

schen Rechtswissenschaft nach 1945 und ihrer „verkürzten“ Erinnerung.

IV. „Rüthers will nur auslegen“?

Eine Anmerkung erfordert der Satz von Frommel:

„Dürfen Richter im Namen des ‚Rechts‘ statt der Gesetze sprechen? Rüthers ging und geht davon aus, dass es nicht Aufgabe der Justiz sei, neues Recht zu schaffen, sondern die geltenden Gesetze auszulegen.“ (S. 913/914)

Eine Fundstelle für diese Behauptung fehlt nicht zufällig. Es gibt sie nicht. Seit etwa 50 Jahren bemühe ich mich, die methodischen Vorgänge und Instrumente und Strategien bei der mehrfachen Umdeutung der überkommenen deutschen Rechtsordnungen (1919/1933/1945/1949 und 1989) aufzuklären und für die Juristenausbildung fruchtbar zu machen. In meiner „Unbegrenzten Auslegung“²⁰ und in vielen anderen Schriften²¹ habe ich, damals gegen die herrschende Lehre, die herausragende Bedeutung des Richterrechts hervorgehoben. Ich gebe das angesichts der offenkundig falschen These von Frommel kommentarlos zur Kenntnis.

Das Richterrecht ist und bleibt also unser Schicksal.²² Gerade deshalb ist es zwingend geboten, daß die Gerichte bei der Rechtsanwendung den in der Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) verankerten „Methodenkanon“ beachten. Dazu gehört: (1.) Vorhandene Gesetze sind zunächst auszulegen. In einem unverzichtbaren ersten Schritt ist zu versuchen, das Regelungsziel der Gesetzgebung zu erforschen. (2.) Wenn die Rechtsanwender glauben, das Gesetz fortbilden oder es durch eine eigene richterliche Normsetzung verdrängen („einlegen“) zu müssen, haben sie das offenzulegen und zu begründen.

V. Juristische Nachkriegstrümmer als Denkmäler

Die Erinnerungen an den Neuanfang der Rechtswissenschaft, speziell der Rechtsphilosophie, in der Nachkriegszeit bringen Kausalitäten und Zusammenhänge ans Licht, die noch heute fortwirken. Die Kriegserlebnisse und die Nachkriegszeit hinterließen in Deutschland mehrere traumatisierte Juristengenerationen. Das erklärt auch die „Schweigespirale“, nämlich das Verdrängen und Vergessen der NS-Zeit bei den Tätern und oft auch bei den Opfern. Die Trümmerwüsten der Großstädte, in denen die Nachkriegsgeneration hauste und gegen den Hunger kämpfte, sind für die Nachgeborenen kaum noch vorstellbar. Das führt zu der Frage: Warum sollen, warum müssen wir uns erinnern? Primo Levi hat es so formuliert:

„Es ist geschehen, und folglich kann es wieder geschehen. Darin liegt der Kern dessen, was wir zu sagen haben.“²³

Professor Dr. Dres. h.c. **Bernd Rüthers**, Konstanz

Schlusswort

Zu den Erwiderungen von Johann Braun JZ 2017, 451, Alexander Hollerbach JZ 2017, 455 und Bernd Rüthers JZ 2017, 457 auf Monika Frommel, Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit, JZ 2016, 913–920

I. Missachtung der relativistischen Grundlagen bei Gustav Radbruch

Die übliche Sicht stammt aus den 1950er Jahren und wird erkaufte durch eine für die damalige Zeit typische Missachtung der *relativistischen Orientierung* Radbruchs. Diese prägt sein ganzes Werk und insbesondere auch die Spätschriften. So verwundert es auch nicht, dass *Braun* den noch 1932 von Radbruch vertretenen „Relativismus“ sogar für verfehlt hält, also gar nicht sieht, dass Radbruch diesen Artikel nicht zurück genommen hat. Liest man diese erst 1957 auf deutsch erschiene Schrift, bemerkt man, dass sie bereits 1932 eine Warnung an die jungen braunen Privatdozenten war. Dies übersehen viele und meinen – mit *Braun* –, dass Wertrelativismus „die Grundlage des *Positivismus*“ gewesen sei. Übersehen wird, dass für Demokraten wie Radbruch eine relativistische Einstellung grundlegend ist. Sie ist nichts anderes als die abstrakt gefasste normative Festlegung der weltanschaulichen Neutralität des Staates. Ohne Neutralität kann es keine Demokratie geben. Radbruch war zu keiner Zeit seines Lebens Positivist, da er den *Begriff des Rechts* immer an das Ziel gebunden hat, der *Rechtsidee* zu dienen. Allerdings erweiterte er nach 1945 seinen früheren formalen Gerechtigkeitsbegriff. Dieser war zwar offen gewesen für individualistische und überindividualistische Weltanschauungen (aus einer Beobachterperspektive von Radbruch in der Parteienlehre dargestellt – das ist die inhaltliche Präzisierung der gegensätzlichen Ideen der „Zweckmäßigkeit“ des Rechts). Liest man die in § 8 unter dem Oberbegriff „Zweckmäßigkeit“ aufgelistete rechtsphilosophische Parteienlehre, bemerkt man, dass Radbruch bewusst neutral formuliert. Deshalb gewichtet er in den verschiedenen Auflagen bis 1932 kaum zwischen individuellen und eher kollektiven Interessen, sondern beschreibt sie lediglich. Nach 1945 betont er demgegenüber die Wichtigkeit einer individualistischen Position.

II. Gibt es eine Wende im Denken Gustav Radbruchs?

An den politischen Grenzfall einer Diktatur, in der nur noch überindividuelle Belange rechtlich relevant werden und die individuelle Rechte bewusst missachtet (und als „liberalistisch“ diffamiert), dachte Radbruch vor 1933 noch nicht. Deshalb betonte er, dass der *Rechtsbegriff* nur verstanden werden kann, wenn man die transzendente Unterstellung der Garantie der Rechtspersönlichkeit aller Menschen betont. Diese Erweiterung des vor 1945 noch sehr eng gefassten Gerechtigkeitsbegriffs (wegen des Vorrangs der Rechtssicherheit) ist sicher eine *persönliche Wende*, aber keine „naturrechtliche Wende“ und auch keine Revision seiner früheren Positionen. Denn Naturrecht und vor-positive Grundsätze sind substantielle Begriffe, die nicht ohne Inhalte auskommen. Rechtsprinzipien hingegen sind Bestandteile des positiven Rechts. Sie sind notwendig, um Gesetze zu interpretieren. Einen substantiellen Naturrechtsbegriff aber bekämpfte Gustav Radbruch sein ganzes Leben lang, sogar die formale Idee eines „richtigen“ Rechts (Rudolf Stammler) war ihm fremd. Die gängige Sicht ignoriert diesen Kontext. Sie verändert, isoliert und dogmatisiert die kurzen Bemerkungen

²⁰ Vgl. dazu das Nachwort zur 7. Aufl. 2012, S. 477 ff.

²¹ Entartetes Recht (Fn. 7); Geschönte Geschichten – Geschönte Biographien, 2. Aufl. 2015; Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2. Aufl. 2016; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 9. Aufl. 2016; und in vielen anderen Publikationen (Schriftenverzeichnis auf meiner Homepage).

²² *Gamillscheg* AcP 164 (1964), 385 (445).

²³ *Primo Levi*, Die Untergegangenen und die Geretteten, 1990, S. 205.

(SJZ 1946, 105–108 und Rhein-Neckar Zeitung vom 12.1.1946) zum neuen Recht am Ende seines Lebens und verkürzt so sein umfangreiches und in sich systematisch geschlossenes Gesamtwerk auf „fünf Minuten Rechtsphilosophie“.

Alexander Hollerbach nimmt seinen Lehrer in Schutz und geht davon aus, dass es Erik Wolf und Radbruchs Witwe waren, welche die folgenreiche Entscheidung getroffen haben, das Nachwort nicht im Wortlaut zu publizieren, sondern nur kurz zu erwähnen und im Übrigen ausschließlich die Spätschriften zu präsentieren. Er meint, das habe sachliche Gründe gehabt. Der für meine Kritik so bedeutsame Aufsatz des Jahres 1932 über den Relativismus sei, so betont Hollerbach, damals nur in französischer Sprache verfügbar gewesen und nur deshalb nicht abgedruckt worden. Diese Darstellung trifft vermutlich nur die halbe Wahrheit. Es hatte ja Gründe, dass Radbruch diesen bedeutsamen Artikel schon 1932 nicht mehr auf deutsch und schon gar nicht in einer viel gelesenen Zeitschrift publizieren konnte. Allerdings liegt es nicht in meinem Interesse, Erik Wolf und der Witwe Radbruchs die Intention zu unterstellen, das Werk zu verfälschen. Dennoch ist objektiv passiert, was leider vorhersehbar war. Radbruch wurde und wird bis heute so verfälscht gesehen, wie *Johann Braun* es ja noch heute darstellt. Diese Wirkungsgeschichte hat viele Gründe. Die wichtigsten liegen in der *Naturrechtsbegeisterung nach 1945*, die Lena Foljanty so eindrücklich beschrieben hat.¹ Das Ergebnis ist dennoch eine Verfälschung des Kontextes. Wirkungsgeschichte ist nun einmal sozial mächtig, gerade weil sie von Akteuren, die bedeutsam sind, getragen wird. Beobachter wie ich konstatieren dies und beschreiben dies ohne Schuldvorwürfe. Sie registrieren lediglich, was passiert ist.

III. Historische Rahmenbedingungen der einseitigen Rezeption der Spätschriften Radbruchs in den 1950er Jahren

Bernd Rütters stimmt mir zu und ergänzt einige meiner Ausführungen, um die historischen Rahmenbedingungen noch deutlicher zu zeigen. Doch fühlt sich auch *Rütters* von mir an einem Punkt falsch interpretiert. Er meint, ich reduziere sein Konzept auf eine Art Skepsis oder gar ein Verbot des Richterrechts, was mir allerdings sehr fern liegt. *Rütters* meint, Richterrecht sei keine Auslegung, sondern eine eigenständige Form des Umgangs mit einem lückenhaften Gesetz. Ich verwende aber den Terminus „Auslegung“ synonym mit *allen zulässigen* Formen des Umgangs mit einem Gesetz. Das Missverständnis hängt damit zusammen, dass Richterrecht ein Phänomen des Zivilrechts ist. Im rechtsstaatlichen Strafrecht ist jede Analogie zu Lasten des Beschuldigten verboten, im Zivilrecht aber ist es sogar geboten, vom Gesetz nicht geregelte (in der Regel neue) Sachverhalte nach den Maßstäben des geltenden Rechts – also gesetzestreu – zu bewerten und dann den vom Gesetz noch nicht explizit geregelten Konflikt angemessen zu lösen. Da dies erlaubt ist und geboten, wenn die Gesetzgebung an solche Konflikte noch nicht gedacht hat, scheint diese Methode aus dem üblichen Rahmen zu fallen. Die moderne Hermeneutik betont aber demgegenüber, dass *jede Interpretation* verbindlicher oder auch nur klassischer Texte eine *aktualisierende Anwendung* auf neue Konstellationen sein kann. Ausgearbeitet hat diesen Gedan-

ken in den 1960–70er Jahren insbesondere Josef Esser². Der internationale Charakter des Waren- und Dienstleistungsverkehrs hat im Zivilrecht eine eigenständige, rechtsvergleichende und kasuistische Kultur der richterlichen Rechtsfortbildung erzwungen, welche Gustav Radbruch erst sehr spät, aber bejahend, behandelt hat³, da sich ihm als Strafrechtler das Problem nicht gestellt hatte. Auch *Rechtsfortbildung* ist eine spezifische Form der Auslegung, eben eine im Zivilrecht erlaubte und im Strafrecht (zu Lasten des Beschuldigten) verbotene Analogie. Methodisch sind im Übrigen die Probleme, die sich im Zivilrecht und im Strafrecht stellen, nicht so verschieden wie man denken könnte; denn eine teleologische Reduktion eines zu weit geratenen Strafgesetzes unterscheidet sich von einer Analogie nicht grundsätzlich. Der Grund für die striktere Gesetzesbindung im Strafrecht ist also den Grundrechten des Beschuldigten, nicht der Methode, geschuldet.

IV. Die Radbruch'sche Formel betrifft den Grenzfall des gesetzlichen Unrechts, es gab aber auch das Phänomen der ideologischen Missachtung der Gesetze

Diese Frage führt zur nächsten Beobachtung. Wieso erregt meine Deutung des Radbruch'schen Spätwerks noch heute eine solche Empörung? Wieso werden zwei kurze Artikel aus den Jahren 1945/1946, die außerdem in erster Linie an die interessierte Öffentlichkeit adressiert waren, also nicht Radbruchs Rechtsphilosophie grundlegend ändern sollten, sondern nur bedauerliche Fehlinterpretationen richtig stellen, an die Stelle des imponierenden Gesamtwerks gesetzt und immer wieder beschwörend zitiert⁴? Wieso versucht man nicht, das Gesamtwerk dieses schon im Kaiserreich bemerkenswert modernen Strafrechtlers, Politikers und Rechtsphilosophen im Lichte der neukantianischen, von Max Weber geprägten realistischen, also bewusst nicht idealistischen Analyse des modernen Rechts zu verstehen?

Die Verkürzung Radbruchs auf eine angeblich naturrechtliche Wende, ist nach meiner Interpretation eine hermeneutisch unzulässige, weil a-historische Vorgehensweise. Sie kann nach 1999 durch den vollen Wortlaut des bis dahin unveröffentlichten Nachworts leicht widerlegt werden; denn die sogenannte „Radbruch'sche Formel“ kann – so Radbruch selbst in seinem Nachwort – allenfalls als Grenze zulässiger

² Vgl. hierzu *Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik durch Karl Larenz und Josef Esser, 1981. Während Karl Larenz sein rechtshegelianisches Konzept nur äußerlich mit einer Anleihe bei Gadamer verbrämt, überträgt Josef Esser das hermeneutische Modell auf die spezifischen Probleme des Richterrechts. Nur scheinbar rezipieren beide Autoren dasselbe hermeneutische Konzept. In Wahrheit verschleiert Larenz seine NS-Vergangenheit. Josef Esser hingegen plädiert für ein kasuistisches und rechtsvergleichendes Vorgehen.

³ *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts, 1. Aufl. 1946. In dieser Schrift macht Radbruch deutlich, dass eine kasuistische Vorgehensweise nicht so große Probleme mit „ungerechten Gesetzen“ hat wie eine kodifizierte Rechtsordnung, da nur eine stark abstrahierende Vorgehensweise die Konflikte des Sachverhalts ignorieren kann. Umgekehrt zeigt Radbruch, dass die Systematisierung des kontinentalen Rechts erhebliche Vorteile hat. Sie kann etwa Elemente des Unrechts von denen der Schuld absichten und damit differenzierter, was gerechter ist, urteilen (Mignonette-Fall 1884 – als Anhang dort abgedruckt). Für eine naturrechtliche Position ist Universalisierbarkeit entscheidend (alle Menschen haben die gleichen Grundrechte). Gruppen-Moralen sind somit immer willkürlich.

⁴ Das Wort „Naturrecht“ wird verwendet, also ist er doch ein Naturrechtler, lautet die immer wieder neu kolportierte Formel.

¹ *Foljanty*, Recht oder Gesetz, 2013.

und damit geltender Gesetzgebung interpretiert werden.⁵ Zwar verwendet Radbruch in seinen kurzen, gängige Irrtümer korrigierenden Bemerkungen der Jahre 1945 und 1946 das Wort „Naturrecht“, aber im Sinne einer *Grundrechtsorientierung*, einer Haltung also, die den Gemeinwohlformeln entgegen gesetzt ist. Ein solches Grundrechtverständnis war aber gerade nicht, wie die von Foljanty⁶ akribisch dargestellte „Naturrechtsbegeisterung“ der 1950er Jahre zeigt, typisch für die Zeit, die sich verfälschend auf den unbelasteten Gustav Radbruch stützt, um zu verdecken, dass die Positivismus-Polemik der NS-Zeit ein Faktor von vielen war, um die damals praktizierte unbegrenzte Auslegung zu legitimieren.

V. Grundrechte, Prinzipien oder traditionale Auffassungen von einem angeblich höherrangigen „Naturrecht“?

Die Konstruktion eines höherrangigen „Naturrechts“, aus dem deduziert werden kann, war nach 1945 beliebt, insbesondere in den 1950er Jahren. Dieses antirelativistische Denken ist mit der Negativformel des „unerträglich“ ungerichten gesetzlichen Unrechts, das Radbruch als „Nicht-Recht“ konstruiert, unvereinbar, weil auf positive Maßstäbe bewusst verzichtet wird. Wir wissen nicht, was gerecht ist, aber wir können extremes Unrecht erkennen. Eine solche relativierenden Sicht und ein substanzielles Naturrecht, das sind zwei völlig verschiedene Positionen. Sie ineinander zu schieben ist eine unzulässige Umdeutung der negativ gefassten „Radbruch’schen Formel“. Schließlich war Radbruch *vor und nach 1945* Neukantianer. Er orientierte sich an Max

⁵ Ich frage danach, was Radbruch 1945/1946 im Kontext seiner Theorie, repräsentiert durch sein Gesamtwerk, gemeint haben könnte. Der rechtsphilosophische Streit um die Radbruch’sche Formel wird hier nicht weiter dargestellt, da die verschiedenen Positionen bereits ausführlich selbst bei *wikipedia* nachgelesen werden können. Gefolgt wird der sog. Einheitstheze, wie sie *Ralf Dreier* und *Stanley L. Paulson* vertreten. Es ist dies eine *historisch-kritische* Sicht. Seit 1999 (mittlerweile neu aufgelegt) können wir nachlesen, was Radbruch 1946 und 1947 wohl wirklich gemeint hat, da er sich in einem bis dahin nicht publizierten *Entwurf eines Nachwortes* zur „Rechtsphilosophie“ 1932 ausführlich zum NS-Recht und dem, was er „gesetzliches Unrecht“ nannte, geäußert hat. Es wurde erst 1999 publiziert. Neben der von *Arthur Kaufmann* herausgegebenen Gesamtausgabe muss daher zusätzlich diese Studienausgabe der Rechtsphilosophie herangezogen werden (UTB Nr. 2043, 1999). Die verspätete Publikation der letzten Äußerungen Radbruchs vor seinem Tod hat die Legende von der naturrechtlichen oder quasi-naturrechtlichen Wendung, die insbesondere in den 1950er Jahren dominierte, verstärkt, aber auch durch die kontroversen Rezeptionen in England und den USA, begünstigt. Vgl. hierzu *Lon Fuller: American Legal Philosophy at Mid-Century*, *Journal of Legal Education* 6 (1954), 457–485 gegen *H. L. A. Hart: Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, abgedruckt in: *H. L. A. Hart: Recht und Moral. Drei Aufsätze*, 1971, S. 14–57, 51 ff. Weder *Hart* noch *Fuller* folgen einer historisch-kritischen Sicht sondern stellen ihre nach-konstitutionellen Positionen zum Umgang mit ungerechten Gesetzen dar. *Hart* überlässt die Reaktion der individuellen Gewissensentscheidung, *Fuller* neigt zu einer naturrechtlichen Interpretation der demokratischen Verfassungen. Diese Tradition unterscheidet sich sehr von den antidemokratischen Naturrechts-traditionen in Europa zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Die breite Rezeption der These von der naturrechtlichen Wende, wie sie innerhalb der Rechtsphilosophie lange Zeit herrschend war, vermeidet eine Rekonstruktion der neukantianischen Basis des Gesamtwerks, der Radbruch bis zu seinem Tode treu geblieben ist. Viele Autoren unterstellen nur deshalb eine „naturrechtliche“ Wende, weil dies angeblich unstrittig sei (Wirkungsgeschichte). Andere nehmen den berühmten Namen Gustav Radbruch lediglich zum Anlass, um ihre eigenen – jeweils kontroversen – Positionen zum Problem des extrem ungerechten Gesetzes zu veranschaulichen.

⁶ *Foljanty* (Fn. 1) spricht von einer „Naturrechtsbegeisterung“. Sie zeigt aber auch, dass es in der damaligen Juristenphilosophie nicht um Grundrechte ging, sondern um rückwärts gewandte Vorstellungen von „Sittlichkeit“, also einer überindividualistischen Einschränkung individueller Freiheit.

Weber (Werturteilsfreiheit) und lehnte schon sehr früh Stammlers „richtiges Recht“ ab. Somit war er zu keinem Zeitpunkt ein „Positivist“ wie Hans Kelsen oder ein „Naturrechtler“, wie Erik Wolf unterstellt hat. Die Rekonstruktion über die rechtstheoretischen Kategorien „Naturrecht oder Positivismus“ ist verfehlt. Radbruch lehnt beides ab. Gustav Radbruch und H.U. Kantorowicz formulierten beide keine „vor-positiven“ normativen Inhalte, sondern legten Wert auf die transzendente Unterstellung, dass Recht der Rechtssicherheit dienen müsse, sonst verfehle es seinen normativen Sinn (immanente Begrenzung). Naturrechtler hingegen argumentieren substanziell (auch beim Naturrecht mit wechselndem Inhalt) oder ontologisch. Die *Rechtskulturlehre* wiederum argumentiert empirisch, sei es nun soziologisch und/oder historisch. Mit dem Zusammenbruch des NS-Systems veränderte sich die Rechtskultur. Endlich konnte eine an Grundrechten orientierte Rechtsordnung postuliert und mit dem Grundgesetz und den anschließenden Reformen geschaffen werden.

Dass Gustav Radbruch dennoch über 50 Jahre so hartnäckig verfälscht wurde, hat wohl historische und soziologische Gründe. *Rüthers* betont sie. Die *Schweigspirale* der 1950er Jahre hinderte eine angemessene Reflexion. Aber seit 2016, dem Erscheinen der „Rosenburg-Akte“⁷, wissen wir, dass sogenannte Alt-Nazis die Elite der BGH-Richter und des BMJ dominierten, und zwar zunehmend seit den 1950er Jahren. Zwar wurde dies auch schon früher vermutet, da ja die Kontinuität einiger juristischer Formeln gut belegt war, aber nur durch qualitative Studien. Daher war die Wucht ihrer Dominanz bislang noch nicht quantitativ bewiesen und sie war noch nie so dicht und so gut messbar dargestellt worden wie dies nun durch die Analyse aller Personalakten in der Rosenberg-Akte geschehen ist⁸. Was die Söhne und Töchter der Täter- und Mitläufer-Generation nicht konnten, das können nun die Enkel, und sie tun es auch. Erstaunlich ist, dass Gustav Radbruch aus heutiger Sicht so modern erscheint. Er war am Ende des Kaiserreichs bereit für die Weimarer Demokratie, kämpfte, verlor, wurde isoliert, stand aber auf und nahm vorweg, was dann passiert ist. Deutschland baute eine Demokratie auf. Das demokratische Rechtsdenken ist offen und alles andere als „positivistisch“ oder „naturrechtlich“, was nicht bedeutet, dass keine zeitgemäßen Gerechtigkeitsvorstellungen – in der angemessenen Relativierung – formuliert werden. Dennoch ist es schädlich, wenn ein so aktueller Autor wie Radbruch in einer veralteten Lesart der 1950er Jahre rezipiert wird.

Professorin Dr. **Monika Frommel**, Kiel

⁷ *Görtemaker/Safferling*, Die Akte Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2016, S. 372–376 (Strafbarkeit der Homosexualität). Naheliegend ist daher die Frage, was diese personelle Kontinuität konkret für die Nachkriegszeit bedeutet hat.

⁸ Schon früher fiel auf, dass es eine sehr rückwärtsgewandte Elite von BGH-Richtern und Beamten des Justizministeriums gab, welche etwa in den Beratungen des StGB-E 62 eine äußerst konservative Linie festigen wollten; vgl. hierzu die Belege bei *Hubert Treiber*, Die rückwärtsgewandte Expertenreform – Ausgewählte Ergebnisse einer Cluster-Analyse zum Abstimmungsverhalten in der Grossen Strafrechtskommission, *KritV* 80 (1997), 378–399.