

Markus Abraham / Till Zimmermann / Sabrina Zucca-Soest (Hg.)

Vorbedingungen des Rechts

Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2014 in Passau und im April 2015 in Hamburg



ARSP Beiheft 150

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Franz Steiner Verlag



Nomos

Markus Abraham / Till Zimmermann / Sabrina Zucca-Soest (Hg.)
Vorbedingungen des Rechts

ARCHIV FÜR RECHTS- UND SOZIALPHILOSOPHIE

ARCHIVES FOR PHILOSOPHY OF LAW AND SOCIAL PHILOSOPHY

ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT ET DE PHILOSOPHIE SOCIALE

ARCHIVO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

Herausgegeben von der Internationalen Vereinigung
für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR)

Redaktion: Dr. Annette Brockmüller, LL. M.

Beiheft 150

Markus Abraham / Till Zimmermann /
Sabrina Zucca-Soest (Hg.)

Vorbedingungen des Rechts

Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR)
in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und
Sozialphilosophie (IVR) im September 2014 in Passau
und im April 2015 in Hamburg



Franz Steiner Verlag



Nomos

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist unzulässig und strafbar.

© Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2016

Satz: DTP + TEXT Eva Burri, Stuttgart

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier.

Printed in Germany.

Franz Steiner Verlag: ISBN 978-3-515-11389-2 (Print)

Franz Steiner Verlag: ISBN 978-3-515-11392-2 (E-Book)

Nomos Verlag: ISBN 978-3-8487-3213-5

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort.	7
I. Bedürfnisse und Befähigungen im Recht	
<i>Markus Abraham / Till Zimmermann</i>	
Einleitende Bemerkungen.	11
<i>Lutz Eidam, Frankfurt am Main</i>	
Braucht unser heutiges Strafrecht (noch) den philosophischen Horizont eines Naturrechts Zum Streit zwischen Positivismus und Nichtpositivismus am Beispiel der Radbruch-Hart-Kontroverse	13
<i>Frieder Vogelmann, Bremen</i>	
Das deliberative Bedürfnis Zur menschlichen Natur der Diskurstheorie des Rechts	27
<i>Michael Goldhammer, Bayreuth</i>	
Repräsentation und Konflikt Hanna F. Pitkins Beitrag zu einer freiheitlichen Theorie mittelbarer Demokratie.	43
<i>Markus Bitterl, Wien</i>	
Eigenheiten institutioneller Anerkennung Zur Bedeutung von Institutionen als Medium der Anerkennung	59
<i>Paula Maria Nasser Cury, Heidelberg</i>	
Personwerden: Rechtsphilosophische Skizzen zur Rolle der „Natur des Menschen“ in der Konstruktion der Subjektivität	69
<i>Dorothea Magnus, Hamburg</i>	
Rechtsphilosophische Grundlegung der Patientenautonomie im Strafrecht	89
II. Individuum – Recht – Institution	
<i>Sabrina Zucca-Soest</i>	
Einleitende Bemerkungen.	103
<i>Péter Sólyom, Debrecen</i>	
Zwischen Rechtstechnik und Rechtspolitik Bemerkungen zu der Verfassungstheorie von Kelsen	105

<i>Dona Barirani, Utrecht</i> Legitimitätsquellen im globalen Regieren.	119
<i>Andrej Lang, Halle an der Saale</i> Legitimität der Verfassung und historischer Umbruch	131
<i>Elias Moser, Bern</i> Unveräußerliche Rechte und objektive Werte Erläuterungen zum Begriff, zur moralischen Dimension und zur Problematik der Rechtfertigung	143
<i>André Ferreira Leite de Paula, Frankfurt am Main</i> Herausforderungen rechtlicher Begründungstätigkeit unter den Bedingungen skeptischer Epistemologie	155
<i>Michael Hackl, Wien/Berlin</i> Die Rechte der „natürlichen Mitwelt“ und die „Sphären der Freiheit“. Eine metaphysische Antwort	171
<i>Moritz Hagemann, Frankfurt am Main</i> Die Zweideutigkeit des Naturrechts und das Recht auf Eigentum	183
<i>Thomas Wischmeyer, Freiburg im Breisgau</i> Sehnsucht nach Einheit? Der Schutz kollektiver Identitäten als Entwicklungsauftrag im nationalen und europäischen Verfassungsrecht	195
<i>Philipp Gisbertz, Göttingen</i> Stabilität durch gerechte Institutionen Eine rawlsianische Antwort auf das Böckenförde-Diktum	207
<i>Benjamin Rusteberg, Freiburg im Breisgau</i> Normative Selbstvergewisserung der liberalen Gesellschaft durch symbolische Gesetzgebung – Ein Widerspruch am Beispiel des Burka-Verbots	217
Autoren und Herausgeber.	229

VORWORT

Der vorliegende Band dokumentiert zwei Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2014 in Passau und im April 2015 in Hamburg.

Die Passauer Tagung, organisiert von Markus Abraham und Till Zimmermann, fand statt unter dem Titel „Bedürfnisse und Befähigungen im Recht“.¹ Die Beiträge beschäftigen sich mit dem Problem, ob aus der Natur des Menschen – wenn es denn eine solche gibt – Anforderungen an das Recht erwachsen. Sie bilden den ersten Teil des Tagungsbandes.

Das Thema der von Sabrina Zucca-Soest in Kooperation mit der Themengruppe Politik & Recht der Deutschen Vereinigung für Politische Wissenschaft (DVPW) organisierten Hamburger Tagung lautete „Individuum – Recht – Institution“.² Die Beiträge behandeln die Frage, inwiefern Recht im Spannungsfeld von Individuen und Institutionen zu verorten ist. Fokussiert wurde hier insbesondere die Übersetzung von allgemeinen normativen Grundideen in soziale Institutionen und die Rolle der Individuen hierbei. Sie bilden den zweiten Teil des Tagungsbandes.³

Die Herausgeber danken den vielen engagierten Helfern in Passau (Thomas Jänicke, Anna Lena Meisenberger, Amelie Rösl, Georgia Stefanopoulou sowie Lisa Förster, Franziska Gotthard, Teresa Göttl, Leonie König, Katrin Pilgram, Julius Schauf und Ulrich Völker) und in Hamburg (Susanne Kirst, Karen Haak, Lutz Dierking, Daniel Füßel, Philipp Lindenberg, Tom Fabert) sowie den großzügigen Sponsoren, welche das Gelingen der beiden Tagungen erst möglich gemacht haben. Besonders freut uns, dass wir mit der Unterstützung durch das Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie die Tradition der Veröffentlichung der Beiträge des JFR fortsetzen können.

München und Hamburg im März 2016

Markus Abraham
Till Zimmermann
Sabrina Zucca-Soest

- 1 Tagungsberichte von Anna Lena Meisenberger / Amelie Rösl *JuS* 2015, Heft 2 Aktuell, 36 ff. und *ARSP* 101 (2015), 130 ff. Die Beiträge der Referentinnen Ulrike Lembke (Greifswald) und Katja Stoppenbrink (Münster) standen für einen Abdruck leider nicht zur Verfügung.
- 2 Tagungsberichte unter www.juwiss.de.
- 3 Einige der Beiträge erscheinen in dem separaten Sammelband *Akteure im Recht*, Nomos, 2016.

I. BEDÜRFNISSE UND BEFÄHIGUNGEN IM RECHT

EINLEITENDE BEMERKUNGEN

Rechtliche Grundlagendiskurse kreisen häufig um die Frage nach Gleichheit und Freiheit, wobei damit meist Gleichheit und Freiheit *im Recht* gemeint ist. Vernachlässigt wird dabei, dass Freiheit auf Vorbedingungen beruht, es also eines Substrats bedarf, um überhaupt im Stande zu sein, Freiheitsräume zu entwerfen. Solche Vorbedingungen kann man mit Blick auf die Bedürfnisse und Befähigungen des Menschen diskutieren.

Die bevorstehende Passauer Tagung des Jungen Forums Rechtsphilosophie will eben diese Perspektive einnehmen und sich der Thematik widmen, ob aus der „Natur des Menschen“ – wenn es denn eine solche gibt – Anforderungen an das Recht erwachsen. Können diesbezüglich anthropologische oder psychologische Erkenntnisse bei der Festlegung helfen?¹ Es stellt sich die Frage, inwieweit diese „Natur des Menschen“ zu bedienen und inwiefern gerade zu überwinden ist. Sind evolutorisch einleuchtende Einrichtungen erhaltenswert – oder können sie höchstens erklären, nie aber legitimieren?

Wenn man sagt, man wolle der „Natur“ Folgerungen für das Recht entnehmen, klingt dies freilich nach der Ableitung eines Sollens aus einem Sein. Geht dieser Schluss also fehl? Man könnte argumentieren, dass es sich *deswegen* nicht um eine solche Konfundierung handelt, da beim Betrachten des „Wesens des Menschen“ kein nacktes Sein unter der Lupe liegt, sondern vor dem geistigen Auge etwas bereits von Wertungen Durchdrungenes, Interpretiertes erscheint.² Freilich müsste man dann überlegen, wo Elemente einer „Selbstinterpretation“³ und Selbstdefinition des Menschen bezüglich seiner Bedürfnisse zu finden wären. Lohnenswerte Suchgebiete dürften partizipatorische Diskurse, aber auch beispielsweise Anthropologie und Literatur sein. Ist nun ein Versuch zielführend, eine Klassifikation universeller Grundbedürfnisse aufzustellen (wie ihn etwa der *capability approach* unternimmt⁴)? Sicherlich wäre hier zu überlegen, wie eine solche Liste hinreichend konturiert formuliert werden, gleichzeitig aber für Veränderungen offen bleiben kann. Man müsste fragen, wie die volatilen Bedürfnisse der Menschen am besten erkannt und repräsentiert werden könnten. Ein solches Unternehmen könnte aber dann zu einer Erweiterung des Normprogramms führen, das die etablierten Menschenrechtsvorstellungen

1 Vgl. etwa Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl. 2011, § 8.

2 So Kurt Seelmann/Daniela Demko, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl. 2014, § 8 Rn. 22 mit Verweis auf Karl Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit – Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, 1971. Vgl. insbesondere dessen Ausführungen zu einem engen Begriff der Natur der Sache, 238 ff. und 270 ff.; radikal biologistisch dagegen Hendrik Gommer, From the „Is“ to the „Ought“: a Biological Theory of Law, *ARSP* 96 (2010), 449 ff.

3 Martha Nussbaum, Der aristotelische Sozialdemokratismus, in: *Gerechtigkeit oder Das gute Leben*, hg. von Herlinde Pauer-Studer, übers. v. Ilse Utz, 7. Aufl. 2012, 24, 46; dazu jüngst Manuel Knoll, Martha Nussbaum und Aristoteles, *ARSP* 101 (2015), 32 ff.

4 Nussbaum (Fn. 3), S. 50 ff.; für den *capability approach* grundlegend war Amartya Sen. Eine neuere Darstellung etwa in ders., *The Idea of Justice*, 2009, insbes. 253 ff. vgl. dazu Matthias Mahlmann, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, 3. Aufl. 2015, § 14 Rn. 49 ff.

gen übersteigt. Welche Auswirkungen hätte ein solches Vorgehen auf das Recht, etwa für die Reichweite des *ordre public*-Gedankens, also das Denken in nationalstaatlichen Sphären?

Oder aber schimmert hinter dieser Vorstellung eines gleichen Rechts für alle die Gefahr von Identitätsverlust, Gleichmacherei und Paternalismus? Könnte man auf die vorgeschlagene Weise dann nicht auch eine konkrete Regierungsform oder ein Familienideal deduzieren? Oder, grundsätzlicher, ist eine solche Entdeckungs-Idee des Rechts ohnehin vergeblich, weil Recht nicht *gefunden*, sondern *erfunden* werden muss? Für die Konventionalität des Rechts spricht wohl, dass sich die (rechtsethische) Beurteilung von Sachverhalten über die Zeit zu wandeln scheint, also das, was gestern Recht war, heute rückwirkend als unerträgliches Unrecht angesehen wird. Aber auch der Vorgang des Erfindens dürfte nicht *ex nihilo* erfolgen, sondern bestimmter Grundmaterialien bedürfen.

Eine gewisse Bedürfnisorientierung des Rechts könnte vielleicht unter der Annahme plausibel sein, dass in Bereichen asymmetrischer Machtverhältnisse oder Mittelarmut rechtliche Freiheit nur dann wirklich ist, wenn derartige Ungleichheit zu einem gewissen Grad (freilich: zu welchem?) aufgehoben wird.⁵ Als Ausprägungen dieses Gedankens könnte man das Verbraucherrecht oder das – eher nur nachträglich korrigierende⁶ – Recht der Sozialhilfe, aber auch Vorschläge eines bedingungslosen Grundeinkommens interpretieren. Stellt hier das Bedürfnis nach *Anerkennung als Person* Anforderungen an das Recht? Zu überlegen wäre hier auch, wie interpersonale Anerkennung und institutionelle Anerkennung sich zueinander verhalten.

Oder aber ist das Verhältnis des Rechts zu der „Natur des Menschen“ ein Umgekehrtes: Führen erst die (ungezügelter) Bedürfnisse zu Konflikten und die daraus resultierende schmerzliche Erfahrung dann zum einzäumenden Recht, weil die Akteure in Sicherheit leben wollen? Dann wäre der Grund des Rechts also nicht die Orientierung an einer optimalen Realisierung der Bedürfnisse, sondern deren sozialverträgliche Unterdrückung. Kann man bei dieser Sichtweise das Recht noch als *choosing system*⁷, als freiheitsermöglichend, verstehen?

Wie sich die Bedürfnisse und Befähigungen des Menschen zum Recht verhalten, ist die Frage der anstehenden Tagung. Ihre Veranstalter erhoffen sich dazu nun aufschlussreiche Auseinandersetzungen und kontroverse Diskussionen.

5 Vgl. nur Seelmann/Demko (Fn. 2), § 14 Rn. 9 f.; Stephan Kirste, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2010, 136 ff.; aus verfassungsrechtlicher Perspektive vgl. etwa Dietrich Murswiek, Grundrechte als Teilhaberechte, in: *Handbuch des Staatsrechts*, hg. von Josef Isensee/Paul Kirchhof, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 192 Rn. 31. Zum Unterschied zwischen gleicher Würde und egalitärer Gleichheit s. Günther Ellscheid, Recht und Moral, in: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, hg. von Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann, 8. Aufl. 2010, 214, 247 f.

6 Die massenhafte Erforderlichkeit der (Welt-)Sozialhilfe sei ein Indikator für ein Defizit an primärer Verteilungsgerechtigkeit, so Michael Köhler, *Iustitia distributiva*. Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit, *ARSP* 79 (1993), 457, 480.

7 Herbert Lionel Adolphus Hart, Legal Responsibility and Excuses, in: *Punishment and Responsibility*, hg. von dems., 1968 (Nachdr. 1978), 28, 44.

LUTZ EIDAM, FRANKFURT AM MAIN

BRAUCHT UNSER HEUTIGES STRAFRECHT (NOCH) DEN PHILOSOPHISCHEN HORIZONT EINES NATURRECHTS?

ZUM STREIT ZWISCHEN POSITIVISMUS UND NICHTPOSITIVISMUS AM BEISPIEL DER RADBRUCH-HART-KONTROVERSE*

I. EINLEITUNG

Winfried Hassemer, dessen Andenken ich diesen Beitrag widmen möchte, hat bereits im Jahr 2002, in der Festschrift für Trechsel, darauf hingewiesen, dass unser modernes Verfassungsrecht so etwas wie „geronnenes Naturrecht“ enthalte.¹ Das führe dazu, dass die sichernden Aufgaben naturrechtlicher Verbürgungen mittlerweile zuverlässig durch positiviertes höherrangiges Recht miterledigt werden. Aus diesem Grunde bestehe, so schreibt Hassemer weiter, heutzutage auch kein explizites Bedürfnis mehr nach einem Naturrecht als hierarchische Rechtsquelle, um etwa „ein verkrüppeltes positives Gesetz geradezubiegen oder hinwegzuschwemmen“.² Solch ein Bedürfnis mag noch im Jahr 1946 nach dem großen Zusammenbruch allgegenwärtig gewesen sein, was die in dieser Zeit aufkommende sog. Naturrechtsrenaissance³ überdeutlich demonstriert. In unseren Zeiten soll jedoch – wie gesagt – eine Berufung auf Verfassungsrecht im Gleichklang mit europäischen und internationalen Regelungsmaterien genügen. So führt uns Winfried Hassemer in aller Deutlichkeit den schwindenden Stellenwert der klassischen Naturrechtsdoktrin vor Augen.

Stephan Kirste formuliert all das für unsere heutige Zeit noch ein wenig drastischer: Der gegenwärtige Bedeutungsverlust des Naturrechts resultiere daraus, dass es an seinem Erfolg zugrunde gegangen sei.⁴

Damit ist doch eigentlich schon ein recht positives Fazit in Sachen Naturrecht – was auch immer man unter diesem Begriff verstehen mag – gezogen. Wir benötigen naturrechtliche Ideen und den naturrechtlichen Horizont alleine deshalb nicht mehr, weil sie in unserer Rechtsordnung allgegenwärtig sind. Oder etwa nicht?

* Eröffnungsvortrag auf der 21. Jahrestagung des Jungen Forums Rechtsphilosophie vom 24. bis zum 25. September in Passau. Der Vortragsstil wurde weitestgehend beibehalten.

1 Winfried Hassemer, Naturrecht im Verfassungsrecht, in: *Festschrift für Stefan Trechsel*, hg. von Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger, 2002, 150; vgl. auch schon Ulfrid Neumann, Positivistische Rechtsquellenlehre und naturrechtliche Methode zum Alltagsnaturrecht in der juristischen Argumentation, *ARSP-Beibef* Nr. 37 (1990), 141 mwN. in Fn. 4.

2 Hassemer (Fn. 1), 149.

3 Paradigmatisch für diese Strömung etwa Helmut Coing, *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts*, 1947, passim. Eingehend zum Thema auch Arthur Kaufmann, Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre – und was daraus geworden ist, in: *Festschrift für Sten Gagnér*, hg. von Michael Stolleis u. a., 1991, 105 ff. sowie Kristian Kühl, Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg, in: *Geschichtliche Rechtswissenschaft*, hg. von Gerhard Köbler/Meinhard Heinze/Jan Schapp, 1990, 331 ff.

4 Stephan Kirste, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2010, 108.

Ich möchte diesen Befund aus der Perspektive des Strafrechtlers im Folgenden ein wenig hinterfragen. Stellt man eine Frage wie die, die sich gerade angedeutet hat, so läuft die Diskussion rasch auf ganz fundamentale Grundsatzfragen der Rechtsphilosophie zu. Und so meine ich, dass wir zunächst einmal und etwas abstrakter den Nichtpositivismus dem Positivismus gegenüberstellen sollten. Ich nehme diese Abstrahierung – weg vom Begriff des Naturrechts und hin zum Begriff des Nichtpositivismus – deshalb vor, weil das, was die Philosophie unter der Natur verstehen zu meinen glaubt, nach Zeiten und Orten sehr unterschiedlich war⁵, und wir ansonsten die mir zur Verfügung stehende Zeit alleine zur Aufklärung der Begrifflichkeit der Natur im Wandel unterschiedlicher zeitlicher Epochen verwenden müssten. Auch müssten wir uns mit dem Einwand auseinandersetzen, dass im Naturzustand, so wie beispielsweise Hobbes ihn beschreibt, doch überhaupt keine Rechte im normativen Sinne, sondern allenfalls Naturgesetze im naturwissenschaftlich-soziologischen Sinne existieren.⁶ All das soll aber nicht mein Thema sein, weshalb ich hintergründig auf den Begriffsgegensatz Positivismus vs. Nichtpositivismus ausweichen werde. Ich kann Ihnen aber versprechen, dass wir anhand dieses Begriffspaars einen Großteil der altehrwürdigen Debatte zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus mitbehandeln, ja sogar miterledigen werden. Und ich kann Ihnen ebenfalls versprechen, dass wir an mannigfachen Stellen diese Beitrags mehr oder minder automatisch zurück zur Frage nach „dem“ Naturrecht kommen werden, eben weil diese Begrifflichkeit stellvertretender Namensgeber für eine der wichtigsten rechtsphilosophischen Fragestellungen war und ist. Ich werde den Topos des Naturrechts aber mehr im Sinne eines allgemeineren Nichtpositivismus und weniger in spezifischer Anbindung an „die Natur“ verstehen.

Bewegen möchte ich mich der Klarheit wegen – das habe ich schon angedeutet – alleine im Feld des Strafrechts. Hier haben Fragen wie die, ob aus nichtpositivistischen Erwägungen Grenzen für den Staat im Gewand des strafenden Leviathans erwachsen können, eine hervorsteckende Berechtigung. Denn in keinem anderen Rechtsgebiet wird mit der gleichen Dramatik auf individuelle Freiheitsverbürgungen zugegriffen, wie es im Strafrecht möglich ist.

II. STELLUNGSKRIEGE

Die Debatte, die ich nunmehr aufgreifen will, eröffnet den Zugang zu einem Jahrhundert alten Dualismus zweier unterschiedlicher rechtsphilosophischer Lager. Arthur Kaufmann hat hier einmal von einem fatalen Stellungskrieg gesprochen,⁷ und ich meine, dass hiermit das dualistische Nebeneinander von streng positivistischen und weniger strengen nichtpositivistischen Rechtslehren treffend gekennzeichnet ist.

5 Vgl. nur Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. 1997, 21.

6 Vgl. zu diesem Einwand Joachim Lege, *Recht als Kulturgut*, *ARSP* 93 (2007), 21.

7 Kaufmann (Fn. 5), 35.

1. RADBRUCH VS. H. L. A. HART

Eine mögliche Personalisierung einer solchen Auseinandersetzung bildet die Kritik ab, die der Oxford Jurist und Philosoph Herbert Lionel Adolphus Hart an den Lehren von Gustav Radbruch übte. Im Kern geht es dabei um strafrechtliche Erwägungen.

Wir erinnern uns: Im Zentrum der rechtsphilosophischen Nachkriegsdebatte über die unfassbaren Gräueltaten, die die Nationalsozialisten unter dem Deckmantel des positiven Rechts begangen hatten, stand die sog. „Radbruchsche Formel“.⁸ Radbruch will die Verbindlichkeit geltenden Rechts dann verneinen, wenn der Widerspruch zwischen positivem Recht und der Maxime der Gerechtigkeit ein derart unerträgliches Maß erreicht, dass ein Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat.⁹ Dem so ausdifferenzierten quantitativen Kriterium der Ungerechtigkeit schickt Radbruch ein weiteres, ein qualitatives Kriterium zur besseren Konturierung seiner Maßstäbe hinterher.¹⁰ Dort wo Gerechtigkeit – man möchte ergänzen subjektiv-final – nicht einmal erstrebt werde, wo die Gerechtigkeit bei der Setzung positiven Rechts sogar verleugnet werde, da entbehrt ein Gesetz der Rechtsnatur überhaupt, eben weil sich positives Recht gar nicht anders denken und definieren lässt, als dass es dazu bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.¹¹ „An diesem Maßstab gemessen“ – so Radbruch wörtlich – „sind ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde des geltenden Rechts gelangt.“¹²

Ich halte mich mit einer Einordnung der Lehren Radbruchs an dieser Stelle zunächst noch zurück. Unterstreichen möchte ich jedoch, dass es sich bei den gerade erwähnten zentralen Wendungen aus Radbruchs Rechtsphilosophie nach 1945 jedenfalls um Inhalte handelt, die mit einem strikt positivistischen Rechtsmodell unvereinbar sind.¹³

Hart hat diese neuere Passage in Radbruchs Rechtsphilosophie unter Rekurs auf die in seinem eigenen Rechtskonzept angelegte Trennung von Recht und Moral (sog. Trennungsthese¹⁴) mit teils drastischen Worten kritisiert.¹⁵ Radbruchs Thesen beinhalten – so Hart – eine „außerordentliche Naivität“¹⁶, die sich durch den Glauben daran manifestiere, die Unterwürfigkeit der deutschen Bevölkerung während des Dritten Reichs habe etwas mit der ausnahmslosen Befolgung der Maxime „Ge-

8 Eingehend: Frank Saliger, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, 1995, passim. Vgl. zudem Hidehiko Adachi, *Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung zur Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, 2006, passim.

9 Gustav Radbruch, in: *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Rechtsphilosophie, Bd. 3*, hg. von Arthur Kaufmann, 1990, 89.

10 Ulfrid Neumann, Naturrecht und Positivismus im Denken Gustav Radbruchs, in: *„Vom Rechte, das mit uns geboren ist“ – Aktuelle Probleme des Naturrechts*, hg. von Wilfried Hörle u. a., 2007, 13.

11 Radbruch (Fn. 9), 89.

12 AaO.

13 Neumann (Fn. 10), 12 f.

14 Vgl. Armin Engländer, Grundzüge des modernen Rechtspositivismus, *Jura* 2000, 114; Kühl (Fn. 3), 338.

15 Hasso Hoffmann, *Neuere Entwicklungen in der Rechtsphilosophie*, 1996, 11 (spricht von scharfer Kritik).

16 H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review* 70 (1958), 617; deutsche Fassung: H. L. A. Hart, in: *Recht und Moral*, hg. von Norbert Hoerster, 1971, 42.

setz ist Gesetz“, selbst wenn es sich um ein unmoralisches Gesetz handelt, zu tun.¹⁷ Radbruchs Konzept trage weder dazu bei, die Bevölkerung klarsichtiger zu machen, noch einen eventuellen Widerstandsgeist gegen das Böse zu stärken.¹⁸ Hieran anknüpfend geht Hart sogar noch einen Schritt weiter. Er meint, Radbruch habe die Botschaft des geistigen Liberalismus, welche er ja selbst dem Juristenstand zu vermitteln versuche, nur halb verstanden.¹⁹ Radbruch unterliege dem Missverständnis, wonach mit der Anerkennung einer Norm auch schon die moralische Frage, inwieweit dieser Norm Folge zu leisten sei, entschieden wird. Dem sei aber keineswegs so. Denn die wahrhaft liberale Antwort auf den Gebrauch der Argumentation „Gesetz ist Gesetz“ ist eine ganz und gar gegenteilige: „Recht ist nicht Moral“.²⁰

Hart schickt diesen doch eher abstrakt-akademischen Ausführungen einige praktisch orientierte Gedanken zur besseren Sichtbarmachung seiner Kritik an der – seiner Auffassung nach – in Radbruchs Lehren angelegten Hinterfragung der Trennung von Recht und Moral hinterher.²¹ Er hat dabei mehrere Nachkriegsprozesse im Auge, in denen Radbruchs Formel Anwendung fand.²² Die besondere Bedeutung dieser Fälle liege darin, dass sich die Angeklagten überwiegend mit der Argumentation verteidigten, das, was sie getan hätten, habe im Einklang mit den zur Tat gültigen Gesetzen gestanden.²³ Und es habe den Anschein, als seien sich die Disputanten hier über den eigentlichen Charakter der dort zu verortenden Probleme überhaupt nicht im Klaren.²⁴

Hart schildert nun den nachfolgenden konkreten Fall²⁵, der auf einer Entscheidung des OLG Bamberg²⁶ aus dem Jahr 1949 beruht: Im Jahr 1944 hatte eine Frau, die ihren Ehemann loswerden wollte, ihn wegen abfälliger Bemerkungen über Hitler angezeigt. Er wurde zum Tode verurteilt. Allerdings wurde das Urteil nicht vollstreckt. Man zog es vor, den Mann an die Front zu schicken. Das OLG Bamberg bestätigte die Verurteilung der Frau im Jahr 1949 wegen Freiheitsberaubung in mittelbarer Täterschaft, begangen durch die NS-Richter. Das Verteidigungsvorbringen der Frau, ihre Tat habe im Einklang mit nationalsozialistischem Recht gestanden, konterte das OLG als Revisionsinstanz mit dem – ich räume ein – für den Strafrechtler erst einmal befremdlich klingenden Ausspruch: Dieses Gesetz verstoße „gegen das Billigkeits- und Gerechtigkeitsempfinden aller anständig Denkenden“²⁷ und sei deshalb kein gültiges Recht. Hart hält diese Vorgehensweise nicht für klug, auch wenn hier ein allgemein für Befriedigung sorgendes Ergebnis erzielt wurde. Er kritisiert, dass derartige Urteile den Anschein erwecken, als ließen sich all unsere Werte bruchlos in einem einzigen System unterbringen.²⁸ Das sei aber keineswegs so. Vielmehr zwingen uns solche Fälle, zwischen zwei Übeln das Geringere zu wählen.

17 Hart (Fn. 16), 617–618; deutsche Fassung: Hart (Fn. 16), 42.

18 H. L. A. Hart, *Der Begriff des Rechts*, 2011 (Suhrkamp-Ausgabe), 247.

19 Hart (Fn. 16), 618; deutsche Fassung: Hart (Fn. 16), 42.

20 AaO.

21 Hart (Fn. 16), 618; deutsche Fassung: Hart (Fn. 16), 43.

22 Allgemeiner hierzu auch Hart (Fn. 18), 245.

23 Hart (Fn. 16), 618; deutsche Fassung: Hart (Fn. 16), 43.

24 Hart (Fn. 18), 245.

25 Gute zusammenfassende Darstellung bei Hoffmann (Fn. 15), 11 f.

26 Abdruck der in Bezug genommenen Entscheidung in *SJZ* 1950, 207.

27 Hart (Fn. 16), 619; deutsche Fassung: Hart (Fn. 16), 44.

28 Hoffmann (Fn. 15), 11.

Diesen Auswahlprozess müsse man sich klarmachen und dabei die Wahl zwischen den sich offenbarenden Übeln in vollem Bewusstsein von dem, was man tut, wie Brennesseln anfassen.²⁹ Im geschilderten Fall des OLG Bamberg sieht Hart dementsprechend noch mindestens zwei weitere Entscheidungsmöglichkeiten. Erstens, die Frau freizusprechen, damit dem positiven Recht Rechnung zu tragen und dabei die Moralprinzipien aufzuopfern; oder zweitens, die Frau zu verurteilen und dabei unverhüllt einzugestehen, dass diese Verurteilung das strafrechtliche Rückwirkungsverbot verletzt. Damit liegen die beiden Übel³⁰, vor deren Wahl Hart einen Entscheidungsfindungsprozess gestellt sieht, auf dem Tisch. Beschreite man jedoch, wie das OLG Bamberg und zahlreiche weitere Nachkriegsentscheidungen, den Weg, mit Hilfe der Radbruchschen Formel das Dilemma zu leugnen, dann werde die Redlichkeit juristischen Entscheidens aufgeopfert und die eigentlichen moralischen Probleme würden kaschiert.³¹ Alleine ein Rechtsbegriff, der es erlaube, zwischen Recht und dessen Immoralität zu unterscheiden, befähige uns, die Kompliziertheit und Vielfältigkeit der verschiedenen Probleme zu erkennen.³² Er diene somit der Klarheit.³³ Der Ausschluss bestimmter Regeln aus dem Rechtskonzept, obwohl sie alle verbleibenden komplexen Merkmale des Rechts erfüllen, würde nach Hart hingegen zu nichts als Verwirrung führen.³⁴

Da haben wir es also. Ein markantes Beispiel für zwei rivalisierende Positionen von Nichtpositivismus und Positivismus, die allem Anschein nach in scharfem Gegensatz zueinander stehen. Hart selber hat diesen Dualismus übrigens einmal anschaulich mit einem Dialog beschrieben, dessen kurze Wiedergabe den im Schwerpunkt darstellenden Teil dieses Beitrags nun beschließen soll: Der Nichtpositivist, mitunter auch der Naturrechtler sagt: „Ihr seid blind, wenn ihr das nicht seht“, woraufhin der Positivist entgegnet: „Ihr träumt.“³⁵

2. MISSVERSTÄNDNISSE

Mir scheint, als sei Harts Kritik an den Lehren Radbruchs von einigen Missverständnissen gekennzeichnet, die ich nun gerne herausarbeiten möchte.

Radbruch tritt gegenüber dem streng positivistischen Denken frei nach der Maxime „Gesetz ist Gesetz“ für ein verändertes Rechtsdenken ein, wenn er versucht, mit dem gesetzlichen Unrecht und dem übergesetzlichen Recht neue Denkgegenstände im juristischen Argumentationsrepertoire zu implementieren. Es dürfte an dieser Stelle aber zu kurz greifen, Radbruch vorzuwerfen, er habe seinen eigenen geistigen Liberalismus deshalb fehlverstanden, weil er nicht für eine strikte Trennung von Recht und Moral eintrete. Radbruch muss notgedrungen den Horizont der Moralität erst einmal wieder neben dem positiven Recht sichtbar machen, weil ihn der Eindruck verfolgt, dieser Horizont sei über mindestens zwölf Jahre lang, in

29 Hart (Fn. 16), 620; deutsche Fassung: Hart (Fn. 16), 44.

30 Hierzu auch Engländer (Fn. 14), 115.

31 Hart (Fn. 16), 619–620; deutsche Fassung: Hart (Fn. 16), 44.

32 Hart (Fn. 18), 248 f.

33 Engländer (Fn. 14), 115.

34 Hart (Fn. 18), 246.

35 AaO., 219.

der Zeit zwischen 1933 und 1945, verschwunden gewesen. Ich halte es durchaus für möglich, dieses Streben nach einem neuen überpositiven juristischen Denken als Ausdruck, wenn nicht sogar als Wegbereiter eines geistigen Liberalismus einzugruppieren, obgleich Hart hier sicherlich vehement widersprechen würde.

Das Verständnis des Stichworts des geistigen Liberalismus, das Hart von einer positivistischen Warte her verstanden wissen will, scheint mir nach alledem der tiefere Knackpunkt zu sein, an dem sich Radbruch und Hart unterscheiden. Schauen wir an dieser Stelle also mal etwas genauer hin. Hart möchte in zwei Systemen, dem rechtspositivistischen und dem moralischen System denken, was auf einen seiner Auffassung nach wahren Liberalismus hinauslaufe, eben weil Recht nicht Moral sein könne. Wo aber steht Radbruch hier?

Viele Stimmen, zu denen ich in der Tendenz auch H. L. A. Hart zähle, ordnen Radbruchs Ausführungen zum gesetzlichen Unrecht und übergesetzlichen Recht dem inhaltlich-philosophischen Repertoire des Nichtpositivisten, genauer gesagt des Naturrechtlers zu. Der frühere Rechtspositivist³⁶ Radbruch habe sich angesichts der unfassbaren Eindrücke während der Nazizeit zum Naturrechtler gewandelt (sog. Umbruchthese).³⁷ Es habe in Radbruchs Leben ein sog. „Damaskuserlebnis“³⁸ gegeben, das ihn dazu veranlasst habe, einen – so sagte es Fritz Bauer – „salto vitale“³⁹ hinsichtlich seiner eigenen Lehren zu vollziehen.

Das müsste aber schon eine gewaltige Umwälzung der eigenen Grundsätze und Prinzipien gewesen sein, was sich leicht anhand einer Passage aus Radbruchs früherer Zeit in seiner Einführung in die Rechtswissenschaft aus dem Jahr 1910 demonstrieren lässt. Dort heißt es noch über die Idee des Naturrechts, vor dem – so sagt es Radbruch – die abweichende menschliche Gesetzgebung genauso wie der Irrtum vor der Wahrheit erlöschen soll:

„Natur‘ ist jegliches Geschehen, das Verbrechen ebensowohl wie seine Bestrafung, selbst das ‚Widernatürliche‘, sie sagt uns nur, was ist, nie, was von Rechts wegen sein sollte. Der Gedanke des Naturrechts war also ein Irrtum; aber er war der denkbar fruchtbarste Irrtum: es ist eine alte ‚List‘ der Weltgeschichte, das Recht, das sie zur Geltung bringen will, für bereits in Geltung, und das Recht, das sie außer Kraft setzen möchte, für schon außer Kraft auszugeben, und so hat das 18. Jahrhundert unter der falschen Fahne des ewig und überall gültigen Naturrechts seine rechtspolitischen Forderungen zum Siege geführt.“⁴⁰

Radbruch erkennt hier schon sehr früh und in historischer Ansehung der rationalistisch-aufklärerischen Naturrechtsideen des 17. und 18. Jahrhunderts⁴¹, dass nicht nur positiv gesetztes Recht, sondern eben auch die Maxime des Naturrechts für staatliche Machtdurchsetzung taugt. Damit korrespondiert auch der spätere Umstand, dass im Nationalsozialismus nicht nur der Positivismus pervertiert wurde. Auch der Naturrechtsgedanke wurde instrumentalisiert, indem man sich im Namen eines völ-

36 Ein Überblick über frühe rechtspositivistische Positionen Radbruchs findet sich bei Kühl (Fn. 3), 334 ff.

37 Neumann (Fn. 10), 12.

38 Fritz von Hippel, *Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker*, 1951, 36. Vgl. auch Kaufmann (Fn. 5), 41, sowie Neumann (Fn. 10), 12.

39 Fritz Bauer, *Das „gesetzliche Unrecht“ des Nationalsozialismus und die deutsche Strafrechtspflege*, in: *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, hg. von Arthur Kaufmann, 1968, 302.

40 Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1910, 22 f.

41 Kurz beschrieben z. B. bei Kaufmann (Fn. 3), 106.

kischen Naturrechts über geltende Gesetze hinwegsetzte.⁴² Im Schrifttum wird hieran anknüpfend deshalb auch die These vertreten, dass der Nationalsozialismus sich weniger der Dummheit von Juristen bedienen wollte, die im Geiste der Begriffsjurisprudenz und des Gesetzespositivismus erzogen worden waren, sondern der an Werten orientierten Bereitschaft der Juristen, dem nationalsozialistischen Naturrecht mit allen Mitteln der Auslegung zum Siege zu verhelfen.⁴³

Doch zurück zu Radbruch. Wer seine frühen Vorbehalte gegenüber dem nicht-positivistischen Topos des Naturrechts zur Kenntnis nimmt, angereichert mit der Erkenntnis, dass sich eben diese Vorbehalte offensichtlich auch während der Herrschaft der Nationalsozialisten bestätigt und realisiert haben, den muss eine mehr oder minder pauschale Eingruppierung Radbruchs nach 1945 als Naturrechtler mit einigem Erstaunen treffen. Und in der Tat meine auch ich, dass es zu kurz greift, Radbruch als geläuterten Positivisten und zeitgleich neu erkorenen Naturrechtler einzuordnen. Zugegeben: Radbruchs spätes Denken enthält durchaus Spuren naturrechtlicher Elemente.⁴⁴ Man würde ihm und seinen Ideen aber Unrecht tun, wenn man ihn vorbehaltlos als Naturrechtler eingruppiert. Ich möchte daher für die insbesondere von Kaufmann⁴⁵ und Neumann⁴⁶ vertretene Auffassung eintreten, die Radbruchs spätes Denken jenseits der Kategorien von Positivismus und Naturrecht verorten möchte. Seine Konzeption der Rechtsgeltung schlägt vielmehr einen Mittelweg zwischen einem radikalen Positivismus und einem substanzontologischen Naturrecht ein. Dieser Mittelweg wird von der Radbruchschen Formel ausgeleuchtet.⁴⁷ Radbruch baut damit gleichsam eine Brücke, die die alt bekannten antagonistischen Positionen überspannt⁴⁸ und zugleich auch hinter sich lässt. Das Recht beinhaltet erst einmal alle Rechtsvorschriften, egal ob sie das Ziel der Gerechtigkeit erreichen oder verfehlen.⁴⁹ Damit wird die Positivität auch in der Radbruch-Formel bis an ihre äußersten Grenzen durchgehalten.⁵⁰ Dort aber, wo die Normen des Rechts nicht einmal die Intention verfolgen, Gerechtigkeit zu verwirklichen, führt diese fehlende Wertorientierung zur Unverbindlichkeit der betroffenen Regeln. Denn dort entsteht so schreckliches Recht, dass alle positivistischen Begründungen notwendig skandalös werden.⁵¹

Wer dieser Einordnung des späten Radbruchs folgt, an dem muss der eigentliche Kern von Harts Kritik abprallen. Denn dann wäre es mindestens missverständlich, Radbruch einen falsch verstandenen Liberalismus dahingehend vorzuwerfen, dass sein Konzept die liberalistische Unterscheidung zwischen Recht und Moral verdecke. Diesen Einwand könnte Radbruchs Konzept vom gesetzlichen Unrecht gut parieren, eben weil es diese Unterscheidung ständig vor Augen haben muss.

42 Kaufmann (Fn. 5), 30; Klaus Luig, Macht und Ohnmacht der Methode, *NJW* 1992, 2536.

43 Luig (Fn. 42), 2536.

44 Neumann (Fn. 10), 14.

45 Kaufmann (Fn. 3), 116 ff.; ders. (Fn. 5), 34 f., 41 ff.

46 Neumann (Fn. 10), 16.

47 AaO.

48 Vgl. Kaufmann (Fn. 5), 42.

49 Vgl. hierzu Gustav Radbruch, in: *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, hg. von Werner Maihofer, 1966, 3: „geringere Widersprüche zwischen Gesetz und Gerechtigkeit müssen im Interesse der Sicherheit des Rechts ertragen werden.“

50 Wolfgang Naucke, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, 1996, 44.

51 Naucke (Fn. 50), 44.

Und auch den am Fall des OLG Bamberg erhobenen Vorwurf, Radbruchs Konzept würde die wahren Alternativen – Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot oder Befolgung des positiven Rechts bei Aufopferung der Moral – kaschieren, ließe sich entgegenhalten, dass in den Fällen, die Radbruch vor Augen hat, die Anwendbarkeit des Rückwirkungsverbots auf staatliche Makrocriminalität bereits fragwürdig wäre. Naucke hat dies in seiner Schrift zur Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität ausgeführt, worauf ich an dieser Stelle verweisen kann.⁵²

Ich will es bei diesen wenigen Punkten belassen und zu guter Letzt noch den Versuch unternehmen, Radbruch und Hart an einem ganz bestimmten Punkt wieder ein wenig miteinander zu versöhnen. Denn ich glaube, dass Hart am Ende mit den grundlegenden Intentionen Radbruchs mehr gemein hatte, als man das erwarten würde. Das zeigt mir eine zentrale Passage aus Harts Rechtsphilosophie, in der es heißt:

„Was wir mit Sicherheit viel mehr brauchen, um den Menschen die Klarsicht zu geben, die sie benötigen, wenn sie mit offiziellem Machtmissbrauch konfrontiert werden, ist, dass sie sich den Sinn dafür bewahren, dass die Bestimmung von etwas als rechtsgültig nicht schon automatisch die Gehorsamsfrage entscheidet und dass, so groß auch die Aura der Majestät und Autorität sein mag, die das offizielle Rechtssystem hat, dessen Forderungen letztlich immer einer moralischen Prüfung unterworfen werden müssen.“⁵³

Ich bin mir sicher, dass Radbruch sich mit dieser Positionierung durchaus hätte anfreunden können. Denn nichts anderes als eine letztlich auch moralische Prüfung des positiven Rechts führt uns die Radbruchsche Formel vor Augen.

3. ZWISCHENFAZIT

Ich ziehe ein kurzes Zwischenfazit.

An der Kontroverse zwischen Hart und Radbruch wird uns das Gegensatzpaar von Rechtspositivismus und Nichtpositivismus noch einmal deutlich vor Augen geführt. Die genaue Aufschlüsselung von Radbruchs Rechtskonzept hat jedoch gezeigt, dass er die Kontroverse zwischen beiden Lagern dadurch umgehen kann, dass er so etwas wie einen Mittelweg wählt. Das hat zur Folge, dass Harts Kritik an Radbruchs Lehren an Überzeugungskraft einbüßen muss.

III. WAS BLEIBT? NICHTPOSITIVISTISCHES DENKEN BEI DER RECHTSANWENDUNG?

Wenden wir uns nun noch einmal der Moderne zu, mit der Frage, was heute eigentlich noch bleibt vom alten Streit zwischen Positivisten und Nichtpositivisten, dessen starre Grenzen spätestens seit Radbruch verschwimmen. Lohnt es für den heutigen Strafrechtler überhaupt noch, sich an nichtpositivistische Rechtskonzepte wie das Naturrecht oder sogar an Radbruchs Formel der „lex corrupta“⁵⁴ zu erinnern – in einer Zeit, in der die modernen Verfassungen doch nahezu all das, was der Nichtpositivist auf dem Herzen hat, verkörpern?

52 AaO., 47 ff.

53 Hart (Fn. 18), 247.

54 Vgl. Kaufmann (Fn. 3), 108.

Ich glaube schon.

Zunächst möchte ich aber ein wenig Wasser auf die Mühlen der Positivisten gießen. Wahrscheinlich ist es in unseren Zeiten eine unumstößliche Realität, dass der Stellungskrieg zwischen Positivisten und Nichtpositivistern in eine Abnutzungsphase eingetreten ist, die nach dem Austausch alt bekannter Argumente wieder und wieder gezeigt hat, auf welcher schwierigen Ebene man sich bei dem Versuch begibt, aus einem substanzontologisch verstandenen Naturrecht konkrete Handlungsmaximen für die moderne Rechtsordnung und insbesondere auch für das Strafrecht abzuleiten. Das ist für mich zwar noch kein Argument dafür, dass es Unverfügbares im Recht nicht gibt oder geben kann⁵⁵, wohl aber ein Hinweis auf die tendenziellen Fallstricke, mit denen jeder seine Mühe haben wird, der aus nichtpositivistischen Horizonten positive Anleitungen für unsere heutigen komplexen Gesellschafts- und Wirtschaftsstrukturen abzuleiten versucht. Andererseits möchte ich aber auch nicht so weit gehen, die alte Naturrechtsdoktrin als so etwas wie eine spekulative Schwärmerie abzutun.⁵⁶ Denn sie hat – auch heute noch – einen Nutzen, den sich insbesondere der Strafrechtler vergegenwärtigen sollte.

1. IDEELLE AUSTROCKNUNGEN DES RECHTSEMPFINDENS

An den Anfang meiner diesbezüglichen Begründung möchte ich eine Bemerkung von Welzel stellen, der in Anlehnung an zentrale Passagen aus Kants Rechtsphilosophie dargelegt hat, dass mit dem schwindenden Stellenwert der Naturrechtsdoktrin auch der Halt verloren gegangen ist, der über Jahrhunderte hinweg die sittlichen und rechtlichen Überzeugungen der Menschen fest und sicher getragen hat.⁵⁷ Übertragen in unsere moderne Zeit hieße das: Wir leben in einem Zeitalter, in dem sittlich-rechtliche Überzeugungen und Halterungen des positiven Rechts stark verblasst sind. Stattdessen ist die heutige Zeit von einer ständig anwachsenden Menge positiven Rechts gekennzeichnet, die ihres Gleichen sucht. In der einschlägigen Literatur ist von einer Informationskrise⁵⁸ und zuweilen sogar – ich räume ein, es klingt etwas pathetisch – von der „totalen Eskalation des positiven Rechts“⁵⁹ die Rede. Diese Flut an positivem Recht in allen Bereichen des sozialen Zusammenlebens hat – das könnten man nun einwenden – natürlich auch zur Kodifizierung von Verfassungs- und Menschenrechten geführt, die nichtpositivistische Anliegen – wir haben das schon ganz am Anfang gehört – miterledigen. Befürchtet wird aber gleichzeitig auch, dass die Überdehnung des positiven Rechts zu einer allgemeinen Gesetzesgläubigkeit und einer Fokussiertheit auf das System des positiven Rechts führt, die nicht nur ein in gewissen Situationen durchaus förderliches eigenverantwortliches Handeln hemmt. Nein, es besteht auch die Gefahr, dass der Bürger wie auch der Juristenstand ideell austrocknet.⁶⁰ Wenn die Dogmatik des positiven Rechts aber die

55 Vgl. idS. auch Kaufmann (Fn. 5), 34.

56 So auch Kühl (Fn. 3), 346.

57 Hans Welzel, *Vom irrenden Gewissen*, 1949, 18.

58 Hierzu mwN. etwa Christine Löw, *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*, 2002, 255.

59 Löw (Fn. 58), 260 (Hervorhebung im Original).

60 Vgl. Christian Starck, *Übermaß an Rechtsstaat?*, *ZRP* 1979, 212.

rechtlichen Ideale, für deren Betonung die Grundlagenwissenschaften wie etwa die Rechtsphilosophie zuständig sind, in Vergessenheit oder in den Hintergrund geraten lässt, dann besteht die ernst zu nehmende Gefahr, dass ein Paragraphenwerk allzu leicht in formaler Begriffslogik erstarrt.⁶¹

Das alles klingt nun sicherlich ein wenig danach, als wollte ich mich geradewegs zurück zur Radbruch-Hart-Kontroverse begeben, und den alten Streit von Positivismus und Nichtpositivismus wieder von Neuem aufrollen. Denn es klingt, als wäre ich wieder an dem Punkt angekommen, an dem Hart mir vorwerfen könnte, ich sei naiv, weil ich aus der Maxime „Gesetz ist Gesetz“ so etwas wie eine Unterwürfigkeit der Bevölkerung herzuleiten versuche. Das wäre allerdings nur die halbe Wahrheit. Denn wir stehen heute gottlob vor anderen Bedingungen und einer gänzlich anderen staatlichen Ausrichtung als noch vor 70 Jahren. Und doch meine ich, dass der prinzipielle Ausgangspunkt der Radbruch-Hart-Kontroverse, mit der wir uns eben so ausführlich auseinandergesetzt haben, auch in unseren Zeiten eine gewisse Aktualität hat – freilich in einem qualitativ ganz anderen Gewand. Deshalb will ich auch nicht für einen Transfer von Radbruchs Formel in unsere Zeiten plädieren, eben weil Radbruch stark unterschiedliche Unrechtskonstellationen vor Augen hatte. Wohl aber für eine stete Erinnerung an den bereits bei und von Radbruch ausgeprägten Gedanken der Überpositivität.

Sie werden mich jetzt sicherlich mit einigem Unverständnis nach einem Beispiel für diese Behauptung fragen, und ich kann Sie beruhigen. Ich habe Ihnen natürlich ein Beispiel zur Verdeutlichung meiner These mitgebracht.

2. EIN BEISPIEL

Stellen wir uns einmal den folgenden Fall vor. Eine junge Frau in sozial schwachem Umfeld führt ein Leben, das eigentlich nur von Problemen gekennzeichnet ist. Jeder Tag ist ihr eine Last. Plötzlich wird diese Frau ungewollt schwanger, und ihr wird klar, dass ein Kind in ihrer jetzigen Lebenssituation die Probleme nur noch verschärfen würde. Es passt einfach nicht, weil die Frau gerade genug mit sich selbst zu tun hat. Sie verdrängt das Thema Schwangerschaft fortan, so gut es geht, bis sie ihr Kind durch eine heimliche Hausgeburt zur Welt bringt. Das schreiende Kind führt die Frau, die komplett ohne helfendes Umfeld dasteht, an den Rand der Verzweiflung. Das alles geht so weit, dass ihr schlimmste Gedanken kommen, etwa sich des Kindes durch eine Aussetzung zu entledigen. Genau für solche soziale Notlagen ist das Hilfskonzept der Babyklappe konzipiert.⁶² Anstatt Leib und Leben des Kindes durch eine Aussetzung zu gefährden, bietet dieses Hilfskonzept der Mutter die Möglichkeit, ihr Kind unter Wahrung von Anonymität in helfende Hände zu geben. Das Kind wird hier bestens und aufwendig umsorgt, und die Mutter hat Zeit, sich um sich selbst zu kümmern und erst einmal wieder durchzuatmen. Ziel der Hilfseinrichtung der Babyklappe ist dabei, Mutter und Kind über mehrere Wochen intensiv zu betreuen und sie dadurch wieder zusammenzubringen.⁶³ Das setzt freilich die Be-

61 Claus Roxin, „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, in: *Festschrift für Heinrich Henkel*, hg. von Claus Roxin, 1976, 182.

62 Winfried Hassemer / Lutz Eidam, *Babyklappen und Grundgesetz*, 2011, 8 ff.

63 Vgl. Hassemer/Eidam (Fn. 62), 13 f.

reitschaft der Mutter hierzu voraus und auch die Bereitschaft dazu, sich zu offenbaren. Sollte eine Zusammenführung von Mutter und Kind nicht gelingen, wird ein formaler Adoptionsprozess eingeleitet.

Für den Fall, den ich geschildert habe, ist es sicherlich unbestreitbar, dass die Babyklappe sinnvolle Hilfe leisten kann. Natürlich sind aber nicht alle Fälle gleich, und auch die Wahrnehmungen des Phänomens der Babyklappe sind so unterschiedlich, dass über ihre rechtliche Zulässigkeit eine scharfe Diskussion entbrannt ist.

Sie werden es kaum für möglich halten, aber auch das Strafrecht beteiligt sich an diesem Diskurs. Es gibt eine Reihe von Autoren im Schrifttum, die eine Bestrafung einer jeden Mutter, die eine Babyklappe in Anspruch nimmt, aufgrund von § 169 StGB wegen Personenstandsunterdrückung fordern.⁶⁴ Die Argumentation geht so: § 169 StGB normiert die strafbewehrte Pflicht, die Geburt eines Kindes dem Standesamt anzuzeigen. Die Vorschrift verfolgt das Ziel, die Abstammungsverhältnisse eines jeden neu geborenen Menschen klar zu ordnen. Gibt eine Mutter ihr Kind in die Babyklappe, kommt es naturgemäß nicht zu einer Meldung der Abstammungsverhältnisse an das Standesamt, und sie macht sich strafbar. Ein solches Rechtsverständnis stehe im Einklang mit Personenstandsgesetz und Familienrecht, die allesamt das Phänomen der Babyklappe nicht kennen und auf die die Babyklappe störend einwirke. Punkt, Ende, Aus. Diese Ansicht wird derzeit schon seit über zehn Jahren vertreten, und ich verrate Ihnen kein Geheimnis, wenn ich hier noch die Information ergänze, dass ich Ihnen eben gerade die Rechtsansicht der absolut h. M. referiert habe.

Die Debatte leidet – das ist meine feste Überzeugung – unter einem verengt positivistischen Blickwinkel, den ich wie folgt zusammenfassen würde: Babyklappen sind mit dem positiven Recht nicht zu vereinbaren, und wenn formaljuristisch sogar eine Strafnorm einschlägig ist, dann muss man die eben anwenden. Dieser Falle des – ich betone: „einfachen“ – positiven Rechts kann man nur entkommen, wenn man nichtpositivistisches Gedankengut mit in den großen Abwägungstopf einbezieht. Kann es sein, dass Vorschriften des positiven Rechts, die nicht einmal im Ansatz die Notsituation, die in unserem Beispielsfall vorlag, in ihren Konzepten der Ordnung vorgesehen haben, eine abschließende Lösung unseres Falles herbeiführen? Sicher nicht. Der geschulte Nichtpositivist wird das erkennen und sich auf die Suche nach Auswegen aus diesem Dilemma begeben. Wie wäre es, diesen Streit von der Ebene des einfachen positiven Rechts abzulösen und ihn auf eine höhere Ebene, etwa das Verfassungsrecht zu heben?⁶⁵ Denn hier hat unsere Rechtsordnung doch noch einiges mehr im Köcher als das der Ordnung verpflichtete Abstammungsrecht. Hier entdecken wir in Art. 6 Abs. 4 GG, dass die staatliche Gemeinschaft einer Mutter Schutz und Fürsorge verspricht, und noch vieles mehr. So eröffnen sich plötzlich Möglichkeiten, einer anderweitigen rechtlichen Beurteilung. Und auch die Strafbestimmung des § 169 StGB ließe sich mit verfassungsrechtlichen Erwägungen in ihre

64 Paradigmatisch für die Perspektive der Staatsanwaltschaft etwa Stephan Neuheuser, Begründet die Weggabe eines Neugeborenen in einer Babyklappe den Anfangsverdacht einer Straftat?, *NSiZ* 2001, 177; ders., Babyklappe und anonyme Geburt, *ZRP* 2003, 216; ders., Strafrechtliche Bewertung sogenannter Babyklappen in der Praxis, *Kriminalistik* 2005, 739; ders., Straftaten an der sogenannten Babyklappe, *ZKJ* 2006, 459.

65 Ausführlich hierzu Hassemer/Eidam (Fn. 62), 55 ff.