

# Manfred Walther

## Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?\*

### 1. Die Radbruch-These

In dem 1946 erschienenen Aufsatz »Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht«<sup>1</sup> führt Gustav Radbruch aus: »Mittels zweier Grundsätze wußte der Nationalsozialismus seine Gefolgschaft, einerseits die Soldaten, andererseits die Juristen, an sich zu fesseln: »Befehl ist Befehl« und »Gesetz ist Gesetz« (347). Zu dem hier allein interessierenden zweiten Grundsatz wird gesagt:

»Der Grundsatz »Gesetz ist Gesetz« kannte ... keine Einschränkung. Er war Ausdruck des positivistischen Rechtsdenkens, das durch viele Jahrzehnte fast unwidersprochen die deutschen Juristen beherrschte« (347).

Und später heißt es dann: »Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung »Gesetz ist Gesetz« den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts« (352). Darin stecken zwei Behauptungen:

1. Der deutsche Juristenstand dachte schon in der Zeit der Weimarer Republik in dem genannten Sinne positivistisch, d. h. ihm war jedes und allein das vom Staat erlassene Gesetz auch Recht. Die Auffassung, jedes staatliche Gesetz habe per se Rechtsgeltung, eben weil es Ausdruck des mit Durchsetzungsmacht ausgestatteten staatlichen Willens sei, weil es machtmäßig gestützt sei, bezeichne ich im folgenden als *Gesetzespositivismus* oder auch, in Abhebung von einer positivistischen Theorie der Rechtsanwendung, als *Geltungspositivismus*. Danach ist es dem Juristen verboten, Gesetze auf ihre Legitimität hin zu überprüfen, d. h. nach ihrer inhaltlichen Rechtfertigung auch nur zu fragen.

2. Das positivistische Berufsethos des »deutschen Juristenstandes« wirkte auch im nationalsozialistischen Staat fort und führte dazu, daß alle Gesetze auch jetzt strikt angewendet wurden. Wie lauter aber die Alternative? Schon der Aufsatztitel weist die Richtung: Daß es »gesetzliches Unrecht« geben könne, ist für den Positivisten undenkbar. Denn er weist ja alle inhaltlichen, ethischen, religiösen etc. Gesichtspunkte als für die Gesetzesgeltung irrelevant ab. Gesetz und Recht sind ihm identisch, der Bedeutung wie dem Umfang nach. Wenn der Gesetzespositivismus den Geltungsanspruch des staatlichen Gesetzes nicht anders denn durch Rekurs auf die »Macht, sich durchzusetzen« (S. 352) zu begründen vermag und aufgrund dieses Rechtfertigungsdefizits über kein Kriterium zur Abweisung sittlich-ethisch unerträglicher Gesetzesinhalte verfügt, dann ist die Alternative deutlich:

\* »Recht und Justiz im »Dritten Reich«« lautete der Titel einer Ringvorlesung an der Universität Göttingen. Die Vorträge erschienen 1989 – hrsg. v. R. Dreier und W. Sellert – unter gleichem Titel im Suhrkamp-Verlag. Den Schlußvortrag drucken wir in leicht gekürzter Form.

<sup>1</sup> *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1946, Nr. 5, S. 105–108. Seit der 4. Aufl. von 1950 auch im Anhang zu: Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, hier zitiert nach der 5. Aufl. Stuttgart 1956, S. 347–357.

3. Wenn die Juristen einen überpositiven Rechtsbegriff haben, haben sie Abwehrmöglichkeiten gegen die Perversion der Rechtsidee im staatlichen Gesetz. Radbruch hat sich über das, was mit dem »übergesetzlichen Recht« gemeint war, mehrfach geäußert. Er nennt es zuweilen »Naturrecht« oder »Gottesrecht« oder auch »Vernunftrecht«; allen genannten rechtsphilosophischen Positionen ist gemeinsam, daß sie ein unmittelbar und schlechthin verbindliches, nicht zur Disposition des Menschen stehendes, universell geltendes Recht annehmen, das allem positiven Recht (= Gesetz) übergeordnet ist. Man kann die in diesen Punkten übereinstimmenden Rechtstheorien mit Radbruch als naturrechtlich bezeichnen und dann als seine letzte These formulieren:

4. Die Rückkehr zum Naturrecht ist die einzige Alternative zu derjenigen Rechtsauffassung, die in Weimar geherrscht und, was den »Juristenstand« betrifft, das Dritte Reich möglich gemacht hat.

## 2. Radbruchs Erklärungsversuch: Der Positivismus als Ursache und Medium der widerstandslosen Einreihung der Juristen ins Dritte Reich

### 2.1 Wie positivistisch war der »deutsche Juristenstand« in der Weimarer Republik und im Dritten Reich?

Gesetzespositivismus bedeutet bedingungslose Anwendung der vom staatlichen Gesetzgeber erlassenen Gesetze durch die Rechtsanwender. Eine empirische Überprüfung der These, der »deutsche Juristenstand« sei in der Zeit der Weimarer Republik von diesem Berufsethos bestimmt gewesen, muß Indikatoren ausfindig machen, die für oder gegen das Vorhandensein jenes von Radbruch unterstellten positivistischen Berufsethos sprechen. Ich beschränke mich darauf, einige der Indikatoren zu nennen, die an der Haltbarkeit der Radbruchschen These zweifeln lassen:<sup>2</sup>

(1) Ein erstes Indiz für die Haltung der Juristen gegenüber der Autorität des Gesetzgebers – die ja bei Positivisten als uneingeschränkte Anerkennung zu beschreiben wäre – ist die Stellungnahme des Richtervereins beim Reichsgericht vom 8. 1. 1924, in welcher der Richterverein die Aufkündigung seines Gehorsams ankündigte, sollte die 3. Steuernotverordnung beschlossen werden.<sup>3</sup>

(2) Obwohl die Positivismusthese Radbruchs sich eindeutig auf die Problematik der Rechtsgeltung bezieht, ist der Umgang der Justiz in der Weimarer Republik mit der Anwendung der vom Parlament erlassenen Gesetze aufschlußreich. Denn auch wenn offene Gehorsamsverweigerung nicht auftritt, gibt es eine Fülle von Möglichkeiten, den manifesten Willen des Gesetzgebers in der Gesetzesanwendung zu unterlaufen, gar in sein Gegenteil zu verwandeln.

a) Einschlägige Hinweise kann man zunächst der *juristischen Methodenlehre* entnehmen, auch wenn man sich bewußt ist, daß akademische Methoden eine Sache, das tatsächliche Vorgehen in der Praxis eine andere Sache sind. Denn in der

2 Vgl. die Indikatoren, welche bei Hubert Rottleuthner, *Rechtspositivismus und Nationalsozialismus*, in: *Recht und Politik* 19 (1983), S. 195–201 (196), ferner ders. *Rechtspositivismus und Nationalsozialismus: Bausteine zu einer Theorie der Rechtsentwicklung*, in: *Demokratie und Recht*, 1987, S. 373–394 (377–381), erörtert werden.

3 JW 1924, S. 90. Nach Inkrafttreten der Verordnung wurde die Drohung jedoch nicht wahr gemacht. Vgl. Hubert Rottleuthner 1987 (Anm. 2), S. 378; ferner Norbert Hempel, *Richterleibbilder in der Weimarer Republik*, Frankfurt am Main/Las Vegas 1978.

Methodendiskussion manifestieren sich zumindest auch Legitimationsprobleme der Rechtspraxis selber.

Aufschlußreich ist das offensichtliche Bestreben, die nach positivistischer Auslegungslehre zentrale Bedeutung des »Willens des Gesetzgebers«, sei es im Rahmen der historischen Auslegung, sei es bei der systematischen Auslegung, herunterzuspielen. Die Betonung, daß nicht der Wille des Gesetzgebers, sondern der »Wille des Gesetzes« maßgebend sei, kann zwar darauf gerichtet sein, solche gesetzgeberischen Absichten, welche im Normtext keinen Niederschlag gefunden haben, für unmaßgeblich zu erklären und damit gerade die Gesetzesbindung zu betonen. Sie kann aber auch dazu dienen, die Zielvorstellungen, welche der Gesetzgeber mit einem Gesetz verfolgte, für unmaßgeblich zu erklären und damit die Bindung der Justiz an diese Ziele, auch soweit sie sich im Rahmen der vom Normtext her möglichen Bedeutung halten, beiseite zu schieben. Das Vordringen einer so gehandhabten »objektiven Auslegungstheorie« wäre dann ein aussagekräftiges Indiz im Rahmen unserer Fragestellung. Äußerungen zur Unmaßgeblichkeit des »Willens des Gesetzgebers« und damit die Freisetzung der Justiz von diesen gesetzgeberischen Regelungszielen ist nun in der Tat ein Kennzeichen der Methodendebatten in Urteilen nicht weniger als in Verlautbarungen richterlichen Selbstverständnisses.<sup>4</sup>

Die Tendenz der Befreiung des Rechtsanwenders von gesetzgeberischen Zielvorstellungen und Regelungsabsichten wird vollends manifest, wenn sich der Vormarsch der »objektiven Theorie« mit der Propagierung der (objektiv-)teleologischen Auslegungsmethode verbindet. Denn diese Methode ist in diesem Kontext nichts anderes als die Ermächtigung an den Rechts»anwender«, seine eigenen Zielsetzungen an die Stelle der Intentionen des Gesetzgebers zu setzen. Das Propagieren der teleologischen Auslegung, das zumindest in der 2. Hälfte der Weimarer Zeit zu beobachten ist und seit dem Beginn der NS-Zeit, nun aber unter Berufung auf das rechtspolitische und ideologische Programm der »Regierung der nationalen Revolution«, verstärkt auftrat,<sup>5</sup> ist ein weiterer Beleg für den Abstand, welchen weite Teile des Juristenstandes vom gesetzessystematischen Ideal nahmen.

b) Aus den Beispielen einer in diesem Sinne um Ausschaltung der gesetzgeberischen Intentionen bemühten Rechts»anwendung« ragt die Rechtsprechung zum Republiksschutzgesetz und insbesondere zu den politischen Morden heraus. Die von dem damaligen Heidelberger Privatdozenten für Statistik Emil Julius Gumbel zusammengestellten Daten,<sup>6</sup> die in einer von Radbruch durchgesetzten Denkschrift des Reichsjustizministeriums nach Umfragen bei den zuständigen Stellen nicht bestritten wurden,<sup>7</sup> ergab nach der letzten Materialprüfung,<sup>8</sup> daß in der Zeit vom Januar 1919 bis zum Juni 1922 354 politische Morde von rechts insgesamt einmal mit

<sup>4</sup> Vgl. dazu das Zitat unten zu Anm. 18.

<sup>5</sup> Vgl. dazu ausführlich Michael Bock, *Naturrecht und Positivismus im Strafrecht zur Zeit des Nationalsozialismus*, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 6 (1984), S. 132–152 (144 ff.). In der methodengeschichtlichen Literatur sind Untersuchungen, welche sich um Erhellung des Zusammenhanges der Propagierung bestimmter Methoden mit der generellen Verfassungslage sowie vor allem mit den weltanschaulich-politischen Optionen der Autoren bemühen, also die Funktion bestimmter Methoden in der konkreten historischen Situation zu ermitteln suchen, sehr selten.

<sup>6</sup> E. J. Gumbel, *Zwei Jahre politischer Mord*, Berlin 1921. Ders., *Vier Jahre politischer Mord*, Berlin 1922. Zuletzt ders.: *Vom Fememord zur Reichskanzlei*, Heidelberg 1962. Vgl. auch H. Hannover und E. Hannover-Drück, *Politische Justiz 1918–1933*, Frankfurt 1966 u. Hamburg 1977, bes. S. 18 f.

<sup>7</sup> Die Denkschrift, die nach mehrmaligem Nachlassen schließlich dem Reichstag in einem Exemplar zugeleitet wurde, ist dann von Gumbel auf eigene Kosten publiziert worden: *Denkschrift des Reichsjustizministeriums zu »Vier Jahre politischer Mord«*, hg. v. E. J. Gumbel, Berlin 1924. Gumbels Vierjahresbilanz von 1922 und seine Denkschrift-Ausgabe sind erneut publiziert in: E. J. Gumbel, *Vier Jahre politischer Mord und Denkschrift ...*, Heidelberg 1980.

<sup>8</sup> E. J. Gumbel 1962 (Anm. 6), S. 46; vgl. Hannover/Hannover-Drück, 1977 (Anm. 69), S. 18 f.

lebenslänglicher Haft sowie 90 Jahren und zwei Monaten Freiheitsentzug und 730 Mark Geldstrafe geahndet wurden; für 22 Morde von links wurden 10 Todesurteile, 3 lebenslängliche Zuchthausstrafen und insgesamt 248 Jahre und 9 Monate Freiheitsentzug verhängt. Da die Urteile teilweise aufgrund von »Beweisproblemen« bei den rechtsstehenden Tätern, teilweise aufgrund der »rechtlichen« Würdigung der Tatbestände erfolgten,<sup>9</sup> wird deutlich, daß die Urteile aufgrund eines von »unsichtbarer Hand« geleiteten gleichsinnigen Handelns von Staatsanwaltschaft und Gerichten zustande kamen.

(3) Am klarsten kommt die Haltung der Justiz zum staatlichen Gesetzgeber in der Weimarer Republik darin zum Ausdruck, daß der Ruf nach einem »richterlichen Prüfungsrecht« immer lauter wurde. Seit der Gründung der Weimarer Republik, deren Verfassung erstmals die alleinige Gesetzgebungskompetenz des Parlaments und die volle politische Partizipation der Arbeiterschaft institutionell gewährte, übte die Mehrzahl der Mitglieder des »deutschen Juristenstandes«, vor allem im Justizbereich, herbe Kritik an den demokratisch zustande gekommenen Gesetzen und machte sich sogleich daran, die Frage eines richterlichen Prüfungsrechtes gegenüber dem Gesetzgeber zu propagieren. Diese republikfeindliche Haltung einer großen Mehrzahl vor allem deutscher Richter ist breit belegt.<sup>10</sup> Wenn im »deutschen Juristenstand« die Meinung weit verbreitet war, die Justiz habe das Recht und die Verpflichtung, vom staatlichen Gesetzgeber erlassene Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Recht zu prüfen, obwohl es eine positiv-rechtliche Verankerung dieser Prüfungskompetenz nicht gab, dann kann von »Gesetz ist Gesetz«, von einem so definierten Positivismus als weithin verbreiteter Haltung, schlechthin nicht die Rede sein.<sup>11</sup>

Radbruchs These erscheint also, je genauer man die Einstellung der Juristen in der Weimarer Zeit analysiert, immer rätselhafter. Man kommt einen Schritt weiter, wenn man nach den Gründen für die konstatierte Abwehrhaltung fragt: Dieser Abwehrkampf bediente sich nämlich von Anfang an eines *Staatsbegriffes*, dem zufolge der Staat nicht als Teil der Gesellschaft gesehen wurde, sondern als ihr gegenüberstehend, genauer: als über ihr stehend, als einheitsstiftende Institution der Sittlichkeit über dem bloßen Parteienkampf der Gesellschaft, mit höherer Weihe versehen. *Dieser Staat* war weltanschaulich neutral, und diese Neutralität ging augenscheinlich verloren, wenn nun in der Republik der Staat, statt in seiner Stärke über solchen gesellschaftlichen Kämpfen zu stehen, selber zum Spielball der »demokratischen« Macht- und Interessenkämpfe wurde. Gerufen wurde nach dem »starken Staat«, ja nach dem »totalen Staat« (ForsthoFF), und diesem Denken war zweifelhaft, ob denn der Staat der Republik im substantiellen Sinne überhaupt Staat sei.

<sup>9</sup> Man lese die Darstellung der Ermittlungen und Urteilsgründe bei Gumbel 1921/1980 (Anm. 6, 7) einmal nach; dann gewinnt man einen deutlicheren Eindruck von dem, wovon hier die Rede ist, als durch noch so zahlreiche Sekundäranalysen!

<sup>10</sup> Neben Kurt Sontheimer, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik: Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933*, München 1962 (2. Aufl. 1968), hat vor allem Friedrich Kübler, *Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz: Versuch einer Deutung aus richterlichen Selbstzeugnissen*, Archiv für die civilistische Praxis 162 (1963), S. 104–128, nachdrücklich auf die Relevanz dieser Diskussion für unser Problem aufmerksam gemacht. Darstellung und Kritik der Diskussion, die in der Verankerung des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland zu einem – vorläufigen? – Abschluß kam, bei H. D. Fangmann, *Justiz gegen Demokratie: Entstehungs- und Funktionsbedingungen der Verfassungsjustiz in Deutschland*, Frankfurt, New York 1979. Vgl. auch Rottleuthner 1987 (Anm. 2), S. 378–381.

<sup>11</sup> Zudem haben z. B. diejenigen Rechtswissenschaftler, die sich in Weimar selber als Positivisten verstanden, ein solches Prüfungsrecht verneint: vgl. die Zusammenstellung bei Rottleuthner 1987 (Anm. 2), S. 381.

War also von dem reinen »Gesetzespositivismus«, den Radbruch verantwortlich macht, in der Weimarer Zeit nicht viel zu spüren, so kann man doch sagen, daß er in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts und bis zum Ende des 1. Weltkriegs zumindest weit verbreitet war, vielleicht sogar die dominierende Haltung des Juristenstandes darstellte, und zwar in der Praxis wie in der Rechtswissenschaft.

Man muß sich die Entstehungsbedingungen dieses Positivismus klar machen, um zugleich verstehen zu können, warum er in Weimar plötzlich wie vom Erdboden verschwunden war. Dieser Positivismus ist

»in erster Linie aus den inneren Besonderheiten der Rechtslage dieses Jahrhunderts zu begreifen. Für die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bedeutete »Positivismus« zunächst etwas Polemisches: die Ablehnung alles »außergesetzlichen«, alles nicht durch menschliche Satzungen geschaffenen Rechts, mag es als göttliches, natürliches oder vernünftiges Recht auftreten. Das Rechtsdenken wird Legalitätsdenken... man unterwirft sich nur unter die *Norm* und ihren sicher feststellbaren Inhalt. Das gibt dem positivistischen Legalitätsdenken scheinbar den Wert größter Objektivität, Festigkeit, Unverbrüchlichkeit, Sicherheit und Berechenbarkeit, kurz, der »Positivität.«<sup>12</sup>

– und daraus ergibt sich die Standesideologie der vollständigen politischen Neutralität, des absolut unpolitischen Charakters vor allem der Richtertätigkeit.

Warum war das eine Ideologie? Der schon zitierte Autor fährt fort:

»Aber die Sicherheit, Gewißheit, Festigkeit, strenge Wissenschaftlichkeit, funktionierende Berechenbarkeit und alle derartigen »positiven« Qualitäten und Vorzüge waren in Wirklichkeit überhaupt nicht Vorzüge der legalen »Norm« und der menschlichen Satzung, sondern nur der damals, im 19. Jahrhundert, normalen, relativ-stabilen Situation eines Staatswesens, das seinen Schwerpunkt in der Gesetzgebung hatte.«<sup>13</sup>

Was der Autor, nämlich Carl Schmitt, in der 1934 erschienenen Schrift »Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens« ausführt, die auch einem Vortrag vor dem Reichsgruppenrat der Referendare (Jungjuristen) im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen in Berlin zugrunde lag,<sup>14</sup> ist ein doppeltes:

a) Zum einen entlarvt Schmitt den ideologischen Schein, der dem Objektivitätsglauben und dieser Art des »Geltungspositivismus« zugrunde lag: Er war Ausdruck der Tatsache, daß die gesellschaftlichen Verhältnisse, die politische Macht und die Auffassungen der Juristen von dem, was gute Ordnung sei, in solchem Maße übereinstimmten, daß alle drei Ordnungsmuster sich weitgehend deckten und damit das Problem der Legitimität des Rechts ebenso wenig auftauchte wie das der Spielräume der Rechtsanwendung.

b) Schmitt beschreibt diese Situation – also diejenige nach dem Scheitern der 1848er-Bewegung, nach dem Sieg der politischen Restauration auf dem ganzen Felde, nach der Ausschaltung der auch nach 1848 durchaus noch vorhandenen liberalen, ja engagiert demokratischen Juristen seit Beginn der Bismarck-Ära<sup>15</sup> – als »Normallage«. Geltungspositivismus korrespondiert in dieser Zeit also einem so, d. h. politisch unter Ausschluß sowohl des liberalen Bürgertums wie der Arbeiterschaft, geführten Staat als Normalität; und wer solche Normalität lobt, der lobt die Stabilität, Festigkeit, Sicherheit eines solchen Staatswesens.

<sup>12</sup> Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934, S. 31.

<sup>13</sup> Schmitt 1934 (Anm. 12), S. 33.

<sup>14</sup> Schmitt 1934 (Anm. 12), S. 5.

<sup>15</sup> Vgl. die knappe Skizze der Rechts- und Justizpolitik seit 1871 bei Ingo Müller, *Furchtbare Juristen: Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München 1987, der im Kapitel »Die forcierte Anpassung« (S. 16–19) die rigiden Selektionsmechanismen beschreibt, kraft deren nur hochkonservative, autontär disponierte Bürgerliche als Beamte oder Offiziere reüssieren konnten. Z. B. wurden höhere Richterstellen vorzugsweise mit Staatsanwälten besetzt.

Auf der Grundlage dieser Analyse läßt sich nun auch sehr gut verstehen, warum die Juristen nach dem Übergang zur Demokratie ihren Gesetzespositivismus sehr rasch aufgaben, als auch andere Interessen sich politisch artikulieren und in der Gesetzgebung niederschlagen konnten, so daß diesem republikanischen Staat die Legitimität abgestritten wurde; und warum *gleichzeitig* das Selbstbild des unpolitischen, unparteiischen Juristen hochgehalten wurde, der jenseits aller bloß gesellschaftlichen Unterschiede das ebenso sachgemäße Gesetz anzuwenden habe. Aber gerade diese absolute politische Neutralität, wie man sie ja nach eigenem Verständnis in der Rechtsprechung gegenüber linken und rechten Staatsfeinden so deutlich und klar bewiesen hatte,<sup>16</sup> wurde von den Anhängern der Republik als Klassenjustiz, ja als Rechtsbeugung scharf angegriffen, und sogar in den eigenen Reihen hatte sich mit dem »Republikanischen Richterbund« ein solcher Stoßtrupp politischer Agitation gebildet. Dieser Staat war kein wirklicher Staat, und deshalb war es in diesem Staat auch bis zur Unmöglichkeit schwer, wirklich neutral und objektiv Recht zu sprechen.

Es kann daher nicht überraschen, daß die Haltung der Mehrheit des »deutschen Juristenstandes« gegenüber der Regierung der nationalen Revolution und ihres Staates so ganz anders war als in Weimar: Hier wurde wieder deutlich, daß der Staat, statt das Forum des Kampfes gesellschaftlicher Gruppen, ja der Machtergreifung durch marxistische Minderheiten zu sein, der über den Parteien stehende, nur dem Volksganzen und seinem Wohl verpflichtete Staat sein würde.

So überrascht es denn auch nicht zu sehen, wie nach dem Sieg der Bewegung das Pochen auf weltanschauliche und politische Neutralität gegenüber dem neuen Staat bei vielen dahinschmolz wie Eis in der Sonne. Es begann, vor allem in Preußen, ein breiter Zustrom zu nationalsozialistischen Juristenorganisationen; teilweise überführten sich ganze Landesverbände des Deutschen Richterbundes in den Nationalsozialistischen Deutschen Juristenbund.

Bei nicht wenigen der obersten Verbandsfunktionäre des Deutschen Richterbundes freilich war der Glaube an die Unabhängigkeit des Richters mehr als nur ein Mittel der Distanzierung von Weimar gewesen – obwohl das bei allen eine große Rolle gespielt hatte. Aber bezüglich der Unabhängigkeit, wie die Justiz sie dem Weimarer Staat gegenüber bewiesen hatte, gab es doch auch allen Grund zur Sorge. Denn schon vor der Machtergreifung hatten Nationalsozialisten bisweilen handgreiflich deutlich gemacht, was sie von solcher Neutralität hielten. Dennoch dauerte es nur genau 10½ Monate von der Machtergreifung Hitlers bis zu jenem 15. Dezember 1933, an dem, im bayerischen Fischbachau, der zwischenzeitlich bereits in den Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen eingegliederte Deutsche Richterbund seine Selbstauflösung erklärte. Innerhalb von 10½ Monaten geschah es, daß eine auf volle politische Unabhängigkeit bedachte und deshalb vom Ansinnen republikanischer Rechtsprechung zutiefst getroffene Justiz-Juristenschaft sich einer Gleichschaltungspolitik anpaßte, deren Ziele – und das wußten alle Beteiligten – alles andere waren als eine politisch neutrale Rechtspflege. Sicher haben die Einschüchterungskampagnen der Nazis schon vor der Machtergreifung und dann die sofortige Entfernung aller jüdischen Richter, Staatsanwälte und Beamten zum 1. April 1933 den »unpolitischen« Mitgliedern des Deutschen Richterbundes demonstriert, daß die neuen Machthaber nicht umsonst »Macht«-Haber hießen. Voll verständlich wird die Geräuschlosigkeit des Überganges jedoch erst, wenn man hört, was der noch amtierende Vorsitzende des Deutschen Richterbundes im Bund Nationalso-

<sup>16</sup> Vgl. die Anm. 6 genannten Arbeiten.

zialistischer Deutscher Juristen, Senatspräsident Karl Linz, bei der Selbstauflösung in Anwesenheit des Führers des NSDJB, Hans Frank, ausführte:

269

»Als Zweites möchte ich folgendes anführen: Wir deutschen Richter haben seit 1919 stets und ständig in der Presse, in den Parlamenten und auch von den Regierungen gehört, die Rechtsprechung müsse sich unbedingt so einstellen, daß sie die politische Ansicht der Mehrheit, die marxistische Ansicht, in die Rechtsprechung einführe. Das haben wir abgelehnt und wir haben uns 15 Jahre gegen diese Zumutung gewehrt... Vor allen Dingen haben wir es erreicht, daß wir gerade infolge unseres Zusammenschlusses und unseres Zusammenhaltens die Rechtsprechung rein gehalten und sie nicht zur Dirne politischer Verirrungen gemacht haben. Gewiß, ich muß es zugeben, einzelne sind schwach geworden.<sup>17</sup> Wenn ich es am Rande erwähne, so sagt das genug. Wir haben uns stets dagegen gewehrt, daß diese Kollegen unsere Kollegen sein sollten. Wir haben sie stets zurückgewiesen. Das Schlimmste, was wir an ihnen auszusetzen hatten, war, daß es nicht eine politische Verirrung war, ... sondern daß das ein Charakterfehler war... Und ich darf noch folgendes erwähnen: ich glaube, daß wir deutschen Richter für uns in Anspruch nehmen können, daß unser ganzer Stand intakt geblieben ist... Wir Richter sind der einzige Stand, der seinen Schild blank gehalten hat und ich glaube, daß das ein Ehrenschild für den deutschen Richter ist.«<sup>18</sup>

Das Fazit also lautet, zur 1. These des Radbruchschen Erklärungsversuches: Nicht der »Geltungspositivismus« war die herrschende Rechtsauffassung des »deutschen Juristenstandes« in der Weimarer Zeit und um 1933, sondern das mit einer bestimmten gesellschaftlichen und politischen, vordemokratischen Machtkonstellation verknüpfte anti-demokratische Weltbild und das mit dem Ideal eines starken hohelichen Staates verknüpfte Selbstbild des unpolitischen Juristen; diese ideologische Mitgift machte die Gleichschaltung letztlich so leicht.<sup>19</sup>

17 Gemeint waren damit vor allem jene Juristen, die sich klar auf den Boden der neuen Republik gestellt und sich überwiegend im »Republikanischen Richterbund« zusammengeschlossen hatten.

18 Linz, nach dem Tagungsbericht von Schmitt in der Deutschen Richter-Zeitung 1934, S. 26. Ausführlicher dazu H. Wrobel, *Der Deutsche Richterbund im Jahre 1933*. Kritische Justiz 15 (1982), S. 323-347; dort das Zitat auf S. 346.

19 Die Verwurzelung der Beamten, vor allem der Juristen unter ihnen, in dem Leitbild des durch Treueid persönlich an den Monarchen als den Repräsentanten des Ganzen gebundenen Staatsdieners und die daraus resultierenden Loyalitätsprobleme während der gesamten Dauer der Weimarer Republik beschreibt plastisch Hans Hattenhauer, *Zum Beamtenleibild des 20. Jahrhunderts*, in: *NS-Recht in historischer Perspektive*, München 1981, S. 109-133. Diese Schilderung ergänzt daher für den Verwaltungsjuristen, was hier für die Justiz ausgeführt wurde.

Hattenhauer sieht in dieser gespannten bis offen ablehnenden Haltung der Beamtenschaft zum Weimarer Staat die schlichte Konsequenz der Tatsache, daß die Republik entstanden sei durch Revolution, also illegal und außerdem in einem »offensichtlich undemokratischen, von der Volkszusammensetzung nicht getragenen Verfahren«; darin liege der »entscheidende Geburtsfehler der Republik. Sie war eigentlich von niemandem(!) gewollt« (S. 118). »Obwohl der Kaiser in seiner Abdankungserklärung seine Soldaten und Beamten ausdrücklich von ihrem Eid entbunden und zu treuem Dienst für das Vaterland aufgerufen hatte, gingen die Bedenken bei einigen Beamten so weit, daß sie es vorzogen, sich aus dem Dienst entlassen zu lassen, als den Eid auf die Republik zu leisten« (S. 122 f.). Hattenhauer spielt damit auf das Angebot der sozialdemokratischen Regierung an die übernommenen Beamten und Richter an, »unter Wahrung ihrer materiellen Rechte aus dem Dienst der Republik auszuscheiden«, von welchem Angebot bei den Richtern 0,15% Gebrauch machten! Vgl. D. Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt 1975, S. 19.

Auch wenn Hattenhauers Bewertung der von ihm beschriebenen Phänomene befremden mag, so ist die verständnisvoll-sympathetische Rekonstruktion des Berufsethos der kaiserlichen Beamtenschaft angesichts des »revolutionär« entstandenen demokratischen Staates von Weimar von großem Wert. Vgl. auch die Durchführung der Hattenhauerschen These, der forcierte Republikanismus demokratisch engagierter Juristen in Weimar trage große Verantwortung für die politische Option der Beamten und Richter angesichts des Nationalsozialismus (S. 121), für den Bereich des Strafrechts bei W. Neusel, *Höchstrichterliche Strafgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik*, Frankfurt am Main 1972. Zur Kritik I. Müller, *Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht: Gustav Radbruch und die Kontinuität der deutschen Staatsrechtslehre*, Leviathan 7 (1979), S. 308-338.

## 2.2 Die Rechtstheorie und Rechtspolitik des Nationalsozialismus und der Positivismus

Ich wende mich nun, kürzer freilich, dem 2. Teil der Erklärungshypothese zu, der Ansicht nämlich, der Nationalsozialismus habe sich bei seinem Werben um die Gefolgschaft der Juristen, besonders der Justiz-Juristen, selber in erster Linie des »geltungspositivistischen« Arguments bedient. Auch diese These erweist sich nicht als haltbar:

Zunächst geht es darum, den nationalsozialistischen Staatsgedanken in seiner Tiefe zu erfassen: Es ist der Staat, der nicht mehr im Parteiengezänk partikularer Interessen steht, sondern jener »totale Staat« (Forsthoff), der das wahre Wohl und das Ganze des Volkes nicht bloß repräsentiert, sondern konkret darstellt und ausdrückt, der also jene wahre Sittlichkeit verkörpert, die nicht der Egoismus einer bürgerlichen Gesellschaft ist, sondern den wahren Volksgeist, des Volkes wahres Empfinden ausdrückt – ungehindert von den unzähligen rationalistischen und kollektivistischen Unterwanderungsversuchen, wie sie im Bolschewismus und Kommunismus, im Liberalismus und Judentum, und im Bereich des Rechts durch jenen blutleeren, abstrakten Positivismus verkörpert werden, deren Zeit gekommen ist. Für Deutschland ist kennzeichnend, daß es weder dem blutleeren Rationalismus des Westens, noch auch dem unorganischen Kollektivismus des Ostens zum Opfer gefallen ist, vielmehr durch die nationale Revolution sich zu seiner historischen Mission bekannt, zu seiner weltgeschichtlichen Aufgabe zurückgefunden hat: die weltgeschichtlich unüberbietbare Synthese von Christentum und Germanentum, damit aber zugleich die wahren Werte der Menschheit zu verteidigen, sie vor ihrer Perversion zu bewahren und zum Siege zu führen.<sup>20</sup> In diesem Sinne ist es gemeint, wenn man weiß: »Am deutschen Wesen soll die Welt genesen«!

Für den Juristenstand, speziell für die Richterschaft, ergibt sich daraus die Forderung, sich streng auf den Boden des neuen Staates der nationalen Revolution zu stellen, mit allen Konsequenzen für die Rechtsquellenlehre:

- Vorkonstitutionelles Recht, d. h. die Gesetze aus der Zeit vor der Machtergreifung, müssen im Lichte der Ziele des neuen Staates, d. h. u. a. auch im Lichte des Parteiprogramms der NSDAP und vor allem des Führerwillens, ausgelegt werden, in dem sich ja der Volksgeist seinen authentischen Interpreten geschaffen hat; auch sonst ist das wahre Empfinden des Volkes, ist deutsches Recht über alle Relikte des abstrakt-rationalen Rechts der Vergangenheit zu stellen, wozu auch das römische Recht gehört.
- Ein Positivismus, der sich an den Buchstaben des Gesetzes klammert, statt den wirklichen Willen des Volkes und des Führers zu ermitteln, kann nur als Subversion betrachtet werden.

Wenn der deutsche Richterstand sich in dieser Weise dem Volksganzen an der Stelle, an der er steht, einfügt, dann braucht er sich auch um seine Unabhängigkeit keine Sorgen zu machen. Die NS-Rechtsideologie und die ihr zuarbeitende Wissenschaft kämpften also, so scheint es, einen Zwei-Fronten-Kampf:

- Auf der einen Seite wird der Positivismus bekämpft als diejenige *Entartung* des Rechtsdenkens, welche den engen Zusammenhang zwischen Recht und Gerechtigkeit, zwischen Recht und Sittlichkeit zerstört habe zugunsten eines abstrakten,

<sup>20</sup> Ein Versuch, die weltanschauliche Basis nationalsozialistischen Rechtsdenkens herauszuarbeiten, findet sich bei W. Schild, *Die nationalsozialistische Ideologie als Prüfstein des Naturrechtsgedankens*, in: *Das Naturrechtsdenken heute und morgen: Gedächtnisschrift für René Marcic*, hrsg. v. D. Mayer-Maly u. P. M. Simons, Berlin 1983, S. 437–453.

ethisch entleerten Formalismus. Dagegen steht dann Hitlers Diktum, im Dritten Reich seien Recht und Sittlichkeit identisch.<sup>21</sup>

- Auf der anderen Seite wurde das rationale, an universalistischen Kriterien orientierte moderne Naturrecht, d. h. das Vernunftrecht seit dem 17. Jahrhundert, bekämpft, es wurde der Bankrott ihrer »idées générales« erklärt.<sup>22</sup>

Dieser Kampf gegen Vernunftrecht und Geltungspositivismus *zugleich* entsprang jedoch keiner ideologischen Verwirrung: Die NS-Ideologie war sich nämlich, sehr im Unterschied zur heutigen Diskussion, der Zusammengehörigkeit beider ziemlich sicher. Die strenge Gesetzesbindung stellt ja immer ein Hindernis für die Durchsetzung neuer (revolutionärer) und situativ wechselnder politischer Ziele mit Hilfe der Justiz dar. Der Gesetzespositivismus ist eine Strategie, staatliche Machtausübung durch die Bindung an generelle Regeln zu domestizieren. Mit der Betonung der Rechtssicherheit und der Berechenbarkeit der Rechtsprechung weist der Positivismus eine deutliche Affinität zum Individualismus der rationalen Interessenkalkulation und -durchsetzung auf. Demselben Nährboden individualistisch-liberalen Denkens entstammt auch das rationale Naturrecht, das ebenso abstrakt und unter Vernachlässigung aller konkreten, das menschliche Leben bestimmenden und durchwaltenden Bezüge die Gleichheit aller Menschen propagiert. Damit stehen beide Tendenzen in schroffem Gegensatz zu jenem wahren Naturrecht, das im Nationalsozialismus erneut zum Durchbruch und zur Herrschaft kommt:

»Es gibt kein Recht, das in den Sternen hängt, kein Recht, das dem *einzelnen gleichmäßig* eingeboren ist, also kein in diesem Sinne *übervölkisches* Naturrecht. Es gibt nur einen Grundsatz, der allerdings für alle Menschen gleich ist, und das ist der, daß er seiner Art gemäß leben soll.«<sup>23</sup>

In dem Gedanken, daß die konkrete Lebensordnung selber in sich die sittlichen Maßstäbe für den Wert und Unwert menschlichen Handelns trage, liegt auch die Begründung des Satzes »Nullum crimen sine poena« (»Kein Verbrechen ohne Strafe«), das in der NS-Strafrechtslehre dem individualistisch-liberalen Grundsatz »Nullum crimen sine lege« (»Nichts ist ein Verbrechen, was nicht – vorher – gesetzlich bestimmt war«) entgegengesetzt wurde. Wert und Unwert einer Tat müssen nicht erst in einem abstrakten Gesetz festgestellt werden – und sie können auch gar nicht derart »willkürlich« festgesetzt werden.<sup>24</sup>

Wenn der Nationalsozialismus also sowohl dem Gesetzespositivismus wie der vernunftrechtlichen modernen Form des Naturrechts ein eigenes, an den konkreten Lebensordnungen des Volkes orientiertes »gemeinschaftliches« Naturrecht entgegengesetzt,<sup>25</sup> so widerspricht das mithin keineswegs der von den Nazis immer wieder vorgetragenen Kritik am rationalen Naturrecht. Außerdem zeigt der naturrechtliche Begründungsaufwand, der hier getrieben wurde, daß die Nazis sehr wohl die Lektion verstanden hatten, welche die Juristen dem »Weimarer Staat« erteilt hatten: wie wenig nämlich auf die gesetzpositivistische Gesinnung der »Staatsdiener« Verlaß war.

Der Rekurs auf die konkrete, völkisch bestimmte und durchherrschte Lebensordnung, deren Institutionen die Normativität in sich selbst tragen, also durch abstrakt-rationalen gesetzlichen Gestaltungswillen gar nicht tangiert werden können, liegt

21 Vgl. die Hinweise bei Ernst Fraenkel, *Der Doppelstaat*, Frankfurt/Main, Köln 1974, S. 140.

22 Carl Schmitt, *Nationalsozialistisches Rechtsdenken*, in: *Deutsches Recht* 1934, S. 225–229 (125).

23 H. Lemme, *Spekulatives oder lebensgesetzliches Staatsrecht*, in: *Jugend und Recht* 1937, S. 47 ff. (49).

24 Vgl. Bock 1987 (Anm. 5), 141–144.

25 Die Entgegensetzung von »gemeinschaftlichem« und »gesellschaftlichem« Naturrecht und die Aufforderung zu einem auf dem gemeinsamen Bekenntnis zum rationalen Naturrecht basierenden politischen Bündnis gegen das NS-Regime finden sich in dem zuerst 1934 auf Englisch erschienenen »Doppelstaat« von Fraenkel (Anm. 21), Teil II, S. 135–181.

auch der Auffassung zugrunde, daß der berufene Interpret dieser Lebensordnung, wie er in Gestalt des Führers dem deutschen Volk geschenkt wurde, gar nicht im eigentlichen Sinne rechtsschöpferisch tätig ist, sondern nur authentisch ausspricht, was an Normativität in der Lebensordnung des deutschen Volkes selber immer schon am Werk ist. Dann bedarf es aber auch nicht länger der Gesetzesform, d. h. der Allgemeinheit des Gesetzes, und auch die Öffentlichkeit der Bekanntgabe ist überflüssig. Denn durch das Verfahren der Rechtssetzung ist ja die Artmäßigkeit, d. h. die innere Richtigkeit garantiert, die allein allem positiven Recht erst seinen Rang verleiht.

### 2.3 Die Positivismus-These als Selbstanklage?

Wo war denn dann aber der Positivismus zu finden, den Radbruch als ursächlich betrachtete für das Verhalten der Juristen? Wenn er nicht auf seiten der Mehrzahl der Juristen selber, wenn er auch nicht, ja schon gar nicht auf seiten der Führer der NS-Rechtspolitik zu finden war, wo war er denn dann zu finden?

Die Haupt-Antwort, die ich zu geben weiß, verblüfft zunächst. Sie lautet nämlich: in erster Linie beim Kritiker, d. h. bei Radbruch selber. In dem für unsere Fragestellung zentralen Text, dem mit »Die Geltung des Rechts« überschriebenen § 10 seiner »Rechtsphilosophie« (in der seither unveränderten Fassung von 1932), unterscheidet Radbruch zwischen einer »juristischen«, einer »historisch-soziologischen« und einer »philosophischen« Geltungslehre und führt zur *juristischen* Geltungslehre aus, der Jurist müsse, wenn er den Sinn eines mit Befolungsanspruch auftretenden Befehls zu ermitteln suche, außer dem Inhalt auch den Befehlscharakter richtig verstehen, d. h. als ein Sollen ausdrückend, als einen Geltungsanspruch erhebend. Fragt der Jurist nun nach dem Grunde der Geltung, so stößt er »mit Notwendigkeit irgend einmal auf die Tatsächlichkeit eines nicht weiter ableitbaren Wollens« (S. 174). Denn der oberste mit Geltungsanspruch auftretende Befehl, seinem Sinne nach also die oberste Norm, muß hinsichtlich seiner juristischen Geltung als »causa sui« (S. 175) angesehen werden.

»Die Rechtswissenschaft, *rein immanent wie sie ist*, gefangen und befangen in einer bestimmten Rechtsordnung, deren Sinn zu ermitteln ihre einzige Aufgabe ist, kann die Geltung einer Rechtsordnung immer nur an ihrem eigenen Geltungsanspruch messen.«<sup>16</sup>

Während nun zwar der Rechtssoziologe die Frage nach der Entstehung von Rechtsnormen stellt und der Rechtsphilosoph diejenige nach ihrer Rechtfertigung (sowohl ihrem Inhalt wie ihrem Geltungsanspruch nach), gehört es zum Berufsethos des Richters, der »der Auslegung und dem Dienste der positiven Rechtsordnung untertan ist«, daß er »keine andere als die juristische Geltungslehre zu kennen« hat, »den Geltungsanspruch des Gesetzes der wirklichen Geltung gleich achtet« (S. 182). Und Radbruch fährt fort:

»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« (S. 182).

Wenn Radbruch also die Maxime »Gesetz ist Gesetz« als Ausdruck des positivistischen Rechtsdenkens der Juristen charakterisiert, so trifft das jedenfalls auf seine eigene juristische Geltungslehre zu. Wenn das richtig gesehen ist, so handelt es sich bei Radbruchs »Erklärungsversuch« vor allem um eine Selbstanklage; denn als

<sup>16</sup> Radbruch 1932/1956 (Anm. 1), S. 175. Meine Hervorhebung. Wa.

Rechtslehrer hatte er ja aktiv darin mitgewirkt, daß die Juristen positivistisch denken sollten.<sup>27</sup>

Was freilich den Erfolg von rechtsphilosophischen Doktrinen, ihren handlungsanleitenden Charakter für die juristische und wissenschaftliche Praxis, betrifft, so kann man an Radbruchs idealistischer Sichtweise alle Zweifel haben.

#### 2.4 Wahrheitsmomente der Radbruch-These

Ist denn also nichts dran an Radbruchs Erklärungsversuch? Ich denke, die Wahrheitsmomente an dem, was Radbruch zur Sprache bringt, zeigen sich viel eher und genauer, wenn man Radbruchs eigenen idealistisch-normativistischen Standpunkt verläßt und sich auf den Boden eines konsequenten »Machtpositivismus« stellt, für den Recht immer die jeweils wirksamen Normen sind, an deren Wirksamkeit folglich die Rechtsunterworfenen selber mitwirken, weil alle staatlichen Setzungen zumindest auf überwiegende Akzeptanz, in der Regel jedoch auf Zustimmung der Bürger angewiesen sind. Danach wird Recht also nicht allein durch staatliche Normensetzung konstituiert, sondern es kommen auch gesellschaftlich herrschende Normen hinzu, und es kommt vor allem die Befolgungsbereitschaft hinzu: Dadurch werden solche Setzungen erst zum Recht. Mit *Verherrlichung* der Macht, also des Rechts, hat diese Betrachtungsweise nichts zu tun!

a) In dieser Perspektive ergibt sich nun in der Tat, daß Radbruch etwas Richtiges gesehen hat, wenn er auf die *Mentalität*, auf die Ideologie der Juristen sich bezog. Denn diese – freilich nicht eine rechtspositivistische – hat in der Tat wesentlichen Anteil gehabt an der raschen Integration in den revolutionären neuen Staat. Was diese Mentalität oder Weltanschauung betraf, so standen die Juristen freilich keineswegs allein, was allzu häufig übersehen wird.

b) Jenseits aller inhaltlich-weltanschaulichen Affinitäten freilich dürfte jener autoritäre Charakterzug von Bedeutung gewesen sein, dessen Förderung die Personalpolitik seit der Reichsgründung gegolten hatte. In diesem Sinne hat Kübler argumentiert, wenn er als These und zugleich als Resultat seiner Studie formuliert:

»der deutsche Richter war... umso gesetzestreu, je autoritärer der deutsche Staat verfaßt war; in dem Maße, in dem das Gemeinwesen sich demokratisierte, wurde dem Richter die Verbindlichkeit des Gesetzes problematisch.«<sup>28</sup>

Wenn man die Neigung, wo Macht ist, auch Rechtfertigung zu vermuten, als Eigenschaft autoritärer Charaktere ansieht und diese Eigenschaft dann positivistisch nennt, wird Radbruchs These zumindest verständlicher.

c) Nun wird man auch unabhängig von allen rechtsphilosophischen Überzeugungen, ja unabhängig von spezifischen Überzeugungen überhaupt, eine Bereitschaft

<sup>27</sup> Indem Radbruch in seiner *rechtsphilosophischen* Begründung des Geltungsanspruchs des positiven Rechts die Rechtssicherheit als in jedem Fall realisierten Rechtswert betont, zeigt er sich als in der Tradition von Hobbes bis Kant stehend, die beide eine Pflicht kennen, in den staatlichen Zustand einzutreten, in dem dann verbindlich ist, was der faktische Inhaber der Macht für verbindlich erklärt. Ein Recht, dem Souverän aktiv zu widerstehen, gibt es bei Kant, anders als noch bei Hobbes, nicht mehr. Bei Radbruch kommt zu diesem etatistischen Zug der Rechtsphilosophie hinzu, daß sein Relativismus ihn sogar daran hindert, so etwas wie inhaltlich richtiges Recht zu denken, was Kant und Hobbes immerhin beide noch konnten.

Eine systematische Auseinandersetzung mit dem Geltungspositivismus auf der Traditionslinie Hobbes-Kant ist m. E. sinnvoll nur möglich, wenn man die andere neuzeitliche Tradition des Positivismus, welche das Geltungsproblem verabschiedet und die soziologische Rechtstheorie mit einer Theorie der Freiheit verbindet, zum Kontrast heranzieht. Vgl. die Hinweise auf diese analytische Tradition des Rechtspositivismus bei Radbruch 1932/1956 (Anm. 1), S. 177; ferner A. Baratta, *Rechtspositivismus und Gesetzespositivismus: Gedanken zu einer »naturrechtlichen« Apologie des Rechtspositivismus*, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 54 (1968), S. 325–350.

<sup>28</sup> Kübler, 1963 (Anm. 10), S. 106.

zur Ausführung dessen, was von den Autoritäten kommt, d. h. dem eine Durchsetzungsmacht korrespondiert, unterstellen können; und das speziell in einer bürokratischen Organisation, die Teil des Staatsapparates ist. Wenn man diesen »Realismus der Macht« positivistisch nennt, dann sind die meisten Menschen zeitlebens Positivisten. Denn wenn es »zum Treffen kommt«, dann stellt sich sehr schnell heraus, wo die das Handeln leitenden Präferenzen sitzen.

d) Vielleicht wird man in diesem Zusammenhang auch eine Art *Abstumpfungsprozess* in Rechnung stellen müssen bei denen, die sich gerade in der »Systemzeit« – wie die republikanische Periode später hieß – daran gewöhnt hatten, gegen ihre Überzeugung zu handeln, und die diese »innere Emigration«, in der Republik erworben, nun fortsetzten.<sup>29</sup>

e) Hinzu kommt, daß das Beharrungspotential, das eine bürokratisch durchorganisierte Groß-Institution wie die Justiz als Teil des Staatsapparates aufweist, durch eine Reihe von Beeinflussungs- bis hin zu Einschüchterungsmaßnahmen geschwächt wurde. Dabei ist freilich zu bemerken, daß in den meisten dieser extern einwirkenden Organisationen und Gruppen es wiederum Juristen waren, die politischen und ideologischen Druck ausübten – teilweise sogar dieselben, die in der Justiz dann als Opfer erschienen.<sup>30</sup>

f) Was schließlich die von den Richtern und Staatsanwälten erwartete rechtstheoretisch-methodologische Einstellung betrifft, so ist sie dadurch gekennzeichnet, daß ständig Dissonanzen erzeugt wurden:

- Auf der einen Seite galt das richtige Recht als vorgegeben, und zwar auch in Gestalt des revolutionären Rechts des neuen Staates, das auf überpositiven Werten beruhte. Altes Recht war im Lichte des neuen auszulegen oder gar nicht anzuwenden.
- Zum anderen wurden die Juristen aber vor Übereifer gewarnt, besonders wo es um den Erhalt des bürgerlichen Verkehrsrechts unter Arien ging; es wurde die Gesetzesbindung betont.
- Schließlich wurde aber auch eingeschärft, man habe nicht am Buchstaben zu kleben, sondern den Erfordernissen der Situation gemäß zu judizieren.

Die Funktion dieses Wechselbades der Maximen war klar: Es ging letztlich darum, jede eigene Struktur eines gegenüber Politik ausdifferenzierten Rechtssystems zu zerstören und in diesem Sinne den totalen Staat durchzusetzen, Recht vollständig in Politik aufzulösen.<sup>31</sup> Das hat dann schließlich im Laufe der Jahre auch manchen jener Juristen, die von der Bewegung zunächst begeistert waren, zumindest in eine gewisse Reserve getrieben. Vergleicht man anhand der angeführten Faktoren die Weimarer und die NS-Zeit, so dürften die weltanschaulich-politische Stellung zum jeweiligen Staat und die deutlich gezeigte Bereitschaft des NS-Regimes, Macht verstärkt in Form von auszuübender Gewalt, die beiden wichtigsten Faktoren sein, die das so ganz unterschiedliche, ja entgegengesetzte Verhalten der Juristen in beiden Zeitabschnitten beeinflusst haben. Von positiv主义ischem Rechtsdenken als wesentlicher Ursache für das Verhalten des »deutschen Juristenstandes« gegenüber der Gesetzgebung im Dritten Reich kann freilich nicht die Rede sein.

<sup>29</sup> Ich verdanke den Hinweis auf diesen Aspekt des Problems einer Hausarbeit von Arne Duncker aus dem SS 1986.

<sup>30</sup> Dazu einleuchtend und materialreich Rotleuthner, 1987 (Anm. 2), S. 384 ff.

<sup>31</sup> Nicht nur das Nebeneinander von unmittelbarer politischer Intervention und normorientiertem Verfahren, von Maßnahme und Gesetz bei Vorordnung des ersteren, das Fraenkel als »Doppelstaat« beschrieben hat, ist also zu konstatieren, sondern, wenn man Fraenkels Terminologie weiterführen will, auch das Phänomen der »Doppeljustiz«: Wann man sich an dem manifesten Gehalt des Gesetzes zu orientieren, wann man es zu überschreiten oder gar contra legem zu entscheiden hatte, war ebenfalls nicht mehr bestimmbar.

Wie wenig von Wehrlosigkeit des positivistisch verbildeten Juristen in der Regel die Rede sein kann, wie groß im einzelnen die Spielräume waren, eigene rechtspolitische Überzeugungen gegen die rechtspolitischen Erwartungen des Regimes zum Zuge zu bringen – und wie wenig sie genutzt wurden: das verweist immer wieder auf die Affinität, die Nähe der gesellschaftspolitischen und staatspolitischen Überzeugungen der Juristen zu einem nicht unbeträchtlichen Teil der NS-Ideologie.<sup>32</sup>

### 3. *Naturrechtsrenaissance als Alternative?*

Wenn von Gesetzespositivismus so wenig zu finden war in dem Bündel von Ursachen und Gründen für die rasche und vollständige Integration des »deutschen Juristenstandes« ins Dritte Reich – wenn also der *Erklärungsversuch* so wenig überzeugend erscheint, wie steht es dann mit den *Konsequenzen*, die Radbruch anempfiehlt? Stehen und fallen sie nicht mit der Haltbarkeit der Analysen?

Zunächst ist hervorzuheben, daß Radbruch die Wiederherstellung der Rechtssicherheit, der Berechenbarkeit des staatlichen und justiziellen Handelns aufgrund der strikten Gesetzesbindung, selber als eines der Ziele angibt, die es zu erreichen gelte. In jenem Kernbereich der strikten Anwendung von »Schandgesetzen« dagegen, welche Ausgangspunkt der Erwägungen in seinem Artikel von 1947 sind, sieht er sich mit der Möglichkeit gesetzlichen Unrechts in massivster Form konfrontiert. Und hier gibt es für ihn nur eine Antwort: an die Traditionen des Naturrechts anzuknüpfen, ohne doch leichtfertig die Rechtssicherheit zu verspielen. Dazu rief Radbruch 1947 die Juristen in Praxis und Rechtswissenschaft auf.

#### 3.1 *Ursachen für den Erfolg der Radbruch-These*

Und dieser Ruf fand Gehör. Zwar regte sich, anfangs nur vereinzelt, auch Widerspruch, aber viele in der Praxis und vor allem in der Rechtswissenschaft und besonders der Rechtsphilosophie nahmen den Ruf auf.<sup>33</sup> Diese überwiegend positive Resonanz ist m. E. nicht erstaunlich, wenn man sich klarmacht, daß die Zustimmung aus ganz unterschiedlichen, ja teilweise aus einander entgegengesetzten Gründen erfolgte. Ich nenne drei solcher Gründe:

(1) Radbruchs Doppel-These, die Verbindung des erklärenden mit dem vorwärtsweisenden Teil, hatte, wenn man Zeitpunkt und Autor betrachtet, zunächst viel *unmittelbar* Plausibles:

Zunächst war es keineswegs bedeutungslos, daß es gerade Gustav Radbruch war, der die Positivismus-These so vehement vertrat. Denn zum einen hatte er ja in erster Linie nicht Andersdenkende, sondern sich selbst bezichtigt: Er hatte sich als Positivist verstanden, also wußte er ja schließlich, wovon er sprach.

Zum anderen, gewichtiger noch, war Radbruch ja einer der ganz wenigen in Deutschland verbliebenen Rechtslehrer, die als standhafte Demokraten sich schon in Weimar erwiesen hatten und von aller Verstrickung in das NS-System frei geblieben waren. Und hatte nicht Radbruch bei seinen seltenen Vorträgen im Ausland, für alle Hörer unzweideutig, auch während der NS-Zeit schon im Rahmen seiner Möglichkeiten als Rechtswissenschaftler und Rechtsphilosoph seine Kritik

<sup>32</sup> Vgl. statt zahlreicher anderer die Analyse der Rechtsprechung des OLG Celle in Zivilsachen während der gesamten NS-Zeit, die Rainer Schröder, *... aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben! - Die Urteile des OLG Celle aus dem Dritten Reich*, Baden-Baden 1988, vorgelegt hat.

<sup>33</sup> Eine gute Übersicht bietet Björn Schumacher, *Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel*, Diss. Göttingen 1985, S. 31–103.

formuliert? Dieses doppelte oder gar dreifache Prestige, die unbezweifelbare moralische und juristische Integrität Radbruchs, stand hinter dieser Analyse und hinter seinem Erneuerungsvorschlag.

(2) Dazu kam, daß der Hinweis auf das Christentum als Alternative ebenfalls viel Plausibles hatte: Hatte es nicht in beiden Kirchen mutige Männer, Laien wie Priester, auch Amtsträger hohen und höchsten Ranges gegeben, die zu den wenigen gehörten, die öffentlich ihre Stimme gegen das Terrorssystem erhoben und in manchen Fällen sogar mit dem Tode dafür bezahlt hatten? Und hatte nicht insbesondere derjenige Teil der Protestanten, der sich in der Bekennenden Kirche auch organisatorisch dem System entgegengestellt hatte, gezeigt, wo die bleibenden Grundlagen einer alternativen Gesinnung gelegen hatten?

Hier ist nun freilich schon anzumerken, daß den in der Bekennenden Kirche aktiven Richtungen überwiegend das Naturrechtsdenken ziemlich fremd war. Daher war es auch nicht – oder nicht in vorderster Linie – die protestantische Theologie, sondern die katholische Naturrechtslehre in Gestalt des Neuhomismus des 19. Jahrhunderts, welche die Ernte einführte! Und diese Richtung stand, wie man weiß, den Demokratisierungstendenzen in Staat und Gesellschaft keineswegs besonders abgeschlossen gegenüber. Aber war denn die Zeit, jetzt wieder konfessionelle Streitfälle auszugraben, statt unter Vereinigung aller Kräfte das Unheil zu überwinden?

Dennoch lohnt es sich zumindest heute, bei diesem Punkt etwas zu verweilen, denn er ist für die Folgen, welche Radbruchs These hatte, wichtig. Zwei Punkte möchte ich hervorheben:

a) Die Lehrüberlieferung des katholischen Naturrechts, wie es im 19. Jahrhundert ausgebildet worden war – eines Naturrechts, das sehr ständische Züge trug –, war etwas in mancher Hinsicht ganz anderes, als was Radbruch vorgeschwebt hatte. Schon in einem Vortrag, den er 1934 im Ausland gehalten hatte, hatte er klargestellt, daß die der modernen Vernunftrechtstradition gemeinsamen Forderungen aus dem von ihm vertretenen Relativismus ableitbar seien: »Menschenrechte, Rechtsstaat, Gewaltenteilung, Volkssouveränität, Freiheit und Gleichheit, die Ideen von 1789, sind wieder aufgetaucht aus der skeptischen Flut, in der sie zu ertrinken schienen.«<sup>34</sup> Und an dieser vernunftrechtlichen, in der französischen Revolution zum Tragen gekommenen Traditionslinie hielt er nach 1945 fest, ja er setzte die in dieser Tradition zentralen Positionen mit dem gleich, was überhaupt nur den Namen der Gerechtigkeit verdient, insbesondere die Menschenrechte. Was die Aufnahme des Radbruchschen Aufrufs betraf, so sind die Resonanzen im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) nicht zu verkennen, und das Bundesverfassungsgericht hat – natürlich durch das GG mitbedingt – teilweise in dieser Tradition judiziert.<sup>35</sup>

b) Aber das war nicht die herrschende Richtung. Radbruch hatte selber die erheblichen Unterschiede zwischen katholisch-neuhomistischem Naturrecht und republikanischem Vernunftrecht vermischt, wenn er 1945 ausgeführt hatte:

»Die Rechtswissenschaft muß sich wieder auf die jahrtausend alte gemeinsame Weisheit der Antike, des christlichen Mittelalters und des Zeitalters der Aufklärung besinnen, daß es ein höheres Recht gebe als das Gesetz.«<sup>36</sup>

<sup>34</sup> G. Radbruch, *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*, in: Archives de philosophie du droit Nr. 1/2, 1934. Wieder abgedr. in: Ders., *Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts*, 3. Aufl. Göttingen 1957, S. 80–87 (87; meine Hervorhebung). Vgl. auch Schumacher 1985 (Anm. 33), S. 12 ff.

<sup>35</sup> Vgl. die Darstellung der Rezeption der Radbruch-These durch Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof bei Schumacher 1985 (Anm. 33), S. 69–102.

<sup>36</sup> G. Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, in: Die Wandlung 2 (1947), S. 8–16. Wieder abgedr. in: W. Maihofer (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt 1972, S. 1–10 (2).

Wie problematisch die grundsätzliche Einebnung zwischen dem modernen *Vernunftrecht als Freiheitsrecht* und dem katholischen *Naturrecht* ist, mag das folgende Beispiel beleuchten. Der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte 1953 zu der Frage Stellung zu nehmen, »ob die in unmittelbarem Anschluß an den allgemeinen Gleichheitssatz<sup>37</sup> aufgenommene Verfassungsnorm »Männer und Frauen sind gleichberechtigt« durch die Rechtsprechung vollziehbar« sei<sup>38</sup> – und zwar hier hinsichtlich der innerhehlichen Gleichberechtigung von Mann und Frau und der »elterlichen Gewalt« über die Kinder statt der vorkonstitutionell geltenden »väterlichen Gewalt«. Das Gutachten stellt dazu zwei gegensätzliche Meinungen gegenüber, von denen eine darin besteht, daß in beiden Fällen das Gleichheitsgebot des Abs. 2 uneingeschränkt zu verwirklichen sei. Die Gegenmeinung wird folgendermaßen charakterisiert: Art. 3 Abs. 2 GG müsse »sich streng im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes halten«. Dieser gebiete aber, »Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln«. Und die Richter fahren fort:

»Was die Menschen- und Personalwürde angeht, so sind Mann und Frau völlig gleich... Streng verschieden sind sie aber nicht nur im eigentlich Biologisch-Geschlechtlichen, sondern auch in ihrer seinsmäßigen, schöpfungsmäßigen Zueinanderordnung zu sich und dem Kind in der Ordnung der Familie, die von Gott gestiftet und daher für den menschlichen Gesetzgeber undurchbrechbar ist... An diesen *Urnatbestand*... Rechtsformen *gesellschaftlicher* Art herantragen zu wollen, ist widersinnig... Zwar ist die *urtümliche Ordnung* der Familie heute mannigfach *zivilisatorisch verzerrt*, aber nicht nach diesen Verzerrungen, sondern nach der *gewöhnlichen, typischen Gestalt der Ehe* hat sich die rechtliche Ordnung zu richten... Es wäre in hohem Maße gefährlich, die ehemännliche Familienleitung aufzuheben und... die Anarchie in die Ehe einzuführen. Womöglich noch gefährlicher wäre es, bei der Kindererziehung die letzte väterliche Entscheidungsbefugnis aufzuheben und sie durch die ständige Anrufung eines staatlichen Funktionärs zu ersetzen...; keine doktrinaire Gleichberechtigung dort, wo *die Schöpfung selbst* unaufhebbare Verschiedenheiten der seinsmäßigen Zueinanderordnung von Mann und Frau in der Einheit der Familie gesetzt hat.«

Da ist sie also wieder, die konkrete Ordnung des Volkslebens in der Familie. Und die Folge: Wenn »die beiden sich gegenüberstehenden Auslegungen zwangsläufig zu derart unterschiedlichen Rechtsfolgen führen müssen«, fehlt diesem Satz des Grundgesetzes die Bestimmtheit – er läuft leer.

(3) Schließlich und wohl *vor allem* war es die *pauschale Entlastung der Zukunft*, die bis in die Wortwahl hinein mit Radbruchs These verbunden war: Wer denkt nicht an das »wehrlose Opfer« des Strafrechts, wenn er hört, die Juristen seien wehrlos gewesen, Opfer also, und zwar Opfer ihrer eigenen Erziehung und Ausbildung, für die ja bis heute die jungen Juristen selber nicht sehr viel können.<sup>39</sup>

a) Zunächst war bezüglich der Justiz klar, daß es bei den NS-Juristen, wenn sie die »Schandgesetze« angewendet hatten, zumindest am Vorsatz der Rechtsbeugung gefehlt hatte: Radbruch skizziert hier die später sich in den Westzonen überall durchsetzende Rechtsauffassung, die zum Freispruch aller NS-Richter führte (356).

b) Radbruchs Schuldzuweisung an den Positivismus wurde auch innerhalb der Rechtswissenschaft energisch aufgegriffen, wobei wiederum das katholische Naturrecht eine prominente Rolle in der Argumentationskette spielte: In seiner bereits mehrfach erwähnten Schrift »Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens« hatte Carl Schmitt bereits 1934 über jenes »konkrete Ordnungsdenken«, das dem abstrakt-rationalen normativistischen Vernunftrecht der Moderne, d. h. des

<sup>37</sup> Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetz.

<sup>38</sup> Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (= BGHZ), 11. Band, Anhang S. 58; alle folgenden Hervorhebungen von mir. Wa.

<sup>39</sup> Freilich ist die herrschende Praxis, sich auf Dogmatik zu werfen und die Auseinandersetzung mit Fragen wie der hier behandelten als Luxus anzusehen, stets *auch* ein Stück weit *eigene* Entscheidung.

westlichen Auslandes, gegenübergestellt wurde, folgendes ausgeführt: »Das aristotelisch-thomistische Naturrecht des Mittelalters z. B. ist rechtswissenschaftliches Ordnungsdenken.«<sup>40</sup>

Schmitt sagt also, daß das katholische Naturrecht eben jenen Typ von Rechtsdenken ausgeprägt repräsentiere, den er selber schon in der Weimarer Zeit und dann verstärkt in der NS-Zeit gegen die Weimarer Republik ins Feld geführt hatte. So überrascht es denn nicht, und es trüft historisch ganz und gar zu, wenn Schmitt nach 1945 sich selber in die vorderste Front derer einreicht, die schon in Weimar gegen den Positivismus gekämpft hatten, was von Schmitt im Lichte der Radbruch-These dann scheinbar plausibel zugleich als Kampf für die Weimarer Republik umgemünzt wurde.<sup>41</sup> Und Hans Welzel, ein anderer Mitstreiter schon in der NS-Zeit, schreibt unter Bezugnahme auf Radbruchs Satz »wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung Überzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren läßt« (s. o. S. 16).

»Wir dürfen nicht vergessen, daß in solchen Lehren ausgebildet die deutschen Juristen ins Dritte Reich zogen! Das Dritte Reich hat mit der positivistischen Lehre... wirklich Ernst gemacht.«<sup>42</sup>

Damit war klar: *Schuld waren die Opfer des NS-Regimes!* So zeigt sich, daß die Positivismus-These Radbruchs zu einer der größten Geschichtsklitterungen hilfreich war, die je bezüglich des Verhältnisses von Weimarer Republik und NS-Staat erdacht worden sind.

### 3.2 Folgen einer falschen Zuschreibung

Die Folge war, daß sich vor allem die Rechtswissenschaft, aber auch große Teile der Justiz weiterhin in einem Denken bewegen konnten, das unter Berufung auf die substanzhafte Ordnung des Volkslebens, sei sie nun in den Schöpfungsordnungen verkörpert, sei sie als Hegels »objektiver Geist« in der rechts-hegelianischen Tradition gefaßt, schon in dem Kampf gegen die vernunft- und freiheitsrechtliche Tradition der Republik ihre Tauglichkeit unter Beweis gestellt hatte. *Es handelt sich dabei nämlich um eine Tradition, die nicht von den Nationalsozialisten erfunden wurde, wenn sie auch von der NS-Rechtsideologie nach Kräften ausgebeutet worden war*, und die es z. B. Carl Schmitt ermöglichte hatte, sich bis zur Kenntlichkeit dem NS-System anzupassen. In dieser Traditionslinie hatte u. a. der rechte politische Katholizismus schon immer auch eine Rolle gespielt, in ihr hatte schon Savigny gestanden;<sup>43</sup> in ihr hatte das reaktionäre bzw. rechtskonservative Bürgertum seit langem gegen das Vorrücken der Arbeiterbewegung und der bildungsliberalen bürgerlichen Forderungen nach voller politischer und gesellschaftlicher Partizipa-

<sup>40</sup> Schmitt, 1934 (Anm. 12), S. 7. Vgl. auch S. 41.

<sup>41</sup> In der 1957 verfaßten Nachschrift zur Wiederveröffentlichung seiner Schrift *Legalität und Legitimität* von 1932, in: C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin 1957, S. 345–350 (345). Hier wird sein Kampf gegen den Positivismus als »Notschrei« zur Rettung der Weimarer Demokratie stilisiert. Vgl. dazu auch Müller 1979 (Anm. 19), S. 325.

<sup>42</sup> H. Welzel, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in: *Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag am 30. Nov. 1953*, Göttingen 1953, S. 279–294. Wieder abgedr. in: W. Maihofer (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt 1972, S. 322–338 (323).

<sup>43</sup> Vgl. zum Problem die materialreiche Arbeit von J. Rückert, *Das »gesunde Volksempfinden« – eine Erbschaft Savignys?*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 103 (1986), Germanistische Abteilung, S. 199–247. Nach Rückert wurden die metaphysischen Denkfiguren der NS-Rechtstheorie zwar in eben jener Tradition bereitgestellt, aber erst unter den spezifischen Bedingungen des NS-Regimes hätten diese Denkfiguren dieser »doch einmal ganz unschuldig gewesene(n) Metaphysik« (S. 246) eine die pure Macht und Willkür entesselnde neue Funktion bekommen.

tion gekämpft. Und diesem Bürgertum war es ganz ohne Zweifel sehr viel akzeptabler erschienen, seine politischen Hoffnungen auf das NS-Regime zu setzen, als sich der Weimarer Republik einzuordnen!

Was die so legitimierte Kontinuität anti-positivistischen Rechtsdenkens der geschilderten Art praktisch-rechtspolitisch bedeutete, sei wiederum nur an einem Beispiel veranschaulicht: Unter maßgeblicher Beteiligung u. a. Hans Kelsens hatte man nach 1945 die staatsrechtliche Lehre erarbeitet, das deutsche Reich sei als Rechtssubjekt mit dem NS-Regime untergegangen. Das implizierte, daß es keine Wiederbeschäftigungsansprüche, genauer: keine Weiterbeschäftigungsansprüche der NS-Beamten im Staat des Grundgesetzes gegeben hätte, daß der neue Staat also frei gewesen wäre, sich das Personal, mit dem der demokratische Neuanfang zu leisten war, auszusuchen. 53 000 Spitzenbeamte wurden so zunächst auch aufgrund der alliierten Gesetzgebung entlassen. Gegen diese »positivistische Lehre« wurde, nicht zuletzt unter lebhafter Mithilfe derselben Kreise von Staatsrechtslehrern, denen wir bereits begegnet sind, die »Identitätsthese« als herrschend durchgesetzt, daß der deutsche Staat nicht untergegangen sei, vielmehr die Bundesrepublik auf ihrem Staatsgebiet mit ihm identisch sei – mit der wichtigen Folge, daß es einen Weiterbeschäftigungsanspruch aller NS-Beamten, auch in der Wissenschaft und Justiz, gab. Knapp 52 000 wurden wieder eingestellt.<sup>44</sup> So war Kontinuität zumindest auf der Ebene des Personals gesichert.

Man muß diese »Lage der Dinge« im Kopf haben, wenn man z. B. die Auseinandersetzungen um das Privateigentum oder um die Bedeutung der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes wirklich in ihrer Relevanz verstehen will, wenn man verstehen will, aufgrund welcher »metaphysischer Denkfiguren« von welchen Juristen dogmatische Grundentscheidungen getroffen wurden, die zu erheblichen Teilen noch heute den politischen Aktionsradius bestimmen.<sup>45</sup>

Die mittelfristige Folge war, daß es etwa 20 Jahre dauerte, bis nach 1965, bis der Rückgriff auf die in der Weimarer Zeit von republikanischen Rechtslehrern erarbeiteten Ansätze in größerem Ausmaß wieder aufgenommen werden konnten – und durchgesetzt haben sie sich auch bis heute nicht überall.

#### 4. Ergebnis und Folgerungen

Die Radbruch-These ist als *Erklärungshypothese* bezüglich der Rolle von Justiz und Rechtswissenschaft bzw. deren Personal im Dritten Reich im Kern nicht haltbar, sie ist falsch. Da auf diesem Erklärungsversuch aber die Art des *Neubeginns nach 1945* gründet, und zwar überwiegend in Form einer Naturrechtsrenaissance, ist auch dieser Neuanfang problematisch. Die Berufung auf überpositives Recht ist keine Alternative zum Rechtsdenken im Dritten Reich. Der »Neuanfang« weist mit

<sup>44</sup> J. Perels, *Die Restauration der Rechtslehre nach 1945*, Kritische Justiz 17 (1984), S. 359–379 (368 f.). – Zur sehr komplizierten völker- und staatsrechtlichen Frage des Fortbestands des Deutschen Reiches in den Grenzen von 1937 vgl. aber auch z. B. (aus jüngster Zeit) den Teso-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts v. 21. 10. 1987, in: Juristen-Zeitung 1988, Heft 3, S. 144–150.

<sup>45</sup> Ich erinnere zu diesem Thema an den m. E. methodisch bis heute vorbildlichen Aufsatz von Wolfgang Abendroth, *Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, wieder abgedr. in: Ders., *Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie: Aufsätze zur politischen Soziologie*, Neuwied 1967, S. 109 ff. Abendroth war aus Wiedergutmachungsgründen in den Vorstand der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer gekommen und hatte diesen Vortrag für eine Versammlung der Staatsrechtslehrer vorbereitet. Halten durfte er ihn – einem Mehrheitsbeschuß des Vorstandes gemäß – dort freilich nicht (mündliche Mitteilung Abendroths in einem Vortrag in Hannover 1978): So griffen die Dinge halt einander.

zentralen Elementen des Rechtsdenkens in der Zeit des Faschismus sehr viel mehr Kontinuität auf, als gemeinhin angenommen wird. Die Radbruch-These hat also rezeptionsgeschichtlich vor allem die Funktionen gehabt, diese Kontinuität zu verdecken und eine angemessene Analyse und damit »Aufarbeitung« der Vergangenheit beträchtlich zu erschweren.

Wenn auch nur einiges daran ist an dem, was ich skizziert habe, ergeben sich Fragen. Die eine ist: Liegt nicht die eigentliche, tiefere Bedeutung der NS-Zeit darin, daß die demokratischen Neuanfänge der Weimarer Zeit (Kirchheimer, Sinzheimer, Fraenkel u. a.) nicht nur durch das Dritte Reich jäh unterbrochen wurden, sondern auch in den ersten 20 Jahren des »Neuanfangs« ausfielen? Dieses ist das Problem einer weitgreifenden Kontinuität in Denkmustern und grundlegenden Modellen dogmatischen Denkens über die verschiedenen politischen Systeme des 20. Jahrhunderts hinweg.

Und die andere schließt sich an: Können wir Heutigen uns, was das Dritte Reich betrifft, mit der moralischen Abscheu und der Beschwörung der wahren Rechtswerte begnügen und uns ansonsten auf der »Gnade der späten Geburt« zur Ruhe setzen? Könnte nicht die eigentliche, weil uns selbst mit einbeziehende Form der Auseinandersetzung mit dieser Vergangenheit darin bestehen, sich dem Thema der Kontinuitäten – und der Brüche – zwischen dem »Neuanfang« nach 1945 und der Zeit vorher in der Juristerei und in der Rechtswissenschaft zuzuwenden? Denn da geht es nicht um vergangene Zeiten, sondern um eine Geschichte, in der wir noch alle selber drinstecken, wir etwas Älteren mehr als die Jüngeren, aber doch eben beide. Dann bestünde also die eigentliche Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus und den darin wirkenden Traditionen und Denkfiguren nicht darin, für die Alliierten verbal den Krieg zum tausendsten Male erneut zu gewinnen, sondern darin, das Verhältnis genauer zu bestimmen, in dem die »Aufbauphase« der Nachkriegszeit und in bestimmtem Ausmaß damit möglicherweise auch *unser Denken* in Rechtswissenschaft und Jurisprudenz zum Tausendjährigen Reich, aber auch zu viel weiter zurückliegenden Zeiten steht. Vielleicht gelingt es, in dieser Bewegung der »Erinnerung« zu einer wirklichen Ortsbestimmung der Gegenwart zu kommen, über ein bloß historisches Wissen und moralisches Gruseln zurücklassendes Verdammungsurteil hinauszugehen.

Was Radbruch selbst betrifft, so wird man die Funktion, die er in diesem Zusammenhang hatte, wohl tragisch nennen können. Denn er hat, als einer der wenigen Integren, eine Anknüpfung zumindest leichter gemacht, als sie es sonst gewesen wäre.