

### 3. Rechtspositivismus und Nationalsozialismus

Kritische Anmerkungen zur These von Hermann Klenner:  
„Wohl als Individuum, nicht aber als Wissenschaftler hat  
Kelsen auch nur den geringsten Beitrag im Kampf gegen  
den Faschismus leisten können.“

Hermann Klenner gehört zu jenen nicht sehr zahlreichen marxistischen Wissenschaftlern, die sich kontinuierlich und intensiv mit dem Werk Hans Kelsens auseinandergesetzt haben.<sup>1</sup> Mit dem Eintritt in jenes Lebensjahrzehnt, das Anlaß zu dieser Festschrift zu Ehren Hermann Klenners ist, hat er seine grundsätzliche Kelsen-Analyse in dem Buch *Reine Rechtslehre* zu nunmehr differenzierteren Wertungen des Kelsenschen Positivismus fortgeführt.<sup>2</sup> Die persönliche Tragik Kelsens er-

1 Vgl. hierzu vor allem folgende Beiträge von H. Klenner, *Rechtslehre*, 1972; Lenins „Empirio-kritizismus“ und die Grundfrage der Rechtstheorie, in: *Staat und Recht*, 10/1967, S. 1615 ff.; *Rechtsphilosophie in der Krise*, 1976, S. 44 ff.; Sein und Sollen in der Rechtswissenschaft, in: *Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechts*, hrsg. v. P. Schneider, in: ARSPh 1970, Beiheft, Neue Folge, Nr. 6, S. 145 ff.; Gerechtigkeit – eine rechtsphilosophische Kategorie?, in: *DZfPh* 7/1979, S. 792 ff.; Überlegungen eines Rechtstheoretikers zur ideologiekritischen Methode des Marxismus-Leninismus, in: *Staat und Recht* 10/1975, S. 1405 ff.; Besprechung von H. Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, in: *DZfPh* 11/1982, S. 987 ff. – In den genannten Schriften setzt sich der verehrte Jubilar vor allem polemisch-kritisch mit Hans Kelsen und der Reinen Rechtslehre auseinander; eine wissenschaftliche Analyse zum Problem, inwieweit objektive Konvergenzen zwischen den Lehren des Jubilars und denen Kelsens bestehen, steht noch aus; vor allem in dem einflußreichen Beitrag: Rechtswirkung als Rechtsbildung (*Staat und Recht* 4/1982, S. 345), in welchem die These entfaltet wird, Rechtsanwendung träte als Rechtsetzung auf, liegt eine objektive Übereinstimmung mit einem Kernstück der Reinen Rechtslehre und ihrer Stufenbaulehre vor, nämlich der Kelsenschen Lehre der Einheit von Rechtsanwendung und Rechts-erzeugung. – Richtig sieht nunmehr auch H. Klenner, daß es eine – übrigens typisch frühpositivistische – Illusion ist, wenn behauptet wird, Interpretation, Konkretisierung und Anwendung des Rechts sei ein rein logischer Vorgang. So aber noch: H. Klenner, *Rechtsphilosophie in der Krise*, a.a.O., S. 49: „Kelsen leugnet die logische Ableitbarkeit etwa der Gerichtsurteile aus gesetzlichen Bestimmungen und eröffnet damit jeder beliebigen staatlichen Willkür einen ‚korrekten‘ Weg“; vgl. auch: ders., *Rechtslehre*, a.a.O., S. 53.

2 Vgl. z. B.: H. Klenner, Kelsens Kant, in: *Kelsen et le Positivisme juridique*, in: *Rev. Intern. de Philosophie*, 1981, S. 539 ff.; dieser Beitrag ist übernommen worden in: H.

blickt Hermann Klenner darin, daß Kelsens Antifaschismus gepaart sei mit „seiner Unfähigkeitseinsicht, als Rechtstheoretiker etwas gegen die faschistischen Unrechtspraktiker ausrichten zu können“. Hermann Klenner formuliert die These: „Wohl als den Klassenkämpfen seiner Zeit ausgesetztes Individuum, nicht aber als Wissenschaftler hat Kelsen auch nur den geringsten Beitrag im Kampf gegen den Faschismus leisten können.“<sup>3</sup>

Mit dieser Kritik wird nicht nur der Rechtstheoretiker Kelsen getroffen, sondern, wie ausdrücklich formuliert wird, der Wissenschaftler Kelsen. In dem Beitrag, dem diese These entnommen worden ist, bezieht sich der Jubilar, ebenso wie in seinen anderen Schriften, in erster Linie auf Kelsen als den Schöpfer der Reinen Rechtslehre. Es ist also nicht ganz ersichtlich, ob die Kritik an Kelsen als „den Wissenschaftler“ bewußt auch die politikwissenschaftlichen und soziologischen Analysen und Stellungnahmen Kelsens mit einschließt oder ob, wie es auch im nichtmarxistischen Schrifttum weit verbreitet ist, Kelsen lediglich als Rechtstheoretiker zur Kenntnis genommen wird. Kelsen hat indes, insbesondere in der Zeit der Weimarer Republik, zahlreiche politikwissenschaftliche Schriften veröffentlicht, die ihm, auch wenn er keine Strukturtheorie des Rechts erarbeitet hätte, einen bedeutenden Platz innerhalb des politikwissenschaftlichen Schrifttums zuweisen würden.

Einen kritisch-polemischen Geist wie Hermann Klenner ehrt man sicherlich nicht durch Beifallsgeklatsch oder durch Nachsprechen des von ihm Vorgesagten; ihn, so darf man hoffen, erfreut man gerade mit Kritik und Widerspruch. Im folgenden soll jedoch keine Auseinandersetzung mit der Kelsen-Kritik Klenners insgesamt vorgenommen werden; die ist schon wegen der geforderten Kürze des Beitrags nicht möglich. Ebenso wenig kann es darum gehen, die politischen und rechtstheoretischen Schriften Kelsens abschließend im Hinblick auf ihre politische und ihre möglicherweise antifaschistische Funktion hin zu analysieren. Das bescheidene Ziel – das anzustreben dennoch manchem Klenner-Anhänger eher als vermessen erscheinen mag – ist lediglich, die Aufmerksamkeit auf einige wissenschaftliche Erkenntnisse und rechtspolitische Forderungen Kelsens zu lenken, die geeignet sind, die oben

Klenner, *Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts*, Abschnitt: Spätbürgerliches: Rechtspositivismus plus Naturrechtslehre, 1984, S. 139 ff., S. 145 ff.

3 H. Klenner, a.a.O., S. 148.

zitierte These Hermann Klenners zumindest als problematisch erscheinen zu lassen. Dabei ist es m. E. erforderlich, stärker, als es Hermann Klenner getan hat, die politischen und politikwissenschaftlichen von den rechtstheoretischen Schriften Kelsens zu unterscheiden.

### Hans Kelsen und die Verteidigung der Demokratie

Im April 1932 veröffentlichte Hans Kelsen einen kleinen Beitrag, „Verteidigung der Demokratie“, in dem er feststellte: „In den Kreisen der Staatsrechtslehrer und Soziologen versteht es sich heute beinahe von selbst, von Demokratie nur mit verächtlichen Worten zu sprechen, gilt als modern, die Diktatur – direkt oder indirekt – als das Morgenrot einer neuen Zeit zu begrüßen. Und diese Wendung der ‚wissenschaftlichen‘ Haltung geht Hand in Hand mit einem Wechsel der philosophischen Front: Fort von der jetzt als Flachheit verschrienen Klarheit des empirisch-kritischen Rationalismus, diesem geistigen Lebensraum der Demokratie, zurück zu der für tiefer gehaltenen Dunkelheit der Metaphysik, zum Kultus eines nebulösen Irrationalen, dieser spezifischen Atmosphäre, in der seit je die verschiedenen Formen der Autokratie am besten gediehen sind. Das ist die Parole von heute.“<sup>4</sup> Dagegen stellt er fest, daß es deshalb um so notwendiger sei, für diese geschmähte Demokratie öffentlich einzutreten, bevor ihr Verlust auch die anderen belehrt habe, was sie verloren. Klarsichtig fügt er hinzu: „Nicht als ob die Hoffnung sehr groß wäre, den Verlust dadurch zu vermeiden.“<sup>5</sup> Das proletarisierte oder halbproletarisierte Bürgertum habe kein neues Klassenbewußtsein entwickelt, es greife zu seiner Stütze nicht nach einer sozialistischen, sondern nach einer nationalsozialistischen Ideologie. „Es versucht die ökonomisch unausweichliche Proletarisierung seelisch durch eine heroisch-romantische Geisteshaltung zu kompensieren.“<sup>6</sup> Diese Schicht des Bürgertums wende sich von der Demokratie ab, weil sie den Sozia-

4 H. Kelsen, Verteidigung der Demokratie, in: Ders., *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*, hrsg. und eingel. v. N. Leser, 1967, S. 60 ff., S. 61.

5 H. Kelsen, a.a.O., S. 62

6 H. Kelsen, a.a.O., S. 64.

lismus nicht wolle, und „verstärkt so die politischen Bestrebungen des noch erhaltenen Bürgertums, der Großbourgeoisie, die gleichfalls das Lager der Demokratie verläßt, weil diese ihr angesichts der, trotz allem, dennoch steigenden Flut des Sozialismus keinen sicheren Schutz mehr für das kapitalistische System zu bieten scheint“.<sup>7</sup> Insbesondere wendet er sich gegen jene, die alles „Heil vom Führer“ erwarten; „aber die Kreation des Führers, die in der Demokratie im hellen Licht eines öffentlich kontrollierbaren Verfahrens, nämlich durch die Wahl vor sich geht, sie bleibt in der Autokratie in mystisches Dunkel gehüllt. Hier wird die rationale Methode durch den Glauben an das soziale Wunder ersetzt.“<sup>8</sup> Die Klarheit der Diagnose, die Schärfe der Kritik, die Kelsen hier formulierte, konnte man in der Spätzeit der Weimarer Republik aus nicht-marxistischem Lager nur höchst selten vernehmen.

Kelsen hat jedoch nicht erst in der Endphase der Weimarer Republik zur Verteidigung der Demokratie gegen die antidemokratische Rechte und den Irrationalismus aufgerufen. Als einer der wenigen Staatsrechtslehrer, die sich früh und entschieden zur Weimarer Republik und ihrer Verfassung bekannten, ging es ihm darum, die bürgerliche Demokratie – denn eine solche war selbstverständlich die Demokratie, die durch die Weimarer Reichsverfassung konstituiert wurde – zu bewahren und insbesondere ihre fortschrittlichen Elemente fortzuentwickeln und in Schutz zu nehmen gegen Angriffe, die aus dem bürgerlichen Lager selbst auf die Zerstörung der bürgerlichen Demokratie zielten.

### Identitätslehre, totaler Staat und Klassenverhältnisse

Hervorzuheben ist insbesondere, daß Kelsen sich jener Demokratietheorie anschloß, die, von Rousseau ausgehend, darunter „eine Staats- oder Gesellschaftsform [verstand], bei der der Gemeinschaftswille, oder ohne Bild gesprochen, die soziale Ordnung durch die ihr Unterworfenen erzeugt wird: durch das Volk. Demokratie bedeutet Identität von Führer und Geführten, von Subjekt und Objekt der Herrschaft, bedeutet Herr-

7 H. Kelsen, a.a.O., S. 64

8 H. Kelsen, a.a.O., S. 65.

schaft des Volkes über das Volk“.<sup>9</sup> Gegen diese Identitätslehre, wie sie auch von fortschrittlichen Sozialisten, wie z. B. Wolfgang Abendroth, in der Bundesrepublik vertreten wird, hat sich schon früh eine abweichende Lehre herausgebildet, die in der Bundesrepublik zur ganz herrschenden Lehre geworden ist. Für diese herrschende Lehre ist die Vorstellung, daß die Demokratie ihrem Wesen nach auf Identität von Herrschenden und Beherrschten abziele, eine bloße Ideologie, die zudem die Gefahr mit sich bringe, zum Totalitarismus auszuarten. Es ist eindeutig, daß mit diesem Vorwurf die sozialistische Demokratie getroffen werden soll, die, insoweit in Übereinstimmung mit der frühbürgerlichen Theorie, pluralistische Theoriekonzeptionen verwirft und das Ziel der Aufhebung des Verhältnisses von Befehl und Gehorsam in der Selbstbestimmung des Volkes sieht. Ein Ziel, das erst in der kommunistischen Gesellschaft, wenn Staat und Recht abgestorben sind, erreicht werden kann.

Aufgrund einer realistischen Betrachtung der politischen Zustände sieht Hans Kelsen sehr deutlich, daß die Herstellung dieser Identität ein Prozeß ist, der zwar das Wesen der Demokratie ausmacht, daß es aber unzulässig wäre, diese Identität irgendwie vorauszusetzen oder zu fingieren, wie es später vor allem im Faschismus geschah, als in der Volksgemeinschaft, die durch die Artgleichheit des Blutes begründet wird, die realen Machtverhältnisse als aufgehoben mystifiziert wurden. 1929 konstatiert Carl Schmitt für die Weimarer Republik eine Wendung zum totalen Staat, weil der Staat in dem Maße, in dem er in die Wirtschaft eingreife und selbst zum Fürsorge-Wohlfahrts-Versorgungs- und Wirtschaftsstaat werde, eine Form der „Selbstorganisation der Gesellschaft“ darstelle, womit die im liberalen Staat vorausgesetzte Unterscheidung von Staat und Gesellschaft und von Regierung und Volk entfalle.<sup>10</sup> Eine Trennung, die Carl Schmitt um der Existenz der kapitalistischen Produktionsweise willen für notwendig hält. Als Abhilfe zu dieser Wendung zum totalen Staat und zum Zweck der Wiederherstellung von Staat und Gesellschaft wurde die Stärkung des Reichspräsidenten als Hüter der Verfassung, nicht etwa die weitere Demokratisierung der von ihm

9 H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Neudruck der 2. Aufl. von 1929, 1963, S. 14.

10 Vgl. C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, unveränderter Nachdruck der 1931 erschienenen ersten Auflage, 1969, S. 79.

als „totalen“ Staat bezeichneten neuen Form des Staates gefordert. Kelsen wendet dagegen ein, daß es im Widerspruch zur sozialen Wirklichkeit stehe, wenn im Begriff des totalen Staates der Gegensatz von Staat und Gesellschaft aufgehoben werde. Er führt aus: „Man muß nicht Anhänger der materialistischen Geschichtsauffassung sein, um zu erkennen, daß ein Staat, dessen Rechtsordnung das Privateigentum an den Produktionsmitteln garantiert, die ökonomische Produktion und die Verteilung der Produkte grundsätzlich als nicht-staatliche Funktion aufrecht hält und die Funktion dieser vielleicht bedeutsamsten Aufgabe in einen Bereich verweist, der nur als Gesellschaft vom Staat unterschieden werden kann, kein totaler Staat im Sinne der C.S.schen Begriffsbestimmung, d. h. kein Staat sein kann, der alles Gesellschaftliche ergreift.“<sup>11</sup> In der These von der Wendung zum totalen Staat erblickt Kelsen eine bürgerliche Ideologie. „Eine Ideologie, die eine Einheit von Staat und Gesellschaft behauptet, die nicht besteht, weil sich der Klassenkampf nicht als Gegensatz zwischen staatlichen Organen, sondern als ein Kampf abspielt, den ein Teil der Gesellschaft, der nicht im Staate steht, weil er sich nicht mit dem Staat identifiziert, gegen einen anderen Teil der Gesellschaft führt, der darum der Staat *ist*, weil insofern dessen Ordnung die Interessen dieses Teils der Gesellschaft garantiert.“<sup>12</sup>

Mit diesen die Klassengegensätze sehr klar aufdeckenden Ausführungen widerlegt Kelsen die Pluralismustheorie und betont im Gegensatz zu ihr die grundlegende Bedeutung des Gegensatzes zwischen Proletariat und Bürgertum. Im Unterschied zu anderen bürgerlichen Pluralismustheoretikern lehnt Kelsen die Schmittsche Lehre nicht deshalb ab, weil er diesen – angeblich bestehenden – Pluralismus bekämpft, während andere bürgerliche Theoretiker ihn verteidigen, sondern er lehnt ihn ab, weil er die Grundannahme der Pluralismustheorien, die Gesellschaft sei grundsätzlich homogen, wenn auch in verschiedene Interessengruppen gespalten, für unrichtig hält – weil den Klassengegensatz verschleiern. Mit dieser Erkenntnis Kelsens ist von vornherein zugleich jeglichen Volksgemeinschaftsideologien des Nationalsozialismus der Kampf angesagt.

11 H. Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? in: H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, 1968, S. 1873 ff., S. 1900.

12 H. Kelsen, a.a.O., S. 1901.

## Demokratie und Kapitalismus – kein notwendiger Zusammenhang

In der nichtmarxistischen Theorie wird häufig die Behauptung aufgestellt, Sozialismus und Demokratie seien unvereinbar, indes Demokratie und Kapitalismus notwendigerweise zusammengehörten. Kelsen teilt diese Auffassung nicht. Vor allem in Auseinandersetzung mit Friedrich A. Hayek wendet er sich entschieden gegen die These, nur in einer kapitalistischen Gesellschaft, in der die Freiheit des Privateigentums herrsche, sei überhaupt Freiheit und somit Demokratie möglich. Demgegenüber stellt Kelsen fest, wenn es in einer kapitalistischen Gesellschaft Freiheit der Bedürfnisbefriedigung gäbe, so ist es „die Freiheit der Reichen, nicht die Freiheit der Armen“.<sup>13</sup> Den Satz von Hayek: „Das Geld ist eines der größten Werkzeuge der Freiheit, das von den Menschen jemals erfunden wurde. Es ist das Geld, das dem Armen in unserer Gesellschaft eine erstaunliche Skala von Wahlmöglichkeiten eröffnet – eine Skala, die weiter ist als die, die noch vor wenigen Generationen den Wohlhabenden zur Verfügung stand“, kommentiert Kelsen knapp und ironisch: „Das ist wahr, vorausgesetzt, daß der arme Mann das nötige Geld hat, was an sich schon eine *contradictio in adiecto* zu sein scheint.“<sup>14</sup> In dem Beitrag „Demokratie und Sozialismus“, aus dem diese Zitate Kelsens entnommen worden sind, unternimmt Kelsen es auch, in Kritik an John Locke und Hegel die Behauptung zu widerlegen, die Existenz des Privateigentums sei die notwendige Bedingung der Freiheit. Er faßt zusammen: „Das Ergebnis der vorangehenden Untersuchung ist, daß alle Versuche, einen Wesenszusammenhang zwischen Freiheit und Eigentum nachzuweisen, ebenso fehlgeschlagen sind wie die, einen engeren Zusammenhang zwischen Demokratie und Kapitalismus als zwischen Demokratie und Sozialismus, oder gar die ausschließliche Vereinbarkeit von Demokratie und Kapitalismus aufzuzeigen.“<sup>15</sup> Als Vertreter der herrschenden bürgerlichen Lehre stellt sich Kelsen mit solchen Äußerungen nicht gerade dar.

13 H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*, S. 170 ff., S. 180.

14 H. Kelsen, a.a.O., S. 180 Anm. 7.

15 H. Kelsen, a.a.O., S. 201.

Eine spezifische Variante der Theorie der notwendigen Verbindung von Kapitalismus und Demokratie ist, den Grundsatz des freien Wettbewerbs mit dem Wesen der Demokratie zu verbinden. Joseph A. Schumpeter hat die Demokratie in einer bekannten Definition als „diejenige Ordnung der Institutionen zur Erreichung politischer Entscheidungen [bezeichnet], bei welcher einzelne die Entscheidungsbefugnis vermittels eines Konkurrenzkampfes um die Stimmen des Volkes erwerben“.<sup>16</sup> Diese Konkurrenztheorie der Demokratie hat großen Einfluß vor allem auf die amerikanische Demokratietheorie gewonnen. In der Weimarer Republik wurde diese Theorie u. a. von Hermens aufgegriffen, der ausführte, zum Begriff des Führertums, wie ihn die demokratische Praxis entwickelt habe, gehöre die freie Konkurrenz. Kelsen wendet sich gegen diese Theorie: „Der Wettkampf um die Stimmen des Volkes ist die Folge freier Wahlen, er ist nicht ihr Zweck. In einer direkten Demokratie gibt es überhaupt keine Wahlen. Das wichtigste Kriterium in einer Demokratie besteht darin, daß die Herrschaftsgewalt beim Volk liegt.“<sup>17</sup>

Berücksichtigt man, daß Kelsen bestreitet, daß es eine notwendige Verbindung zwischen Demokratie und Gewaltenteilung gebe, daß seiner Meinung nach das Verhältniswahlrecht dem Mehrheitswahlrecht vorzuziehen sei, daß die herrschende Lehre zum Wesen der Repräsentation auf einer Fiktion aufgebaut sei, daß das parlamentarische System sich nicht aus dem Wesen der Demokratie ergäbe, sondern eine technische Notwendigkeit in einer arbeitsteilig organisierten Gesellschaft sei: so zeigt sich, daß Kelsen die fortgeschrittensten nichtmarxistischen Positionen einnimmt, wenn es darum geht, das Ziel der Selbstbestimmung des Volkes anzustreben.

### Änderung der Eigentumsverhältnisse und Mehrheitsentscheid

Innerhalb einer Demokratie ist die wohl wesentlichste öffentliche Aufgabe der Erlaß allgemeiner verbindlicher, sanktionsbewehrter Anordnungen für das Verhalten und Zusammenleben der Staatsbürger; we-

16 J. A. Schumpeter, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, 2. Aufl., 1950, S. 428.

17 H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*, S. 183.



sentliche Aufgabe ist also der Erlaß von Gesetzen. Gleichviel, ob der Erlaß des Gesetzes durch das Volk unmittelbar im Volksentscheid oder mittelbar durch ein repräsentatives Organ, ein Parlament geschieht, dem Wesen der Demokratie entspricht es, der Selbstbestimmung des Volkes möglichst wenig Schranken zu setzen. Die Grundrechte wurden vom älteren staatsrechtlichen Positivismus ursprünglich als Garantien für die Freiheit von ungesetzlichem Zwang aufgefaßt. In der Weimarer Republik wurde durch die herrschende Lehre eine neue Interpretation der Grundrechte vorgenommen; sie sollten sich nicht mehr in erster Linie gegen die Exekutive richten, sondern auch die Gesetzgebung inhaltlich bestimmen, sollten den Gesetzgeber binden. Gleichzeitig wurde eine neue Interpretation einzelner Grundrechte durchgesetzt.

Auf der Staatsrechtslehrer-Tagung 1926 wurde von Erich Kaufmann der Artikel 109 WRV, der die Gleichheit vor dem Gesetz normierte, neu interpretiert, indem behauptet wurde, der Gleichheitssatz beruhe auf einem spezifischen Naturrecht, sei Ausdruck eines überpositiven Rechtsprinzips, das sich „vor allem und in erster Linie an die Adresse des Gesetzgebers richte“. Die Idee der Gerechtigkeit sei der eigentliche Inhalt des Gleichheitssatzes. Kelsen schloß sich dieser Auffassung als Positivist selbstverständlich nicht an. Er führte die neue Lehre auf politische Ursachen zurück, indem er sagte: „Jedenfalls ist nicht zu verkennen, daß Juristen, die ehemals die strikteste Bindung des Richters an das Gesetz lehrten, heute dem Richter mit Berufung auf Naturrecht weitgehende Freiheit gegenüber den Gesetzen zuerkennen möchten; und daß der Richterstand von jeder Änderung der politischen Struktur so ziemlich freigeblieben ist, wie sich in der Zusammensetzung des Parlaments zeigt; so daß zwischen dem heutigen Richterstand zu dem Juristenstand nicht jener politische Gegensatz besteht wie zwischen Juristenstand oder doch gewissen Teilen desselben und Parlament.“<sup>18</sup> Kelsen wollte die Freiheit des Gesetzgebers nicht durch eine extensive naturrechtliche Interpretation der Grundrechte eingeschränkt sehen.

Noch weiter in der Einschränkung des Gesetzgebers ging die Theorie von Carl Schmitt, dergemäß die um das Privateigentum an den Produktionsmitteln zentrierten bürgerlichen Grund- und Freiheitsrechte dem Staat und der Verfassung vorauslägen und deshalb dem Zugriff des Ge-

18 H. Kelsen, VVdStRL 3/1926, S. 54.

setzgebers, ja sogar dem Zugriff des Verfassungsgesetzgebers entzogen seien.<sup>19</sup> Für Kelsen bestand weder aus demokratietheoretischer Sicht noch aufgrund der positiven Bestimmung der Weimarer Reichsverfassung irgendein Grund, die Freiheit des demokratischen Gesetzgebers, auch die Wirtschafts- und Eigentumsverhältnisse umzuändern, insbesondere das Privateigentum an den Produktionsmitteln ganz oder teilweise aufzuheben, einzuschränken oder zu beseitigen.

### Verteidigung der Demokratie durch ihre Beschränkung?

Schließlich kann Kelsen auch keine geeignete Verteidigung der Demokratie darin erblicken, daß man die Demokratie einschränkt und teilweise aufhebt. Gerade diese Form der Verteidigung „der Demokratie“ ist in der Bundesrepublik Deutschland perfektioniert worden; die Demokratie soll eine „abwehrbereite“, eine „wehrhafte“, eine „streitbare“ Demokratie sein. Keine Freiheit für die Feinde der Freiheit, lautet die Parole, und wer seine demokratischen Rechte zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung angeblich mißbraucht, wird diskriminiert, vermag seine Grundrechte zu verwirken, wird mit Berufsverboten überzogen. Kelsen ist demgegenüber der Meinung, wenn die Demokratie sich selbst treu bleiben wolle, so müsse sie „auch eine auf Vernichtung der Demokratie gerichtete Bewegung dulden, muß sie ihr wie jeder anderen politischen Überzeugung die gleiche Entwicklungsmöglichkeit gewähren. Und so sehen wir das seltsame Schauspiel, daß Demokratie in ihren ureigensten Formen aufgehoben werden soll, daß ein Volk die Forderung erhebt, ihm die Rechte wieder zu nehmen, die es sich selbst gegeben, wenn man verstanden hat, dieses Volk Glauben zu machen, daß sein größtes Übel sein eigenes Recht sei.“<sup>20</sup> Und: „Ob die Demokratie sich nicht selbst verteidigen soll, auch gegen das Volk, das sie nicht mehr will, auch gegen eine Majorität, die in nichts anderem einig ist, als in dem Willen, die Demokratie zu zerstören. Diese Fragestellung heißt schon sie verneinen. Eine Demokratie, die sich gegen

19 Vgl. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 3. Aufl., Nachdruck, 1957, insbes. S. 30 ff., S. 125 ff.

20 H. Kelsen, Verteidigung der Demokratie, in: ders., *Demokratie und Sozialismus*, S. 68.

den Willen der Mehrheit zu behaupten, ja mit Gewalt sich zu behaupten versucht, hat aufgehört, Demokratie zu sein. Eine Volksherrschaft kann nicht gegen das Volk bestehen bleiben. Und soll es auch gar nicht versuchen, d. h. wer für die Demokratie ist, darf sich nicht zu dem verhängnisvollen Widerspruch verstricken lassen und zur Diktatur greifen, um die Demokratie zu retten.“<sup>21</sup>

### Verfassungsgerichtsbarkeit und demokratischer Prozeß

Problematisch von diesem von Kelsen selbst eingenommenen Standpunkt aus, die Offenheit und Freiheit des demokratischen Verfahrens zu sichern, muß demgegenüber die Forderung Kelsens nach Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit erscheinen. Gerade aus bundesrepublikanischer Sicht zeigt sich, daß ein Verfassungsgericht zum Ersatzgesetzgeber, ja zum Ersatzverfassungsgesetzgeber werden kann, daß also die Gefahr besteht, daß sich das Gericht über das Gesetz und über die Verfassung stellt und damit antidemokratische Funktionen übernimmt.

Die Absicht und das Bestreben Kelsens gehen selbstverständlich in entgegengesetzte Richtung. Er möchte die Geltungskraft der Verfassung stärken. In der Verfassungsgerichtsbarkeit sieht er eine Garantie dafür, daß die Normen der Verfassung eingehalten werden und nicht zur Disposition der Mehrheit des Parlaments oder – und diese Gefahr schwebt ihm wohl noch deutlicher vor – zur Disposition der Regierung oder des Reichspräsidenten gestellt werden. Kelsen sieht selbst die Gefahren, die mit der Verfassungsgerichtsbarkeit verbunden sind. Enthaltene die Verfassung höchst allgemeine Begriffe wie Gerechtigkeit, Freiheit, Billigkeit, Sittlichkeit usw., so bestünde die Möglichkeit, daß ein Verfassungsgericht ein Gesetz mit der Begründung kassiere, daß es ungerecht sei. „Das bedeutet aber, daß dem Verfassungsgericht eine Machtvollkommenheit eingeräumt wird, die schlechthin als unerträglich empfunden werden muß. Was die Mehrheit der Richter dieses Gerichtes für gerecht ansieht, kann im vollkommenen Widerspruch zu dem stehen, was die Mehrheit der Bevölkerung für gerecht hält, und steht unzweifelhaft im Wider-

21 H. Kelsen, a.a.O.

spruch zu dem, was die Mehrheit des Parlaments für gerecht gehalten, das eben dieses Gesetz beschlossen hat. Daß es der Sinn der Verfassung nicht sein kann, durch den Gebrauch eines nicht näher bestimmten, so vieldeutigen Wortes wie jenes der Gerechtigkeit oder eines ähnlichen, jedes vom Parlament beschlossene Gesetz von dem freien Ermessen eines politisch mehr oder weniger willkürlich zusammengesetzten Kollegiums, wie es das Verfassungsgericht ist, abhängig zu machen, versteht sich von selbst.<sup>22</sup> Die Praxis des Bundesverfassungsgerichts der BRD, das die Grundrechte in ein Wertesystem umgedeutet hat und unbefangen auch solche Sätze wie „die Würde des Menschen ist unantastbar“, Art. 1 GG, auslegt und anwendet, entspricht genau dem, was Kelsen für politisch unerträglich hält. Dennoch bleibt das Problem, daß einem Verfassungsgericht die letzte Entscheidung über die Auslegung der Verfassung zukommt. Geht man von Kelsens Interpretationslehre aus – die im strikten Gegensatz zur altpositivistischen Vorstellung steht, der Richter habe lediglich ein vom Gesetzgeber vorformuliertes Ergebnis zu finden und zu artikulieren –, wonach nämlich in jedem Akt der Rechtsanwendung auch ein Element der Rechtsschöpfung enthalten sei, so ist einleuchtend, daß der Verfassungsgerichtsbarkeit notwendigerweise politische, rechtsschöpferische, rechtsbildende Funktionen zukommen müssen. Demokratietheoretisch betrachtet scheint mir die Verfassungsgerichtsbarkeit – im Gegensatz zu Kelsen – nicht im Einklang mit dem Wesen der Demokratie zu stehen.

Im Hinblick auf die konkrete politische Situation, in der Kelsen seine Thesen über die Verfassungsgerichtsbarkeit formuliert hat, wird man Kelsen eher zustimmen können, daß die Einrichtung eines Verfassungsgerichts zur Stabilisierung der Weimarer Demokratie hätte beitragen können. Das Verfassungsgericht war ausdrücklich auch als Gegeninstitution zum Reichspräsidenten gedacht, der von Carl Schmitt zum Hüter der Verfassung aufgebaut worden war. Es war weniger die Majorität im Parlament, von der nach Kelsens Ansicht eine Gefahr ausging, sondern der Reichspräsident, der über seine Diktaturgewalt des Art. 48 WRV Verordnungen, also Gesetze im materiellen Sinne erlassen konnte und von diesem Recht – und zwar nicht erst in der Spätphase der Weimarer

22 H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 1813 ff., S. 1853.

Republik, sondern auch unter der Reichspräsidentschaft von Friedrich Ebert – in großem Umfang Gebrauch gemacht hatte. Auch die Smend-sche Integrationslehre zielte darauf ab, die Geltungskraft der Verfassung zu schwächen, und es schien deshalb geboten, sich nach Institutionen umzusehen, die geeignet sein könnten, diese Geltungskraft zu bewahren. Vor allem aber hatte sich das Reichsgericht selbst das Recht zugesprochen, die Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen und auch auf ihre Gerechtigkeit; angesichts der Zusammensetzung des Reichsgerichts und seiner bisherigen Rechtsprechung konnte die Schaffung eines Verfassungsgerichts, das entsprechend dem Vorschlag Kelsens gemäß dem Parteienproporz im Parlament zusammengesetzt war und das öffentlich beraten sollte, nur einen Fortschritt bedeuten.

### Diktatur des Proletariats und soziale Demokratie

Kelsen war kein Sozialist und kein Kommunist und verstand sich auch nicht als solcher. Es bedarf keiner Hervorhebung, daß er nicht die sozialistische Demokratie anstrebte. Es war ein Gegner der Diktatur des Proletariats; er trat noch nicht einmal für die soziale Demokratie ein. Seiner Ansicht nach war die Demokratie eine politische Form der Selbstbestimmung des Volkes, die sowohl im Kapitalismus als auch in einem System, in dem kein Privateigentum an den Produktionsmitteln existiert, verwirklicht, aber auch verfehlt werden kann. In dieser Beschränkung auf die politische Demokratie liegt der offene, unüberbrückbare Widerspruch zwischen der Kelsenschen und der marxistischen Demokratietheorie.

Die Behauptung Kelsens, Demokratie sei ihrem Wesen nach nicht nur als soziale Demokratie zu realisieren, sagt noch nichts darüber aus, ob rechtspolitisch gesehen nicht die Ausdehnung der bürgerlich-formalen, politischen Demokratie zur sozialen Demokratie erforderlich wäre, um die politische Demokratie der Weimarer Republik zu bewahren und ihre Vernichtung in der nationalsozialistischen Diktatur zu verhindern. Von Hermann Heller wurde an das Bürgertum appelliert, den Rechtsstaat als sozialen Rechtsstaat auch auf die Güter- und Wirtschaftsordnung aus-zudehnen, um dadurch die „anarchistische Raserei unserer kapitalisti-

schen Produktion zu beseitigen“. Mit dieser Erkenntnis müßten die „geistigen Kräfte der Nation“ angesichts des „verantwortungslosen Geschwätzes blutloser Rationalisten und blutigieriger Irrationalisten das gleiche Gefühl des unüberwindlichen Ekels packen, und die Entscheidung zwischen faschistischer Diktatur und sozialem Rechtsstaat wäre gefallen“.<sup>23</sup> Mit den „blutleeren Rationalisten“ dürfte wohl auch Kelsen gemeint sein. War aber in der gegebenen Situation zu Ende der Weimarer Republik der Appell an die geistigen Kräfte des Bürgertums nicht in hohem Maße illusionär und idealistisch? Sah nicht Kelsen da manches klarer und materialistischer als der Sozialdemokrat Heller? Dem Bürgertum zu sagen, daß die politische Demokratie nur bewahrt werden könnte, wenn in das Privateigentum entscheidend eingegriffen und es zumindest partiell aufgehoben werde, mußte die noch schwankenden Teile des Bürgertums in die Arme des Nationalsozialismus treiben. Ehe man an das geheiligte Privateigentum rührte, setzte man doch lieber auf die Karte der nationalsozialistischen Diktatur.

Kelsens Position, den Weg zur sozialen Demokratie und damit zur Umänderung der Eigentumsverhältnisse offen zu halten, ihn also nicht als demokratie- und verfassungswidrig zu deklarieren, aber gleichzeitig das Bürgertum zu beruhigen, indem er ihm sagte, zur Beibehaltung der politischen Demokratie ist ihre Umwandlung in eine soziale nicht die notwendige Bedingung, war objektiv eher geeignet, als Rückzugs- und Verteidigungsposition zu dienen und die schwankenden Teile des Bürgertums zu veranlassen, es doch noch weiter mit der Weimarer Republik zu versuchen. Dies alles unter der – sehr problematischen – Voraussetzung, daß überhaupt Heller und Kelsen gelesen worden sind. Insgesamt wird man angesichts der Zuspitzung der Klassenkämpfe, angesichts der objektiven Krise des kapitalistischen Systems die Möglichkeiten, vom politisch-rechtlichen Überbau – und nun gar von der Staatstheorie aus – auf die Klassenkämpfe einwirken zu können, als sehr gering einschätzen müssen.

Als Ergebnis möchte ich deshalb festhalten, daß innerhalb des bürgerlich-liberalen und des sozialdemokratischen Lagers Kelsens Verteidigungslinie der Weimarer Demokratie die am meisten realistische war.

23 H. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, in: O. E. Kempen (Hrsg.), *Sozialstaatsprinzip und Wirtschaftsordnung*, 1976, S. 55 ff., S. 68.

Die These, Kelsen habe in seinen politischen Schriften keinerlei Beitrag zur Verhinderung und Bekämpfung des Nationalsozialismus geleistet, läßt sich m. E. nur dann halten, wenn man der Auffassung ist, daß ausschließlich die marxistische Klassenkampftheorie in der Lage war, einen Beitrag zum Kampf gegen den Faschismus zu leisten, und daß alle anderen politischen Auffassungen und Zielsetzungen im Vergleich damit bestenfalls mit Null anzusetzen sind. Zu fragen ist deshalb, ob denn nicht innerhalb der kommunistischen Bewegung die Einsicht sehr schnell gewachsen ist, daß es darauf ankommt, ein breites antifaschistisch-demokratisches Bündnis gegen den Faschismus zu bilden? Ist nicht auch nach 1945, nach der Niederringung des Faschismus, die ursprüngliche Konzeption gewesen, eine antifaschistisch-demokratische Ordnung zu errichten? Und geht nicht der Kampf der DKP in der BRD und gehen nicht die Zielsetzungen der kommunistischen Parteien Westeuropas auf die Errichtung antimonopolistischer Demokratien? Und ist nicht die Frage berechtigt, wo denn jene nichtmarxistischen Demokraten, die man als Bündnispartner gewinnen will, herkommen sollen, wenn selbst ein Demokrat vom Range Kelsens zurückgestoßen wird in die eine reaktionäre Masse?

### Reine Rechtslehre und politische Praxis

Klenners Kritik zielt allerdings in erster Linie auf den Rechtstheoretiker Kelsen, auf den Schöpfer der Reinen Rechtslehre. Er sagt: „Indem Kelsen Recht und Rechtstheorie aus der Welt der Ursachen und Wirkungen herauslöst und sie damit von schlechthin jeder Gesellschaft und deren Entwicklung verselbständigt, begibt er sich gewollt in die Verweigerungshaltung gegenüber den Anforderungen des Geschichtsprozesses und der Gegenwart.“<sup>24</sup> Das ist auch dem Rechtstheoretiker Kelsen ge-

24 H. Klenner, *Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts*, S. 148. – Ein allgemeines, nicht nur auf Methodenunterscheidung abzielendes „Verbot Wurzeln und Wirkungen des Rechts zu ergründen“ (H. Klenner, *Reine Rechtslehre*, S. 83), vermochte ich in der Reinen Rechtslehre nicht zu entdecken. Nicht nachvollziehbar ist auch die Aussage, die Reine Rechtslehre behauptete, die Rechtsnormen „unterlägen keiner kausalgesetzlichen historischen Entwicklung“ (a.a.O., S. 36); ebenso: ders., *Rechtsphilosophie in*

genüber sehr stark vereinfachend, gegenüber dem Ideologiekritiker und Rechtspolitiker Kelsen trifft die Aussage nicht zu. Jedoch trifft Klenner mit seiner Kritik den Kern der Kelsenschen Rechtslehre.

Wenn Karl Marx sagt, daß Rechtsverhältnisse und Staatsformen nicht aus sich selbst heraus zu begreifen sind, sondern vielmehr in den materiellen Lebensverhältnissen wurzeln, so ist hier in äußerster Zusammenfassung das Wesen jeglichen, auch des rechtswissenschaftlichen, Positivismus aufgezeigt und die materialistische Gegenposition begründet worden. Kelsens rechtstheoretisches Werk ist der groß angelegte – und letztlich gescheiterte – Versuch, das Recht aus sich selbst heraus zu verstehen. Die wissenschaftliche Konsequenz, mit der Kelsen seine Methode, das Sollen strikt getrennt vom Sein zu untersuchen, verfolgt, nötigt ihn, selbst die Stellen zu benennen, wo sein System der Reinen Rechtslehre das Sein einbeziehen muß. Die Grundnorm ist nur formulierbar im Hinblick auf eine faktisch geltende und wirksame Rechtsordnung; die Interpretation und Anwendung der Rechtsnorm ist nur im Wege der Konkretisierung möglich, die gleichzeitig willentliche rechtsbildende Elemente enthält; die Positivität der Norm läßt sich nicht ausschließlich aus der Geltung einer übergeordneten Norm ableiten, vielmehr ist die Wirksamkeit im großen und ganzen Bedingung der Rechtsordnung und jeder einzelnen Rechtsnorm. Kelsen öffnet sozusagen das Tor zum Sein hin, aber er bleibt davor stehen; die Dialektik von Sein und Sollen, von Geltung und Wirksamkeit, von Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung vermag er mit seinem positivistischen Instrumentarium nicht zu erfassen.

*der Krise*, S. 45: Gemäß der Reinen Rechtslehre gäbe es „keine kausal-gesetzlichen Beziehungen zwischen Recht und Gesellschaft“.

Es kann auch H. Klenner nicht zugestimmt werden, wenn er von „jener berüchtigten Positivisten-Unterstellung“ schreibt, dergemäß „jedes existente Gesetz und Gerichtsurteil die Gerechtigkeit in Zeit und Raum“ sei (ders., *Gerechtigkeit – eine rechtsphilosophische Kategorie?*, a.a.O., S. 795). Ebenso H. Klenner in: *Reine Rechtslehre* (S. 51): „Denn immer läuft am Ende die Argumentation der Positivisten darauf hinaus: da man nicht wissen könne, was gerecht sei, müsse man sich eben den Anforderungen des existenten Staates gegenüber konform verhalten.“ Gerade weil man dies nicht weiß, kann der Staat nicht im Namen der Gerechtigkeit Gehorsam verlangen, so die Kelsensche Lehre. Der Staat verlangt Gehorsam, indem er sanktionsbewehrte Normen aufstellt; über die Berechtigung, solche Normen aufzustellen, sagt die Reine Rechtslehre nichts aus.



Ebensowenig wie es darum gehen kann, die bürgerliche, politische, parlamentarische Demokratie gegen die Theorie der sozialen Demokratie grundsätzlich zu verteidigen, ebensowenig soll hier ein Plädoyer für die positivistische Rechtstheorie und gegen die marxistische Rechtstheorie geführt werden. Das Problem ist vielmehr auch in diesem Punkt, ob in der Rechtstheorie Hans Kelsens Momente enthalten sind, auf die man sich beziehen kann, wenn es gilt, die Einheitsfront gegen faschistische Strömungen zu verstärken.

Hervorzuheben ist zunächst, daß es sicherlich unrichtig ist, wenn in der bundesrepublikanischen Lehre nach 1945 das Einordnen der Juristen in den nationalsozialistischen Herrschaftsapparat und ihr problemloses Funktionieren innerhalb dieses Apparates zurückgeführt wird auf eine angeblich positivistische Grundhaltung dieser Juristen. Der Positivismus, auch der von Anschütz und Thoma und erst recht der Positivismus Kelsenscher Prägung, war in der Weimarer Republik nicht mehr die vorherrschende Lehre. Vor allem aber ging der Kampf innerhalb der nationalsozialistischen Lehre ganz entschieden und eindeutig gegen den Liberalismus und den Positivismus, und es wurde versucht, ein nationalsozialistisches Naturrecht des Blutes und der Volksgemeinschaft aufzubauen. Im Gegenteil hätte eine positivistische Beurteilung bereits der „legalen“ Machtergreifung sowie der zahllosen rechtlosen Gewaltmaßnahmen eher zu einer Opposition gegen den Nationalsozialismus führen können. Die Reine Rechtslehre hat, indem sie die Geltungsbedingungen des positiven Rechts herausarbeitete, einen wichtigen Beitrag geleistet zur Verteidigung der Legalität gegenüber der Legitimität, des Rechts gegenüber dem Ausnahmezustand, des demokratisch gesetzten Rechts gegenüber reaktionären Naturrechtslehren, des Rechts gegenüber dem bloß faktischen So-Sein der Rechtswirklichkeit. Gegenüber dem Faschismus an der Macht vermochte die Reine Rechtslehre mit ihrer Trennung von Norm und Wert, von Recht und Moral, von Sein und Sollen allerdings vom Rechtsstandpunkt aus nichts vorzubringen. Kelsen hat die Notwendigkeit und Berechtigung politischen Handelns, insbesondere antifaschistischer politischer Aktivität niemals bestritten. Aus dem Positivismus Kelsenscher Prägung folgt nicht, daß eine moralische, politische oder sonstige Pflicht zur Befolgung des Rechts besteht. Kelsen will das positive Recht erkennen, aber nicht bewerten. Die Freiheit jedes Rechtsunterworfenen, das positive Recht als unrichtig, als dem objektiven Ge-

schichtverlauf widersprechend, als barbarisch, als bestimmte Klassen oder Individuen unterdrückend anzusehen und dementsprechend politisch zu bekämpfen, macht die Reine Rechtslehre niemandem streitig.<sup>25</sup>

Die Reine Rechtslehre fragt nicht nach den materiellen Bedingungen, die bestimmen, wie das jeweilige positive Recht entsteht und vergeht, welche politischen und sozialen Inhalte es hat und welche sozialen Funktionen es ausübt. Sie bestreitet die Berechtigung solcher Fragestellungen und ihrer Beantwortung nicht, weist sie aber anderen Wissenschaften zu als der Rechtswissenschaft als einer Theorie des positiven Rechts. Ihrer eigenen Aufgabenstellung nach kann die Reine Rechtslehre nur ein Bruchstück-Wissen über das Recht liefern. Falsch wäre diese Theorie dann, wenn sie vorgäbe, wie es der ältere Positivismus, insbesondere in der Form der Begriffsjurisprudenz tat, das Recht als gesellschaftliches Phänomen, als Teil des von der Basis der Produktionsverhältnisse erzeugten Überbaus vollständig erkannt zu haben. Dies tut die Reine Rechtslehre nicht.

Das Vorhandensein des positiven Rechts ist eine gesellschaftliche Tatsache. Die Reine Rechtslehre hat sehr viel dazu beigetragen, das positive Recht von anderen gesellschaftlichen Phänomenen zu unterscheiden. Die bloße Beschreibung und begriffliche Erfassung eines gesellschaftlichen Phänomens ist, wie die marxistische Wissenschaft lehrt, noch bei weitem nicht die wirkliche Erkenntnis des Gegenstandes; aber es ist der erste Schritt bei der Anwendung der Methode des Aufsteigens vom Abstrakten zum Konkreten. Die Reine Rechtslehre bleibt bei diesem ersten Schritt stehen. Aber es ist ein notwendiger Schritt und einer, der die Voraussetzung für die weitere Erkenntnis ist und für die aus dieser Erkenntnis sich ergebende Kritik und Umwälzung der Praxis. Dies gilt auch für das nationalsozialistische Recht.

25 Bedenklich deshalb die These H. Klenners, in: *Reine Rechtslehre*, S. 51: „Mit dem Hinweis auf die nun einmal erforderliche Gesetzestreue der Richter ist übrigens die Nazijustiz durch die in der Bundesrepublik herrschende Meinung ganz pauschal von der Verantwortung für ihre Bluturteile freigesprochen worden: also auch Reinwaschungsargumentation bedient der Positivismus.“ Der Filbingerschen These: „Was damals Recht war, kann heute nicht Unrecht sein“, kann man ja nicht nur entgegen halten: „Es war damals schon kein positives Recht“, sondern auch – und dies scheint mir der richtige Weg: „Es war damals positives Recht, das wir jetzt durch einen Akt des positiven Rechts für unseren neuen antifaschistischen Staat für Unrecht erklären; so daß wir dich für dein damaliges Verhalten zur Verantwortung ziehen.“

Ebenso wie der Zeitgeschichtler feststellen muß, was geschah, in welchen Handlungen sich diese nationalsozialistische Herrschaft äußerte, so muß der Rechtswissenschaftler feststellen, wie das positive Recht im Nationalsozialismus aussah. Die Feststellung des positiven, d. h. des geltenden und wirksamen Rechts im Faschismus beinhaltet in keiner Weise eine Zustimmung zu diesem Recht. Die Forderung, das Recht oder Teile des positiven Rechts des Nationalsozialismus gar nicht als Recht anzusehen, sondern als bloße terroristische Gewalt oder als Un-Recht, als eine Form des Nicht-Rechts, birgt – objektiv – die Gefahr der Verharmlosung in sich. Das nationalsozialistische Recht wird damit den Regeln einer Räuberbande gleichgesetzt, indes doch das wirklich Erschreckende ist, daß die Verhaltensregeln der Gangsterbande zum positiven Recht eines Staates werden konnten. Die objektive, wissenschaftliche Feststellung, daß z. B. die millionenfache Ermordung von Juden gemäß dem positiven Recht dieses Staates geschah, ist unverzichtbare Voraussetzung dafür, ein System, in dem solches positives Recht sein kann, radikal zu kritisieren und zu bekämpfen. Der Begriff des positiven Rechts, wie ihn die Reine Rechtslehre erarbeitet hat, ist ein notwendiges Instrument zur Erfassung eines wesentlichen gesellschaftlichen Phänomens. Es reicht, um bei dem extremen Beispiel der Judenvernichtung zu bleiben, nicht aus, das, was in den Vernichtungslagern geschah, als bloße Faktizität, als Tötungshandlung zu beschreiben und dann diese Handlung als Unrecht zu erkennen (was sie selbstverständlich war unter moralischen und politischen Bewertungskriterien). Es würde damit ja gerade das nicht festgestellt, was zur Einmaligkeit und Entsetzlichkeit dieser Tötungen gehört: daß sie damals eben kein Unrecht, sondern positiv-rechtlich gesehen rechtmäßig waren.

Die Qualifizierung des Nationalsozialismus nach 1945 durch Teile der bundesrepublikanischen Rechtslehre als Unrechtsstaat und die These, Teile der nationalsozialistischen Rechtsordnung seien von Anfang an Unrecht gewesen, hatte auch die objektive Funktion, Kontinuitäten zu unterbrechen und das Bewußtsein der Betroffenen davon zu entlasten, daß in Wirklichkeit dieser Unrechtsstaat nicht der Staat Hitlers und einiger Spießgenossen, sondern ihr eigener Staat gewesen ist, daß dieses „Unrecht“ ihr positives Recht gewesen ist, von der Rechtsgemeinschaft als geltendes Recht anerkannt, befolgt und durchgesetzt.

Vor allem konnte es nunmehr als Aufgabe lediglich der Rechtswissenschaft und der Gerichte angesehen werden, aus der Masse des

nationalsozialistischen positiven Rechts jene Teile herauszufiltern, die Nicht-Recht, Un-Recht gewesen sein sollen und die deshalb von Anfang an keine Geltung besessen haben sollten. Damit wurde die kollektive, gesamtgesellschaftliche Reflexion darüber, was denn positives Recht gewesen war und was nunmehr positives Recht in Zukunft sein solle, als entbehrlich hingestellt. Die Aufarbeitung der Vergangenheit konnte als eine Aufgabe hingestellt werden, die allenfalls einige Spezialisten, z. B. in der Strafjustiz anging. Erforderlich wäre gewesen, durch Gesetzgebungsakte, in denen sich der Wille der im Staat repräsentierten Gesellschaft ausdrückt, eine Bewertung der Handlungen vorzunehmen, die nach dem nationalsozialistischen Recht rechtmäßig waren. Das gegenteilige Verfahren, den Richter im Einzelfall positives Recht und „positives“ Un-Recht voneinander selektieren zu lassen, führte dann zu solch grotesken Ergebnissen, daß eine Ehefrau, die ihren Mann angezeigt hatte, weil er einen politischen Witz erzählt habe und der daraufhin zum Tode verurteilt wurde, wegen Beihilfe zum Mord bestraft wurde, nicht aber der Richter, der das Todesurteil ausgesprochen hatte, denn ihn schützte seine richterliche Unabhängigkeit und die Tatsache, daß er nur das Gesetz vollzogen habe.