

BONNER AKADEMISCHE REDEN

40

Zur Kritik der Lehre  
vom  
überpositiven Recht

R e d e  
zum Antritt des Rektorates  
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität  
zu Bonn  
am 17. Oktober 1970

gehalten von  
Dr. Gerald Grünwald  
Professor für Strafrecht und Strafprozeßrecht

1971  
PETER HANSTEIN VERLAG GMBH BONN

---

Die staatlichen Gesetze regeln das gesellschaftliche und politische Geschehen nach bestimmten Wertvorstellungen. Diese Wertungen und damit die Gesetze selbst können von einem außergesetzlichen Standpunkt her in Frage gestellt werden. Es kann geprüft werden, ob die getroffene Regelung gerecht ist. Zwar bestehen Meinungsverschiedenheiten nicht nur darüber, welche Regelung für einen bestimmten Sachverhalt gerecht ist; es bestehen auch unterschiedliche Auffassungen über den Ursprung der Gerechtigkeitsvorstellungen, die in einer Gesellschaft bestehen — darüber, ob sie Produkt und Überbau gesellschaftlicher Verhältnisse sind oder aber auf einer objektiv vorgegebenen Normenordnung beruhen, die freilich nur jeweils unvollkommen erkennbar ist. Einigkeit aber besteht darüber, daß es sinnvoll möglich ist, den Inhalt eines bestimmten Gesetzes an einem außergesetzlichen Maßstab zu messen, ihn mit der gedachten gerechten Regelung zu vergleichen.

Der Konflikt zwischen dem staatlichen Gesetz und dem Gerechten gehört zu den Grundproblemen des Rechts, die sich nicht nur dem Juristen stellen, sondern jedem Bürger als dem Adressaten der Gesetze. Ob und wie sehr die Problematik allerdings in das allgemeine Bewußtsein dringt, hängt von historischen Bedingungen ab. Sie wird wenig beachtet, solange die Wertvorstellungen in der Gesellschaft — oder doch unter denen, die die geistige Auseinandersetzung beherrschen — homogen und konstant

sind und solange die Gesetze diesen Wertvorstellungen entsprechen. Anders, wenn über die richtige Gestaltung des Zusammenlebens divergierende Auffassungen bestehen. Und mehr noch nach einer politischen Umwälzung, wenn es darum geht, die Gesetze der abgelösten Staatsordnung und solche Handlungen zu beurteilen, die unter der Geltung dieser Gesetze begangen wurden.

So hat die Frage des ungerechten Gesetzes vor allem nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Staates die Rechtswissenschaft, aber auch die Gerichte in zahlreichen Entscheidungen beschäftigt.

Die Fragestellung, unter der die Problematik meist gesehen wird, ist die, ob ein Gesetz, dessen Inhalt in Widerspruch zu dem Gerechten steht, *Geltung* beanspruchen könne, ob es *Rechtsqualität* besitze. Die Antwort, die von der Rechtsprechung und ganz überwiegend auch in der Literatur gegeben worden ist, lautet: Ein Gesetz, das gegen elementare Prinzipien der Gerechtigkeit verstößt, sei nichtig, es entbehre der Geltung, es werde auch bei formell ordnungsgemäßem Zustandekommen nicht Teil der Rechtsordnung.

Für ein solches Verdikt über ein staatliches Gesetz soll es — wohlgemerkt — nicht ausreichen, daß es von der als gerecht angesehenen Regelung abweicht, vielmehr soll nur die extrem ungerechte Regelung nicht „Recht“ sein. Für diese Einschränkung — für die Annahme also, daß staatliche Gesetze grundsätzlich Geltung beanspruchen könnten — wird zweierlei angeführt: einmal die Schwierigkeit und Unsicherheit der Erkenntnis des objektiv Gerechten, zum andern der Wert der Rechtssicherheit, dem jedes Gesetz unabhängig von seinem Inhalt diene.

Diesen Thesen, die — wie gesagt — Literatur und Rechtsprechung beherrschen<sup>1</sup>, liegt eine Konzeption des Rechts zugrunde, die sich folgendermaßen skizzieren läßt: Es gibt bestimmte elementare Normen, die den staatlichen Gesetzen übergeordnet sind in dem Sinne, daß sie gelten — und zwar in der Qualität von *Rechtsnormen* —, unabhängig davon, ob der staatliche Gesetzgeber sie anerkennt. *Rechtsnormen* sind aber auch die staatlichen Gesetze, solange sie nicht gegen die übergeordneten Normen verstoßen. Den staatlichen Gesetzen wird also dieselbe Qualität, wenn auch nur ein untergeordneter Rang, zugesprochen wie den elementaren Normen. Das Verhältnis zwischen den beiden Normenbereichen wird damit parallel zu dem Verhältnis gesehen, das innerhalb des staatlichen Rechts zwischen der Verfassung und den einfachen Gesetzen besteht. So wie die Verfassung und die einfachen Gesetze den Normenkomplex der staatlichen Gesetze im weiteren Sinne bilden, so sollen die übergeordneten Normen und die staatlichen Gesetze die geltende Rechtsordnung darstellen.

Die Normen, über die ausgesagt wird, daß sie unabhängig von staatlicher Anerkennung als Rechtsnormen gelten, werden in der heutigen juristischen Terminologie als „überpositives Recht“ bezeichnet. Darum soll im folgenden die dargestellte Konzeption als die Lehre vom überpositiven Recht bezeichnet werden.

Häufig wird als Synonym für überpositives Recht die Bezeichnung Naturrecht verwendet. Aber dieses Wort ist

<sup>1</sup> Siehe die Nachweise bei Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, S. 438 ff., und bei Seebode, Das Verbrechen der Rechtsbeugung, 1969, S. 27 ff.

mehrdeutig; denn bisweilen werden als Naturrecht die Leitbilder bezeichnet, an denen der Staat seine Gesetze orientieren soll, *ohne* daß damit die Ungültigkeit abweichender Gesetze behauptet wird. Außerdem ist die Bezeichnung Naturrecht dadurch belastet, daß sich mit ihr heute bestimmte Vorstellungen vom *Inhalt* der vorgegebenen Normen verbinden. Wie wohl allgemein bekannt, hat sich der Bundesgerichtshof in zahlreichen Entscheidungen auf naturrechtliche Auffassungen gestützt<sup>2</sup>. Diese inhaltlichen Aussagen sind vielfach kritisiert und angefochten worden; und zwar auch gerade von Anhängern der Lehre vom überpositiven Recht — von denjenigen also, die ebenso wie der BGH meinen, daß sich die vorgegebenen Normen einerseits, die staatlichen Gesetze andererseits zu dem Gesamtkomplex des geltenden Rechts zusammenfügen. Diese Konzeption soll Gegenstand der Kritik sein, nicht etwa die einzelnen inhaltlichen Behauptungen über Naturrechtssätze.

Ich möchte bei der Auseinandersetzung von drei konkreten Rechtsfragen ausgehen, die die Gerichte und die Rechtswissenschaft beschäftigt haben. Sie betreffen alle die Aufarbeitung des Nachlasses des Dritten Reiches, sind aber zugleich geeignet, allgemeine Erkenntnisse zu vermitteln. Die erste Frage gehört dem Strafrecht an. Sie betrifft die Verurteilung aufgrund von nationalsozialistischen Terrorgesetzen, insbesondere die Verhängung von Todesurteilen. Sind, so lautet die Frage, die Richter, die an solchen Urteilen mitwirkten, und sind die Denunzianten, die solche Verurteilungen auslösten, nach geltendem

<sup>2</sup> Siehe die zusammenfassende Darstellung von Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in NJW 1960, S. 1689 ff.

Recht zu bestrafen? Die zweite Frage ist die, ob die Beamtenverhältnisse, die vor dem 8. Mai 1945 bestanden, mit diesem Datum erloschen sind. Die dritte Frage hat die Auslegung des Bundesentschädigungsgesetzes zum Gegenstand und geht dahin, unter welchen Voraussetzungen Entschädigungen für Nachteile zu gewähren sind, die jemand infolge von Widerstandshandlungen gegen das NS-Regime erlitten hat.

Die Antworten auf diese Fragen sind umstritten. In unserem Zusammenhang interessieren jeweils die Lösungen, die auf Grund der Lehre vom überpositiven Recht entwickelt worden sind.

Die Beurteilung der ersten Frage — Strafbarkeit derjenigen, die am Zustandekommen von Urteilen beteiligt waren, die auf Terrorgesetzen beruhten — hat auszugehen von dem Grundsatz nulla poena sine lege. Im Grundgesetz wie im StGB ist festgelegt, daß eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Das bedeutet, daß eine Tat, mag sie noch so strafwürdig sein, nach unserem Recht straflos bleibt, wenn nicht die Gesetze der Tatzeit ihre Strafbarkeit anordneten. Zu fragen ist deshalb, ob die Verurteilungen aufgrund von Terrorgesetzen des NS-Staates von den zu dieser Zeit geltenden Gesetzen mit Strafe bedroht wurden, und ob gleiches für wahrheitsgemäße Anzeigen gilt, die zu solchen Verurteilungen führten.

Überwiegend wird das bejaht, und zwar mit folgender Begründung: Auch zur Tatzeit habe für den Richter der Tatbestand der Rechtsbeugung — § 336 StGB — bestanden, also eine *lex scripta*. Diesen Tatbestand, nämlich die

Entscheidung unter Verletzung des Rechts, hätten die Richter erfüllt. Denn Recht sei auch das überpositive Recht, und dieses sei von den Richtern mißachtet worden, indem sie Gesetze anwendeten, die wegen Verstoßes gegen das überpositive Recht ungültig gewesen seien. Daneben sollen die Richter und die Denunzianten wegen Mordes oder Totschlags strafbar sein. Auch diese Annahme wird teils auf die *lex scripta*, teils auf das überpositive Recht gestützt: Die Handlungen der Richter wie der Denunzianten erfüllten den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung nach § 211 oder 212 StGB; zwar seien sie durch die Gesetze gedeckt, nach denen verurteilt wurde; diese Gesetze aber seien nichtig. Das Resultat ist die Strafbarkeit, vorausgesetzt, daß auch die subjektiven Verbrechensmerkmale, nämlich Vorsatz und zumindest potentiell Unrechtsbewußtsein, erfüllt sind.

Betrachtet man das Ergebnis, so ist es verständlich, daß diese Auffassung weithin auf Zustimmung gestoßen ist, und daß derjenige, der sie anzweifelt, sich dem Vorwurf aussetzt, wertblind zu sein und die Perversion des Rechts unter dem Nationalsozialismus nicht voll erfaßt zu haben. Analysiert man aber die Prämissen genauer, so läßt sich im Gegenteil behaupten, daß gerade jene Auffassung die Gesetze des nationalsozialistischen Staates aufwertet und daß sie die Kluft ignoriert, die unsere Rechtsordnung von der des Nationalsozialismus trennt.

Bevor ich diese Behauptung begründe, gestatten Sie mir, daß ich die Lösung nenne, die ich für richtig halte: Richter und Anzeigerstatter haben verwerflich gehandelt, da die Verurteilungen, die sie bewirkten, kraß ungerecht waren. Ihre Strafbarkeit ist jedoch ausgeschlossen, solange der Rechtssatz *nulla poena sine lege* uneingeschränkt gilt.

Denn sie handelten in Übereinstimmung mit den staatlichen Gesetzen. Es ist nicht möglich, aus dem Gesamtkomplex der Gesetze einzelne zu streichen und damit den Inhalt anderer, bestehenbleibender Gesetze zu verändern und trotzdem zu behaupten, daß die so veränderten Normen die Gesetze jenes Staates seien. Konkret: Der Tatbestand der Rechtsbeugung, wie er im NS-Staat galt, läßt sich nicht als eine Regelung des Inhalts interpretieren, daß der Richter zu bestrafen sei, der die von demselben Staat erlassenen Gesetze rückhaltlos anwendet.

Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei noch folgendes gesagt: Es soll nicht behauptet werden, daß es schlechterdings unmöglich wäre, die am Zustandekommen von Terrorurteilen Beteiligten der Bestrafung zuzuführen. Der Gesetzgeber hätte dies bewirken können, indem er durch Verfassungsänderung eine Einschränkung des Rechtsatzes nulla poena sine lege zugelassen und rückwirkende Strafgesetze erlassen hätte. Es sei daran erinnert, daß die Besatzungsmächte unmittelbar nach 1945 im Kontrollratsgesetz Nr. 10 rückwirkende Strafbestimmungen geschaffen haben. Die Feststellung, daß die angewendeten Terrorgesetze kraß ungerecht waren, hätte als Rechtfertigung für eine Durchbrechung des Rückwirkungsverbots angesehen werden können; ob sie eine *ausreichende* Rechtfertigung war, hätte der Verfassungsgesetzgeber im Bewußtsein der Problematik entscheiden müssen. Aber jene Feststellung ist nicht geeignet, die Behauptung zu stützen, daß die Bestrafung das Rückwirkungsverbot gar nicht tangiere.

Doch nun zu den Prämissen der Gegenmeinung, die erklärt, daß die kraß ungerechten Gesetze auch zur Zeit des NS-Staates der Geltung entbehrt haben, daß sie keine

Rechtsnormen gewesen seien. Der Inhalt dieser Aussage ist mehrdeutig, deshalb weil die Worte „Recht“ und „Geltung“ mehrdeutig sind. Die Verneinung der Geltung und der Rechtsqualität der Gesetze kann nicht dahin verstanden werden, daß jene Gesetze nicht zum Komplex der vom Staat erlassenen Anweisungen gehört hätten, oder daß der Staat nicht ihre Befolgung geboten hätte. Der Begriff des Rechts ist vielmehr so zu verstehen, daß er nur solche Normen umfaßt, denen — in den Worten Welzels<sup>3</sup> — „*verpflichtende Kraft*“ eigen ist; und unter Geltung ist eben jene „*verpflichtende Kraft*“ zu begreifen. Sie ist nicht gleichzusetzen mit der Forderung des Staates, daß die Normen befolgt werden. Daß eine Rechtsnorm verpflichtende Kraft habe, soll vielmehr bedeuten, daß sie Teil der *objektiven Sollensordnung* sei und ihren Adressaten *im Gewissen* verpflichte.

Die Lehre vom überpositiven Recht besagt somit, daß Gesetze, die gegen elementare Prinzipien der Gerechtigkeit verstoßen, nicht Teil der objektiven Sollensordnung seien, daß sie den einzelnen nicht im Gewissen verpflichten. Nur eine so verstandene Verpflichtungskraft wird den nationalsozialistischen Terrorgesetzen abgesprochen.

Dieser Beurteilung der kraft ungerechten Gesetze kann gewiß nicht widersprochen werden — die Auffassung, daß jedes wie immer geartete Gesetz den Menschen im Gewissen verpflichte, wäre in der Tat indiskutabel. Der Widerspruch gegen die Lehre vom überpositiven Recht hat sich im Gegenteil dagegen zu richten, daß sie erklärt,

<sup>3</sup> Welzel, Gesetz und Gewissen, in Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, 1960, S. 383 (392 f.); Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 544 f.

daß einem Gesetz nur in extremen Ausnahmefällen die verpflichtende Kraft abzusprechen sei. Wenn diese Lehre erklärt, daß extrem ungerechte Gesetze der Geltung ermangelten, so erklärt sie ja zugleich, daß grundsätzlich die von einem Staate, und zwar von jedwedem Staate erlassenen Gesetze Teil der objektiven Sollensordnung seien.

Um die Tragweite dieser Auffassung bei der Beurteilung etwa der NS-Gesetze zu erfassen, muß man sich bewußt machen, wie eng die Voraussetzungen sind, unter denen die Vertreter dieser Lehre einem Gesetz die Geltung absprechen. Dieses Verdikt wird ja keineswegs über alle spezifisch nationalsozialistischen Gesetze gefällt und nicht etwa über alle Staatsschutzgesetze des NS-Regimes.

Aber: wie eng oder wie weit man den Kreis der Ausnahmen von der Verpflichtungskraft zieht, ist nicht wesentlich. Gegenstand der Kritik hat vielmehr der Grundsatz zu sein, daß das staatliche Gesetz als Teil der objektiven Sollensordnung gelte — die Behauptung, daß das Gesetz nicht nur von der Autorität des jeweiligen Staates getragen sei, sondern den Bürger als Befehl einer höheren Ordnung binde, und daß diese Verpflichtungskraft dem Gesetz grundsätzlich unabhängig von seiner inhaltlichen Richtigkeit zukomme.

350. Erläßt der Staat A ein bestimmtes Gesetz, der Staat B ein solches entgegengesetzten Inhalts, so sollen beide die Bürger des jeweiligen Staates gleichermaßen im Gewissen verpflichten, solange nicht eines von ihnen die elementaren Gerechtigkeitsprinzipien verletzt. Die Gesetze etwa, mit denen ein Staat seine politische Ordnung sichert, sollen für die Bürger dieses Staates verpflichtend sein — als Teil derselben Sollensordnung, die den Bürgern des Nach-

barstaates verbietet, dieselbe politische Ordnung herbeizuführen. Vorbehaltlich der elementaren Prinzipien der Gerechtigkeit soll also eine säkularisierte Version des Satzes cuius regio, eius religio gelten.

Aber nicht nur vom Inhalt des Gesetzes soll seine Verpflichtungskraft grundsätzlich unabhängig sein. Die Macht, den „Rechtsunterworfenen“ — hier sei dieser Ausdruck gestattet — im Gewissen zu verpflichten, soll dem Diktator ebenso verliehen sein wie der Volksvertretung des demokratischen Staates, und ebenso einer Kolonialmacht, einem Besatzungsregime oder einem Protektor. Sobald eine Staatsgewalt etabliert ist, soll es keine andere Grenze für die Verpflichtungskraft ihrer Gesetze geben als die krasse Ungerechtigkeit des einzelnen Gesetzes. Des einzelnen Gesetzes; denn die Lehre vom überpositiven Recht abstrahiert nicht nur von der Legitimität des Gesetzgebers, sie löst das einzelne Gesetz auch aus seinem Zusammenhang mit der Rechtsordnung als Ganzem. Sie fragt nicht, wie sehr die Rechtsordnung eines Staates im ganzen eine gerechte oder ungerechte Ordnung ist. Die Feststellung der Ungültigkeit soll sich jeweils nur auf das einzelne extrem ungerechte Gesetz beziehen, ohne daß dadurch die Verpflichtungskraft der sonstigen Gesetze berührt würde.

Diese punktueller Betrachtung der einzelnen Gesetze bewirkt, daß für jeden Staat zu jeder Zeit festgestellt werden kann, daß in ihm eine intakte Rechtsordnung gelte oder geglitten habe — nämlich eine Rechtsordnung, bestehend aus den jeweiligen staatlichen Gesetzen, korrigiert durch die Normen des überpositiven Rechts. Mögen in einem Staate noch so abscheuliche Gesetze bestehen, befolgt und durchgesetzt werden — die Welt des geltenden Rechts ist immer eine heile Welt.

Man könnte nun meinen, daß die hier kritisierte Vorstellung eben nur eine Vorstellung ohne praktische Relevanz wäre. Aber das trifft nicht zu. Dies zeigen die Stellungnahmen, die der Bundesgerichtshof zu den beiden eingangs genannten Fragen gegeben hat, zur Frage des Erlöschens der Beamtenverhältnisse und zu der der Entschädigung für Verfolgungsmaßnahmen, die durch Widerstandshandlungen ausgelöst waren.

Zunächst zu der ersten: Nach dem Erlaß des Ausführungsgesetzes zu Art. 131 des Grundgesetzes wurde gegen einzelne seiner Bestimmungen der Einwand erhoben, daß sie verfassungswidrig seien. Die Entscheidung hing davon ab, ob davon auszugehen war, daß alle Beamtenverhältnisse mit der Zerschlagung des NS-Regimes erloschen waren, wobei dann die Weiterbeschäftigung eines Teils der Beamten als Begründung neuer Dienstverhältnisse zu verstehen war, oder ob der Fortbestand der Beamtenverhältnisse anzunehmen war. Geht man von der Wirklichkeit des NS-Staates aus und von dem Inhalt der Pflichten der Beamten gegenüber diesem Staat, wie sie durch seine Gesetze geprägt waren, so muß die Annahme recht fernliegend erscheinen, daß die Besatzungsmächte und danach die Bundesrepublik die Beamtenverhältnisse übernommen und nur inhaltlich verändert hätten. Das Bundesverfassungsgericht, das hier das letzte Wort zu sprechen hatte, hat denn auch festgestellt, daß alle Beamtenverhältnisse erloschen waren<sup>4</sup>.

Anders jedoch war die Stellungnahme des Bundesgerichtshofs, der aus der Wirklichkeit des Staats und seiner Gesetze per Abstraktion einen intakten Staat und eine in-

<sup>4</sup> BVerfGE 3, 58; 6, 132.

takte Rechtsordnung als bestehend erkennen zu können glaubte. In dem Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen<sup>5</sup> heißt es über das Dritte Reich: „Im Sinne des Rechts blieben sich der Staat, dessen legitime Aufgaben fortbestanden und der in diesem wahren, inneren Kern von dem nationalsozialistischen Terror nicht berührt wurde, und das Beamtentum, soweit es sich innerlich und in Erfüllung dieser legitimen Staatsaufgaben dem Terror nicht beugte, weiterhin gegenseitig verpflichtet.“

Bemerkenswert ist es, daß der BGH daraus nicht nur folgerte, daß der demokratische Staat die Beamtenverhältnisse übernommen habe, sondern darüber hinaus, daß er gar nicht das Recht gehabt habe, sie als erloschen zu behandeln. Er hatte — so heißt es wörtlich — „*nur* das Recht zu prüfen, ob der einzelne Beamte . . . gegen seine auch unter diesem Regime fortdauernden wahren Beamtenpflichten verstoßen hatte“.

Um diese Sätze richtig zu verstehen, muß man sich wiederum vergegenwärtigen, daß nach der Lehre vom überpositiven Recht ja nur extrem ungerechten Gesetzen die Geltung abgesprochen wird. Die als geltend gedachte Rechtsordnung des Dritten Reiches, deren Befolgung zu den „wahren Beamtenpflichten“ gehört haben soll, war also nicht etwa ein entnazifiziertes Recht, sondern nur ein purifiziertes nationalsozialistisches Recht.

Wenn wir uns nun der Auffassung des BGH zu der dritten Frage — Entschädigung bei Widerstandshandlungen — zuwenden, so können wir an die eben zitierte Aussage des BGH zu den Beamtenverhältnissen anknüpfen:

<sup>5</sup> BGHZ 13, 265; siehe auch BGHZ 11, Anhang S. 2.

an seine Äußerung, daß der demokratische Staat gar nicht das Recht gehabt habe, frühere Beamtenverhältnisse als erloschen zu behandeln. Daß er dazu nicht „das Recht“ gehabt habe, kann nur bedeuten, daß ihm das überpositive Recht eine solche Beurteilung verbiete. Diese Auffassung hat einmal zur Voraussetzung die Annahme, daß die grundsätzliche Unauflösbarkeit von Beamtenverhältnissen zu den Normen des überpositiven Rechts gehöre; diese Annahme gehört zu der Gruppe von inhaltlichen Aussagen über angebliche überpositive Normen, mit denen eine Auseinandersetzung überflüssig ist. Bedeutsam hingegen ist die generelle Vorstellung, daß unsere Rechtsordnung bei der Bewertung von Sachverhalten aus der Zeit des Nationalsozialismus einer engen Bindung durch das überpositive Recht unterliege. Wie eng und wie artet diese Bindung nach der Lehre vom überpositiven Recht ist, ergibt folgende Überlegung: Wenn alle Staaten in eine sie überwölbende objektive Sollensordnung eingebettet sind, die sie ermächtigt, Gesetze mit verpflichtender Kraft zu erlassen, so muß jede Staatsgewalt die von einer anderen Staatsgewalt erlassenen Gesetze — mit Ausnahme der kraft ungerechten — als Bestandteil der objektiven Sollensordnung anerkennen. Bezogen auf das nationalsozialistische Regime bedeutet das: Eine Handlung, die gegen NS-Gesetze verstieß, darf auch von unserer Rechtsordnung nicht positiv bewertet, als verdienstlich angesehen oder gar belohnt werden, es sei denn, daß die Handlung ausnahmsweise durch das überpositive Recht gedeckt war.

Ich meine, daß an dieser Konsequenz das Unvermögen der Lehre vom überpositiven Recht zu politischer Wertung besonders deutlich sichtbar wird. Aber es handelt sich um eine zwingende Konsequenz aus dieser Lehre, und

der BGH hat sich auch nicht gescheut, sie zu ziehen. Er hat von diesem Standpunkt aus das Bundesentschädigungsgesetz ausgelegt oder — richtiger gesagt — korrigiert.

Das Bundesentschädigungsgesetz spricht Verfolgten des NS-Regimes eine Entschädigung für die erlittenen Schäden zu. Dabei wird als Fall der Verfolgung auch der bezeichnet, daß eine gegen die nationalsozialistische Gewaltherrschaft gerichtete Handlung zu staatlichen Maßnahmen führte, die mit den damaligen Gesetzen im Einklang standen. Die Wertung, die dem zugrunde liegt, ist in der Präambel ausdrücklich angesprochen. Es heißt dort, daß „der aus Überzeugung oder um des Glaubens oder des Gewissens willen gegen die nationalsozialistische Gewaltherrschaft geleistete Widerstand ein Verdienst um das Wohl des Deutschen Volkes und Staates war“.

Der BGH sah die Dinge jedoch anders als der Gesetzgeber. Er entschied, daß eine Widerstandshandlung nur dann einen Entschädigungstatbestand erfülle, wenn sie *rechtmäßig* war, und zwar rechtmäßig nach dem zur Zeit des Dritten Reiches geltenden Recht, freilich im Sinne der „wahren Rechtsordnung“. Dafür sollen die engen Voraussetzungen des überpositiven Widerstandsrechts, so wie der BGH sie sieht, maßgebend sein: Rechtmäßig, so heißt es, könne eine Widerstandshandlung nur sein, wenn sie „nach ihrer Art und ihrem Gewicht wenigstens eine gewisse Aussicht bietet, in bezug auf die Übel der bestehenden Unrechtsherrschaft eine wirkliche Wende zum Besseren herbeizuführen“.

Mit dieser Begründung hat der BGH<sup>6</sup> im Jahre 1961

<sup>6</sup> BGH in NJW 1962, S. 195; zum Sachverhalt siehe auch Erdsiek in NJW 1962, S. 192.

in folgendem Falle einen Entschädigungsanspruch abgelehnt: Ein Arbeiter hatte einem Einberufungsbefehl aus Gewissensgründen nicht Folge geleistet; nach den Feststellungen des Gerichts deshalb, weil er als Gegner des NS-Regimes dieses nicht durch aktive Teilnahme am Krieg unterstützen wollte, und weil er den Krieg als einen ungerechtfertigten Angriffskrieg Hitlers erkannte. Er wurde zu 3<sup>1</sup>/<sub>2</sub> Jahren Festungshaft verurteilt. Später weigerte er sich als Angehöriger eines Strafbataillons, Minen zu legen. Er wurde wiederum verurteilt, zu 1<sup>1</sup>/<sub>2</sub> Jahren Festungshaft. Der BGH erklärte, daß seine Handlungen nicht rechtmäßig und nicht „im Sinne der wahren Rechtsordnung sinnvoll“ gewesen seien. Der BGH unterließ es auch nicht, dem Kläger noch ausdrücklich zu sagen, daß seine Verurteilungen kein „Unrecht im Rechtssinne“ gewesen seien. Alles dies, weil seine Handlungsweise „nicht geeignet (war), der NS-Gewaltherrschaft in nennenswertem Ausmaß Abbruch zu tun“.

Die Kritiker dieser Entscheidung haben dem BGH vorgeworfen, daß er die Lehre vom Widerstandsrecht, wie sie in den Morallehren der christlichen Kirchen entwickelt worden war, nicht richtig verstanden habe; er habe nämlich die Voraussetzungen des aktiven und des passiven Widerstandes verwechselt. Aber darauf kommt es nicht an. Verfehlt ist schon die Fragestellung nach der Rechtmäßigkeit zur Tatzeit, mit der der BGH sich über die klare Wertung *unserer* Rechtsordnung hinwegsetzte, die besagt: Widerstand gegen das nationalsozialistische Regime zu leisten, war verdienstvoll.

An den drei erörterten Beispielen ist, so nehme ich an, nicht nur der Inhalt der Lehre vom überpositiven Recht anschaulich geworden. Vielmehr dürfte auch deutlich

geworden sein, daß die Aussagen dieser Lehre Wertungen zum Inhalt haben.

Das wird allerdings durch die Form der Aussagen verdeckt. Der Satz, das geltende Recht bestehe aus den Normen des überpositiven Rechts und den staatlichen Gesetzen, soweit sie nicht überpositivem Recht widersprechen, erscheint als eine Aussage über die Struktur des Normensystems, nicht über den Inhalt von Normen. Dieser Anschein hat seine Ursache darin, daß die Lehre vom überpositiven Recht die Wertungen in die von ihr verwendeten Begriffe legt. Es ist darum nötig, sich aus diesem Begriffssystem zu lösen. Freilich darf der Kritiker nun nicht seinerseits diese Lehre von einem abweichenden System aus beurteilen.

Unbedenklich von jedem Standpunkt aus ist es, zwischen drei Fragestellungen und dementsprechend zwischen drei Normbereichen zu unterscheiden:

- 1) Es kann erstens gefragt werden, welches Verhalten die Staatsgewalt vorschreibt. Die Antwort darauf enthalten die Gesetze. Der Staat fordert dabei Gehorsam gegenüber der Gesamtheit seiner Gesetze — wobei freilich einfache Gesetze durch höherrangige Normen desselben staatlichen Normensystems derogiert werden können.
- 2) Man kann zweitens fragen, wie ein Sachverhalt richtig, gerechterweise geregelt werden soll. Stellt man die Frage nach dem „richtigen Recht“, so transzendiert man den Bereich des positiven Rechts; die jeweilige Staatsgewalt selbst nimmt für ihre Gesetze in Anspruch, daß sie die richtigen Regelungen seien.
- 3) Man kann drittens, wiederum das Gesetz transzendierend, fragen, wie sich der Mensch in der vom Gesetz geregelten

Situation richtigerweise verhalten solle, ob er gemäß dem Gesetz oder anders handeln solle. Die Antwort auf diese Frage kann selbstverständlich nicht vom positiven Recht erwartet werden; es wird mit ihr nach dem objektiv Gesollten gefragt, oder — mit anderen Worten — nach Sollensätzen, die den Menschen im Gewissen verpflichten und die er darum durch sein Gewissen zu erfassen sucht. Diese Normen können als die des rechten Handelns bezeichnet werden.

Hier nun hat die Lehre vom überpositiven Recht ihren Standort. Sie gibt eine Anweisung für das rechte Handeln gegenüber dem Gesetz, freilich in verklausulierter Form, indem sie erklärt, daß sich das geltende Recht aus den elementaren Prinzipien der Gerechtigkeit und den staatlichen Gesetzen ergebe. Da im Begriffssystem dieser Lehre die Aussage, etwas sei „geltendes Recht“, bedeutet, daß es den Menschen im Gewissen verpflichte, läßt sich der angeführte Satz ohne Veränderung seines Inhalts dahin übersetzen, daß er lautet: Der Mensch ist im Gewissen verpflichtet, den staatlichen Gesetzen zu gehorchen, bei deren Kollision mit elementaren Prinzipien der Gerechtigkeit jedoch diesen.

Die Lehre vom überpositiven Recht stellt somit eine Behauptung über den Inhalt einer Norm auf, und zwar einer Norm des rechten Handelns. Erkennt man das, so wird ein innerer Widerspruch dieser Lehre erkennbar: Ihre Vertreter betonen die Schwierigkeit und Unsicherheit der Erkenntnis von außergesetzlichen Normen. Sie erkennen darum nur wenige und wenig konkrete Sätze als Normen des überpositiven Rechts an. Dieselbe Einstellung *müßte* aber dazu führen, daß auch die Annahme in Zweifel gezogen wird, daß man den jeweiligen Gesetzen des jeweili-

gen Staates grundsätzlich gehorchen solle — die Annahme, daß die Suche nach dem objektiv Richtigen dem Menschen grundsätzlich durch den Staat abgenommen sei. Denn auch diese Annahme ist eine Behauptung über den Inhalt einer außergesetzlichen Norm.

Es wäre nun nicht sinnvoll, den Behauptungen dieser Lehre abweichende Behauptungen als ein subjektives Bekenntnis entgegenzusetzen. Die Auseinandersetzung soll vielmehr darin bestehen, daß der Zusammenhang dieser Lehre mit den politisch-historischen Verhältnissen aufgezeigt wird, unter denen sie entstanden ist, und daß gefragt wird, ob sie sich den heutigen Auffassungen einfügt, die das Verhältnis von Staat, Gesellschaft und Individuum zu erfassen suchen.

Für eine solche Betrachtung ist es angebracht, die Lehre vom überpositiven Recht in Beziehung zu setzen zu der Lehre, die ihr historisch voraufgegangen war: zum Rechtspositivismus. Es ist eine gängige Vorstellung, daß die Lehre vom überpositiven Recht die genaue Gegenposition zum Rechtspositivismus sei. Insbesondere die Vertreter dieser Lehre selbst sehen das so, und sie erklären, daß der Rechtspositivismus keine Ausnahme von der Geltung des Gesetzes und vom Gehorsam der Untertanen des Gesetzes gekannt habe; damit habe er die Juristen wie das Volk wehrlos gemacht gegen noch so willkürliche Gesetze — so eine Formulierung Radbruchs aus dem Jahre 1945<sup>7</sup>.

Diese Einschätzung des Positivismus scheint berechtigt, wenn man die vielzitierten Sätze Kelsens und Somlós liest, daß „die Rechtsmacht jeden beliebigen Rechtsinhalt

<sup>7</sup> Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie, abgedruckt in Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 1963, S. 335.

setzen kann“ — so Somló<sup>8</sup> —, daß „jeder beliebige Inhalt Recht sein (kann)“ und daß „vom Standpunkt der Rechtswissenschaft das Recht unter der Naziherrschaft ein Recht (war)“ — so Kelsen<sup>9</sup>.

Aber man verkennt den Inhalt dieser Sätze, wenn man das unterschiedliche Begriffssystem der Lehren außer acht läßt. Recht ist für die Reine Rechtslehre Kelsens und für Somló nur das Gesamtsystem der staatlich gesetzten Normen, über deren Verpflichtungskraft *nichts* ausgesagt wird. Es ist ein Mißverständnis zu meinen, es werde behauptet, daß die Befolgung eines Gesetzes „beliebigen Inhalts“ von irgendeiner anderen Instanz als eben dem betreffenden Staate geboten werde, daß etwa das Recht der Naziherrschaft die ihm Unterworfenen im Gewissen verpflichtet hätte. Auf die Frage des rechten Handelns gibt der Rechtspositivismus ebenso wie auf die Fragen der Gerechtigkeit schlechterdings *keine* Antwort, nicht etwa eine der Lehre vom überpositiven Recht entgegengesetzte.

Diese Abstinenz freilich ist ein Wesenszug des Rechtspositivismus, und ebenso die Behauptung seiner Vertreter, daß sie die allein mögliche wissenschaftliche Haltung sei. Da objektive Erkenntnisse über den Inhalt außergesetzlicher Normen nicht möglich seien — so erklärt der Rechtspositivismus —, könnten sie nicht Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen sein.

Dem Rechtspositivismus kommt das Verdienst zu, die begriffliche Unterscheidbarkeit des Komplexes der vom

<sup>8</sup> Somló, Juristische Grundlehre, 2. Aufl. 1927, S. 309.

<sup>9</sup> Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 201; Kelsen bei Schmölz, Das Naturrecht in der politischen Theorie, 1963, S. 148.

Staat gesetzten Normen von den außergesetzlichen Normen der Gerechtigkeit und des rechten Handelns hervorgehoben zu haben. Er hat damit die Voraussetzungen dafür geschaffen, daß der Konflikt zwischen gesetzten und außergesetzlichen Normen in voller Schärfe erfaßt wird.

Selbst befaßt hat sich der Rechtspositivismus mit diesem Konflikt freilich nicht. Damit, daß er die Frage nach der Verpflichtungskraft des Gesetzes gar nicht stellte und sie als unwissenschaftlich beiseiteschob, fügte er sich in die Staatsauffassung des bürgerlichen Liberalismus ein. Er entspricht der Vorstellung vom Staat als einer die Gesellschaft umhегenden, aber von ihr gesonderten Ordnung, die — weltanschaulich neutral — selbst nicht beansprucht, den Bürger im Gewissen zu verpflichten, wohl aber die Befolgung ihrer Normen erzwingt und sich eben wegen ihrer vermeintlichen Neutralität der Infragestellung entzieht.

Es dürfte heute allgemeine Einsicht sein, daß der vermeintlich von der Gesellschaft abstrahierte Staat der Sicherung und Fortentwicklung bestehender Machtverhältnisse in der Gesellschaft diene, daß der Staat neutral nur demjenigen scheinen konnte, der ihn aus der Perspektive der bestehenden Gesellschaftsordnung und der in ihr herrschenden Schicht betrachtete. Diese Staatsauffassung und mit ihr der Positivismus war überholt, sobald die aufbrechenden sozialen Konflikte sich in konkurrierende Modelle von der gerechten Gesellschaftsordnung umgesetzt hatten. Der Rechtspositivismus war darum schon zu der Zeit, als er seine prägnanteste Formulierung erfuhr, anachronistisch.

Die Lehre vom überpositiven Recht ist auf diesem Hintergrund zu sehen. Zwar ist die Frage nach der Verpflicht-

tungskraft des staatlichen Gesetzes auch vom Nationalsozialismus gestellt und beantwortet worden. Aber die Lehre vom überpositiven Recht knüpft nicht hieran an, sondern an den Positivismus, als dessen Überwindung sie sich versteht.

Es ist nicht zu leugnen, daß die Lehre vom überpositiven Recht einen Fortschritt gegenüber dem Positivismus insofern brachte, als sie die Verengung des Blickfeldes auf die Normen des positiven Rechts sprengte. Man muß es weiter als einen Fortschritt anerkennen, daß sie die Frage der Verpflichtungskraft des kraß ungerechten Gesetzes, die der Positivismus zu beantworten sich geweigert hatte, eindeutig verneint. Soweit sie jedoch aussagt, daß das staatliche Gesetz den Menschen grundsätzlich im Gewissen verpflichte, spricht sie dem Staat und seinem Gesetz eine Macht über den Menschen zu, die der Positivismus *nicht* angenommen hatte.

Es ist merkwürdig, daß die Erfahrung der Perversion des Rechts durch den NS-Staat Ursache für eine derartige Überhöhung des Staates und des Gesetzes wurde; daß diese Erfahrung mit der Obrigkeit dazu führte, daß erneut das Gebot gelehrt wurde „Jedermann sei untertan der Obrigkeit“ — als Anweisung für das rechte Handeln und bezogen auf jedwede Obrigkeit, wenn auch mit der für extreme Fälle hinzugefügten Einschränkung, daß man der Gerechtigkeit mehr gehorchen solle als dem Staate.

Doch entsprach diese Lehre ganz und gar der Grundauffassung über den Staat, die Gesellschaft und den Menschen, die in den fünfziger Jahren in unserer Gesellschaft vorherrschte. Diese Auffassung war gekennzeichnet durch eine tiefe Skepsis gegen die Eigenverantwortlichkeit des

2  
Menschen. Man meinte, die Schrecknisse des Nationalsozialismus und die Erschütterungen der Welt auf die Emanzipation des Menschen aus vorgegebenen Bindungen zurückführen zu können. Man suchte deshalb das Heil in einer Einbettung des Menschen und der Gesellschaft in eine transzendente Ordnung, die zu wahren und zu verwirklichen dem Staat aufgetragen sei. Sieht man so den Staat als Träger eines höheren Auftrags, so ist die Kraft, den Menschen auch im Gewissen zu verpflichten, ein geradezu notwendiges Attribut des Staates.

Der Versuch, das Weltbild einer vergangenen Epoche gegen die veränderte Wirklichkeit zu beschwören, mußte scheitern. Es ist heute jedermann einsichtig, daß menschenwürdige Daseinsbedingungen in dieser Welt nicht durch überkommene Ordnungen verbürgt sind, sondern vom Menschen und der Gesellschaft geschaffen werden müssen. Darum kann der Staat nicht als ein über der Gesellschaft stehender Beauftragter einer höheren Ordnung begriffen werden. Da zudem unterschiedliche Gesellschaftsordnungen miteinander konkurrieren, und zwar mit dem Anspruch, die richtige, gerechte und menschenwürdige zu sein, ist es ausgeschlossen, alle Rechtsordnungen als gleichermaßen objektive Sollensordnungen zu begreifen.

Die Annahme, daß derjenige stets recht handle, der die von der jeweiligen Staatsgewalt erlassenen jeweiligen Gesetze befolgt, solange sie nicht kraß ungerecht sind, stellte eine klare und einfache Maxime dar. Löst man sich von ihr, so muß man erkennen, daß die Problematik weit schwieriger und vielfältiger ist:

Ergebnis

↳  
A.

Es ist dann erstens festzustellen, daß die Frage, wie sich der Mensch in einer bestimmten Situation verhalten soll,

immer eine zweifache ist — einmal die, welches Verhalten <sup>1)</sup>  
das positive Recht vorschreibt, zum anderen die, zu wel-  
chem Handeln die als objektiv richtig angesehene Norm <sup>2)</sup>  
ihn verpflichtet. Die Existenz des staatlichen Gesetzes ist  
freilich für die Frage des rechten Handelns relevant; dar-  
auf wird sogleich einzugehen sein. Aber das ändert nichts  
daran, daß es sich in jedem Falle um zwei verschiedene  
Fragen handelt.

Es ist zweitens festzustellen: Darüber, ob man den Ge- <sup>B-</sup>  
setzen gehorchen soll — „soll“ im Sinne des rechten  
Handelns —, kann eine allgemeine Aussage, die von der  
Legitimität der Staatsgewalt und von dem Inhalt des Ge-  
setzes abstrahiert, nicht gemacht werden.

Und es ist drittens notwendig zu erkennen, daß die Frage, <sup>C-</sup>  
ob ein bestimmtes Gesetz befolgt werden soll, unter-  
schiedlich zu beantworten sein kann, je nachdem, ob diese  
Frage für den Bürger oder aber für den Richter oder einen  
anderen Träger staatlicher Funktionen gestellt wird. Die  
Möglichkeit und Notwendigkeit, hier zu differenzieren, ist  
durch das Begriffssystem der Lehre vom überpositiven  
Recht verdeckt, für die es nur die Alternative gibt, daß  
ein Gesetz Verpflichtungskraft habe oder nicht habe. <sup>1 mangelnd  
Flexibilität</sup>

① Betrachtet sei zunächst die Frage, in welcher Weise das  
staatliche Gesetz für das rechte Handeln des Bürgers rele-  
vant ist. Unproblematisch ist hier allein der Fall, daß der  
Inhalt des Gesetzes als die gerechte Regelung anzusehen  
ist; dann folgt daraus notwendig, daß der Bürger recht  
handelt, wenn er sich dem Gesetz gemäß verhält. Aus  
der Sicht des jeweiligen Normadressaten selbst bedeutet  
das, daß er das einzelne Gesetz als richtige Anweisung  
rezipieren kann.

2) Es kann weiter die Rechtsordnung eines Staates insgesamt dann für die Entscheidung des einzelnen relevant sein, wenn diese Staatsgewalt als zur Normsetzung legitimiert anerkannt wird. Ein Gesetz des demokratischen Staates hat für den, der diesen Staat als den seinen anerkennt, Gewicht auch dann, wenn er die getroffene Regelung nicht als richtig ansieht; eine Freistellung von eigener Verantwortung durch eine pauschale Rezeption der Rechtsordnung kann es freilich auch für ihn nicht geben.

3) Und schließlich kann ein Gesetz eines beliebigen Staates auch für den, der weder die Richtigkeit des Gesetzes noch die Legitimität dieses Staates anerkennt, Bedeutung mittelbar dadurch erlangen, daß es die Situation seines Handelns verändert. Um es an einem Beispiel zu demonstrieren: Werden in einer Rechtsordnung das uneheliche Kind und seine Mutter diskriminiert, so wird die Zeugung eines Kindes außerhalb der Ehe sittlich problematisch auch für den, der die Institution der Ehe und die diskriminierenden Gesetze als verfehlt ansieht. Es kann die Befolgung eines Gesetzes auch deshalb geboten sein, weil andere sich auf die getroffene Regelung einstellen — eine Erwägung, die insbesondere für die Einstellung zum bürgerlichen Recht eines beliebigen Staates von Bedeutung ist.

Doch auch wenn man diese Gesichtspunkte berücksichtigt, ist die Frage der Verbindlichkeit eines Gesetzes weit häufiger zu verneinen, als es die Lehre vom überpositiven Recht annimmt. Der Konflikt zwischen dem positiven Recht und den Normen des rechten Handelns ist nicht eine seltene Ausnahme. Freilich entsteht dieser Konflikt nicht in jedem Fall, in dem die Verbindlichkeit eines Gesetzes verneint wird. Denn zwischen der Anerkennung eines Gesetzes als verbindlich und seiner Verwerfung

These

liegt eine dritte Möglichkeit der Beurteilung, die nämlich, daß es wertneutral sei und darum befolgt werden dürfe.

Sieht man die Problematik aus der Perspektive der positiven Rechtsordnung, die sich nicht selbst transzendieren kann, so gibt es nicht die Frage, ob ihre Gesetze verbindlich oder unverbindlich sind. Wohl aber hat das positive Recht das Problem zu lösen, wieweit es Gewissensentscheidungen gegen einzelne Vorschriften respektieren soll, ohne damit die Richtigkeit solcher Entscheidungen anzuerkennen. Die Rechtsordnung kann Regulative in die Gesetze einbauen, mit denen abweichenden Gewissensentscheidungen Rechnung getragen wird, und dadurch in Grenzen den Konflikt zwischen dem Gesetz und der von dem einzelnen Bürger angenommenen Norm des rechten Handelns mildern. Aufheben kann sie ihn nicht.

Betrachten wir nun den Richter und fragen zunächst, ob unsere Rechtsordnung es dem Richter gestattet, gemäß seiner Überzeugung gegen das positive Recht zu entscheiden. Um diese Frage richtig zu sehen, muß man sich vergegenwärtigen, daß das einzelne Gesetz erstens der Auslegung bedarf — wobei häufig auf Wertvorstellungen in der Gesellschaft verwiesen wird — und zweitens nicht isoliert gesehen werden darf, sondern im Kontext des gesamten positiven Rechts, der Verfassung wie der sonstigen Gesetze und staatlichen Rechtsnormen. Der Richter muß den Inhalt des Befehls, den ihm das positive Recht erteilt, erst ermitteln. Gegen das positive Recht entscheidet der Richter dann, wenn er sich über den erkannten Inhalt des Befehls hinwegsetzt — sei es, daß er das offen tut, sei es, daß er unter dem Schein der Auslegung eine andere Wertung als die des positiven Rechts einführt. Die Frage, ob unsere Rechtsordnung ihm das gestattet, ist ohne Einschränkung zu verneinen.

Daß das positive Recht die Auflehnung des Richters gegen eben dasselbe positive Recht nicht erlaubt — dieser Satz scheint eine solche Banalität zu sein, daß man sich scheut, ihn auszusprechen. Aber im juristischen Schrifttum wird das Gegenteil dieses Satzes behauptet, und diese Behauptung wird auf die Lehre vom überpositiven Recht gestützt.

Es wird erklärt, das Grundgesetz weise den Richter an, dem überpositiven Recht mehr zu gehorchen als dem positiven. Die Vorschrift, die angeblich diese Anweisung enthält, ist Art. 20 Abs. 3 GG, in dem es heißt, daß die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden ist. Mit dem Wort „Recht“ — so wird gesagt — sei das überpositive Recht gemeint, das seinem Wesen nach dem positiven vorgehe. Diese Auslegung bedeutet, daß dem Richter von Verfassungs wegen das Recht und die Pflicht zustehe, jeden Rechtssatz auf seine Vereinbarkeit mit dem überpositiven Recht zu prüfen. Dieses Prüfungsrecht hätte nichts gemein mit der in Art. 100 GG geregelten Überprüfung eines Gesetzes auf seine Vereinbarkeit mit der Verfassung, und es unterläge auch nicht der dort getroffenen Kompetenzzuweisung.

Wäre diese Auffassung richtig, so wäre jeder Richter nicht nur beauftragt, auch das verfassungsgemäße Gesetz am überpositiven Recht zu messen, er hätte vielmehr auch die Normen der Verfassung selbst dieser Prüfung zu unterziehen. Die Brisanz dieser These wird allerdings von denen, die sie aufstellen, nicht erkannt. Denn sie erklären zugleich, unsere Verfassung stehe ja im Einklang mit dem überpositiven Recht und habe dessen Prinzipien so vollkommen erfaßt, daß eine Kollision des positiven mit dem überpositiven Recht in unserer Rechtsordnung tatsächlich gar nicht eintreten könne.

Damit ist zwar für die Autoren, die diese Auffassung vertreten, die Harmonie wiederhergestellt und die zuvor gegebene Auslegung des Art. 20 Abs. 3 GG ihrer Relevanz entkleidet. Aber wie steht es mit dem Richter, der über die Richtigkeit der Wertentscheidungen des Grundgesetzes anders denkt, aber die These vom Prüfungsrecht akzeptiert — der etwa die Gleichberechtigung der Geschlechter, die Vermischung der Rassen oder eine Sozialisierung nach Art. 15 für naturrechtswidrig ansieht und dementsprechend entscheidet, immer unter Berufung auf den ihm von der Verfassung erteilten Auftrag? Jene Autoren werden vermutlich antworten, daß dieser Richter das überpositive Recht verkenne. Aber dieser Richter würde folgerichtig replizieren, daß er die Kompetenz für diese Beurteilung habe.

Es liegt auf der Hand, daß diese Auffassung nicht richtig sein kann. Das Grundgesetz, das die Rechtssetzung der Volksvertretung zuweist und die wichtigsten seiner Normen jeder Abänderung entzieht, stellt sich selbst und die ihm entsprechenden Gesetze nicht zur richterlichen Disposition.

! sic

Soweit die Stellung des Richters zum positiven Recht, beurteilt nach eben demselben positiven Recht, und zwar dem unseres Staates.

Stellt man die davon zu unterscheidende Frage, wie weit der Richter im Gewissen verpflichtet ist, die Normen einer positiven Rechtsordnung anzuwenden, so ist zu sagen: Die Gesichtspunkte, die bei ihrer Beantwortung zu beachten sind, decken sich nicht völlig mit denen, die für das Handeln des Bürgers gelten. Es ist auch für die Frage des rechten Handelns relevant, daß der Richter, wenn er ein

Gesetz anwendet oder nicht anwendet, eine Macht über andere Menschen ausübt, die ihm von der jeweiligen Rechtsordnung gegeben ist. Die Nichtanwendung eines Gesetzes durch den Richter ist nicht bürgerlicher Ungehorsam, sondern von ähnlicher Qualität wie der Staatsstreik. Eine weitere Besonderheit liegt darin, daß es für den Richter außer dem Gehorsam und dem Ungehorsam gegen das Gesetz eine dritte Möglichkeit gibt: die, sein Amt niederzulegen.

Damit wird die Beurteilung nicht etwa einfacher, sondern schwieriger. Über den Richter eines Staates, dessen Legitimität zu verneinen ist, läßt sich sicher nicht aussagen, daß er recht handele, wenn er alle Gesetze außer den kraß ungerechten befolgt. Ob es aber etwa im nationalsozialistischen Staate geboten war, das Richteramt niederzulegen oder nicht zu übernehmen, oder aber, als Richter gegen das nationalsozialistische Recht zu wirken — diese Frage läßt sich nicht generell beantworten.

Bejaht man die Legitimation der Rechtsordnung, der der Richter dient, so folgt daraus, daß er *grundsätzlich* recht handelt, wenn er ihre Gesetze anwendet. Aber auch für den Richter einer solchen Rechtsordnung kann es Ausnahmesituationen geben, in denen er vor der Frage steht, ob die Entscheidung gegen das positive Recht oder die Niederlegung des Amtes das richtige Verhalten ist.

Auch das Bekenntnis zur verfassungsmäßigen Ordnung unseres Staates etwa behebt nicht die Möglichkeit eines Widerspruchs zwischen dem positiven Recht und den Normen des rechten Handelns. Etwas anderes kann allenfalls derjenige meinen, der glaubt, unser Rechtssystem sei so perfekt, daß ein kraß ungerechtes Gesetz spätestens im

Normenkontrollverfahren durch das Bundesverfassungsgericht zunichte gemacht würde. Das setzt aber den Glauben an die Unfehlbarkeit der Bundesverfassungsrichter voraus. Machen wir uns bewußt, daß das Grundgesetz dem Richter befiehlt, ein Gesetz, das er dem Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung vorgelegt hat, weil es die Menschenwürde verletzt, anzuwenden, wenn das Bundesverfassungsgericht seine Auffassung nicht teilt und das Gesetz bestätigt.

Der Konflikt zwischen dem positiven Recht und den Normen des rechten Handelns ist nicht auflösbar. Das muß der Richter klar erkennen, wenn er vor der Frage steht, ob er gegen das staatliche Gesetz entscheiden soll. Er muß, ehe er sich entscheidet, sehen, daß er sich mit der Abweichung vom positiven Recht gegen seinen Auftrag auflehnt, und er muß in Rechnung stellen, daß er in seiner Rechtsprechung eine Machtstellung ausübt, die er durch die positive Rechtsordnung erlangt hat. Sieht der Richter das nicht, so wird er leichtfertig gegen das Gesetz entscheiden, er wird ohne Skrupel die Wertungen des positiven Rechts durch seine eigenen ersetzen.

← da diese  
subjektiv in  
in d. Antwort

Ein Teil der Richter unseres Staates judiziert mit einem Bewußtsein, das von der Erkenntnis dieses Konflikts unberührt ist. Dies ist vor allem aus einzelnen Urteilen zu erschließen, angefangen von einigen der naturrechtlich begründeten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs bis hin zu Urteilen aus der Gegenwart. Daneben finden wir in der Literatur ausdrückliche Erklärungen von Richtern über die Aufgabe der Rechtsfindung, die besagen: Letztlich sei für die Entscheidung eines Falles die Intuition des Richters maßgebend; dieser habe mit Hilfe der verschiedenen Interpretationsmethoden zu versuchen, das vom Rechts-

gefühl angestrebte Ergebnis zu erzielen<sup>10</sup>. Oder noch krasser: Die Berufung auf das Gesetz habe nur die Funktion, die für richtig befundene Entscheidung mit besonderem Nachdruck zu versehen<sup>11</sup>. Beide Äußerungen sind — wohlgemerkt — nicht als kritische Reflexionen über die Rechtsprechung gemeint, sie sind vielmehr Anweisungen von Richtern an Richter.

Die Lehre vom überpositiven Recht hat an der Entstehung eines solchen Bewußtseins mitgewirkt. Sie hat freilich derartige Vorstellungen nicht zum *Inhalt*. Und sie verkennt auch nicht, daß die Normen verschiedener Kategorien einander widersprechen können. Aber sie suggeriert, daß dieser Widerspruch auflösbar sei. Mit ihrem Bild einer Harmonie der Normen erschwert sie die Einsicht in die Problematik des richterlichen Entscheidens.

Das ist nur eine der Auswirkungen der Lehre vom überpositiven Recht. Aber es ist zu befürchten, daß sie die am schwersten zu überwindende sein wird.

<sup>10</sup> Egon Schneider, *Rechtswissenschaft*, 1963, S. 167 und ff., 215.

<sup>11</sup> Naucke in *Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1965, S. 565 (568); siehe auch Naucke in *Festschrift für Karl Engisch*, 1969, S. 274 ff.