

Von der bedingten Rechtsperson zum unbedingten Frieden der Völker – Exegetische Betrachtungen zu Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie

Chris Thomale, Heidelberg*

A. Einleitung	25	E. Ideologiekritik der juristischen Person	36
B. Person als spezifisch juridischer Gleichheitsbegriff mit wandelbarer Extension	27	F. Der Wirklichkeitsstaat als der Fremdanerkennung bedürftiges Völkerrechtssubjekt	39
C. Radbruchs Methode: Die Synthese von Rechtsidee und Rechtswirklichkeit	33	G. Zusammenfassung	42
D. Ideologiekritik des Individualismus und die Tetrachomie der Mensch-Recht-Beziehung	33		

Gustav Radbruchs „Rechtsphilosophie“ ist das bedeutendste rechtsphilosophische Werk in deutscher Sprache seit Hegels Grundlinien zur Philosophie des Rechts. Der vorliegende Beitrag würdigt dies, indem er versucht, Radbruchs Behandlung der Rechtsperson als politisches Unternehmen zu rekonstruieren, das auf die Stärkung des Völkerrechts und die Verhinderung kriegerischer Auseinandersetzungen abzielt. Besondere Aufmerksamkeit erhält dabei Radbruchs Theorie der juristischen Person.

A. Einleitung

Eine der großen Verheißungen des Rechtspositivismus besteht darin, dass er lediglich *ex post* für eine Hinnahme des geltenden Rechts als *ius positum* eintritt, das zwar moralisch hinterfragt, aber nicht hintergangen werden darf.¹ Umgekehrt enthält der Rechtspositivismus nämlich, *ex ante* betrachtet, ein Bekenntnis zur Wandelbarkeit des Rechts. Er ermöglicht damit etwas, das man „Rechtshoffnung“ nennen mag: Ist Recht ein Artefakt, ein Menschenwerk, so muss eine ungerechte, unwirtschaftliche, unverständliche Rechtsordnung nicht als beste aller möglichen Rechtswelten hingenommen werden, sondern der Mensch kann an ihrer Verbesse-

* Dr. Chris Thomale, LL.M. (Yale), ist Assistent und Habilitand am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Marc-Philippe Weller). Der Text basiert auf einem am 13. Oktober 2016 in Santiago de Chile auf der Konferenz „Gustav Radbruch – Jurist, Philosoph, Politiker, Humanist“ unter dem Titel „Das Rechtssubjekt als ‚individualitätsloses Individuum‘ (Rechtsphilosophie, § 17): Radbruchs Personenbegriff in kantischer Perspektive“ gehaltenen Vortrag dar, welcher zur gesonderten Publikation vorgesehen ist. Für Anmerkungen und Verbesserungsvorschläge danke ich neben den Herausgebern und Reviewern Barbara Dauner-Lieb, Christoph Simmchen, Jan Lukas Werner und Susanne Zuirlein.

1 Vgl. Kelsen, JZ 1965, 465, 468. Siehe auch Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Auflage 1950, § 10, S. 182: „Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren lässt.“ Zitiert wird im Folgenden nach Paragraph und Seite aus dieser von Erik Wolf posthum besorgten Auflage.

rung mitwirken und darf auf ihr zukünftiges Gelingen hoffen. In E.T.A. Hoffmanns Abwandlung des horazischen Verses: „*Et si male nunc non olim sic erit.*“² Diese Hoffnung auf eine Besserung *des* Rechts und eine dadurch vermittelte Besserung der Welt *durch* Recht ist im Werk des berühmten, zuletzt heidelberger Rechtsgelehrten *Gustav Radbruch* durchgehend präsent. Sein Denken weist ein unverkennbares Amalgam aus praktischer Vernunft und sozialdemokratischer Gesinnung³ auf und geschieht immer auch in teils offener, teils verborgener politischer Absicht. Radbruch formuliert zugleich mit einer Dichte und Voraussetzungsfülle, die nur allzu leicht angesichts der unmanierten Schlichtheit und Klarheit seiner Sprache aus dem Blick gerät. Dass dieser hohe Konzentrationsgrad auch und gerade in Radbruchs „Rechtsphilosophie“ vorhanden ist, belegt die Schwierigkeit, dieses Werk in andere Sprachen zu übersetzen. Am 28. August 1934 schreibt *Luís Cabral de Moncada* aus Coimbra über seinen eigenen Versuch einer Übertragung ins Portugiesische:

„Gewiss muss Ihnen aufgefallen sein, dass die portugiesische Ausgabe Ihres Buches eine bedeutend größere Anzahl Seiten (300) hat als die deutsche (200). Aber die Erklärung dieser Tatsache ist sehr einfach. Unsere portugiesische Sprache ist bei weitem nicht so *synthetisch* gestaltet wie die deutsche. Es wäre ganz unmöglich, ohne die Verständlichkeit Ihrer Gedankengänge bedeutend zu beeinträchtigen, eine ganz genaue und buchstäbliche Übersetzung des Buches zu geben.“⁴

Dabei ist Radbruchs „Rechtsphilosophie“ in sich bereits eine Übertragung; eine Übertragung nämlich von *Kants* praktischer Philosophie in das Deutsche des 20. Jahrhunderts einerseits und in die empirisch verunreinigte Konkretion und Mannigfaltigkeit des positiven Rechts andererseits.⁵ Deshalb fällt es schwer, in diesem Text eine eindeutige tiefere Agenda, eine politische Teleologie, einen Fluchtpunkt von Radbruchs persönlicher Rechtshoffnung nachzuweisen. Um dies im Folgenden dennoch zu versuchen, ist ein behutsames exegetisches Vorgehen angezeigt:

- 2 Deutsch: Auch wenn die Dinge jetzt schlecht stehen; sie werden nicht immer so sein. Im Original *Horaz*, *Carmen* 2, 10, 17 f. „submovet; non, si male nunc, et olim sic erit.“ Textformulierung wiedergegeben bei *Hoffmann*, *Des Veters Eckfenster*, in: *Der Zuschauer – Zeitblatt für Belehrung und Aufheiterung*, Nr. 49 (23. April 1822), Seite 2.
- 3 Abwandlung der Charakterisierung Goethes durch *Weber-Fas*, in: *Goethe als Jurist und Staatsmann*, 1974, 13.
- 4 Brief wiedergegeben von *Jayme*, in: *Heidelberger Jahrbücher XXXVI*, 1992, 59, 62 f. Hervorhebung im Original.
- 5 Kant hat sein allgemeines Rechtsverständnis vor allem in seinen *Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, dem Ersten Teil der *Metaphysik der Sitten* von 1797, niedergelegt. Dabei verwendet Kant einerseits *Naturrechtsbegriffe* seiner Zeit, die durch die weitere ideengeschichtliche Entwicklung überholt wurden. Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere der Begriff der *moralischen Person* hervorzuheben, der unter dem Einfluss von *Gustav Hugo*, *Georg Arnold Heise* und *Friedrich Carl von Savigny* im 19. Jahrhundert durch denjenigen der juristischen Person ersetzt wurde. Siehe dazu demnächst: *Thomale*, *Kapital als Verantwortung*, Band I: *Propädeutik* (In Vorbereitung). Daneben betont *Kant* an mehreren Stellen, dass er von der positiven Rechtsrealität, die er „empirisch“ nennt, abstrahieren möchte.

Meine Kernthese besteht darin, dass Radbruchs Auffassung der Rechtsperson, vermittelt über eine analoge Konstruktion der Völkerrechtsperson einer Delegitimierung des Kriegs dienen soll. Auf dieses lediglich in der äußerlichen Form der Darstellung *de-duzierte* Ergebnis sind meiner Ansicht nach wesentliche Teile seiner Rechtsphilosophie hin ausgerichtet. Deshalb ist als erstes eine analytische Explikation von Radbruchs Begriff der Person zu leisten (B.). Dies macht einen methodologischen Exkurs zur trichotomischen Struktur erforderlich, der das radbruch'sche Rechtsdenken ganz überwiegend folgt (C.). Danach ist auf Radbruchs ideologiekritische Dekonstruktion des Individualismus einzugehen, der in eine vier-fältige Beziehung zwischen Mensch und Recht mündet (D.). Als Komplement zu seiner Sicht auf die menschliche Rechtsperson betrachten wir sodann Radbruchs Haltung zur wohl problematischsten positiven Erscheinungsform der Rechtsperson: dem Dividuum, genannt ‚juristische Person‘ (E.). Auch der Staat ist eine solche juristische Person. In seinem Bedürfnis, von anderen Staaten als Völkerrechtssubjekt anerkannt zu werden, liegt der Schlüssel zur Beschränkung der Souveränitätsidee und folglich zur Verneinung des Kriegs als beliebiges Mittel nationaler Politik (F.). Eine Zusammenfassung hält die wesentlichen Einzelergebnisse der Untersuchung in Thesen fest (G.).

B. Person als spezifisch juridischer Gleichheitsbegriff mit wandelbarer Extension

Wir befinden uns in § 17 der Rechtsphilosophie und damit nahezu am Anfang dessen, was Radbruch den „Besonderen Teil“ seiner Arbeit nennt. Die darstellerische Anleihe bei der Kodifikationstechnik des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das gerade 14 Jahre vor der 1. Auflage der „Rechtsphilosophie“ in Kraft getreten war, ist nicht zu übersehen: Die Exposition grundlegender Stellungnahmen zum Begriff des Rechts, zum sozialen Wirkungsparelogramm von Recht, Moral und Sitte, der inneren Spannung zwischen Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit (§§ 4-10) sowie die Entwicklung einiger methodologischer Perspektiven auf die Rechtsphilosophie als solche (§§ 1-3; 11-15) werden „vor die Klammer“ gezogen. Im Besonderen Teil geht es nun darum, darauf aufbauend Einsichten über die Kernbegriffe des positiven Rechts zu gewinnen.

Radbruch beginnt den besonderen Teil mit der Differenzierung von privatem und öffentlichem Recht (§ 16). Diese *Unterscheidung* sei apriorisch aus dem Begriff des Rechts als „Inbegriff positiver Normen“⁶ ableitbar und werde insbesondere in verschiedenen Gerechtigkeitsidealen gespiegelt: Während dem Privatrecht um die ausgleichende Gerechtigkeit zwischen Gleichgeordneten zu tun sei, erfasse das öffentliche Recht Über- und Unterordnungsverhältnisse, in denen die austeilende Gerech-

6 § 16, S. 225.

tigkeit ihren Platz finde. Das real existierende „Wert- und Rangverhältnis“⁷ der beiden sei hingegen diskutabel und gestaltbar. So liege die Pointe einer sozialen Rechtsordnung eben darin, dass sie privates und öffentliches Recht ineinander verschiebt, mithin commutative und distributive Gerechtigkeit verschränkt zur Geltung bringt.⁸

An dieser Stelle seiner Ideenentwicklung führt Radbruch den Begriff der Person ein. Er beginnt § 17 ohne Vorrede mit einem analytischen Schluss *a priori*:

„Wenn dem Begriffe des Rechtes mit dem Gedanken der Ordnung auch der Zweckgedanke innewohnt,

wenn deshalb nicht nur das Verhältnis von Mittel und Zweck, sondern auch der Gedanke eines Zweckes der Zwecke, eines End- und Selbstzwecks als unentbehrliche rechtliche Denkform mit dem Rechtsbegriff selber gesetzt ist,

dann muss man den Begriff der Person, des Rechtssubjekts, als eine nicht auf die Rechtserfahrung gegründete und beschränkte, sondern denknotwendige und allgemeingültige Kategorie der juristischen Betrachtung ansehen.“⁹

Diese apriorische Bestimmung der Rechtsperson ihrer *Form*¹⁰ nach lässt insoweit keine individualisierende Bestimmung zu. Deshalb handelt es sich in Radbruchs Worten um einen „Gleichheitsbegriff [...], in dem der Mächtige und der Machtlose, der Besitzende und der Nichtbesitzende, die schwache Einzelperson und die Mammutstarke Verbandsperson einander gleichgesetzt werden. Ohne diesen Gleichheitsbegriff wäre Privatrecht undenkbar,“ weil die privatrechtstypische commutative Gerechtigkeit die Gleichheit der Rechtssubjekte impliziere.¹¹ Das soziale Element der modernen Rechtsordnung stehe dieser Abstraktion nicht entgegen, sondern beruhe vielmehr auf ihr, indem diese die übergreifende Kategorie, das *genus proximum* – Radbruch spricht von „Generalnennen“ – liefere, an dem sich „Vergleichung und Ausgleichung“ orientieren könnten und „ohne [das] Privatrecht und vielleicht überhaupt Recht nicht denkbar wären.“¹²

Soweit die apriorischen Vorgaben des Rechtsbegriffs. Dazu zählt Radbruch jedoch bezeichnenderweise nicht die Rechtspersönlichkeit des Menschen. Denn während die *Intension* des Begriffs der Rechtsperson, die Anerkennung als Selbstzweck, aus

7 § 16, S. 225.

8 § 16, S. 227.

9 § 17, S. 229. Hervorhebung des Verfassers. Es folgt ein Zitat *Stammfers*: „Rechtssubjekt ist ein Wesen, das von einem bestimmten geschichtlich gegebenen Rechte im Sinne eines Selbstzwecks erachtet wird, Rechtsobjekt dagegen, das in gleicher Lage als bloßes Mittel zu bedingten Zwecken gedacht ist.“

10 § 17, S. 229 in Anm. 1: „Rechts**form**begriff.“ Hervorhebung im Original.

11 § 17, S. 229 f. Siehe zuvor schon: § 4, S. 125 ff.

12 § 17, S. 230.

der Zergliederung des Rechtsbegriffs selbst folge, unterliege seine *Extension*, also welchem Subjekt Rechtspersönlichkeit beizulegen sei, der Zufälligkeit der jeweils herrschenden Rechtsanschauung:

„Die rechtliche Gleichheit, die gleiche Rechtsfähigkeit, die das Wesen der Person ausmacht, wohnt Menschen und Verbänden nicht inne, sondern wird ihnen erst von der Rechtsordnung beigelegt. Niemand ist Person von Natur oder von Geburt – das zeigt schon die Rechteinrichtung der Sklaverei. Person zu sein, ist das Ergebnis eines Personifikationsakts der Rechtsordnung. *Alle* Personen, die physischen wie die juristischen, sind Geschöpfe der Rechtsordnung. Auch die physischen Personen sind im strengsten Sinne ‚juristische Personen‘.“¹³

Diese konventionelle Relativität, die dem Rechtssubjekt seiner Extension nach anhaftet, war bereits zuvor ausgesprochen worden.¹⁴ Die radikale Stringenz dieses Gedankengangs gerade in Radbruchs Werk tritt jedoch deutlicher hervor, wenn man jenen dogmengeschichtlich einordnet. Denn die zwingende und zumindest denkvorläufig alleinige Rechtssubjektivität des Menschen galt lange Zeit unter mehreren Gesichtspunkten als unumstößlich. So hatte *Friedrich Carl von Savigny* 1840 in seinem System des heutigen römischen Rechts postuliert:

„Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freyheit willen [...]. Darum muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjects zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig.“¹⁵

13 § 17, S. 230 f. Hervorhebung des Verfassers.

14 *Mamelok*, Die juristische Person im internationalen Privatrecht, 1900, 5 ff.: „*Alle* Persönlichkeit, d.h. alle Rechtssubjektivität entstammt dem objektiven Recht. In diesem Sinne gibt es überhaupt *nur* juristische Personen, ja, der Zusatz ‚juristisch‘ ist überflüssig.“ Es erfolgt danach der Hinweis auf die Institute der Sklaverei und der Rechtsfähigkeit des Embryos. Deshalb sei eine „Deduktion aus einem vermeintlichen Daseinszweck als aprioristisch zu verwerfen. [...] Jede Einzelperson und jeder Verband hat nur soviel Rechte, als ihm die jeweilige herrschende Rechtsordnung zuerkennt.“ Hervorhebungen im Original. Siehe auch *Stammler*, Unbestimmtheit des Rechtssubjekts, 1907, 28 f., *ders.*, Theorie der Rechtswissenschaft, 1923, 201 ff.; *ders.*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Auflage 1928, 243 bei und in Fn. 4. Später auch: *Beitzke*, Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht, 1938, 45: „In jedem Fall ist die Rechtsfähigkeit eine von dem Substrat trennbare Eigenschaft, welche der Gesetzgeber verleihen kann, an was immer er will.“; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage 1959, Band I/1, 479 bei und in Fn. 16. Heute formuliert ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006, Kommentar zu Art. 13, S. 68, Rn. 2: „In the ordinary sense of the word, “person” is a human being. In the legal sense, however, a “person” is any being, object, association or institution which the law endows with the capacity of acquiring rights and incurring duties. A legal system may confer legal personality on whatever object or association it pleases. There is no consistency or uniformity among legal systems in the conferment of legal personality.“

15 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1840, Bd. 2, S. 2.

Diese akzessorische Bestimmung der Rechtsperson zur ethischen Person hatte auch Anfang des 20. Jahrhunderts noch nichts von ihrer Aktualität eingebüßt. So hielt *Julius Binder* im Jahr 1925 fest, es sei

„[...] aus der Idee und dem Begriff des Rechts *von selbst* gegeben, dass nur der Mensch als der einzige und bekannte Träger eines vernünftigen Willens, aber auch jeder Mensch, Rechtssubjekt ist.“¹⁶

Daneben stand ein pragmatisch-naturalistischer Begründungsstrang im Raum, der sich auf die führenden Zivilisten ihrer Zeit berufen konnte: Die Vertrags- und Willensfixierung des pandektistischen Privatrechts erzwang die Rechtssubjektivität des Menschen unter dem schlichten Gesichtspunkt, dass er allein zur psycho-physischen Willensbildung in der Lage ist.¹⁷ Sie verstieg sich sogar zu dem naturalistischen Fehlschluss, der Mensch sei „von der Natur mit Persönlichkeit begabt.“¹⁸

Radbruch lässt sich von alledem nicht beeindrucken. Vielmehr legt er die doppelte *μετάβασις εις άλλο γένος*,¹⁹ welche in der ethischen und biologistischen Engführung des Rechtssubjekts auf den Menschen liegt, durch die historische Evidenz des positiven Rechts gnadenlos offen: Tatsächlich hatte diese Welt schon Rechtsordnungen gesehen – und würde sie unheilvoller Weise bald auf deutschem Boden wiedersehen müssen –, die bestimmten Gruppen von Menschen den allein menschenwürdigen Personifikationsakt verweigerte.²⁰ Auf den ersten Blick steht diese relativistische Auffassung des Rechtssubjekts in einer gewissen Spannung zur humanistischen Grundüberzeugung Radbruchs. Denn man wird Radbruch kaum unterstellen können, eine Rechtsordnung ohne menschliche Rechtssubjekte oder auch nur den partikulären respektive gar den selektiven Ausschluss einzelner Menschen für eine ernsthaft vertretbare Position zu halten.²¹ Doch müssen wir Radbruch nicht nur als Pluralisten, sondern vor allem auch als politischen Realisten ernstnehmen: Tatsächlich waren in den 30er Jahren Auffassungen im Vordringen begriffen, die etwa den „Geisteskranken“ als „zerstörte Person“ ansehen wollten, welche zum Ideal des „im Vollbesitz aller ihm zukommenden Eigenschaften befindlichen Men-

16 *Binder*, Philosophie des Rechts, 1925, 443. Hervorhebung des Verfassers. Die Abweichung zu *Savigny* ergibt sich aus der Vergemeinschaftung dieser Rechtssubjektivität nach *Binder*, welcher den Einzelnen als „Organ der Gemeinschaft [und der] überpersönlichen Vernunft“ (444) ansieht und weitgehenden Pflichten unterwerfen will. Siehe auch aaO., 448 ff.

17 *Puchta*, Pandekten, 12. Auflage 1877, § 22, S. 36; *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, 253 f., 256 f.; *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage 1900, Bd. 1, § 49, S. 187.

18 *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Auflage 1900, Bd. 1, § 49, S. 191 f.

19 *Aristoteles*, Zweite Analytik (Organon IV), 1. Buch, Kapitel 7, 75a 38: „Es ist folglich nicht möglich in der Art zu beweisen, dass man von einer Gattung zu einer anderen übergeht, wie etwa Geometrisches durch Arithmetik.“

20 *Hintze*, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen, 1932, 18 bei und in Fn. 103 weist auf die „völlige Entrechtung ganzer Bevölkerungsklassen“ in der Sowjetunion sowie den belgischen Kolonien hin, was einer „Wiedereinführung der Sklaverei“ gleichkomme.

21 Vgl. etwa § 26, S. 289: „Eine staatliche Anordnung, die einzelnen Menschen [...] als solchen gelten wollte, wäre nicht Recht sondern Willkür.“

schen der höchst entwickelten Rasse“ lediglich einen „Grenzfall“ darstelle.²² Dies gipfelte später in der Behauptung: „Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. Dieser Satz könnte an Stelle des die Rechtsfähigkeit ‚jedes Menschen‘ aussprechenden § 1 BGB an die Spitze unserer Rechtsordnung gestellt werden.“²³ Radbruchs eigene Position geht aus den auf seinen relativistischen Programmsatz folgenden Erörterungen eindeutig hervor, indem er nur noch die Begründung der Subjekteigenschaft des Menschen diskutiert, nicht aber die Subjektivität als solche in Frage stellt: „Der Mensch ist also Person nicht weil er ein leiblich-seelisches Lebewesen ist, sondern weil er, nach Ansicht der Rechtsordnung, einen Selbstzweck darstellt.“²⁴ Dennoch hütet sich Radbruch, den formalen Begriff des Rechtssubjekts mit dieser Wertung zu überlasten. So entwickelt er etwa aus dem Rechtsbegriff, obwohl er diesen ausdrücklich auf das menschliche Zusammenleben bezieht, wohlweislich nur den Begriff des Rechtssubjekts als Gegenpol zum Rechtsobjekt.²⁵ Ein Grund mag darin zu erkennen sein, dass er die ethischen Wertungsargumente zu Gunsten einer pauschalen Rechtssubjektivität jedes einzelnen Menschen für so schlagend hält, dass er den politischen Diskurs darüber nicht scheut. Wahrscheinlich dürfte ihn zudem das Phänomen der juristischen Person zu seinem relativistischen Personenbegriff bewegt haben:²⁶ Lässt sich nicht bestreiten, dass es noch mehr Rechtssubjekte als Menschen gibt, dass also aus der Rechtssubjektivität nicht zwingend das Menschsein folgt, fällt eine formale Begründung schwer, warum umgekehrt aus dem Menschsein die Rechtssubjektivität folgen solle. Aus heutiger Sicht lässt sich dieses Bild in inklusiver Richtung vervollständigen: In Brasilien – *Stefan Zweigs* Land der Zukunft –, hat im Staate Bahia ein Gericht bereits vor einigen Jahren die Aktivlegitimation des Schimpansen *Suíça* anerkannt und dessen Verlangen nach einer größeren Zelle stattgegeben.²⁷ Ähnliches wurde zuletzt über eine Orang-Utan namens *Sandra* berichtet, deren Lebensbedingungen im Zoo von Buenos Aires ein Gericht für unzureichend befunden hat.²⁸ Offenbar haben die brasilianische und die argentinische Rechtsordnung im Sinne des Tier- und Naturschutzes den Schritt gewagt, auch be-

22 *Larenz*, Zur Logik des konkreten Begriffs, Deutsche Rechtswissenschaft, Band V (1940), 279, 286 ff. Siehe auch *ders.*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, 1938, 52 f.

23 *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht – Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, in: *ders.* (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 215, 241.

24 § 17, S. 231. Siehe zuvor bereits zum Rechtsbegriff: § 4, S. 125, 128 f.

25 § 4, S. 130.

26 Siehe dazu *infra* V.

27 *Cruz*, Revista Brasileira de Direito Animal, 2006, 281 ff.

28 <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-30571577>.

stimmten Tieren den Personifikationsakt zu gewähren. In der EU wird nun sogar darüber nachgedacht, mit künstlichen Intelligenzen dasselbe zu tun.²⁹

Dies ging über die Vorstellungskraft des beginnenden 20. Jahrhunderts hinaus. So formulierte Binder noch das vermeintliche *argumentum ad absurdum*:

„Auch Hunde und Katzen sind psycho-physische Organismen und doch ist es nicht eine Frage der Willkür des Rechts, ob es sie als Personen anerkennen will oder nicht, sondern es ist dies nach dem eigenen Sinn der Rechtsordnung unmöglich.“³⁰

Wir dürfen annehmen, dass selbst ein Visionär wie Radbruch nicht an Tier- oder Roboterrechte dachte, als er die soziale Relativität der Extension des Personenbegriffs behauptete. Doch Radbruch war immerhin in neukantischer und königsberger Tradition³¹ darauf bedacht, Mögliches, Wirkliches und Notwendiges nicht miteinander zu vermengen:³² Möglich und notwendig ist die Rechtsperson lediglich ihrer immergleichen Intension nach, als Selbstzweck des Rechts. Die extensionale Wirklichkeit der Rechtsperson, hingegen, ist eine Wertentscheidung, die jede Rechtsgemeinschaft stellen und immer wieder neu für sich beantworten muss. Dies gilt *ratione materiae* ebenso wie *ratione temporis*: Ab wann und bis wann ist ein Mensch rechtsfähig? Kann ein *nasciturus* erben,³³ ein *nondum conceptus* Nacherbe oder Vermächtnisnehmer sein?³⁴ Gibt es ein postmortal wirksames Recht auf persönliche Ehre?³⁵ Art. 1 Abs. 1 S. 1 des deutschen Grundgesetzes³⁶ sowie unter anderem § 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs³⁷ treffen nun diese bewussten Entscheidungen, deren *konstitutiven Charakter* – nicht deklaratorischen, wie ihre lakonischen Indikative nahe legen – uns Radbruch vor Augen führt.

29 *Delvaux*, Entwurf eines Berichts mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik, 31. Mai 2016, Europäisches Parlament, Rechtsausschuss, 2015/2103(INL). Der Verfasser beabsichtigt, demnächst gemeinsam mit Christoph Simmchen eine Detailanalyse zur Personifikation von Robotern und Künstlichen Intelligenzen vorzulegen. Einstweilen siehe: *Schirmer*, JZ 2016, 660.

30 *Binder*, Philosophie des Rechts, 1925, 449 f. Hervorhebung im Original.

31 Im März 1914 erhielt Radbruch einen Ruf nach Königsberg, dem er auch folgte. Siehe dazu *Wolf*, in: Radbruch, Rechtsphilosophie (*supra* Fn. 2), Einleitung des Herausgebers, S. 43 bei und in Fn. 3.

32 Vgl. auch *Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, 4. Auflage 1819, § 189, S. 249: Die empirische Realität der Sklaverei spreche für sich, sie sei möglich, wenn auch nicht notwendig.

33 § 1923 Abs. 2 BGB bejaht dies mit einer Fiktion: „Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits gezeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren.“.

34 Bejahend: §§ 2101 Abs. 1, 2106 Abs. 2, 2162, 2178 BGB.

35 Bejahend u.a. BVerfG, Beschluss vom 24. Februar 1971 – 1 BvR 435/68 –, BVerfGE 30, 173-227, Rn. 60 (Mephisto/Gründgens): „Es würde mit dem verfassungsverbürgten Gebot der Unverletzlichkeit der Menschen, das allen Grundrechten zugrunde liegt, unvereinbar sein, wenn der Mensch, dem Würde kraft seines Personseins zukommt, in diesem allgemeinen Achtungsanspruch auch nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte. Dementsprechend endet die in Art. 1 Abs. 1 GG aller staatlichen Gewalt auferlegte Verpflichtung, dem Einzelnen Schutz gegen Angriffe auf seine Menschenwürde zu gewähren, nicht mit dem Tode.“.

36 „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“.

37 „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.“.

C. Radbruchs Methode: Die Synthese von Rechtsidee und Rechtswirklichkeit

Die bisher vorgestellten Ideen des Privatrechts im Gegensatz zum Öffentlichen Recht (§ 16) sowie der Rechtsperson stehen paradigmatisch für die allgemeine Struktur, die Radbruch in seiner „Rechtsphilosophie“ häufig wählt. Diese folgt einem Dreischritt:

Zuerst werden in rationalistischer Vorgehensweise die apriorischen Vorgaben eines gegebenen Begriffs ermittelt. Dazu bedient sich Radbruch gerne einer Darstellungsweise in analytischen Schlüssen, vermittelt also jedenfalls den Eindruck, als folgten die so gewonnenen Bestimmungen aus einer bloßen Zergliederung der Rechtsidee oder anderer Begriffe, die er in seinen jeweils vorangehenden Ausführungen gewonnen hat.³⁸

In einem *zweiten* Schritt konfrontiert Radbruch die erarbeiteten apriorischen Vorgaben mit der positiven Wirklichkeit. Die Pointe dieser Konfrontation liegt zumeist darin, dass in der Abweichung des erfahrenen und gelebten Rechts von dem apriorisch Erwarteten die wahren Grenzen dieser apriorischen Festlegung des Rechtsdenkens deutlich hervortreten. Mit anderen Worten: Im Spiegel der Rechtswirklichkeit wird die vermeintliche Rechtsnotwendigkeit als bloße Rechtsmöglichkeit entlarvt. Die Rechtswirklichkeit wird als *ratio cognoscendi* der Rechtsnotwendigkeit herangezogen, anstatt diese in neonaturrechtlicher Manier kontrafaktisch als *ratio essendi* der ersteren zu behaupten. Durch dieses Aushalten der Unbestimmtheit im Sinne von Indeterminiertheit verschafft Radbruch dem politischen Diskurs neuen Raum: Plötzlich ist es eine Frage der gesellschaftlichen Festlegung, wie viel distributive Gerechtigkeit dem commutativen Privatrecht übergestülpt werden sollte.³⁹ Ebenso ist es eine gesellschaftliche Entscheidung, wer über einen Personifikationsakt als Rechtssubjekt anzuerkennen sei.

Der *dritte* Schritt besteht typischerweise darin, Lösungsvarianten offen und unvoreingenommen vorzustellen und zu systematisieren. Dabei gelingt es Radbruch, ganze Debattenstände und Entwicklungsgeschichten, die in Jahrzehnten oder Jahrhunderten gewachsen sein mögen, auf ihren gesellschaftsgestalterischen Gehalt – man ist geneigt zu sagen: auf ihre *social choice* – oder zumindest ihre ideologische Essenz zurückzuführen.

D. Ideologiekritik des Individualismus und die Tetrachotomie der Mensch-Recht-Beziehung

Ein treffliches Beispiel für radbruch'sche Ideologiekritik im soeben bezeichneten Sinne findet sich im Allgemeinen Teil, wenn Radbruch den Zweck des Rechts be-

³⁸ Siehe etwa auch: § 4, S. 128 f.

³⁹ Vgl. die deutlich engstirnigere Position zeitgenössischer Neukantianer wie etwa *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 2012, 73 ff., 205 ff.

handelt (§ 7). Auf irgendeine apriorische Deduktion aus dem Begriff der Gerechtigkeit verzichtet Radbruch bewusst. Denn: „Gerechtigkeit gebietet zwar, die Gleichen gleich, die verschiedenen nach Maßgabe ihrer Verschiedenheit verschieden zu behandeln, lässt aber die beiden Fragen offen, wer als gleich oder verschieden anzusehen und wie sie zu behandeln seien. Gerechtigkeit bestimmt nur die *Form* Rechts.“⁴⁰ Um diese Form mit Inhalt zu füllen, würden – so Radbruch – im Wesentlichen individualistische Freiheit, die überindividualistische Nation oder die transpersonale Kultur angeboten. Diese Ideologien arbeiteten mit jeweils eigenen Paradigmen: So sei dasjenige des *Individualismus* in einem idealisierten Vertrag zu suchen, der als Gesellschafts-Vertrag das Staatsganze auf den einzelnen Bürger zurückbeziehe.⁴¹ Im Gegensatz dazu stelle sich der Staat für den *Überindividualismus* als organische Gesamtheit dar, in welcher der Einzelne als auf das Ganze bezogenes Glied auf- und untergeht.⁴² Dem *Transpersonalismus* hingegen entspreche am ehesten der Bau als Werk der Gemeinschaft, dem der Einzelne sowie das Kollektiv funktional untergeordnet seien. Wenngleich diese kulturelle Werksperspektive der Geschichtsschreibung am nächsten liege, lässt sich Radbruch zu keiner wertenden Stellungnahme hinreißen, sondern betont sogar in dieser fundamentalen Hinsicht den positiven Gestaltungsspielraum der real existierenden Gesellschaft: „Die drei möglichen Rechts- und Staatsauffassungen ergeben sich aus der *Betonung* verschiedener Elemente eines unteilbar Ganzen.“⁴³ Keine *Entscheidung*, sondern eine Akzentverschiebung sei gefragt.

Im folgenden Abschnitt (§ 8) geht Radbruch der „empirischen Verkörperung“ dieser drei Ideologien nach, welche er „in den politischen Parteien“ erkennt.⁴⁴ Nach einem lesenswerten Exkurs zum Verhältnis von Interesse und Ideologie⁴⁵ nutzt Radbruch die erneute Beschreibung des Individualismus zu einer für uns – und offenbar auch für ihn – bedeutsamen Klarstellung: Das Individuum, auf das sich ein Staat ausrichten könne, sei weder der „[...] wirklich[e] einzelne Mensch mit allen seinen noch so unvernünftigen und unsittlichen Neigungen“ noch das „Idealbild des vollkommen sittlichen und vernünftigen Menschen.“⁴⁶ Diese führten nämlich

40 § 7, S. 146. Hervorhebung des Verfassers.

41 § 7, S. 151 f.; § 8, S. 160.

42 Klassische Formulierung etwa bei *Aristoteles*, Politik, 1253a, wo der Mensch als ebenso funktional auf den Staat bezogen vorgestellt wird wie im physiologischen Sinne die Extremitäten auf den Menschen.

43 § 7, S. 154. Hervorhebung des Verfassers.

44 § 7, S. 155.

45 § 8, S. 156 f. Unnachahmlich etwa die gleichzeitige Goethe- und Marx-Anspielung in dem Satz: „Geister wie Gespenster mag man nach Belieben rufen können, aber man kann sie nicht nach Belieben wieder heimschicken. Das Interesse kann sich der Idee nicht bedienen, ohne seinerseits der Idee dienstbar zu werden.“ Ähnlich zum Klassenrecht, das immer auch der Rechtlichkeit anheimfallen muss und daher oft gerade von der unterdrückten Klasse durchgesetzt werde: § 26, S. 290.

46 § 8, S. 158. Dazu auch Carlos Miguel Herrera in diesem Band.

entweder in die Anarchie oder in den aufgeklärten Despotismus. Liberalismus und Demokratie hingegen seien auf „das natürliche Individuum, insofern es zur sittlichen Persönlichkeit werden *kann*, der personifizierte Inbegriff der Fähigkeit zum Sittlichen – die personifizierte Freiheit“ hin ausgerichtet.⁴⁷ Das Recht solle also eine Sphäre äußerer Freiheit bewirken, damit sich darin innere Freiheit ereignen könne.⁴⁸ Das Individuum werde dabei isoliert und abstrahiert: Von allen Verknüpfungen jenseits des Rechts und allen individualisierenden Merkmalen werde abgesehen, bis das (immer-)gleiche Individuum zum Vorschein komme. In diesem Sinne richte sich der Individualismus auf ein „*individualitätsloses Individuum*“ aus, „dem Atom vergleichbar [...], in tausendfacher Vervielfältigung, in unendlicher Spiegelung doch stets sich selber gleich.“⁴⁹ Er beziehe sich „nicht auf das Individuum, sondern auf die Individualität“⁵⁰ und könne „folgerichtig nicht endgültig Halt machen, ehe er in der nationalitätslosen Menschheit an sein Endziel gelangt.“⁵¹

In einer Rede, die 1927 unter dem Titel „Der Mensch im Recht“ veröffentlicht wurde,⁵² hat Radbruch seine Überlegungen weiterentwickelt. Darin beobachtet er die Veränderung im Menschenbild des Rechts von einem „nicht nur sehr eigennützig[e], sondern auch in seinem Eigennutz sehr kluge[n] Individuum“⁵³ hin zu einem „viel lebensnähere[n] Typus, in den auch die intellektuelle, wirtschaftliche, soziale Machtlage des Rechtssubjekts mitgedacht wird.“⁵⁴ Angesprochen werde nun der „Mensch *in* der Gesellschaft, der Kollektivmensch.“⁵⁵ Dieselbe Entwicklung zum „bewussten Gemeinwillen“ mache sich auch auf Ebene der Rechtsschöpfung bemerkbar, im Rahmen derer „in den Staatswillen der Volkswille aufgenommen“ und „vergemeinschaftet“ werde, so dass das Gesetz zu einem „Zweckwollen des durchorganisierten Volkswillens“ *avanziere*.⁵⁶

Zusammengefasst erkennt Radbruch, ohne allerdings *diese* Synthese selbst auszuarbeiten, vier Relationen des Menschen zum Recht an. Der Mensch ist *erstens* als individualitätsloses Individuum „Zwecksubjekt der Rechtsnorm“⁵⁷ im Sinne der demokratischen und der liberalen Rechtsauffassung. Daneben dient der Mensch

47 § 8, S. 158. Hervorhebung des Verfassers.

48 Die implizite Anleihe bei *Savigny* (*supra* Fn. 11) ist nicht zu übersehen.

49 § 8, S. 159. Hervorhebung im Original.

50 § 8, S. 160.

51 § 8, S. 166. Vgl. auch: § 28, S. 299 f.

52 Der Mensch im Recht, in: *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, 46 (1927), Tübingen (Mohr Siebeck).

53 Der Mensch im Recht, (*supra* Fn. 42), S. 8.

54 Der Mensch im Recht, (*supra* Fn. 42), S. 12.

55 Der Mensch im Recht, (*supra* Fn. 42), S. 12. Hervorhebung des Verfassers.

56 Der Mensch im Recht, (*supra* Fn. 42), S. 16 f.

57 § 8 S. 157 in Fn. 2. Siehe auch: § 4, S. 128 zum Rechtsbegriff als „Inbegriff der generellen Anordnungen für das menschliche Zusammenleben:“.

zweitens auch „als Angriffspunkt für die motivierende Kraft der Rechtsnorm“,⁵⁸ als normunterworfenen Mensch *im* Recht.⁵⁹ In einer *dritten* Hinsicht reflektiert das Recht den Menschen als Schöpfer und Urheber, also als Normsetzer. Den *vierten* rechtlichen Aggregatzustand des Menschen haben wir schließlich bereits eingangs erörtert: Es ist der Mensch in der ihm durch Personifikationsakt zugeschriebenen Eigenschaft als Rechtsperson. Diese Tetrachotomie der Mensch-Recht-Beziehung lässt sich mit der aristotelisch-thomistischen *causa*-Lehre auf den Punkt bringen: Der Mensch ist als Mensch im Recht zunächst der Stoff, aus dem das Wirkungsggefüge ‚Recht‘ besteht (*causa materialis*). Zugleich ist er als Rechtsperson das morphologische Prinzip des Rechts (*causa formalis*). Darüber hinaus ist der Mensch Urheber (*causa efficiens*) und zudem letzter Zweck (*causa finalis*) des Rechts.

E. Ideologiekritik der juristischen Person

Die vorangehenden Erörterungen gestatten einen zweiten Blick auf Radbruchs Begriff der Rechtsperson insofern, als er in der zweiten Hälfte des § 17 die *juristische* Person zum Gegenstand seiner Betrachtungen macht.

Die naturalistische Juxtaposition von juristischen und natürlichen Personen ist bereits als falsch erwiesen: *Beide* beruhen auf einem Personifikationsakt und sind mithin auch *beide* in diesem Sinne „juristisch“. Mehr noch: Ihre gesamte Einheit *per se* ist immer schon eine teleologische, also eine zweckhafte – gleichviel ob die seriellen Bewusstseinszustände „eines“ Menschen als Individuum oder etwa das Zusammenwirken mehrerer Menschen als *eine* Verbandsperson angesehen würden.⁶⁰ Deshalb bestehe das Problem der juristischen Person *sensu strictu* in ihrem „metajuristischen Substrat“.⁶¹ Dieses müsse nun keineswegs selbst in einem anthropomorphen Sinne organisch sein. Denn ein solcher Versuch, „zunächst das Wesen ihres [der juristischen Person] Substrats festzustellen [...], um dann diesem seinen Zweck abzulauschen“, verwechselte Korrelation und Kausalität: „Der Mensch ist [...] Person nicht weil er ein leiblich-seelisches Lebewesen ist, sondern weil er, nach Ansicht der Rechtsordnung, einen Selbstzweck darstellt.“⁶² Damit besteht die eigentliche Frage darin, ob und inwieweit die Rechtsordnung auch juristische Personen, also Personenverbände und Vermögenseinheiten, als Selbstzweck anerkennen kann, ob es mithin „Sonderzwecke juristischer Personen geben könne,

58 § 8 S. 157 in Fn. 2.

59 Radbruch zitiert sarkastischer Weise in § 8, S. 157 in Fn. 2 *Goethe* mit dessen Einschätzung zum römischen Interesse am Menschen als demjenigen, „dem man mit Gewalt oder Überredung etwas abgewinnen kann.“ Siehe: *Goethe*, Materialien zur Geschichte der Farbenlehre, in: Werke Band XIV (Münchener Ausgabe), 9. Auflage 1994, S. 43.

60 § 17, S. 232. Radbruch bezieht sich insoweit auf *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage 1929, 171. Der Gedanke ist jedoch deutlich älter, siehe etwa *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, 470 mwN in Fn. 8.

61 § 17, S. 231.

62 § 17, S. 231.

die sich in individuelle Zwecke der an ihnen Beteiligten nicht auflösen lassen.“⁶³ Die Antwort hänge von dem rechtsphilosophischen Paradigma ab, dem man folge:

Ein Individualist könne auch nur individuelle Zwecke anerkennen. „Zwecksubjekt ist nur der einzelne Mensch [...] Die juristische Persönlichkeit hätte dann nur den Sinn einer getrennten rechtlichen Buchführung über bestimmte *individuelle* Einzelzwecke, einer legislativ-technischen Maßnahme, der ein spezifisches vorjuristisches Substrat nicht entspräche.“⁶⁴ Hingegen könne eine überindividualistische Rechtsauffassung auch auf die „Behauptung besonderer überindividueller Verbandszwecke“⁶⁵ zurückgreifen, auf ein Ganzes also, das die Summe seiner Teile übersteigt.⁶⁶ Aus transpersonalistischer Sicht schließlich komme es auf keine der vorgenannten Zweckformen an. Vielmehr seien „rein sachliche, etwa Kulturzwecke“ als Selbstzweck der juristischen Person denkbar: „Person bedeutet dann die Gebundenheit bestimmter Güter und Menschen für bestimmte sachliche, etwa kulturelle Aufgaben.“⁶⁷

An dieser Stelle seiner Ausführungen kommt das gesamte Genie Radbruchs zum Vorschein. Denn er hat seine Deduktion so angelegt, dass sie exakt den Debattenstand des Privatrechts seiner Zeit – über den die deutsche Gesellschaftsrechtswissenschaft bis heute nicht ernsthaft hinausgelangt ist – einfängt. Zur theoretischen Auffassung der juristischen Person wurden nämlich exakt diese drei Positionen vertreten:⁶⁸

Auf den bereits erwähnten *Friedrich Carl von Savigny* ging die herrschende, sogenannte Fiktionstheorie zurück, die Radbruch treffend als individualistische rekonstruiert.⁶⁹ An entscheidender Stelle formuliert Savigny:

63 § 17, S. 232.

64 § 17, S. 232. Hervorhebung des Verfassers.

65 § 17, S. 232.

66 Siehe zuvor schon § 7, S. 148: „Ethischer Art ist aber auch der Wert, dessen Gesamtpersönlichkeiten fähig sind, falls man solche anerkennt.“ Was hier genau mit ‚ethisch‘ gemeint ist, bleibt dem Verfasser verschlossen.

67 § 17, S. 233.

68 Zur Geschichte siehe: *Gebhard*, in: Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, AT 1, 516, [2] ff. sowie aus der Sekundärliteratur die Arbeiten: *Henkel*, Zur Theorie der Juristischen Person, 1973; *Tietze*, Zur Theorie der Juristischen Person, 1974 und *Schikorski*, Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff, 1978.

69 Radbruch notiert gleichwohl einen „seltsamen Widerspruch zu seiner [Savignys] grundsätzlichen romantisch-überindividualistischen Einstellung.“, § 17, S. 232. Der Verfasser vermutet einen Erklärungsansatz in der Arbeitsweise Savignys gefunden zu haben, der mit kantisch vorgeprägten Kategorien arbeitet. Sein Individualismus beruht also auf *Kant*. Siehe näher: *Thomale*, Rechtsfähigkeit und juristische Person als Abstraktionsleistungen, in: Gröschner/Kirste/Lembcke, Person und Rechtsperson, 2015, 175 ff. Alternativ kommt auch die romanistische Prägung Savignys in Betracht, wenn man mit Radbruch auch in Rom eine Fixierung auf das individualitätslose Individuum meint feststellen zu können. Siehe: § 8, S. 159 f. bei und in Fn. 2 mit Bezugnahme auf *Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Kapitel 29, Reclam 1924. Ähnlich: *Binder*, Philosophie des Rechts, 1925, 440.

„Die Rechtsfähigkeit wurden eben dargestellt als zusammenfallend mit dem Begriff des einzelnen Menschen [es erfolgt ein Querverweis auf die oben zitierte Passage]. Wir betrachten sie jetzt als ausgedehnt auf künstliche, durch bloße Fiction angenommene Subjecte. Ein solches Subject nennen wir juristische Person, d.h. eine Person, welche bloß zu juristischen Zwecken angenommen wird. In ihr finden wir einen Träger von Rechtsverhältnissen noch neben dem einzelnen Menschen.“⁷⁰ Sodann zusammenfassend: „Und nunmehr können wir den Begriff der juristischen Person noch näher dahin bestimmen: sie ist ein des Vermögens fähiges künstlich angenommenes Subject.“⁷¹

Daneben vertrat insbesondere *Otto von Gierke* die sogenannte Theorie von der realen Verbandspersönlichkeit. Ihm zufolge war die Verbandsperson eine „zusammengesetzte Person. Ihre Einheit verwirklicht sich nicht in einem einzelnen menschlichen Leibe, sondern in einem gesellschaftlichen Organismus, der [...] als soziales Gebilde sich im innersten Wesen von einem bloß natürlichen Gebilde unterscheidet.“⁷² Hierin findet Radbruch die überindividualistische Rechtsauffassung wieder.

Schließlich wurde *Alois von Brinz* als Urheber der Theorie vom Zweckvermögen angesehen. Das Wesen der juristischen Person bestehe darin, dass eine definierte Vermögensmasse „für etwas gehört“ werde.⁷³ Damit wird die juristische Person teleologisch objektiviert, in Radbruchs Worten: transpersonalistisch gedacht.

Radbruch gelingt hier mithin nichts weniger als eine durch neukantiansche apriorische Deduktion vorbereitete Ideologiekritik der juristischen Person. Den Schlussakkord setzt jedoch der positivistische, zur pluralistischen Gelassenheit und zum Aushalten der Differenz begabte Realist Gustav Radbruch: „Jede dieser Lehren geht von einer bestimmten Gestaltung der juristischen Person als von ihrem Prototyp aus: die Fiktionstheorie vom Einzelmenschen, die Theorie von der realen Verbandsperson von dem privatrechtlichen Verein und der öffentlich-rechtlichen Körperschaft, die Lehre vom Zweckvermögen von der privatrechtlichen Stiftung und der öffentlich-rechtlichen Anstalt, und sucht ihm die andern Typen der juristische Person gedanklich anzugleichen. [...] *In der Wirklichkeit des positiven Rechts* aber stehen Einzelpersönlichkeiten als nur individualistisch, Vereine und Körperschaften als nur überindividualistisch, Stiftungen und Anstalten als nur transpersonal deutbare Phänomene unvermittelt nebeneinander.“⁷⁴

70 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1840, Bd. 2, S. 236.

71 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1840, Bd. 2, S. 239.

72 *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, 473. Siehe auch *dens.*, Das Wesen der menschlichen Verbände, 1902.

73 *Brinz*, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1, 2. Auflage 1873, § 61, S. 201 f. Hervorhebung des Verfassers.

74 § 17, S. 233.

Ich habe nicht überprüft, wie viele Seiten *Luís Cabral de Moncada* gebraucht hat, um diese fulminante Synthese von rechtsphilosophischer Begriffsentwicklung, rechtsdogmatischem Transfer und rechtsrealistischer Einordnung zu übersetzen. Aber er dürfte vor einer gigantischen Herausforderung gestanden haben.

F. Der Wirklichkeitsstaat als der Fremdanerkennung bedürftiges Völkerrechtssubjekt

Radbruchs Definition der Person als Selbstzweck wirft die grundlegendere Frage auf, wie sich die Rechtsperson zur Selbstzweckhaftigkeit des Rechts überhaupt verhält.⁷⁵ Letztere erkennt Radbruch nur in einem eingeschränkten Sinne an. Grundsätzlich sei das Recht nämlich, von seiner subjektiven, *be-recht-igenden* Seite her betrachtet, als Mittel auf den Zweck der Moral hin ausgerichtet:

„Das Recht dient der Moral nicht durch die Rechtspflichten, die es auferlegt, sondern durch die Rechte, die es gewährt. Es ist nicht mit seiner Pflichtseite, sondern mit seiner Rechtseite der Moral zugekehrt. Es gewährt den Einzelnen Rechte, damit sie ihren moralischen Pflichten umso besser genügen können.“⁷⁶

Zugleich eigne dem Recht jedoch auch eine „Eigengesetzlichkeit“, die ein „reiches Spannungsverhältnis“ zwischen Recht und Moral entstehen lasse.⁷⁷

Diese Standortbestimmung des Rechts ist offenbar wiederum an Savigny angelehnt. Dieser formulierte noch:

„Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freye Wesen nebeneinander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend, in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Grenze, innerhalb welcher das Dasein, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne. Die Regel, wodurch jene Grenze und durch sie dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht. Damit ist zugleich die Verwandtschaft und die Verschiedenheit zwischen Recht und Sittlichkeit gegeben. Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht, indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen innewohnenden, Kraft sichert. Sein Dasein aber ist ein selbständiges, und darum ist es kein Widerspruch, wenn im einzelnen Falle die Möglichkeit unsittlicher Ausübung eines wirklich vorhandenen Rechts behauptet wird.“⁷⁸

75 Für diese Anregung danke ich *Peter König*.

76 § 5, S. 139 f. Ähnlich bereits *Savigny, supra Fn. 11*.

77 § 5, S. 141.

78 *Savigny, System des heutigen römischen Rechts*, 1840, Bd. 1, S. 331 f.

Inwieweit Savigny und Radbruch dem Recht damit überhaupt eine zumindest beschränkte Selbstzweckhaftigkeit, die über die bloße Selbständigkeit als praktisches Ordnungssystem neben Moral und Sitte hinausgeht, attestieren, ist nicht offensichtlich, kann jedoch für unsere hiesigen Erkenntnisziele dahinstehen. Denn mit Radbruchs Definition der Person als Selbstzweck einer *geschichtlich gegebenen* Rechtsordnung⁷⁹ ist etwas anderes gemeint. Es geht um die der historischen Konkrektion einer bestimmten Rechtsordnung immanente Bestimmung der Extension selbstzweckhafter Entitäten, Rechtssubjekte, *a posteriori*. Inwieweit nicht eine einzelne Rechtsordnung, sondern das Recht an sich, seiner Idee nach, bereits *a priori* Selbstzweckhaftigkeit aufweist, ist eine andere Frage. Diese berührt sich mit der Dichotomie zwischen Positivismus und Naturrecht sowie weiteren Grundfragen, führt mithin von der Person oder dem Rechtssubjekt weg und soll uns folglich hier nicht weiter interessieren.

Betrachtet man also nicht das Recht als Abstraktum, sondern eine konkrete Rechtsordnung und fragt, ob auch ihr eine Selbstzweckhaftigkeit im Sinne von Personalität zukommen kann, sieht man sich auf den Staat verwiesen:

In seiner definitorisch-analytischen Bedeutung als Rechtswesensbegriff im Sinne der *kelsen'schen* Identitätslehre ist der Staat gleichbedeutend mit der Rechtsordnung selbst: „Als ordnende Ordnung ist die Gesetzgebung Staat, als geordnete Ordnung Recht. Staat und Recht verhalten sich zueinander wie Organismus und Organisation. Der Staat ist das Recht als normierende Aktivität, das Recht der Staat als normierte Zuständlichkeit, eins vom andern zwar unterscheidbar, aber untrennbar.“⁸⁰ Hierbei wird zwar der Inbegriff einer gegebenen Rechtsordnung „[...] auf den Staat *als Subjekt* reflektiert [...], [so etwa] das Deutsche Reich nach 1919 als die personifizierte Weimarer Reichsverfassung.“⁸¹ Doch ist zu bezweifeln, dass Radbruch bereits hiermit auf den in § 17 entwickelten Begriff des Rechtssubjekts Bezug nimmt. Denn dieser erfasst lediglich den formal beliebigen *Ergebnisinhalt* einer Setzung der jeweiligen Rechtsordnung – nicht die Setzung überhaupt, als *Vorgang* betrachtet.

Doch Radbruch legt dem Staatsbegriff eine weitere Bedeutung als Rechtsinhaltsbegriff und Wirklichkeitsbegriff bei.⁸² In dieser Modalität als „Wirklichkeitstatsache“ komme der Staat zunächst „in [seinen eigenen] Rechtssätzen [...] selber als berechtigtes oder verpflichtetes Subjekt vor.“⁸³ Führt man diesen bei Radbruch nur

79 § 17, S. 229 bei Fn. 2 mit wörtlicher Wiedergabe von *Stammler*: „Rechtssubjekt ist ein Wesen, das von einem bestimmten geschichtlich gegebenen Rechte im Sinne eines Selbstzwecks erachtet wird [...]“.

80 § 26, S. 285.

81 § 26, S. 286.

82 Vgl. § 15, S. 219; § 26, S. 285 ff.

83 § 26, S. 286 f.

angedeuteten Gedankengang zu Ende, vollzieht der Staat hier einen selbstreferenziellen Personifikationsakt: Einerseits ist er Projektionssubjekt der Rechtsordnung an sich, Repräsentant des Rechtsganzen. In dieser Eigenschaft personifiziert er gleichzeitig sich selbst, als Wirklichkeitssubjekt verstanden, behandelt sich also als Selbstzweck seiner Ordnung.

Radbruch sieht den Wirklichkeitsstaat jedoch in einem weiteren, äußeren Sinn als personifizierten Selbstzweck, nämlich im Sinne der Völkerrechtsordnung. Dazu bringt er anlässlich seiner Kritik des von ihm als überindividualistisch bezeichneten Begriffs der staatlichen Souveränität seine gesamte Lehre vom Rechtssubjekt auf den Punkt:

„Inzwischen hat man erkannt, dass der Mensch nicht als Rechtssubjekt in den Staat eintritt, sondern vom Staat erst zum Rechtssubjekt erhoben wird. Souveränität aber ist nichts anderes als völkerrechtliche Subjekteigenschaft: ein Staat ist nicht Völkerrechtssubjekt, weil er souverän ist, sondern er ist souverän, weil er Völkerrechtssubjekt ist.“⁸⁴

Damit bereitet Radbruch eine Kritik des *ius ad bellum* vor. Denn es sei gerade das Souveränitätsdogma, das wegen seiner Fixierung auf die Allmacht des Staates und die damit einhergehende Schwächung des Völkerrechts ein „Bekenntnis zum Recht des Krieges“⁸⁵ enthalte. Dieser überindividualistischen Staatssicht tritt Radbruch mit seiner eigenen, transpersonalistischen Staatsanschauung auf Grundlage des Völkerrechts und des Völkerbundes entgegen, weil er sich von diesen Frieden erhofft. Genauer spricht er an anderer Stelle von „Kriegsverhütungsrecht“, das der von Grund auf anarchischen Natur des Völkerrechts allein durch die transpersonalistische „Kulturgemeinsamkeit“ der verbundenen Staaten abgerungen worden sei.⁸⁶ Dabei hebt Radbruch einerseits die epochale Bedeutung des Kellog-Pakts, des „Kriegsverächtungspakts“, vom 27. August 1928 hervor, in dem der Krieg als Mittel der Außenpolitik für völkerrechtswidrig erklärt wurde.⁸⁷ Bezeichnend ist andererseits jedoch auch Radbruchs Kritik am Kellog-Pakt: Dieser setze den Angreifer ins Unrecht, den Verteidiger hingegen ins Recht. „Angriff und Verteidigung sind aber Begriffe, die kaum die Geschichte unzweideutig handhaben kann, geschweige denn das Völkerrecht. In den meisten Kriegen hat noch immer jeder Teil behauptet, gegen einen Angriff des anderen Teils in der Verteidigung zu stehen.“⁸⁸ Das Völ-

84 § 28, S. 303.

85 § 28, S. 305.

86 Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Auflage 1929, 179 ff. Offenbar sieht Radbruch bereits zu seiner Zeit die kantische Idee des *foedus pacificum* in Ansätzen verwirklicht, vgl. Kant, Zum ewigen Frieden, 1795, Akademieausgabe Band VIII, 314, 356. Zuvor bereits: Rousseau, Extrait du Projet de Paix perpétuelle de Monsieur L'Abbé de Saint-Pierre, 1761.

87 Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Auflage 1929, 191 ff.

88 Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Auflage 1929, 192.

kerrecht müsse jedoch, um ernsthafte Geltung zu erlangen, der Willkür der Bewertung der unterworfenen Staaten entzogen werden. Deshalb stört sich Radbruch an der Unbestimmtheit des Angriffskriegs im Kellog-Pakt wie auch an dessen Verwässerung durch die zahlreichen Staatsvorbehalte. Auf dem „Marsche zum ewigen Frieden“ sei vielmehr erforderlich, dass das Völkerrecht an Deutlichkeit und Durchsetzbarkeit gewinne, bis hin zur Abrüstung als „Ratifikation nicht bloß mit der Feder, sondern mit der Tat“. ⁸⁹ Dazu bedürfe das Völkerrecht der Verselbständigung, der kontrafaktischen und kontrawillkürlichen Festigkeit. Hierin wird der eigentliche Plan offenbar, den Radbruch, wie wir annehmen müssen, bereits bei der Formulierung seines Personenbegriffs verfolgt hat:

In der Relativität und Derivativität der Rechtsperson innerhalb einer staatlichen Rechtsordnung wird eine entsprechende Relativität und Derivativität staatlicher Souveränität bezogen auf die Völkerrechtsordnung angelegt, die letztlich dazu dient, „sich nicht mit dem Krieg wie einem unabwendbaren Unheil abzufinden“, ⁹⁰ sondern diesem „sinnlosen und bedeutungsfremden Unglücksfall“ ⁹¹ mit den Mitteln des Rechts entgegenzutreten. Wem aber soll die Verhinderung des Krieges dienen, wenn nicht dem Menschen? So entpuppt sich die vermeintlich inhumane Relativierung der Personalität des Menschen als wahrer Humanismus: Die Rechtsphilosophie muss den Menschen denkvorläufig verlieren, um ihn als bewusst gewolltes Rechtssubjekt wiedergewinnen und mit der Denkbarkeit des Völkerrechts seinem Überleben dienen zu können.

G. Zusammenfassung

1. Radbruch definiert das Wesen der Rechtsperson synonym mit demjenigen des Rechtssubjekt als dem Recht a priori vorgegebene Idee eines Selbstzwecks. Wer oder was eine konkrete Rechtsordnung als solchen Selbstzweck anerkennt, ist nach Radbruch jedoch wandelbar. Dies schließt ausdrücklich die Denkmöglichkeit ein, auch Menschen diesen Personifizierungsakt zu verweigern: Auch natürliche Personen sind Rechtsperson nicht kraft natürlicher Notwendigkeit, sondern kraft Anerkennung.
2. Die theoretische Relativität der Ausdehnung des Begriffs „Rechtsperson“ (1.) steht Radbruchs humanistischem Bekenntnis zur unverbrüchlichen Würde und Subjekteigenschaft des Menschen nicht entgegen. Vielmehr geht es ihm um die theoretische Integration der Tatsache, dass in früheren Rechtsordnungen auch Sklaverei institutionell anerkannt war und im Deutschland der 30er Jahre eine Beschränkung der Rechtssubjektivität auf Volksdeutsche respektive ihre Aberkennung gegenüber geistig Behinderten angedacht wurde.

⁸⁹ *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Auflage 1929, 193.

⁹⁰ § 29, S. 311.

⁹¹ § 29, S. 311.

3. Radbruchs Personenrelativismus erweist sich als hellsichtige Vorwegnahme moderner Rechtsentwicklungen. Dies gilt einerseits für die in Brasilien und Argentinien aufkeimende Anerkennung von Menschenaffen als Rechtssubjekte. Andererseits sind die zeitlichen Grenzen menschlicher Rechtssubjektivität auch heute noch als fließend und von der jeweiligen Rechtsordnung sowie innerhalb einer solchen von dem konkreten Regelungsgegenstand abhängig. Wer von und bis wann Rechtssubjekt sein soll, ist somit auch im Zeitalter der Menschenrechte noch eine positive Wertentscheidung.
4. Radbruchs methodische Vorgehens- und Darstellungsweise folgt typischerweise einem Dreischritt: Zuerst werden aus dem Begriff und der Idee des Rechts bestimmte Minimalannahmen hergeleitet. Diesem analytisch-theoretischen Vorverständnis hält Radbruch sodann die positive Rechtswirklichkeit entgegen: Im Spiegel der Rechtswirklichkeit wird die vermeintliche Rechtsnotwendigkeit als bloße Rechtsmöglichkeit entlarvt. Schließlich werden alternative Lösungsvarianten aufgezeigt und systematisiert, was einen politischen Diskurs über die vorzugswürdige Lösung, eine *social choice*, rational vorbereitet.
5. Neben Überindividualismus und Transpersonalismus sieht Radbruch auch den Individualismus als Ideologie des Rechts. Dieser finde seinen paradigmatischen Ausdruck in der Idee des Gesellschaftsvertrags. Der Individualismus beruhe auf dem Bild eines abstrahierten, individualisierender Eigenschaften beraubten, mithin „individualitätslosen Individuums“, der Individualität *als solcher*.
6. Mit dem abstrakten Individuum im Sinne der Individualismusideologie (5.) erarbeitet Radbruch einen Begriff des Menschen als „Zwecksubjekt“ des Rechts. Daneben treten in Radbruchs Werk drei weitere Relationen zwischen Mensch und Recht, die sich mithilfe der Causa-Lehre systematisieren lassen: Der Mensch ist als Mensch im Recht zunächst der Stoff, aus dem das Wirkungsgefüge ‚Recht‘ besteht (*causa materialis*). Zugleich ist er als Rechtsperson das morphologische Prinzip des Rechts (*causa formalis*). Darüber hinaus ist der Mensch Urheber (*causa efficiens*) und zudem letzter Zweck (*causa finalis*) des Rechts
7. Das Phänomen der juristischen Person wird bei Radbruch zunächst durch seinen relativistischen Begriff der Rechtspersonen (1.) entmystifiziert: die Rechtssubjektivität juristischer Personen lässt sich – ebenso wie diejenige des Menschen – nicht kognitivistisch, sondern nur durch schlichte positive Anerkennung begründen. Sodann spiegeln Radbruch zufolge die bis heutige gängigen theoretischen Auffassungen der juristischen Person lediglich ideologische Positionen wieder (5.): Die Fiktionstheorie entspricht dem Individualismus, die Theorie von der realen Verbandspersönlichkeit dem Überindividualismus und die Theorie vom Zweckvermögen dem Transpersonalismus. Im positiven Recht seien alle drei Ideologien unvermittelt vertreten, wie insbesondere der Verein

als überindividualistische und die Stiftung als transpersonale Personenform zeigten.

8. Der Staat ist bei Radbruch zunächst die subjektivierte Vorstellung einer Rechtsordnung überhaupt. Er ist somit Subjekt *des* Rechts. Daneben ist der Staat jedoch auch Subjekt *im* Recht, wenn sich dieses in Rechtssätzen auf den Staat als Wirklichkeitstatsache bezieht.
9. Neben die innere Subjektivität des Wirklichkeitsstaats in seiner eigenen Rechtsordnung (8.) tritt seine äußere Subjektivität in der Völkerrechtsordnung. Die völkerrechtliche Rechtssubjektivität ist ebenso relativ und anerkennungsabhängig wie die Rechtssubjektivität überhaupt (1. und 7.). Dies erlaubt eine transpersonalistische Perspektive, die den Staat nicht als selbstherrlichen Souverän, sondern als in Völkerrecht und Völkerbund materiell und prozedural gebundenes Subjekt begreift. Dies ist die rechtliche Antwort auf den Krieg als frei verfügbare politische Option: Wer in seiner (völkerrechtlichen) Existenz von der Anerkennung seines Nachbarn abhängt, kann sich mit diesem nicht willkürlich bekriegen, sondern muss konsensbasierte Wege zur Durchsetzung seiner Interessen beschreiten.