

Faktizität allein, sondern den in den (menschlichen) Lebensverhältnissen als solchen schon angelegten und ausgedrückten *Sinn*, ihre daraus sich ergebende objektiv-teleologische *Struktur*.« Ein soziologischer Zugriff würde sich hiervon nicht abhalten lassen, wäre er nur angestrebt.³⁹

In der großen Mehrzahl seiner Ausführungen entfaltete Larenz die logisch-hermeneutischen Mittel des juristischen Handwerks, das er in zahlreichen Beispielen aus Lehre und Judikatur konkret vorführte. Da konnten die wenigen Anklänge an die Idee des Sozialen die Leser:innen nur als exotisch anmuten und unter der Aufmerksamkeitsschwelle bleiben, zumal hierfür keine Anschauungsbeispiele zur Verfügung standen.

Wo Larenz auf das soziale Substrat zu sprechen kam – bei ihm »Lebensverhältnisse« genannt –, sollte die Rechtswissenschaft so vorgehen, dass sie »für die rechtliche Regelung fassbar und normierbar werden. [...] Dass die Lebensverhältnisse dazu gehören, wurde und wird freilich oft noch über der bloßen Beschäftigung mit der Norm übersehen.«⁴⁰ Larenz zitierte hierfür zustimmend Ehrlich und Kantorowicz, ging allerdings längst nicht so weit wie diese. Er fand das Soziale denn auch in juristischen Verfremdungen wie »Natur der Sache«, »Realien«, »sachlogisch bedingte Strukturen« oder »Lebensformen«, womit eine empirisch-wissenschaftliche Prüfung vermieden war. So blieb die Tür für das Soziologische geöffnet – wenn auch allenfalls einen Spalt weit. Die Erwähnung verlieh seiner Methodologie den modernen *touch*, weit entfernt davon, eine interdisziplinäre Brücke zu bauen.

Larenz' Methodologie verfuhr rechtsimmanent, wobei er weder positivistisch am Gesetz kleben noch spekulativ einer höheren Rechtsidee verfallen mochte. Ausgehend vom einen und blickend auf die andere sollte eine als sinnvoll erscheinende Regelung gefunden werden.⁴¹ Logiker hätten hier eine elliptische Aussage, wenn nicht gar eine *petitio principii* entdeckt. Zudem transportierten Larenz' Methodenvorstellungen das zuvor propagierte konkrete Ordnungsdenken.⁴² Mit derart unklaren Weisungen ihres Methodenpapstes hat sich die bundesdeutsche Jurisprudenz über Jahrzehnte zufriedengegeben und konnte vor allem bei sich selber bleiben.

Von heute her gesehen hinterlassen das Werk und die Person von Larenz einen seltsam zwiespältigen Eindruck. Die Schriften sind gründlich recherchiert und lesen sich gefällig; nur lässt sich ein Standpunkt des Autors kaum ausmachen. Larenz' damals so überaus hohe Reputation ist denn auch zwischenzeitlich nachhaltig beschädigt worden. Erst seit Ende der 1960er Jahre wurde diskutiert und skandalisiert, dass die allermeisten Rechtsprofessoren, die vor 1945 willig und unbeanstandet

39 Zitate bei Larenz 1960: 212–215, 309–314 (H.i.O.).

40 Larenz 1966: 22 f.

41 Vgl. Larenz 1960: 233–241. Darlegungen dazu bei Seinecke 2010: 283.

42 Vgl. Larenz 1960: 133–143, 322–370.

amtiert hatten, ihre Stellen behielten oder nach kurzer Pause zurückerhielten. Neben dieser (heute auserzählten) Geschichte wurde allerdings kaum besprochen, wie genau die nationalsozialistisch gefälligen Ideen in der demokratischen Ordnung fortlebten. Der diskursive Mechanismus war die Nichtthematisierung. Die Bücher wurden im sekretierten Bibliotheksbestand versteckt (nur die Aufsätze blieben in den Zeitschriften auffindbar). Die Professoren reinigten ihre neuaufgelegten Publikationen nach und nach von den Anklängen an vorherige Formulierungen. Ihre Kollegen und Schüler stellten keine Fragen, die nach damaligem Konsens als ›taktlos‹ gewirkt hätten. In einer intellektuellen Landschaft wie der Jurisprudenz, die sich auf Widerspruchsfreiheit und Theoriekontinuität verpflichtet, muss das einen besonderen Aufwand erfordert haben. Für heftige Methodenkontroversen fehlten Bedarf und Kraft. Die Rückgewinnung der staatlichen Stabilität stand im Vordergrund.

In der schwerstdenkbaren Krise nach dem zweifellos genauso erlebten ›Zusammenbruch‹ aller staatlichen Ordnung und der persönlichen Wertüberzeugungen wurde nach einer neuen Grundlage für das Denken des Rechts gesucht. Es erbot sich: die ›Natur‹, und dies lag nahe, wie zynisch anzumerken wäre, weil es von Blut&Boden zur Natur kein so großer Denkschritt war. Wie viele Rechtsphilosophen holte auch Larenz, der bis Ende 1949 ohne Lehrstuhl war, die alte, längst abgelegte Figur des Naturrechts ins Leben zurück.

Aus den Lehren des 17. bis 19. Jahrhunderts nannte er als »heute noch« bedeutsam, dass der Mensch seine eigentliche Bestimmung allein in der Gemeinschaft mit seinesgleichen fände, das Recht also mit der Sozialethik zu verbinden sei. Das Naturrecht sei »die immanente Grundlage jedes geschichtlich verwirklichten Rechts«, also der Gesetze. Zu erkennen sei es an der ›Natur der Sache‹ eines Lebensverhältnisses. Dass an dieser logischen Stelle die gesellschaftlichen Verhältnisse einzubeziehen gewesen wären, wurde übergangen – kein Wunder nach dem gerade überstandenen Dritten Reich und Weltkrieg. Stattdessen berief sich Larenz auf einige »Strukturformen und Prinzipien«, welche dauerhaft gültig seien, und leitete sein Denken in juristisch bekannte Bahnen über: Volksgeist, tradierte Sitten und Institutionen u.s.w.⁴³ Zugleich konnte er seine Hinwendung zur Methodologie der ›Wertungsjurisprudenz‹ philosophisch unterfüttern.⁴⁴

Wie die Rechtslehrer den Übergang aus der nationalsozialistischen Zeit in die Bundesrepublik bewerkstelligten, ist für einige von ihnen rekonstruiert worden, und zwar meist erst, nachdem sie gestorben waren. Manchmal fiel dabei auch ein Schatten auf ihre Schüler.

43 Larenz 1947.

44 Larenz 1960: 123–128.

Ein Beispiel war Karl Larenz sowie sein Nachfolger Claus-Wilhelm Canaris, attackiert insbesondere von Bernd Rüthers, der beide eines »selektiven Erinnerns« zieh, bezogen auf Larenz' Publikationen aus den 1930er Jahren: »In den folgenden Jahrzehnten wurden diese Schriften von Larenz und Canaris in ihren einschlägigen Büchern stets sorgfältig verschwiegen. Stattdessen verschwanden angreifbare Kontinuitäten und Bezüge zu den Lehren der NS-Zeit aus den Lehrbüchern, und zwar ohne Angabe plausibler Gründe und ohne eine Erwähnung der dazu vorhandenen kritischen Literatur.«⁴⁵

Die 1973 erschienene Festschrift zum Siebzigsten von Karl Larenz enthielt ungewöhnlicherweise kein Werkverzeichnis des Jubilars, verschwieg also sein Wirken in der NS-Zeit. Der Kritik hätte das auffallen können. Publikationsstrategisch war es verständlich, würde doch der Autor seine an der Spitze des Erfolgs marschierenden Lehrbücher (drei zum BGB sowie das Methoden-Buch) noch zwei weitere Jahrzehnte selbst betreuen und in neuen Auflagen herausbringen.

In den Nachrufen schließlich wurde Karl Larenz allseits als »Klassiker der Rechtswissenschaft« gepriesen.⁴⁶ Nun allerdings verstärkte sich die Beschäftigung mit seiner Berufsphase 1933–1945, was unangenehme Entdeckungen ebenso wie Beschwichtigungen erbrachte. Darüber hinaus erschienen auch Erzählungen der jüngst Verstorbenen, die ihr »Versagen« in günstigeres Licht gerückt hatten, für die aber keinerlei Beleg mehr existierte, fünf, sechs Jahrzehnte nach den behaupteten Ereignissen.

Larenz hat ein derartiges Narrativ über 1933 hinterlassen, zu veröffentlichen erst nach seinem Tode. Dass die Publikation nunmehr und in Mitteilungen angesehener Jüngerer geschah, verlieh Larenz' Behauptung eine Glaubwürdigkeit, deren sie sonst entbehrt hätte.⁴⁷ Es fiel zunächst schwer, den Inszenierungscharakter der angeblichen Enthüllung nachzuvollziehen.

Diese Auseinandersetzungen *post festum* besaßen eine moralische, inzwischen längst ausgekostete Dimension, in der es um die Aufrichtigkeit der Ex-Nationalsozialisten ging sowie um schönfärbende Aktivitäten ihrer Adepten. Daneben, und heute gewichtiger, machten die Kritiken auf die diskurgestaltenden Effekte des Verschweigens aufmerksam, die länger wirksam blieben als für die 1950–1960er Jahre. Auch die übernächste Nachfolge-Generation der NS-Prominenz fand noch ein Wissenschaftsmilieu vor, das in der frühen Bundesrepublik geprägt worden war.

45 Rüthers 2011: 1151.

46 Beispielsweise durch den renommierten Rechtsphilosophen Ralf Dreier 1993: 454.

47 Vgl. dazu Dreier 1993; Hüpers 2010: 132–134.

Weltanschauung statt Sozialwissenschaft

Die Bücher von Wieacker 1952 und Larenz 1960 markierten lange Zeit den Standard der neueren Methodenauffassung; sie konzentrierten sich auf die Kritik an der Begriffsjurisprudenz und wiederholten dazu bloß die seit Jhering bekannten Argumente.⁴⁸ Das Erwachen nach dem Nationalsozialismus ließ die Jurisprudenz nach einer neuen Grundlage suchen. Eine erste Zuflucht fand man bei den ewigen Werten, also dem klassischen Naturrecht. So etwas Kontingentes wie Gesellschaftlichkeit konnte keine Sicherheit bieten, und vor allem: keine Entschuldigung für die eigene Verstrickung in das Geschehene. Die Idee des Sozialen blieb vorerst verschüttet unter den Trümmern der Nihilation des Rechts. Man rang um eine Fortführung juristischer Tätigkeit bei personeller und institutioneller Kontinuität angesichts eigener Mitwirkung an den soeben erst beendeten Verbrechen. Die juristische Profession lud die Schuld auf wenige Sündenböcke ab und sprach sich von Verantwortung weitestgehend frei. Die Rechtsförmigkeit der Verfahren zur ›Entnazifizierung‹ gestattete es, die hochentwickelten Argumentations- und Verteidigungsstrategien zum eigenen Nutzen anzuwenden, was gut gelang.

Die Rechtsphilosophie leistete ihren Beitrag, indem sie eine Renaissance des Naturrechts ausrief, womit sie an einen umfangreichen, vom 17. bis ins 19. Jahrhundert geführten Diskursbestand anknüpfen und die Köpfe beschäftigen konnte. Man gab sich wertbewusst und menschenrechtsorientiert; Religion und Moral kamen zum Zuge. Zur wiederbelebten Naturrechtsfrage entfaltete sich die gewohnte Diskussion über Feinheiten von Begriff und Inhalt. Unausgesprochen einig war man sich darüber, weder eine erneute Methodendebatte eröffnen noch an den Diskurs der Weimarer Zeit anzuknüpfen zu wollen. Überhaupt blieb der Charakter der Rechtswissenschaft, die ja so offensichtlich versagt hatte, außerhalb jeder Nachfrage; denn dann hätten ja die damaligen Schriften der weiter amtierenden Theoretiker gelesen werden müssen, anstatt diese in den Sperrabteilungen der Bibliotheken zu verstecken. Bald behielt der Ost-West-Konflikt auch hier als zusätzlich entlastende Fixierung die emotionale Oberhand.

Die für das Rechtsdenken einflussreichen weltanschaulichen Positionen wurden nicht explizit gemacht; das wäre in der Jurisprudenz als unschicklich erschienen. Sie klangen aber unüberhörbar an, wenn die »Schöpfungsordnung«, »die neothomistische Naturrechtsbegründung der katholischen Soziallehre« und die »Theologie der beiden Konfessionen« positiv erwähnt wurden.⁴⁹ Unverdächtige Wertorientierungen überdeckten unangenehme Erinnerungen.

48 So S. Meder 2017: 449.

49 So bei Wieacker 1965: 9 f. Besonders affirmative Glaubensbekenntnisse dann in seinen Diskussionsantworten, 1965: 36, 40, 61 f.

Weder im alten Gesetzespositivismus noch in der sozialwissenschaftlichen Empirie wurde die ersehnte Rückendeckung gefunden. Behufs dessen charakterisierte Wieacker den ›Positivismus‹ etwas überraschend als die »Rechtsauffassung, die das Ganze der Rechtsordnung allein aus Wirklichkeitsfaktoren ableitet«, und rechnete hierzu »die determinierten Abläufe in einer kausal interpretierten Außenwelt oder soziale Mächte und Interessen«.⁵⁰ Damit waren sozialwissenschaftliche Einflüsse auf die Rechtsinterpretation ausgeschlossen. In einem Diskussionsbeitrag bezeichnete der prominente Strafrechtler Hans Welzel die »Stimmen von Soziologen und Psychologen (z. B. Hofstätter)« und den »Soziologismus« als eine Fortsetzung »der Zerstörung des Rechts«.⁵¹ Niemand spießte den Selbstwiderspruch auf, dass all diese naturrechtsbejahenden Debattenredner früher in das nationalsozialistische Horn geblasen hatten.

50 Wieacker 1965: 10 f.

51 Ebda. 46.

Kap. 10

Interdisziplinäre Stimmen in der frühen Bundesrepublik

Die Atmosphäre rechtstheoretischen Stillstands wurde gelegentlich durchbrochen, und zwar in Texten, die man suchen musste und in denen die Idee des Sozialen meist nur am Rande auftauchte. Sie aber bereiteten dem späteren Wiedererwachen der rechtlich-sozialen Methodenfrage den Weg.

Zurück aus dem Rückzug: Martin Drath

Der Öffentlichrechtler Martin Drath (1902–1976) hatte bereits bei Hermann Heller gearbeitet, wurde aber 1933 als »politisch unzuverlässig« von der Universität entfernt; unmittelbar nach Kriegsende kam seine Rückkehr in Gang.¹ 1951 gehörte er zu den ersten Mitgliedern des gerade eröffneten Bundesverfassungsgerichts. Er begriff die Rechts- und Sozialordnung als Sinneinheit und hielt »eine sozialwissenschaftlich orientierte Rechtswissenschaft«, auch ohne Soziologisierung der Rechtsdogmatik, für möglich.² Kontinuierlich arbeitete er daran, diese Position auszuarbeiten. Drath vermisste eine klare Vorstellung soziologischer Tatsachen, »als ob Max Weber, Max Scheler und Karl Mannheim für uns umsonst gelebt hätten«.³ Die in einem der Verfassungsurteile vorkommende Wendung zur »soziologischen Geltung von Rechtsvorschriften«, die allem Anschein nach aus Draths Feder stammte, wurde als »Preisgabe des abendländischen Rechtsbegriffs« gerügt.⁴

In einem Essay entwickelte Drath eine Konzeption, wie das positive Recht in Gesellschaft und Kultur verwurzelt ist. Verständnis und Begründung »kann das positive Recht nur dann finden, wenn wir es von der Gesellschaft und ihrer kulturellen Entwicklung her – in diesem Sinne also: transzendent – zu erfassen suchen, d.h. mittels soziologischen Denkens und aus Erfahrung.«⁵ Das bezog sich offensichtlich nicht nur auf die kausale Erklärung einer Norm, sondern auch auf deren Interpretation, also auf die Aufgabe der Rechtsdogmatik.

1 Vgl. Lasch 2007: 1996; Otto 2012: 332–334.

2 Drath 1952a: 44 f. Vgl. zum Werk von Drath: Henkel/Lembcke 2003.

3 Drath 1952 b: 108.

4 Vgl. dazu Lasch 2010: 15.

5 Drath 1963: 25.

Nach längeren Ausführungen zur Genese und Differenz des Rechts im Verhältnis zu den sozialen Ordnungen sprach er über die grundsätzliche Rolle des Rechts in der dynamischen Gesellschaft in unserer Gegenwart und betonte »die Aufgabe der fortlaufenden Gestaltung dieser Gesellschaft«. Deswegen könne »das Recht – im Gegensatz zu den stabilen, traditionellen Ordnungsarten – als die ›politische‹ Ordnungsart bezeichnet werden«.⁶

Hier bereits entfernte sich Drath von den Gebräuchen der dogmatischen Zunft, in der ein politischer Gehalt ihrer Denkweise und -ergebnisse stets geleugnet worden ist – wohlweislich, denn die Profession blieb bestehen, auch wenn die Regimes wechselten. Das politisch« Lied der Jurisprudenz klingt überhaupt nicht garstig, wie gesagt werden muss; denn sie verbürgt sich für Regelgebundenheit und Willkürfeindlichkeit. Drath indessen ging über diese Binsenwahrheit entschieden hinaus, stellte sich in die Nachfolge von Hermann Heller und fand sich prompt am Rande seiner Wissenschaft wieder. Für die Methodik der Rechtsanwendung, insbesondere im Richteramt, entwickelte er Grundsätze, die hätten aufgegriffen werden können.

Ohne sich naturrechtlichen oder ethischen Begründungen zu verschreiben, lehnte er es ab, die bestehende Ordnung mit einer richtigen und guten Ordnung einfach gleichzusetzen. Vielmehr »kann die Vorstellung der ›richtigen‹ Ordnung sich erst als eine *neue Kategorie* ›Gerechtigkeit‹ entfalten«. Die Kategorie ›Gerechtigkeit‹ ergebe sich »gegenüber dem konkreten Inhalt der *konkreten* positiven *Rechtsordnung*: Sie erscheint in Gestalt konkreter Gerechtigkeitspostulate. Diese sind antithetisch zum konkreten Recht.«⁷

Die vielen Kursiv- und Anführungszeichen verwiesen auf das Tastende dieses Theorieversuchs. Ausdrücklich wies Drath utopische Erwartungen zurück und wollte nur realistische Forderungen berücksichtigen.

»Realistisch sind nur Gerechtigkeitsforderungen, die kontrolliert sind auf Grund der gegebenen gesellschaftlichen Verhältnisse *und* der Möglichkeiten und Kräfte zur Änderung.« Dies zu prüfen, überantwortete er »der Einzelforschung«, die dann wohl nur eine sozialwissenschaftliche i.w.S. sein konnte.

Der Rechtstheorie empfahl Drath, sie solle »die Tatsachen klären«, die ihr tendenziell »alleiniges Ausgangsmaterial« darstellen sollten. Die adäquate Methode hierfür sei die soziologische, weil es sich um soziale Tatsachen handle; das positive Recht sei Produkt und Teil der kulturell-sozialen

6 Drath 1963: 33 (H.i.O.).

7 Drath 1963: 35 f. (H.i.O.).

Entwicklung des Menschen. Über ein derartiges Ansinnen ging die Methodenlehre seinerzeit hinweg. Im weiteren fundierte Drath seinen Ansatz in einer »realistischen« Geltungstheorie.

Diese stützte er nicht auf die herkömmlich eingesetzten Konzepte von Macht und Anerkennung, »sondern auf die Existenz einer fundamentalen Ordnungsstruktur, die mit der Existenz der menschlichen Gesellschaft, ja des Menschen selbst bereits gegeben ist, sodass zur Seinsweise ihre Geordnetheit bereits gehört«. Damit erschien ihm »das rechtliche *Sollen*, der Geltungsgrund des Rechts selbst, prinzipiell *hervorgegangen* aus einer sozialen Notwendigkeit, also aus einem *Müssen* der Gesellschaft«. ⁸

Drath widersprach einer Verselbständigung des positiven Rechts; dieses sei als Ordnungsart nur subsidiär gegenüber anderen Ordnungsarten.

Daraus schloss er: »den Gerichten kann mehr an rechtsschöpferischer Arbeit überlassen werden, je homogener ihre Anschauungen [...] mit den gesetzlich noch nicht konkretisierten sozialen Anschauungen über die *lex ferenda* sind«. Und schließlich geschehe auch die Auslegung des positiven Rechts »nicht nur nach innerlichen Normativitäten des positiven Rechts, sondern vorab nach sozial-kulturellen Gegebenheiten«. An dieser Stelle blieb Drath vage, obwohl es vielleicht seit jeher geübter Praxis entsprach, dass nicht methodologische Vorgaben das richterliche Handeln anleiten, sondern die berufliche Routine.

Drath entschied sich auch nicht für eine Seite »im Kampf zwischen ›soziologischer Jurisprudenz‹ und ›klassischer Rechtsinterpretation‹; vielmehr hätten »beide Standpunkte je ihren Standort«. So hielt er sich offen für eine Kommunikation mit der herrschenden Meinung, jedoch scheint diese so gut wie keine Notiz genommen zu haben. Klar entschieden wandte er sich gegen die Meinung »des juristischen Positivismus, dass nur ein juristisch-normatives Denken etwas über den Geltungsgrund des positiven Rechts auszusagen habe«. ⁹ Damit blieb auch im gesamten Rechtsbetrieb für ein rein »juristisches-normatives Denken« kein Platz.

Draths Formeln zum Müssen, zur geordneten Seinsweise usw. konnten den Verdacht wecken, die Sphären von Sein und Sollen, von Faktizität und Normativität zu vermischen. Tatsächlich geschah dies auch; denn wie sein Lehrer Hermann Heller wollte Drath diese erkenntnistheoretische Begründung rechtspositivistischer Methoden überwinden. Vorsorglich anerkannte er, es möge »*logisch* ein ›Sollen‹ immer nur abgeleitet werden können aus einem anderen ›Sollen‹ – hier handelt es sich nicht um *reine Logik*, sondern um *Sachlogik*«. Man mochte das als Trick eines

8 Alle Zitate bei Drath 1963: 38, 40 f. (H.i.O).

9 Drath 1963: 42–45 (H.i.O).

Schlaumeiers abtun; doch es ging ernsthaft um die Grundlage rechtswissenschaftlicher Arbeit. Inwieweit durften oder mussten die Regeln formaler Logik das juristische Handeln regieren? Drath meinte, neben einem *logischen* Verhalten gebe es das *verständige* Verhalten, »so wie Rationalität sich nicht in bloßer Logik erschöpft, sondern darüber hinaus ›verständigen‹ Verhalten umfasst«. Er hätte auch sagen können, dass die Sein-Sollen-Differenz keine Angelegenheit formaler Logik, sondern der Meta-Ethik bzw. Ontologie ist. Gleichwohl haben sich an dieser Stelle seit jeher kämpferische Debatten zum Platz des Sozialen im juristischen Denken entzündet. Drath hat diesen Platz rechtsphilosophisch untermauert.

Zuletzt zerpfückte er noch den Gedanken, die unterstellte soziale Eingebundenheit des Menschen scheitere am Anspruch auf individuelle Autonomie, verstanden »als Freiheit zu subjektiv gewolltem Verhalten in der Gesellschaft [...] Das Problem der Autonomie ist als Problem der Freiheit *in* der Gesellschaft ein Problem des ›richtigen‹ Rechts und als solches eine geschichtliche und soziale Aufgabe.«¹⁰

Die damalige (nicht sehr entwickelte) Rechtstheorie hätte an diesen Thesen zu kauen gehabt, unterließ dies aber; in dem repräsentativen Lehrbuch von Larenz kamen weder Drath noch solche Gedanken vor.

Für Drath bestand eine Konvergenz zwischen den Rechtsgeboten und den jeweiligen Teilen der Gesellschaftsordnung; Rollen beziehen sich auf Gegenrollen, beides zusammen bildet eine Institution; aus den Institutionen baut sich die Gesellschaftsordnung auf. »Auf allen diesen Stufen ist das positive Recht nicht nur nicht allmächtig, sondern mehr oder minder eingefügt in außerrechtliche Ordnungen und Ordnungsvorstellungen.« Die Adressaten eines Rechtsgebotes können dessen Inhalt akzeptieren und verinnerlichen, wenn sie die Zusammenhänge erkennen, was am stärksten gelingt, »wenn der Sinn des eigenen Lebens mit dem Sinn einer Institution in ihrer konkreten Ausgestaltung identifiziert, eine ›Zugehörigkeit zur eigenen Person‹ empfunden wird«. Die ›Natur der Sache‹ beziehe sich immer auf eine Sache in ihrer Bedeutung »innerhalb der gesamten sozialen Kultur«. Die juristische Betrachtung habe die Verbindlichkeit der Normen nicht nur auf den Befehl des Gesetzgebers, »sondern möglichst auf eine durch soziale Funktionalität bestimmte Sachgemäßheit des Inhalts zu stützen und diese dem sozialen Verständnis näherzubringen. [So] muss das einzelne Rechtsgebot als in sozialen Zusammenhängen stehend erkannt und anerkannt, möglichst verinnerlicht werden können.«¹¹

Das war in der soziologischen Begrifflichkeit und auf dem Forschungsstand der frühen 1960er Jahre formuliert (Rolle, Institution, Funktion, Kultur, Verinnerlichung). Drath analysierte also Recht und Staat von den

10 Alle Zitate bei Drath 1963: 35–41, 44 f., 55 f., 61 (H.i.O.).

11 Drath 1963/1977: 182–184).

Sozialwissenschaften her; diese hätten »in den letzten zwei Jahrzehnten bedeutende Fortschritte gemacht« und seien mitsamt ihren Methoden die gegebenen Disziplinen und Mittel, um »eine sozialwissenschaftliche allgemeine Rechtstheorie« aufzubauen. Für seine Staatstheorie bezog sich Drath auf die soziologischen Klassiker Émile Durkheim und Talcott Parsons. Ständig Kelsens rabiante Trennung von Sein-und-Sollen-Argumenten vor Augen sagte Drath in etwas gewundenen Formulierungen, der Richter könne »bei der Auslegung des rechtlichen Sollens« auf die Seins-Verhältnisse zurückgreifen, »wenn dieses ›Sein‹ (ein Verhalten von Menschen) sich bei sozialwissenschaftlicher Betrachtung als selbst in einer Ordnung abspielend verweist, die als ein Stück der bestehenden Rechtsordnung gedacht werden kann«. ¹²

In seinem grundlegenden Handbuchartikel von 1966, den er als (wegen des Buchformats äußerst gedrängte) Darlegung der eigenen Theorie ansah, unternahm Drath eine »soziologisch-systematische Betrachtung des Staates«, bei der das Staatsrecht keine herausgehobene Rolle spielte. Ja, er wollte sich sogar von der primär rechtlichen Betrachtung des Staates ganz abwenden und eine soziologisch-anthropologische Grundlegung verwenden; dafür suchte er um Stellungnahmen bei Arnold Gehlen und Helmut Schelsky nach. ¹³ Damit unterschied er sich radikal von der Staatslehre seinerzeitiger Verfassungsjuristen. Drath benutzte außerjuristische Konzepte wie Regulierung, Ordnung, Koordination, Macht, Politik u.a.; wichtiger als das Recht erschien ihm die Motivation der Bürger.

Die Legitimität beruhe auf einem »Werturteil der Gruppenmitglieder«. Die Rechtsprechung schaffe eine Vertrauensbasis »nach verschiedensten – selten nur nach rein juristischen – Gesichtspunkten«. Die damals bereits im Gang befindliche Gleichsetzung von Recht und Rechtswissenschaft blieb hier völlig außer Betracht.

Drath behauptete eine wechselseitig verbundene Einheit von Sozial- und Rechtswissenschaften, wofür er sich auf Georg Jellinek (›die normative Kraft des Faktischen‹) berief. Er erläuterte zu seiner »soziologischen Theorie vom Staat«, sie stehe Hermann Heller besonders nahe, der sich u.a. »gegen ein rein normativistisch-juristisches Staatsverständnis« gewandt habe. Für Heller könne »Staatstheorie nur von einer umfassenden Analyse der gesellschaftlichen Wirklichkeit ausgehen«. ¹⁴ Mit alldem manövrierte er sich in eine Außenseiterstellung, die ihm bis heute attestiert wird. ¹⁵ Mit seinem ›rechtstranszendenten‹ Ansatz stand Martin Drath damals auf verlorenem Posten; Beachtung fand er mit seiner auf das Soziale

¹² Drath 1966/1977: 162, 164, 189.

¹³ Vgl. den Brief Draths sowie Henkel/Lembcke in dies. 2010: 330 f. bzw. 298.

¹⁴ Zitate bei Drath 1966: 2129, 2131, 2146.

¹⁵ Vgl. Llanque 2010: 225–227.

ausgerichteten Perspektive kaum. Die hier wiedergegebenen Argumente zeigen seine rechtstheoretische Position im Allgemeinen; in den zwölf Jahren als Richter am Bundesverfassungsgericht hat er sie konkret anwenden bzw. sie aus der Entscheidungspraxis heraus weiterentwickeln können.

Der Beitrag von Drath kam von einem Solitär der frühen Bundesrepublik. Niemand sonst äußerte sich auch nur in der Nähe zu einer Position, die an eine Strömung aus Weimarer Zeiten anschloss. Etwas Ungewöhnliches haftete auch Draths Lebensgang an. Durch die erzwungene Unterbrechung – Brotberuf statt Wissenschaft – stand der Autor 1945 ohne die geforderten Publikations- und Qualifikationsnachweise da, zumal ihm die Texte nicht so leicht aus der Feder flossen wie den Kollegen. Die Haltung eines demokratischen Sozialismus gefährdete seine Kandidaturen. Im Plenum des Verfassungsgerichts mit 23 zu 1 überstimmt zu werden markierte signifikant eine Außenseiterstellung, die denn auch dazu führte, 1963 kein weiteres Mal in das Gericht entsandt zu werden. Vieles an dieser Biographie wirft ein bezeichnendes Licht auf die Situation der Zeit.¹⁶

Die Blockade gegen Draths moderne Staats- und Verfassungstheorie auf sozialwissenschaftlicher Grundlage resultierte auch aus seiner Zugehörigkeit zu der kleinen Rechtslehrergruppe um Wolfgang Abendroth, die als ›linke‹ Abweichler an den Rand des Fachdiskurses gedrängt waren.¹⁷ Gedanklich stand dabei Pate, dass die Inhalte der Begriffe ›sozial‹ und ›sozialistisch‹ verwechselt wurden. In gruppendynamischer Hinsicht allerdings war das Gericht damals gespalten.

Die links-sozialdemokratische Position bremste sowohl das berufliche Fortkommen als auch die öffentliche Wahrnehmung von Martin Drath nach 1945 spürbar aus. Neuere dokumentarische Funde haben gezeigt, dass er als ›gefährlich‹ gesehen wurde.¹⁸ Das bedeutet – gerade angesichts der Nichtrezeption seiner in der frühen Bundesrepublik einzigartig dastehenden Rechts Theorie –, dass die politische Haltung eines Einzelnen diskursrelevant war: Sie markierte ›das Andere‹.

Staat und Verfassung

Die verfassungsmäßige Neuorganisation Westdeutschlands und das Grundgesetz von 1949 brachten es mit sich, dass zuerst im Staatsrecht das Verhältnis von juristischer und sozialwissenschaftlicher Denkweise problematisiert wurde. In dem festgefahrenen Diskursfeld der Zeit

16 Für das Handeln und die Behandlung von Martin Drath vgl. Otto 2012; ferner Lasch 2010 und Sälzer 2010.

17 Vgl. Günther 2004: 95.

18 Vgl. Sälzer 2010: 89 f.

– eingezwängt in die Alternative *entweder* enge Gesetzesbindung *oder* Orientierung an allgemeinen Werten – kam ein Rekurs auf sozialwissenschaftliche Erkenntnisse bei den meisten gar nicht erst ins Gesichtsfeld. Die Selbstabgrenzung zum vergangenen Terrorregime stand im Vordergrund und verfolgte die (überaus notwendige) eigene Ehrenrettung auch noch mit falscher Gewichtung. Dazu gab es einige Ausnahmen.

Schon Martin Drath hatte früh darauf hingewiesen, dass einige staatsrechtliche Monographien »von sozialwissenschaftlicher Basis ausgehen«. Ihn bewegte interessanterweise auch die umgekehrte Frage, wie das Recht in die Staatstheorie einzufügen sei. Die juristische Staatsrechtslehre und die sozialwissenschaftliche Staatslehre seien voneinander abzugrenzen, wobei die Staatslehre das Recht als einen der sozial wirksamen Faktoren abhandle, ebenso wie im Staatsrecht die Begriffe »ohne Hinblick auf die zugrundeliegenden sozialwissenschaftlichen Begriffe nicht voll verständlich sind«.¹⁹ Damit war eine Wechselseitigkeit etabliert, die mit schlichtem Sein-vs.-Sollen nicht mehr aufzudröseln war.

Zum »Gegensatz von Leben und Recht« bemerkte Drath: Da wir es »mit der Statik des Verfassungsrechts in einer dynamisch sich wandelnden Wirklichkeit zu tun haben [...], wird auch der Staatsrechtler einer Beschäftigung mit den Phänomenen der Wirklichkeit auf Grund der empirischen Analyse und der durch sie geschaffenen und indizierten Zusammenhänge nicht entgehen können [...] Die Arbeit der empirischen Soziologie wird auf diese Weise mindestens als ›Provokation‹ solcher Selbstkritik, wahrscheinlich sogar zur Korrektur der eigenen Vorstellungen, zu ihrer Erhebung in den Rang von Theorie auch für den Staatsrechtler unentbehrlich.«²⁰

Auch sonst wurde an den Diskurs aus den Weimarer Jahren erinnert, ohne dass an ihn angeknüpft worden wäre. Franz L. Neumann sagte 1950, Politikwissenschaft und Staatsrechtslehre sollten sich miteinander einlassen, wobei sie bedenken müssten, dass diese die Politik primär als Rechts- und Untertanenverhältnis begreife und dabei den »Kampf um die Macht« unterschlage. »Der politische Sinn des Positivismus ist die Akzeptierung des Status quo.«²¹

In Göttingen unterhielt Rudolf Smend (1882–1975) ein Seminar (bis 1969), dessen offene Atmosphäre gerühmt wurde. »Hier herrschte ein Geist von Liberalität, Toleranz und literarischer Gelehrsamkeit«, der als Kontrast zum »Klima der Zeit« und »dem sonst üblichen positivistischen Wissenschaftsbetrieb an der Universität« empfunden wurde.²² Im

19 Zitate bei Drath 1952a: 42, 44.

20 Drath 1965/1977: 74 f.

21 Neumann 1950: 374 f.

22 So die Einschätzung von Günther 2004: 159–191 (159).

freundlichen Antlitz dieser Richtung stand der Wunsch nach Harmonie und Konsens, anders als das Freund-Feind-Prinzip der verschworenen Anhänger von Carl Schmitt. In Göttingen wurde politisch plural gedacht, von konservativ bis links-liberal. Die Etablierung der Politikwissenschaft in der Bundesrepublik wurde begrüßt und gefördert. Hier tauchten dann einige Namen auf, wie Ernst Fraenkel, Otto Kirchheimer und Hermann Heller, die wir im Kapitel über die Weimarer Republik als Protagonisten einer sozialwissenschaftlichen Orientierung der Rechtsdogmatik kennengelernt haben.

Smend hatte in den 1920er Jahren sein Denkgebäude auf der Grundidee der Integration errichtet. Indem sich die Einzelnen in eine geistige Lebensgemeinschaft einfügen, kann ein Staat entstehen, und dessen Bestand beruht auf einem *plébiscite des tous les jours*. In diesem Kernvorgang – eben der ›Integration‹ – realisiert sich der Staat; er existiert »nur in diesem Prozess beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebtwerdens«. Staat und Recht leben von der Anerkennung der ihnen Unterworfenen, indem »der Einzelne sich der Auswirkung der wesentlichsten staatlichen Integrationsfaktoren unterwirft«. ²³ ›Integration‹ war der Schlüsselbegriff dieser Staats(rechts)lehre. Im damaligen Diskurs entsprach die Bedeutung allerdings nicht dem heute diskutierten Problem des ›gesellschaftlichen Zusammenhalts‹, womit die Überwindung einer ›Spaltung‹ und somit eine sozialpolitische Aufgabe gemeint ist. ›Integration‹ bei Smend war ein theoretischer Begriff, der die Legitimationsgrundlage von Staat und Verfassung beschrieb.

In dieser Sichtweise kam es beim Interpretieren der Verfassung nicht auf deren Entstehung und Wortlaut an, sondern auf die Dynamik der jeweiligen Gegenwart. Dass ein als Provisorium gedachter Text wie das Grundgesetz von 1949 so lange Bestand haben konnte, ja nach ziemlich allgemeiner Meinung als Erfolg gilt, war genau der Flexibilität zu verdanken, wie sie von der Integrationslehre verkündet wurde.

Das Problem, dass die Menschen sich mit ›ihrem‹ Staat identifizieren, warf Fragen zur faktischen (statt normativen) Geltung auf. Die Trennung von Norm und Wirklichkeit wurde in der Integrationskonzeption abgelehnt. Das klang durchaus nach einer Verwertung soziologischer Bestände, war aber sozial-ontologisch gedacht und verzichtete auf empirisch fundiertes Wissen. Für Smend war die Integration »ein grundlegender Vorgang aller gesellschaftlichen Gebilde im weitesten Sinne und daher von der soziologischen Wissenschaft auch vielseitig untersucht«. Diese Problemstellung dringe in die Rechts- und Verfassungslehre ein. ²⁴ Immerhin waren in Smends Schule einige Bundesgenossen für die Idee

²³ Smend 1928: 18, 41.

²⁴ Smend 1966: 803.

des Sozialen im Recht zu finden, zumal angesichts scharfer Gegnerschaft der Reinen Rechtslehre und der Schmitt-Schule. Insoweit wurde hier das Diskursfeld für den um 1969 stattfindenden Umbruch mit vorbereitet.

Zurück aus dem Exil: Ernst Eduard Hirsch

Eine überaus wichtige Kraft der bundesrepublikanischen Rechtssoziologie war Ernst E. Hirsch (1902–1985), als deren Wiederbegründer um 1965 er gelten muss. Wie aber sah er den Beitrag sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse zur juristischen Arbeit? 1948 wollte er »aus der Rechtswissenschaft eine Seinswissenschaft machen [und] von dem natürlichen Sozialwesen ›Mensch‹ [ausgehen, sodass] die Rechtswissenschaft die *Wissenschaft von der bewussten Ordnung des Soziallebens ist*«. ²⁵ Damit und in mehreren ähnlich lautenden Formulierungen orientierte er die juristische Methodologie pointiert auf das Soziale hin. Allerdings stellte er keine deutliche Verbindung zum Diskurs von 1910 her, der später an seinem Institut erforscht werden sollte. Obwohl Hirsch in Frankfurt ein Schüler von Hugo Sinzheimer gewesen war, hatte er sich in der Weimarer Zeit noch nicht rechtssoziologisch betätigt; dazu gelangte er erst im türkischen Exil. ²⁶ Hirsch fing offenbar insoweit gedanklich neu an, kein Wunder bei seiner Generationszugehörigkeit und nach einer fünfzehnjährigen Emigration.

Seine Losung wettete auf die Zukunft, und dies mit prägnanter Ansage: »Es gibt zwar eine Rechts- und Gesetzeskunde«, etwa die Rechtsdogmatik, »aber es gibt noch keine echte Rechtswissenschaft, die dieses Namens würdig ist, solange Juristen sich weigern, [die] wechselseitigen, funktionellen Abhängigkeiten von Recht und Sozialleben einzubeziehen.« ²⁷ Auch wenn das nur als eine einstweilen unlösbare Aufgabe gemeint war, hätte ein solcher Satz damals ähnlich schockieren müssen, wie zwanzig Jahre später die in etwa gleichlautende These in der Programmschrift von Rudolf Wiethölter. Doch es handelte sich 1948 nur um einen Vortrag, und die Jurisprudenz war noch anderwärtig beschäftigt.

Noch eine weitere Idee Hirschs wies in die Zukunft. Er glaubte, bei dem damaligen Stande der Sozialwissenschaften dort keine befriedigende Antwort auf seine Fragen finden zu können; daher müsse die Rechtswissenschaft an den Forschungen zum Sozialwesen Mensch »tätig mitarbeiten«. Eine solche Vermählung von Jurisprudenz und Sozialanthropologie war noch nie gefordert worden; sie hätte, wenn weiterverfolgt, die Rechtsmethodik revolutionieren können. Hirsch fügte nämlich noch

25 Hirsch 1948/1966: 72 (H.i.O.).

26 Vgl. Rottleuthner 2009: 204.

27 Hirsch 1948/1966: 75.

an, es könne »die Rechtskunde erst dann Rechtswissenschaft werden, wenn die Rechtsgelehrten aufhören, ›Nur-Juristen‹ zu sein«, was sie doch wahrhaftig waren und sein wollten.²⁸ Einen der Schlusssätze des Vortrags von 1948 wiederholte er 1967: »Das Recht ist nicht in der Logik des Rechtssystems, sondern im Strom des sozialen Lebens zu finden.«²⁹ Allerdings fielen die übrigen Zumutungen an die Rechtswissenschaft jetzt zahmer aus.

Eine Bindung zwischen Recht und Gesellschaft erblickte Hirsch in der »Interdependenz von sozialem Sachverhalt und rechtlicher Regulierung«. Und so sah er die Hauptaufgabe der Rechtssoziologie darin, die »Gesetzmäßigkeiten der wechselseitigen Abhängigkeit von Sozialleben und rechtlicher Regulierung zu erforschen und zu beschreiben«. Eine ›Abhängigkeit‹, die vor allem auf legislativer Ebene und bei der Rechtsfortbildung in der Praxis zum Zuge kam, womit keine irgendwie geartete Soziologisierung juristischer Methoden gemeint war. Welche Folgerungen aus den Resultaten der beschreibenden Rechtssoziologie zu ziehen seien, sagte Hirsch nicht; hier blieb er der konventionellen Rechtstheorie verbunden. Als es zum Annäherungskonflikt zwischen Jurisprudenz und Sozialwissenschaft kam, blieb er neutral. Ja, die Forderungen der Berliner und Frankfurter Jungjuristen gingen ihm zu weit, indem sie »die Grenze zwischen forschender Aufklärung und politischer Propaganda oder ideologischer Bevormundung missachteten«, wohinter unangenehme Erfahrungen an der Freien Universität stecken mochten.³⁰

Metaphysik und Soziologie: Erich Fechner

Der Rechtsphilosoph und Arbeitsrechtler Erich Fechner (1903–1991) zählte in der frühen Bundesrepublik zu den ganz wenigen, in deren Konzeption die Soziologie vorkam. Immer wieder in seinen Schriften verließ er die (damals wie heute geläufige) geschlossene Interpretationsweise, um normative und soziologische Aussagebegründungen ineinander zu verschränken.

Bereits 1941 hatte Fechner in seinem Habilitationsvortrag die Wirklichkeitsnähe des Rechts und der richterlichen Rechtsfindung aufgerufen; nach 1933 habe sich die »Hinwendung des Rechts zur Wirklichkeit nachhaltig verstärkt«. Freilich vermied er zeitgerecht den Verweis auf die Soziologie, betonte stattdessen die »konkrete Ordnung« und ließ den »sozialen Begriff der Gemeinschaft« gelten. Mit Blick auf die aktuellen Urteile des Reichsarbeitsgerichts fragte er, inwieweit »hier aus

28 Hirsch 1948/1966: 76.

29 Vgl. Hirsch 1948/1966: 87; 1984: 33.

30 Zitate bei Hirsch 1984: 182, 142 bzw. 28.

der Welt der sozialen Tatsachen eine rechtliche Ordnung« wachse. Für werden können. Fechner bezog sich auf den (völkisch orientierten) Soziologen Georg Weippert. Fechner begründeten die neuen Entscheidungen sich aus »der überindividuellen Ordnung des Betriebes«. Vor und nach der NS-Zeit hätte an dieser Stelle von »soziologischer Jurisprudenz« gesprochen, um die erkenntnistheoretische Kluft zwischen Faktischem und Normativem zu überbrücken, und schloss eine Berufung auf das Gewohnheitsrecht – womit das Problem in traditioneller Weise gelöst worden wäre – aus. »Den Daseinssinn in den sozialen Gebilden für das Recht fruchtbar zu machen« sei die Aufgabe; »der ihn tragenden Wirklichkeit [und] den in der Welt des Realen gesetzten Zielen« müsse das Recht gerecht werden.³¹

Auch in seinem engeren juristischen Fachgebiet suchte Fechner den Anschluss an die soziologische Denkweise. Er wollte klären, »in welchem Sinne die Wirklichkeit Normen aus sich hervorbringt, in welchem Sinne sie Rechtsquelle werden kann«.

Dafür setzte Fechner auf den »in den zu regelnden sozialen Gebilden liegenden Daseinssinn«. So »ist das Faktische als die Verkörperung des Daseinssinnes Hinweis und Zeichen auf das, was der richtig verstandene Sinn der sozialen Gebilde aus sich entwickeln will«. Einerseits distanzierte er sich von der »sogenannten konkreten Ordnung«, andererseits sprach er vom »volkhafte Sein«. Mit dem »Daseinssinn der sozialen Gebilde« nutzte er eine Denkfigur, die gut in die Zeit passte und den Einfluss der Wirklichkeit auf die Normbildung sowohl vom Normativismus als auch vom Soziologismus fernhielt.³²

Hatte Fechner 1941 in Carl Schmitts Diktion den »konkreten« Charakter des Rechts erläutert, so konnte er ganz ähnliche Gedanken später als »Soziologie« fortführen. Dementsprechend verfuhr er denn, existenzphilosophisch gewendet, in seinen Nachkriegsaufsätzen sowie im 1956 erschienenen Hauptwerk, das sich im Untertitel als »Soziologie des Rechts« bezeichnete. Die Soziologie diente ihm als ein Argument gegen die Dominanz des Naturrechtsdenkens, das er für eine vorübergehende Erscheinung der Nachkriegszeit hielt.

Bezüglich der Grundrechte verwies Fechner bereits ein Jahr nach dem Inkrafttreten der Verfassung auf ihre »soziologische Bedingtheit«, die sich bereits aus der frühkindlichen »Einheit von Einzelwesen und Gruppe« ergebe. Er beschwor geradezu den »Wandel im Aufbau des sozialen Körpers und in den sozialen Anschauungen« sowie ein »mehr und mehr sozialistisches und kollektives Denken«, wobei man diesen Schlagworten, wie umstritten sie auch seien, nicht aus dem Weg gehen solle. Zur

31 Fechner 1941: 82–84, 88f., 96 f. (H.i.O.).

32 Fechner 1941: 84, 94–99.

Entfaltung und zum Schutz der Grundrechte »gehört Einsicht in die Gesetzmäßigkeiten der sozialen und ökonomischen Abläufe. Hier liegt das praktische Arbeitsfeld der Soziologie«. Daraus ergebe sich die Möglichkeit, »im ökonomischen und sozialen Bereich auf Grund sorgsamer Beobachtung Schaltungen zugunsten bestimmter Zielsetzungen mit Erfolg durchzuführen«. ³³ Damit formulierte Fechner das spätere Paradigma der soziologisch informierten gesellschaftlichen Steuerung durch Recht.

Fechner argumentierte in diesen Zusammenhängen meist eher rechtssoziologisch und nur andeutungsweise rechtsmethodologisch. So wird er seine Fakultätskollegen nicht beunruhigt haben, berührten doch die Ideen zur neuen Sozialordnung (nur) die Rechts*politik*. Da er sich weit deutlicher, als 1950 für einen (nicht emigrierten und nicht verfolgten) Rechtslehrer üblich, vom Nationalsozialismus distanzierte, ³⁴ mögen seine Ideen nicht allen Kollegen geheuer erschienen sein.

In einem Aufsatz mit der vielversprechenden Überschrift »Die Bedeutung der Gesellschaftswissenschaft für die Grundfrage des Rechts. Das Naturrechtsproblem im Schatten der Soziologie« vermerkte Fechner 1952 zur Soziologie als Wissenschaft, »dass wir vor einer verwirrenden Fülle von soziologischen Richtungen und Schulen stehen«. Damit hob er genau den Punkt hervor, an dem die aufgeschlossenen Juristen bislang üblicherweise sich abgekehrt hatten. Fechner ließ sich hiervon nicht abschrecken und attestierte der Soziologie, dass sie »in ihrer noch unausgereiften Lebendigkeit die Spannungen und Widersprüche des Wirklichen unmittelbar widerspiegelt«. Infolge ihrer aufreizenden Vieldeutigkeit sei sie dazu angetan, »festgewordene Auffassungen zu lockern«. Zudem zeige sie auch »übereinstimmende Grundzüge« und pflege »im Dienste bestimmter Gegenwartsaufgaben zu stehen«. Zum Nachweis erörterte er eine Reihe soziologischer Beiträge zum Recht, und zwar zu Fragen um das Eigentum, zur Überwindung des Krieges, zur Freiheit und zum Markt. Fechner akzeptierte die »Vorstellung einer sinnvollen Zuordnung zwischen Sein und Sollen« und verwies auf den Trialismus von Gustav Radbruch, den er mit der philosophischen Anthropologie von Max Scheler unterfütterte. ³⁵

In seinem Buch »Rechtsphilosophie« (1956) hätte es mit all den vorangegangenen Andeutungen nun ernst werden können. Fechner legte hier eine »Soziologie und Metaphysik des Rechts« (Untertitel) vor, beließ es darin aber bei einer Wesensbestimmung. Sein Satz »Alle Betrachtung des Rechts muss daher zuerst soziologische Betrachtung sein« zeitigte

33 Zitate aus Fechner 1954: 5, 10, 36. Der Autor hatte den Text erstmals 1950 vorgetragen.

34 Vgl. z. B. 1954: 13–20.

35 Fechner 1952: 105–109, 115–117, 119–121.

keinerlei Konsequenz für die juristische Methodologie, sondern verharrte in philosophischer Abgehobenheit gegenüber dem Berufsalltag. Fechner wandte sich gegen »einen unüberbrückbaren Gegensatz soziologischer und metaphysischer Auffassungen« zugunsten einer »Zweiheit, die sich zu einer größeren Einheit zusammenschließt, in der einzelwissenschaftlich-soziologische und umspannende metaphysische Betrachtung erst ein Ganzes ergeben«. Damit wandte er sich, wie in einer Fußnote an dieser Stelle angemerkt, gegen die Aufspaltung von Sein und Sollen. Doch letztlich fehlte ihm das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit der Soziologie, deren Empirismus »den Relativismus, den Zweifel und die Verzweiflung« nicht überwinden könne³⁶ – vielleicht ein Nachklang zur Katastrophe der vorangegangenen Epoche. Soziologie machte für Fechner eher eine Erkenntnishaltung aus, weswegen ihre Autoren und Resultate nicht vorkamen.

In das Geschäft der juristischen Methodologie mischte sich Fechner kaum ein, da ihn zumeist die ontologisch-metaphysischen Fragen interessierten und er sich oft im unanstößig-gefälligen Ton humanistischer Werte äußerte. Fechner war für solche Ausflüge prädestiniert, hatte er doch Philosophie und Soziologie studiert (1927 Promotion bei Max Scheler), bevor er eine juristische Ausbildung absolvierte und 1942 auf eine Professur für (u.a.) Rechtssoziologie kam. In den Meinungskämpfen der Jurisprudenz hat er sich freilich nie sonderlich engagiert, weswegen seine Verknüpfungen von soziologischem und juristischem Denken auch nicht weiter kommentiert wurden, m.a.W. unbeachtet geblieben sind.

Nur einer, Thomas Würtenberger – der wenige Jahre später Hermann Kantorowicz' Schriften über »Rechtswissenschaft und Soziologie« herausgeben würde –, fand es bedenklich, wenn Fechner der Soziologie »einen so großen Platz in der Rechtsphilosophie einräumen möchte«. Er vermisste »die tiefere Auseinandersetzung mit der Spannung zwischen Recht und Sittlichkeit«.³⁷ Hier drückte sich erneut die Stimmungslage der Zeit aus: Wertbezug statt Gesellschaftsanalyse.

Fechner entwickelte seine Idee einer »Soziologie des Rechts« nicht bloß abstrakt, sondern praktizierte sie auch. Anders als in der Arbeitsrechtswissenschaft damals üblich stützte er seine Thesen einmal auf selbst erhobene empirische Daten aus der Berufswirklichkeit.

Für ein umfangreiches Auftragsgutachten von 1960 zum Begriff der »Arbeitsbereitschaft« sandte Fechner ein Team aus Referendarinnen und Referendaren aus, um in mehreren Berufszweigen die »Wirklichkeit des Lebens« zu erheben, und zwar auf Flussschiffen, Fernlastwagen, in Krankenhäusern, Theatern, Gewerbeaufsichtsämtern u.a. Daraus

36 Zitate bei Fechner 1956: 292–294, die letzten Seiten des Buchs.

37 Würtenberger 1958: 351 f.

leitete Fechner verschiedene Folgerungen ab, gipfelnd in der Empfehlung, »man versucht einen neuen Weg der exakten Feststellung des Intensitätsgrads der Inanspruchnahme, indem man diesen Intensitätsgrad abstrakt zahlenmäßig festzustellen versucht«. Fechner hielt »diesen Weg für den einzig gangbaren«. Die Gesetzgebung werde nur »auf Grund exakter Arbeitsstudien«, deren Ergebnisse »exakt ausgewertet werden«, sinnvoll sein.³⁸ Damit legte er dem Arbeitsministerium nahe, die empirische Sozialforschung mit der Frage zu befassen. Eine derartige Vorstudie hatte er ja selber vorgelegt. Für die gesetzesvorbereitende Interpretation wäre dann wohl die Arbeitssoziologie zuständig gewesen. Rechtsmethodologisch war das alles unbedenklich, weil es sich in der Legislativphase abspielte.

In seinem letzten Büchlein, fertiggestellt im Todesjahr, verließ Fechner nicht nur die Jurisprudenz, sondern ergab sich auch ganz der Metaphysik; an die Soziologie erinnerte hier nur noch der Versuch, das Metaphysische *empirisch* zu denken. Für die Jahre der frühen Bundesrepublik indessen hat Fechner in seltener Weise die Idee des Sozialen im Recht vertreten.

Vorbereitendes bei Josef Esser

1958 beschrieb der hochgeschätzte Rechtsmethodologe Josef Esser die ›geistige Situation‹ seines Fachs so: »Die Dogmatiker des Privatrechts wissen nach der Sturm und Drang-Zeit ›epochaler‹ Systemumwälzungen die Garantien der kontinuierlichen Fortbildung einer Tradition zu schätzen. Das soziale ›Phänomen‹ ist ihnen – anders als so manchen Rechtsphilosophen – keine letzte Autorität«.³⁹ Dies schien auch seine eigene Meinung wiederzugeben, die relativierenden Anführungsstriche hin oder her. Seine Sätze entsprachen der herrschenden Stimmung: ein wolkgiges Reden über die zurückliegenden Jahrzehnte, die Besinnung auf die Tradition und eine Geringschätzung des Sozialen. Der protosoziologische Satz eines Kollegen aus dem Jahre 1941, ›Das Leben selbst ordnet zu‹, wurde als »Kapitulation normativen Rechtsdenkens vor dem politisch-sozialen Faktum« rückabgewickelt.⁴⁰ Darin klang auch ein Grund für das Zurück an: Der Gedanke des Sozialen war durch die Politik (des Nationalsozialismus) disqualifiziert worden. Nach 1933 habe man die soziologische Forschungshaltung mit der dogmatischen Denkweise zusammengeworfen, womit die Bedürfnisse der Dogmatik verkannt und verleugnet worden seien.

38 Fechner 1963: 63, 103.

39 Esser 1958: 91.

40 Esser, ebd., zum Folgenden siehe S. 93.

Freilich rang Esser durchaus – und mehr als sämtliche seiner Privatrechtskollegen – mit dem Verhältnis zwischen normativistischer und soziologisch informierter Methodik. Er entzernte die Konkurrenz, indem er der einen Seite die »Art der Anerkennung« zuschob, der anderen den »soziologischen und wertungspolitischen Grund«. ⁴¹ Das war eine spitzfindige Unterscheidung, wie sie einem gewieften Juristen wohlstand. Nur blieb unklar, wieso die Rechtswissenschaft nicht sowohl die Art als auch den Grund des zu regelnden Sachverhalts berücksichtigt.

Außer Zweifel stand ihm indessen das Primat der Gesetzesauslegung. Hier wandte er sich gegen Spiros Simitis, der gerade mit Äußerungen zum methodischen Verhältnis von Recht und Wirklichkeit vorgeprescht war und in der anschließenden Diskursphase ein Befürworter der Soziologisierung sein würde. ⁴² Esser sah sich zu einer Entscheidung gezwungen, die er – erkennbar nicht ohne Skrupel – denn auch traf, und zwar mit dem unter Juristen geläufigen neokantianischen Schwarz-Weiß von Sein-vs.-Sollen.

Schon habe das Recht der Realität zu entsprechen, schrieb er; »aber nicht in deskriptiver, sondern in normativer Hinsicht. Mit welchen Denkfiguren es an die von der Theorie analysierte Lage herangeht, das ist weder von der Soziologie noch von einem peremptorisch gebrauchten Begriff der ›Wirklichkeit‹ her bestimmbar, [...] sondern von einer am Ganzen des Systems orientierten Dogmatik.« ⁴³

41 Esser 1958: 95 (H.i.O.).

42 Simitis, erst Anfang zwanzig, hatte eine umfangreiche privatrechtliche Dissertation vorgelegt und darin eine prinzipielle soziologische Orientierung der Normauslegung propagiert. Simitis zog für seine Interpretation den einschlägigen Literaturbestand heran – von Jhering über Ehrlich und Gnaeus Flavius/Kantorowicz bis zu Sinzheimer und Heller. Nachdrücklich betonte er, »dass das Recht nicht als etwas von der Wirklichkeit Isoliertes oder über ihr Schwebendes betrachtet werden kann, sondern einen essentiell wirklichkeitsgebundenen, gesellschaftlichen Charakter hat«. Nicht »das Recht«, sondern »die konkrete historisch-gesellschaftliche Wirklichkeit entscheidet über Form und Inhalt des Rechts, der einzelnen Rechtsinstitute«. Die Dichotomie von Sein-und-Sollen unterlief Simitis mit der Formel, ein Rechtsinstitut sei ein »Deutungsschema der das Recht bestimmenden und zustande bringenden Elemente des gesellschaftlichen Entwicklungsprozesses«. Simitis kreierte ein »soziales Vertragsverhältnis«, das durch gesellschaftliche Notwendigkeiten bestimmt werde; zustande komme es nicht, wie sonst im BGB, durch Willenserklärungen, sondern »auf Grund der Wertung eines bestimmten Verhaltens in der Sozialsphäre«. Also sei es »nicht das Ergebnis einer abstrakten gedanklichen Konstruktion, sondern das einer exakten Analyse der gegebenen gesellschaftlichen Wirklichkeit«. Zitate bei Simitis 1957: 27, 33, 52, 95, 656. In den zahlreich erschienenen Rezensionen wurde dieser methodische Ansatz damals einmütig abgelehnt.

43 Esser 1958: 99.

So oder so – Esser war der rechtsmethodologischen Problematik gewärtig und stand damit an der Spitze seiner Zeit. Mit »Grundsatz und Norm [...]« hatte er zwei Jahre zuvor das innovativste und maßstabsetzende Methodenwerk seiner Zeit vorgelegt, zwar nur »[...] in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts«, aber damit auf die damals maßgebliche Adresse blickend. Die rechtsvergleichenden Einsichten durchbrachen die Gesetzesfixierung im deutschen Methodendiskurs. Esser kritisierte das Systemdenken und den deduktiven Argumentationsstil.

Er verwarf den »Totalitätsanspruch des positiven Systems«, der die notwendig herangezogenen außergesetzlichen Wertungen verdeckte, und distanzierte sich scharf von den begrifflichen und logischen Kunststücken in der Entscheidungsbegründung, insb. im Falle lückenhafter Gesetze.⁴⁴ Damals wirkte das innovativ und befreiend, wiewohl es in den Methodendiskurse früherer Jahrzehnte schon gesagt worden war. Nach dem Weltkrieg war man aber zu kühnen Gedankenflügen nicht bereit.

Die »soziologische Rechtsschule« mit Ehrlich und Sinzheimer war ihm bekannt, ohne dass er sie benutzte.⁴⁵ Soziales Handeln kam im Zusammenhang mit der Rechtsquellenlehre vor, bedeutete ihm aber nicht mehr als das faktische Substrat eines Rechtsetzungsakts, wie beispielsweise der parlamentarische Ablauf eines Gesetzesbeschlusses oder die bürokratische Organisation ministerieller Gesetzesvorbereitung.⁴⁶ Im Rahmen seines Rechts- und Kulturvergleichs ordnete Esser das Soziale als »empirische Rechtslehre« ein und sah es für eine juristische Argumentation als unzureichend an. Das lag vor allem daran, dass Esser nur die Justizsoziologie und den *legal realism* im Auge hatte, von woher in der Tat kaum das Potential, eine Entscheidung zu begründen, erwartet werden konnte.⁴⁷ Immerhin prüfte und diskutierte der Autor diese Ansätze und bereitete damit deren (erneute) Rezeption bei uns vor.

Zum Ende der Diskurse in der frühen Bundesrepublik wiesen Anzeichen auf das Kommende hin. 1970 veröffentlichte Esser sein zweites Methodenbuch, das viel rezipiert und mancherorts sogar der neuen Ära zugeordnet worden ist – m. E. allerdings vermeintlich oder nur indirekt zutreffend. Auch Essers »Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung« räumte in seiner ausführlichen Methodenreflexion der Idee des Sozialen keinen Platz ein; aber mit dem Hinweis auf die unausgesprochen bleibenden Werturteile in der Rechtsfindung wurde jener Idee der Weg geebnet. In dem Werk wollte Esser die »juristische Methode der Praxis« aufklären, zum Beispiel durch die Aufdeckung der

44 Esser 1956: 11, 150 f., 252 f.

45 Vgl. Esser 1956: 291.

46 Vgl. Esser 1956: 138.

47 1956: 21–23; 224–226.

urteilsbestimmenden Werturteile. Damit lenkte er den Blick vom innerwissenschaftlichen Diskurs auf die tatsächliche Dimension juristischen Handelns.

Esser verließ die ›Geschlossenheit eines Rechtssystems‹, zog sogar eine Befragung von Bundesrichtern in Betracht. Er konfrontierte die realen Wege richterlicher Urteilsfindung und -begründung mit den Doktrinen der akademischen Methodenlehre, wobei er eine große Diskrepanz bemerkte. Damit stellte sich die Frage: Wenn die Normen der Methodologie ineffektiv sind, was könnte das ihrer Richtigkeit (also Geltung) anhaben? Nach dem juristischen Verständnis zum Komplex Sein-und-Sollen hätte sich nunmehr die Praxis ändern müssen, nicht die Methodologie. Für Esser aber war eine Methodologie, die über die Erfahrungen hinwegging, »ein wissenschaftstheoretischer Anachronismus«. Damit war die Zeitbedingtheit juristischer Normerkenntnis ausgesprochen, und Esser verkündete den Abschied von einer Dogmatik, die aus der Gemeinrechtswissenschaft stamme, also aus dem 19. Jahrhundert. Für sein Ziel einer »praxisbezogenen Theorie« fasste er sogar ins Auge, die richterlichen Einstellungen zu ihrer Rechtspflegeaufgabe »berufssoziologisch« zu untersuchen. Diese nicht besonders weitreichenden Ideen wurden damals als sehr neuartig begrüßt. Esser ging noch weiter und meinte, die Systemautonomie der Dritten Gewalt solle soziologisch eingeschätzt werden, und wünschte sich, »aus dem theoretischen Selbstgespräch heraus in einen sachhaltigen Dialog mit der Soziologie zu kommen«. Dafür hatte Esser die vor kurzem erschienenen Schriften von Niklas Luhmann rezipiert. Die Autorität des Autors reichte aus, um bei manchen Rechtsdogmatikern das Interesse an der (systemtheoretischen) Soziologie zu wecken.⁴⁸

Esser beschränkte seinen Blick keineswegs auf die Arbeit der Justiz. In Gegenteil, diese besaß hier (nur) den Status eines Erkenntnisauslösers und Lieferanten von Anschauungsbeispielen. Tatsächlich betraf Essers Argumentation jede Rechtsfindung, -anwendung und -erkenntnis (dies waren seine Begriffe). Das richterliche Tun hatte immer schon im Vordergrund rechtstheoretischer und -soziologischer Analysen gestanden, um 1900 wie auch jetzt. Zudem trat man dabei niemandem im professoralen Kollegium auf die Füße.

Esser operierte mit vielen Begriffen, die zumeist mit dem Wort ›Recht‹ verbunden waren und daher keinen Juristen erschrecken konnten: Rechtsüberzeugung und Rechtserkenntnis, -gehorsam, -programmierung.⁴⁹ Das Normative im Recht sah Esser in dem »*Ordnungsgedanken*, welcher sich als Rechtsnorm präsentiert«. Dabei wird »nicht aus

48 Zitate bei Esser 1970: 7, 10–12.

49 Vgl. Esser 1970: 18–22, 23–25, 78.

einem faktischen Ordnungszusammenhang, sondern aus der aufgegebenen Ordnung argumentiert«. Einige Seitenhiebe gingen, in Erinnerung an das NS-Denken, gegen die ›konkrete‹ Ordnung, »ein sich gesellschaftlich-historisch selbst formierendes faktisches Produkt«. Hier wurde noch einmal der soziologische Klang des Schmittschen Begriffs deutlich. Demgegenüber sei das Recht ein »Normenplan«, »eine für den Juristen verbindliche Maßstabsetzung«.

Mit dem Satz »Die Rechtsnorm hat eine von der sozialen Wirklichkeit unabhängige Existenz« schloss Esser keineswegs den Sozialgedanken aus, denn er sprach ja nur eine ontologische Erkenntnis aus. Für die Anwendung der Rechtsnorm in der Praxis empfahl er den »Durchgriff auf das Tatsachenverständnis z. B. im soziologischen, politologischen oder kriminologischen Sinne«, anstatt die Rechtsgewinnung »auf die logische, historische oder systematische Auslegung des Gesetzes zu beschränken und dadurch zu disziplinieren«. Es irritierte nur, dass diese Empfehlung mit der Befürchtung begründet wurde, sonst würden die subjektiven Erwägungen überhandnehmen (das »Vorverständnis«).

Die »Vorstellung von der selbstregulativen Kraft des sozialen Lebens« fand Esser »utopisch«. Das juristische Denken funktioniere nicht als Aussagenlogik, »sondern kraft der Wertungsfolgerichtigkeit als ›Sachlogik‹«. Diese seltsame Form der Logik wurde mit einem zirkulär klingenden Satz erläutert: »Die Sachlogik ist Logik, insofern hier ganz allgemein Ordnungsziele und Ordnungsmittel in eine vernünftige, dem Ordnungszweck Rechnung tragende Relation gebracht werden.« Der Sozialbezug werde nicht in den dafür vorhandenen Fächern hergestellt, sondern in der juristisch entscheidenden Person, nämlich als »Fähigkeit, die durch Werterfahrung in der Gesellschaft erworbene Urteilskraft zu objektivierender Aussage zu benutzen«.⁵⁰

Insgesamt blieb Esser eng an den Normbezügen des juristischen Denkens, das er vom Logizismus befreite und phänomenologisch und axiomatisch neu aufstellte. Aber die von ihm präferierte Hermeneutik gab eigentlich den Bezug auf das Soziale nicht her. Weiterwirkend war der Nachweis vorhandener Ermessensspielräume sowie der für die Ausfüllung eingesetzten Werte in der juristischen Entscheidungspraxis.

Die bundesdeutsche Nachkriegszeit erscheint in der historischen Übersicht als eine Epoche des Übergangs: Zu überwinden waren die Denkweisen des NS-Regimes sowie die Folgen von Vernichtungsterror und Krieg. Das zu Überwindende war zwar entwertet, aber noch vorhanden – in Form bedrängender Erinnerung, personeller Kontinuität und verankerten Wissens. Zumal die Jurisprudenz neigt dazu, Brüche zu überdecken und das Dauerhafte der ›Rechtsidee‹ zu betonen. Das Ringen mit

50 Zitate bei Esser 1970: 30–33, 99, 105 f., 161.

der jüngsten Vergangenheit, die oftmals nur dünn übertüncht wurde, lähmte in mancher Hinsicht den Fortgang. Eine Rückkehr zu den Errungenschaften aus der Weimarer Epoche kam vielerorts nicht in Frage, weil hier die ›Schuld‹ an der Katastrophe festgemacht wurde. So baute sich ein Reformstau auf, der zu Ende der 1960er Jahre gegen den neu errichteten Damm eines formalistischen Rechtsdenkens anbrandete.

Rechtswissenschaft in der DDR

Eine eigene Variante von Sozialwissenschaft-*im*-Recht bot die Jurisprudenz in der DDR, wirksam über den gesamten Zeitraum deren Bestehens und daher nicht ganz passend zu meiner Periodisierung. Sie ist eine Nebenlinie im Gesamtdiskurs und wird hier betrachtet, weil sie westlich des Eisernen Vorhangs eine gewisse Beachtung fand.⁵¹ Ostdeutsche Autor:innen publizierten auch in bundesrepublikanischen Fachmedien; nach 1990 wurde die DDR-Rechtswissenschaft ohnehin intensiv erforscht. So unterschiedlich der politische Kontext und die herangezogenen Sozialwissenschaften auch waren, so sehr näherte sich die Haltung im Ergebnis dem Traditionsdiskurs der alten Bundesrepublik.

Eine Staat gewordene Sozialtheorie, wie es versprochen war – musste das nicht unser Problem mit Bravour lösen? Doch die Verhältnisse, sie waren nicht so. Im ersten Artikel ihrer Verfassung von 1968 bezeichnete sich die DDR als »die politische Organisation der Werktätigen in Stadt und Land, die gemeinsam unter Führung der Arbeiterklasse und ihrer marxistisch-leninistischen Partei den Sozialismus verwirklichen«. Anders als die Eigenbeschreibung klingen politologische Klassifikationen, wonach die DDR als eine militärisch gestützte, totalitäre Einparteiendiktatur einzustufen war. Diese Einordnung mochte in manchen Ohren herabsetzend klingen, unterschied sich aber gar nicht so sehr vom Verständnis der Staatsführung, die ganz auf die führende Rolle der ›Partei der Arbeiterklasse‹ setzte. Hätte man nur mit (mehr) sozialwissenschaftlicher Expertise regiert, dann wären die letalen Krisen der Ökonomie und der Legitimation flexibler gehandhabt worden, und das Regime hätte länger überlebt.

Der von oben her interpretierte ›wissenschaftliche Sozialismus‹ war vor allem ein Programm politischer Herrschaft, auch in der Jurisprudenz. Die ihm zugeschriebenen Merkmale der Herrschaft und Diktatur wurden allerdings mit dem Argument zurückgewiesen, dass es keinen Interessengegensatz zwischen der Einheitspartei und den werktätigen Volksmassen geben könne; die Übereinstimmung war ideologisch vorausgesetzt. Angesichts des tatsächlichen Regimecharakters nun über die ›Wissenschaftlichkeit‹

51 Vgl. Dreier 1996: 268–271.

des Programms zu streiten, ist müßig; es würde in die Aporien des Freiheitsbegriffs führen, und man säße vielleicht selber im Glashaus.

Mit dem ›wissenschaftlichen Sozialismus‹ gehörten die entsprechenden Parteien der Sozialwissenschaft zwangsläufig in jegliche juristische Betätigung hinein, und es fragt sich, wie diese Art der Versozialwissenschaftlichung des Rechtsdenkens aussah. Ins Auge fällt der Ansatz des Wirtschaftsrechtlers Heinz Such, die Jurisprudenz konsequent als Gesellschaftswissenschaft zu betreiben. In seiner Dissertation von 1948 formulierte er Grundgedanken zur Methodologie; vorab war das Methodenkapitel erschienen: »Marxismus und Interessenjurisprudenz«. Such nahm die Tradition der teleologischen Auslegung auf und befasste sich insbesondere mit Philipp Heck. Sodann überlegte er, wie hier nun der dialektisch-materialistische Ansatz einzubauen sei.

Die Rechtswissenschaft müsse den von der Interessenjurisprudenz vorgegebenen Weg fortsetzen und die Gesetzlichkeit des Lebens erforschen, um in ihr den objektiven Maßstab zu finden; »die *objektive* Gesetzmäßigkeit [...] ergibt sich aus der Lehre des dialektischen Materialismus«. ⁵² Wenn das Recht veraltet, dann ließen sich aus der Beobachtung und Feststellung der Vernunft der Lebensverhältnisse methodisch die veränderten Rechtsbegriffe die veränderten Regeln für menschliches Verhaltens ableiten. Geltung und Bedeutung erlangen »diejenigen Regeln des Handelns, von denen praktisch erwiesen ist, dass sie den Lebensprozess, den Gesellschaftsprozess in der erreichten Stufe erhalten oder fordern [...]. So ist der oberste Grundsatz aller juristischen Methodik das *Primat der Praxis*«. Und ausdrücklich: nicht die Wertidee oder die Wertsysteme. ⁵³

Such entwickelte seine Methodologie unter weitgehender Vermeidung der Marxschen Nomenklatur und zeigte nur in Anmerkungen auf, wie er sich zu diesem Klassiker verhält. Damit blieb sein Entwurf auch für eine nichtmaterialistische Rechtstheorie anschlussfähig, zumal an vielen Stellen statt ›objektiv‹, ›tatsächlich‹, ›materialistisch‹ und ›naturgesetzlich‹ auch ›empirisch‹ hätte stehen können. Den normativen Aspekt im Interessenbegriff, bislang eigentümlich unbestimmt geblieben, wollte Such durch »die Regeln der Entwicklung des Lebens« konkretisieren. So könne die lebenspraktische Norm gebildet werden. Eine neue Rechtswissenschaft sei auf dieser Basis noch zu entwickeln. ⁵⁴ In der Folgezeit entfernte sich Such von der Interessenjurisprudenz.

1957 setzte sich Such, der inzwischen den Nationalpreis der DDR erhalten hatte, erneut mit den Grundsatzfragen auseinander, die »sowohl

52 Such 1947: 231 f., H.i.O.

53 Such 1947: 235, H.i.O.

54 Such 1949: 22.

für die Normbildung als auch für die Anwendung der Normen gelten«. Danach »enthält die vorbürgerliche und bürgerliche Rechtswissenschaft in vielfältiger Hinsicht ein geistiges Erbe in der begrifflichen Klärung rechtlicher Formen, deren theoretische Begründung ihr allerdings nicht möglich war«. Der gedankenreiche Aufsatz prüfte Aussagen von Aristoteles bis Stammler und Larenz vor dem Hintergrund »des sozialistischen Staates mit seinem Recht«. Such sah die theoretische Grundlage darin, dass »im dialektischen und historischen Materialismus die Philosophie und wissenschaftliche Weltanschauung der Arbeiterklasse entstand, die alles in sich aufnahm, was an wissenschaftlichen Ergebnissen und Erfahrungen vor ihr entwickelt war, und deren eine Quelle selbst die deutsche klassische Philosophie ist«. Über »die Partei«, ihre Rolle und ihren Beitrag, verlor er kein Wort; für Such hatte sie offensichtlich keinen Platz in diesem Diskurs. Allein durch seinen Text reklamierte er die Zuständigkeit der Rechtswissenschaft.⁵⁵ So bemerkenswert man die Abhandlungen im Fach empfand, so sehr gerieten sie ihm zum Verhängnis.

Den zerklüfteten Weg des Leipziger Rechtsprofessors Such (1910–1976) prägten die für seine Lebenszeit typischen Herausforderungen und Konflikte. Das juristische Studium hatte er noch in den letzten Weimarer Jahren absolviert; den Fortgang verhinderten bis 1946 wirtschaftliche Nöte und die NS-Zeit. Bald danach konnte er, ohne zweites Staatsexamen und noch unpromoviert, in Leipzig zivilrechtliche Lehraufträge übernehmen. Dann wurde ihm übertragen, einen Lehrstuhl kommissarisch zu verwalten und dabei »neben bürgerlichen behutsam auch sozialistische Vorlesungsinhalte einzuführen«.⁵⁶ Er verband die Kenntnis der rechtswissenschaftlichen Tradition mit der neuen Lehre des Dialektischen Materialismus. – Die NS-Vergangenheit der gesamten Jurisprudenz spießte er 1948 prägnanter auf als die westdeutsche Kollegenschaft. Die Rechtswissenschaft habe vor 1933 den »Zusammenhang zwischen Leben und Recht, zwischen sozialer Wirklichkeit und Gesetz« nicht erkannt.⁵⁷

Der Staats- und Parteiführung war die Bedeutung der Jurisprudenz bewusst, und sie umriss unmissverständlich ihre Auffassung, wie der Einfluss der »bürgerlichen« Staats- und Rechtswissenschaft auszuschalten sei. Auf der richtungsweisenden und den Diskurs der kommenden Jahrzehnte prägenden »Babelsberger Konferenz« von 1958 sprach der Erste Sekretär des ZK der SED, Walter Ulbricht, über die Staatslehre des Marxismus-Leninismus.⁵⁸ Hierbei wurde Heinz Such neben zwei weiteren

55 Die Zitate bei Such 1957: 24, 29, 50.

56 Stiebitz 1999: 17.

57 Such 1948: 62.

58 Zur »Babelsberger Konferenz« vgl. die Darstellung bei Markovitz 2020: 46–52.

Hochschullehrern (Karl Bönninger und Hermann Klenner) »zum Hauptadressaten der Kritik der Partei an der Rechtswissenschaft«. ⁵⁹

Gegen die frei und produktiv denkenden Rechtswissenschaftler des ersten DDR-Jahrzehnts wurden bedrohliche Vorwürfe erhoben, enthalten in internen Ausarbeitungen aus dem Apparat des Zentralkomitees der SED. Sie lauteten: »Verdrängung der Politik durch Recht; Verlassen des Klassenstandpunktes und der Parteilichkeit; ideologischer Wirrwarr; prinzipienloser Liberalismus; Revisionismus; Fehlen einer straffen marxistisch-leninistischen Führung der staats- und rechtswissenschaftlichen Forschungsarbeit; Entstellung der weltbewegenden Bedeutung der Oktober-Revolution«. ⁶⁰ Die Betroffenen wurden namentlich benannt, erlitten Zurücksetzungen und pantierten mit wenigen Ausnahmen zukünftig.

Der erste Mann im Staate hielt eine sorgfältig vorbereitete Grundsatzrede, worin er den Gebrauch bürgerlicher Ideen bei einigen Rechtswissenschaftlern attackierte. Ihm zufolge versuchten sie, »die Lehre von unserem volksdemokratischen Staat mit den alten bürgerlichen Inhalten zu erfüllen [sowie] die Formen der Tätigkeit unseres Staates und auch unseres Rechts mit der bürgerlichen Methode erfassen zu wollen«. ⁶¹ Ein prominenter Teilnehmer schrieb später, die Absicht dieser programmatischen Rede habe sich nicht auf die Entwicklung der Rechtswissenschaft gerichtet, »sondern auf deren Stagnation; sie galt dem Erhalt der vorhandenen, vom Stalinismus affizierten Machtstrukturen und -methoden samt deren ideologischer Legitimation und Konsequenz«. ⁶²

Gerade auch Heinz Such wurde Formalismus, Revisionismus u.a.m. vorgeworfen; er habe weder in seiner Methodik noch in seiner Zivilrechtsanalyse die Lehren über die Diktatur des Proletariats, die Rolle der Staatsmacht und den Standpunkt der SED mit dargestellt. Die Weisung ging dahin, das Recht nicht länger abstrahierend-formal zu interpretieren, sondern unmittelbar in den Dienst der praktischen und ideologischen Ziele zu stellen, wie sie von der Staatsführung vorgegeben waren. Spätestens damit waren der ostdeutschen Jurisprudenz die ihr Denken deformierenden Fesseln angelegt, die bis 1989 hielten.

Such beharrte zunächst noch auf seinen Positionen; nach einem Jahr aber, bei anhaltender Kritik an ihm, trat er den Rückzug an. In einem langen Schreiben an das ZK der SED räumte er sämtliche Vorwürfe ein und bezichtigte sich der Blindheit, Überheblichkeit usw. »Dabei stellte ich die eigene Einschätzung der Arbeit über die der Partei.« ⁶³

59 Stiebitz 1999: 121–123.

60 So wiedergegeben bei Klenner 2005: 295.

61 So W. Ulbricht, zitiert bei Stiebitz 1999: 122.

62 Klenner 2005: 291.

63 Das Schreiben ist abgedruckt bei Dreier u.a. 1996: 282–287.

Zu kurz gegriffen wäre es allerdings, den DDR-internen Diskurs nur von der Seite staatlicher Repression her zu erzählen. Gewiss war dies der dramatisch auffälligste Teil der Geschichte. Aber es verbleiben die Fragen, welche Ideen denn da unterdrückt worden sind und wieviel davon später doch den Durchbruch geschafft haben. Hierzu gibt es einen umfänglichen Literaturbestand, meistens nach 1990 entstanden, den zu durchforsten den Rahmen dieses Buchs überschreiten würde. Auf das eindrucksvolle Konvolut an Forschungsberichten sei also wenigstens hingewiesen.⁶⁴ Das politisch motivierte Pauschalurteil, die DDR sei insgesamt ein ›Unrechtsstaat‹ gewesen, kann den Diskurs in der damaligen Jurisprudenz weder treffen noch die Analyse beeinflussen.

Es gab in der DDR eine ernsthafte Rechtswissenschaft, und in ihr waren intellektuell hochrangige Köpfe am Werk. Ihre Ansätze, eine auf marxistischen Prämissen aufbauende Methodologie zu entwickeln, konnten sich als *eine* der Strömungen in den bundesrepublikanischen Diskurs durchaus einfügen; zumal anfangs der 1970er Jahre, als eine gewisse Bereitschaft dafür bestand. In der DDR aber wurde ihre Entfaltung von der Staatsführung behindert. Da die Ideen in einem dem Ost-West-Konflikt angepassten Sprachkleid daherkamen, stießen sie außerhalb der DDR auf ein verbreitetes Desinteresse. Und wer sie rezipierte, stellte sich an den Rand. In dieser unglückseligen Situation wurde die Chance verpasst, sozialtheoretisches Gedankengut in einer rechtswissenschaftlichen Szene wirksam anzuwenden, die dafür von der ›Staatsräson‹ her offenstehen wollte.

Zu den Methoden der Rechtsauslegung und -anwendung findet sich im DDR-Diskurs nur wenig.⁶⁵ Logische und erkenntnistheoretische Positionen sind der Auffüllung mit Ideologie weit weniger zugänglich als ontologische, wie etwa zum ›Wesen des Rechts‹. Am Beispiel der Abhandlung von Roswitha Svensson (eine juristische Dissertation von 1976, publiziert 1982; die Autorin war dann Professorin an der Akademie der Wissenschaften) sei die Methodenlehre hier dargestellt. Svensson betonte die institutionellen Bindungen jeglicher Normauslegung: durch staatliche Stellen, Partei, Volkskammer und das Oberste Gericht. Daneben gebe es die inoffizielle Auslegung »durch gesellschaftliche Organisationen, wissenschaftliche Einrichtungen, einzelne Wissenschaftler und Staatsfunktionäre«.⁶⁶ Die Auslegungstätigkeit der Rechtswissenschaft spiele zwar in der Rechtspraxis eine große Rolle, müsse aber gründlich geprüft werden. Aus diesen Sätzen sprach ein gewisses Misstrauen gegenüber dem Einfluss der Wissenschaft auf die Gestaltung des Rechts.

64 Vgl. nur die Textsammlung von Dreier u.a. 1996.

65 Schröder 2020: 77–79.

66 Svensson 1982: 23.