

Sonderdruck aus:

Verantwortetes Recht

Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns

Tagung 10. bis 11. Mai 2003 in München

Herausgegeben von
Ulfrid Neumann
Winfried Hassemer
Ulrich Schroth

(ARSP-Beiheft 100)



Franz Steiner Verlag Stuttgart 2005

Die Rolle der Richterpersönlichkeit bei der Rechtsfindung

„Wer meint, sein Urteil ausschließlich auf das zu gründen, ‚was dasteht‘ (‚nur dem Gesetz unterworfen‘), der ist in Wahrheit der abhängigste Richter, weil er außerstande ist, sich von seiner unreflektierten Vormeinung zu distanzieren“ (Arthur Kaufmann)¹.

Ausdruck des Richterbildes, das der Gesetzespositivismus ausgeprägt hat, ist die bekannte Metapher *Montesquieu*: der Richter ist der Mund, der das Wort des Gesetzes verkündet. Im Werk von Arthur Kaufmann bilden Geschichtlichkeit und Sprache die Ebenen, auf denen der spezifische Einfluss der richterlichen Persönlichkeit auf den Prozess der Rechtsfindung deutlich gemacht wird.

Die Auslegung des Gesetzes soll nicht mehr als therapeutische Korrektur seiner Unfertigkeit verstanden werden, sondern als Aufforderung zum lebendigen Umgang mit derselben². Das bedeutet die Verpflichtung, topoi der Rechtsdogmatik wie etwa das Analogieverbot im Strafrecht einer Überprüfung zu unterziehen. Eindeutiges bedarf keiner Auslegung, und Mehrdeutiges erlaubt hier keine Auslegung³; das juristische Denken aber verfährt stets analogisch⁴. Dies zu ignorieren ist gefährlich, weil hierbei – sagt *Arthur Kaufmann* – „das Problem der Auslegungsgrenze und das strafrechtliche Analogieverbot gar nicht in Sicht kommen“⁵.

Alles dies enthüllt, welche Rolle dem Richter zufällt. Seine Funktion besteht nicht darin, eine Norm genauen Inhalts anzuwenden, sondern dazu beizutragen, den einmal begonnenen Positivierungsprozess des Rechts abzuschließen. Seine Aufgabe besteht darin, die Lösung des konkreten Falles festzulegen, und zwar eine über die gesetzliche Lösung hinausgehende rechtliche Lösung. Die Frage ist, ob hier nicht das Feld der bloßen Subjektivität überlassen wird, jenseits aller Bindung an objektive Referenzpunkte. Das jedenfalls würde passieren, wenn eine authentische praktische Vernunft dadurch vereitelt wird, dass die Konkretisierung der generellen Botschaft des Gesetzgebers im Rahmen des Willkürlichen und Gefühlsmäßigen stattfindet.

* Professor an der Universität Rey Juan Carlos in Madrid

- 1 Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit in Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen, Mohr, 1974, S. 303. In den nachfolgenden Fußnoten werden ausschließlich Werke von Arthur Kaufmann angeführt.
- 2 „Die traditionelle positivistische Methodenlehre sah die ‚Rechtsanwendung‘ als den Normalfall und die ‚Rechtsfindung‘ als einen Ausnahmefall an“, aber „die ‚Unfertigkeit des Gesetzes‘ ist, entgegen positivistischer Auffassung, kein Mangel, sondern sie ist eine ‚apriorische und notwendige‘ in: Rechtsphilosophie, 2. Auflage, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, S. 91.
- 3 Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. verbesserte und durch ein Nachwort ergänzte Auflage, Heidelberg, R.v.Decker & C.F.Müller, 1982, S. 5.
- 4 Die Rechtsfindung „darf nun aber nicht so verstanden werden, als ob es sich dabei um getrennte Akte handelte, um ein Nacheinander von Induktion und Deduktion, es ist vielmehr ein ‚Zugleich‘. Es ist ein ‚Zug um Zug‘ vonstatten gehendes ‚Sich-öffnen‘ des Sachverhalts zur Norm und der Norm zum Sachverhalt hin, und eben in diesem ‚Sich-öffnen‘ liegt die der Analogie eigene ‚extensio‘“ in: Rechtsphilosophie (wie Anm. 2), S. 125. Er polemisiert gegen *B. Schünemann*, der einen gewissen „methodologischen Synkretismus“ bei der Übergehung des gleichzeitigen Zusammenspiels zweier Sprachen erkennt. Es handelt sich einerseits um die juristische Sprache, die nur die Worte zur Verfügung stellt, und andererseits um die Umgangssprache, von der die Bedeutungen in einem hohen Masse abhängig sind in: Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999, S. 8–9.
- 5 Rechtsphilosophie (wie Anm. 2), S. 60.

Der kraft Kodifikation gefestigte Rechtspositivismus geht davon aus, mit Hilfe der sogenannten allgemeinen Rechtsprinzipien das gesamte Spektrum der Lösungsmöglichkeiten zu gewährleisten, das die Rechtsordnung zur Bewältigung der Kontingenz der Einzelfälle bereithält. Dieses Modell ist bereits von der Freirechtsbewegung dadurch in Frage gestellt worden, dass sie die Einheit von Gesetz und Recht in Abrede gestellt und statt dessen die Geschichtlichkeit des Rechts in den Vordergrund gerückt hat. Jedoch hat sie als Erbe die Erkenntnis hinterlassen, dass es notwendig ist, das Dilemma zwischen einem *Gesetzesstaat* und einem *Richterstaat*, der den Richter in den Stand einer privilegierten Staatsgewalt versetzt, zu überwinden, um die Verwirklichung eines authentischen *Rechtsstaats* zu erreichen⁶.

Kaufmann hat einerseits das Prinzip der Gesetzlichkeit verteidigt, um der Flucht in ungeschriebenes Recht vorzubeugen; die Positivität ergibt sich für ihn als Forderung aus der ‚Natur der Sache‘ selbst, weshalb die Rechtsfindung mittels direkten Rekurses auf die Natur der Sache, also ohne Anbindung an ein Gesetz, nicht stattfinden kann. Die Auslegung des Gesetzes impliziert im Hinblick auf den konkreten Fall eine sachinhaltliche Auslotung; „daher ist es auch verfehlt, wenn in den einschlägigen Bestimmungen noch immer von der ‚Unterworfenheit‘ des Richters unter das Gesetz die Rede ist. Denn wäre der Richter dem Gesetz ‚unterworfen‘, so müsste es ihm verboten sein, über das Gesetz zu verfügen. Doch eben das tut er, wenn er das Gesetz auslegt“. Die Auslegung ist nicht so sehr „das Nach-Denken eines bereits Gedachten“, als vielmehr ein kreatives „Weiter-Denken und Zu-Ende-Denken“⁷, das bis zu diesem Ende ein historisch unabgeschlossenes Denken darstellt. Deshalb wäre es am Ende der Richter und nicht der Normtext, der sich als klüger als der Gesetzgeber herausstellt. Die Frage ist, in welchem Maße persönliche Einstellungen Einfluss ausüben.

Ginge man davon aus, dass der Richter nichts als der Mund des Gesetzes wäre, der die Worte des Gesetzes ausspricht, so stellte sich die Frage, welches ‚Wort‘ er denn zu sprechen berufen sei. Vom Problem der Geschichtlichkeit gelangen wir zum benachbarten Problem, zum Problem der Sprachlichkeit. Was bisher rechtstheoretische Revisionsbemühung zwecks Überwindung des Gesetzespositivismus war, geht nunmehr über zur Prüfung der philosophischen Richtungen, die an den linguistischen Ansatz der postheideggerischen Philosophie anknüpfen⁸.

Das Recht kann nicht deduziert werden, es „wird vielmehr“ – sagt *Kaufmann* – „in erster Linie ‚gesprochen‘“⁹, ganz im Sinne der klassischen „*juris-dictio*“. Das Recht gründet sich auf einem Verstehensakt, der seinerseits im Medium der Sprache

6 Freirechtsbewegung – lebendig oder tot?. Ein Beitrag zur Rechtslehre und Methodenlehre, in: Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges, 2. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, S. 248.

7 Gesetz und Recht, in: Rechtsphilosophie im Wandel (wie Anm. 6), S. 158–159. Bei einer Besprechung desselben Aufsatzes konstatiert er: die Formel, die die Unabhängigkeit des Richters von seiner ausschließlichen Unterwerfung unter das Gesetz abhängig macht „ist nicht nur falsch, sondern gar nicht realisierbar“ in: Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie in Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute. Beiträge zur Standortbestimmung, ARSP-Beiheft 44, 1991, S. 152.

8 Er selbst datiert den Anfang von Gadammers Einfluss auf sein Werk auf das Jahr 1957. Obwohl er schon in seinen Aufsatz Analogie und Natur der Sache (Fussn. 3) folgendes darlegt: „bricht zum ersten Mal das hermeneutische Verständnis des Rechts und des Rechtsfindungsprozesses deutlich erkennbar Bahn“, dauerte es noch eine Zeitlang, bis er andere Arbeiten veröffentlichte, in denen er in der hermeneutischen Perspektive eindringt in: Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie (wie Fussn. 7), S. 146, 153 und 156.

9 Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik, in: Beiträge zur juristischen Hermeneutik, sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1984, S. 45.

stattfindet¹⁰. Daher die obligate ‚Offenheit‘ des Rechtssystems. Anzunehmen sind nicht nur die nachträglichen komplementären hermeneutischen Beiträge, die aufgrund der geschichtlichen Entwicklung des Positivierungsprozesses des Rechts erforderlich werden; sondern auch diejenigen Akte, die aufgrund der Vorgeschichte dieses Prozesses vorzunehmen sind. Denn das, was wir verstehen, ist nicht weniger das Ergebnis unserer Vor-Urteile als unserer Urteile.

Schon *Radbruch* hatte darauf hingewiesen, dass kein Richter „sozusagen jungfräulich an die Entscheidung eines Rechtsfalles“ herangeht. Für *Kaufmann* macht es wenig Sinn, zu fordern, dass der Richter, zwecks Wahrung seiner Unabhängigkeit, vor „einem ihm völlig unbekanntem Sachverhalt“ gestellt wird. Denn auch wenn dem Richter der von ihm zu beurteilenden Fall unbekannt ist, so kennt er doch ähnliche Fallkonstellationen, die in ihm Vor-Urteile hervorrufen. Mehr noch: „hätte er diese Kenntnis und dieses Vor-Urteil nicht, so wäre er als Richter denkbar ungeeignet. Denn wie sollte er den Sachverhalt ermitteln, wenn er keine Vorstellung hätte, worum es geht?“¹¹.

Es hieße auf jeden Fall, „das Anliegen der Hermeneutik gröblich missverstehen, wollte man in der Herausarbeitung der Vorurteilsstruktur des Verstehens einen Freibrief für Willkür oder gar Manipulation bei der Rechtsfindung erblicken“. Unerlässlich ist, dass die Vorurteilsstrukturen „transparent gemacht“ werden, um die Schein-Rationalität der herkömmlichen Methodenlehre in Richtung auf eine wirkliche Rationalität zu überwinden¹².

Die Abwendung vom alten Streit zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus und die Hinwendung zur juristischen Hermeneutik sollte für „den Richter keine Erleichterung bedeuten“. Im Gegenteil, „Recht zu sprechen wird schwieriger, aber es wird menschlicher. Rationalistisches Naturrecht und Rechtspositivismus haben den Juristen, zumal den Richter, zum Funktionär gemacht. Die juristische Hermeneutik will ihn wieder Persönlichkeit sein lassen“¹³, indem sie ihn zu größerer Eigenverantwortlichkeit motiviert.

Die einzig mögliche Lösung sollte in der Verwurzelung der Vor-Urteile in einer Tradition bestehen, die nichts anderes wäre als eine abgeklärte Vernunft. In Abwendung von der angeblichen Objektivität, die unter Ideologieverdacht steht, wurzelt die Hermeneutik im „gemeinsamen Boden der öffentlichen Welt, auf dem wir stehen“, dem „gesicherten Bestand der öffentlichen Einsichten, aus dem wir leben“¹⁴. Auf diese Weise kann die Hermeneutik „möglichst rational mit dem Irrationalen umgehen“¹⁵. Die Rationalität des Rechts hängt, genau genommen, davon ab, wie sehr sich der Richter der Rolle seiner Subjektivität bewusst ist¹⁶, die, würde er sie ignorieren,

10 Wozu Rechtsphilosophie heute? Frankfurt/M., Athenäum, 1971, S. 28. Dieser Aufsatz wurde von mir selbst ins spanische überstezt: Sentido actual de la filosofía del derecho „Anales Cátedra Francisco Suárez“ 1972 (12/1), S. 7–36.

11 „Und wie sollte er ein gerechtes Urteil fällen, wenn er diesen einen Fall nicht mit den vielen anderen Fällen vergleichen könnte (Gleichheitsprinzip)?“ in: Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit (wie Anm. 1), S. 301 und 302.

12 Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung, in: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag (Hrsg.: K. Lackner u. a.) Göttingen, Walter de Gruyter, 1973, S. 19–20.

13 Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik, in: Beiträge zur juristischen Hermeneutik (wie Anm. 9), S. 88.

14 Recht und Rationalität. Gedanken beim Wiederlesen der Schriften von *Werner Maihofer*, wobei er wörtlich zitiert in: Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag Frankfurt/M., Klostermann, 1988, S. 39.

15 Oder besser, „Rational mit dem Irrationalen rechnen“ in: Rechtsphilosophie (wie Anm. 2), S. 48 und 64.

16 „Der Objektivismus degradiert den Richter zum Subsumtionsautomaten Montesquiescher Prove-

seine Unabhängigkeit in Frage stellen und ihn dem Verdacht unkontrollierter Irrationalität aussetzen müsste.

Alles dies erlegt dem Richter unvermeidlich die Last politischer und ethischer Verantwortung auf. „Die Reflexion muss die Person des Urteilenden mit einbeziehen, der Richter muss sozusagen sich selbst unter Ideologieverdacht stellen“. Die richterliche Unabhängigkeit ist dann keine feste Befindlichkeit mehr, sondern ein Ziel, das nur annähernd zu erreichen ist¹⁷. So wird deutlicher, was von dieser Befindlichkeit erwartet werden kann, auch wenn es weniger das ist, was sich der rechtssuchende Bürger vorstellt.

Dass die Rechtsprechung, losgelöst von allen ontologischen Zusammenhängen, dem Richter anvertraut ist, würde bedeuten, dass wir uns völlig in die Hände eines richterlichen ‚Herkules‘ begeben, der in der Lage ist, eine die Rechtswirklichkeit nähernde Gerechtigkeitstheorie zu etablieren. Die Alternative bestünde darin, Rechtsprechung als Dialog mit einem realen Kontext zu verstehen, der die Fähigkeit zur Klärung der „res iusta“ besitzt. Das würde in dem Augenblick zum Problem, in welchem die besagte mögliche ontologische Objektivität zu explizieren wäre, besonders dann, wenn die unvermeidliche Affinität von ‚Objekt‘ und ‚Sache‘ als Verdinglichung des Rechts gedacht zu werden droht¹⁸. Jedenfalls sollte das Recht kein bloß funktionales Element ‚more sistemico‘ sein, wie auch nicht das Objekt einer ‚Substantontologie‘ sein, sondern der Ausdruck einer ‚Relationenontologie‘¹⁹.

Zurückzuweisen ist die Möglichkeit der hermeneutischen Erkenntnis eines vom Subjekt losgelösten rechtlichen Objekts. Im Sprachspiel stellt – für Kaufmann – dieses Recht, das mehr als das Gesetz ist, keinen „Bestand (Paragrafen)“ und keinen Zustand („Natur“) dar. Letztendlich geht es um mehr als die Luhmannsche Legitimation durch Verfahren, nämlich darum, im Verfahren zu einer konsistenten, sachlich²⁰ begründeten Entscheidung zu gelangen, also um Legitimation durch Begründung. Die per definitionem offene ontologische Relation enthüllt uns einen Positivierungsprozess, der nicht zu trennen ist von den Vorgängen der Abwägung unter den betroffenen Rechten und Gütern, wie, unter anderen, die spanische Verfassungsrechtsprechung zeigt²¹.

nienz. Was wir brauchen, ist aber die Richterpersönlichkeit, die neben Gesetzeskenntnissen – diese sind selbstverständlich – vor allen auch Urteilsfähigkeit, Lebenserfahrung und Können in sich vereint“ in: Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982, B. I, S. 539.

- 17 „Je mehr ein Richter sich seiner Vorurteile und Abhängigkeiten bewusst wird, und je mehr er sich deshalb um intersubjektiven Konsens bemüht, desto objektiver und unabhängiger vermag er zu urteilen“ in: Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit (wie Anm. 1), S. 306.
- 18 Es ist zu betonen, dass „jeder Prozess einen Gegenstand (der im normativen Bereich kein substantieller ist) haben muss“. Jedenfalls, „als Prozessgegenstand vor dem Prozess nicht schon fertig gegeben ist, sondern erst im Prozess seine genauen Konturen erhält“ in: Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie (wie Anm. 7), S. 160.
- 19 Das setzt als Zugabe voraus „eine ‚seinsmäßige‘, nicht beliebig manipulierbare, Identität“; eine Wirklichkeit, „die zugleich innerhalb wie außerhalb des Rechtsverwirklichungsprozesses besteht und diesen als ‚Rechts‘-Prozess gewährleistet“ in: Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt „ARSP“ Supplementum II, 1988, S. 117; das Recht ist nicht „in den Dingen“, „es besteht in den Beziehungen der Menschen zueinander und zu den Dingen“ -Rechtsphilosophie (wie Anm. 2), S. 46.
- 20 Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. Abschiedsvorlesung, 2. Auflage, Heidelberg, Decker & Müller, 1992, S. 26.
- 21 In Bezug auf das gegenseitige Zusammenspiel der Artikel 18 und 20 der spanischen Verfassung erinnert uns zum Beispiel die Verfassungsrechtsprechung daran, dass ihre „ponderación no constituye una labor hermenéutica sustancialmente distinta de la que determina el contenido de

Aus der rechtheoretischen Kritik, die im philosophischen Rahmen der existentiellen Hermeneutik bleibt, folgt, dass in jedem Fall dem Richter eine bedeutende Rolle im Positivierungsprozess des Rechts zufällt. Kaufmann manifestiert besondere Sensibilität im Hinblick auf die Verantwortung, die der Richter hierbei übernimmt²², wie sein betont ethisches Eintreten für das „Toleranzgebot“²³ in seinen letzten Schriften belegt.

Diese Option für die Toleranz wirft das grundsätzliche Problem jedes Eintretens für ethische Forderungen auf: das Recht hat es ausschließlich mit der Projektion und Konsolidierung des ethischen Minimums zu tun, das als notwendig zur Gewährleistung des menschlichen Zusammenlebens gilt. Aber unter diesem Minimum können Inhalte verstanden werden, die das *ethisch* (notwendige) *Minimum* darstellen, ohne die ein Zusammenleben absolut unmöglich ist, oder eine *minimale Ethik*, die Antipode eines irgendwie gearteten, heroischen moralischen Maximalismus wäre.

Das ethisch (notwendige) Minimum wird durch die Menschenrechte indiziert, deren Extension unvermeidlich durch den hermeneutischen Rahmen der aktuell geltenden Rechtsordnung bestimmt wird. Die minimale Ethik könnte letztlich das Resultat der Forderung sein, dass „das Strafrecht, soweit wie möglich auf den Bereich der ‚einfachen, elementaren Sittlichkeit‘ beschränkt werden muss, die ein allgemein Menschliches zum Ausdruck bringt“²⁴. Tatsächlich ist nicht jede ethische Forderung auf das Gemeinwohl bezogen oder kann als Imperativ des *ordre public* angesehen werden. Weniger einsichtig erscheint, dass jede Gerechtigkeitsforderung per se in „nur gewisse einfache moralische Handlungen“ übersetzt werden kann²⁵.

Vor ethischen Konfliktsituationen gestellt, zieht Kaufmann eher einen „rechtsfreien Raum“ vor als das judizielle Regel-Ausnahmeschema, obwohl unter dessen Regie ein klarer Lösungsweg vorgegeben ist²⁶. Er vermeidet diesen Weg und rekurriert statt

cada uno de los derechos en presencia y los límites externos que se derivan de su interacción recíproca“ -STC 219/1992, vom 3. Dezember, F.2. In diesem Zusammenhang unsere Arbeit La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal „La Ley“ 11.XII.1998 (XIX-4691), S. 1–4.

- 22 Das führt ihn dazu, die Existenz einer „Parallelwertung“ in Erwägung zu ziehen, die neben derjenigen des Richters „in der Laiensphäre“ verläuft, wobei der mögliche Angeklagte in diese Kategorie einzuordnen wäre. Wir befinden uns in einem Kommunikationsprozess zwischen der „Welt der Alltagswirklichkeit“ und der „Welt der Rechtsnormen“. Demzufolge wird die Zurechnung einen Kommunikationsprozess zwischen Richter und Angeklagtem mit sich bringen, dessen Ziel „die ‚Entsprechung‘ der beiden Verstehenshorizonte“ ist: „zur ‚Parallelwertung in der Laiensphäre‘ muss eine ‚Parallelwertung in der Richtersphäre‘ hinzukommen“, bis zur Erlangung eines Schulddialogs. Der Richter sollte sich zu einem Laienrichter entfalten, der in der Lage ist, den Täter zu verstehen. Zusammenfassend: „die ‚Parallelwertung‘, so sagten wir, vollzieht sich ‚im Richter‘ und nirgendwo sonst“ in: Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenlehre, München, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1982, S. 23, 24, 37, 38 und 40.
- 23 „Gerade in Zeiten wie der unsrigen, in denen man infolge der hohen Komplexität der Sozial-, Wirtschafts-, und Rechtsstrukturen oft nicht im Vorhinein sagen kann, was richtig, gut und rechtens ist, und daher riskante Entscheidungen fällen muss, ist Toleranz eine der wichtigsten Tugenden im Zusammenleben der Menschen“ in: Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie (wie Anm. 7), S. 153; auch Rechtsphilosophie (wie Anm. 2), S. 297.
- 24 Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung, Heidelberg, C.F.Müller, 1990, S. 21.
- 25 Die Frage wird noch komplizierter, wenn man es für möglich hält, bestimmte Forderungen außerhalb der „einfachen elementaren Sittlichkeit“ zu lassen, nur weil sie zur Diskussion gestellt werden, „in einer Zeit wie der unsrigen, in der sich eine allgemeine Unsicherheit auf ethischem Gebiet bemerkbar macht“ in: Rechtsphilosophie (wie Anm. 2), S. 218.
- 26 Dies wäre der Fall des berühmten „karneadischen Brettes“, das keinen Platz für zwei Schiffbrüchige anbietet, was zu einer doppelten Ausübung der erlaubten Notwehr führen würde, oder des Arztes, der nur über Vorrichtungen verfügt, um einen von zwei Schwerverletzten zu behandeln in: Rechtsphilosophie (wie Anm. 2), S. 228 und 229.

dessen auf einen problematischen Bereich des gleichermaßen Nicht-Verbotenen und Nicht-Erlaubten. Mehr noch als im Falle des kompletten Fehlens einer Regelung gilt es – für *Kaufmann* – sich um Feststellung der Norm zu bemühen, die „parallel“, im Bewusstsein der betroffenen Individuen, die gesuchte Wertung bewerkstelligt.

In solchen Situationen wäre es genauer, ein Werturteil darüber abzugeben, ob das Verhalten das Gemeinwohl verletzt oder nicht. Ist das nicht der Fall, erübrigt sich die juristische Regelung. Der Fall fiele in den Handlungsbereich des Erlaubten. Wäre aber das Gemeinwohl verletzt, dann würde unvermeidlich die Regelung aufgrund von Wertabwägungen notwendig: Die Annahme eines rechtsfreien Raumes würde bedeuten, dass das Verhalten das Gemeinwohl weder verletzt noch nicht verletzt, was nicht einsichtig ist; oder dass es dem Gutdünken des Einzelnen überlassen bliebe, ein Problem zu lösen, dessen Gemeinwohlbetroffenheit nicht ausgeschlossen ist.

Die Behauptung, „dass der Richter – im Rahmen des Gesetzes – toleranter sein könne als das Gesetz, nämlich in der Weise, dass er durch Auslegung des Gesetzes die Einzelfallgerechtigkeit verwirkliche“, bringt für *Kaufmann* „einen interessanten Gedanken in die Diskussion“²⁷, hat aber für ihn überraschenderweise keine weiteren Konsequenzen. Ihn kümmern die möglichen Kompetenzüberschreitungen eines schöpferischen Richters ebenso wenig wie sein möglicher übertriebener Konservatismus. „Toleranz muss ermöglichen, dass sich verantwortungsbewusste Menschen auch verantwortlich verhalten können und nicht rechtliche Folgen befürchten müssen, sollte eine Untermehmung negativ ausgehen“²⁸.

Das Werk von *Arthur Kaufmann* hat als Memorial 50 Jahre langer, unablässiger Bemühung um die Rechtsphilosophie Bestand. Es hat sich umgekehrt symmetrisch zum Werk seines Lehrers *Gustav Radbruch* entwickelt. Dieses hatte seinen Anfang im Relativismus, um am Ende, revidiert durch ethische Verarbeitung der nationalsozialistischen Erfahrungen, zur Anerkennung eines möglichen „gesetzlichen Unrechts“ zu gelangen. *Kaufmann* vertraute anfangs auf das Sein, setzte damit bei der Ontologie an und gelangte zur Flexibilisierung des ahistorischen Naturrechtsdenkens. Seine Sensibilität für die Schwierigkeit ethischer Lösungen streitiger Probleme stand am Ende seines Weges. Auch er sah sich gezwungen, die Ausgangspunkte seines Denkens zu revidieren. Damit ist er zu einer ethischen Reflexion des historischen Augenblicks übergegangen, der nicht mehr der Augenblick der deutschen Nachkriegsgesellschaft gewesen ist, die nach festen und klaren Lösungen verlangt hat, sondern einer Gesellschaft, die um umfassende ethische Legitimierung aller gesellschaftlichen Entscheidungen bemüht ist. Die Suche nach Lösungen ist nicht leicht. Doch hat die kohärenteste Antwort auf ein Denken, das immer nur eine „Rechtsphilosophie im Wandel“ sein wollte, in nichts anderem bestehen können, als in einem großen Fragezeichen.

27 Er zitiert *Fritz Werner* -Rechtsphilosophie (wie Anm. 2), S. 342–343.

28 Rechtsphilosophie (wie Anm. 2), S. 307–308.

Inhaltsübersicht

Vorwort	7
I. Rechtsphilosophische Grundlagen	
1. <i>Ulfrid Neumann</i> Einführung	11
2. <i>Enrique Barros</i> Die Person als Bezugspunkt des Rechts. Zu Kaufmanns „Personaler“ Rechtsphilosophie	17
3. <i>José de Sousa e Brito</i> Arthur Kaufmanns Gerechtigkeitslehre und die Grundlagen der Ethik	25
4. <i>Shing-I Liu</i> Arthur Kaufmanns „Dritter Weg“ zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus. Eine Skizze	39
5. <i>Robert Alexy</i> Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung	47
6. <i>Friedrich Lachmayer</i> Das tertium comparationis im Recht. Variationen zu einem Thema von Arthur Kaufmann	67
II. Rechtsphilosophische Anwendungen	
1. <i>Winfried Hassemer</i> Einführung	81
2. <i>Kenji Ueda</i> Das Recht der Person auf ihren Tod. Suizid und Euthanasie in Kaufmanns „personaler“ Rechtsphilosophie	91
3. <i>Ken Takeshita</i> Toleranz als Rechtsprinzip. Kommentar zu Arthur Kaufmanns Theorie	105
4. <i>Hermann Klenner</i> Das Recht zum Widerstand in Arthur Kaufmanns Rechtsphilosophie	111
5. <i>Andrés Ollero</i> Die Rolle der Richterpersönlichkeit bei der Rechtsfindung	123
III. Strafrechtliche Konsequenzen	
1. <i>Ulrich Schroth</i> Einführung	131
2. <i>Felix Herzog</i> Schuldprinzip und Strafgerechtigkeit in Arthur Kaufmanns Personaler Rechtsphilosophie	139
3. <i>Bernd Schünemann</i> Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung	145
4. <i>Young Whan Kim</i> Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht ?	157

5.	<i>Koichi Miyazawa</i>	
	Zu Arthur Kaufmanns Kritik der Todesstrafe	169
6.	<i>Keiichi Yamanaka</i>	
	Das Recht der Person als Grenze des Strafrechts. Zu Arthur Kaufmanns Kritik paternalistischer Strafbestimmungen	179