

Otto Kahn-Freund studierte erneut und wurde britischer Arbeitsrechtler. Ernst Fraenkel forschte in den USA. Otto Kirchheimer arbeitete für die amerikanische Regierung. Franz Neumann studierte erfolgreich Politikwissenschaft. Hermann Heller starb schon Ende 1933 in Madrid. Dem Konnex zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften nahe blieben Hermann Kantorowicz (gest. 1940) und Hugo Sinzheimer (gest. 1945); ihre einschlägigen Arbeiten wurden erst spät ins Deutsche übersetzt.

Die früheren Schriften der Vertriebenen waren zwar in Deutschland weiterhin greifbar – aber wer hätte sich hier mit ihnen beschäftigen wollen? Der rechtswissenschaftliche Hauptstrom dürfte es zufrieden gewesen sein, auch wenn Stoßseufzer der Erleichterung höflicherweise nicht vernehmbar wurden, sondern als Bekenntnis zum Neuen Staat daherkamen. Wie gern man diese Debatten losgeworden war, zeigte sich indirekt in den überaus abfälligen Bemerkungen gegen einen angeblich jüdischen Charakter bisherigen Rechtsdenkens. So verstummten die Stimmen, die für eine soziologische Anreicherung der juristischen Arbeitsweise plädiert hatten.

Die Soziologie verlor die Mehrzahl ihrer akademischen Fachvertreter und wandelte ihren Inhalt.⁴⁴ Die Folgen würden weit über das Jahr 1945 hinausreichen. Der Exodus der Einzelnen, aus rassistischen oder politischen Gründen, veränderte den Diskurs im Ganzen.

Die NS-Ideologie forderte auch eine Nivellierung und Neuausrichtung des Rechtsdenkens. Anfänglich blieb das Verhältnis zwischen den Fachdisziplinen Rechtswissenschaft und Soziologie so offen und prekär, wie es vorher gewesen war. Obwohl man sich längst voneinander abgewandt hatte, bestand die historisch und sachlich begründete Verkettung weiterhin. Diese äußerte sich zunächst noch in kleinen Ereignissen, die vielleicht nur anekdotischen Wert hatten, und verlor sich dann.

Einige diskursbestimmende Juristen wie Carl Schmitt und Otto Koellreutter ließen sich in Kürschners Gelehrtenkalender von 1935 als ›Soziologe‹ bezeichnen. Von 1933 bis 1935 erlebte die Deutsche Gesellschaft für Soziologie einen rätselhaften Zulauf an Mitgliedern, zumal von Juristen mit Affinität zum NS-Regime. Im Hintergrund stand hier wahrscheinlich »das abstrus anmutende Anliegen von Hans Freyer, die DGS der Akademie für Deutsches Recht einzugliedern«; das Anliegen scheiterte, und die Juristen gaben ihr Engagement auf.⁴⁵ Fünf Jahre später bestanden nur noch zwei Doppelmitgliedschaften zwischen DGS (57 Namen) und der Rechtsakademie.⁴⁶ – Der ›Ausschuss für Rechtsphilosophie‹ in der ›Akademie für Deutsches Recht‹ hätte ein Ort für

44 Über die Wege der deutschsprachigen Soziologie nach 1933 – in der Vertreibung, im Verbleib, beim Mitmachen – berichtet Stephan Moebius 2020: 100–141.

45 Rammstedt 1986: 98. Vgl. a. Rottleuthner 1989: 309 f.

46 Vgl. die (unvollständige) Liste bei Rammstedt 1986: 99–105.

die Diskursfortführung sein können. In einem Brief an die Mitglieder erwähnte Carl August Emge unter den Themen »für die erst zu erarbeitende rechtsphilosophische Grundlage« die »Beziehung von Soziologischem zu Juristischem«, ⁴⁷ Dies scheint nicht gezündet zu haben.

Später hat man bezweifelt, ob das, was nach 1933 in NS-Deutschland als ›Recht‹ praktiziert wurde, überhaupt als Recht verstanden werden könne – oder ob es dies bloß in einem nominellen, vielleicht gar missbräuchlichen Sinne gewesen sei. Ähnliche Debatten sind zur Einordnung der DDR als ›Unrechtsstaat‹ geführt worden. Solche Formeln eines Entweder-Oder belebten den Diskurs, ohne selber schon eine Erkenntnis zu vermitteln, die wohl nur mit einem gradualisierenden Blick und ohne verdammende Emphase zu gewinnen ist.

Während Franz Neumann dem NS-Reich die Rechtsstaatsqualität rundherum absprach, ⁴⁸ beschrieb Ernst Fraenkel bereits in den späten 1930ern das Nebeneinander von normgebunden-rechtsstaatlichem und maßnahmenorientiert-terroristischem Staatshandeln. ⁴⁹ Verwaltungsbehörden und Justiz arbeiteten in den Jahren 1933–1945 weiter, ebenso die Jurisprudenz, und die Fortwirkung der damals entstandenen Literatur für weitere Jahrzehnte bewies ihre (fragwürdige) Lebendigkeit.

Das Verhältnis zwischen Recht und Politik gehört zu den ewig umstrittenen Themen. Nach 1945 befreite sich die deutsche Juristenschaft vom Vorwurf der Kollaboration mit dem Nationalsozialismus, indem sie behauptete und selber glaubte, man habe unpolitisch gedacht, gelehrt und judiziert. Dieses Problem zu klären bleibt Aufgabe der Rechtspolitologie.

An die Stelle von Individualismus und Gleichheit sollten im Nationalsozialismus Volk und Gemeinschaft treten. Ironischerweise hätte nunmehr die Soziologie die Rechtsdogmatik ersetzen müssen; doch blieb die Anrufung der Gemeinschaft eine bloße Worthülse, mit der die Alleingelung eines Führerwillens überdeckt wurde, der nicht nur ganze Bevölkerungsteile schon jetzt vertrieb und später auch tötete, sondern auch die physische Existenz der Gesamtbevölkerung im kommenden Krieg aufs Spiel setzte. Der braunen Jungintelligenz mochten die (selbst-) mörderischen Konsequenzen nicht immer bewusst sein (obwohl sie bereits geschrieben standen); es hemmte ihre begeisterte Aufbruchsstimmung nicht.

Gerade weil keine typisch nationalsozialistische Rechtsmethodologie entwickelt wurde, konnten die alten Kontroversen um Freirecht,

47 Vgl. Wildenauer 2023: 187.

48 Kritisch dazu Meierhenrich 2018: 27–53.

49 Die Erfassung seines Buchs ›Der Doppelstaat‹ schrieb er bereits zwischen 1936 und 1938, als die einzige damals innerhalb von Deutschland entstandene empirisch gestützte und theoretisch argumentierte Analyse zur nationalsozialistischen Herrschaft. Vgl. Brünneck 2000: 29 f.

Begriffs- vs. soziologische Jurisprudenz usw. als obsolet behandelt werden, weil ja eben alles neu gemacht wurde und in der großen Einheit von Volk und Gemeinschaft aufging. Gestritten wurde gleichwohl, nur aus meist taktisch-karrieristischen Motiven und um die bessere Übereinstimmung mit der (durchaus unklaren) nationalsozialistischen Doktrin.

Seit Mitte der 1930er Jahre, also bereits vor dem alles ändernden Krieg, ließen die Bemühungen um eine eigenständige, neue und NS-orientierte Rechtswissenschaft nach, ohne dass das Ziel explizit aufgegeben worden wäre. Die Akteure fügten sich schrittweise in den (allerdings zeitgemäß veränderten) Traditionsstrom der juristischen Argumentation und Rechtsdogmatik wieder ein (was sie nach 1945 die Entnazifizierung glimpflich überstehen ließ und ihre Weiterbeschäftigung gesichert hat). Ein soziologisch instruiertes Rechtsdenken erlebte allerdings noch lange keine Renaissance. Offenbar gelang es dem juristischen Methodenkanon noch immer, von außen kommende Reformversuche jeglicher politischer Provenienz abzuwehren und die Fachgemeinschaft beieinander zu halten.

Das NS-Regime steuerte planvoll auf den Krieg zu und eröffnete ihn. Das rechtstheoretische Denken, das den anfänglichen Schwung einer nationalsozialistischen Begeisterung schon weitgehend eingebüßt hatte, kam jetzt tatsächlich zum Stillstand; nur die Not wurde noch verwaltet. Der Zusammenbruch 1945 brauchte Jahre, um als Befreiung begriffen zu werden. Das 1940er Jahrzehnt hat die Idee des Sozialen in den Hintergrund gedrängt: Ein gesellschaftlich erzeugtes Recht – sei es legislativ gesetzt oder außerinstitutionell entstanden – geriet unter den Schirm überpositiver, also philosophisch-weltanschaulich begründeter Werte, prononciert auch bei Gustav Radbruch. Diese Schleife in dem von Max Weber beschriebenen Rationalisierungspfad im Recht, der erst lange nach Gründung der westdeutschen Bundesrepublik wieder betreten wurde, gehört zu den Nachwirkungen der nationalsozialistischen Ära.

Welche Konsequenzen der nationalsozialistische Umsturz für das Rechtsdenken der Bundesrepublik gehabt hat, ist immer noch schwer zu entscheiden. Durch die personelle Kontinuität ergab sich eine intellektuelle Fortsetzung, die zumindest im Einzelfall gut zu belegen ist. So hat Heinrich Lange nach Wiedererlangung einer Professur in Bezug auf die Zivilrechtsmethode und -dogmatik »auf entscheidenden Feldern dieser Arbeitsbereiche die Ansätze weiterverfolgt, die er bereits vor 1945 formuliert hatte«.⁵⁰ Ob die dergestalt durchgehaltenen Ansätze »typisch nationalsozialistisch« waren, muss nicht entschieden werden, waren sie doch im Geiste des NS-Regimes entstanden. Inwieweit nun die Kontinuierungskräfte das Verdrängen und das Annihilieren der Soziologie im Methodendiskurs auch weiterhin bewirkten, wird im Folgenden untersucht.

50 Wolf 1998: 89 f.

DISKURSPHASEN IN DER BUNDESREPUBLIK

Kap. 9

Die Kargheit der frühen Bundesrepublik

Spätestens nach dem Interregnum der Besatzungszeit und unter dem Schutzschild untadeliger Politiker wie Konrad Adenauer und Kurt Schumacher waren fast sämtliche Altkräfte wieder da: auf den juristischen Lehrstühlen sowie in den Ministerien, Gerichten, Behörden und Anwaltskanzleien. Im Erfolgsgefühl des gelingenden Wiederaufbaus erlebte man glückliche Jahre – trotz erlittener Verluste. Im selben Tempo und mit fast identischem Personal, mit dem der Nationalsozialismus den Rechtsstaat zerstört hatte, wurde nunmehr aus den Trümmern das Paradox eines fortbestehenden Deutschen Reichs erschaffen, in den engen Grenzen der Bundesrepublik von 1949.

Die antizivilisatorischen Erfahrungen der NS-Diktatur haben die Wiederbelebung der Rechtsstaatlichkeit nach dem ›Zusammenbruch‹ durchaus mitgeprägt, und daran soll hier angeknüpft werden. Die Denk- und Diskurssituation ähnelte einem Erwachen aus der Ohnmacht, herbeigeführt durch einen kräftigen Schock. Mit dem spektakulären Abgang der Führungsspitze und dem Augenöffnen gegenüber den grauenhaften Verbrechen hatte die blinde Fügsamkeit geendet, eigentlich aber mit der Erfahrung von Kriegsniederlage und Zerstörung des Landes. Der Diskurs um das Soziale im Rechtsdenken lag indessen für weitere Jahrzehnte darnieder, nachdem in Deutschland seit 1933 alle Wissenschaften reglementiert gewesen waren. Nach der Befreiung 1945 führte das Erschrecken über das Mitläufertum so vieler Juristen dazu, das Naturrecht wiederzubeleben. Bevor metatheoretische Fragen wie die nach der Methodik zum Zuge kommen konnten, waren Grundfragen zu beantworten: Welches Recht gilt überhaupt? Wo müssen Gesetze unwirksam bleiben?

Das Schweigen

Die intellektuellen Imperative der jungen Bundesrepublik stimmten sich ein auf die entsetzlichen Ereignisse und das Versagen der meisten Gebildeten. Die Selbstreinigung vollzog sich auf sehr verschiedene Weise, oftmals mit Stillhalten. Beim ersten Zusammentreffen der exklusiven Staatsrechtslehrervereinigung nach dem Kriege am 21. Oktober 1949 wurden die zurückliegenden Jahre des NS-Regimes einfach übersprungen.

Der Bonner Staatsrechtsprofessor und spätere Bundesverfassungsrichter Ernst Friesenhahn berichtete von dem Treffen, dem ersten seit 1932: Nach den einleitenden Worten des Seniormitglieds wurden zwei Referate zu speziellen Grundrechtsthemen gehalten und diskutiert. »Die zwölf Jahre, in denen Macht vor Recht gegangen war und von einer Verfassung im Sinne einer echten Ordnung nicht gesprochen werden konnte, waren wie ausgewischt. Die wenig ruhmvolle Haltung der Staatsrechtswissenschaft in jenen Jahren – unsere Schuld? – wurde mit Stillschweigen übergangen [...]. Wahrlich ein gespenstischer Vorgang!«¹

Ein dergestalt schreiendes Schweigen befremdete nicht erst heute – *cum tacent, clamant* (Cicero). Es verwies auch auf die Heftigkeit der beteiligten Berufsinteressen in einer sonst nie um Worte verlegenen Profession. Der nahezu einzige Juristenordinarius, der seine Stelle (nach maximal einigen Wartejahren) nicht zurückerhalten hatte, war Carl Schmitt. Wie er seine Situation – für vier Jahrzehnte als scheinbarer Einsiedler im südwestfälischen Plettenberg – gestaltete, wurde zum Sinnbild für widerständiges Durchhaltevermögen.

»Ich suche für mich und mein Volk die Freisprechung vom Verbrechen«, schrieb er im April 1949.² Martin Heidegger hatte 1946 mitgeteilt: »Vielleicht verlangt dann die Sprache weit weniger das überstürzte Aussprechen als vielmehr das rechte Schweigen.« Gedruckt wurde das erst 1967.³

Mit der Strategie »einer elaborierten Abwehr von Schuldvorwürfen«⁴ blieb auch die Erinnerung an die vertriebenen Gelehrten und ihre Werke unter Verschluss. Von zurückkehrenden Emigranten wurden Belehrungen befürchtet, die »Entnazifizierung« wurde ironisiert, demokratisch-rechtsstaatliche Botschaften wurden mit Amerika-Skepsis relativiert – nicht nur bei den Rechts-Intellektuellen. So mancher hatte seine demokratische Wende erst an der Oberfläche vollzogen. Bei der »Vergangenheitsbewältigung« stand Überwindung vor Lernen und Änderung, zumal bei den weiter im Amt befindlichen Eliten.

Das Schweigen, mit dem die Rechtswissenschaft ihre NS-affinen Publikationen und Aktionen aus der NS-Zeit übergang, ist nicht nur individual-moralisch zu werten (negativ als »Unaufrichtigkeit«, »Täuschung«, »Lügen«) und auch nicht bloß handlungsstrategisch zu verstehen (als notwendige Anpassung an neue Arbeitsbedingungen). Vor allem entsprach es einem gesellschaftlichen Konsens, alles NS-Nahe zu tabuisieren und lastende Erinnerungen zu vermeiden. Es scheint, »dass etwas auf sich

1 Friesenhahn 1950: 6 f.

2 Schmitt 1991: 229.

3 Vgl. van Laak 1993: 88.

4 Van Laak 2002: 427.

beruhen gelassen wurde, weil es nicht lösbar schien, ohne energiebildende Emotionen auszulösen«. ⁵ Der Verzicht auf Fremd- und Selbstvorwürfe schuf ein Klima äußerlicher Gelassenheit (à la ›den Blick nach vorne richten‹) bei innerem Aufgewühltsein über das Geschehene und Verlorene. Man hat vermutet, dass diese gespannte Ruhe an der Moralfront es mitermöglicht hat, eine neue politische Haltung herauszubilden, nämlich das Bekenntnis zur Bundesrepublik im Rahmen des Grundgesetzes.

Damit ist allerdings noch nicht erklärt, warum die Erinnerung an Weimarer Zeiten – für uns: an das dort erreichte Niveau der Methodenreform – gleich mitentsorgt worden ist. Positiv könnte es eine Ideologie des ›Neubeginns‹ gewesen sein, mit dem das Ältere beiseitegeschoben wurde. Dann aber hätten die früheren Theoreme und Literaturen gänzlich vergessen werden müssen, was keineswegs geschah. Eher war es eine Sicht auf Weimar als ›Vorkatastrophenzeit‹ sowie der latent wirkende Antisemitismus, die das Vergessen rechtstheoretischer Errungenschaften verschuldet haben.

Dem juristischen Institutionengerüst der frühen Bundesrepublik machte ein Legitimitätsdefizit zu schaffen. Das NS-Regime hatte den gesamten Rechtsbetrieb korrumpiert. Indem es die Professoren, Richter und Verwalter hatte weiter amtieren lassen, war ein immer unbedenklischeres Mitmachen erkaufte worden. Nach 1945 wurde die kollektive Mitläuferschaft einer ganzen Profession juristisch aufgefangen: Der Artikel 131 des Grundgesetzes, die überaus enge Auslegung der Strafbestimmungen über Täterschaft und Teilnahme, die Verjährung, eine Aversion gegen Ermittlung und Anklageerhebung, die Freisprüche bei den wenigen Strafverfahren usw. hatten die Juristen des Dritten Reichs von der Verantwortung kollektiv freigestellt.

In dieser Situation existenzieller Verunsicherung vermied das juristische Denken riskante Argumentationen und ließ sich nicht auf wissenschaftliche Abenteuer ein. Mehr Sicherheit boten klassische Diskurslinien, etwa der Gegensatz zwischen Kodifikations- und Naturrecht, Positivismus vs. Wertorientierung. Die Rückbesinnung auf Theoreme aus dem 19. Jahrhundert reparierte die angesägte eigene Legitimität mit der Stabilität des Althergebrachten. Im Ergebnis brauchte man sich weder mit den eigenen Verfehlungen aus jüngster Zeit noch mit den Diskussionsfronten aus der Weimarer Republik und davor abzugeben.

Die Soziologie blieb vergessen

So dauerte die nationalsozialistisch verursachte Negation für den Austausch zwischen Jurisprudenz und Soziologie länger als die zwölf Drittreichsjahre. Das verantwortete nicht nur die personelle Kontinuität in

5 So van Laak 1993: 130.

der Rechtstheorie, sondern auch das Unbequeme der Herausforderung, mit der die sozialwissenschaftliche Perspektive einem geläufig gewordenen Denkstil, zumal der dogmatischen Arbeitsweise entgegenzutreten pflegt. Alles, was nach Politik roch, stand jetzt im Verdacht, das Recht vielleicht zu missbrauchen. So hatte es die juristische Profession im Nationalsozialismus erfahren müssen, so glaubte man es selbstentschuldigend. Die Idee des Sozialen hätte die strikte Abgrenzung aufgeweicht, denn sie enthält auch den Machtaspekt und analysiert ihn. Das Recht, wiewohl zugeständenermaßen politisch gesetzt, sollte frei von Politik verwirklicht werden. Man trennte also die Kompetenzbereiche, sodass die Rechtswissenschaft sich unpolitisch geben konnte; weder die Politikwissenschaft, die sich gerade konstituierte, noch die Soziologie schritten hiergegen ein.

Als weiteres Widerstandsmoment fungierte eine hergebrachte Aversion gegenüber ›modernen‹ Denkströmungen, die als anglo-amerikanisch wahrgenommen wurden. Die methodologischen Unterschiede zwischen den Stilen des *Common-law* und des kontinentalen Rechts waren den Rechtsgelehrten bereits seit dem Jahrhundertanfang vertraut. Im Zuge der *Re-education* und Demokratisierung der politischen Kultur in Deutschland war jene Aversion erneut relevant geworden, konnte sich aber nur indirekt artikulieren, wenn man nicht der Gestrigkeit verächtigt werden wollte. So verabredete die Schmitt-Fraktion unter den Staatsrechtlern intern, den Einfluss der (stark von USA-Remigranten betriebenen) Politikwissenschaft auf die Verfassungsdiskussion zurückzudrängen.⁶ Ein ›Antikommunismus‹, der sich gegen die totalitären Systeme der Nachkriegsordnung in Ostmitteleuropa richtete, enthub das politische Bewusstsein der Last, sich mit den eigenen Verstrickungen in den Nationalsozialismus auseinanderzusetzen. Viele der nach 1933 aus dem Diskurs entfernten Autoren verblieben zunächst im Abseits.

Die Staatsrechtslehre schloss den bereits in Weimar erreichten Stand einer Soziologisierung der Verfassungsauslegung auch aus politischen Gründen aus; das betrieben Nationalkonservative gegen Sozialisten. Es hatte sich um 1950 ein kleines Denkkollektiv gebildet, das sich als ›links‹ verstand und auch so wahrgenommen wurde. Dazu gehörten Wolfgang Abendroth als Führungsfigur sowie Helmut Ridder, Martin Drath und Hermann L. Brill; sie mochten der SPD angehören und standen keineswegs im volksdemokratischen Lager. Die kleine Gruppe kooperierte untereinander eng und verfolgte das Ziel, mehrere Mitglieder im Bundesverfassungsgericht zu platzieren. Das gelang nur für Drath und auch nur für eine Amtszeit. Später positionierte man sich in den großen Streitfragen wie dem Verbot der KPD, der Notstandsverfassung sowie dem Verbot der VVN. In der Standesorganisation, der Vereinigung der

6 Vgl. Günther 2004: 133.

Staatsrechtslehrer, geriet die Gruppe ins Abseits, woraufhin sie das Interesse an der Mitarbeit verlor. Diese Sezessionierung war mitverantwortlich dafür, dass eine Rezeption Hermann Hellers lange unterblieb. Alles, was mit ›sozial‹ assoziiert wurde, unterlag der semantischen Gleichsetzung mit ›sozialistisch-kommunistisch-bolschewistisch‹. Hier wirkte die NS-Propaganda nach, und der Kalte Krieg tat ein Übriges. Die Majorität der Rechtsgelehrten, die von den ›Linken‹ nichts wissen wollte und sie zu einer Gefahr erklärte, wurde nicht einmal als ›rechts‹ verstanden, sondern einfach als ›richtige Juristen‹.

Ernst Forsthoff, der damals tonangebende Verwaltungsrechtler, konnte 1954 über Wolfgang Abendroth sagen: »Er ist ein jugendbewegter Phantast und in keinem Sinne ein Jurist.«⁷

Als Fixsterne juristischen Denkens erstrahlten ›Staat‹ und ›Ordnung‹; um sie kreisten die Debatten, mit durchaus unterschiedlicher Tendenz. Die Orientierung am Staat konkurrierte mit derjenigen an pluralistischer Gesellschaft, und das Interesse an Ordnung vertrug sich nur schwer mit der Lebendigkeit sozialer Konflikte. Statt der Soziologie rezipierten die Diskursteilnehmer Wertphilosophie und klassische Rechtsmethodik. So vermochten sie das allmähliche Zurückweichen des Etatismus zu verzögern.

Auch wenn damals die Wiedergewinnung der Rechtsstaatlichkeit die juristischen Diskurse dominierte, wurden in einigen Nischen methodologische Fragen diskutiert. Die hier angesprochenen Themen – Positivismus, Topik, Wertsystem, Politisierung, Pluralismus, Praxisbezug, anglo-amerikanischer Argumentationsstil u.a. – klammerten jeden expliziten Rekurs auf die Sozialwissenschaften aus, obwohl diese im Hintergrund bereitstanden. Die Positionen von Hermann Kantorowicz, Hermann Heller und anderen aus vernationalsozialistischen Zeiten blieben vorerst vergessen. Nicht einmal das in der Smend-Schule angekündigte Ende der Entgegensetzung von Norm und Wirklichkeit hatte die empirischen Sozialwissenschaften herbeizurufen vermocht.

Die Verwandlung des Franz Wieacker

Für das Diskursklima der frühen Bundesrepublik stehe hier der damals allseits gerühmte Franz Wieacker (1908-1994), der als Rechtshistoriker zwar nicht zum Kernpersonal des Methodendiskurses zur Soziologie im Recht gehörte, aber seinen Forschungsgegenstand als Geschichte der Verwissenschaftlichung des Rechts begriff und damit auf die Entwicklung der juristischen Methodik zielte. Wie schon bei Max Rumpf richtete

7 In einem Brief an Carl Schmitt, zitiert bei Günther 2004: 96. Wie nachsichtig-einfühlsam das auch klang, drückte es doch eine scharfe Exklusion aus.

sich auch Wieacker in der jeweiligen historisch-politischen Situation ein. Die Nachgeborenen, sofern sie das intellektuelle Werk bewunderten, übten hier Nachsicht. Der niederländische Rechtshistoriker Laurens Winkel, dessen Vater in Auschwitz ermordet worden war, wollte Wieackers »Aufbruch in die falsche Richtung« aus der Atmosphäre der 1930er Jahre »sowohl verstehen als auch bis zu einem gewissen Grade verzeihen«.⁸ Der zeitliche Abstand und Wieackers Selbstkritik, erst vier Jahrzehnte »danach«, hatten das ermöglicht. Synchron kam Wieacker auch zu einer Berücksichtigung der Soziologie, die in den 1930ern bei ihm gar nicht, 1952 kaum und danach zunehmend rezipiert worden ist.

Wieackers Karriere hatte früh begonnen. Der für die frühe Bundesrepublik maßstabsetzende Rechtshistoriker hatte seit 1935 für zwei Jahre der nachmals als nationalsozialistische »Stoßtrupp-Fakultät« berüchtigten Gruppe junger Rechtslehrer in Kiel angehört; seine politische Zuverlässigkeit hatte er mit Schriften zur Eigentumsverfassung sowie in der von Carl Schmitt geleiteten Deutschen Juristen-Zeitung nachgewiesen.⁹

Abschießend, bereits mit 29 Jahren, erhielt Wieacker eine planmäßige ao. Professor in Leipzig und veröffentlichte einen umfangreichen Grundriss des Sachenrechts, im Rahmen der von der Kieler Truppe herausgegebenen Lehrbuchreihe. Seine rechtshistorischen Kenntnisse brachte er ein, Max Webers Wirtschaftsgeschichte gehörte zu den Leseempfehlungen. Das Buch folgte den Stilvorgaben, wie sie schon bei Heinrich Lange begegneten, »das Recht des Bodens nicht mehr nach den systematischen Einteilungsgesichtspunkten des bürgerlichen Sachenrechts, sondern nach seinem stofflichen Zusammenhang darzustellen«. Was nach materialistischer Theorie klang, meinte aber bloß »den Zusammenhang der natürlichen Sachverhalte« und »den umfassenden volkspolitischen Ordnungsplan«, also den Geist »des Neuen Reichs«.¹⁰ Wo er die bis dahin führenden Lehrbücher, geschrieben von jüdischen Autoren, hätte erwähnen müssen (Martin Wolff z.B.), wurde ziemlich unpassend auf Kommentarliteratur verwiesen. Das von Carl Schmitt formulierte Zitierverbot war hier konsequent befolgt.

Wenn sich der Blick auf eine sozialwissenschaftliche Dimension öffnete, blieb es bei der Beschwörung ns-ideologischer Formeln. Beispielsweise war für ihn das Bodenrecht »in erster Linie ein Bestandteil der lebenden Verfassung« – und die wäre doch wohl in empirischer Sozialforschung zu ermitteln gewesen –, aber für Wieacker ging es dann doch nur um den völkischen Raum, um gesamtvölkische Lebensvorgänge und die Volksgemeinschaft. Das »Lebende« erschöpfte sich in Ideologie.¹¹

8 Winkel 2010: 214 f.

9 Vgl. Winkler 2014: 264–270.

10 Wieacker 1938: 5 f.

11 Wieacker 1938: 10; noch expliziter: 26.

In einer kleinen Abhandlung über Rudolf von Jhering von 1942, die kaum noch nationalsozialistische Töne enthielt, äußerte er sich auch über die Methodenfrage, wobei er den ›Naturalismus‹ kritisierte – womit er sich auch gegen die Berücksichtigung des Sozialen wandte. Er wolle »kausale Ursachen und empirische Zwecke des Rechts gewiss nicht leugnen, [könne] aber absolute Leitwerte darin nicht finden und sie somit ohne methodischen Fehler aus dem oberen Begriff des Rechts und der Gerechtigkeit ausscheiden«. ¹²

Angekommen in der jungen Bundesrepublik und mit der 1935 als Ausbildungsfach eingeführten Privatrechtsgeschichte im Gepäck, sagte Wieacker, wie er diese Forschung betreibe: nicht als Institutionengeschichte, nicht als Rechtsquellengeschichte und auch nicht als Juristengeschichte, sondern »als Geschichte des Rechtsdenkens und seiner Wirkungen auf die Wirklichkeit der modernen Gesellschaft«. ¹³ Für unser Thema ließ das aufhorchen. Doch mit seinem Vorgehen, die Rechtsgeschichte als Geschichte der *Rechtswissenschaft* zu betreiben, schottete er die Methodik des juristischen Denkens gegen den gesellschaftlichen Kontext ab.

Der Geist der Zeit um 1950 drückte sich in der Verachtung aus, die Wieacker den von ihm als ›juristischer Naturalismus‹ betitelten Denkweisen entgegenbrachte, welche »das Recht als bloße Wirklichkeit, die Rechtswissenschaft demzufolge als Wirklichkeitswissenschaft und als ihre Methode die kausal erklärende bestimmen«. Juristische Vertreter eines so zugespitzten Zerrbildes wurden nicht benannt – es gab sie auch nicht –, wohl aber führte Wieacker einige Kollegen an, die sich in der NS-Zeit in der Richtung positioniert hatten, wie Hans Welzel und Walther Schönfeld. ¹⁴ Das *democracy washing* der eigenen Person nahm hier merkwürdige Formen an. Die offen rassistische Grundlage des Neuen (nationalsozialistischen) Rechts wurde schweigend übergangen, obwohl deren Biologismus als massivstes Beispiel einer ›Naturalisierung‹ erscheinen musste. ¹⁵ Von seinen eigenen Arbeiten vor 1945 erwähnte Wieacker nur die Schriften zu Jhering. Für das Rechtsgewand des nationalsozialistischen Terrors machte er den Naturalismus verantwortlich, landete auch einen verstohlenen Seitenhieb auf Carl Schmitt und dessen ›Nomos der Erde‹ von 1950. ¹⁶ Diese argumentativen Winkelzüge fielen den Zeitgenossen nicht auf; der Autor wurde mit Anerkennung, Einladungen, Festschriften u. dgl. überhäuft und erst nach seinem Tode vom Sockel geholt.

12 Wieacker 1942: 70; zum ›Naturalismus‹ vgl. a. Wieacker 1976: 558–586.

13 Wieacker 1952: 8.

14 Wieacker 1952: 332 f.; vgl. a. 1967: 563.

15 Anders dann später, als er von der »materialistisch-biologischen Rechtsideologie des Dritten Reichs« sprach; Wieacker 1965: 8.

16 Wieacker 1952: 345.

Den Umschlag in einen »juristischen Naturalismus« lastete Wieacker seinem großen Vorläufer in der Romanistik, R. v. Jhering, an. Mit ihm beginne »die kritische Selbstzerstörung der Begriffsjurisprudenz durch die Enthüllung der Unwirklichkeit ihrer Anschauungsbilder«. Wie wahr! Aber Wieacker befürchtete, dass man »nun auf Surrogate der Rechtsidee ausgeht [...] damit wird durch Preisgabe der Gerechtigkeitsvorstellung die Bestimmung der Inhalte des Rechts der Willkür der kämpfenden und streitenden Interessen ausgeliefert«. Hier sprach die Erfahrung des gerade überwundenen NS-Terrors. Wieacker irrte allerdings mit der unausgesprochenen Unterstellung, der Jheringsche »Zweck« hätte die nationalsozialistischen »Mittel« heiligen können. Er stellte es in »Jherings Verantwortung, diese Revolution der europäischen Rechtskultur ohne klares Bewusstsein von ihrer Tragweite eingeleitet zu haben«. ¹⁷ Das waren starke Worte und ein beinahe ungeheuerlicher Vorwurf, und der sie sprach, fasste sich nicht an die eigene Nase.

Immerhin hat Wieacker sich zu einem glaubhaften und durchargumentierten Eingeständnis aufgerafft, als er sich seine Eigentums-Schrift von 1936 vier Jahrzehnte später erneut und selbstkritisch vorknöpfte. Im Rückblick charakterisierte er seinen damaligen Standpunkt als sozialistisch (»wennschon nicht staatssozialistisch«). Das Eigentum habe er »unzulässigerweise relativiert, seine Legitimation aus der vergesellschaftlichten Individualsphäre in die *fonction sociale* selbst verlegt«. Der nun ältere Autor zog sich also auf die Linie der Rechtstheorie zurück, beanspruchte hierfür aber auch »die (auf dem Boden der empirischen Soziologie erwachsene) »Systemtheorie« ¹⁸ – eine kaum haltbare Referenz, zumal unter völligem Verzicht auf eine Angabe sozialwissenschaftlicher Literatur. Die Soziologie taugte also für einen selbst ausgestellten Persilschein. Davon einmal abgesehen war Wieackers später Rückblick in seiner Explizitheit und Detaillierung eine seltene und erfrischende Distanzierung von der frühen Begeisterung für das nationalsozialistische Neue Recht.

Für Wieacker war »ein Wissen vom rechtlichen Sollen des Menschen ohne Kenntnis des menschlichen Seins, d.h. ohne eine juristische Anthropologie, nicht möglich«. Wie eine juristische (!) Anthropologie auszu-sehen hätte, sagte Wieacker nicht, verwarf aber jeden Versuch, »Wirklichkeitsbedingungen des »geltenden« Rechts (z.B. sogenannte »konkrete Lebensordnungen« [...] schon für Recht auszugeben«. ¹⁹ Wohlweislich vermied es der Autor an dieser Stelle, das »konkrete Ordnungsdenken«, welches bis vor kurzem noch herrschende Linie gewesen war, oder gar den Namen Carl Schmitt zu erwähnen.

17 Wieacker 1952 266 f.; vgl. a. 1967: 451–453.

18 Wieacker 1976: 842, 844, 849.

19 Wieacker 1952: 338.

In einem kurzen Absatz zur Rechtssoziologie fielen Wieacker nur Weber und Ehrlich ein. Vielversprechend hieß es, die Rechtssoziologie müsse »das methodische Zentrum der wirklichkeitswissenschaftlichen Vorklärung der Bedingungen des Rechts« sein und dann auch »die Rechtsgeschichte in sich aufnehmen«. ²⁰ Ein kryptischer Satz, zumal mit den drei Genitiven und zwei Vorbehalten (›Vorklärung‹ sowie ›Bedingungen‹), dessen Verheißung der Autor selber ob seiner Soziologieskepsis nicht einlösen mochte.

Zur Anknüpfung an das Römische Recht im Spätmittelalter erläuterte Wieacker die Voraussetzungen der Rezeption. Tragendes Element sei ihm »hier das voll integrierte Rechtsbewusstsein einer traditionellen Gesellschaft, dem er, vielleicht etwas zögernd, den höheren Wert gegenüber einer fachjuristischen Verwaltung des Rechts zusprach. ²¹ Das führt zu weiteren Überlegungen. Wenn denn das gesellschaftliche Rechtsbewusstsein einer fachjuristischen Interpretation ebenbürtig oder sogar übergeordnet war, dann öffnete sich eine vordogmatische und empirisch festzustellende Quelle für Rechtsurteile. Aus der Lebenswirklichkeit und dem ihr entsprechenden Rechtsbewusstsein bildeten sich im Zuge einer Verwissenschaftlichung und Rationalisierung neue Praktiken heraus, die jetzt von Fachjuristen gehandhabt wurden. Max Webers soziologische Rechtshistorie, auf die Wieacker sich bezog, hatte ebenfalls auf diese Art argumentiert. ²² Differenzierungstheoretisch gesehen bildete sich jetzt (erst) der normative Charakter des Rechts vollends aus und trennte sich von den empirisch vorfindlichen Lebensverhältnissen.

Wieackers große Erzählung zur Verwissenschaftlichung des Rechts verschob den juristischen Denkgegenstand von den Norminhalten zur akademischen Rekonstruktion und Systematisierung des Bestandes. Nach dieser Erzählung verwandelten sich die Wissens- und Handlungsformen des Rechts in den Händen seiner Interpreten. Als man dieser Rahmung innegeworden war, erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, begann die Debatte um die ›Begriffsjurisprudenz‹ – ein unpräzises Konzept, dessen Mängel erst neuerdings herausgestellt werden. Das Rechtsleben hatte sich ›verwissenschaftlichen‹ müssen, als Jahrhunderte nach dem Untergang des römischen Reichs dessen Recht in Deutschland rezipiert und den andersartigen Verhältnissen angepasst wurde; lasen doch nunmehr studierte Juristen die auffindbaren Fragmente des römischen Rechts und schufen daraus das ›Gemeine Recht‹. ²³

20 Wieacker 1952: 340. Vgl. a. dens. 1967: 573.

21 Dilcher 2010: 235.

22 Wieacker entnahm seinen Begriff der Rationalisierung bei Weber, wiewohl er ihn kaum zitierte. Vgl. für einen Versuch, die Herkunft von Weber nachzuweisen, bei Dilcher 2010: 240–250.

23 Vgl. dazu bei Wieacker 1967: §§ 6 bis 8.

Dieser Gedanke der Verwissenschaftlichung mochte bereits Hermann Kantorowicz bewegt haben, als er 1910 die Rechtswissenschaftsgeschichte als Lehr- und Forschungsfach einforderte. Sowohl die Methodologie als auch die Geschichte der Wissenschaft sei »nahezu gänzlich aus dem Lehrstoff ausgetilgt: in ganz Deutschland hat heute der Student der Rechtswissenschaft keine Gelegenheit, über die Geschichte seiner Wissenschaft eine Vorlesung zu hören. Die Folge dieses kulturlosen Verfahrens ist, dass jede Juristengeneration die alten Fehler immer wieder neu begeht und sie von neuem überwinden muss.«²⁴ Von seiner Freiburger Fakultät war das arg fehlverstanden worden, als sie seiner Professur die unbeholfene Denomination »juristische Hilfswissenschaften« anheftete.

Seine »Privatrechtsgeschichte der Neuzeit« hat Wieacker 1967 neu bearbeitet, wobei er sie Satz für Satz durchging und stark erweiterte. Das Buch wurde zum vielzitierten Klassiker; die Entwicklungen in den neuralgischen Phasen nach 1919 und 1933 ließ man beiseite. Die »Privatrechtsgeschichte« schrieb Wieacker »zugleich als Bewältigungsbuch«; mit der Vergangenheit wurde zugleich das Gewissen erforscht. Die Verheerungen der jüngsten Vergangenheit versuchte er im Konzept des »verantwortungsvollen Juristen« zu heilen.²⁵ Mit dem ethischen Appell verfehlte er freilich die Chance, mithilfe der Idee vom Sozialen die Gefährdungen der Rechtsidee zu neutralisieren.

Nur scheinbar änderte sich diese Haltung in einem kurz nach dem Erscheinen der »Privatrechtsgeschichte« gehaltenen Vortrag, im Dezember 1952 bei der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe (schon damals das vielleicht wichtigste Forum für eine praxisrelevante Rechtswissenschaft). Die Abhandlung entfaltete ihre Diskurswirksamkeit allerdings erst in der nächsten Phase um 1970. Das animierende Thema lautete: »Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft«.

Der Begriff »Sozialmodell« war damals ungebräuchlich, mithin eines von Wieackers zahlreichen stilistischen Kunststücken mit Anregungskraft. Auch wenn der Begriff nicht aus den Sozialwissenschaften kam, verwies er doch auf sie. Heute begegnet er öfter in sozialpolitischen Kontexten. Allgemein und in anderen Zusammenhängen bezieht sich der Begriff auf etwas Geordnetes oder Vorbildhaftes. In all diesen Verwendungen besitzt das Konzept eine normative, positiv bewertende Note. Wieacker erläuterte seine Überschrift schillernd mit »Wirklichkeitsbedingung«, »soziale Anthropologie« und »materiale Sozialethik«.²⁶ Das klang beschreibend und eignete sich für eine erklärend-verstehende Analyse.

24 Kantorowicz 1911 a: 298.

25 Rückert 1995: 560 f.

26 Wieacker 1953: 3.

Nach einigen ideengeschichtlichen Ausführungen kam er auf das Gesellschaftsbild der Gesetzbücher zu sprechen, also welche Art von Sozialstruktur vorausgesetzt und gewünscht wird. Dazu konstatierte er, das Sozialmodell des BGB wie anderer westeuropäischer Kodifikationen beruhe »auf der Usurpation einer einzigen Klasse der Wirtschaftsgesellschaft; es machte das ›besitzende Bürgertum‹ zum vornehmlichen Repräsentanten der nationalen Rechtsordnungen und konnte dies notwendig nur auf Kosten anderer Klassen und Berufsstände tun«. Da »die formalen Ideale der bürgerlichen Rechtsordnung genau auf die Erfordernisse der expansiven, unternehmungsfreudigen und kapitalstarken Pioniere der industriellen Revolution zugeschnitten waren, ist damit schon gesagt, dass diese Ideale auf Kosten der Klassen durchgesetzt wurden, deren Lebensbedingungen sie nicht entsprachen«. ²⁷ Dieser Befund wurde von den Zeitgenossen so hingenommen und später oft zustimmend zitiert.

Es handelte sich nicht um *obiter dicta*; vielmehr lieferte Wieacker Begründungen für die einzelnen Klassen – Hochadel, Großgrundbesitz, Bauern, Handwerk, Lohnarbeiter –, erwähnte beispielsweise die Vertragsfreiheit in Gestalt der ›Freiheit‹ des individuellen Arbeitsvertrages – »eine Freiheit zur Unterwerfung unter größere wirtschaftliche Macht« –, »die den Missbrauch der Lohnarbeit durch den Früh- und Hochkapitalismus ermöglichte«. ²⁸ Hier hätte Wieacker auch die soziologisch argumentierenden Arbeitsrechtler der Weimarer Zeit zitieren können, von Sinzheimer bis Kahn-Freund, von denen er in seinem Jurastudium gehört haben könnte. Doch dieses Gedächtnis war ausgelöscht worden.

Im Weiteren legte Wieacker dar, dass seit 1900 dem gerade in Kraft getretenen BGB von der Ziviljurisprudenz ein neues Sozialmodell unterlegt worden sei. Die formale Freiheitsethik sei von einer materialen Ethik sozialer Verantwortung abgelöst worden. Dies zeigte er an den zahlreichen Veränderungen des Vertragsrechts und auf den Gebieten von Arbeit, Wohnen u.a. ²⁹ So konnte man sich in den 1950ern mit der vorhandenen Lage beruhigen.

Welche Konsequenzen zog Wieacker aus seinen aufrüttelnden Thesen? Die Privatrechtswissenschaft bleibe gerade dadurch möglich, »dass sie ihre gesellschaftliche Wirklichkeit wahrnimmt und ihre besonderen ethischen Akzente versteht«. Er lenkte also den Blick auf das Feld der Wertphilosophie. Für das Soziale genügte ihm die Intuition ohne eine empirisch-wissenschaftliche Assistenz, vor allem ohne methodologische Unterstützung dabei, wie die wahrgenommene Sozialwirklichkeit nun in das normative Urteil einzubeziehen sei.

²⁷ Zitate bei Wieacker 1953: 10.

²⁸ Wieacker 1953: 11.

²⁹ Wieacker 1953: 13–16.

Er befürchtete eine »weitere Desorientierung der Privatrechtswissenschaft, ihrer Methode, ihres Systems und ihrer Begriffe« Man solle nicht in »Augenblickslösungen und brutalen Improvisationen verharren, anstatt das geistige Baugesetz der Gesellschaft in ihrer Zeit zu beachten«. ³⁰

Offenbar steuerte immer noch der Schrecken des überwundenen NS-Terrors die Gedanken; die Zeit für einen Abschied vom Schwelgen in materialer Wertethik war noch nicht gekommen. Weder vorher noch nachher hat der Autor seine sozialhistorischen Erkenntnisse so nahe an die Methodenproblematik gerückt. Denn es fragte sich doch: Wenn eine Kodifikation einem bestimmten Gesellschaftsbild verpflichtet ist – müsste das nicht bei der Gesetzesauslegung berücksichtigt werden, sodass nötigenfalls ein dem aktuellen Zeitpunkt angemessenes Gesellschaftsbild die Auslegung leitet? Sollten gar die soziologischen und sozialpolitischen Hintergrundvorstellungen des Legislativpersonals aus der historischen Entstehungszeit die heutige Anwendung binden, obwohl sie nicht Gesetz geworden sind? Keine der vorhandenen Methodologien sagte das, nicht einmal bei der Berufung auf den ominösen »Geist des Gesetzes«. Ganz im Gegenteil: jede Rechtsanwendung bedeutete, alte Vorschriften so zu verstehen, dass sie den gegenwärtigen Situationen und Konflikten gerecht werden. Gerade Wieacker, der die Wandlungen des germanischen, römischen und Gemeinen Rechts über die Jahrhunderte seit dem Spätmittelalter so brillant rekonstruiert hatte, verfügte über empirisch wohlbegründete Einsichten, wie altes Recht sich bei konstantem Wortlaut neuen Zustände anpasst. Das deutsche BGB war jetzt ein gutes halbes Jahrhundert alt, und es war über mehrere Regimewechsel unverändert geblieben; nunmehr hatte es seine Legitimität in der »modernen Gesellschaft« zu beweisen – Wieackers Thema.

Wieacker beschrieb – als Historiker der eigenen Gegenwart – das verschwundene »Dogma der Geschlossenheit der gesetzlichen Rechtsordnung und mit ihm der Rechtslücke selbst« sowie »die Auflösung des herkömmlichen Normanwendungsschemas«. Diese Deskription verwandelte sich im selben Moment in eine Präskription, stammte sie doch aus der Feder eines renommierten Juristen und trug zur Neuausrichtung der (herrschenden) Lehre bei. Der Rechtshistoriker vermochte das, weil er nur den Diskurs innerhalb des eigenen Fachs beobachtete, zudem mit einer zwischen Beschreibung und Bewertung schwankenden Wortwahl operierte. Einer philosophischen oder sozialwissenschaftlichen Feder wäre der normierende Einfluss versagt geblieben. Wie er klar sah, »fällt das Vorstellungsschema ›Gesetzesanwendung‹ oft einfach ins Leere«, sodass »jedes ›gesetzesanwendende‹ Urteil zugleich auch schon ein Stück ›punktueller Rechtsfortbildung‹, Recht im Werden (law in

30 Zitate bei Wieacker 1953: 27.

the making) ist«. Damit hätte das Tor zu einer Betrachtung der sozialen Wirklichkeit geöffnet sein können, wie bei jeder Rechtsetzung. Aber für Wieacker blieb das Normative maßgebend – »der Gesamtbereich anerkannter ethischer, kultureller und sozialer Konventionen«. Das Dogma von der Lückenlosigkeit der gesetzlichen Normenordnung sei nun zerstört. »Das führte notwendig zur Suche nach verbindlichen außergesetzlichen Richtlinien der Rechtsprechung in dem gesetzessfreien Raum«. Das »Material dieser Regeln« fand Wieacker in Verfassungsprinzipien, kulturellen Anschauungen, Billigkeit, Natur der Sache »und vor allem in bewährter Lehre und Judikatur«. ³¹

Im Laufe der Nachkriegszeit verstärkte sich Wieackers »Naturalismus«-Aversion und damit verbunden die Skepsis gegenüber einer Verwendung soziologischen Denkens. In einer längeren Passage, überschrieben mit »Die Wirklichkeit des Rechts«, rückte er ausdrücklich von seiner früher (1942) so freundlichen Würdigung Rudolf von Jherings ab. Dessen Wunsch, von Anfang an die Nationalökonomie, im heutigen Sinne: die Gesellschaftswissenschaften, studiert zu haben, sei »naiv genug« gewesen, habe aber Jhering »den weiten Weg der Erkundung der gesellschaftlichen Wirklichkeit des Rechts« antreten lassen. ³² Das war bemerkenswert, weil doch Juristen nicht allzu oft eine einmal verkündete Meinung öffentlich zurückziehen. Mit der neuen Kritik an Jhering durfte die Absage an eine Soziologie im Recht als das letzte Wort Wieackers gelten – also des Juristen in der frühen Bundesrepublik, dem das längste Nachleben beschieden war.

Das Wirken von Franz Wieacker hat der karg gewordenen Geisteslandschaft ein Glanzlicht aufgesetzt, ob seiner stilistischen Brillanz und seines Anspielungsreichtums. Zugleich sicherte er den Fortbestand rechtsdogmatischer Denkweisen und verhinderte hier einen intellektuellen Neubeginn.

Verweigerung: Karl Larenz

Mit seinen Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil und Schuldrecht des BGB sowie zur Methodik gewann Karl Larenz (1903–1993) eine ähnliche Prominenz wie Franz Wieacker. Erst sehr viel später, d.h. nach ihrem Ableben, wurden Kritiken laut.

So wurde beiden eine »verengte und einseitige Geschichtsfestschreibung« bescheinigt. ³³ Eine Monographie negierte die rechtsstaatliche

³¹ Zitate bei Wieacker 1958: 6 f., 12, 17.

³² Wieacker 1969: 25.

³³ Hilgendorf 2005: 76; Rückert 1998: 146–155.

Eignung von Larenz' Methodenlehre; sie enthalte nur Schablonen und entbehre einer konsistenten Grundlegung. »Larenz ist Fassadenjurist.« Grundriert wurde diese Würdigung durch den Aufweis, wie sehr die häufigen Wendungen in Larenz' juristischen Überzeugungen durch den jeweiligen philosophischen Zeitgeist bedingt gewesen seien.³⁴

Larenz' »Methodenlehre der Rechtswissenschaft« (zuerst 1960, in mehreren Ausgaben) nahm über Jahrzehnte eine Art von Monopol ein.³⁵ Dort berichtete der Autor in einem historischen Teil ausführlich über die rechtssoziologische Literatur. Er zollte Eugen Ehrlich in vielen Punkten volle Anerkennung, um letztlich die Eigenständigkeit der Rechtsdogmatik mit dem Argument zu retten, die Rechtssoziologie vermöge nicht die neuen Rechtsfindungsmethoden aufzuzeigen. Dieses Argument würde für die weitere Zukunft (bis heute) die letzte Antwort bleiben.

Larenz hielt »die soziologische Betrachtung für eine notwendige und sinnvolle Ergänzung der allein an den Regeln orientierten »normativen« Betrachtung, wie sie der dogmatischen Rechtswissenschaft am nächsten liegt. [Aber] das Anliegen der Rechtsdogmatik hat Ehrlich völlig missverstanden.« Ihr gehe es um den Sinn, der in den Worten der Rechtsnorm ausgedrückt ist, »und dieser Sinn lässt sich auch nicht lediglich aus den Tatsachen entnehmen«. Er attestierte der »soziologischen Rechtstheorie, die nach den gesellschaftlichen, insbesondere auch den ökonomischen Ursachen und Wirkungen bestimmter Rechtseinrichtungen, aber auch des Rechts überhaupt als eines *Mittels im Dienste gesellschaftlicher Zwecke* fragt [, ...] ihre relative Berechtigung«. Diese Betrachtungsweise verfehle »indessen etwas gerade dem Rechte Eigentümliches und Wesentliches, nämlich den ihm eigenen Geltungsanspruch.« Hier war es bereits, das »Proprium« des Rechts, wie es einige Jahrzehnte später explizit gesucht werden würde. Was Jhering mit »Zweck im Recht« begonnen hatte – die gesellschaftlich vorhandenen Relationen in die juristische Analyse einzubeziehen – wurde von Larenz aus der Methodologie hinausgewiesen, weil damit der Eigenwert des Rechts verneint und die Maßstäbe völlig relativiert würden.³⁶

So inhaltsreich und brauchbar Larenz' methodenhistorischer Abriss einschließlich der Bezüge zur Soziologie auch war, so gering stellte sich der Stellenwert für seine eigene Lehre dar. All die Ehrlich-, Kantorowicz- usw. Ideen kommen darin nicht mehr vor. Das überraschte in einem rechtswissenschaftlichen Grundlagenwerk; denn in diesem Genre ist es üblich, die vertretenen Thesen aus der Dogmengeschichte herzuleiten bzw. sie in begründetem Widerspruch dazu zu entwickeln. In der

34 Hüpers 2010: 488.

35 Vgl. Hilgendorf 2005: 29.

36 Larenz 1960: 65 f., 36 f., 46 f. (H.i.O.).

Studienausgabe entfiel denn später auch der historische Teil, der anfangs noch das erste Drittel des Buchs eingenommen hatte.

Für das Rätsel, wie es zu alldem kommen konnte, gab schon das Vorwort zur ersten Auflage einen Hinweis. Larenz erzählte, er habe sich bereits 1930 mit dem Methodenthema befasst – und dann erst wieder ab 1950.³⁷ Dazwischen, also während des ›Tausendjährigen Reichs‹, war er anderweit beschäftigt (und hat intensiv publiziert, wobei er Schmitts ›Konkretes Ordnungsdenken‹ ins Zivilrecht einpasste). Gewissermaßen zur Rehabilitation rekapitulierte er nunmehr die Texte aus der Diskursphase um 1900. Wie gut er sie auch verstand und wiedergab – letztlich haben sie ihn nicht beeindruckt.

Larenz entwarf den eigenen Beitrag erst im systematischen Teil des Methodenbuchs. Zur wirklichen Geltung eines Rechtssatzes bedürfe es seiner Aufnahme in das allgemeine Rechtsbewusstsein und der ihr dabei zu Hilfe kommenden Rechtswissenschaft.³⁸ Die These von der Rechtswissenschaft als Geltungsquelle konnte nur dem Professionsinteresse geschuldet sein und daher auf sich beruhen. Was es mit dem ›allgemeinen Rechtsbewusstsein‹ auf sich haben konnte, blieb bei Larenz im Dunklen; dass soziologische Analysen hier einschlägig gewesen wären, lag aber auf der Hand.

Das ›geltende Recht‹ war, wie Larenz ausführte, nicht mit der Lebensordnung identisch; diese werde durch die verstehende Soziologie festgestellt; es ist auch nicht das Normensystem allein, »sondern ein Drittes, gleichsam in der Mitte Stehendes«. Damit wäre die Soziologie als rechtswissenschaftliche Mitspielerin etabliert gewesen, wenn Larenz es nicht bei bloßen Andeutungen belassen hätte. Vielleicht hatte er nur in der Soziologie seiner Zeit keine Hilfestellung gefunden. Als er nämlich anschließend seine eigene Position entwickelte und hierbei die »durch soziale Erfahrung vermittelten Urteile« heranzog, verwies er für diese Urteile (also Entscheidungsprämissen) auf die Erfahrung der Entscheider, die dafür einen Ermessensspielraum besäßen. Bei einer Argumentation aus der ›Natur der Sache‹, von Larenz ebenfalls zugelassen, verwies er auf die soziologische Rechtstheorie, hier allerdings »nicht die

- 37 Larenz 1960: S.VI. Über seine Rolle in den 1930ern und später vgl. Günther 2011: 370–374; Haferkamp 2014: 62, 71 f., 80. Bernd Hüpers hat Larenz' Wirken gerade für das nationalsozialistische Jahrzwölft minuziös untersucht. Entgegen damaligen Selbsttäuschungen und später verzerrter Selbst- und Fremddarstellung lautete sein Resümee: »Larenz war bis zum Winter 1942 Nationalsozialist. Er war weder Kronjurist noch in irgendeiner Form wegweisender oder innovativer Philosoph der Nationalsozialisten, aber er war einer ihrer akademischen Prediger.« Danach äußerte er sich zwar gegen die Kriegsführung, aber »in einem unscheinbaren Winkel«, also von anderen nicht wahrgenommen, vgl. Hüpers 2010: 112–200 (199), 480–483.

- 38 Larenz 1960: 148 f.