

Taner Aydin

Gustav Radbruch, Hans Kelsen und der Nationalsozialismus

Zwischen Recht, Unrecht und Nicht-Recht



Nomos

Studien zur Rechtsphilosophie
und Rechtstheorie

herausgegeben von
Prof. Dr. Ralf Dreier (1931–2018)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy
Prof. Dr. Carsten Bäcker und
Prof. Dr. Martin Borowski

Band 77

Taner Aydin

Gustav Radbruch, Hans Kelsen und der Nationalsozialismus

Zwischen Recht, Unrecht und Nicht-Recht



Nomos

Gedruckt mit Unterstützung der Ernst-Reuter-Gesellschaft der Freunde, Förderer und Ehemaligen der Freien Universität Berlin e.V.

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

Zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-7806-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-2210-0 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

D188

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für meine Familie und für Esayas

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen. Das Rigorosum fand am 19. November 2019 statt. Das Manuskript wurde vor der Drucklegung geringfügig überarbeitet.

Mein besonderer Dank gilt an erster Stelle meinem verehrten Doktorvater Herrn em. Univ.-Prof. Dr. *Hubert Rottleuthner*, ohne dessen fortwährende Unterstützung diese Arbeit nicht gelungen wäre. Bis zuletzt haben mich sein Wohlwollen, seine Hilfsbereitschaft und sein Zuspruch begleitet und getragen. Herrn Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Seher* danke ich herzlich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Herzlich bedanken möchte ich mich zudem bei der Ernst-Reuter Gesellschaft der Freunde, Förderer und Ehemaligen der Freien Universität Berlin e.V., die die Veröffentlichung dieser Arbeit mit einem Druckkostenzuschuss gefördert hat.

Ebenso herzlich danke ich Herrn Prof. Dr. *Stanley Paulson*, von dem ich insbesondere während der Anfangsphase der Arbeit zahlreiche wertvolle Hinweise erhalten habe.

Bedanken möchte ich mich außerdem bei meinen Freunden Herrn PD Dr. *Robert Frau* und Herrn Dr. *Andrej Lang* sowie bei meinem ehemaligen Geschichtslehrer Herrn *Detlev Böhmer* für die kritische Durchsicht des Manuskripts. Mein besonderer Dank gilt meinem Freund Herrn *Lamine Kabrane*, der nicht nur das Manuskript kompetent und in mühevoller Kleinarbeit durchgesehen hat, sondern mir auch als kundiger Gesprächspartner während der gesamten Dauer der Arbeit zur Seite stand.

Nicht zuletzt danke ich meiner Familie – meinen Eltern, Frau *Sevim Aydin* und Herrn *Kazim Aydin*, meinem Bruder, Herrn *Ilker Aydin*, meinen Schwiegereltern, Frau *Kristina Gutjahr* und Herrn PD Dr. med. *Leopold Gutjahr*, sowie meiner Ehefrau, Frau *Helena Gutjahr-Aydin*, und meinen beiden Söhnen, *Can Jannis Aydin* und *Benjamin Yunus Aydin*. Ganz besonders möchte ich mich bei meiner Frau Helena bedanken, die mir immer wieder die nötigen Freiräume verschafft hat, damit ich mich der Arbeit widmen konnte. Ihnen allen und dem Angedenken meines viel zu früh verstorbenen, lieben Freundes *Esayas Mengesha* sei diese Arbeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
I. Recht und Unrecht im Nationalsozialismus	13
II. Gustav Radbruch und Hans Kelsen	16
III. Gang der Untersuchung	22
A. Die philosophischen Grundlagen: Kant und der Neukantianismus	26
I. Die Transzendentalphilosophie Immanuel Kants	27
1. Theoretische Philosophie	27
2. Praktische Philosophie und Rechtslehre	39
II. Der Neukantianismus	51
1. Der Marburger Neukantianismus	53
2. Der Badener Neukantianismus	55
3. Neukantianische Rechtsphilosophie	57
a) Hermann Cohen: Die Rechtswissenschaft als Wissenschaftsfaktum der Ethik	59
b) Rudolf Stammler: Der Dualismus von Rechtsbegriff und Rechtsidee und die Lehre vom richtigen Recht	61
c) Emil Lask: Jenseits von Naturrecht und Rechtspositivismus	63
4. Ergebnis	65
B. Rechtsbegriff, Rechtsgeltung und das Verhältnis von Recht und Moral bei Radbruch und Kelsen	67
I. Gustav Radbruch	68
1. Rechtsbegriff und Rechtsgeltung in Radbruchs Vor- und Nachkriegsphilosophie	70
a) Radbruchs kulturphilosophischer Ansatz und sein Rechtsbegriff	70
aa) Der apriorische Charakter des Rechtsbegriffs	71
bb) Der Kulturbegriff	72
cc) Der Rechtsbegriff	76

Inhaltsverzeichnis

dd) Die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft	80
b) Exkurs: Kelsens Kritik am Badener Kulturbegriff	81
aa) Kulturbegriff und Methodendualismus	82
bb) Wertbeziehung und Wertung	84
cc) Das Verhältnis von Imperativ und Norm	85
dd) Gegenstand und Methode	87
c) Die Geltung des Rechts in Radbruchs Vor- und Nachkriegsphilosophie	88
aa) Vorkriegsphilosophie	88
bb) Nachkriegsphilosophie	91
d) Ergebnis	95
2. Die widersprüchlichen Aussagen Radbruchs zur Naturrechtslehre und zum Rechtspositivismus	96
a) Radbruchs Kritik am Positivismus	98
b) Zur Notwendigkeit des Positivismus	101
c) Zur Kritik der Naturrechtslehre	103
d) Zur Notwendigkeit einer ‚Naturrechtslehre‘	104
e) Ergebnis	110
3. Recht und Moral im engeren Sinne	112
a) Unterschied des Substrats oder der Interessenrichtung?	113
b) Unterschied der Zwecksubjekte	114
c) Unterschied der Verpflichtungsweise oder des verpflichtbaren Substrats?	114
d) Unterschied der Geltungsquellen?	117
e) Ergebnis	117
4. Vom Rechtspositivisten zum Naturrechtler?	118
a) Die Rolle des Richters	120
b) Neukantianischer Rechtsbegriff, Schandgesetze (1932) und Radbruchsche Formel (1946)	122
aa) Die Unerträglichkeitsformel und ihre Vereinbarkeit mit der Geltungslehre in Radbruchs Vorkriegsphilosophie	122
bb) Zur Vereinbarkeit der Verleugnungsformel mit dem neukantianischen Rechtsbegriff	126
c) Ergebnis	130
5. Der nichtpositivistische Rechtsbegriff und der Relativismus Gustav Radbruchs	131
a) Relativismus und absolute Werte	134
aa) Immanuel Kant und die Postulate der reinen praktischen Vernunft	136

bb) Wilhelm Windelband und das Normalbewusstsein	137
cc) Radbruch: Absolute Werte trotz Werterelativismus?	141
b) Was ist relativ in Radbruchs Rechtsphilosophie?	142
c) Absolute Forderungen aus dem Relativismus? Wie relativ ist Radbruchs Relativismus?	145
d) Ergebnis	148
II. Hans Kelsen	149
1. Norm, Normgeltung und Grundnorm in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens	149
a) Das Recht als normative Zwangsordnung	149
b) Die Geltung von Rechtsnormen	155
c) Die Grundnorm: Funktion, Inhalt, Status	157
d) Ergebnis	167
2. Recht und Moral bei Kelsen	167
a) Recht und Moral	171
b) Recht und Gerechtigkeit	181
c) Positives Recht und Naturrecht	183
d) Ergebnis	188
C. Das nationalsozialistische Recht bei Radbruch und Kelsen	190
I. Gustav Radbruch und der Nationalsozialismus	191
1. Biographisches	193
2. Der Umgang mit nationalsozialistischen Unrechtsakten: die Radbruchsche Formel und ihre Grenzen	198
a) Der Umgang mit gesetzlichem und sonstigem Unrecht in einem Unrechtsstaat	203
aa) Adressaten der Radbruchschen Formel	203
bb) Identifizierungsprobleme gesetzlichen Unrechts	209
cc) Euthanasie-Erlass als gesetzliches Unrecht?	210
b) Der Umgang mit gesetzlichem und sonstigem Unrecht nach dem Untergang eines Unrechtsstaats	212
aa) Das Rückwirkungsproblem	213
bb) Der Umgang mit Unrechtsakten	219
(1) Der Fall Tillessen	220
(2) Die Euthanasie-Morde	222
(3) Der Denunzianten-, Deserteur- und Scharfrichterfall	223
c) Ergebnis	227

Inhaltsverzeichnis

3. Die Positivismusthese	228
a) Der Positivismus als herrschende Lehre in der Weimarer Republik?	230
b) War die nationalsozialistische Rechtspraxis antipositivistisch?	234
aa) Was ist juristischer Positivismus?	237
bb) Nationalsozialistische Rechtsquellen- und Methodenlehre	245
cc) Teleologischer Rechtspositivismus	251
c) Die Wehrlosigkeit bzw. Blindheit der Juristen	254
d) Erklärungsversuche für Radbruchs These	257
e) Ergebnis	259
II. Hans Kelsen und der Nationalsozialismus	260
1. Biographisches	261
2. Kelsen und das Recht im Nationalsozialismus	267
a) Was hat Kelsen zum NS-Recht gesagt?	267
b) Was hätte Kelsen zum NS-Recht sagen können bzw. müssen? – Überlegungen am Beispiel des Euthanasieerlasses	270
aa) Euthanasie und Euthanasieerlass	271
bb) Zur Gültigkeit des Euthanasieerlasses aus Sicht der Reinen Rechtslehre	274
(1) Ordnungsgemäße Setzung	274
(2) Wirksamkeit	280
(a) Die Funktion des Rechts und seine Funktionsbedingungen	281
(aa) Ordnungsrationalität	281
(bb) Ordnung durch Verhaltenssteuerung	283
(cc) Normadressaten	285
(dd) Adressaten des Euthanasieerlasses	289
(b) Euthanasie und die Justiz im ‚Dritten Reich‘	291
(c) Recht und Unordnung im ‚Dritten Reich‘	296
(aa) Geltung des Euthanasieerlasses	296
(bb) Geltung der NS-Rechtsordnung	300
c) Ergebnis	305
D. Gesamtergebnis	307
Literaturverzeichnis	317