

War der Positivismus schuld?

Anmerkungen zum Thema Juristen und NS-Regime
achtzig Jahre nach dem 30. Januar 1933¹

von Dieter Deiseroth

I. Gustav Radbruch – ein verlässlicher Kronzeuge?

Gustav Radbruch, langjähriger sozialdemokratischer Reichstagsabgeordneter und kurzzeitiger Reichsjustizminister in der Weimarer Republik sowie zugleich einer der einflussreichsten Rechtsphilosophen des 20. Jahrhunderts, hat 1946 in seinem berühmten Aufsatz „Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht“ formuliert:

„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‘. ... Der Grundsatz ‚Gesetz ist Gesetz‘ kannte ... keine Einschränkung. Er war Ausdruck des positivistischen Rechtsdenkens, das durch viele Jahrzehnte fast unwidersprochen die deutschen Juristen beherrschte. ... Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung ‚Gesetz ist Gesetz‘ den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts.“²

Damit fand Gustav Radbruch viel Zustimmung und Gefolgschaft aus den unterschiedlichsten wissenschaftlichen und politischen „Lagern“ – bis heute. Hermann Weinkauff, der erste Präsident des BGH³, der selbst 1935 von der Nazi-Regierung zum Richter am

Reichsgericht berufen worden war und dort bis 1945 amtierte, führte in seinem 1968 erschienenen und vom Münchener Institut für Zeitgeschichte in Auftrag gegebenem Werk „Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus“⁴ aus, der Rechtspositivismus habe den Rechtsstand und vor allem die Gerichte „wehrlos gegen das Eindringen staatlichen Unrechts“ in den Raum des Rechts gemacht. Darauf gehe, so Weinkauff, im letzten Grunde die Schwäche der deutschen Jurisprudenz gegen den Nationalsozialismus zurück.⁵ Ähnlich argumentierten und argumentieren seit Jahrzehnten viele Rechtswissenschaftler und Rechtsanwender. Einige Beispiele dafür müssen hier genügen. Der Strafrechtler Hans Welzel, selbst tief in eine braune Vergangenheit verwickelt, vertrat die Auffassung, die deutschen Juristen seien in durch und durch positivistischer Gesinnung und dementsprechend hilflos ins „dritte Reich“ gezogen, das dann „den Rechtspositivismus beim Wort genommen“ habe.⁶ Und der Kölner Verfassungsrechtler Martin Kriele argumentierte: „Die Identifizierung von Legitimität und Legalität bedeutet nicht nur den Ausschluss jeglichen Widerstandsrechts, sondern auch Ausschluss jeglicher Legitimitätsverteidigung des demokratischen Verfassungsstaates, wenn sich der Verfassungsumsturz legal vollzieht. So hat der Rechtspositivismus die Zerstörung der Weimarer Republik

theoretisch rechtfertigen und vorbereiten können.“⁷ Auch der Würzburger Strafrechtler Günter Spindel bezeichnete den juristischen Positivismus als „jene Lehre, die zwecks Ordnung und Sicherheit nur das als Recht gelten lässt, was der Staat als solches setzt und anerkennt, die aber die Juristen gegen ungerechte, ja verbrecherische Gesetze geistig hilflos gemacht hat.“⁸ Und der Münchener Rechtsphilosoph Arthur Kaufmann formulierte: „Wie sich dieser sittliche Verfall des Positivismus dann ausgewirkt hat, ist bekannt. Im Nationalsozialismus hat man wirklich ‚niederträchtige‘, ‚unsittliche‘ und ‚verbrecherische‘ Gesetze gemacht und dagegen gab es von einer positivistisch geschulten Juristengeneration keinen irgendwie nennenswerten Widerstand.“⁹

Die nach wie vor – auch heute noch – verbreitete rechtstatsächliche Behauptung, der Rechts- oder Gesetzespositivismus habe den „Juristenstand“ sowohl bei der Abschaffung der Weimarer Republik als auch innerhalb des NS-Regimes „wehrlos“ gemacht, möchte ich im Folgenden als „Positivismus-Legende“ bezeichnen. Meine These ist: Diese Positivismus-Legende geht von falschen historischen und rechtlichen Voraussetzungen aus und ist in allen wesentlichen Prämissen unzutreffend. In ihren Schlussfolgerungen ist sie fatal.

II. Kerngehalte des Rechts- und Gesetzespositivismus

Zunächst einige Bemerkungen zu der Frage: Was ist überhaupt unter „Rechtspositivismus“ zu verstehen? Ungeachtet allen Variantenreichtums der verschiedenen Strömungen des Rechts- und Gesetzespositivismus kann man diesen vielleicht in zwei Kernthesen zusammenfassen:

Die Rechtsquellen-Lehre des Positivismus beinhaltet die zentrale Aussage: Es gibt keine Rechtssätze geltenden Rechts außerhalb des gesetzten, also des vom Gesetzgeber positivierten Rechts (und des Gewohnheitsrechts). Was rechtlich erlaubt und verboten ist, kann allein aus ihnen erkannt werden. Außerjuristischen, etwa religiösen, politischen, sozialen oder wissenschaftlichen Wertungen und Zwecken ist keine rechtserzeugende oder rechtsändernde Kraft zuzugestehen, soweit sie nicht in der Rechtsnorm ihren Niederschlag gefunden haben.

Zum Zweiten ist für alle tradierten Positivismus-Varianten ihre juristische Auslegungsmethodik kennzeichnend: Die Ermittlung von Inhalt und Sinn eines Normtextes muss, so die Positivisten, von den historischen und politischen Bedingungen der Textentstehung abstrahieren. Sie muss den Wortlaut einer Norm ermitteln und diesen strikt zugrunde legen und beachten. Darüber hinaus soll sie allerdings – unter „grammatischen“ und „intrasystematischen“ Gesichtspunkten – die jeweils untersuchte Norm mit anderen, in derselben Kodifikation oder in demselben Teil der in Betracht zu ziehenden Kodifikation enthaltenen Normen in einen „Systemzusammenhang“ zu bringen versuchen. Bedeutende Vertreter des Rechtspositivismus waren in der Weimarer Republik vor allem Gerhard Anschütz, Hugo Preuß, Richard Thoma und Hans Kelsen.

III. Die Positivismus-Legende

Die rechtstatsächliche Behauptung und These, der Rechtspositivismus habe den „Juristenstand“ gegenüber der Abschaffung der Weimarer Republik und im NS-Regime wehrlos gemacht, enthält mehrere falsche Prämissen.

1. Die „Positivismus-Legende“ unterstellt, dass der Rechts- oder Gesetzespositivismus in den Jahren der Weimarer Republik und im NS-Staat, also vor und nach 1933, die herrschende Doktrin in der Richterschaft und in der Rechtswissenschaft gewesen sei. Das ist jedoch schlichtweg falsch.

Zurückdrängung des Rechts- und Gesetzespositivismus in der Weimarer Staatsrechtslehre

Seit dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts war der staatsrechtliche Positivismus in Deutschland weithin unangefochten. Er ist verbunden insbesondere mit Staatsrechtlern wie Paul Laband, Carl Friedrich von Gerber und anderen.¹⁰ Mit der 1918/1919 erreichten Parlamentarisierung Deutschlands wandelte sich das Bild. Es kam nun zu einer Rematerialisierung der Staatsrechtslehre. Diesen neuen Richtungen ging es um die Suche nach einem höheren Recht und nach nicht-juristischen Fundamentierungen der positiven Rechtsordnung. In Korrespondenz mit ähnlichen Strömungen in der Philosophie bildeten sich seitdem in der Weimarer Republik vier Grundströmungen heraus, die dem staatsrechtlichen Positivismus und insbesondere dessen Weimarer Repräsentanten Gerhard Anschütz, Hugo Preuß, Richard Thoma und Hans Kelsen entgegentraten: (1) Für eine naturrechtlich geprägte Strömung sei stellvertretend Erich Kaufmann genannt (in den 1950er Jahren einer der völkerrechtlichen Berater der Regierung Adenauer); (2) für eine sog. geisteswissenschaftliche Richtung stehen die Namen Rudolf Smend („Integrationslehre“) und Günther Holstein; (3) soziologisch-politologische Ansätze vertraten vor allem der sozialdemokratische Staatsrechtler Hermann Heller und seine relativ wenigen Anhänger; (4) eine machtstaatlich-autoritäre, antiindividualistische und dezisionistische Lehre verfochten Carl Schmitt und seine Gefolgschaft, zu der damals auch u.a. Ernst-Rudolf Huber, Werner Weber und Ernst Forsthoff gehörten.

Allen vier Strömungen ging es im Kern um eine Beschränkung der Gestaltungsmacht des parlamentarischen, auf der Basis des allgemeinen, gleichen und freien Wahlrechts instituierten Gesetzgebers. Die Auseinandersetzungen bezo-

gen sich vor allem auf die drei Fragen, (1) ob der Gleichheitssatz des Art. 109 WRV in Abkehr vom Wortlaut („Gleichheit vor dem Gesetz“) und von der früheren Lehre auch für den Gesetzgeber gelten soll, (2) ob es einen der Legislative entzogenen Verfassungskernbestand gibt und (3) ob den Gerichten ein richterliches Prüfungsrecht hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zukommt, obwohl dies in der Verfassung nicht vorgesehen war. Erich Kaufmann konnte auf der Staatsrechtslehrtagung in Münster bereits im Jahre 1926 feststellen, dass die frühere Vorherrschaft des staatsrechtlichen Positivismus nicht mehr bestand. Er sagte triumphierend: *„Ich begrüße es, dass der Positivismus in der Rechtswissenschaft heute so weit als erledigt angesehen werden kann, dass unsere Vereinigung zum mindesten das Problem als Problem empfindet und dass man ernsthaft an die Erörterung von Fragen herantreten kann, die in den Kern des Rechtsproblems und in das, was jenseits des positiven Staatsgesetzes liegt, hineinführen. ... Der Positivismus wächst seiner Natur nach auf dem Boden stabiler oder für stabil gehaltener Verhältnisse und der damit gegebenen Stimmung der Sätturiertheit. Durch Krieg, Revolution, Zusammenbruch und Friedensvertrag haben wir aufgehört, ein sätturiertes Volk zu sein; damit dürfte es zusammenhängen, dass auch die mit dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz gestellten Probleme für uns wieder Probleme geworden sind.“*¹¹

Hans Kelsen war es, der auf der Staatsrechtslehrtagung den herrschend gewordenen antipositivistischen Strömungen entgegentrat und ganz offen die Frage nach deren politischen Intentionen und Implikationen aufwarf und auf den Punkt brachte: *„Es zeigt sich die deutliche Tendenz, den Wert der Autorität des positiven Gesetzgebers herabzusetzen. Ob und inwieweit diese Abkehr gewisser juristischer Kreise von dem bisher bedingungslos anerkannten juristischen Positivismus soziologisch mit der Änderung in der politischen Struktur des Gesetzgebungsorgans zu erklären ist, möchte ich hier dahingestellt sein lassen. Jedenfalls ist nicht zu verkennen, dass Juristen, die ehemals die strikteste Bindung des Richters an das Gesetz lehrten, heute den Richtern mit Berufung auf das Naturrecht weitgehende Freiheit gegenüber dem Geset-*

ze zuerkennen möchten; und dass der Richterstand von jenen Änderungen der politischen Struktur so ziemlich frei geblieben ist, die sich in der Zusammensetzung des Parlaments zeigt; so dass zwischen dem heutigen Richterstand und dem Juristenstand nicht jener politische Gegensatz besteht wie zwischen Juristenstand oder doch gewissen Teilen desselben und Parlament.“¹²

Richterschaft

Nicht der Gesetzespositivismus war die vorherrschende Rechtsauffassung des „deutschen Juristenstandes“ in der Weimarer Republik und in der NS-Zeit. Seit der Gründung der Weimarer Republik, deren Verfassung erstmals die uneingeschränkte Gesetzgebungskompetenz des Parlaments und die volle politische Partizipation aller Bürgerinnen und Bürger, insbesondere auch der Arbeiterschaft, gewährleistete, übte die Mehrzahl der Mitglieder des „deutschen Juristenstandes“, vor allem im Justizbereich, zunehmend herbe Kritik an den demokratisch zustande gekommenen Gesetzen. Man legte diese – vielfach unter Ablehnung einer strikten Orientierung am Gesetzeswortlaut und der (am historischen Willen und den Zwecksetzungen der Legislativorgane orientierten) historisch-subjektiven Auslegungsmethode – unter Rückgriff auf so genannte höherrangige „Werte“ („materiale Rechtsstaatlichkeit“) und „Interessen“, „unabweisbare Bedürfnisse“, „Erfahrungen des Lebens“ oder anderen „freirechtliche“ Argumentationstopoi aus.¹³

Von einer gefestigten oder gar durchgängigen demokratisch-„positivistischen“ Grundausrichtung konnte mithin in der Weimarer Republik weder in der Rechtswissenschaft¹⁴ noch in der Rechtsprechung¹⁵ die Rede sein. Vorherrschend war vielmehr eine letztlich republikfeindliche Grundhaltung gegenüber dem demokratisch gewählten Gesetzgeber und der Demokratie überhaupt („Parteienstaat“, „Massendemokratie“).¹⁶

Rechtslehre im NS-Staat

Nach dem 30. Januar 1933 war es bezeichnenderweise gerade der „Positivismus“,

der von der NS-Rechtsideologie und den ihr zuarbeitenden Rechtswissenschaftlern sowie auch in der Rechtsprechung zum bevorzugten Angriffsobjekt wurde. Die NS-Machthaber sowie ihre ideologischen Vordenker und Unterstützer betrachteten und verunglimpften ihn als Hemmnis für die Durchsetzung neuer und situativ wechselnder politischer Ziele des NS-Regimes. Er war für diese eine hinderliche Methode oder gar feindliche Strategie, die darauf gerichtet war, staatliche Machtausübung durch eine wortlautorientierte „formalistische“ Bindung an vom Gesetzgeber des „Parteienstaats“ im Rahmen der Verfassung positivierten abstrakt-generelle Rechtsnormen zu domestizieren.¹⁷

So hatte Ernst Forsthoff in seinem 1933 erschienenen Werk „Der totale Staat“ gegen die Weimarer Republik und den Rechtspositivismus mit folgenden Worten polemisiert: „*Naturgemäß ist der auf Normierung und berechenbarer Vollziehung basierende Staat (= der Weimarer Republik) außerstande, sachliche Unterscheidungen wie wahr – unwahr, gerecht – ungerecht, gut – böse, sittlich – unsittlich zu vollziehen, da ihm die Substanz fehlt, aus der heraus solche Entscheidungen nur getroffen werden können; ja, es ist der Staat, der auf derartige Unterscheidungen nicht aus Not, sondern aus Prinzip verzichtet, denn es ist der Staat eines Geschlechts, das die Kraft zu solchen Unterscheidungen verloren hatte ... Damit wird auch die Anmaßung erkennbar, die in der Bezeichnung ‚Rechtsstaat‘ für ein derartiges Staatswesen liegt. Denn es ist im Grunde eine grobe Täuschung, wenn ein Staat, der zur Vollziehung der Unterscheidung von Recht und Unrecht außerstande ist, für sich mit besonderer Betonung in Anspruch nimmt, ein Staat des Rechts zu sein, sich damit über die anderen Staaten, die ‚Diktaturen‘, die ‚Obrigkeitsstaaten‘, die ‚Macht- und Gewaltstaaten‘ zu erheben und sich ihnen gegenüber einen ethisch-politischen Mehrwert zu sichern.*“¹⁸

Nach dem Ende der Weimarer Republik und nach der Etablierung des NS-Regimes stellte Forsthoff fest: „*Unter keinen Umständen vermag der heutige Staat – also der NS-Staat von 1933 – ‚aus der notwendig autoritätslosen, individualistischen und positivistischen Haltung noch irgendeine Kraft zu ziehen.*“¹⁹ Und

Ernst Rudolf Huber schrieb 1935: „*So kommt es auch für die Geltung der revolutionär geschaffenen nationalsozialistischen Staatsordnung nicht auf die Legalität im Sinne der Weimarer Verfassung, sondern auf die Legitimität im Sinne der völkischen Idee an.*“²⁰ Ähnlich formulierte er dies in seinem Standardwerk „Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches“: „*Wer aus der Legalität der nationalsozialistischen Revolution schließt, die Weimarer Verfassung gelte noch, bewegt sich im Rahmen eines verfehlten juristischen Formalismus, eines verfassungsrechtlichen Positivismus und Normativismus.*“²¹

In vergleichbarer Weise polemisierten Autoren wie Karl Larenz,²² Otto Koellreutter,²³ Carl Schmitt,²⁴ Erik Wolf²⁵ und Heinrich Lange²⁶ gegen den im Widerstreit zum „gerechten Staat“ stehenden „formalen Gesetzesstaat“. Carl Schmitt wandte sich in seiner 1933 veröffentlichten Schrift „Staat, Bewegung, Volk“ gegen „*die trügerische Bindung an die verdrehbaren Buchstaben von tausend Gesetzesparagrafen*“.²⁷ Karl Larenz hielt in einem 1935 publizierten Aufsatz dem Gesetzespositivismus vor, er führe zu einem Verzicht auf schöpferische Umgestaltung im Rechtsleben, lähme durch eine zu starre Auffassung von der Gesetzesbindung des Richters dessen Verantwortungsfreude und führe auf diese Weise selbst erst „*die von ihm behauptete Kluft zwischen geschriebenem Recht und sittlichem Bewusstsein der Gesamtheit herbei*“.²⁸ Ihnen war dabei der Zusammenhang zwischen Positivismus und demokratischer Grundeinstellung sehr gegenwärtig. Ernst Forsthoff nannte den Positivist Hans Kelsen dementsprechend auch abschätzig einen „konsequenten Verteidiger der Demokratie“.²⁹ Otto Koellreutter bezeichnete in seiner Schrift „Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution“ den Positivist Richard Thoma als „einen Hauptvertreter der liberalen Staatsrechtslehre“³⁰ und Carl Schmitt zitierte und kritisierte den „typischen Rechtsstaatler“ Gustav Radbruch.³¹

2. Des Weiteren unterstellt die „Positivismus-Legende“, dass die NS-„Gesetze“ überhaupt klare und bindende Gesetzanwendungs-Befehle enthalten hätten. Zunächst ist insoweit festzustellen, dass im gesamten Zeitraum von 1933 bis

zum Kriegsbeginn im Herbst 1939 nur neun Gesetze überhaupt vom Reichstag verabschiedet wurden, denen eine Vielzahl von Regierungsgesetzen gegenüberstand. Die Struktur der NS-„Gesetze“ war dadurch gekennzeichnet, dass sie üblicherweise sehr kurz und unklar gefasst waren. Die wenigen Paragraphen waren mit Generalklauseln und unbestimmten Begriffen völlig durchsetzt. Vielfach waren den NS-„Gesetzen“ dafür Präambeln mit meist sehr pathetisch klingenden Zielbestimmungen vorangestellt, deren rechtlicher Gehalt methodisch kaum erschließbar war. Es handelte sich damit bei diesen NS-„Gesetzen“ in der Regel um Gesetzes-Attrappen. Nicht das Gesetz, sondern entformalisiertes Recht wurde zum eigentlichen Medium nationalsozialistischen Unrechts. Eine Anwendung dieser Regelungen war nur durch Interessenwertungen und Rückgriff auf außerrechtliche Wertungsmaßstäbe möglich. Die Umbildung des alten Rechts aus der Zeit vor 1933 erfolgte über eine flexible Strategie interpretativer Anpassung bei überwiegend unverändertem Gesetzestext im Sinne der Leitlinien des NS-Denkens³², für die Carl Schmitt bereits 1933 die Maxime ausgegeben hatte, für die Auslegung und Handhabung der Generalklauseln durch den Richter, Anwalt, Rechtspfleger oder Rechtslehrer seien „die Grundsätze des Nationalsozialismus unmittelbar und ausschließlich maßgebend“.³³

Gesetzesattrappen sind kein positives Recht

3. Bis heute ist die These weit verbreitet, die Nazis seien legal an die Macht gekommen. Dies korrespondiert mit der These, gerade wegen dieser Legalität sei es für den „Juristenstand“ in der Praxis so schwierig gewesen, das Unrechtmäßige, ja das Verbrecherische des NS-Regimes zu erkennen und erfolgreich Widerstand zu leisten. „Spiritus rector“ des die realen Vorgänge verschleierns Konzeptes der „legalen Machtergreifung“ war seit dem 30. Januar 1933 Reichsinnenminister Frick (NSDAP). Zu seiner Durchsetzung und legitimierenden Wirkungsmächtigkeit trugen maßgebliche Vertreter der deut-

schen Staatsrechtswissenschaft bei, die die Etablierung des NS-Regimes immer wieder als „legale Revolution“ darstellten und feierten.³⁴ Hierbei handelt es sich um eine Legende. Sie lässt sich mit klaren Fakten widerlegen. Meine These ist: Hätte der „deutsche Juristenstand“ 1933 die Weimarer Verfassung und das geltende Recht wirklich ernst genommen und demokratisch-„positivistisch“ ausgelegt und angewendet, hätte er genügend Gelegenheit gehabt, eine Vielzahl von Gesetzes- und Verfassungsbrüchen der NS-Machthaber³⁵ zu diagnostizieren und zu beanstanden. Das Ungesetzliche der Etablierung des NS-Regimes war gerade für Juristen relativ leicht erkennbar.³⁶

IV. Schlussfolgerungen – Was lehrt uns das?

1. Der Rechtspositivismus war weder der Steigbügelhalter des Nationalsozialismus noch sein willfähriger Handlanger. Nicht die formale Neutralität rechtspositivistischer Doktrinen und eine dem korrespondierende strikt gesetzorientierte Rechtsanwendung haben zur Legitimierung und Durchsetzung des verbrecherischen NS-Regimes beigetragen. Vielmehr war es gerade die Bereitschaft und Fähigkeit der großen Mehrheit des Juristenstandes, sich für wertbezogene, die Normativität auflösende „materiale“ Zwecksetzungen instrumentalisieren zu lassen. Die Justiz wurde nicht durch Gesetzesbindung, sondern durch Wertbindung („NS-Weltanschauung“; „völkisches Rechtsdenken“ und „Gemeinwohl“-Klauseln etc.) gleichgeschaltet.³⁷

2. In der rechtspositivistischen Doktrin der Weimarer Republik (u. a. Gerhard Anschütz, Hugo Preuß, Richard Thoma) war der Begriff des Gesetzes an die prozedurale Voraussetzung seiner demokratischen Genese gebunden. Sämtliche Eingriffe in die Rechte und Freiheiten der Bürger bedurften eines Gesetzes, also der Zustimmung der Volksvertretung. Gesetze waren nach diesem Verständnis – wie es Georg Jellinek formulierte – „alle, aber auch nur“ die mit Zustimmung der Volksvertretung ergangenen Anordnungen. Die NS-Regierungsgesetze, Führerbefehle und

ähnliche dubiose Anordnungen und Regelungen erfüllten diese Voraussetzungen gerade nicht. Sie waren damit für das positivistische Gesetzesverständnis Nicht-Recht.

3. Es ist ein bis heute weit verbreitetes Missverständnis, das es auszuräumen gilt, wonach der Rechts- und Gesetzespositivismus die These propagiert habe, die von den staatlichen Instanzen und Machthabern gesetzten (positivierten) Normen des Rechts verdienten unter allen Umständen Befolgung. Um nur zwei der bedeutendsten Rechtspositivisten des 20. Jahrhunderts zu Wort kommen zu lassen, sei auf Hans Kelsen³⁸ und H. L. A. Hart³⁹ verwiesen. Für sie ist das Recht nur ein „Gesamtsystem der staatlich gesetzten Normen, über deren Verpflichtungskraft nichts ausgesagt wird.“⁴⁰ Sie unterschieden zwischen der begrifflichen Qualifizierung von Recht und dem individual-moralischen Befolgungsanspruch.

Anders war es freilich für die eher untypische Variante des Radbruchschen Positivismus, der in Gestalt seiner Vorkriegsphilosophie subjektiv eine solche zwingende Verknüpfung einer positivistischen Aussage über das Rechtssystem mit dem sittlich-moralischen Anspruch auf Gehorsam diesem Rechtssystem gegenüber nahe legte; jedenfalls sah er seine eigene Konzeption nach 1945 rückwirkend so. Das macht die – m. E. wiederum verfehlt – naturrechtliche „Kehrtwendung“ Radbruchs nach 1945 zwar autobiographisch verständlich, jedoch keineswegs überzeugend.

Da der neutrale Rechtsbegriff des Rechtspositivismus die Entscheidung über die moralische Qualität und Befolgungswürdigkeit des Rechts den Bürgerinnen und Bürgern überlässt, handelt es sich bei ihm – wie Horst Dreier zutreffend festgestellt hat – insoweit um die – gegenüber Radbruchs und ähnlichen „materialen“ Konzepten – freilich anspruchsvollere, weil dem Individuum die Entscheidungslasten aufbürdende Theorie.⁴¹

4. Zwischen Recht und Nicht-Recht muss unterschieden werden. Diese Maxime der „Positivisten“ ist aus demokratischen und aus rechtsstaatlichen Gründen unverzichtbar. Dennoch: Der Rechts- und Gesetzespositivismus in

seinen vielfältigen Varianten war und ist vielfach historisch blind und in diesem Sinne nicht selten auch unwissenschaftlich. Das gilt vor allem für seine Prämisse, die Ermittlung von Inhalt und Sinn eines Normtextes müsse von den historischen und politischen Bedingungen der Textentstehung abstrahieren und absehen.

Bereits die Ermittlung des geltenden Rechts ist vielfach ohne Rückgriff auf sozialwissenschaftliche Methoden und Forschungsergebnisse nicht möglich. Denn Recht ist „geronnene Politik“. Das gilt insbesondere auch für Normen des Verfassungsrechts. Sie sind vom Verfassungsgeber („pouvoir constituant“) und vom verfassungsändernden Gesetzgeber („pouvoir constitué“) gezogene Schlussfolgerungen und Antworten auf leidvolle Erfahrungen der Vergangenheit, die zugleich den normativen Anspruch haben, auf künftige, vielfach neue Konfliktlagen angewandt zu werden. Eine Verfassungsbestimmung kann dabei natürlich auch „einen Bedeutungswandel erfahren, wenn in ihrem Bereich neue, nicht vorgesehene Tatbestände auftauchen oder bekannte Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamtablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen“.⁴² Ein Wandel der tatsächlichen Verhältnisse in diesem Sinne darf jedoch nur dann zu einem Verfassungswandel führen, wenn er sich innerhalb des im Text der jeweiligen Verfassungsnorm enthaltenen und mit den tradierten Interpretationsmethoden auszulegenden Normprogramms hält.⁴³

Wer das vom Normgeber gesetzte Normprogramm feststellen will, um es lege artis anwenden zu können, muss zunächst die vielfach sehr komplizierten gesellschaftlichen und politischen Konflikt- und Entscheidungslagen ermitteln, die zur Herausbildung und Positivierung der betreffenden rechtlichen Regelung geführt haben. Das ist für alle juristischen Interpretationsmethoden unverzichtbar, die bei der Auslegung von Rechtsnormen lege artis insbesondere auf den Wortlaut, die historische Genese, den Regelungszusammenhang und den Zweck der auszulegenden Vorschrift abstellen.

Aber nicht nur die Schaffung und Anwendung, sondern auch die Implementierung und Durchsetzung rechtlicher Regelungen ist sehr voraussetzungsreich. Wer sich dabei als Jurist/Juristin

auf einen rein „normativistischen“ Ansatz beschränkt, für den sozialwissenschaftliche Fragestellungen und Erkenntnisse über die Umsetzungsbedingungen, Wirkungen und Folgewirkungen ohne konkrete Bedeutung sind, legt sich Scheuklappen an, die einen verantwortungsbewussten Umgang mit dem Recht erschweren, wenn nicht gar verhindern. Das gilt für RechtswissenschaftlerInnen wie für die Rechtsanwender in der Verwaltung und in der Justiz. Erst recht gilt dies für rechtspolitische Arbeitszusammenhänge.

Rechtsnormen müssen dem Demokratiegebot des Grundgesetzes entsprechen

Eine Verfassung wie das Grundgesetz regelt allerdings nur das, was es regelt. Insofern sind seine Regelungen nicht „flächendeckend“, sondern rudimentär. Es ist nach meiner Auffassung nicht der Beruf und es ist nicht die Aufgabe des Verfassungsinterpreten, aus diesem Ensemble von Einzelregelungen ein „Gesamtsystem“ abzuleiten, aus dem dann in scheinbar logischen Konkretisierungsschritten rechtsschöpferisch immer neue Rechtsnormen abgeleitet werden. Positivisten des deutschen Kaiserreichs wie Paul Laband hatten Unrecht, wenn sie von einem (geschlossenen) juristischen System ausgingen und vorgaben, aus juristischen Oberbegriffen ließen sich ganz wertfrei quasi durch logische Deduktionen immer neue Rechtssätze mit Geltungsanspruch gewinnen. Das verschleierte die Wirklichkeit dessen, was sie taten. Daraus müssen sich Konsequenzen für heute ergeben.

Die Auslegung und Anwendung einer von der demokratischen Legislative geschaffenen inländischen Rechtsnorm muss, das ist unverzichtbarer Bestandteil juristischer „Handwerkskunst“ und soll deshalb nochmals betont werden, vor allem an Hand ihres zu ermittelnden Wortlauts, ihres Regelungszusammenhangs und ihrer systematischen Stellung, ihrer Entstehungsgeschichte sowie ihres daraus ableitbaren Zwecks erfolgen, wobei in einer demokratischen Verfassungsordnung wie dem Grundgesetz allerdings stets insbesondere die – zentrale – in Art. 20 GG normierte

demokratische und soziale „Staatszielbestimmung“ zu beachten ist: Die Bundesrepublik Deutschland ist ein „demokratischer und sozialer Bundesstaat“ (Abs. 1), in dem „alle Staatsgewalt ... vom Volke ausgeht“. Für die Interpretation aller Rechtsnormen folgt daraus, dass sie im Sinne des Demokratiegebots (und des Sozialstaatsgebots) des Grundgesetzes ausgelegt und angewendet werden müssen. Insbesondere die für eine demokratische Gesellschaft schlechthin konstitutiven Kommunikationsrechte müssen „demokratiekonform“ interpretiert werden.

5. „Etatistische“ Interpretationskonzepte, die darauf aus sind oder bewirken, der Exekutive rechtlich ungebundene Freiräume gegenüber der gewählten Volksvertretung zu schaffen oder sie gar über Konstrukte wie „übergesetzlicher Notstand“, „Staatsräson“ oder „exekutiver Kernbereich“ von rechtlichen Bindungen mehr oder weniger freizustellen, müssen kritisch hinterfragt werden. Entsprechendes gilt, wenn im Wege der Verfassungsauslegung unter Verweis auf Postulate wie etwa die „Funktionsfähigkeit“ der Rechtspflege, der Bundeswehr oder anderer staatlicher Instanzen Grundrechte eingeschränkt werden sollen oder wenn gar postuliert wird, „angesichts ineffizienter Entscheidungsformen“ müssten bestimmte Politikbereiche „demokratiefrei“ (so jüngst der Kölner Staatsrechtslehrer Otto Depenheuer⁴⁴) gestellt werden.

6. Die Verfassung ist eine rechtliche Rahmenordnung. Das Grundgesetz ist kein Katechismus, keine Bibel und kein Erbauungsbuch. Wo die von der Verfassung gezogenen äußersten Grenzmarken nicht überschritten sind, ist der demokratische Prozess offen. Wo sie dem Gesetzgeber Spielräume lässt, darf die damit gewährleistete grundsätzliche Offenheit des demokratischen Prozesses nicht eingeschnürt werden. Mit anderen Worten: Wo Regelungen des Grundgesetzes dem Gesetzgeber und der parlamentarisch verantwortlichen Exekutive politische Entscheidungsspielräume eröffnen, ist es nicht Sache der Judikative – auch nicht des BVerfG – und der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“, diese Spielräume mit rechtlichen Mitteln einzuengen oder gar

zu schließen. Das ist nicht nur ein zentrales rechtsstaatliches Gebot, nämlich der Bindung der Rechtsprechung – auch des BVerfG – an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG). Dies ist auch von großer demokratietheoretischer Relevanz (Art. 20 Abs. 1 GG). Der demokratische Prozess muss deshalb grundsätzlich zukunfts offen sein. Die den Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern, dem demokratischen Souverän, und den von ihnen gewählten Repräsentanten in Parlament und Regierung zustehenden demokratischen Gestaltungsoptionen dürfen diesen nicht genommen werden, auch dann nicht, wenn es in blauen, schwarzen oder roten Richterroben geschieht.

Anderenfalls verlieren demokratische Wahlen und das damit verbundene demokratische Ringen der politischen Kräfte weiter an Bedeutung. Der „Gang nach Karlsruhe“ zum Bundesverfassungsgericht darf die demokratische Auseinandersetzung nicht ersetzen und entbehrlich machen.

Wo in Rechtsnormen des Grundgesetzes allerdings Grenzlinien für die staatlichen Organe festgelegt worden sind, müssen diese von den staatlichen Organen strikt eingehalten werden. In der strikten Bindung gerade der Exekutive an verfassungsrechtliche Gebote und Verbote sowie an die Vorgaben des Völkerrechts (Art. 20 Abs. 3 und Art.

25 GG) kann und darf es keinen Rabatt geben. Das gilt auch für den Bereich der Europäischen Union. Das ist ein zentraler Kern jedes demokratischen Verfassungsstaates.

Der Autor:



Dr. Dieter Deiseroth
ist Richter am
Bundesverwaltungsgericht.

Anmerkungen

- 1 Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser im Rahmen der Richterfortbildung des Landes Sachsen-Anhalt in Halle/Saale gehalten hat.
- 2 Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, Nr. 5, S. 105 ff.
- 3 Vgl. Klaus-Detlev Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof – Justiz in Deutschland, Berlin, 2005, S. 21 ff.
- 4 Hermann Weinkauff, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Stuttgart 1968 (Band 16/I der „Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte“).
- 5 Weinkauff, ebd., S. 30 f.
- 6 Hans Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1962, S. 322 (323).
- 7 Martin Kriele, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 126.
- 8 Günter Spendel, Jurist in der Zeitenwende. Gustav Radbruch zum 100. Geburtstag, 1979, S. 28 f.
- 9 Arthur Kaufmann, Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen, 1984, S. 31.
- 10 Vgl. dazu u. a. Peter von Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenschaftssoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatswissenschaft. Hrsg. und mit einem Nachwort von Dieter Sterzel, 1974.
- 11 Erich Kaufmann, VVDStRL 3 (1926), S. 3.
- 12 Hans Kelsen, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 3 (1926), S. 54.
- 13 Vgl. dazu u. a. Knut Wolfgang Nörr, Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit, 1996, S. 10 ff.
- 14 Vgl. dazu u. a. Ingeborg Maus, Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: Tohidipur, Der bürgerliche Rechtsstaat, 1978, S. 13 (40 ff.); Deiseroth in: ders./Hase/Ladeur (Hrsg.), Ordnungsmacht, 1981, S. 85 ff. (88 ff.) m. w. N.; Ridder/Bäumlin, in: AK Grundgesetz, Bd. 1, 1. Aufl. 1984, Art. 20 Abs. 1 – 3 – Rechtsstaat – Rn. 21 ff. m. w. N.; Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Dritter Band, 2002, 171 ff.; Deiseroth, Die Legalitäts-Legende, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, Heft 2/2008, S. 93 (98 ff.).
- 15 Vgl. u. a. Ingo Müller, Furchtbare Juristen, 1987, S. 54 ff.; Deiseroth, KJ 2001, S. 90 (91 ff.) m. w. N.
- 16 Vgl. dazu u. a. Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, 1962 (2. Aufl. 1968); Friedrich Kübler, AcP 162 (1963), S. 104 (114 ff.); Fangmann, Justiz gegen Demokratie, 1979; Rottleitner, in: DuR 1987, 373 ff. (377 ff.); M. Walther, in: Dreier/Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich“, 1989, S. 323 ff.; Ingeborg Maus, in: Dreier/Sellert, a. a. O., S. 80 ff.
- 17 Vgl. dazu u. a. Rütthers, Die unbegrenzte Auslegung, 1973, S. 91 ff.
- 18 Forstthoff, Der totale Staat, 1933, S. 13 f.
- 19 Ernst Forstthoff, Der totale Staat, 1933, S. 32.
- 20 Ernst Rudolf Huber, Wesen und Inhalt der Verfassung, 1935, S. 76.
- 21 Ernst Rudolf Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1939, S. 44 ff. (49).
- 22 Karl Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, 1934, S. 11 ff.
- 23 Otto Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1936, S. 54 ff.
- 24 Carl Schmitt, JW 1934, 713 ff.; ders., DR 1934, S. 27 ff.
- 25 Erik Wolf, ARSPH 28 (1934/35), S. 348 (352 f.).
- 26 Heinrich Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934, S. 20 ff.
- 27 Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, 1933, S. 46.
- 28 Karl Larenz, Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie 1935, S. 40 (60).
- 29 Ernst Forstthoff, Der totale Staat, a. a. O., S. 14.
- 30 Otto Koellreutter, Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, 1933, S. 15 und 17.
- 31 Carl Schmitt, JW 1934, S. 713 (714).
- 32 Vgl. dazu auch Franssen, JZ 1969, S. 767 ff. (768); Horst Dreier, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?, in: Heinz Mayer (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag. Wien 1991, S. 117 (126).
- 33 Carl Schmitt, JW 1933, S. 2793 (2794).
- 34 Vgl. zu der Doppel-Funktion dieser juristischen Interpretation u. a. Meink, a. a. O., S. 153 ff. m. w. N.
- 35 So zu Recht auch Hans Mommsen, VfZ 1964, S. 361 (365 ff.); ders., Entstehung und Bedeutung des Ermächtigungsgesetzes vom 23. März 1933, 2003, S. 8 ff.
- 36 Vgl. dazu u. a. Deiseroth, Die Legalitätslegende, a. a. O., S. 99 ff.
- 37 Vgl. dazu u. a. Michael Stolleis, JuS 1982, S. 645 ff. (648 f.).
- 38 Vgl. dazu die Studie von Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, S. 232 f.
- 39 Herbert L. A. Hart, Das positive Recht als System von sozial akzeptierten Regeln, in: N. Hoerster (Hrsg.), Recht und Moral, 2. Aufl. 1980, S. 45 ff. (63 f.).
- 40 Vgl. Gerald Grünwald, Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht, 1971, S. 23; Horst Dreier, in: Festschrift für Robert Walter, a. a. O., 1991, S. 117 (132); ders., Rechtslehre, a. a. O., S. 232 f.
- 41 Vgl. dazu Horst Dreier, in: Festschrift für Robert Walter, a. a. O., S. 134.
- 42 Vgl. BVerfGE 2, 380 (401); BVerfGE 3, 407 (422).
- 43 Vgl. dazu Hesse, K., Grenzen der Verfassungswandlung, in: Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, ed. H. Ehmke/J. H. Kaiser/W. A. Kewenig/K. M. Meessen/W. Rübner, Berlin 1973, S. 123 (138).
- 44 Vgl. FAZ v. 20.11.2012.