

Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

19 71. Jahrgang
7. Oktober 2016
Seiten 913–968

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professorin Dr. **Monika Frommel, Kiel***

Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit

In den 1950er Jahren dominierte in der Rechtsphilosophie ein konservatives Naturrechtsdenken. Was schon vor 1933 als „Rechtserneuerung“ gefordert worden war und dann von einzelnen Autoren offen als „völkisches Rechtsdenken“ legitimiert wurde, kehrte in veränderter Gestalt „naturrechtlich“ verbrämt wieder. Wenn heute Gustav Radbruch als Protagonist dieser Strömung erscheint, so wird verkannt, dass die berühmte Radbruchsche Formel 1946 die Position eines Außenseiters war. Die von Erik Wolf in Gang gesetzte Interpretation, nach der Radbruch 1945 als Zäsur erlebt und in den Trümmern der Nachkriegszeit das Naturrecht entdeckt habe, ist eine Fehldeutung. Radbruchs neukantianisches System blieb in seiner Konzeption unverändert. Es ist weder positivistisch noch naturrechtlich und zeigt so gesehen einen Ausweg aus zwei Sackgassen.

I. Von der „Rechtserneuerung“ zum Naturrecht

Lange haben Rechtstheoretiker und Historiker das Naturrecht der Nachkriegszeit nicht ernst genommen. Es galt als überholt, war aber dennoch wirkungsmächtig. Übersehen wurde, wie stark und nachhaltig diese rückwärtsgewandte Sicht die Disziplingeschichte bis in die jüngste Vergangenheit geprägt hat. Dies hat Lena Foljanty in ihrer 2013 erschienenen Monographie eindrucksvoll herausgearbeitet¹.

Damals bauten in sich heterogene Gruppen Brücken zwischen den Rechtswissenschaften und der Theologie beider Konfessionen, gemeinsam war ihnen eine fatale Engführung dessen, was als „typisch“ nationalsozialistisch identifiziert wurde. Die „Banalität“ des Bösen und die „Normalität“ des NS-Systems wurde übersehen und nur die Barbarei der NS-Zeit als „nationalsozialistisch“ angesehen. Dies erlaubte es

der damaligen Generation, die alten Feindbilder beizubehalten, und zwar ausgerechnet den „Positivismus“ und die wenigen demokratischen Traditionen, die bereits 1933 vertrieben worden waren. Eigentlich hätten aufmerksame Beobachter bemerken müssen, dass die wertphilosophischen Formeln bereits vor 1933 den Nationalsozialismus begünstigt („Erneuerung“) und auch danach seine Etablierung zumindest erleichtert hatten. Dennoch wurde nach 1945 umgedeutet, was revidiert hätte werden müssen. Uns Heutigen ist klar, dass die Naturrechtswende eine Ideologie war. Sie erinnert uns auch fatal an die „Rechtserneuerung“. „Naturrecht“ war am wenigsten geeignet, um die Zerstörung der Rechtssicherheit zu „überwinden“, und „dem Positivismus“ eine Mitschuld zuzuschreiben lief denn auch auf eine diffamierende Umkehrung der Verantwortlichkeiten hinaus. Aber diese Schuldumkehrung ist langlebig gewesen. Sie hat Legenden gefestigt und immer neu produziert. Rückblickend verhielten diese Legenden eine angemessene Analyse der Rolle der Rechtswissenschaft und ermöglichten zahlreichen Juristen ein unverdient gutes Gewissen. Mittlerweile sind die Befunde bekannt.

Wir wissen mehr als diejenigen, die das NS-System eigentlich noch miterlebt haben. Aber die „Positivismus-Legende“ erleichterte das Schweigen darüber, wieso so viele bereits vor und nach 1933, in der Kriegszeit und dann wieder nach 1945 so unkritisch dem jeweiligen Zeitgeist folgten. Die verhängnisvolle Funktion dieser – nur auf den ersten Blick – naiven Debatte war bislang weder Rechtsphilosophen noch Rechtshistorikern klar. Auch ignorierten beide Disziplinen, wie strategisch die jeweiligen Formeln damals eingesetzt worden waren und wie strategisch sie nach 1945 wieder eingesetzt wurden. Eher unverfänglich ist es, dass Naturrechtsformeln bis Mitte der 1950er Jahre das Richterrecht prägten. Insbesondere im Strafrecht kam es zu fatalen Verharmlosungen.

II. Lockerung der Gesetzesbindung

In den 1970er Jahren diskutierten Kritiker der Naturrechtsbewegung das Thema „Recht und Gesetz“ aus einer Fragestellung heraus, die mit einer grundlegenden Skepsis gegen jede *Lockerung der Gesetzesbindung* umschrieben werden kann. Dürfen Richter im Namen des „Rechts“ statt der Ge-

* Die Autorin war bis 2011 Direktorin des kriminologischen Instituts der CAU Kiel.

¹ Lena Foljanty, *Recht oder Gesetz*, 2013; besprochen von Bernd Rütbers *JZ* 2013, 822–829. Foljanty gelingt es vorzüglich, die verfälschenden Rückblicke der Nachkriegszeit zu demonstrieren. Nicht zuletzt deshalb, weil sie einen weiten Naturrechts-Begriff verwendet, quellenkritisch vorgeht und den historischen Kontext der jeweiligen Texte genau analysiert. So erfasst sie auch die verhängnisvolle Wirkungsgeschichte der damaligen Legendenbildung.

setze sprechen? Rütters ging und geht davon aus, dass es nicht die Aufgabe der Justiz sei, neues Recht zu schaffen, sondern die geltenden Gesetze auszulegen. Mittlerweile würde man wohl beide Haltungen, eine rein positivistische ebenso wie eine naturrechtliche als überholt kritisieren. Aus historischer Sicht ist es sinnvoll, einem *weiten Begriff von „Naturrecht“* zu folgen, denn nur so können die damaligen Debatten und Netzwerke beschrieben werden. Es kann die Bedeutung dieser Haltung im historischen Kontext gezeigt und analysiert werden, weil alle funktional gleichwertigen Formeln als „naturrechtlich“ erfasst werden. Aus dem Stimmengewirr der zehn Jahre nach 1945 wird eine gemeinsame Melodie von Leuten, die alles andere als fortschrittlich waren. Sie suchten nach Orientierung, verwarfen Texte von Gustav Radbruch als zu „relativistisch“ und konstruierten erneut einen „Gegner“, den „Positivismus“. Schließlich debattierten noch in den 1960er Jahren Rechtsphilosophen über diese eingebildeten Gegensätze, als seien sie unentrinnbar. Dies erklärt auch, wieso Erik Wolf eine „naturrechtliche“ Sicht auf Gustav Radbruch durchsetzen konnte³. Allerdings ging ihm die moderate Sicht des so interpretierten Radbruch dennoch nicht weit genug, weil dessen Lehre angeblich noch „keine Richtschnur von praktischer Brauchbarkeit“ geliefert habe. Auch ein anderer Autor, der Radbruch eigentlich nahe gestanden hatte, Robert von Hippel, suchte allen Ernstes nach einer materialen Gerechtigkeitslehre mit einem „eindeutigen Inhalt“⁴. Derartige Annahmen waren zwar in den Trümmern der Nachkriegszeit menschlich verständlich, aber rechtsphilosophisch naiv; sie blockierten darüber hinaus einen Neuanfang und lähmten insbesondere das Fach Rechtsphilosophie. Angesichts der naturrechtlichen Zumutungen suchten praktische Juristen nach einem Ausweg und sahen ihn in einer hermetischen Sicht auf „Recht“ und „Gesetz“, statt hermeneutisch zu diskutieren, was angemessen und gesetzeskonform sein könnte. Die Folge war eine Selbstbeschränkung auf eine Version von Dogmatik, die dem gesellschaftlichen Wandel nicht Rechnung tragen konnte.

„Recht“ und „Gesetz“ waren nicht erst nach 1945 ein merkwürdiger Gegensatz. Folgt man einem pluralen Rechtsbegriff, wie ihn bereits vor über 100 Jahren H.U. Kantorowicz formuliert hatte, muss man alle Rechtsquellen beachten und dem Formalrecht gegenüberstellen, ohne dass es zu einer Vermischung von „Recht“ und „Moral“ kommt, wie das bei Naturrechtlern geschieht. Der nicht naturrechtliche Rechtsbegriff dieses lange Zeit vergessenen Autors bezieht sich nur auf äußeres Verhalten und verlangt, dass Recht justiziabel (erzwingbar) sein muss. Förmliche Gesetze sind so gesehen nur ein wichtiger Teilbereich. Mit einer Lockerung der Gesetzesbindung hat es also nichts zu tun, wenn Rechtswissenschaftler einem weiten und pluralistischen Rechtsbegriff folgen⁵. Tatsächlich werden aber diese Dimensionen immer

wieder vermengt. Mehr als ein Jahrhundert lang lieferten sich Rechtswissenschaftler mit fast denselben Argumenten bei wechselndem zeitgeschichtlichen Kontext die immer gleichen methodologischen Scheingefechte.

Im 21. Jahrhundert werden wir andere Probleme haben: wir erleben gerade eine permanente Änderungsgesetzgebung. Sie produziert ebenfalls Probleme. Wir werden uns also mit den Folgen dieser kurzatmigen Gesetzesflut in Zukunft beschäftigen müssen. Aber für das 20. Jahrhundert gilt, dass die jeweilige Methodenkritik von Stichworten wie „außergesetzliche Rechtsquellen“, „Rechtskultur“ und schließlich „Naturrecht“ bestimmt war. Nach 1933 und nach 1945 wurde – in bemerkenswerter Kontinuität – gegen den „Positivismus“ polemisiert. Galt nach 1933 noch die „Rechtserneuerung“ als „Rettung“, träumten weitgehend dieselben Autoren nach 1945 von einem „Naturrecht“. Blickt man zurück, fällt auf, dass um 1900 fast niemand an die Wiederkehr des „Naturrechts“ gedacht hätte. Damals waren eine rationalistische Haltung und ein stabiler Glaube an die juristische Systembildung sehr stark. Erst nach dem Ersten Weltkrieg wurden wieder irrationale Strömungen modern und wirkungsmächtig. Dass eine Wortschöpfung wie „Naturrecht“ sich nach 1945 wieder durchgesetzt hat, brachte neue Simplifizierungen der Probleme mit sich und verzögerte die angemessene Reflexion über die letztlich barbarischen Ideologien des 20. Jahrhunderts. Betrachten wir daher die Zeit um 1900 genauer.

III. Ein Rückblick in die Anfänge rechtstheoretischer Reflexion um 1900

Um 1900 war die Idee eines „Naturrechts“ – wie sie zu Beginn des 19. Jahrhunderts noch anzutreffen war, überholt⁶. Nicht überholt war hingegen die Frage der Legitimierung des jeweils geltenden Rechts. Auch dies ist eine alte Frage. In der Zeit nach Hegel⁷ war klar, dass diese Aufgabe

⁶ „Naturrecht“ meint nicht nur die Bindung des positiven Rechts an Grundrechte, was nach 1945 erstmals politisch realistisch und mit dem GG positiviert wurde. „Naturrecht“ im Sinne der Nachkriegszeit sollte ein erkennbares überzeitliches normatives System sein, also mehr als etwa eine mögliche Verbindung von Recht und Moral (*Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 3. Aufl. 2011). Die in den 1950er Jahren beliebte ontologische Begründung des angeblich „richtigen Rechts“ war anachronistisch; denn es war schon zu Hegels Zeiten fragwürdig. So gesehen stimmt auch die übliche Sicht, dass die Hegelsche Philosophie spätestens in der Zeit der großen Kodifikationen und der dogmatischen Systembildung um 1900 an ihr Ende gekommen war. Allenfalls wirkte die starke Verbindung von „Sittlichkeit“ und „Staat“ im 20. Jahrhundert weiter. Es findet sich diese Mentalität im autoritären Staatsdenken. Aber auch dies ist bereits keine Frage der Philosophie mehr, sondern der Rechtfertigung politischer Zustände. – Bestätigt wird die hier vertretene Sicht durch die verschiedenen Studienbücher zur Rechtsphilosophie, etwa der „Rechtsphilosophie und Rechtstheorie“ von *Matthias Mahlmann*, 2010: Im historischen Teil spielt Hegel nur die Rolle einer episodenhaften optimistischen Sicht (§ 7); in § 20 desselben Werkes werden die üblichen Sichtweisen zu „Recht“ und „Moral“ (Trennungs- und Verbindungsthese) dargestellt. Weder die Trennungs- noch die Verbindungsthese beschreibt die komplexe Theorie Gustav Radbruchs. Auch die Verbindungsthese wird den Erwartungen der Naturrechtsbegeisterung der Nachkriegszeit nicht gerecht. Die Autoren wollten mehr als zugestehen, dass moralische Argumente in Gesetzen und Auslegungen einfließen können. Sie wollten damals Werte „ontologisch“ rekonstruieren.

⁷ Bereits reflektierte Hegelianer wie Albert Friedrich Berner vertraten schon am Ende des 19. Jahrhunderts kein Naturrecht mehr, sondern waren modern und versuchten lediglich, das geltende Recht philosophisch an der Idee der Freiheit zu überprüfen. Vgl. hierzu „Der ‚dreifache‘ Berner“ von *Florian Jeßberger*, in: Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 261 – 276. Aus heutiger Sicht folgt *Axel Honneth*, Das Recht der Freiheit, 2012, einem ähnlichen Ansatz. Es ist dies der immer wieder aktualisierte Versuch, der Beliebigkeit philosophisch

² *Foljanty* (Fn. 1) folgt insoweit der Position, die auch *Bernd Rütters* seit Jahrzehnten unermüdetlich vertritt. Der Unterschied liegt im präsentierten Material. *Rütters* zeigt exemplarisch, was *Foljanty* flächendeckend für die Zeit nach 1954 belegen kann.

³ Dazu näher unten V.

⁴ *Arthur Kaufmann*, Gustav Radbruch – Leben und Werk, Gesamtausgabe, Bd. 1 (Rechtsphilosophie I), 1987, S. 83 m. w. Nachw. Die Gesamtausgabe revidiert denn auch die ungerechte und viel zu enge Sicht von Autoren wie Erik Wolf. Gustav Radbruch habe lediglich „ex negativo“ einzelnen NS-Gesetzen die „Rechtsqualität“ im Sinne einer philosophischen Geltungslehre abgesprochen, nicht aber positive Kriterien aufstellen wollen für „Recht“ oder gar abschließende Kriterien für „gesetzliches Unrecht“. Beides habe er immer als unmöglich bezeichnet (Relativismus).

⁵ Eine übliche, wenn auch falsche Sicht auf H.U. Kantorowicz als „Freirechtler“ übersieht die Komplexität dieser neukantianischen Rechtslehre.

nicht mehr aus einem Guss zu leisten war. Schon damals gab es eine Vielzahl von miteinander unvereinbaren politischen Bekenntnissen, die völlig unterschiedliche Ziele zu legitimieren versuchten. Daher formulierte Gustav Radbruch schon vor dem 1. Weltkrieg und in den ersten Auflagen seiner Rechtsphilosophie eine Parteienlehre und stellte die politischen Dispute rechtsphilosophisch dadurch still, indem er sie „relativistisch“ darstellte und dem Gesetzgeber den Vorrang bei der Auswahl zweckmäßiger Programme und angemessener Mittel einräumte. Konnten Gesetze unterschiedlich ausgelegt werden, dann stellte auch er dem kodifizierten Formalrecht ein „Freirecht“, gegenüber. Man kann es auch Richterrecht nennen. Auslegung ist schließlich nicht durch die förmlichen Gesetze determiniert. Aber es ist Recht (nicht Moral). Der korrespondierende Begriff zum „Gesetz“ ist nicht „Naturrecht“, sondern empirisch beschreibbare und legitimierbare „Rechtskultur“⁸.

Kulturwissenschaften können beschreiben, was in einer bestimmten Gesellschaft als Rechtskultur soziale und rechtliche Geltung beansprucht. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts waren empirisch arbeitende Kulturwissenschaften bereits bekannt und beliebt. Wieso begannen dann die Rechtswissenschaften zu Beginn des 20. Jahrhunderts dennoch nicht damit, sich nachprüfbar mit dem zu beschäftigen, was in der Tradition von Max Weber als „Rechtskultur“ empirisch zu erforschen und normativ zu bewerten gewesen wäre? Die Gründe sind vielfältig. Wir kennen heute die Folgen. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts waren die wenigen Kritiker des sich anbahnenden idealistischen und später offen ideologischen Denkstils, an den die Naturrechtler nach 1945 lediglich erneut anknüpften, in der Minderheit. Sie hatten also sowohl zu Beginn des 20. Jahrhunderts als auch nach 1945 eine hoffnungslose Minderheitenposition. Daher sollen sie hier zu Wort kommen, um zu zeigen, dass auch irrationale Strömungen nicht zwangsläufig sind, sondern das Ergebnis einer selbst verschuldeten Unmündigkeit. Soll gezeigt werden, was möglich gewesen wäre, ist – neben Gustav Radbruch – insbesondere an H. U. Kantorowicz zu denken. Er ist im Gegensatz zu vielen Denkern des letzten Jahrhunderts für uns Heutige nach wie vor interessant. Die in der eingangs erwähnten Studie von Lena Foljanty untersuchten Texte und Biographien sind demgegenüber nur Material der Zeitgeschichte. Wir verstehen nach ihrer Analyse nun besser, wieso nach 1945 so nachhaltig massive Denkblockaden die nötige und produktive Reflexion unterdrückt haben.

Radbruch und Kantorowicz hatten sich nicht für spekulativ konstruiertes „höheres“ Recht interessiert, sondern für beschreibbare außergesetzliche Rechtsquellen. Sie sollen nur innerhalb des Rahmens des jeweils geltenden Rechts dem pluralistischen gedachten „Recht“ und der „Rechtskultur“ entnommen werden. Nicht nur Radbruch, auch Kantorowicz legte Wert auf die Feststellung, dass solche Überzeugungen nicht deskriptiv zu gewinnen sind, sondern normativ wirken. Sie prägen zunächst einmal nur das jeweilige Vorverständnis, das sich dann aber am geschriebenen Gesetz und an Präjudizien abarbeiten muss. Kantorowicz war also kein Rechtsrea-

list, sondern ein konsequenter Vertreter eines neukantianischen Denkens. Er warnte schon früh vor dem naiven, aber weit verbreiteten Glauben, man könne Einzelfallentscheidungen unmittelbar aus dem Gesetz oder dem „System“ des StGB oder BGB ableiten, womöglich noch deduktiv im Wege einer angeblich logischen Subsumtion. Hätte er sich durchgesetzt, hätte man sehr viel transparenter über die eigene „Rechtskultur“ geforscht und sich den damals einsetzenden Sozialwissenschaften geöffnet. Stattdessen wehrte man jede Kritik an der Autorität der Juristen ab und forderte „mehr vom selben“: System und Gesetzesbindung. Aus heutiger Sicht ist klar, dass die methodenkritische Intention völlig missverstanden und zu Unrecht als „Freirecht“ diffamiert wurde. Mit der abwertenden Bezeichnung verbanden konservative Kritiker allerdings Vorstellungen, die Kantorowicz selbst als „contra legem Fabel“ bezeichnete. Zwar hatte er sich – in unseren Ohren – überzeugend verteidigt, aber ohne Erfolg. Die unzutreffende These, er habe eine Lockerung der Gesetzesbindung angestrebt, blieb stehen. „Freirecht“ blieb ein Schimpfwort. Nach 1945 wurde die „contra legem Fabel“ auch nicht ausgeräumt, vielleicht unter anderem wegen der Tatsache, dass „Freirecht“ von wenigen Autoren auch während des Dritten Reiches – aber unter völlig anderen Vorzeichen, nämlich nationalsozialistisch – instrumentalisiert worden war (so von Justus Wilhelm Hedemann⁹). Niemand versuchte, die gegensätzlichen Ziele und Positionen klarzustellen. Die Debatte ist verfälscht und mittlerweile auch vergessen. Da H. U. Kantorowicz 1933 emigriert war, gab es keine Schule derer, die bei ihm noch ausgebildet worden waren. Er konnte nach 1945 schlicht ignoriert werden. Dafür gab es auch Gründe; denn seine Argumente passten nicht in die Rituale der damaligen Methodendiskussionen. Wen wundert also, dass sich die Missverständnisse auch in der Folgezeit nicht mehr auflösen ließen?

Erst heute erkennen wir den Wert seines interdisziplinären Vorgehens. Die richtige Kennzeichnung wäre heute: Rechtsfindung in einer Zeit des *Rechtspluralismus*¹⁰. Zwar wäre diese Einsicht auch schon in den 1970er Jahren zu erwarten gewesen. Schließlich gab es damals keine in sich geschlossenen Systeme des Zivilrechts, Strafrechts. Öffentlichen Rechts mehr. Aber da auch damals noch ziemlich undifferenzierte Schlachten geschlagen wurden, wenn auch der Umgangston vergleichsweise harmlos war, lösten sich die Rezipienten noch nicht von althergebrachten Vorurteilen. Damals ging es um die *philosophische Hermeneutik*. Diese konnte man abgehoben (Gadamer) oder praktisch umsetzen. Josef Esser wählte den zweiten Weg. Die hämischen Kommentare zu seinen Vorschlägen¹¹ zeugen von Unverständnis,

⁹ Heinz Mohnhaupt, Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während der Epoche des Nationalsozialismus, in: Michael Stolleis/Dieter Simon (Hrsg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus: Beiträge zu einer Disziplin*, 1989, S. 107–159. Hubert Rottleuthner ARSP Beiheft 18, 1983, nennt diese Variante der NS-Richter „substanziellen Dezisionismus“. Zur Fehleinschätzung dieses unabhängigen liberalen Denkers innerhalb der Fächer Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte Monika Frommel, H. U. Kantorowicz (1877–1940). Ein Rechtstheoretiker zwischen allen Stühlen, in: *Heinrichs* u. a. (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993, S. 631–641.

¹⁰ Marietta Auer, Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft – zum 75. Todestag von H. U. Kantorowicz, ZEuP 2015, 773–786. Besonders wichtig ist der Hinweis, dass man H. U. Kantorowicz nicht nur aus der Perspektive der deutschen Debatten lesen darf, sondern als Kenner der englischsprachigen liberalen Rechtstheorie. Er ist der einzige Vertreter, der es mit H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, aufnehmen kann. Die deutschen Debatten des 20. Jahrhunderts wirken demgegenüber unangemessen staatszentriert.

¹¹ Foljanty (Fn. 1), S. 216 f. meint, Hans Welzel, Karl Larenz und Josef Esser als gemäßigte Naturrechtler einstufen und in ihrer Eigenart neben-

Grenzen zu ziehen. Mit „Naturrecht“ hat eine solche Vorgehensweise wenig zu tun.

⁸ Der politische Anspruch der Neukantianer kann wohl erst heute gesehen und umgesetzt werden. Da sie annahmen, dass rein normative Fragen rational nicht zu entscheiden sind, waren sie demokratisch gesinnt. Erkenntnistheoretisch hielten sie weder eine idealistische noch eine materialistische Position für begründbar, wohl aber gingen sie davon aus, dass es transzendente Unterstellungen gibt, die differenziertes Denken erst ermöglichen. Damit öffneten sie die Philosophie für Fragen, die eigentlich nur interdisziplinär bearbeitet werden können.

vergangenen Mythen und Denkblockaden. Seine kleine Schrift über „Vorverständnis und Methodenwahl“ (1970) wurde – wie schon früher das „Freirecht“ – als Abkehr vom Systemglauben verdammt und damit gründlich missverstanden, sein Impuls vom Fach Rechtsphilosophie nicht aufgenommen. So gesehen erinnert die damalige Kritik an der Rolle des jeweiligen außergesetzlichen Vorverständnisses an die geradezu eifernde Polemik 70 Jahre zuvor. Bereits vor dem Ersten Weltkrieg versuchten Gustav Radbruch und H. U. Kantorowicz (insbesondere im Jahre 1904¹²) eine methodenkritische Öffnung. Auch sie wurde nicht gehört bzw. diffamiert. Offenbar wurde in den verschiedenen Epochen der Rechtsgeschichte immer wieder so getan, als genüge ein Appell an die Gesetzestreue, um methodologische Probleme zu erledigen. So einfach ist das aber nicht. Gesetze sind oft nicht systematisch. Immer widersprechen sich einzelne Bestimmungen. Fast alle Gesetze enthalten Wertungswidersprüche und können schon deswegen nicht immer sinnvoll auf den zu entscheidenden Fall „schlicht angewandt“ werden. Daher führen die beiden Maximen, die mit „Gesetz“ und „Recht“ umschrieben werden, nicht sonderlich weit. Zwar klingen Postulate wie Gesetzesbindung und Wertorientierung gut, lassen sich aber nicht und schon gar nicht schlicht umsetzen. Dies kümmerte aber in den letzten hundert Jahren insbesondere diejenigen nicht, welche sich in immer neuen Varianten auf „naturrechtliche Prinzipien“ bezogen haben. So gesehen ist die Naturrechtsgläubigkeit der 1950er Jahre lediglich eine Steigerung. Sie macht eine weit verbreitete Lebenslüge der vergangenen Juristengenerationen nur deutlich. Mittlerweile ist sie abgeklungen.

IV. Die Netzwerke der Nachkriegszeit

„Naturrecht“ wäre nicht so wirkungsmächtig gewesen, wenn es nicht durch parallel arbeitende Netzwerke der Nachkriegszeit stabilisiert worden wäre. Der gemeinsame Gegner, der damals an allem schuld gewesen sein soll, wurde „Positivismus“ genannt, eine geradezu groteske Konstruktion, hatten doch schon die NS-Juristen den geistigen Feind als „Liberalismus“ und „Positivismus“ ausgemacht. Angesichts dieser fatalen Kontinuität können wir heute verstehen, wieso es so lange gedauert hat, bis sich eine nüchterne Einschätzung der jeweiligen Rolle des Zeitgeistes eingestellt hat. Was sind die Gründe für diese selbstgewählte Beschränkung der

einander stellen zu können. Dies erscheint unangemessen. Eine solche Sicht verkennt die aktive Rolle, die sowohl Hans Welzel und Karl Larenz gespielt haben, und zwar bereits 1933, dann wieder nach 1945. Beide haben sich in diesen beiden Epochen an die Spitze der jeweiligen Bewegungen gestellt. Josef Esser hingegen war weder daran interessiert, geschichtsmetaphysische Bögen zu spannen, um Gegner zu kritisieren, noch ging es ihm darum, die jeweilige Gegenwart als Kulmination einer geistigen Strömung zu verherrlichen und dabei auch noch das eigene Werk zu veredeln. Esser war alles andere als ein Naturrechtler, er war ein weltoffener und an ideologischen Kämpfen desinteressierter Zivilist, der Rechtskulturen verstehen und Theorie und Praxis verbinden wollte. Ihm ging es um eine realistische Sicht und darauf basierend eine Verbesserung der juristischen Debatten-Kultur. Sein Ziel war es, die Anforderungen an die Kommunikation vor Gericht zu erhöhen, um Richter in die Lage zu versetzen, plausible Konfliktlösungen zu finden. Richterrecht ist legitim, wenn der Entscheidungsfindung ein Disput vorangegangen ist, der von kommunikativer Kompetenz getragen war. Dies setzt eine Rechtskultur voraus, in der transparent und diskursiv um angemessene Lösungen gestritten wird. Fragen wie „Naturrecht“ oder „Positivismus“ erscheinen aus dieser Sicht sinnlos. Beide Alternativen beschreiben Sackgassen.

¹² Monika Frommel, Die Kritik am „Richtigen Recht“ durch Gustav Radbruch und H. U. Kantorowicz, in: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 43 ff.

juristischen Zunft vor und nach 1933 und nach 1945? Was sind die Vorläufer? Wieso beschäftigte man sich während des gesamten 20. Jahrhunderts mit methodologischen Scheindebatten? Diese Fragen lassen sich mit den Erkenntnissen, die Lena Foljanty in ihrem Buch zutage gefördert hat¹³, beantworten: Es handelt sich um die Folgen der Legenden, die sich in der Zeit der Naturrechtsbegeisterung der Nachkriegszeit erneut gefestigt haben. Die Legenden nach 1945 hängen selbstverständlich mit den Schweigekartellen, die sich damals ebenfalls gebildet haben, zusammen. Immerhin konnten sich beide Strategien für ein halbes Jahrhundert (zwei Generationen) halten und erfolgreich verhindern, dass die NS-Zeit und die Rolle zahlreicher NS-Juristen in dieser Zeit angemessen dargestellt wurde. Mittlerweile ist diese Phase vorbei. Aber die Strategien der Entsorgung der bedenklichen Vergangenheit sind dennoch für Außenstehende schwer verständlich geblieben und selbst für Insider nicht leicht zu entschlüsseln, da die Legendenbildung verdeckt betrieben wurde¹⁴.

V. Unverstanden oder bewusst verfälscht: Gustav Radbruch

Beginnen wir mit den größten Verdrehungen. Sie tauchen in fast allen Darstellungen auf. Fast alle Rezipienten rätseln über den genauen Sinn der berühmten Radbruch'schen Formel¹⁵. Sie sei zu unbestimmt (was meint „unerträglich“?), um zwischen Recht und Unrecht zu unterscheiden. Aber war dies die Absicht der kurzen Intervention? Sie wurde von Radbruch zu den damals politisch noch sehr umstrittenen Nürnberger Prozessen publiziert¹⁶. Es ging ihm darum klarzustellen, dass Staatsverbrechen zu ahnden sind, auch wenn sie nach der NS-Ideologie keine Verbrechen gewesen sein sollen. Nur in diesem Zusammenhang macht die „Wehrlosigkeitsthese“ Sinn. Im Kontext der damaligen Debatten ist sie leicht zu verstehen. Sie entschuldigt weder die Mächtigen der NS-Zeit, noch erklärt sie die Hilflosigkeit der Befehlsempfänger. Sie beschreibt einen Typus der Täter. Wer den Sozialdemokraten Gustav Radbruch kannte, musste zunächst einmal annehmen, dass er nur die kleinen Leute für „wehrlos“ hielt und nur ihnen ihren Gehorsam zugute halten wollte, wenn mächtige Kräfte von ihnen Gesetzesgehorsam und die Befolgung von Befehlen verlangten. Aber diese Lesart wurde in der reichlich ideologisch geführten Debatte der Nachkriegszeit erst gar nicht erwogen. Auch Lena Foljanty beginnt ihre Arbeit mit der üblichen Lesart der „Wehrlosigkeit“ oder „Positivismus-These“ des Jahres 1946¹⁷. Die Unsicherheit fast aller Rezipienten lag und liegt wohl darin begründet, dass diese Schrift von Erik Wolf 1947 in einem Kontext herausgegeben wurde, welche heute als *Verfälschung* bezeichnet werden muss. Zwar stimmt jedes Wort in dem wieder abgedruckten Text, aber es fehlen jene Stellungnahmen, die Radbruch auch nach 1945 als scharfen Kritiker

¹³ Foljanty (Fn. 1), S. 23 ff. („Feindbild Positivismus“).

¹⁴ Strategien des verdeckten Handelns wurden besonders deutlich bei der sogenannten „kalten Amnestie“; vgl. hierzu Monika Frommel, Taktische Jurisprudenz – die verdeckte Amnestie von NS-Schreibtischtätern 1969 und die Nachwirkung der damaligen Rechtsprechung bis heute, in: Festschrift für Hubert Rottleuthner zum 65. Geburtstag, 2011, S. 458 ff.

¹⁵ Foljantys Vorbehalte decken sich mit denen, welche auch Mahlmann (Fn. 6), § 13, S. 123, schildert. Die These einer naturrechtlichen Wende nach 1945 oder auch die Einordnung des jungen Radbruch als Positivisten kann aber als widerlegt gelten; vgl. die Aufsätze in „Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch“, hrsgg. v. Martin Borowski/Stanley L. Paulson, 2015.

¹⁶ Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 1–8.

¹⁷ Foljanty (Fn. 1), S. 19.

willfähriger Anpassung erfahrbar gemacht hätten. Die 1947 noch zu Lebzeiten und später postum herausgegebene „Vorschule der Rechtsphilosophie“ ist für diejenigen, die Gustav Radbruch besser kennen, unangemessen brav. Der Grund ist so einfach, dass es peinlich ist: Erik Wolf ließ alle Schriften weg, die – seinem eigenen Bekenntnis gemäß – ein „schlechtes“ Licht auf den „Relativisten“ Radbruch hätten werfen können. Die nicht mehr genannten Texte sind „Autoritäres oder Soziales Strafrecht“ (1933 – gegen die Kampfschrift von Georg Dahm und Friedrich Schaffstein¹⁸ geschrieben) und „Der Relativismus in der Rechtsphilosophie“ (1934).

Aber auch den Sinn der „Wehrlosigkeitsthese“ hat Radbruch noch vor seinem Tod erklärt. Er schrieb diesen kurzen Text als Notiz zum Nürnberger Juristenprozess und machte in einem Entwurf eines Nachworts (nach dem Nürnberger Urteil) seine Sicht auf die Nationalsozialisten deutlich. In seinem (nicht mehr autorisierten) *Entwurf eines Nachworts* zur 1932 erschienenen 2. Auflage seiner „Rechtsphilosophie“ erklärt Gustav Radbruch kurz vor seinem Tod seine Position erneut, aber Erik Wolf druckte dieses Nachwort nicht ab. Er hätte es – mit einer editorischen Notiz versehen – publizieren müssen, denn so setzte er ein Gerücht in die Welt, von dem er wissen musste, dass es falsch war: die angebliche „naturrechtliche Wende“ angesichts der „Trümmer des Rechts“. Ein halbes Jahrhundert redeten Leser also über ein unangemessen verkürztes Studienbuch und versuchten die Deutung, welche Erik Wolf gab, mit den Linien des Gesamtwerkes in Übereinstimmung zu bringen. Heute (das meint seit 1999) können wir nachlesen, was 1946 und 1947 wirklich gemeint war. Dass erst 1999 dieser Entwurf eines Nachwortes von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson publiziert worden ist¹⁹, ist ein Skandal. Die Versäumnisse haben tragische Züge. Denn erst dieses Nachwort macht hinreichend deutlich, was aufmerksame Leser des Gesamtwerks bereits ahnten, aber zuvor nicht wissen konnten: die Rede von der „naturrechtlichen Wende“ ist Unsinn. Der Entwurf des Nachworts lässt nun keine Zweifel mehr, dass Radbruch seine Rechtsphilosophie 1930–1932 vollendet hatte und auch nach 1945 nichts zurücknehmen wollte. Auch über die Rolle der Kirchen hatte er sich ein realistisches Bild gemacht, also keinen Anlass gesehen, seine Skepsis zu widerrufen. Bis zu seinem Tod blieb er vielmehr bei der schon früh entworfenen und 1932 bestätigten *philosophischen Geltungslehre*.

Erik Wolf hatte allerdings ein Interesse daran, sich selbst durch einen skeptischen Freund abzusichern gegen die Kritik der Rechtsphilosophen, die von einem „Naturrecht“ nichts hielten. Deshalb träumte er von Gustav Radbruch als einem nach 1945 geläuterten Naturrechtler. Anscheinend konnten Nachgeborene nicht daran zweifeln, da Wolf Wissen aus erster Hand zu haben schien. Genau dieses Wissen hatte er jedoch nicht, im Gegenteil. Er hat uns vielmehr seine Kenntnis vom Entwurf dieses Nachworts vorenthalten. Somit sind auch die Spätschriften relativistisch in dem Sinne, wie es Max Weber schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts formuliert hatte. Über Werturteile kann man streiten, sie können aber nicht wissenschaftlich, sondern allenfalls als persönliche Urteile mehr oder weniger gut begründet werden. Dies gilt auch für die Normwissenschaft der juristischen Dogmatik. Aber genau dies war die These, welche wertphilosophischen Zeitgenossen wie Hans Welzel²⁰ und Karl La-

renz zuwider war. Besonders infam brachte diese Abneigung Hans Welzel im Jahre 1962 auf den Punkt. Nach einem Zitat zum methodenkritischen Relativismus bemerkte er: „So geschrieben im Jahr 1932! Wir dürfen nicht vergessen, dass in solchen Lehren ausgebildet die deutschen Juristen ins „Dritte Reich“ zogen! Das Dritte Reich hat den Gesetzespositivismus beim Wort genommen“²¹. Dass derartig unverfrorene Denunziationen noch 1962 möglich waren und nicht sofort zurückgewiesen wurden, zeigt die Hartnäckigkeit dieser (machtgestützten) Legendenbildungen. Sie stabilisieren mächtige Interessen und fixierten Vorurteile.

VI. Die Akteure

Wer waren um 1945 die „naturrechtlichen“ Akteure? Was für Schwerpunkte setzten sie, wie gut waren sie vernetzt und welche politischen Konsequenzen hatten sie im Sinn? Die Netzwerke, die sich in dieser Zeit bildeten, waren ungewöhnlich²². Juristen und Theologen sprachen vielstimmig über „Naturrecht“. Wie kam es zu der ansonsten seltenen Auflösung disziplinärer Schranken zwischen Juristen und Theologen, wieso konnten beide Konfessionen gewonnen werden? Denn ohne deren Zusammenarbeit wären die vielfältigen Impulse eines „christlichen Naturrechts“ nicht zustande gekommen. Das engmaschige Geflecht von christlichen Akademien, in denen noch heute gesellschaftspolitische Fragen kontrovers debattiert werden, wäre nicht entstanden. Nun ist für Katholiken der Gegensatz oder die Spannung zwischen „Recht oder Gesetz“ nicht ungewöhnlich. Insbesondere ihre Vorstellung von Familie (was im Ergebnis die Bevormundung von Frauen meinte) konnte nur in einem banalen Sinne „naturrechtlich“²³ legitimiert werden. Noch heute wirken diese Überzeugungen fast wie vergangene Denkverbote nach, man denke nur an das Unbehagen bei der wechselseitigen Adoption der Kinder einer lesbischen Frau durch ihre Partnerin. Ein Satz wie: „Familie ist der Ort, in dem Pflege und Erziehung stattfindet“, ist noch immer nicht selbstverständlich.

Aber wie kam es, dass auch evangelische Christen auf die Probleme und Umwälzungen der Nachkriegszeit mit einer Naturrechtsdebatte reagierten? Eine Trennung oder gar Entgegensetzung von Gesetz und Recht gibt es schließlich bei Lutheranern nicht. Offenbar spielte die Spaltung zwischen den wenigen, welche sich der Bekennenden Kirche zugeordnet hatten, und den vielen, welche – besonders deutlich bei den Deutschchristen – eigentlich ihre moralische Schuld hätten bearbeiten sollen, ein Rolle. „Naturrecht“ sollte Brücken bauen. Die Gründe dafür, dass man sich insbesondere in der

terung schon vorbei war, in einer Sprache, die bemerkenswert ist. Seinen grundlegenden Begriff des Unrechts beschreibt er wie folgt: Es wurzle in der Gesinnung des Handelnden und Strafrecht sanktioniere ihn als „treubruchigen, zuchtlosen, unehrlichen, unredlichen“. Es orientiere sich nicht am Erfolg (das nennt Welzel „naturalistisch“), sondern bestätige den Abfall von sozialethisch begründeten Normen. Die Kontinuität zu Karl Binding und NS-Konzepten wie etwa den E 1936, dem Strafrecht der „Rechtserneuer“, ist offenkundig. Nach 1945 sah Welzel wie viele andere seiner Zeit nur die Barbarei der Kriegszeit und die Massenvernichtung als moralisch bedenklich an. Insofern ist Hans Welzel exemplarisch. Er ist nicht wirklich ein Naturrechtler (da er die angeblich überpositiven Gesinnungswerte als ‚rechtliche‘ deklariert), aber ein scharfer „Anti-Positivist“.

²¹ Hans Welzel, in: Werner Maihofer (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, 1962, S. 323.

²² Siehe wiederum *Foljanty* (Fn. 1), welche den Bogen von Richtern (S. 76) zur kirchlichen Interessenpolitik (S. 97) und der säkularen Theorie des Richterrechts (S. 175) spannt.

²³ „Natur“ der Frau, Familie als „Keimzelle“ des Staates etc.

¹⁸ Georg Dahm/Friedrich Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht*, 1932.

¹⁹ In der UTB-Studienausgabe der Rechtsphilosophie von 1932.

²⁰ Hans Welzel schrieb noch in der 5. Auflage seines „Strafrechts“, im Jahre 1956, S. 2f., also in einer Zeit, in der eigentlich die Naturrechtsbegeis-

Anfangsphase 1933 mit dem sich stabilisierenden NS-Regime arrangiert hatte oder es aktiv unterstützt, bleiben ungenannt. Erst die nachfolgenden Generationen erforschten diese – für die Institutionen peinlichen – Quellen. In den Trümmern der Nachkriegszeit ging es also nicht nur um materiellen, sondern auch um einen hastigen geistigen Wiederaufbau.

Getragen war die damalige Naturrechtsbewegung durch das *networking* einzelner Personen. Herausragend war schon vor 1945 der Rechtsphilosoph, treffender der „Rechtstheologe“, Erik Wolf. Er baute Brücken zu den Kirchen. Wer die entsprechenden Kapitel zu seinem Werdegang und zu dem seiner zahlreichen Gesprächspartner liest, versteht, wieso die prekäre Rolle der mehr oder weniger aktiven NS-Juristen so starke Bindekräfte mobilisieren musste. Im „Trümmerfeld“ des Rechts (so Gustav Radbruch 1947) entstand so etwas wie ein Bemühen um „Rechtserneuerung“. Dieses Wort klingt zwar in unseren Ohren hoch belastet, es diente schließlich schon vor und deutlich nach 1933 als Chiffre, um die Weimarer Republik zu diffamieren und sich nach 1933 den neuen Machthabern anzudienen. Aber 1945 war die uns geläufige Sensibilisierung für solche Worte nicht vorhanden. Entweder sahen viele Zeitgenossen die Parallelen nicht oder sie bewerteten sie sogar positiv, weil sie sich immer noch – bezogen auf ihre Hoffnungen zu Beginn der NS-Zeit – vom Terror der Nazis am Ende des Krieges „verraten“ fühlten²⁴. So offen formulierten die damaligen „Naturrechtler“ das freilich nicht. Da sie keine gemeinsamen positiven Ziele formulieren konnten, mussten sie eine gemeinsame Gegnerschaft aktivieren: eben das Gespenst des „Positivismus“. Hier konnte auf beträchtliche Vorarbeit zurückgegriffen werden.

Schon in der Weimarer Zeit verbündeten sich die verschiedensten antidemokratischen und antiliberalen Positionen unter dem Banner „Wertphilosophie“. Es war dies ein vom kollektiven Zeitgeist geformtes, besser formuliert: ein verformtes Konstrukt, das man „Positivismus“ nannte und in seinen „verschiedenen Spielarten“ (auch so eine Chiffre) verteilte. Hinter diesen Kreuzzügen verbargen sich neben antiliberalen Vorurteilen – freundlich interpretiert – starke Wünsche nach (angeblich konservativen) Gemeinschaftswerten. Richtiger ist es wohl, diese Haltung antiliberal zu nennen und in die Tradition zu stellen, die mehrfach in der deutschen Geschichte verhängnisvoll gewirkt hat. Denn Naturrechtsformeln betonen immer einen „Gemeinschaftsbezug“ und formulieren neben „Rechten“ korrespondierende „Pflichten“ und immanente Grenzen. Solche Formeln hatten immer den Sinn, die Schranken gegen einen abgelehnten, weil zu „liberalen“ (angeblich „positivistischen“) Rechtsbegriff zu betonen. Es liegt auf der Hand, dass dieses Bemühen nicht begrifflich gefasst, auch nicht theoretisch formuliert, sondern nur in der Sprache des Bekenntnisses ausgedrückt werden kann. Verbunden waren die Akteure durch zahlreiche diffuse Feinderklärungen. Diese schafften aber keine positiven Programme. Die inhaltlichen Positionen waren nicht nur in sich konfus, sondern auch derart unvereinbar, dass die Naturrechtsbegeisterung bald in sich zusammenfiel. Mit einer Ausnahme: Varianten eines rückwärts-gewandten Familien- und Menschenbildes blockierten über

Jahrzehnte jeweils überfällige Reformen. Mittlerweile haben allerdings derartige Vorbehalte gegen Säkularisierung und Individualisierung ihre Kraft eingebüßt. Der Ruf nach Orientierung und Werten bleibt freilich, wenn auch diffus, im Raum.

Wieso lohnt es sich nach 70 Jahren, die Quellen dieser Zeit und die paradoxen Wege der jeweiligen Naturrechts-Ideologien genauer zu beleuchten? Aus der Perspektive der *Zeitgeschichte* ist eine solche Anstrengung nötig und sie ist auch unerwartet fruchtbar. Nur nähere Kenntnis erklärt die immer wieder neu formulierten Widerstände. Sie erklärt die Schwierigkeiten einer konsequenten Umsetzung der im Grundgesetz garantierten individuellen Grundrechte. Nicht nur das Parlament, sondern Gesetzgebung und Richterrecht haben arbeitsteilig die Aufgabe, in den jeweiligen Rechtsgebieten konsistente rechtliche Prinzipien zu formulieren. Aus rechtstheoretischer Sicht sind die Texte der Nachkriegszeit allerdings sehr unergiebig. Sie sind nicht einmal lesenswert. Es sind schlicht Quellen. Arthur Kaufmann meinte anlässlich seiner Abschiedsvorlesung 1990, diese Strömungen seien nur angesichts der Rechtsnot dieser Zeit verständlich und eine Episode gewesen, über die man mittlerweile nur noch lächeln könne²⁵. Rekonstruieren wir also den Ertrag der neuen Erkenntnis für die Zeitgeschichte:

VII. „Materiale Gerechtigkeit“? – Nachträgliche Legitimierung der Anstaltsmorde

Eingekleidet war die damalige „Naturrechts-Renaissance“ in Formeln wie „Wertungsjurisprudenz“ (Karl Larenz) oder „materiale Gerechtigkeit“ (Hans Welzel). Sie dienten als Chiffre und signalisierten Zugehörigkeiten. Bemerkenswert ist die Tatsache, dass diese Chiffren ausgerechnet für die Juristen attraktiv waren, die schon zu Beginn des Nationalsozialismus „völkische“ Bekenntnisse angedeutet hatten. Wieso reagierten ausgerechnet sie 1945 mit einem Rückgriff auf „naturrechtliche“ Formeln? Vordergründig erscheint dies widersprüchlich. Aber die Quellen belegen diese Diagnose²⁶. Besonders krass erscheint die dahinter stehende Heuchelei, wenn man das von Lena Foljanty ausgewertete reichhaltige Material ergänzt und aus strafrechtlicher Perspektive ein besonders deutliches Beispiel wählt. Es ist dies die Legitimierung der *Nichtbestrafung der Anstaltsmorde*²⁷ durch Autoren, die ansonsten in den höheren Sphären der „materialen Gerechtigkeit“ schwebten. Eigentlich hätten ja „naturrechtlich“ argumentierende Strafrechtler die Verurteilungen kurz nach Kriegsende durch Gerichte positiv bewerten müssen. Die Verurteilungen waren auch zunächst naturrechtlich begründet worden. Aber die Vertreter einer strikten Strafbarkeit gerieten schnell in die Defensive. Zwar hätte eigentlich die Forderung nach Nichtbestrafung genauer begründet werden müssen, nicht umgekehrt. Aber die Quellen zeigen, dass es tatsächlich zu einer „Täter-Opfer-Umkehrung“ kam²⁸. Verfolgen wir die strafrechtliche Debatte ein wenig genauer:

²⁴ Raphael Gross, Anständig geblieben. Nationalsozialistische Moral, 2010, zeigt dies sehr anschaulich am Beispiel Fritz von Hippels (a.a.O. S. 132). Fritz von Hippel meinte wohl tatsächlich, Gustav Radbruch als „Naturrechtler“ interpretieren zu können. Dies ist allerdings ein Irrtum gewesen. Gross ist aber zustimmend, dass ein Autor wie von Hippel eine Täter-Opfer-Verkehrung vorgenommen hat. Die Quellen, welche nicht zuletzt auch Foljanty (Fn. 1) vorlegt, zeigen, dass er kein Einzelfall war.

²⁵ Zitiert von Foljanty (Fn. 1), S. 3.

²⁶ Foljanty (Fn. 1), S. 323: „Das Inkrafttreten des Grundgesetzes spiegelt sich in den Texten nicht wider“. Der Nachkriegskonservatismus war alles andere als an Grundrechten interessiert.

²⁷ Zu den Anstaltsmorden siehe zuletzt Labusen JZ 2015, 805–814.

²⁸ So gesehen hat Gross (Fn. 24) im Ergebnis richtig gefolgert, unzutreffend ist nur die Annahme, Gustav Radbruch sei einer der Urheber dieser Verkehrung.

Es ging um die Frage der Verbindlichkeit des Hitlerbriefes vom 1. 9. 1939, in dem die sogenannten Anstaltsmorde von kranken und behinderten Menschen angeordnet worden waren, die später abgebrochen werden mussten²⁹. Richter mussten entscheiden, ob die Willfähigkeit von einigen Anstaltsleitern, solche „Ballast-Existenzen“ zu töten, Mord war. Kurz nach dem Krieg kamen sie zunächst zum Ergebnis, dass kein Befehl Morde anordnen und schon gar nicht rechtfertigen könne. Auch die Mehrheit der professoralen Kommentatoren sprach einem nicht veröffentlichten „Führerbefehl“ jede Gesetzeskraft ab. Sie taten dies trotz der Eiferer, wie etwa Georg Dahm, die noch in der Endphase des NS-Systems solchen Befehlen zustimmten und sie als „gesetzesfreie Rechtssetzungsakte“ einstufte³⁰.

Gustav Radbruch machte in einer Anmerkung zu einer Verurteilung wegen Mordes 1947 sehr deutlich, dass die Tötung der Kranken – folgt man schlichter Gesetzestreue – Mord war und Gerichte dies auch anhdnen mussten³¹. Er bestätigte also die Einstufung, die etwa das *OLG Frankfurt* am 12. 8. 1947 vertreten hatte, widersprach aber dennoch der naiven, naturrechtlichen Begründung, die das Gericht gewählt hatte. Sie sei bei solchen offenkundig rechtswidrigen NS-Verbrechen nicht nötig; denn Mord war auch damals strafbar, und offensichtlich rechtswidrige Befehle waren auch in der NS-Zeit nicht bindend. Aber diese Position wurde schnell zu einer Mindermeinung. Ausgerechnet die wertphilosophisch aufgeladenen Kommentatoren setzten sich in der zweiten Phase der Judikatur durch. Heftig kritisierten sie diese und andere Verurteilungen. Sie folgten Gustav Radbruch weder im Ergebnis noch in der Begründung. Hatte Radbruch noch betont, dass es bei den Anstalts-Morden keiner naturrechtlichen Begründung bedurft hätte, um zu bestrafen, weil bereits die Rechtsfrage klar gewesen sei, betonte die Mehrheit der wertphilosophisch aufgeladenen Kommentatoren, dass es auf das *Unrechtsbewusstsein* des Beschuldigten ankomme. Wer an den Führerbefehl geglaubt habe, der habe eben gedacht, er handele rechtmäßig. Demgegenüber hatte Radbruch betont, dass der allgegenwärtige und sichtbare Terror der Nazis banales Unrecht gewesen sei, das jeder habe erkennen können. Aber mit dieser – uns heute trivial erscheinenden – These blieb er in der Minderheit. Die Mehrheitsmeinung wurde von Hans Welzel abgebildet. Er war repräsentativ für die ab 1951 einsetzende Phase der Selbstentlastung. Man kritisierte nun die Verurteilungen der ersten Phase, weil es kein „evidentes Naturrecht“ gebe, das es verbiete, kranke Menschen zu töten. Die Begründung ist bemerkenswert brutal. Sie illustriert die Doppelbödigkeit des Konzepts einer „materialen Gerechtigkeit“ auf bestürzende Weise. Es existiere, so führt Welzel aus, in der Geschichte lange vor der NS-Zeit eine Tradition des Tötens von Kranken. Daher könne in „der Frage der Zulässigkeit der Vernichtung lebensunwerten Lebens“ von einer „solchen naturrechtlichen Evidenz keine Rede sein“³². Mit solchen Argumenten wurde in der Folgezeit in diesem und auch in anderen Kontexten eine großflächige Entlastung von NS-Morden legitimiert. Es bildete sich ein Schweigekartell. Paradoxerweise liebten diese Autoren Naturrechtsformeln; denn das „irrende Gewissen“³³ führe meist zur Beachtlichkeit eines

Verbotsirrtums (nur Exzess-Taten konnten geahndet werden). Hans Welzel löste auch die Frage der Beachtlichkeit dieses Irrtums von der Schwere des Vorwurfs ab: „Der Ernst des Schuldvorwurfs erlaubt nicht die Fiktion eines „evidenten“ Naturrechts, mit dem man heute, wie früher schon oft, das Problem lösen zu können glaubte“³⁴. Damit beseitigte er jede kritische Funktion naturrechtlicher Überlegungen schon im Ansatz.

Ist Hans Welzel repräsentativ? Rückblickend wissen wir mehr über die Verbrechen und ihre unangemessene Sanktionierung³⁵. Mit diesem Wissen muss man die Frage mit ja beantworten. Hans Welzel akzeptierte vor 1945 sowohl die politischen Konsequenzen als auch die willfähige Art der Täter. Er akzeptierte auch die strategische Art des Verschweigens, sowohl vor als auch nach 1933. Nach 1945 setzte sich das Muster fort und erreichte eine lautlose „Entsorgung der Vergangenheit“. War Hans Welzel ein „furchtbarer Jurist“ (Ingo Müller)? Ich neige zu dieser Bewertung. Andere meinen, er sei nur immer auf der Höhe der Zeit gewesen³⁶. Dem muss man nicht widersprechen. Es sind dies Bewertungen. Aber vielleicht war ja die Lautlosigkeit, mit der Hans Welzel opportunistisch sein konnte, „furchtbar“ und die Verzweiflung eines Gustav Radbruch das Ende des Widerstandes gegen die NS-Doktrin. Die unüberwindliche Macht der sich entfesselnden NS-Bürokraten und deren Schutz durch die zahlreichen Opportunisten waren die Gründe für die innere Emigration der vielen anderen, die noch in Deutschland geblieben waren.

VIII. Legendenbildungen

Wieso konnten die „Naturrechtler“ nach 1945 mit der Radbruchschen Formel nichts anfangen? Gustav Radbruch konnte die späteren Verfremdungen seiner Theorie nicht mehr verfolgen, weil er zu früh starb. Danach fehlten Stimmen wie die seine. Die Gründe für die gezielt gesetzten Missverständnisse sind zeitbedingt und für uns heute paradox. Denn ausgerechnet die Vertreter einer „Wertphilosophie“ oder eines „Naturrechts“ ignorierten nach 1945 nicht nur Freiheitsrechte, sondern stellten sogar das Lebensrecht unter einen das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen unterdrückenden Gemeinschaftsvorbehalt. Die Polemik gegen alle Spielarten des „Positivismus“³⁷ hatte nur noch den strategischen Sinn, unterschiedlich begründete Exkulpationen zugunsten alter Nazis und das Autonomiestreben der beiden Kirchen miteinander zu verbinden. Für beide Zwecke eignete sich der Rückgriff auf die Unangreifbarkeit von Gruppenmoralen („was damals Recht war, kann heute kein Unrecht sein“).

Wie verhält sich zu diesen Positionen Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie? Bis 1999 gab es – bedingt durch die selektive Wahrnehmung seines Werkes – die Annahme, es habe beim älteren Gustav Radbruch so etwas wie eine „naturrechtlichen Wende“ gegeben. Diese Annahme wird der „Positivismus-“ oder „Wehrlosigkeitsthese“ zugeschrieben, die

²⁹ Siehe aber zu deren Fortsetzung nach August 1941 *Labusen* JZ 2015, 805, 811.

³⁰ *Dahm* DR 1944, 232.

³¹ *Radbruch*, Anmerkung zur „Euthanasie“-Entscheidung des *OLG Frankfurt*, SJZ 1947, Sp. 633 ff.

³² *Hans Welzel* MDR 1949, 373

³³ *Hans Welzel*, Vom irrenden Gewissen, 1949.

³⁴ *Hans Welzel*, Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, SJZ 1947, Sp. 645 ff.

³⁵ *Anika Burkhardt*, Das NS-Euthanasie-Unrecht vor den Schranken der Justiz, 2015.

³⁶ Diese These belegt *Michael Kubiciel* sehr nachvollziehbar in: *Wolfgang Frisch* u. a. (Hrsg.), *Lebendiges und Totes in der Verbrechenlehre Hans Welzels*, 2015.

³⁷ *Karl Larenz*, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1931, 2. Aufl. 1935, S. 11 und 16. Wieder aufgenommen in der Methodenlehre (1960), beibehalten bis zur 4. Aufl. (1977).

sich unter anderem in dem 1946 geschriebenen Aufsatz zum „gesetzlichen Unrecht“ als Einleitung findet³⁸. Interpretiert man die kurze Bemerkung im Kontext, dann meint „Positivismus“ an dieser Stelle lediglich eine an Autoritäten orientierte Haltung: „Gesetz ist Gesetz“ und „Befehl ist Befehl“! Diese Haltung, die sich diametral von Radbruchs philosophischer Geltungslehre unterscheidet, habe „den deutschen Juristenstand“ in der Zeit des NS „wehrlos“ gemacht. Wen meint der Autor? Wer war wehrlos? Die Mehrheit der ehrgeizigen und deshalb willfährigen Juristen war sicher nicht „wehrlos“. Am Beispiel Eberhard Kohlrausch kann man das sehr gut zeigen. Er war zwar alles andere als ein überzeugter Nationalsozialist, er war auch weder an wertphilosophischen noch „positivistischen“ Positionen interessiert. Dennoch wählte er die Zusammenarbeit mit dem Regime und kommentierte zusammen mit dem deutlich skrupelloseren Richard Lange klassische Unrechtsgesetze³⁹. Die Hintergründe schildert Holger Karitzky⁴⁰. Kohlrausch passt nicht in die angeblich so bedeutsamen geistigen Strömungen, welche in den geschichtsphilosophischen Spekulationen eines Karl Larenz oder eines Hans Welzel auftauchen. Lena Foljanty ergänzt dieses Bild durch eine genaue Rekonstruktion der Haltung von Helmut Coing. Die Befunde sind ernüchternd. Aber nicht alle ehrgeizigen und zu fast jedem Opportunismus bereiten Rechtswissenschaftler waren „Naturrechtler“.

Kohlrausch etwa gehörte zur nüchternen Sicht der Vertreter einer „Allgemeinen Rechtslehre“ (Adolf Merkel Ende des 19. Jahrhunderts). Sie motiviert zur Systembildung. So gut wie alle Autoren, die wir heute – etwas zu sehr vereinfacht – als „Liszt-Schüler“ einordnen, obgleich es eine solche Schule nie gab (sondern nur ein Netzwerk), waren moderne Vertreter einer pragmatischen Rechtstheorie (Robert von Hippel, Reinhard Frank, Gustav Radbruch, Graf zu Dohna, hierzu gehört selbst der etwas zu spekulativ schreibende M. E. Mayer). Ganz sicher gehört Eduard Kohlrausch zur pragmatischen Richtung, zu der auch Robert von Hippel zu zählen ist. Aber „Positivisten“ im Sinne eines Hans Kelsen waren sie alle nicht. Die genannten Autoren konnten sich untereinander sehr gut verständigen, hatten aber ansonsten ganz unterschiedliche politische und auch kriminalpolitische Vorstellungen. Reinhard Frank, der dogmatische Klassiker der modernen Schule, der bis 1930 wirkungsmächtig war, drückte die Konsequenzen der gemeinsamen nüchternen Haltung besonders prägnant aus. Er formulierte schon 1907 einen schlichten und sehr modernen (normativen) Schuld-begriff, der auf alle wertphilosophischen Zutaten verzichtete. Der Liszt-Schüler Frank fasste das Ergebnis der Debatten der „Liszt-Schüler“ prägnant im Jahre 1907 als *Frankesche*

Formeln zusammen und wählte schon damals die berühmt gewordene und noch heute gültige Definition: „Schuld ist Vorwerfbarkeit eines tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen Verhaltens“. Auch Graf zu Dohna, der zu früh verstorbene, geradezu geniale Systematiker, folgte diesem Schema und prüfte schon 1905, also lange vor Hans Welzel, den Vorsatz im subjektiven Tatbestand⁴¹. Der moderne Aufbau wurde also mitnichten von Hans Welzel erfunden und dieser Aufbau benötigt sicher keinen „intentionalen Handlungsbegriff“. Claus Roxin, der mittlerweile für das moderne Strafrecht als Klassiker bürgt, orientierte sich an einem konsequenten Tatstrafrecht und an objektivierbaren Kriterien, während Hans Welzel bewusst eine Subjektivierung aller Grundlagen-Begriffe im Sinn hatte. Dabei hat er sich sehr selbstbewusst der Vorarbeiten anderer bedient⁴² und sie in ein – mittlerweile überholtes – Schema gepresst, die finalistische Doktrin⁴³. Heute herrscht in diesen Fragen weitgehend Konsens. Nicht Hans Welzel, sondern Claus Roxin und die AE-Professoren prägen das moderne Rechtsdenken der Strafrechtler seit den 1970er Jahren. Es sieht also so aus, als sei die naturrechtliche Phase eine solche der kollektiven Regression⁴⁴ gewesen. Sie hatte aber fatale Folgen. Mehr als ein halbes Jahrhundert lang bewegten sich die Vertreter des Fachs Rechtsphilosophie im Kreis. Es ist nun Zeit, das Ausmaß dieser Mythen zu erkennen. Offenbar bedarf es hierzu einer deutlichen biographischen Distanz. Keiner der damaligen Akteure lebt noch, das scheint die Analyse zu erleichtern.

³⁸ Radbruch (Fn. 16).

³⁹ Kohlrausch/Lange, StGB mit Nebengesetzen und Erläuterungen, 1941, 8. Aufl. 1944.

⁴⁰ Holger Karitzky, Eduard Kohlrausch. Kriminalpolitik in vier Systemen, 2002, schildert den berühmten Liszt-Schüler Kohlrausch in unterschiedlichen historischen und politischen Kontexten. Er zeichnet das Bild eines eher autoritären Kriminalpolitikers, der sich zu allen Zeiten anzupassen verstand. Wie soll man das nennen: „positivistisch“ ist diese Haltung sicher nicht. „Wehrlos“ ist man ebenfalls nicht, wenn man sich selbst anbietet, sondern eher ehrgeizig und opportunistisch. Aber das sind viele Menschen. Niemand sollte also zu schnell urteilen, sondern in der eigenen Biographie nach „unmoralischen Angeboten“ suchen. Aber bei Kohlrausch zeigte sich etwas anderes: Machtbewusstsein und eine Neigung zur Anpassung, die fast keine Grenzen mehr kannte. Dies bestätigt Thomas Vormbaum, Eduard Kohlrausch (1874 – 1948). Opportunismus oder Kontinuität?, in: Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 523–543.

⁴¹ Siehe zuletzt auch Manfred Maiwald, An den Anfängen des Finalismus – Hellmuth von Weber, JZ 2016, 401–406 zu von Webers System einer personalen Unrechtslehre.

⁴² Ohne dies freilich kenntlich zu machen. Alexander Graf zu Dohna monierte dies in einer Rezension der ersten Auflage des Studienbuches von Hans Welzel (Grundriss, 1941). zu Dohna hatte bereits 1936 seinen Aufbau systematisch dargestellt, also vor Hans Welzel, und rezensierte dessen Werk in der ZStW 60 (1941), 287 ff. Dabei erhob er deutlich einen scharf formulierten Plagiats-Vorwurf, den Hans Welzel aber ignorierte. Da zu Dohna diese Passagen kurz vor seinem Tod geschrieben hatte, konnten die gerügten Passagen bei Welzel in der Auflage 1947 so stehen bleiben. Er beanspruchte also Originalität, ohne dass die Herkunft mancher seiner Erkenntnisse genannt wurde. Hans Welzel konnte sich das leisten, er war nach 1945 schon dabei, ein Klassiker der Nachkriegszeit zu werden. So gesehen hatte er es nicht nötig zurück zu schauen.

⁴³ Nur vordergründig ist der Kern des Finalismus die Prüfung des Vorsatzes im subjektiven Tatbestand; denn dieses mittlerweile klassische Prüfungsschema hatte sich schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts gebildet. Finalismus meint also bei Welzel eine Überbewertung der subjektiven Seite, des „verbrecherischen Willens“. Die fatale Nähe zum NS-„Willensstrafrecht“ (E 1936) liegt auf der Hand und ist bei Welzel auch biographisch verbürgt. Eigentlich hätte schon diese Parallele hellhörig machen müssen. Welzel war schon in der ersten Phase der NS-Kriminalpolitik bedeutsam, auch wenn er damals noch zu den jungen Strafrechtlern gehörte. Sein Bekenntnis zu einem historisch variablen „Naturrecht“ nach 1945 hätte eigentlich verräterisch klingen müssen. Aber die Ohren der Mehrheit der damaligen Zuhörer hatten diese lauten Ober- und Untertöne als normale Geräusche bereits weggefiltert und vertraten Positionen, die alles andere als in die Zukunft weisend waren.

⁴⁴ Das regressive Element – sowohl rechts wie links – sahen hellsichtige Menschen bereits in den 1920er Jahren, aber auch sie wurden nicht gehört; vgl. etwa die Außenseiterposition eines Helmut Plessner, Grenzen der Gemeinschaft, Eine Kritik des sozialen Radikalismus, 1924; dokumentiert von Wolfgang Eßbach/Joachim Fischer/Helmut Lethen (Hrsg.): Plessners ‚Grenzen der Gemeinschaft‘. Eine Debatte, 2002.