

## DIE NATIONALSOZIALISTISCHE MACHTERGREIFUNG IM SPIEGEL DER DEUTSCHEN RECHTS- UND SOZIALPHILOSOPHIE

MONIKA FROMMEL  
Alemania Federal

Dargestellt am Beispiel der Positivismusdebatte.

—I—

Wilhelm SAUER<sup>1</sup> begrüßte die nationalsozialistische Machtergreifung 1933 als “kulturelle Revolution”, die in augenscheinlichem Gegensatz “zum Umsturz 1918” stünde. “Dort wirtschaftliche Nahziele (“Hungerrevolte”) und daher marxistische Ideenkreise; jetzt allgemein kulturelle, weit gesteckte Ziele unter Anknüpfung an die traditionellen kulturellen Werte der Nation”. Der Rechts- und Sozialphilosophie sollte die Aufgabe zukommen, als Kulturphilosophie die “nationale Revolution” zu unterstützen. Dies sollte ihr nicht schwer fallen, hatte sie doch schon längst das Recht als “Erscheinungsform der ewigen Rechtsidee”<sup>2</sup> gedeutet. Der kurze Aufsatz von SAUER ist symptomatisch. Nicht weil er stramm nazistisch wäre —das war er nämlich nach dem damaligen Verständnis nicht,<sup>3</sup> sondern wegen der idealistischen Grundstimmung, der Vorliebe für Substanzbegriffe und der verblüffenden Leichtigkeit, mit der Rechtsidee, Volksgemeinschaft und Tagespolitik in Übereinstimmung gebracht werden konnten. Blättert man die Jahrgänge des Archivs (ARSP) nach 1933 durch, finden sich nur relativ wenige eindeutig nationalsozialistische Beiträge.<sup>4</sup> Der Zeitgeist ist zwar immer spürbar, doch verließ die Mehrzahl der Autoren nicht den bürgerlich-idealis-

<sup>1</sup> Wilhelm SAUER, Mitherausgeber des ARSP, DJZ, 1933, S. 597 f. = ARSP 26 (1933) S. 1 f.

<sup>2</sup> So zuletzt SAUER, Das juristische Grundgesetz, 1923.

<sup>3</sup> SAUER gehörte auch nicht zu den Anhängern des konkreten Ordnungsdenkens, vgl. ders., Juristische Methodenlehre, 1940, S. 560 ff.

<sup>4</sup> Durchschnittlich etwa ein eindeutig nationalsozialistischer Artikel, 1934/35 drei, nach 1938 ist eine deutliche Ernüchterung spürbar.

tischen Stil. Verglichen mit früher fehlten natürlich alle die Denkrichtungen, die noch heute in der "Methodenlehre" als "positivistisch" bzw. in der "Privatrechtsgeschichte der Neuzeit" unter der Überschrift "naturalistisch" und "positivistisch" erscheinen. Aber diese Autoren waren auch früher allenfalls vereinzelt im Archiv vertreten.<sup>5</sup> Sie schrieben in Zeitschriften wie z.B. der "Justiz" (RADBRUCH, KELSEN, SINZHEIMER, FRAENKEL).<sup>6</sup> Die Analyse einiger Zeitschriften ergibt, daß z.B. 1933/34 im ARSP, der JW und der ZStW der Anteil nationalsozialistischer Aufsätze deutlich unter 10% liegt, in der DJZ liegt er über 10%, in der DR, der Zeitung des Bundes nationalsozialistischer Juristen, erreicht er knapp über 50%. Nach 1939 überwogen überall die eher rechtstechnischen Themen, offenbar wirkte sich der Umstand aus, daß der "Doppelstaat" (FRAENKEL) sich, was die Normdurchsetzung betraf, in einen "SS-Staat" (KOGON) gewandelt hatte.<sup>7</sup> Die Phase, in der es unerlässlich gewesen war, sich des Wohlwollens der Juristen zu versichern, war vorbei. Nun mußten sich die Juristen des Wohlwollens der Nazis versichern. Dies bedeutet für die Einschätzung der Rolle der "Juristenphilosophie"<sup>8</sup> folgendes: Wenn überhaupt, dann kann der philosophischen Überhöhung des nationalsozialistischen Herrschaftssystems vor allem in der Anfangsphase eine große Bedeutung zugemessen werden. Diese kann darin gesehen werden, daß antidemokratisch gesinnte Schichten des deutschen Bildungsbürgertums sich mit dem Nationalsozialismus anfreunden konnten. Sie schlugen eine "Brücke zwischen der traditionellen autoritären Machtstaatslehre und dem neuen totalitären Machtstaat"<sup>9</sup> und ermöglichten es so auch akademischen Kreisen, sich der "banaischen HITLERbewegung auf geistig anspruchsvollerem Niveau" —wenn auch nur mit Vorbehalten— anzuschließen. Die Legitimationswirkung beschränkte sich also auf einen begrenzten Kreis, Hochschullehrer, wissenschaftlich Interessierte und philo-

<sup>5</sup> Z.B. eine Polemik von Ernst FUCHS über JHERING, ARWP (vor 1933 hieß es Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie) 12 (1918/19), S. 10 ff.

<sup>6</sup> Die Justiz, Zeitschrift des Republikanischen Richterbundes, 1925-1933; vgl. SINZHEIMER/FRAENKEL, Die Justiz in der Weimarer Republik, Eine Chronik, hg. v. Thilo RAMM, 1968.

<sup>7</sup> Ernst FRAENKEL, The Duale State, 1940, dt. Ausg. 1974; Eugen KOGON, Der SS-Staat, 1974; Martin BROZAT, Der Staat Hitlers; Franz NEUMANN, Behemoth, 1942, dt. Ausg. 1974; vgl. ferner Michael STOLLEIS, Nationalsozialistisches Recht, in: HRG, hg. v. Erler/Kaufmann, Bd. 3 S. 873.

<sup>8</sup> Hubert ROTTLEUTHNER, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973, S. 209 ff. (Juristen als Ideologieproduzenten: Die Substantialisierung des Formalrechts. Zur Rolle des Neuhegelianismus in der deutschen Jurisprudenz).

<sup>9</sup> TOPITSCH, Die Sozialphilosophie Hegels als Heilslehre und Herrschaftsideologie, 1967, S. 83 ff.

sophisch gebildete Juristen. Die Wirkung verstärkte sich dadurch, daß das gesamte Bildungsbürgertum in etwa vergleichbare Ideologien hatte, dieselben neo-idealistischen Strömungen, welche die Rechtsphilosophie beherrschten, hatten auch in den übrigen Geisteswissenschaften einen hervorragenden Platz. "Juristenphilosophie" und "Oberlehrerphilosophie" ergänzten sich so wechselseitig.

In einem imponierenden Längsschnitt hat KIESEWETTER<sup>10</sup> rechtshegelianische Traditionen in der deutschen Rechts- und Staatsphilosophie aufgezeichnet. Im Gegensatz zu LÜBBE<sup>11</sup> geht KIESEWETTER, insofern ganz ein Schüler TOPITSCHs, davon aus, daß das philosophische System HEGELs in sich die Tendenz trage, machtstaatliches Denken zu legitimieren. LÜBBE<sup>12</sup> hingegen kommt zu dem Ergebnis, daß z.B. die Veränderung des politischideologischen Klimas nach 1840 der HEGEL-Schule "den Wind nahm, vor dem sie, vor allem auch in berufungspolitischer Hinsicht, vorher gesegelt war". LÜBBE zeichnet HEGEL als einen liberalen Konstitutionalisten, der es verstanden hatte, zum herrschenden Staat nicht in Gegensatz zu geraten.<sup>13</sup> Vergleicht man die von LÜBBE gezeichnete Skizze mit KOSELLECKs<sup>14</sup> umfassender sozialgeschichtlicher Darstellung des damaligen herrschenden gesellschaftlichen und politischen Systems, ergeben sich Übereinstimmungen, die es verbieten, ungewollt geschichtsmetaphysisch, in der HEGELschen Philosophie mehr zu sehen als ein in begrifflichen Höhen verdünntes Zeitgemälde, erstellt von einem mit Interna der Bürokratie vertrauten Philosophieprofessor.

Die von KIESEWETTER aufgelisteten machtstaatlichen —an HEGELianismen reichen— Rechts— und Staatphilosophien sind also weniger Dokumente eines überragenden Einflusses HEGELs, als vielmehr Belege für eine bestimmte Tradition bildungsbürgerlicher Legitimationsphilosophie.

Verfolgt man die Entstehungsgeschichte der neuhegelianischen Strömungen um die Jahrhundertwende, bemerkt man, daß es eine Besonderheit der zwanziger und dreißiger Jahre war, antidemokratische Polemik in neuhegelianische Substanzbegriffe zu gießen. Vor dem Ersten Weltkrieg stand die politische Intention neuhegelianischer Rezeptionen häufig unter ganz anderen —durchaus reformfreudigen—

<sup>10</sup> Hubert KIESEWETTER, *Von Hegel zu Hitler*, Vorwort Ernst TOPITSCH, 1974.

<sup>11</sup> Hermann LÜBBE, *Politische Philosophie in Deutschland*, Tb 1974; vgl. KIESEWETTER, S. 153.

<sup>12</sup> LÜBBE, S. 62.

<sup>13</sup> A.a.O., S. 47.

<sup>14</sup> Reinhart KOSELLECK, *Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, 2. Aufl. 1975.

Vorzeichen. Fritz BEROLZHEIMER.<sup>15</sup> Der Begründer des ARWP, versuchte z.B. 1909 ganz bewußt eine Brücke zu schlagen zwischen dem aufkommenden Neuhegelianismus, der Allgemeinen Rechtslehre und der modernen Soziologie, in der er die moderne Rechts- und Wirtschaftsphilosophie sah.<sup>16</sup> Ebenfalls in dieser Zeit der Neuorientierung legte Rudolf STAMMER die Fundamente seiner Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.<sup>17</sup> Seine wirkungsgeschichtlich bedeutendste Schrift, die Lehre vom "Richtigen Recht" erschien 1902.<sup>18</sup> STAMMER wurde von den Neuhegelianer weniger angegriffen als die sog. "Positivisten", "Relativisten" und Neukantianer. Die Zeitgenossen konstatierten einen eigenartigen Zwiespalt. Einem erkenntnistheoretisch kritischen ersten Buch folgte die "Praxis des richtigen Rechts". Hier, so meinte RADBRUCH,<sup>19</sup> sei STAMMLER "vom Naturrecht mit wechselnden Inhalt unversehens in das Naturrecht alten Stils zurückgeglitten". Nicht minder kritisch urteilte 1907 Max WEBER<sup>20</sup> über STAMMLERs "Überwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung. Er verglich STAMMLER mit einem Fabrikanten, der "alle Errungenschaften der Technik, gewaltige Kapitalmittel und zahllose Arbeitskräfte in Bewegung setzte, um in einer mächtigen Fabrik aller modernster Konstruktion-atmosphärische Luft (gasförmige, nicht: flüssige!) zu produzieren".<sup>21</sup> Er fügte hinzu: "beinahe" so. Auch KANTOROWICZ<sup>22</sup> kritisierte die idealistische Form der ansonsten billigen Gedanken. Er teilte mit, daß es für ihn eine "beängstigende Beobachtung" sei, "daß eine kleine aber wachsende Schar tüchtiger junger Kräfte sich daranmacht, die verschiedensten Rechtsprobleme durch mechanische Handhabung einer Anzahl monomentaler Phrasen "im Geiste der kritischen Methode" zu bearbeiten". Max WEBER, KANTOROWICZ und RADBRUCH, die später als "Positivisten" verdammt Autoren, sahen also schon vor dem Ersten Weltkrieg die Gefahr der Ideologisierung, der sich

<sup>15</sup> Fritz BEROLZHEIMER, *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 4 Bde. 1904. 1933 wurde das Archiv umbenannt, angelehnt an das System der Rechts- und Sozialphilosophie von SAUER, 1929. Das für sich gesehen unbedeutende Symbol signalisiert gleichwohl eine Verengung des Neuhegelianismus, die Wirtschaft ist nicht mehr Gegenstand der Philosophie.

<sup>16</sup> BEROLZHEIMER, ARWP 3 (1909/10) S. 28 ff.

<sup>17</sup> Rudolf STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozial philosophische Untersuchung*, 1896, 2. Aufl. 1906, 4 Aufl. 1921.

<sup>18</sup> STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, Neuaufl. 1926.

<sup>19</sup> Gustav RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914, S. 22 f.

<sup>20</sup> Max WEBER, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. VI, 1907, S. 94 ff.

<sup>21</sup> A.a.O., S. 94.

<sup>22</sup> Hermann U. KANTOROWICZ, ARWP 2 (1908/9) S. 42 ff., 42.

eine Philosophie aussetzt, die eine präzise Sprache verschmährt. Sie sollten leider Recht behalten. Nach dem Ersten Weltkrieg verengte sich das Spektrum der innerhalb des Wissenschaftsbetriebs diskussionsfähigen philosophischen Ansätze. Symptomatisch ist u.a. Erich KAUFMANNs "Kritik des Neukantianismus"<sup>23</sup> und Julius BINDERS<sup>24</sup> "Wendung zum Neuhegelianismus". In einer 1929 erschienenen Rezension bemerkte SAUER:<sup>25</sup> "Die großen Vorzüge der STAMMLERschen Lehre und seine eigene Bedeutung für unsere Wissenschaft haben wir wiederholt anerkannt und sie in Besprechungen, auch in dieser Zeitschrift, hervorgehoben, so daß sich heute eine Wiederholung erübrigt. Bei einer ideengeschichtlichen Einstellung wird man sich aber die Frage vorzulegen gezwungen sehen, ob sich nicht vielleicht in STAMMLERs systematischen Denken noch einmal jene Wendung ins Gegenständliche vollziehen wird, die wir an fast allen von der kritischen Philosophie ausgegangenen bedeutenderen Denken beobachten können. . . Bei STAMMLER wird ein ähnlicher Umschwung um so weniger zu erwarten sein, als er seine Aufgabe in Neuauflagen anscheinend nur in der näheren Rechtfertigung und Vertiefung seiner eigenen Ansicht sieht und auf inzwischen eingetretene neue Richtungen nicht genügend achtet. . ." Das Bekenntnis zum Nationalsozialismus 1933 schloß eine spätere Enttäuschung nicht aus. SAUERs "Juristische Methodenlehre" aus dem Jahre 1940 enthielt einen Anhang, der auf der Basis einer am "Gemeinwohl" orientierten Lehre die Ideologie des konkreten Ordnungsdenkens einer deutlichen Kritik unterzog. Es sei ein "unberechtigter Optimismus", im "völkischen Denken" eine Rechtsquelle zu sehen. "Gemeinwohl" sei vielmehr das "Ziel" einer rechtlichen Entscheidung.<sup>26</sup> "Die absoluten Werte lassen sich nicht einfangen und in Paragraphen für Sonderzwecke formen. Wer es versucht, tötet oder beleidigt zwar nicht die Ewigkeitswerte, er setzt sich aber dem Vorwurf eines untauglichen Versuchs aus, der ein Kulturvolk belasten und beleidigen würde."<sup>27</sup> SAUERs Wertphilosophie war antidemokratisch, der nationalsozialistischen "Rechtserneuerung" zugewandt, aber der rein machtstaatlichen Etablierung gegenüber ablehnend.

<sup>23</sup> Erich KAUFMANN, Kritik der neukantischen Philosophie, 1921; neuerdings hat Eggert WINTER, Ethik und Rechtswissenschaft, Eine historisch-systematische Untersuchung zur Ethik-Konzeption des Marburger Neukantianismus im Werke Hermann Cohens, 1980, S. 38 f., nachgewiesen, daß der seit KAUFMANN stereotype Vorwurf des Formalismus auf Legendenbildungen beruht.

<sup>24</sup> Julius BINDER, Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1915; ders., Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1935.

<sup>25</sup> SAUER, ARWP 22 (1928/29) S. 314 f. (STAMMLER, Lehrbuch, 1928).

<sup>26</sup> SAUER, Methodenlehre, 1940, S. 600.

<sup>27</sup> A.a.O., S. 605.

1945 sollte sich diese wertphilosophisch beschränkte Kritik an der Spätphase des Nationalsozialismus durchsetzen.

Im Hinblick auf die jeweilige Integrationsfunktion könnte man etwa folgende Reihung vornehmen: Relativ weltanschaulich neutral waren allgemein idealistische Philosophien wie etwa STAMMLERs "Richtiges Recht". Deutlich antidemokratisch war bereits die sog. "Überwindung" STAMMLERs durch Julius BINDER. Aber auch hier überwogen Ressentiment und antidemokratischer affekt. Insgesamt ist die von BINDER vertretene neuhegelianische Juristenphilosophie noch relativ weit vom politischen Geschehen entfernt<sup>28</sup> Dies änderte sich etwa bei dem BINDER Schüler Karl LARENZ, der Neuhegelianismus und konkretes Ordnungsdenken à la Carl SCHMITT verband.<sup>29</sup> Nun wurde die Verbindung zwischen Rechtsphilosophie, Rechtspolitik und Rechtspraxis sichtbar. Die rhetorische Durchschlagskraft z.B. der "Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens" (Carl SCHMITT) ist nicht zu unterschätzen, da diese Schrift eine Flut von Beiträgen und Diskussionen über die Stellung des Richters, die Bindung an Gesetz un nationalsozialistische Weltanschauung ausgelöst hat.<sup>30</sup> Exemplarisch sind z.B. die Beiträge von Heinrich HENKEL<sup>31</sup> und Eduard KERN.<sup>32</sup> Die Nähe zur Praxis zeigt sich in den sog. Leitsätzen, z.B. die von Justizminister FRANK,<sup>33</sup> welche 1936 veröffentlicht worden sind, oder die einführenden Bemerkungen von FREISLER in "Das kommende deutsche Strafrecht."<sup>34</sup> In ihrer Gesamtheit intendierten diese methodologischen Bekenntnisse eine Transformation dies geltenden Rechts ohne Gesetzesänderung durch "unbegrenzte Auslegung",<sup>35</sup> die ihrem Inhalt nach darauf hinauslief, formale Rechtsgarantien unter den Vorbehalt der Politik zu stellen,<sup>36</sup> was bedeutet, daß der nach wie vor in weiten Bereichen rechtlich

<sup>28</sup> Vgl. hierzu FROMMEL, Die Rezeption der Hermeneutik durch Karl Larenz und Josef Esser, 1981, S. 187 ff.

<sup>29</sup> Carl SCHMITT, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934 (Normativismus, Dezinonismus und die "Überwindung" beider im konkreten Ordnungsdenken).

<sup>30</sup> STOLLEIS, in: Staat und Recht, hg. v. Sattler, Bd. 1512, 1972, S. 123 ff., insb. S. 142 f.

<sup>31</sup> Heinrich HENKEL, Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt, 1934, S. 21: "Die Unabhängigkeit des Richters im nationalsozialistischen Staat ist kein Frei-im-Raum-Schweben, sondern Selbständigkeit in der Bindung an die leitenden Grundsätze des völkischen Führerstaates".

<sup>32</sup> Eduard KERN, grenzten der richterlichen Unabhängigkeit?, ARSP 27 (1933/34) S. 309 ff; ders. Zur Unabhängigkeit des Richters, ARSP 28 (1934/35) S. 421.

<sup>33</sup> Abgedruckt in: DRW 1 (1936) S. 123 ff.

<sup>34</sup> FREISLER, in: Das kommende Deutsche Strafrecht, Bericht über die Arbeit der aml. Strafrechtskommission, hg. v. Franz GÜRTNER, 2. Aufl. 1936, S. 13 ff.

<sup>35</sup> RÜTHERS, Die unbegrenzte Auslegung, 1968.

<sup>36</sup> FRAENKEL, a.a.O., vgl. z.B. S. 88 ff.

organisierte Staat —auch im Dritten Reich wurden Testamente ausgelegt, Erbscheine erteilt, Verträge geschlossen und Grundbücher geführt— unter dem Vorbehalt des “Maßnahmestaates” stand —Testamente, Verträge von Juden galten plötzlich nicht, ein Freispruch vor einem Strafgericht verschonte nicht vor der Gestapo. Diese Transformation wurde durch die Ideologie des konkreten Ordnungsdenkens legitimiert— und was bedeutsamer ist— in einen Traditionszusammenhang gebracht mit sog. anerkannten “Werten”, z.B. dem Gemeinschaftsgedanken, der angeblich schon von HEGEL und der Romantik vertreten worden sei (neuhegelianische Version).

## II

Wie erklärt man sich die Polemik der Vertreter des konkreten Ordnungsdenkens gegen “den Positivismus”?

Die in sich heterogenen Denkrichtungen hatten eines gemeinsam, nämlich nicht ohne weiteres mit dem Nationalsozialismus in Übereinstimmung gebracht werden können. Die Nationalsozialisten waren nicht daran interessiert, sich der verbindlichen Form des allgemeinen Gesetzes zu unterwerfen. Weder *vor* der Machtergreifung (Saalschlachten, politische Morde) noch *danach* (Ermordung RÖHMs). Noch weniger dachte man an eine empirische Erforschung der Rechtstatsachen. Dem Wirklichkeitsbegriff der empirischen Wissenschaften setzte man den durch und durch ideologischen Wirklichkeitsbegriff des “objektiven Idealismus” entgegen.<sup>37</sup> Recht war die Form der bürokratischen Verwaltung. Allenfalls zur Durchsetzung bestimmter Teilziele bediente man sich des förmlichen Gesetzes, doch begnügte man sich auch hier nicht mit bloßer “Legalität”. Was die Führerbefehle betrifft, vermochte eine traditionelle gesetzespositivistische Sicht dieses nicht zu rechtfertigen, da sie der bürgerlichen Doktrin von der Herrschaft der Gesetze widersprachen. “Positivisten” und “Naturalisten” wurden diffamiert, da sie auf einer Trennung deskriptiver und präskriptiver Elemente beharrten. Die nationalsozialistische Praxis konnte aber nur legitimiert werden, wenn man der Realität eine sog. “Konkrete Ordnung” und den Normen “völkische Werte” überstülpte. Bleibt die Frage, wieso man nach 1945, “Positivismus” und Nationalsozialismus in einen sprachlichen Zusammenhang brachte.<sup>38</sup> Zu erinnern ist an die vielfach zitierte Äußerung von

<sup>37</sup> LARENZ, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Aufl. 1936.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu die kontroverse WEINKAUFF/FRANSSSEN, JZ 1969, S. 766 ff. und JZ 1970, S. 54 ff.

RADBRUCH aus dem Jahre 1946, wonach der "Positivismus" die Juristen hilflos gemacht habe.<sup>39</sup>

### III

Die Nachkriegsdiskussion stand begrifflicherweise unter dem Eindruck des nationalsozialistischen Unrechts in Gesetzesform. Der Vorwurf des "Positivismus" bedeutete nach dem damaligen Selbstverständnis die Überbetonung der Legalität, also auch die nationalsozialistische, gegenüber der Legitimität einer Rechtsordnung. Es scheint so, als habe man 1945 das naturrechtliche Pathos der "Rechtserneuerer" verdrängt. Vielleicht hat man es auch bewußt ignoriert, da es sich rückblickend als Propaganda der Frühphase herausstellte. Wie dem auch sei, frappierend ist, daß bei der Nennung des Wortes "Positivismus" damals wie heute etwas mitschwingt, was rational nicht erklärbar ist, eine ungewöhnlich heftige Abwertung einer Denktradition, der doch das Verdienst großer wissenschaftlicher Redlichkeit zukommt. Auffallend ist ferner, daß man nicht berücksichtigt, in welcher Zeit und in welchem politischen und philosophischen Kontext die jeweiligen Theorien, die man als "positivistisch" ablehnt, formuliert worden sind. Dies fällt insbesondere dann auf, wenn generalisierend Aussagen über "den Rechtspositivismus" des 19. und 20. Jahrhunderts gemacht werden. Man trennt nämlich in aller Regel bei solchen Rückblicken nicht zwischen zwei methodisch unterschiedlichen Dimensionen:

- a) der rechtshistorischen Beschreibung konkret historischer Diskussionen und
- b) der rechtstheoretischen Rekonstruktion unterschiedlicher Modelle-mögen sie auch in der unterstellten Reinheit von keinem Autor wirklich vertreten worden sein.

Eine solche Trennung ist schwieriger durchzuführen als zu fordern. Man neigt unwillkürlich dazu, Texte, die in einer ganz anderen historischen Situation Entstanden sind, aus der Perspektive der gegenwärtigen rechtstheoretischen Diskussion zu lesen. Umgekehrt geschieht es häufig, daß man als Abbeviatur für ein bestimmtes rechtstheoretisches Modell einen Autor nennt, z. B. BERGEBOM, KELSEN für

<sup>39</sup> RADBRUCH, Süd, JZ. 1946, Sp. 105 ff, Vorschule der Rechtsphilosophie, 1947, S. 108 f. Vgl. dazu ENGISCH, ARSP 38 (1949/1950) S. 304 ff, insb. S. 314-f; BARATTA, ARSP 45 (1959) S. 505 ff.

“Gesetzespositivismus”. Hat man sich erst einmal daran gewöhnt, Autoren in dieser Weise zu lesen und zu verstehen, so scheint es, als setze sich ein rechtstheoretisches Modell historisch durch, werde abgelöst durch ein anderes, welches die Gegenwart mit einigen Modifikationen präge. Dies bedeutet aber, daß ganz unter der Hand Geschichte zur geschichtsmetaphysischen Konstruktion wird. Gedanken sind nicht mehr die geistige Auseinandersetzung mit Problemen einer bestimmten Zeit, sondern geschichtsgestaltende Prinzipien. Zur Illustration sollen zwei Standardwerke zum Stichwort “Positivismus” befragt werden; das klassische Werk zur Methodenlehre von Karl LARENZ<sup>40</sup> und die “Privatrechtsgeschichte der Neuzeit” von Franz WIEACKER.<sup>41</sup> Beide Darstellungen –und hierin sind sie repräsentativ für das Methodenverständnis nach 1945– folgen einem Theoriedesign, das sich ganz zentral um den Terminus “Positivismus” rankt. Besonders deutlich wird dies in Kapitel 3, 4 und 5 der “Methodenlehre.”<sup>42</sup> Kapitel 3 trägt den Titel: “Rechtstheorie und Methodenlehre unter dem Einfluß des positivistischen Wissenschaftsbegriffs”. Thematisch umfaßt dieser Gliederungsgesichtspunkt in sich sehr heterogene Konzeptionen wie die z.B. die Interessenjurisprudenz, die Freirechtsschule, die Anfänge der Rechtssoziologie und die “reine Rechtslehre”. Kapitel 4 lautet: “Die Abwendung vom Positivismus in der Rechtsphilosophie der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts” und Kapitel 5 behandelt die “methodischen Bestrebungen der Gegenwart”. Schon die Gliederung bringt zum Ausdruck, daß nach Ansicht des Verfassers der Wertungsgedanke “den Positivismus” abgelöst habe, was auch immer man darunter zu verstehen hat. Etwas weniger allgemein gefaßt bedeutet diese Aussage z.B., daß die Interessenjurisprudenz von der ursprünglichen “positivistischen” Beschreibung empirisch vorfindlicher Interessen einer höheren Form der “Wertungsjurisprudenz” übergeführt worden sei.<sup>43</sup> Das Entwicklungsschema: Positivismus –Wertungsjurisprudenz läßt sich also nur halten, wenn terminologisch die unterschiedlichen juristischen Denkansätze, welche nicht neo-idealistisch waren, dem positivistischen Wissenschaftsbegriff zugeordnet werden, während den Vertretern eines wie auch immer gearteten Wertungsdenkens die “Abwendung vom Positivismus” vorbehalten bleibt. Ein solches Schema aber wird den einzelnen Autoren und den jeweiligen Diskussionszusammenhängen

<sup>40</sup> Karl LARENZ, *Methodenlehre*, 1960, 4. Aufl. 1978.

<sup>41</sup> Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967 (PR 6).

<sup>42</sup> Einem “historisch-kritischen Teil” folgt ein “systematischer Teil”. Ersterer behandelt: ‘Die Methodenlehre SAVIGNYs’, Die “Begriffsjurisprudenz” des 19. Jh. und die erwähnten Kap. 3-5.

<sup>43</sup> A.a.O., S. 128 ff.

nicht gerecht. Die eingangs gerügte Vermischung der *historischen und rechtstheoretischen* Dimension wird bei LARENZ besonders deutlich. Sie prägt übrigens auch den systematischen Teil. Sowohl das konkrete Ordnungsdenken in seiner “Rechts –und Staatsphilosophie” 1935 bzw. dem “Völkischen Rechtsdenken” 1938 als auch die Konzeption des konkret – allgemeinen Begriffs der Person in der “Methodenlehre” 1960 bis hin zur Hermeneutik – Rezeption in der 3. und 4. Auflage (1975, 1978) leben von der negativen Abgrenzung vom “Positivismus.”<sup>44</sup> Dieses ist kein korrigierbares, zufälliges Theorieelement, sondern bestimmt das gesamte Theorie-design, also sowohl das Geschichtsbild als auch das rechtstheoretische Modell. Ersetzte man den unscharfen Positivismusbegriff, müßte das ganze Buch neu konzipiert werden, da das wesentliche Formelement entfallen wäre.

Weit weniger ausgeprägt, aber immer noch deutlich spürbar ist auch die “Privatrechtsgeschichte der Neuzeit” von WIEACKER um den Gliederungspunkt “Positivismus” arrangiert. Man kann dies z.B. ersehen aus den beiden letzten, die Summe ziehenden Kapiteln: “Die Entartung des Positivismus und der juristische Naturalismus” und “Auf der Suche nach der Gerechtigkeit.”<sup>45</sup> Nicht explicit, aber dem Gesamteindruck nach, drängt sich dem Leser die Deutung auf, daß “positivistische” und “naturalistische” Denkrichtungen die national-sozialistische Rechtsauffassung ermöglicht hätten, wobei WIEACKER z.B. die kriminalpolitische Reformbewegung um Franz von LISZT, die Interessenjurisprudenz, die soziologische Rechtsschule und die Freirechtswissenschaft dem “juristischen Naturalismus” zurechnet.<sup>46</sup> Terminologisch und in der Beschreibung ist die PRG differenzierter als die “Methodenlehre”. In einer Fußnote<sup>47</sup> ist z.B. zu lesen, daß die Zusammenfassung heterogener theoretischer Richtungen unter dem Terminus “Naturalismus” nur von einer “theologischen oder metaphysischen Rechtsauffassung” möglich und sinnvoll ist. Doch faßt auch WIEACKER, bestimmte Denkströmungen zusammen und behandelt sie unter der Überschrift “Entartungen des Positivismus und Naturalismus”. Es würdigt zwar viele dieser Autoren, z.B.

<sup>44</sup> Rechts – und Staatsphilosophie, 1935, S. 16: “Normativismus, Soziologismus und Psychologismus sind die drei Spielarten des Positivismus”, S. 168: “Wir haben die neue deutsche Rechtswissenschaft in ihrer Stellung jenseits von Naturrecht und Positivismus und als konkretes Ordnungsdenken auf der Grundlage des objektiv-idealistischen Wirklichkeitsbegriffs und einer substanziellen Dialektik gekennzeichnet”; vgl. ferner ders., Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, 1938.

<sup>45</sup> PRG, S. 558 ff. und S. 586 ff.

<sup>46</sup> A.a.O., S. 574 f. und 579 f.

<sup>47</sup> A.a.O., Fn. 16, S. 563: “Es ist deutlich, daß nur von einer theologischen oder metaphysischen Rechtsauffassung her die großen Gegenspieler Formalismus und Neutralismus so nahe zusammengedrückt werden können”.

JHERING, durchaus positiv und wertet sie weder persönlich noch (zumeist) fachlich ab. Bezeichnend ist gleichwohl, daß diese Autoren nicht dem Kapitel: "Auf der Suche nach der Gerechtigkeit" zugeordnet werden.

### III

Abschließend soll die Frage gestellt werden, wie es zu dieser Kontinuität einer durchgehenden Abwertung "des Positivismus" kommen konnte. Offenbar hatte man die Spätphase des Nationalsozialismus im Auge und die Phase der "Rechtserneuerung" verdrängt. Erhalten blieb ferner über den Zusammenbruch hinaus eine Tradition substanzphilosophischen Wertungsdenkens. Schwer begreiflich bleibt die Äußerung RADBRUCHs, der "Positivismus" habe die Juristen "hilflos" gemacht.

Zwei Gründe sind es, die zu der für RADBRUCH nicht vorhersehbaren Wirkungsgeschichte dieses seines Textes geführt haben. Es liegt einmal an dem ganz spezifischen Diskussionszusammenhang im Jahre 1946, der später nicht mehr beachtet wurde, zum anderen daran, daß RADBRUCH seine Begriffsverwendung nicht abgegrenzt hat gegen die nach wie vor wirksame und völlig undifferenzierte Diffamierung "des Positivismus". Offenbar konnte sich RADBRUCH nicht vorstellen, daß dieselben Autoren, die ihn als "Positivisten"<sup>48</sup> verschrien hatten, nun seinen Text als "goldene Brücke" benutzen würden. 1946 dachte man an die Bestrafung der "auf Befehl" zum Mörder gewordenen Väter. Es stellte sich die Frage, ob es "bei den Maßnahmen bleiben (solle), die aufgrund der Nürnberger Rassegesetze verhängt worden sind".<sup>49</sup> Zum Verständnis dessen, was RADBRUCH gemeint hat, ist es unerlässlich, sich in Erinnerung zurückzurufen, daß viele Deutsche damals die Nürnberger Prozesse kritisiert haben, weil angeblich rückwirkend nach völkerrechtlichen Tatbeständen verurteilt worden sei. Gegen solche Rechtfertigungsstrategien richtete sich dieser wie auch ein weiterer Text aus dem Jahre 1947,<sup>50</sup> der explicit die Bestrafung der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Recht der Besatzungsmächte betraf. Im übrigen drängte sich während der Spätphase des Dritten Reiches eine Rückbesinnung auf ein auf-

<sup>48</sup> Vgl. LARENZ, Rechts- und Staatsphilosophie, 1935, S. 76 (Kritik am Relativismus Radbruchs ("geistige Wurzel der Demokratie")). Nach 1945 findet sich ein Bekenntnis zum Naturrechtsgedanken: ders., Zur Beurteilung des Naturrechts, 1947, abgedr. in Naturrecht oder Rechtspositivismus, hg. v. Maihofer, 2. Aufl. 1962, S. 27 ff.

<sup>49</sup> Vorschule, 1947, S. 108.

<sup>50</sup> RADBRUCH, Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Süd. JZ 1947, Sp. 105 ff.

klärenderes bürgerliches Naturrecht geradezu auf –auch als Gegengewicht gegen die quasi– naturrechtliche Rede von völkischen Werten. Franz NEUMANN<sup>51</sup> z.B. betonte 1940 die demokratische Natur des naturrechtlichen Gedankens der Universalität des Rechts, nicht weil er sich als Naturrechtler verstand, sondern um darauf hinzuweisen, daß die autoritäre Version übergesetzlicher Werte nur ein Typus naturrechtlicher Argumentationen ist. Trotz des damals präsenten Diskussionszusammenhangs wurde der Text von RADBRUCH aus dem Jahr 1946 für ein Jahrzehnt und in gewisser Weise bis heute als Alibi benutzt, um an lieben Gewohnheiten festzuhalten, wie z.B. der, in dem “Positivismus” ein Grundübel und im Bekenntnis zu Werten seine Heilung zu sehen.

<sup>51</sup> Franz NEUMANN, Typen des Naturrechts, 1940, abgedr. in: *Wirtschaft, Staat, Demokratie, Aufsätze 1930-1954*, hg. v. Alfons Söllner, 1978, S. 223 ff.