

zes, terroristischer faschistischer Diktatur und deren Terrorjustiz.

Wo immer in der Welt eine antifaschistisch-demokratische Justiz als Alternative zur faschistischen Realität wurde — ob in der DDR 1945 bis 1949, ob in Ungarn nach 1945 oder in Nikaragua nach dem Sturz der Somoza-Diktatur im Jahre 1979 —, wurde dieses Wissen praktiziert.

Antifaschistisch-demokratische Alternativen zur faschistischen Justiz sind stets Teil einer antiimperialistischen Gesellschaftsstrategie. Es gibt keine verselbständigte, gleichsam in der Spezifik der Justiz begründete Strategie zu deren antifaschistischer Umgestaltung.

Mit der Frage nach der antifaschistischen Alternative zur faschistischen Justiz ist das Problem verbunden: Welcher Art von Rechtsphilosophie und Rechtsideologie bedarf es, um antifaschistisches Recht zu setzen und zu sprechen, um rechtstheoretisch begründete Haltungen von Juristen als Barrieren gegen eine Faschisierung der bürgerlichen Justiz zu erzeugen?

In Diskussionen unter Juristen in der heutigen BRD war und ist dies vielfach die Frage: Positivismus oder Naturrecht? Uns scheint dies eine defensive Fragestellung zu sein, die den Rahmen spätbürgerlichen Rechtsdenkens nicht sprengt und daher auch keine dauerhaften rechtsideologischen Positionen gegen den Faschismus begründen kann. Zum Beweis seien beispielhaft einige Überlegungen angeführt:

Als nach 1945 in der heutigen BRD eine förmliche Naturrechtsrenaissance einsetzte, geschah dies unter der zentralen rechtspolitischen Behauptung, der Rechtspositivismus mit seinem Dogma „Gesetz ist Gesetz“ sei Ursache der Kapitulation der Juristen vor Hitler, der gerichtlichen Willkür und des justitiellen Terrors gewesen. So stellte etwa H. Weinkauff fest: „Wenn irgend etwas aus dem Schicksal und dem Versagen des Rechts und der Justiz unter dem Nationalsozialismus mit Gewißheit gefolgert werden kann, so ist es das, daß der Rechtspositivismus in Verbindung mit dem Pluralismus der Wertvorstellungen vor der totalitären Rechts Verwüstung schmachvoll versagt hat ... Die Erarbeitung einer Grundlage des Rechts, die jenseits vom Rechtspositivismus und Wertpluralismus liegt, mit anderen Worten: die Erarbeitung einer naturrechtlichen Grundlage des Rechts, ist daher das A und O jeder wirklichen Erneuerung von Recht und Gericht, und zwar einer Erneuerung, die der totalitären Bedrohung schon in ihrem Anfangsstadium widerstehen und ... (sie) verhindern kann.“⁵

Abgesehen davon, daß eine Rechtsideologie niemals entscheidende Kraft für die Faschisierung der Justiz sein kann — Wednkauffs Aussage ist historisch unwahr: Im Jahre 1933 hatte der Rechtspositivismus längst aufgehört, die bestimmende rechtsphilosophische Strömung im deutschen Imperialismus zu sein.⁶ An seine Stelle waren Theorien getreten, die sehr unmittelbar die bürgerliche Gesetzlichkeit auflösten und bereits in die Gerichtspraxis der Weimarer Republik Eingang gefunden hatten.

Außerdem: Die Nazifaschisten hatten nicht selten ihre Willkürherrschaft naturrechtlich zu legitimieren versucht. Es sei hier lediglich auf die rechtsphilosophischen Elaborate der Dietze, Dahm, E. von Hippel oder Mülleredsert verwiesen. Unter Berufung auf ein „Naturrecht aus Blut und Boden“, auf das „gesunde Volksempfinden“, auf das „was arische Menschen für Recht befinden“, wurden die schlimmsten justitiellen Scheußlichkeiten begangen. Es hatte nichts mehr mit juristischem Positivismus gemein, wenn G. Dahm dem Richter die Aufgabe zuwies, „die Werturteile zu fällen, die der nationalsozialistischen Rechtsanschauung und dem Willen der politischen Führung entsprechen“, denn „die politische Führung ist dem Volke näher als der Richter“. Als gesund konnte nach Dahm „nur die Rechtsanschauung gelten ..., die der nationalsozialistischen Rechtsidee entspricht.“⁷

Allerdings haben sich die nazifaschistischen Ideologen, Richter und „Rechtswahrer“ auch Teile des juristischen Positivismus zunutze gemacht. Das positivistische Leitmotiv „Gesetz ist Gesetz“, das jedes Hinterfragen von Normativakten nach historischen Wurzeln und gesellschaftlichen Inhalten als metajuristisch abtat, war durchaus geeignet, die Unterwer-

fung der Juristen unter die Macht der Nazifaschisten und ihr Recht zu fordern und zu rechtfertigen.

Es muß aber auch vermerkt werden, daß es mit einem positivistischen Rechtsverständnis nicht zu vereinbaren ist,

- daß „der Wille des Führers oberstes Gesetz ist“;
- daß Hitler seit dem Reichstagsbeschuß vom 26. April 1942 auch formell ermächtigt war, „ohne an bestehende Rechtsvorschriften gebunden zu sein ... mit allen ihm geeignet erscheinenden Mitteln ... jederzeit jeden Deutschen mit der ihm gebührenden Sühne zu belegen ...“;
- daß die Auslegung der Gesetze nicht an deren Wortlaut gebunden war;
- daß zentrale faschistische „Gesetze“ Rechtscharakter beanspruchten, obwohl sie weniger das Verhalten, als vor allem die Gesinnung gängelten, an rassische und andere irrationale Voraussetzungen anknüpften und bewußt auf die Regelung gesellschaftlicher Verhältnisse nach allgemeinbestimmbareren Merkmalen verzichteten.

Für die Rechtsideologie der deutschen Faschisten hatte deren späterer Kronjurist Carl Schmitt bereits 1922 bekannt: „Die Ausnahme ist interessanter als der Normalfall. Das Normale beweist nichts, die Ausnahme beweist alles.“⁸ Und es wäre für einen positivistisch denkenden Richter auch durchaus problematisch gewesen, daß nazifaschistische Normativakte in offenem Widerspruch zu der nicht außer Kraft gesetzten Weimarer Verfassung und allgemeinverbindlichen Völkerrechtsnormen standen.

Es ist auch darauf zu verweisen, daß nur in Ausnahmefällen mittels naturrechtlicher Argumentationen in der Nachkriegszeit Gerichtsurteile gefällt wurden, mit denen faschistische Verbrechen geahndet worden sind. Vielmehr diente die Naturrechtsinflation, die nach 1945 in der heutigen BRD einsetzte, objektiv der Restauration einer imperialistischen Gesellschafts- und Staatsordnung, in der die sozialökonomischen Ursachen und Wurzeln des Faschismus nicht beseitigt, sondern neu installiert wurden. Denn diese Naturrechtsauffassungen negierten bewußt die auf Volkssouveränität und Rationalität gerichteten Intentionen des aufklärerischen Naturrechts von Grotius bis Kant und betrieben statt dessen die irrationale Legitimation monopolkapitalistischer Eigentumsverhältnisse, Privilegien und Politik. Indem diese spätbürgerlichen Naturrechtstheorien bewußt antikommunistisch argumentierten, teilten sie eine Grundhaltung präfaschistischen wie faschistischen Naturrechts.^{9 10 11}

Historische Erfahrungen belegen: Eine Rechtsphilosophie und -ideologie, die stabil antifaschistisch sein will, muß jede Form spätbürgerlicher Rechtstheorie hinter sich lassen. Weder imperialistisches Naturrecht noch bürgerlicher Rechtspositivismus können Faschismus bewältigen helfen. Hier ist selbst eine „kleine Bitte um ein wenig Positivismus“ zuviel.¹⁰ Es stimmt einfach nicht, daß die Positivisten „den Vorzug genießen, zumindest ein Prinzip der Demokratie, nämlich die Gesetzesgebundenheit des Richters und das Primat der Gesetzgebungsorgane, unverzichtbar ernst zu nehmen.“¹¹

5 H. Weinkauff, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Stuttgart 1968, S. 182.

6 Es sei denn, man verzichtet — wie K. Polak (Zur Dialektik in der Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1963, S. 201 ff.) — auf jede differenzierende Analyse spätbürgerlicher Rechtsphilosophie und charakterisiert diese summarisch als positivistisch.

7 G. Dahm, Deutsches Strafrecht, Hamburg 1934, S. 90 f.

8 C. Schmitt, Politische Theologie, München/Leipzig 1922, S. 15.

Vgl. dazu U. Reifner, Das Recht des Unrechtsstaates, Frankfurt am Main 1982; Der Unrechts-Staat, Frankfurt am Main 1979; U. Reifner, „Juristen im Nationalsozialismus“, Zeitschrift für Rechtspolitik (Frankfurt am Main) 1983, Heft 1, S. 13 ff.; R. Kühnl, Der deutsche Faschismus in Quellen und Dokumenten, Köln 1975; H. Klenner, Formen und Bedeutung der Gesetzlichkeit als einer Methode in der Führung des Klassenkampfes, Berlin 1953.

9 Vgl. dazu K.-H. Schöneburg, Das Verhältnis des staatlichen Gesetzes zum Naturrecht in der neuhumanistischen Rechtsphilosophie, Halle 1955; W. Wippold, Die Einwirkung der Naturrechtsideologie auf die westdeutsche Gerichtspraxis in den Jahren bis zur Gründung der Bundesrepublik (1945—1949), Babelsberg 1957; H. Klenner, „Das Rechtsgefühl als Asyl des Naturrechts“, Staat und Recht 1955, Heft 2, S. 306 ff.; H. Klenner/K.-H. Schöneburg, „Vom ewigen zum beweglichen Naturrecht“, Staat und Recht 1956, Heft 4, S. 485 ff.

10 P. Römer, „Kleine Bitte um ein wenig Positivismus“, in: W. Abendroth u. a., Der Kampf um das Grundgesetz, Frankfurt am Main 1979, S. 87 ff.

11 U. Reifner, „Juristen im Nationalsozialismus“, a. a. O., S. 17; ähnlich H. Düx, „Die Funktion der Juristen bei der ‚Machtergreifung‘“, VDJ-Forum (Köln) 1983, Heft 2, S. 4.