

Schriften zur Rechtstheorie

Band 311

Rechtspositivismus und Nationalsozialismus

Entstehung, Widerlegung und Überwindung
der Positivismuslegende

Von

Rodrigo Borges Valadão



Duncker & Humblot · Berlin

RODRIGO BORGES VALADÃO

Rechtspositivismus und Nationalsozialismus

Schriften zur Rechtstheorie

Band 311

Rechtspositivismus und Nationalsozialismus

Entstehung, Widerlegung und Überwindung
der Positivismuslegende

Von

Rodrigo Borges Valadão



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg i. Br.
hat diese Arbeit im Jahr 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: CPI books GmbH, Leck

ISSN 0582-0472

ISBN 978-3-428-18768-3 (Print)

ISBN 978-3-428-58768-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für Jheniffer, Igor, Frederico,
Milla, Billy, Fany und Hugo*

„Es war schon so: Die nationalsozialistische Auffassung des Rechts war das gerade Gegenteil des positivistischen Rechtsdenkens.“

*Volker Neumann*¹

¹ *V. Neumann*, Carl Schmitt als Jurist, S. 535.

Vorwort

Totgesagte leben länger, und sei es als eine Art Zombie. Ein solcher Untoter ist, was Rodrigo Valadão im Einklang mit der mittlerweile konsolidierten Lehre in Deutschland pejorativ als „Positivismuslegende“ bezeichnet. Entkleidet man die Bezeichnung ihrer negativen Konnotation als Legende, so ist damit die im Nachkriegsdeutschland verbreitete These gemeint, dass es der Rechtspositivismus gewesen sei, der die deutschen Juristen wehrlos gemacht habe gegen die Wendung des Deutschen Reichs zu einem Unrechtsstaat durch die Nationalsozialisten.

Wiewohl gerade in den letzten 30 Jahren mehrere Schriften erschienen sind, die keine ernsthaften Zweifel am Legendenstatus der „Positivismus-These“ mehr erlauben – zu erinnern ist etwa an die tiefeschürfenden Arbeiten von Horst Dreier, Bernd Rüthers, Michael Stolleis und Lena Foljanty –, ist der Schoß doch noch fruchtbar, aus dem dieses Nachkriegsgeschöpf geschlüpft ist. Und zwar nicht nur – und vielleicht nicht einmal zuvörderst – in Deutschland: die „Positivismuslegende“ erfreut sich, anders als in Deutschland, wo sie doch nur mehr den marginalisierten Status eines intellektuellen Falschfahrrtums besitzt, in anderen Teilen der Erde nach wie vor einer gewissen Beliebtheit, sei es, um allgemein gegen den Rechtspositivismus zu Felde zu ziehen, sei es um dessen gefährlichste, da scharfsinnigste und elaborienteste Variante – die Reine Rechtslehre Hans Kelsens und seiner Wiener Schule der Rechtstheorie – moralisch-historisch zu diskreditieren. Rodrigo Valadão dürfte recht haben, wenn er seinem eigenen Heimatland attestiert, dem Rechtsdiskurs einen Resonanzraum zu geben, der sich am nachhaltigsten und am vehementesten der Positivismuslegende bedient – und sie sogar mit Zusatzthesen garniert wie jener, dass es einen essentiell-konstitutiven Zusammenhang gibt zwischen dem rechtspositivistischen Erbe Hans Kelsens und autoritären Strömungen in Brasilien.

Daher nimmt es vielleicht nicht wunder, dass es ausgerechnet ein Brasilianer ist, der sich dieses deutschesten aller Rechtsthemen annimmt, um dem Zombie im unerbittlichen Licht wissenschaftlich-unbestechlicher Prüfung den Garaus zu machen. Dabei kommt ihm nicht nur zugute, dass die Außensicht auf diese *querelle allemande* (die freilich, bei Lichte und in ihren [Fern-]Wirkungen betrachtet, doch mehr ist als ein exklusiv innerdeutsches Phänomen) ein vielfach erhellendes Licht auf die Sache wirft. Darüber hinaus treibt Rodrigo Valadão mit Rücksicht auf die anhaltenden Diskurse im eigenen Land das Bestreben, die Geschichte des als Positivismuslegende bezeichneten Theorems so genau, so umfassend und so differenziert wie möglich aufzubereiten – in einer Genauigkeit, einer Totalität und einer Differenziertheit, wie sie die auf Gustav Radbruch zurückgehende These von deutscher Seite noch nicht erfahren hat. Besonderer Erwähnung wert ist, dass der Autor eben nicht nur die Positivismuslegende in ihrer Entstehung und unmittelbaren Wirkung

in der Nachkriegsgeschichte kartografiert und analysiert. Er verfolgt auf der einen Seite die Vorgeschichte bis weit ins 19. Jahrhundert zurück und zeichnet auf der anderen Seite auch die Folgegeschichte der späten 1960er und 1970er Jahre nach. Durch diese doppelte Weitung des Fokus gelingt ihm ein ausgesprochen imposantes, ganz neue Lesarten erlaubendes Panoramabild.

Die Arbeit besticht durch ihre engagierte Sachlichkeit, die sich nicht dazu verleiten lässt, in „interessierte Wissenschaft“ umzuschlagen, um etwa eine glühende Kelsen-Apologie zu verfassen. Auch dort, wo die historischen Fakten und Entwicklungen Rodrigo Valadão zu einem eindeutigen Ergebnis führen, verkneift er sich unzulässige Pauschalurteile und erinnert er an Ausnahmen von einem herrschenden Trend. Diese wohlthuende Fairness – die nichts anderes ist als wissenschaftliche Redlichkeit – stärkt die Überzeugungskraft der Ausführungen.

Was Rodrigo Valadão vorlegt, ist nichts weniger als die erste monographische Aufarbeitung der Geschichte der Positivismuslegende, die zur maßgeblichen Referenz für alle künftige Auseinandersetzung zu dieser Thematik wird. In nie zuvor gekannter Weise wird damit in der lusitanischen und überhaupt lateinamerikanischen Welt das Ringen der deutschen Rechtswissenschaft und -praxis um das rechte Verständnis des Rechts im Allgemeinen und des Umgangs mit dem NS-Recht im Besonderen bekannt gemacht und aufgeschlossen.

Freiburg i. Br., März 2021

Matthias Jestaedt

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

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

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AJS	American Journal of Sociology
Am. J. Comp. Law	American Journal of Comparative Law
Am. J. Int. Law	American Journal of International Law
Am. J. Juris.	American Journal of Jurisprudence
Am. Political Sci. Rev.	American Political Science Review
Annales XLV	Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AVR	Archiv des Völkerrechts
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Blätter	Blätter für deutsche und internationale Politik
BNSDJ	Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen
BSG	Bundessozialgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Calif. L. Rev	California Law Review
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CLP	Currents Legal Problems
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
D&G	Diritto & Questioni Pubbliche
DAZ	Deutsche Allgemeine Zeitung
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DnZ	Die neue Zeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Doxa	Cuadernos de Filosofía del Derecho
DP	Deutsche Partei
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutschen Richterzeitung
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
DVB1	Deutsches Verwaltungsblätter
EMORY L.J.	Emory Law Journal
Escritos	Revista da Fundação Casa de Rui Barbosa
Eur. J. Int. Law	European Journal of International Law
Eur. J. Political Theory	European Journal of Political Theory
FDP	Frei Demokratische Partei
FLR	Florida Law Review

FreiUnBl	Freiburger Universitätsblätter
German L. J.	German Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hist. Theory	History and Theory
Hum. Rigths Rev.	Human Rights Review
I. L. Q.	The International Law Quarterly
IMT	International Military Tribunal
Int. J. Const. Law	International Journal of Constitutional Law
Intellect. Hist. Rev.	Intellectual History Review
Isr. Law Rev.	Israel Law Review
J. A. J.	The Judge Advocate Journal
J. Class. Sociol.	Journal of Classical Sociology
JoJZG	Journal der juristischen Zeitgeschichte
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
KJ	Kritische Justiz
KPD	Kommunistische Partei Deutschland
KRG	Kontrollratsgesetz
L. & Phil.	Law and Philosophy
N. Ir. Legal Q.	Northern Ireland Legal Quarterly
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NS-	Nationalsozialistisch
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖstZöfR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
Oxf. J. Leg. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Philos. Public Aff.	Philosophy & Public Affairs
Philos. Soc. Sci.	Philosophy of the Social Sciences
Rat. Jur.	Ratio Juris
RBDFund. & Justiça	Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça
RECHTD	Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito
Rechtstheorie	Zeitschrift für Logik und Juristische Methodenlehre, Allgemeine Rechts- und Staatslehre, Kommunikations-, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts
Rev. Bras. Est. Pol.	Revista Brasileira de Estudos Políticos
Rev. Direito GV	Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas
RITD/IZTR	Revue Internationale de la Théorie du Droit/Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts
SA	Sturmabteilung (das ursprünglich nationalsozialistische Paramilitär)
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
Soc. Leg. Stud.	Social and Legal Studies
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschland
SRP	Sozialistischen Reichspartei
SS	Schutzstaffel (das bedeutendere nationalsozialistische Paramilitär)

StGB	Strafgesetzbuch
U. Chi. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
VfZ	Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WALTA	Western Australian Legal Theory Association
Yale Law J.	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZAfdR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZSGerm	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

„Vom Standpunkt der Rechtswissenschaft ist das Recht unter der Nazi Herrschaft ein Recht. Wir können es bedauern, aber wir können nicht leugnen, daß das Recht war.“

*Hans Kelsen*¹

A. Rechtspositivismus vs. Legalismus

Die Geschichte des westlichen Rechtsdenkens, vor allem des von der Tradition des römischen Rechts abgeleiteten, wird bekannterweise von der Dichotomie Naturrecht vs. Rechtspositivismus dominiert. Die Koexistenz eines positiven, gesetzten Rechts mit einem präpositiven, vorausgesetzten Recht oder der Vorrang des einen gegenüber dem anderen ist eine Fragestellung, die seit Jahrhunderten rechtsphilosophische Debatten lostritt und die Aufmerksamkeit aller in Anspruch nimmt, die sich für das Rechtsphänomen interessieren. Die Analyse dieser problematischen Beziehung führte zu den unterschiedlichsten Hypothesen und Theorien, die in zwei großen Denktraditionen dar- und zusammengestellt werden können: Die Naturrechtslehre und der Rechtspositivismus.²

Auf der einen Seite kann ein Kern von Naturrechtslehre – trotz ihrer inneren Reichhaltigkeit und Vielfalt – in allen Rechtstheorien identifiziert werden, die gleichzeitig Folgendes verteidigen: (a) eine *ethisch-philosophische* These, welche die Existenz allgemeingültiger und der menschlichen Vernunft zugänglicher, moralischer Prinzipien und Werte vertritt, und (b) eine *begriffliche* These, wonach eine Norm oder eine Rechtsordnung erst als „rechtlich“ qualifiziert werden kann, wenn sie diesen Prinzipien oder Werten entspricht oder zumindest nicht widerspricht.³ Aus diesen beiden Thesen folgt (c) eine *normative* These, die besagt, dass die Individuen eine moralische Verpflichtung haben, dem Recht zu gehorchen.⁴ Für die

¹ *Schmölz*, Das Naturrecht in der politischen Theorie, S. 148.

² *H. Dreier*, Naturrecht und Rechtspositivismus: Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlurteile, S. 127; *Riezler*, Der todgesagte Positivismus, S. 330 ff.; *Spranger*, Zur Frage der Erneuerung des Naturrechts, S. 101 ff.; *Süsterhenn*, Das Naturrecht, S. 18 ff.; *Verdross*, Was ist Recht? Die Krise des Rechtspositivismus und das Naturrecht, S. 309 ff.; *Welzel*, Naturrecht und Rechtspositivismus, S. 323 ff.

³ *Nino*, Introducción al Análisis del Derecho, S. 20.

⁴ *Sruchiner*, Algumas „Proposições Fulcrais“ acerca do Direito, S. 400.

Verteidiger der Naturrechtslehre „ist der Ausdruck ‚gerechtes Recht‘ ein Pleonasmus und der Ausdruck ‚ungerechtes Recht‘ ein Widerspruch“.⁵

Auf der anderen Seite – und ebenfalls trotz seiner inneren Reichhaltigkeit und Vielfalt – steht der Rechtspositivismus, der vor allem eine klar abgegrenzte *begriffliche* These⁶ verteidigt: Das Recht soll nicht durch axiologische, sondern aufgrund faktischer, empirischer und objektiver Kriterien identifizierbar sein. Unabhängig von der Existenz allgemeingültiger moralischer Normen ist es immer und überall möglich,⁷ die Existenz eines Ganzen von Normen (oder Regeln) festzustellen, die nicht wegen eines *qualitativen* Kriteriums, sondern wegen ihrer *Herkunft* (oder *Quelle*) als „juristische“ Normen identifiziert werden können.⁸ Diejenigen, die die Macht haben, Rechtsnormen festzusetzen und ihre Umsetzung durchzusetzen, *schaffen* das Recht und definieren seinen *Inhalt* entsprechend ihrem eigenen *Willen*.⁹

Für den Rechtspositivismus erhält eine Norm das Qualitätssiegel „juristisch“ auf Grund der Tatsache, dass sie zu einem bestimmten Zeitpunkt und an einem bestimmten Ort von einem oder mehreren relevanten Sozialakteuren als solche anerkannt worden ist. Der Einwand, dass eine bestimmte Norm eine abwegige Norm ist, die diese Sozialakteure niemals bestätigen würden, kann nicht dazu dienen, die Identifikation als „juristisch“ zu eliminieren. Andererseits wäre sie keine „juristische“ Norm, wenn eine eigentlich vortreffliche oder ausgezeichnete Norm, die von allen relevanten Sozialakteuren vorbehaltlos anerkannt werden müsste, nie von den rechtszuständigen Sozialakteuren bestätigt wurde.¹⁰ Aus Sicht der Rechtswissenschaft ist jede Verknüpfung einer Norm oder sogar eines Rechtssystems mit einer „Idee“ des Rechts, die als „Grundsätze von Gerechtigkeit“ verstanden werden kann, nicht sinnvoll.¹¹ Die Existenz des Rechts ist eine Sache; sein Wert oder Unwert ist eine andere.¹²

Diese Grundthese des Rechtspositivismus – nämlich die *begriffliche Trennung zwischen Recht und Moral*, zwischen quantitativen und qualitativen Kriterien für die Identifizierung des Rechts, zwischen *Sein* und *Sollen* – wurde schon immer auf sehr verschiedene Art und Weise kritisiert, obgleich die überwiegende Mehrheit der

⁵ *Ibid.*, S. 401.

⁶ Keine Forschung wird jemals in der Lage sein, die komplette Realität abzubilden. Und jede/r Forschende wird immer die schwierige Entscheidung treffen müssen, die Aufmerksamkeit auf bestimmte Aspekte der Wirklichkeit zum Nachteil anderer zu richten. Die vorliegende Untersuchung hat es vermieden, auf die zahllosen möglichen Definitionen des Rechtspositivismus, die im Laufe der Geschichte niedergeschrieben wurden, im Detail einzugehen, und begnügt sich mit einer Definition, die recht umfassend und für ihre Zwecke ausreichend ist: die Definition des Rechtspositivismus als konzeptioneller Positivismus, die von John Gardner vorgelegt wurde. Gardner, *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*, S. 199 f.

⁷ Kelsen, *The Law as a Specific Social Technique*, S. 233 f.

⁸ Struchiner, Algumas „Proposições Fulcrais“ acerca do Direito, S. 409 f.

⁹ Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, S. 93.

¹⁰ Gardner, *Legal Positivism: 5 1/2 Myths*, S. 200.

¹¹ Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, S. 93.

¹² Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, S. 157.

Kritikerinnen und Kritiker die These nur oberflächlich und ungenau beschreibt.¹³ Die höchstwahrscheinlich am wenigsten konsistente Hauptkritik identifiziert den Rechtspositivismus mit einer *politischen Ideologie* – entweder in einem passiven oder in einem aktiven Sinn.

Im passiven Sinn halten die Kritiken den Rechtspositivismus für (a) eine *nihilistische Theorie*, die die „Positivität“ des Rechts in „Negativität“ verwandelt,¹⁴ (b) eine *sterile Theorie*,¹⁵ die die Rechtsphilosophie einem „rigorosen Winter“¹⁶ unterworfen hat, (c) eine *zynische Theorie*, die mit einer unleugbaren amoralischen Tendenz zur Ausübung der politischen Macht verbunden ist,¹⁷ sowie (d) für eine *frigide Theorie*, die Menschen einfach als „gestaltlose Teile eines großen Getriebes“ sieht und die der „Natur des Menschen“ innewohnenden Gefühle ignoriert.¹⁸

Im *aktiven* Sinn zielt die Identifizierung des Rechtspositivismus als eine politische Ideologie darauf, die (vollkommene) Unterwürfigkeit der öffentlichen Behörden und Ämter unter das positive, gesetzte Recht zu „denunzieren“, denn sie haben die absolute und unbedingte *Verpflichtung* das Recht so anzuwenden, wie es vorgeschrieben ist. Der zentrale Kern der rechtspositivistischen Theorie legitimiere also – nicht nur *de facto*, sondern auch *de iure* – die Taten der Diktatoren, deren Untergebene ihnen machtlos ausgesetzt seien.¹⁹ Die bloße Existenz des Rechts gäbe ihm seine Rechtfertigung. Die staatlichen Autoritäten hätten „die Pflicht, die Gesetze anzuwenden, auch wenn sie die größten Ungerechtigkeiten enthalten“.²⁰ Diese

¹³ H. Dreier, Zerrbild Rechtspositivismus: Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden, S. 64.

¹⁴ „A questo modello della pienezza si contrappone quello che, sempre nello stesso libro, ho definito la tendenza ‚nichilistica‘ del giuspositivismo. Una sorta di scivolamento teoretico per cui la mutabilità implica la relatività ed equivalenza di qualsiasi manifestazione giuridica. La positività del diritto viene a coincidere con il suo opposto, con la ‚negatività‘: la capacità di negare innanzitutto se stesso, di rifiutare qualsiasi elemento di stabilità o permanenza.“ Amato, Difesa Innaturale del Diritto Naturale, S. 10. Es gibt aber auch diejenigen, die nur von einer kontingenten Verbindung zwischen Rechtspositivismus und Nihilismus sprechen: Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 97, Fn. 4. Dieser Versuch, den *Rechtspositivismus* – insbesondere die Reine Rechtslehre – dem moralischen Nihilismus gleichzusetzen, wird unter anderem von Horst Dreier gebrandmarkt: H. Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, S. 229.

¹⁵ „steril“. Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, S. 138.

¹⁶ „kalter Winter“. Ibid., S. 138.

¹⁷ Höffe, Politische Gerechtigkeit, S. 23.

¹⁸ „teoria frígida“, „simples peça amorfa de uma grande engrenagem“ und „natureza humana“. Venosa, Introdução ao Estudo do Direito, S. 59 f.

¹⁹ „Daß Diktatoren, die sich einen ‚souveränen Staat‘ schaffen, mit den Menschen, die ihnen unterworfen sind, nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich gesehen tun und lassen können, was sie wollen, das ist der harte Kern der rechtspositivistischen Ideologie.“ Hruschka, Die Todeschüsse an der Berliner Mauer vor Gericht, S. 667.

²⁰ „Der Positivismus kannte nach seinem Grundsatz, Recht ist nur der staatliche Gesetzesbefehl, bzw. das Gewohnheitsrecht, das darin eingeschlossen ist, ein Richtertum, das diese Gesetze anzuwenden hatte, auch wenn sie schwerstes Unrecht enthielten.“ Kipp, Naturrecht und moderner Staat, S. 130.