier/S. L. Paulson*, Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: *Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie*, hg. von R. Dreier/S. L. Paulson, 2. Aufl., Heidelberg 2003, S. 237–253 (238–241).

⁹ *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 2), S. 227, 251, 302.

¹⁰ Zur Unterscheidung zwischen der realen und der idealen Dimension des Rechts vgl. *R. Alexy*, Die Doppelnatur des Rechts, in: *Der Staat* 50 (2011), S. 389–404 (389, 396).

¹¹ *Radbruch*, Rechtsphilosophie (Fn. 2), S. 278.

¹² *Ibid.*, S. 302.

kursiv gesetzte und an anderer Stelle wiederholte¹³ These, „daß Recht die Wirklichkeit sei, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen“,¹⁴ muss deshalb entweder als eine den spezifischen Charakter der Gerechtigkeit akzentuierende Kurzfassung oder als eine Fassung interpretiert werden, in der der Begriff der Gerechtigkeit so weit verwendet wird, dass er die Zweckmäßigkeit und die Rechtssicherheit einschließt. Für beides finden sich Hinweise.¹⁵

Jeder Positivist kann Positivität und Idealität gegenüberstellen, ohne aufzuhören, Positivist zu sein. Er muss nur behaupten, dass das Recht als solches sich auf die Positivität beschränkt, was nicht ausschließt, dass es vom Standpunkt der Idealität als einem Standpunkt außerhalb des Rechts, also vom Standpunkt der Moral aus, kritisiert werden kann. Dieser positivistischen Trennungsthese tritt Radbruch mit dem dritten Element der Rechtstriade entgegen, der Sinnthese. Was Radbruch mit dieser These sagen will, wird deutlich, wenn er die Sinnthese auf das Verhältnis von Wissenschaft und Wahrheit anwendet. Dass Wissenschaft den Sinn hat, „der Wahrheit zu dienen“, bedeute, dass wissenschaftliche „Arbeiten, erfolglose wie glückliche, ... alle zum mindesten erstreben und beanspruchten, Wahrheit zu sein“.¹⁶ Den Sinn zu haben, der Wahrheit zu dienen, heißt also, den Anspruch zu erheben, wahr zu sein. Damit ist eine Brücke vom neukantianischen Begriff des Sinns zum sprachanalytischen Begriff des Anspruchs geschlagen.¹⁷ Dass Radbruch selbst dies bereits vorausgenommen hat, zeigt seine Formulierung: „Recht erhebt seinem Wesen nach den Anspruch auf Gerechtigkeit.“¹⁸ Von besonderer Bedeutung sind hier die Wörter „seinem Wesen nach“. Mit ihnen wird gesagt, dass das Recht *notwendig* einen Anspruch auf Gerechtigkeit erhebt. Mit einer weiteren Formulierung betritt Radbruch endgültig das Zentrum der gegenwärtigen Debatte um den Rechtsbegriff, in dem die Frage steht, ob erstens das Recht notwendig einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt und ob zweitens dieser Anspruch ein Anspruch auf eine Richtigkeit ist, die die moralische Richtigkeit einschließt.¹⁹ Es ist der Satz: „Ge-

¹³ Ibid., S. 274.

¹⁴ Ibid., S. 260.

¹⁵ Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), S. 278: „spezifische Rechtsidee“ und S. 316: „gerechter Richter“.

¹⁶ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), S. 222.

¹⁷ Vgl. hierzu Dreier/Paulson, Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs (Fn. 8), S. 241.

¹⁸ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), S. 245.

¹⁹ Vgl. etwa E. Bulygin, Alexy und das Richtigkeitsargument, in: Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, Festschrift für Werner Krawietz, hg. von A. Aarnio/S. L. Paulson/O. Weinberger/G. Henrik von Wright/D. Wyduckel, Berlin 1993, S. 19–24; R. Alexy, Bulygins Kritik des Richtigkeitsarguments, in: Normative Systems in Legal and Moral Theory, Festschrift für Carlos E. Alchourrón und Eugenio Bulygin, hg. von E. Garzón Valdés/W. Krawietz/G. H. von Wright/R. Zimmerling, Berlin 1997, S. 235–250; E. Bulygin, Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality, in: Ratio Juris 13 (2000), S. 133–137; R. Alexy, On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique, in:

rechtigkeit bedeutet Richtigkeit in ihrer Hinordnung gerade auf das Recht.“²⁰ Gerechtigkeit ist in der Tat nichts anderes als die Richtigkeit von Verteilung und Ausgleich,²¹ und im Recht geht es wesentlich um Verteilung und Ausgleich. Damit kann Radbruch als ein früher Vertreter der Anspruchslehre angesehen werden, und als solcher ist er notwendig ein Nichtpositivist, mindestens ein superinklusiver Nichtpositivist.²²

Es liegt nahe, den Satz, dass Recht die Wirklichkeit ist, die den Sinn hat, der Rechtsidee zu dienen, oder seine Spezifikation, dass Recht die Wirklichkeit ist, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen, als Radbruchs Definition des Rechts anzusehen. Dem steht auf den ersten Blick entgegen, dass Radbruch mit direktem Bezug zur eben erwähnten zweiten Variante, der Gerechtigkeitsvariante, das Folgende sagt: „Damit wäre der Weg gezeigt, die Begriffsbestimmung des Rechts zu gewinnen, aber noch nicht die Begriffsbestimmung selber gewonnen.“²³ Man kann den Satz, dass Recht die Wirklichkeit ist, die den Sinn hat, der Rechtsidee zu dienen, ebenso wie dessen Spezifikation, dass Recht die Wirklichkeit ist, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen, als „Basissatz der Radbruchschen Rechtsphilosophie“ bezeichnen. Radbruch versucht, von seiner zweiten, der Gerechtigkeitsvariante zu einer Definition des Rechts „als de[m] Inbegriff der generellen Anordnungen für das menschliche Zusammenleben“²⁴ zu gelangen. Die Brücke vom Basissatz zu dieser Definition soll das neukantianische Theorem der „Stoffbestimmtheit der Idee“²⁵ bilden. Das soll hier nicht verfolgt werden. Nur ein Punkt ist von Interesse. Er betrifft die Anforderungen, die an Definitionen zu stellen sind. Es ist ein Postulat der Rationalität, dass Definitionen in ihrem Definiens möglichst präzise Begriffe verwenden. „Wirklichkeit“ im Basissatz ist sehr unbestimmt. „Anordnung“ ist konkreter, „Norm“ freilich wäre präziser als „Anordnung“. Doch das betrifft technische Fragen, nicht das Hauptproblem der Radbruchschen „Begriffsbestimmung“. Dieses besteht darin, dass sie eine wesentliche Anforderung an Definitionen nicht oder nur schlecht erfüllt. Definitionen und die mit ihnen definierten Be-

Ratio Juris 13 (2000), S. 138–147; E. Bulygin, Alexy Between Positivism and Non-positivism, in: Neutrality and Theory of Law, hg. von J. Ferrer Beltrán/J. J. Moreso/D. M. Papayannis, Dordrecht 2013, S. 49–59; R. Alexy, Between Positivism and Non-positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin, in: Neutrality and Theory of Law, hg. von J. F. Beltrán/J. J. Moreso/D. M. Papayannis, Dordrecht 2013, S. 225–238.

²⁰ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), S. 260.

²¹ R. Alexy, Giustizia come correttezza, in: Ragion pratica 5 (1997), S. 103–113 (105).

²² Zu den drei Formen des Nichtpositivismus, dem exklusiven, dem inklusiven und dem superinklusiven Nichtpositivismus vgl. R. Alexy, Law, Morality, and the Existence of Human Rights, in: Ratio Juris 25 (2012), S. 2–14 (4–7); ders., Inklusiver Nichtpositivismus. Zum Verhältnis von Recht und Moral, in: Christiana Albertina 81 (2015), S. 8–18 (9–10).

²³ Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 2), S. 260.

²⁴ Ibid., S. 261.

²⁵ Ibid., S. 260.