

Rechtspositivismus und Nationalsozialismus

Entstehung, Widerlegung und Überwindung
der Positivismuslegende

Von

Rodrigo Borges Valadão



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Rechtspositivismus vs. Legalismus	19
B. Die Positivismuslegende und ihre Thesen	24
C. Die Rezeption der Positivismuslegende außerhalb Deutschlands	28
D. Die Struktur der vorliegenden Untersuchung	31

1. Kapitel

Die Entstehung der Positivismuslegende	35
A. „Es werde Licht!“: Zerstörung und Neuanfang einer Nation	35
B. Die Vorgeschichte der Positivismuslegende	39
I. Teil 1: Das „Radbruch-Argument“	40
1. „Der Rechtspositivismus ist an allem schuld!“	41
2. Ein konvertierter Positivist	44
3. Die Unzulänglichkeit des Rechtspositivismus beim Umgang mit der Rechts- perversion	45
a) Der Fall des Denunzianten	46
b) Schlüsse aus dem Fall Puttfarcken: die Verantwortung der Richter im Fall Götting	47
c) Strafrechtliche Haftung für unmenschliche gerichtliche Entscheidungen ..	48
d) Der Fall der Scharfrichtergehilfen	48
e) Der Fall des Deserteurs	49
4. Die Lösung für die Perversion des Rechts: die „Radbruch-Formel“	49
5. Die Analyse der Fälle durch Radbruch	51
6. Die Anwendung der „Radbruch-Formel“ in der Bundesrepublik Deutschland	53
II. Teil 2: Das „Nürnberg-Argument“	55
1. Die Nürnberger Prozesse	55
2. Eine positivistische Verteidigung?	58
a) Lex Ex Post Facto	59
b) Staatsakte	61
c) Befehlsgehorsam	63

d) Die Verbindung zum geltenden Recht	65
III. Zwischenüberlegungen	67
C. Die Renaissance des Naturrechts in der Nachkriegszeit	68
I. Die Kritik am Rechtspositivismus und (falsche) Erinnerungen	70
II. Drei Stränge der Naturrechtslehre	77
1. Katholische Naturrechtslehre	77
2. Die protestantische Naturrechtslehre	82
3. Säkulare Naturrechtslehre	86
III. Zwischenüberlegungen	89
D. Das Recht als „objektive Wertordnung“	89
I. Von der Naturrechtsrenaissance zum Recht als „objektive Wertordnung“	90
II. Vom liberalen Staat zum Sozialstaat	93
III. Die normative Kraft der Verfassung	95
IV. Das Naturrecht in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte nach 1945 ..	97
1. Der Bundesgerichtshof	97
2. Das Bundesverfassungsgericht	100
E. Die Situation des Rechtspositivismus zwischen 1950 und 1965	103
I. Ein Kreuzzug gegen den Rechtspositivismus	104
II. Hans Kelsen: der Paria der deutschen Rechtswissenschaft	106

2. Kapitel

Die Widerlegung der Positivismuslegende	109
A. Vor der „Stunde-Null“: Was war vor dem Nichts?	109
B. Die Dekonstruktion der Grundlagen der Positivismuslegende	110
I. Teil 1: Probleme des „Radbruch-Arguments“	111
1. Eine Legende in der Legende: war Radbruch ein Positivist?	111
2. Gustav Radbruchs Kritik am Rechtspositivismus	113
3. Kein Bruch in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie	114
4. Gegen welchen Rechtspositivismus wendet sich Radbruch?	119
5. Ein zusätzliches Problem: Die inneren Widersprüche im „Radbruchs-Argument“	121
II. Teil 2: Probleme des „Nürnberg-Arguments“	122
1. Lex Ex Post Facto	123
2. Staatsakte und Befehlsgehorsam	125
3. Die Verbindung zum gültigen Recht	127

III. Zwischenüberlegungen	129
C. Rechtspositivismus und Antirechtspositivismus in Deutschland	130
I. Die Vor-Geschichte des Rechtspositivismus im „Vormärz“ (1815–1848)	134
1. Nationalismus und der Widerstand gegen die Ideale der Aufklärung	135
2. Die Situation der Rechtstheorie: die Naturrechtslehre(n) und die Historische Rechtsschule	137
II. Das Aufkommen des Rechtspositivismus in der Zeit der Restauration (1848–1871)	140
1. Auf der Suche nach einem neuen Fundament für den Staat: der „Rechtsstaat“	142
2. Spätkonstitutionalismus und die Migration des Gesetzespositivismus zum Staatsrecht	144
III. Die Konsolidierung des Rechtspositivismus im Kaiserreich (1871–1918)	146
1. Die „Mandarine“ und ihre Rolle in der deutschen Kultur	146
2. Der „Staatsrechtliche Positivismus“ von Paul Laband	149
3. Die Anerkennung des Rechtspositivismus als formale Rechtstheorie	151
4. Kritik am Rechtspositivismus	155
IV. Rechtspositivismus und Antipositivismus in der Weimarer Republik (1918–1933)	159
1. Der Rechtspositivismus und die Weimarer Verfassung	160
2. Die Krise der „improvisierten Demokratie“	164
3. Rechtsphilosophie in der Weimarer Republik	166
4. Die Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik	168
a) Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre	171
aa) Abgrenzung des Gegenstandes der Rechtswissenschaft	172
bb) Rechtsdynamik und die Beziehung zwischen Recht und Politik	176
cc) Die Identität von Staats- und Rechtsordnung	179
dd) Kelsens Theorie der Demokratie	181
b) Carl Schmitt und die Entscheidungsfindung	184
c) Rudolf Smend und die Integrationstheorie	188
d) Hermann Heller und der Staat als soziale Wirksamkeit	191
e) Erwägungen über den Methodenstreit in der Weimarer Zeit	195
5. Die Rechtsquellentheorie in der Weimarer Zeit	196
6. Ein Requiem für die Demokratie	200
7. Noch eine weitere Legende: die legale Revolution	202
a) Der Preußenschlag	203
b) Das Ermächtigungsgesetz	205
c) Zwischenüberlegungen	207
V. Rechtspositivismus und Antipositivismus in der NS-Diktatur	209
1. Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus	213

2. Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus	216
3. Die Rechtsquellentheorie im Nationalsozialismus	220
4. Die Juristenausbildung im Nationalsozialismus	227
5. Der allgemeine Rahmen der wesentlichen rechtswissenschaftlichen Veränderungen der NS-Ideologie	229
D. Zwischenüberlegungen	231

3. Kapitel

Die Überwindung der Positivismuslegende	234
A. Nach der „Stunde Null“: die Bundesrepublik zwischen Kontinuität und Diskontinuität	234
I. Das „Gesetz 131“ und der öffentliche Funktionalismus	236
II. Die Generation der 1968er und die „Vergangenheitsbewältigung“	243
III. Die Überprüfung des Rechtsdiskurses der Nachkriegszeit	247
1. Neue philosophische Grundlagen: Der „Positivismus-Streit“	247
2. Ein kritischer Ansatz zur traditionellen Rechtsmethodik	249
3. Alte Bekannte, neue Namen	252
4. Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985	258
B. Die Revision der Positivismuslegende	261
I. Die (unvollständige) Rehabilitierung des Rechtspositivismus	263
II. Die (unvollständige) Rehabilitation Kelsens und der Reinen Rechtslehre	265
C. Die wahre Funktion der Positivismuslegende	269
I. Gründe für die Rezeption der Positivismuslegende	270
1. Eine „geschlossene Gesellschaft“	271
2. Wendeliteratur	273
3. Sozialisationskohorten	274
4. Kollektives Denken	275
5. Die große Chance, die eigene Geschichte neu zu schreiben	277
II. Eine generelle Entlastungsstrategie für Juristen	283

Epilog

Rechtspositivismus, Demokratie und ihre Feinde	289
---	-----

*Nachwort***Zwischen Nützlichkeit und Ablehnung:
die hartnäckige Positivismuslegende und ihre Auswirkungen
auf den brasilianischen Konstitutionalismus**

	301
A. Einführung	301
B. Reinigung des Geländes	304
C. Die Rezeption der Positivismuslegende	308
1. Die Ambivalenz der Positivismuslegende	312
2. Positivismus und Formalismus im Dienst der verfassungsrechtlichen Effektivität	315
3. Vom „Positivismus als Kampfmittel“ zum „Kampf gegen den Positivismus“ ...	320
D. Schlussfolgerungen	325
Literaturverzeichnis	327
Sachwortverzeichnis	369