

JOACHIM RÜCKERT

Abschiede vom Unrecht

*Beiträge zur Rechtsgeschichte
des 20. Jahrhunderts*

87

Mohr Siebeck

Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts

herausgegeben von

Thomas Duve, Hans-Peter Haferkamp, Joachim Rückert
und Christoph Schönberger

87



Joachim Rückert

Abschiede vom Unrecht

Zur Rechtsgeschichte nach 1945

Mohr Siebeck

Joachim Rückert, geboren 1945 in Oberbayern; Studium an der FU Berlin, Tübingen und München; Promotion 1972; Habilitation 1982; 1984 bis 1993 ordentlicher Professor für Zivilrecht und Rechtsgeschichte an der Universität Hannover, seit 1993 bis 2010 an der Goethe Universität Frankfurt am Main.

ISBN 978-3-16-154136-0 / eISBN 978-3-16-160423-2 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 0934-0955 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Abschiede vom Unrecht – dieser Titel ergab sich im Zusammenhang mit dem eines weiteren Bandes unter dem Titel *Unrecht durch Recht* zur NS-Zeit. Es geht mir nicht um die Beschwörung einer besonderen Betroffenheit. Doch erscheint der Zusammenhang von Unrecht durch Recht vor 1945 und Abschieden vom Unrecht danach zeitgenössisch wie im Rückblick überaus prägend für die Zeitgeschichte unseres Rechts. Nicht nur das Grundgesetz nahm vor allem auch Abschied. Der erste Band liegt hiermit vor.

Abschiede vom Unrecht enthält nun neunzehn Studien speziell zur Rechtsgeschichte nach 1945. Damit ist nicht alles zum Thema vorgelegt, denn auf eine Reihe von Beiträgen wurde verzichtet. Sie lassen sich unschwer dem Verzeichnis meiner Schriften am Ende der *Ausgewählten Aufsätze in zwei Bänden* (Bibliotheca eruditorum 42, Keip 2012) entnehmen, in denen die Zeitgeschichte schon weitestgehend ausgespart worden war.

Die Beiträge sind hier mit kleinen Korrekturen und Hinweisen versehen, die durch eckige Klammern kenntlich sind. Offensichtliche Druckfehler und Versehen wurden stillschweigend berichtigt. Im übrigen sind die Texte unverändert abgedruckt. Neuauflagen und Literatur sind nicht nachgetragen, sie werden ohnehin präsent sein.

Mit diesem Band sind meine Forschungen zur Juristischen Zeitgeschichte nach 1945 zusammengeführt. Sie ließen sich wie von selbst in die drei Abschnitte *Bilanzen, Methodenwandel und Verfassungswandel* und *Alternativen* ordnen.

Die *Bilanzen* reichen von einer größeren Untersuchung über „Abbau und Aufbau der Rechtswissenschaft nach 1945“, einen grundsätzlichen Aufsatz zur „Zeitgeschichte des Rechts“ mit einer Reihe von Beispielen bis zu einer ersten Aktenstudie über die Personalpolitik des Bundesministeriums der Justiz nach 1949. Im Mittelpunkt stehen die Bereiche Universitäten und Rechtswissenschaft, Justiz und Richterrecht, aber auch die lange zentrale, geheimnisvolle rechtliche Schwebelage des Deutschen Reiches nach 1945 und die vieldiskutierte Frage einer „zweiten Schuld“ der Gesellschaft in Westdeutschland.

Methodenwandel und Verfassungswandel benennt einen mir entscheidend, ja idealtypisch zuspitzbar erscheinenden Zusammenhang in unserem Verfassungsstaat der Neuzeit. Methodenfragen wurden zu Verfassungsfragen. Ohnehin waren sie nie nur technisches oder Auslegungsproblem, sondern ein wesentlicher Teil des Selbstverständnisses der Profession. In diesem weiten Sinne geht es mir

um die „Kontinuitäten ... in der juristischen Methodendiskussion nach 1945“, einschließlich der nötigen Rückgriffe bis in die Formationszeit unserer Moderne vor 1900. Kritisch in ihrer „Methodik“ zu klären sind auch die viel zu wenig bewussten und diskutierten Zeitgebundenheiten unserer leitenden Darstellungen. Die Anti-Positionen der 1930er Jahre bestimmen durch diese Meistertexte hindurch unsere Geschichtsperspektiven. Sie prägen die Legitimationen und Abstandnahmen viel mehr, als bewusst und tunlich ist. Dies gilt auch und zumal für das scheinbar so geschichtslose neuere Generalkonzept „Abwägung“. Neu zu bestimmen sind auch die heutigen Aufgaben von „Rechtsgeschichte, Rechtswissenschaft und Rechtspolitik“. All diese langlebigen Kontextbedingungen für unsere juristischen und rechtswissenschaftlichen Methoden verdienen gewiss einige Klärung, Kritik und Reflexion.

Unter *Alternativen* sind sieben weitere Studien zusammengefasst. Sie alle zeigen bestimmte Abschiede und Neuaufbrüche. In diesem Sinne geht es um die als grundsätzliche Antwort signifikante „Hessische Verfassung“ von 1946 und den einschneidenden Kurswechsel zu Volksrichtern und gesellschaftlichen Gerichten in der „Justiz der DDR“. Einen erfolgreichen, aber juristisch recht unklaren dritten Weg schlug die Bundesrepublik mit dem schon im Vormärz bedachten, weitreichenden „Sozialstaatsprinzip“ ein. Im Vergleich der „Transformation“ einiger europäischer Diktaturen nach 1945 gewinnen noch kaum verglichene wesentliche Reaktionen Gesicht und Profil. Die juristische Alternativausbildung von 1974 bis 1984 am Beispiel „Hannover“ erinnert an gewiss wiederkehrende Chancen. An der „Mitbestimmungs“wende von 1976 erkennen wir inzwischen eine maßgebende europäische Wende. Die beiden so erstaunlich gegenläufigen Erzählungsmodelle in den „Großen Erzählungen“ unserer großen Rechtsgeschichten erweisen unseren Zeitgeist als sehr dauerhaft und einseitig. Mir darüber Klarheit zu verschaffen, erlebte ich als fast verblüffend und halte es für weitgreifend bedeutsam.

Mehrere dieser Beiträge enthalten erhebliche Rückgriffe bis in die Zeit vor 1900. Das entspricht meiner Absicht, nicht Chronologie zu bieten, sondern Problemgeschichten unserer Zeit.

Das Personenregister hat *Dr. Thomas Pierson* geschaffen. Er hat schon, zunächst als ehemaliger Mitarbeiter am Lehrstuhl, den Großteil der Beiträge zusammengestellt und redigiert. Damit nahm er eine mehrfache Mühe auf sich, deren Ausmaß uns nicht von vornherein klar war – umso wichtiger ist es mir, hier meinen großen und tiefen Dank zu bekunden. Ohne ihn wären diese Bände nicht geworden. Der Dank geht auch an Philipp Giel, Margarete Jagusch, Milena Maurer und Felix Simon für sorgfältige Korrekturarbeit. Die Schlußkorrekturen und das Sachregister habe ich selbst erstellt.

Nicht zuletzt danke ich dem nun schon freundlich vertrauten Verlag Mohr Siebeck in Gestalt von Herrn Dr. Gillig und seinen Mitarbeitern herzlichst für alle Geduld, Mühe und Sorgfalt.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
---------------	---

A. Bilanzen

1. Abbau und Aufbau der Rechtswissenschaft nach 1945	3
2. Zeitgeschichte des Rechts: Aufgaben und Leistungen zwischen Geschichte, Rechtswissenschaft, Sozialwissenschaften und Soziologie ..	27
3. Die erste und die zweite Schuld – ein Podiumsbeitrag	101
4. Richterrecht seit Weimar?	113
5. Justiz und Nationalsozialismus: Bilanz einer Bilanz	135
6. Die Beseitigung des Deutschen Reiches – die geschichtliche und rechtsgeschichtliche Dimension einer Schwebelage	164
7. Einige Bemerkungen über Mitläufer, Weiterläufer und andere Läufer im Bundesministerium der Justiz nach 1949	195

B. Methodenwandel und Verfassungswandel

8. Zu Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der juristischen Methodendiskussion nach 1945	223
9. Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel	276
10. Methodik des Zivilrechts – eine kritische Einführung	302
11. Die Schlachtrufe im Methodenkampf – ein historischer Überblick	320
12. Rechtsgeschichte, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik – ein Essay	378

C. Alternativen

13. 50 Jahre Hessische Verfassung	403
14. Die ausgestellte Justiz – eine mißlungene Bewältigung? – zur Justiz im SED-Staat	413
15. Das Sozialstaatsprinzip – neuer Mut in alten Fragen. Eine ehrwürdige Problemgeschichte	424
16. Abrechnen, aber wie? – die rechtliche Transformation europäischer Diktaturen nach 1945	479
17. ‚Große‘ Erzählungen, Theorien und Fesseln in der Rechtsgeschichte ...	497
18. Profile der Jurisprudenz in Hannover seit 1974	519
19. Mitbestimmung 1976 zeitgeschichtlich. Eine Diskussionsgrundlage. ...	532
Verzeichnis der Erstdrucke	547
Sachregister	549
Personenregister	554

A. Bilanzen

1. Abbau und Aufbau der Rechtswissenschaft nach 1945

I. Zwischen Zerstörung und Normalisierung	4
II. Orientierung und Neubeginn: Voraussetzungen	7
1. Was wir wissen	7
2. „So viel Anfang war nie“	9
3. Realia	9
4. Personalialia: Studenten	11
5. Personalialia: Professoren	12
III. Neuanfänge	13
1. Die Chance der Autonomie	14
2. Selbstreinigung der Fakultäten	15
3. Rückberufungsspielräume	16
4. Ausbildungszieldebatten und Juristentagungen	17
5. Zweierlei Rechtswissenschaft und Studium generale	20
6. Alternativen und neue Ansätze	22
7. Besatzungsregime und Rechtswissenschaft	25
8. Fachgeschichtliches	25
IV. Bilanz und Reprise	26

Zur Rechtswissenschaft nach 1945 dürften kaum mehr als die Stichworte „Natrechtsrenaissancen“ und „Restauration“ geläufig sein*. In der Tat meint man mehr zu wissen, als man wirklich weiß. Die zeitgeschichtliche Bestandsaufnahme gilt daher zunächst den Fundamenten: der Zerstörungsbilanz, dann dem Abbau und Aufbau der Universitäten und Fakultäten, den Büchern und Vorlesungen, den Studenten und Professoren. Anfängliche Autonomie, Selbstreinigungsversuche und Rückberufungsspielräume werden untersucht. Insbesondere an den sehr intensiven Ausbildungszieldebatten lassen sich dann zwei höchst unterschiedliche Strömungen von Rechtswissenschaft nach 1945 zeigen: eine „geisteswissenschaftliche“ und eine kritisch-rationale. Alternativen und neue Ansätze innerhalb der juristischen Fakultäten fehlen so gut wie ganz. Die wesentlichen Rahmenbedingungen der deutschen Juristenfakultäten, besonders ihre Staatsbeamtenorientierung, erweisen sich als erstaunlich dauerhaft und prägend.

* Ich danke W. Wolf für unentbehrliche und wertvollste Hilfe bei der Vorbereitung.

I. Zwischen Zerstörung und Normalisierung

Vom menschlichen Leid des Krieges und der Diktatur, den Tränen und Toten in den Trümmern und noch der halb lachenden, halb weinenden Mühsal des befreiten Ruinen- und Wiederaufbau-Lebens nach dem 8. Mai 1945 kann hier nur ein erstes Wort gesagt werden. Ein beliebiges „Bilderbuch für Vergessliche“ (R. Errell, 1961 u. ö.) und Nachgeborene, die der Zeugenschaft gar nicht mehr ausgesetzt waren, wäre die beste Einführung.

Was würde zu einem *Bilderbuch der Rechtsgeschichte* dieser Zeit gehören? Die zersplitterte Staats-Landkarte des Deutschen Reiches nach 1945, des kaum noch anerkannten Rechtssubjekts? Oder das Reichsgesetzblatt, zuletzt geschmückt mit Führer-Erlassen über die „Bildung des deutschen Volkssturms oder „den totalen Kriegseinsatz“ – es zeigt den Formenmißbrauch und die Inhaltsdrastik des Regimes. Oder die Ruinen des Leipziger Reichsgerichts von 1895, des Münchener Justizpalastes von 1897 – die zerstörten Denkmale liberaler Rechtskultur des 19. Jahrhunderts. Die Reichsrichter selbst kamen zu einem erheblichen Teil dabei oder in anschließender Haft um. Gewiß gehören ins Bild die gefilmten Demütigungen Andersdenkender als „Eiterbeulen“, verübt durch „Richter in roter Robe“ am neuen „Volksgerichtshof“. Auch der „oberste Gerichtsherr“ kraft Akklamation des gefügigen Reichstages von 1942 – also der auch hier herrschende Führer. Gewiß auch die klaffenden Lücken in den gleichgeschalteten Reihen einer politisch und rassisch gereinigten, geschändeten Rechtswissenschaft von wenig zuvor noch strahlender Weltgeltung. Auch die Bücherbrände, in denen die nur noch in ihren gedruckten Katalogen imponierenden, überkommenen Schätze von Rechtswissenschaft untergingen und die den am 10. Mai 1933 öffentlich verbrannten Büchern nachfolgten. Nicht zu vergessen den gut erhaltenen Prachtbau der „Akademie für Deutsches Recht“ von 1936, der immer noch klassisch-antik grüßt und mit einer Justitia empfängt, während drinnen für „Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung“ die Gesetzestafeln entworfen wurden: die Bindung an die „von der nationalsozialistischen Weltanschauung getragene Rechtsauslegung“. Oder auch nur ein Erinnerungsfoto vom Jüterboger Zwangs-„Gemeinschaftslager Hans Kerrl“ mit seinen juristischen „Truppenführern im Außendienst“ samt Referendars- oder Privatdozenten-Gefolgschaft. Bilder einer versunkenen Epoche.

Das Gesetz war zuletzt eine „*vergiftete Waffe*“ (C. Schmitt, 1944). Die „nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte“ (§ 1 GVG 1877, Art. 102 WRV 1919) empfangen ministerielle Anleitungs-Briefe, richteten in roter Robe oder zuletzt aus dem „Stand“. Die Rechtsgelehrten bemühten sich, die konkrete, antichristlich-rassische, lebendige Volksgemeinschaftsordnung zu entfalten. An universitäre

Wissenschaft durch Einsamkeit und gemeinschaftliche Freiheit war dabei nicht zu denken¹.

Nur sieben Jahre nach Kriegsende konstatierte man die neue „Normalisierung“ (Raiser, 1952)². Das parlamentarische Gesetz war zurückgekehrt auf den höchsten demokratischen Verfassungsrang in der Bundes-Republik. Die friedliche deutsche Vielfalt der Länder und Parteien und Kultur blühte wieder auf. Die Justiz war restituiert in ihrer liberalen Unabhängigkeit und gestärkt durch Verfassung und Verfassungsgericht. Und die Rechtswissenschaft?

Begonnen hatte man mit *neuen Dekanen*, z. B. *Dersch* in Berlin, *Liermann* in Erlangen, *Hallstein* in Frankfurt, *Boehmer* in Freiburg, *Smend* in Göttingen, *Hein* in Halle, *Genzmer* in Hamburg, *Radbruch* in Heidelberg, *R. Lange* in Jena, *v. Mangoldt* in Kiel, *v. Hippel* in Köln, *Apelt* in München, dem Ökonomen *Hoffmann* in Münster, *Mitteis* in Rostock, *Koschaker* in Tübingen – eine sprechende Auswahl der ersten Stunde. Auch juristische Rektoren waren anfangs sehr willkommen (*Laun, Smend, Raiser, Hallstein, Böhm, v. Mangoldt, Dersch, Kunkel*). Personell hatte man sich im Westen bald konsolidiert, im Osten stand man auf Abruf. Einige Namen zu den Dimensionen ca. 1952/53³:

In Berlin (Humboldt-Universität)⁴: *Steiniger* (oP), *Krüger, Benjamin; Neye* (oP), *Nathan, Kleine, R. Schneider; Gerats, Kanger, Loewenthal, Baumgarten* (oP), *Buchda, Scheele, Zahn, Klenner*.

In Erlangen: *Voigt, Bachof; Lent, Süß, Pohle, Schnorr v. Carolsfeld, Braga; Heinitz, Bruns; Liermann, Seidl*.

In Frankfurt a. M.: *Mosler, Schlochauer; Hallstein, Schiedermaier, Böhm, Hoeniger* (Gast), *Kronstein* (Gast); *Cläß, Preiser; Coing, Erler*.

In Freiburg: *Maunz, Gerber, Grewe; Boehmer, v. Caemmerer; Wieacker, Beyerle, Pringsheim*.

In Göttingen: *Smend, Kraus, W. Weber, Köttgen* (ab 53), *Ule* (HonP); *J. v. Gierke* (em), *Niedermeyer* (em), *Raiser, Beitzke, de Boor, Siebert* (aP); *Welzel* (–52), *Bockelmann, Flume, Thieme, Ebel*.

In Halle: nur noch *Schubart-Fikentscher*.

In Hamburg: *Ipsen, Schack; Würdinger, Felgentraeger, Möller, Bötticher, Sieverts; Henkel, Tegar, Schultze-v. Lasaulx, Genzmer*.

In Heidelberg: *W. Jellinek, Forsthoff, Wahl, F. Weber, Ulmer, Geiler; Engisch, E. Schmidt; Gönnenwein, Kunkel, Levy, Reicke, Bärmann* (HonP).

In Jena: *Draht, Härle, A. Hübner, Pchalek, Steffen, Buchda*.

In Kiel: *v. Mangoldt; Ballerstedt, Larenz, Nikisch, Hoeniger, H. Mayer, H. Schröder, Dahm; Dulckeit, Wesenberg, Clausen*.

¹ Siehe die klassische Studie zum freiheitlich-idealistischen Universitätsideal von *H. Schelsky*, *Einsamkeit und Freiheit*, 1963, hier S. 93, 99. Für den eminent beteiligten Juristen Savigny gilt dies ebenso deutlich. Gemeinschaft, d. h. freie, „geisterfüllte Geselligkeit“ gehört dazu, „da ... auch das geistige Wirken in der Menschheit nur als Zusammenwirken gedeiht“ (*Humboldt*).

² *L. Raiser*, *Normalisierung*, Dt. Univ. Ztg. 7 (1952), S. 3 f.

³ Leider sehr unvollständig. Ein Verzeichnis fehlt; herzlicher Dank gilt daher etlichen Dekanaten für die geleistete Hilfe. Genannt jeweils Staats-, Zivil-, Strafrechtler, Grundlagen.

⁴ Hier alle Lehrenden, o. Prof. nur drei, stark reduziert wie überall in der SBZ.

In Köln: *Bühler, E. v. Hippel, Jahrreiss; Nipperdey, Lehmann, Bohne, Kegel, R. Schmidt, Krawinkel, Rebfeldt.*

In Leipzig: 1951 *Polak, Jacobi, Siber* (em).

In München: *E. Kaufmann, Apelt, Nawiasky, J. Heckel; K. Blomeyer, Rosenberg, Riezler, Müller-Erzbach, A. Hueck; v. Calker, Mezger, Maurach; San Nicolo.*

In Münster: *H. J. Wolff, Scupin, F. Klein Bettermann; Schumann, Westermann, Dietz; Wegner, K. Peters; Michaelis, Kaser.*

In Tübingen: *K. Schmid, H. Schneider; Dölle, Zweigert, Erbe, Fechner; Kern, Gallas; Feine* (em); *Schönfeld.*

Mainz (1946), Saarbrücken (1947/48), Berlin FU (1948) und Speyer (49) waren dazugekommen, Gießen im Westen, Greifswald und Rostock im Osten aufgegeben, Breslau und Königsberg verloren. Aus den Vorlesungsplänen waren die NS-Angebote „Deutsches Recht“ (als Einführung), „Verfassung, Volk“ | und „Staat, Volk und Rasse“, Germanische Rechtsgeschichte (–14. Jh.), „Politische Geschichte“ verschwunden⁵. Allgemeine Staatslehre, Deutsches Staatsrecht, Bürgerliches Recht, Strafrecht, römische und deutsche Rechtsgeschichte beherrschten im Westen wieder das Feld. Eine Rückwendung ist unverkennbar, aber die lohnende genauere Analyse steht aus.

Leitbild wie äußere Gestalt der Jurisprudenz waren seit ihrer alternativen Neugründung als „positive“ oder „geschichtliche“ Rechtswissenschaft in den entscheidenden Zeiten des Kantianismus und objektiven Idealismus⁶ nie recht zur Ruhe gekommen. Unvermuteten Halt hatte ihre sprichwörtliche „Wertlosigkeit ... als Wissenschaft“ aber im völkischen Rechtsdenken nach 1933 gefunden. In Rasse, Volk, Leben und konkreter Ordnung schien sich endlich ein Hebelpunkt allen Rechts zu bieten. „Rechtserneuerung“ und „Neue Rechtswissenschaft“⁷ wurden nun so energisch wie intelligent betrieben. 1939 resümierte eine umsichtige Autorität wie *v. Schwerin*: „Der nationalsozialistische rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Hochschullehrer ist heute ein festes Glied des deutschen Rechtswahrerstandes, in dem er seine ständische Heimat gefunden hat“⁸. Das hieß deutlicher, der „Begriff der wertfreien, unpolitischen Wissenschaft“ war „in seiner Wertlosigkeit erkannt“, und er war „überwunden worden durch die Erkenntnis, daß die Wissenschaft, wie alle anderen Bereiche des völkischen Gesamtlebens an die ewigen Gesetze des Volkes gebunden ist“. Die „entscheidende Ausrichtung“ entsprang nun der „neuen politisch-wissenschaftlichen Aufgabe“. Das neue „Rechtsdenken“ sollte daher „nicht mehr von

⁵ Vgl. den Studienplan bei *K. A. Eckhardt*, *Das Studium der Rechtswissenschaft*, 1935, S. 14 ff.

⁶ Gute Einführung in das schwierige Thema bei *J. Schröder*, *Die juristische Methodendiskussion an der Wende zum 19. Jh.*, in *JuS* 1980, S. 617–620; s. auch *J. Rückert*, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover 1988.

⁷ Dazu etwa: *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, von *G. Dahm, E. R. Huber, K. Larenz, K. Michaelis, F. Schaffstein, W. Siebert* (hg. von *K. Larenz*), 1935, oder die *Zs. Deutsche Rechtswissenschaft* (hg. von *K. A. Eckhardt*), Bd. 1, 1936 ff.

⁸ In: *Der deutsche Rechtsstand, 1939*, S. 279–316 (279).

der Gesetzesnorm, sondern von der Rechtsidee des Volkes aus⁹ gehen. Darin lag eine denkwürdige Verfolgung und inhaltliche Verkehrung der eigentlichen Mahnung von Kirchmanns an die Jurisprudenz, vor allem „die Politik“ nicht „von sich auszusondern“¹⁰.

Man hat die *prinzipielle Unbegrenztheit* dieser konkret ordnenden und gestaltenden Methode, die systematische Vereinigung des Rechts mit dieser Politik, den herrischen Rechtsquellencharakter dieser völkischen Rechtsidee, die methodisch verdeckte Rechts-Diktatur durch den Führer, der das Recht schützt (C. Schmitt, 1934), und die anti-positivrechtliche Struktur dieser neuen Wissenschaft längst ebenso analysiert¹¹ wie die Daten der Umsetzungen, Verreibungen und zu späten Rückzüge mancher Beteiligter¹². Wie ließ sich dies alles normalisieren?

II. Orientierung und Neubeginn: Voraussetzungen

1. Was wir wissen

Die Abbau- und Aufbaugeschichte nach 1945 liegt viel weniger klar vor uns als die Zerstörungsgeschichte. Eine gewisse Schlichtheit von Aussagen wie „neben den räumlichen Schwierigkeiten standen nach 1945 auch personelle und materielle Probleme“ begegnet häufig¹³. Was war z. B. aus den acht prominenten Rechtsgelehrten und ihrer Wissenschaft geworden, die 1939 dem Führer die Festschrift „Deutsche Wissenschaft. Arbeit und Aufgabe“ zum 50. Geburtstag mitvorlegten, also aus von Schwerin, Walz, Berber, Lange, Heymann, Siebert, Kisch und von Gleispach? Nur der Beitrag von Schwerins ist erforscht¹⁴. Aber er starb schon 1944. Die Wissenschaftlergeschichte der Rechtswissenschaft hat in der Tat das Jahr 1945 nur vereinzelt überschritten. Für die Wissenschaft wird überall sofort an die sog. Naturrechtsrenaissance gedacht. Aber der sehr genaue praktisch-strafrechtliche Kontext dieser Stimmen, die konsequent mit diesem Kontext leiser wurden, wird gar nicht mehr bedacht. Erst recht sind die Gren-

⁹ E. v. Medem, ebda., S. 318 (326).

¹⁰ J. v. Kirchmann, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1848, a. E.

¹¹ Grundlegend und einander ergänzend B. Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 1968; J. Gernhuber, Völkisches Recht, in: FS. für E. Kern, 1968, S. 167–200; M. Stolleis, Gemeinwohlformeln im ns. Recht, 1974; K. Marxen, Der Kampf gegen das liberale Strafrecht, 1975; K. Anderbrügge, Völkisches Rechtsdenken, 1978, D. Grimm, Die „Neue Rechtswissenschaft“, in: Wissenschaft im Dritten Reich (hg. v. P. Lundgreen) 1985, S. 31–45; J. Rückert, Das „gesunde Volksempfinden“ – eine Erbschaft Savignys?, in ZSGerm 103 (1986), S. 199–247; B. Rütters, Entartetes Recht, 1988.

¹² Zusammenfassend jetzt M. Stolleis, Recht im Unrecht, 1994.

¹³ Beispiel aus: Die Universität Münster 1780–1980 (hg. von H. Dollinger), 1980, S. 269ff.: Die Geschichte der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät (272).

¹⁴ W. Simon, Claudius Freiherr von Schwerin, 1991 (zgl. Diss. iur., München 1990).

zen dieser Vorstellung für die anderen juristischen Fächer kaum bewußt. Die sog. Naturrechtsrenaissance wird daher viel zu pauschal überschätzt und unterschätzt.

Jubiläumsüberblicke lassen leicht vergessen, was man alles nicht weiß. Von *fünf Forschungsbedingungen* für einen konzisen Überblick zum sog. Wiederaufbau nach 1945 fehlen fünf: (1) Vor allem ist nur vereinzelt genauer erforscht die Geschichte der juristischen Fakultäten¹⁵ wie (2) der einzelnen Universitäten im ganzen. (3) Zu den meisten wichtigeren Wissenschaftlern liegen nur Grobdaten und Nachrufe vor¹⁶. (4) Nur in Ansätzen überblickt man Gegenstand und Methodik der inhaltlichen Leistungen dieser Epoche; schon verlässliche Bibliographien fehlen meist¹⁷. Für die wichtigsten Fachgeschichten sind gerade erst erste Überblicke greifbar¹⁸. Nur zum Arbeitsrecht suchte man immerhin früh und mit Fleiß „die personellen Wurzeln des Rechtskartells der arbeitsrechtlichen Ideologieproduzenten der Bundesrepublik“¹⁹. Weder die offensichtliche Schlichtheit noch der gewisse Fanatismus der Konzeption ermunterten zur Gefolgschaft. (5) Die für Idee und Wirklichkeit der Rechtswissenschaft immer aufschlußreichen Vorlesungsangebote, Ausbildungsordnungen und -diskussionen sind kaum bekannt, geschweige denn erforscht²⁰. Den Jubiläumsnöten gehorchend versuchte man sich verdienstvoll in Essays zu „Zäsuren im Rechtsdenken“ (*Simon*)²¹. Aber der Boden schwankt. Die fortgeschritteneren Arbeiten zur allge|meinen

¹⁵ Z. B. für Jena Geschichte I, 1958; für Kiel *E. Döhring*, 1965; für Rostock Geschichte II, 1969; für Göttingen *F. Halfmann*, in: *Becker/Dahms/Wegeler*, 1987; für Köln *F. Golczewski*, 1988, für Frankfurt a. M. *B. Diestelkamp/M. Stolleis*, Juristen an der Universität Frankfurt am Main, 1989, und *N. Hammerstein*, 1989.

¹⁶ Man denke an *Boehmer, Bötticher, v. Caemmerer, Dölle, Esser, Hallstein, F. v. Hippel, G. Hueck, Hch. Lange, Larenz, Lehmann, Nipperdey, Raape, Raiser, Siebert, Kaser, Kunkel, Wieacker, Conrad, Bachof, Berber, Bettermann, Dürig, Forsthoff, Huber, Lawn, v. Mangoldt, Maunz, Nawiasky, Smend, W. Weber, Engisch, Maurach, Mayer, Mezger, Schönke, H. Schröder, Welzel, Erik Wolf, Blomeyer, Kern, Lent, Poble, Rosenberg* und gewiß noch andere. [S. jetzt die Monographien von *W. Wolf* 1998 zu *Lange*, *R. Frassek* 1994 zu *Larenz*, *A. Depping* 2002 zu *Lehmann*, *Th. Hollstein* 2007 zu *Nipperdey*.]

¹⁷ Vgl. schon und noch *F. Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. A. (1967), S. 514 ff. zum Privatrecht, S. 586 ff. zur Rechtsphilosophie und jetzt *K. Kroeschell*, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jh.*, 1992.

¹⁸ *D. Simon* (Hg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, 1994. Der ehrgeizige Versuch von *J. Perels*, *Die Restauration der Rechtslehre nach 1945*, in *Krit. Justiz* 17 (1984), 359–379, weicht aus auf die Suche nach Belegen zur strategischen „Interpretationsmacht der konservativen juristischen Funktionseliten“ und zur „Entwicklung des restaurativen Rechtsbegriffs“ – eine allerdings im Kern „gewichtige Forschungsaufgabe“ (379), aber eine eben noch unbewältigte; vgl. jetzt methodisch *Th. Drosdeck*, *Die herrschende Meinung*, 1989.

¹⁹ *R. Wabsner*, *Das Arbeitsrechtskartell – Die Restauration des kapitalistischen Arbeitsrechts in Westdeutschland nach 1945*, *KritJ* 7 (1974), S. 369–386.

²⁰ Knappe Datenhinweise zum Fakultätentag bei *F. Knemeyer*, *Der dt. Juristen-Fakultäten-tag*, 1992, S. 43 f.

²¹ In *M. Broszat* (Hg.), *Zäsuren nach 1945. Essays zur Periodisierung der Nachkriegsgeschichte*, 1990, S. 153–67.

Hochschulgeschichte, die freilich noch nicht zu Gesamtdarstellungen verarbeitet sind²², vermitteln einen Begriff davon, was man auch zur Rechtswissenschaft wissen müßte²³. Im Bewußtsein dieser Defizite muß auch mein Versuch gelesen werden. Diese Verspätung der vielberedeten Zeitgeschichte ist übrigens nicht unnormale und kein Grund zum Lamento. Für Klagen gibt es andere Gründe.

2. „So viel Anfang war nie“

Auch für die Rechtswissenschaft nach 1945 hat dieses für die Ausstellung „Deutsche Städte 1945–1949“ geprägte Wort von Anfang 1989 viel Wahres. Es vermeidet die fast unvermeidliche Verbuchung der Zeit als „Restauration“, „Wiederaufbau“, „Neuaufbau“, „Neuaufbruch“ oder gar „Stunde Null“. Jedenfalls war 1945 viel Anfang möglich und nötig, an Gebäuden und Bibliotheken, Professoren und Studenten, Zeitschriften und Büchern und Inhalten der Jurisprudenz. Drei Probleme beherrschten die universitären Nachkriegs- und Aufbaujahre: der materielle Wiederaufbau, der enorme Andrang von Studenten und „Hochschul Lehrern ohne Amt“ und der „geistige Wiederaufbau“²⁴.

3. *Realia*

Von den 23 Fakultäten vor 1945²⁵ entfielen Königsberg und Breslau ganz, ca. sieben Universitäten waren schwer beschädigt bis zum Verlust der Gebäude und Bibliotheken (München, Würzburg, Gießen, Frankfurt a. M., Freiburg, Münster, Kiel), andere überfüllt und zunächst desorganisiert (Erlangen, Göttingen, Köln, Marburg, Tübingen)²⁶. Selbst noch an den Tagesordnungen eines zentralen Gremiums wie den ersten Hochschulkonferenzen der Rektoren ab September 1945 sieht man nachdenklich die täglichen und dauerhaften Nöte: Heizung und Kohle, Notlehr- und Nottextbücher und Papierbeschaffung, Zeitschriftenreprodu-

²² Vgl. vor allem R. Morsey, Die Bundesrepublik Deutschland, 2. A. (1990); E. Kleßmann, Die doppelte Staatsgründung, 4. A. (1986).

²³ Siehe vor allem die vorzüglichen Editionen von M. Heinemann (Hg.), Nordwestdeutsche Hochschulkonferenzen, Teil I–II, 1990 (im folgenden zitiert: *Heinemann* I, II); ders., Hochschuloffiziere und Wiederaufbau des Hochschulwesens, Teil 1–3, 1990–1991 (im folgenden zitiert: *Heinemann* 1, 2, 3), die umfassende Untersuchung von W. Krönig/K.-D. Müller, Nachkriegssemester, Stuttgart 1990, den gut resümierenden Band von C. Vollnbals, Entnazifizierung, 1991 und das sog. OMGUS-Handbuch (hg. v. Chr. Weisz), 1994.

²⁴ So das treffende Resümee von *Heinemann* I (o. Fn. 23), S. 9.

²⁵ Nützlich dazu H. Göppinger, Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“, 2. A. (1990), S. 206, 184.

²⁶ Dazu bes., aber nicht für die Juristen spezifiziert, S. Müller, in: *Heinemann* I (o. Fn. 23) 10 allg. und m. Nwn. U. Schneider, in: *Heinemann* 2 (o. Fn. 23), S. 1 ff. für die US-Zone, D. Phillips, Zur Universitätsreform in der britischen Besatzungszone 1945–1948, 1983. Plastischer Kurzüberblick beim führend Beteiligten L. Raiser, Wiedereröffnung der Hochschulen – Ansätze zum Neubeginn, in: NS und dt. Universität, 1966, S. 174–188, auch in *ders.*, Vom rechten Gebrauch der Freiheit, 1982, hier S. 229f.

tion und -neugründung, Schwerarbeitsrationen und Ernährungszulagen statt Privatlandwirtschaften (bis Ende 1947 erschütterndes Thema)²⁷. Ein ererbtes Buch konnte das Studium, eine gerettete Privatbibliothek die Forschung mächtig fördern. Noch im März 1947 beklagte *R. Laun* im an sich nicht so abgelegenen Hamburg, daß ihm die beiden maßgebenden amerikanischen Aufsätze *Kelsens* von 1944/45 zu Deutschlands Rechtslage im „American Journal of International Law“ nicht zugänglich seien²⁸. Wiederaufbauvorrang hatten verständlicherweise Wohnheime, Versorgungsanlagen u. ä.

Der *materielle Wiederanfang* war das erste zentrale Problem. Für die Juristen als Bücherfakultät war es vermutlich relativ leichter zu lösen. Zudem kam es entgegen ersten Plänen nicht zu einem völligen Neubau des positiven Rechts, sondern nur zu einer punktuellen Entnazifizierung²⁹. Manches Buch und Vorlesungsmanuskript erwies sich auch jenseits der „Rechtsperversion“ nach einigen Retouches oder Änderungen als weiterverwendbar. Ausgewählte Neuauflagen bezeugen dies:

Schwerin-Thiemes „Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte“ (³1944, ⁴1950), *Fehrs* „Deutsche Rechtsgeschichte“ (³1944, ⁶1962), *Erik Wolfs* „Große Rechtsdenker“ (1939, ²1944, ³1951, ⁴1963), *Forstboffs* „Verfassungsgeschichte der Neuzeit“ (1940, ²1961), *Welzels* „Deutsches Strafrecht“ (³1944, ⁴1949), sogar *Dahms* „Deutsches Recht“ (1944, erneut 1951, ²1963), *Reinhardts* Sammelwerk „Deutsches Recht, zugleich eine Einführung“ (1943, ²1944, in der Sache ³1949) und *Schönfelds* „Geschichte der Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik“ (1943, ²1951 unter neuem Titel).

Viel Kontinuität zeigt auch ein Vergleich von *Welzels* neuem und altem Kampf gegen Formalismus und Naturalismus (1935) und für „Naturrecht und materiale Gerechtigkeit“ (¹1951) oder von *Larenz*’ „Vertrag und Unrecht“ (1936f., ²1944) mit dem späteren Schuldrecht (1953/56). Kontinuität in Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie, Privatrecht und Strafrecht drängt sich auf. Aber die Wirklichkeit zeigt in Wahrheit Elemente der Nähe und der Distanz zur Lage vor 1945, die wenig geklärt sind. In Fächern wie Arbeitsrecht oder Staats- und Verwaltungsrecht fiel Kontinuität schwerer. *Hueck* ließ sein „Deutsches Arbeitsrecht“ (1938, ²1944) liegen und nahm 1959/57 mit *Nipperdey* das alte Lehrbuch von 1928/30 wieder auf. *Huber* ließ sein prononciertes Lehrbuch „Verfassung“ (1937, ²1939) ganz fallen und wendete sich der Verfassungsgeschichte zu, Maunz schrieb ein neues „Deutsches Staatsrecht“ (¹1951), Forsthoff ein neues „Ver-

²⁷ Siehe *Heinemann* I, S. 73 (Sept. 45); 110 (Dez. 94); 153ff. (Febr. 46); II, S. 551 (Dez. 45); I, S. 82 (Dez. 45 bes. drastisch); 257 (Sept. 46); 298 (März 47 mit Verweis auf die bessere Einstufung in der russ. Zone); II, S. 426–30 (Sept. 47). Weiter die drastischen Erinnerungsberichte bei *Krönig/Müller* (o. Fn. 23), S. 171–188.

²⁸ Nach *R. Laun*, Reden und Aufsätze zum Völkerrecht und Staatsrecht, 1947, S. 17 (im Zeitungsartikel v. 13.3.47).

²⁹ Dazu jetzt wesentlich *M. Etzel*, Die Aufhebung von ns. Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945–1948), 1992, und noch *M. Stolleis*, Rechtsordnung und Justizpolitik 1945–1949, in: *ders.* (o. Fn. 12).

waltungsrecht“ (1949). Doch das führt schon auf die Inhalte und zuvor auf die Personalialia, das zweite große Problem.

4. Personalialia: Studenten

Personalialia kommen in normalen rechtlichen Zeiten weniger in Betracht als Erklärungsfaktor für die Gestalt einer ganzen Wissenschaft. Aber vor und nach 1945 liegt ihre große Bedeutung auf der Hand. *Sieben Studentenjahrgänge* drängten gleichzeitig in die Fakultäten, ca. 12 % davon ins Jurastudium³⁰. Viermal so viele junge Menschen wie 1944 wählten jetzt dieses Fach. Vor 1945 vermieden sie die Jurisprudenz und studierten statt dessen Medizin³¹. Das „Gesinnungsstudium“ (*Eugen Bolz*, 1941) Jura war offenbar unter der Diktatur weniger attraktiv gewesen und gewann im Zuge der Ethisierung, der neuen Rechtsaufgaben und der guten Berufschancen nach dem Kriege höheres Interesse³². 98 % der im Herbst 1945 in Göttingen immatrikulierten männlichen Studenten hatten vier bis fünf Kriegsjahre hinter sich und waren im Durchschnitt 25 Jahre alt³³. Im Anblick „praller Jugendlichkeit“ 1951/52 begegnete man daher sinnfällig der Normalisierung, denn „einmal mußten sie kommen, die Neunzehnjährigen“³⁴. Die Ex-Soldaten und -Offiziere und Parteigenossen und Volksstürmlinge und Widerständigen, die Waisen und Flüchtlinge und Invaliden nach 1945 lebten ein anderes Milieu. Es begann mit der schwierigen Zulassung und bedrängenden Entnazifizierung. Bei vielen gab es „ein ständiges Messen dessen, | was man weiß, was man hätte wissen müssen“. Für Göttinger Juristenkreise unter diesen Ex-Soldaten „waren diese politischen Bewältigungsgespräche die Entdeckung der Ethik. ... Es war in dieser Hinsicht ein philosophisch durchtränktes Studium“. Man bildete eine Fülle von Arbeitsgruppen, Clubs und Debattiergruppen. Die große Mehrheit fand in der Universität in der „humanistischen Lehre“ entscheidenden Halt³⁵. Die Ethisierung des Rechts in der sog. Naturrechtsrenaissance nach 1945 hatte offenbar auch eine starke und selbständige studentische Quelle. Die Studenten waren von eher tiefem und abstraktem deutschen Geist: „Sie können sich tiefer als wir Engländer mit den Abgründen des Bewußtseins befassen; sie sind eher bereit, sich mit abstrakten Konzeptionen zu befassen; sie sind aufnahmebereit für reine Ideale“ berichtet nicht nur der Universitätsoffizier für Köln³⁶. Der bedeutende Philosoph

³⁰ *Heinemann* I (o. Fn. 23), S. 11; zur Quote *C. Quetsch*, Die zahlenmäßige Entwicklung des Hochschulzugangs in den letzten fünfzig Jahren, 1960, S. 43 (für 1949). Für 1945–49 fehlen offenbar Zahlen.

³¹ Die gegenläufig komplementären Zahlen zeigt *Quetsch*, S. 4 und 43.

³² So Hinweise bei *Krönig/Müller* (o. Fn. 23), S. 126.

³³ *Heinemann* I (o. Fn. 23), S. 1, 48; *Krönig/Müller* (o. Fn. 23), S. 119.

³⁴ *Krönig/Müller*, S. 287, für 1951/52.

³⁵ Siehe ebda. 65 und 74 ff., 76 aus Erinnerungsberichten.

³⁶ Ebda. 93. Analog berichtet dort S. 77 *Adorno* 1950: „das äußerste Interesse an praktisch unverwertbaren Problemen“.

Nicolai Hartmann (1882–1952), damals führend nicht nur im relativ intakten, stark besuchten Göttingen, „konnte eine Ethik abhalten, ohne über die Nazis zu sprechen – sehr eindrucksvoll, ganz abstrakt“³⁷. Diese Studentengeneration war noch nicht die später entdeckte „skeptische Generation“ (*Schelsky*, 1963)³⁸.

Zeitgenössische Erwartungen konnten aber auch anders sein. *Hartmanns* Rede auf dem ersten Philosophenkongreß 1947 in Garmisch-Partenkirchen stieß bei gebildeten Laien auf Probleme, die man vor '45 zu beseitigen versucht hatte: „Was redet der Mensch eigentlich? ... Kann das jemand verstehen? ... Und wem soll das was nützen?“³⁹ – die alten teils treffenden, teils ideologischen Vorwürfe. Diese Belege betreffen zwar meist nicht speziell die Rechtswissenschaft. Aber man wird für sie Paralleles vermuten dürfen.

5. *Personalia: Professoren*

Auf der Seite der Professoren begegnet vieles spiegelbildlich, die Lücken, der Andrang, die Aufwertung des Faches, die Ethisierung und die Abstraktheit und zugleich bloßer Praxismus. Auch ihre Reihen waren gelichtet, aber nicht zu einem Semester aus sieben Jahrgängen zusammengepreßt. „Hochschullehrer ohne Amt“ stellten ein spezifisches Problem. Sie standen zahlreich vor der Tür. Es handelte sich um eine heterogene Mischung von vier Hauptgruppen: (1) Flüchtlinge aus den Gebieten jenseits Oder/Neiße und aus der SBZ, (2) aus Österreich, der Tschechei und dem Elsaß, (3) vor 1945 ins Ausland oder (4) im Inland politisch und rassisch Vertriebene. Neunmal allein beriet dazu die Hochschulkonferenz über freiwillige Unterstützungskassen (mit Erfolg), Rückrufe oder Wiedereinweisung ins Amt (mit wenig Erfolg), Gastprofessuren (mit Erfolg), Nachweis- und Vermittlungsstellen (mit Erfolg), Wiedereinstellungen u. ä. (mit wenig Erfolg)⁴⁰. In der britischen Zone zählte man Ende 1945 unter 295 Professoren 42 Juristen ohne Amt, im August 1946 waren es rund 1000 in den Westzonen, mit unbekanntem, aber vielleicht analog erhöhtem Juristenanteil⁴¹.

Zum Verlust durch *politische oder rassische Vertreibung* vor 1945 hat man inzwischen nicht mehr nur die widersprüchlichen älteren Zahlen bei *Hartshorne*, *von Ferber*, *Göppinger*, *Rüthers*, *Müller*, *Limperg* u. a., sondern die gut überprüfte von 130 juristischen Hochschullehrern bzw. 26,2 % von 497 Personen, „die im WS 32/33 an allen zu diesem Zeitpunkt bestehenden Universitäten und sonstigen wissenschaftlichen Hochschulen des Deutschen Reiches [mit Promotionsrecht]

³⁷ Ebda., S. 65 studentische Erinnerung.

³⁸ Ebda., S. 69.

³⁹ So der Bürgermeister, s. *K. Schölzel*, Philosophie. Die Entlastung des Geistes, in: *H. Glaeser/L. v. Pufendorf/M. Schöneich* (Hg.), So viel Anfang war nie, 1989, S. 315.

⁴⁰ Siehe zus.fassend *Heinemann* I (o. Fn. 23), S. 14–16.

⁴¹ Statistik ebda. 105, Auswertung 15.

rechtswissenschaftliche Fächer lehrten“⁴². Ein Viertel war vertrieben, dem Status nach vor allem Ordinarien, dem Fach nach vor allem aus brisanteren Fächern wie Arbeitsrecht, Staatsrecht, Rechtsphilosophie, auch Strafrecht, und aus weniger etablierten und/oder internationalen Fächern wie Rechtsvergleichung, Romanistik und Steuerrecht⁴³. Besonders vertreibungsbetroffen waren Frankfurt a. M., Berlin, Kiel, Hamburg, Heidelberg, Köln, auch noch Halle, Breslau, München; gar nicht oder kaum Erlangen, Tübingen, Gießen, Würzburg, Jena, Königsberg⁴⁴. Die Plätze blieben nicht bis 1945 frei, sondern wurden vielfach jung, hochqualifiziert und durchweg genehm, neu besetzt. Dazu fehlen Studien. Im ganzen traf man 1945 vermutlich auf eine durchaus verjüngte Professorenschaft von relativ hoher Konformität. Unter den vielen in den Gedächtnisjubiläen 1985 und 1994 gewürdigten Widerständigen im Reich findet man jedenfalls keine Rechtslehrer im Amt⁴⁵, nur *Berthold Schenk Graf von Stauffenberg* (1905–44) als Berliner Dozent für Völkerrecht, seit 1939 beim OKW. Man wird auch – bei allen Verdiensten – partielle Dissidenten wie *Mitteis* oder *Kunkel* oder *Smend* nicht hierher rechnen dürfen. Tätiger Dissens im Amt bedeutete gewiß viel. Aber die große Fehlanzeige bleibt eine bittere Feststellung, auch im Rückblick auf die Göttinger Sieben von 1837 (mit dem Staatsrechtler *W. E. Albrecht*) oder etliche 1848er (*Reyscher, Mohl, Welcker, L. Stein, Th. Mommsen*).

Von diesem personellen Fundament aus war die dritte große Aufgabe in Angriff zu nehmen: der „geistige“ *Neubau*. Konkreter hieß das: Abbau und Aufbau, Abbau der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft und Aufbau einer Alternative in Forschung und Lehre, in Hochschulverständnis, Studienangebot, Bücherangebot, Zeitschriftenangebot.

III. Neuanfänge

Nur ziemlich partiell kann für die Rechtswissenschaft Näheres berichtet werden: für die Personen, für das Verständnis von Universität und damit auch schon

⁴² Siehe dazu grundlegend *S. Höpel*, Die „Säuberung“ der deutschen Rechtswissenschaft. Ausmaß und Dimensionen der Vertreibung nach 1933, in *KritJ* 26 (1993), S. 438–460, (442 ff.), auf der Basis des hannoverschen Projektes „Deutsche Rechtswissenschaftler in der Emigration“ (Leitung *M. Walther* – federführend mit *L. Breunung* –, *J. Rückert*, *H. Rüping*). Zum Thema gehört, daß an diesem empirisch wes. Aufsatz merkwürdigerweise nur die *KritJ* sofort ernsthaft interessiert war.

⁴³ Dazu näher *Höpel*, *KritJ* 26 (1993), S. 447 ff. Auf die relevanten Unterschiede zwischen rassistisch und politisch Vertriebenen kann ich hier nur hinweisen.

⁴⁴ Dazu näher *Höpel*, *KritJ* 26 (1993), S. 454 ff. mit weiterführenden Hypothesen.

⁴⁵ Vgl. die wes. Nachschlagewerke: *P. Steinbach/J. Tüchel* (Hg.), Lexikon des Widerstands, 1994; *W. Benz/W. Pehle* (Hg.), Lexikon des deutschen Widerstands, 1994; *P. Hoffmann*, Widerstand, 2. Aufl. (1985). *Radbruch, Raiser, Flume* u. a. waren ohnehin nicht im Universitätsamt tätig.

Rechtswissenschaft, und für die Konturen der neuen Inhalte etwa in juristischen Zeitschriften, Vorlesungsangeboten und Schriften.

1. Die Chance der Autonomie

Spätestens mit der Kapitulation am 8. Mai und der Auflösung des Landes Preußen, vielerorts aber schon im Verlauf der militärischen Besetzung seit April 1945, erhielten die Universitäten und Fakultäten eine *unerwartete Chance*. Sie waren plötzlich befreit von Berlin und so staatsfrei wie kaum je zuvor, seit man von „Staat“ sprechen kann. Der Berliner Partei-Zentralismus des Reichswissenschaftsministeriums und die preußische Dominanz über 12 von 23 Fakultäten waren Geschichte⁴⁶. Alles Weitere hatte, was kaum zu überschätzen ist, fast ganz regional zu geschehen, also bayerisch-pfälzisch-hessisch-amerikanisch, rheinisch-westfälisch-niedersächsisch-holsteinisch-britisch, badisch-württembergisch-saarländisch-pfälzisch-französisch und preußisch-mecklenburgisch-thüringisch-sächsisch-russisch. „Die Zonen waren die wich|tigste Realität.“⁴⁷ Diese Befreiung war um so angenehmer, als die Gehälter offenbar fortgezahlt wurden, die neuen Aufsichtsinstanzen bei den ehemaligen preußischen Oberpräsidien und dann in den Ländern sich aber erst allmählich festigten. Selten waren die Universitäten so auf sich gestellt und unabhängig. *Hallstein* berichtet dazu als ehemaliger Frankfurter Rektor rückblickend am 25.3.1949:

„Damals war die ministerielle Bürokratie noch nicht ausgebaut und die Schwierigkeiten des Verkehrs verhinderten eine organisierte behördliche Fühlungnahme zwischen den einzelnen Hochschulressorts ... [es] standen durchaus einzelne Persönlichkeiten im Vordergrund. Es war so eine Art Bewegungskrieg auf jungfräulichen Gebirgskriegsschauplätzen, weitab von ungedruckten Armeetagesbefehlen, Munitionsmeldungen und Terminkalendern.“⁴⁸

Eine starke Selbstverwaltungsstellung der Universitäten und Fakultäten prägt daher auch die Lage in den Landesverfassungen (bes. Rheinland-Pfalz, Art. 39) und faktisch bis in die 1960er Jahre, während ihr grundsätzlicher Wert für allgemeine Freiheits- und Wohlfahrtsförderung durch autonome Wissenschaft heute wenig gewürdigt wird. Nicht zuletzt lagen die Universitäten als Institution selbst für die Besatzungsregime in einer gewissen Schattenlage, nicht unähnlich den kirchlichen Gemeinschaften. Zwar galt selbstverständlich auch für sie das Programm der „drei D“, also Demilitarisierung, Denazifizierung und Demokratisierung. Und selbstverständlich unterlagen sie der Militärregierung. Aber sie waren entgegen ersten Planungen nicht förmlich geschlossen worden, z. B. auf zwei Jahre, und kamen erst nach einiger Zeit unter individuelle Aufsicht von

⁴⁶ Dazu informativ *Pb. Eggers*, in: Dt. Verwaltungsgeschichte V, 1985, S. 966 ff.

⁴⁷ *Raiser* (o. Fn. 26), S. 230.

⁴⁸ Abdruck bei *Heinemann I* (o. Fn. 23), S. 5 und *Heinemann I*, S. 44 zur Gehaltszahlung.

Hochschuloffizieren. Die Einstellung des Vorlesungsbetriebs war zumeist noch von den deutschen Behörden ausgegangen oder der Beginn im Mai zunächst schlicht unterblieben⁴⁹. Auch die Sowjetische Anfangs-Militäradministration begegnete „der deutschen Universität“ mit großem Respekt und Wohlwollen, anders als zugleich der NKWD und die deutschen Kommunisten⁵⁰. *W. Pieck* forderte in seiner ersten öffentlichen Rede im Juli 45 mit brutaler Schärfe Ausrottung des Nazismus in den Hirnen⁵¹.

Aus den unbewältigten Abbauten und Aufbauten in dieser anfänglichen relativen Autonomie erwachsen die *späteren Konfliktzonen* mit den alliierten Bestrebungen zu Rückberufungen, „demokratischer“ Wissenschaft und Universität. Auch für die Juristen forderte diese Phase bemerkenswerte und noch ungeklärt folgenreiche Vorgänge heraus, vor allem Selbstreinigungversuche, weitreichende Studienordnungsdebatten und fakultätenprägende Entscheidungsspielräume zu Rückberufungen. Die Vorgänge sind nicht generell untersucht, nur mit Beispielen läßt sich einiges andeuten.

2. Selbstreinigung der Fakultäten

Einige Hochschulen präsentierten eigene Listen von Professoren oder Regeln zur Amtsenthebung oder Suspendierung, so Münster, Hamburg, Frankfurt a. M., Heidelberg⁵², Rostock und Köln. In Köln beschloß Anfang August 1945 eine Personalkommission, wohl unter Vorsitz von *Nipperdey*, Regeln, die auch in Vorschläge für personelle Konsequenzen umgesetzt wurden⁵³. Für die Juristen scheinen die Vorschläge nicht erhalten. Vielleicht gab es dazu keine. Denn die Kriterien sind nicht formal (etwa Parteimitgliedschaft), sondern fallbezogen flexibel und wirklich streng nur bei einer „führenden oder sonstwie gehobenen Stellung“ in Partei oder Parteigliederungen. In Frankfurt a. M. werden drei Instanzen mit etwas formaleren Kriterien gebildet. Die Kriterien erinnern an die berühmte amerikanische Direktive JCS 1067 (Joint Chiefs of Staff), sehen aber milder als diese Belastung erst bei mehr als nur nomineller Parteimitgliedschaft. Bei den Juristen mit *Hallstein*, *Coing*, *Schiedermair*, *Claß* und *Menzel* wurde keiner als belastet genannt⁵⁴, auch nicht *Claß*. Das war aber nicht das letzte Wort

⁴⁹ Dazu *Heinemann* 1 (o. Fn. 23), S. 42 und *Heinemann* 2, S. 1 und insgesamt in der Edition zu Hochschuloffizieren: auch *Heydenreuter* in: OMGUS-Handbuch (o. Fn. 23) S. 222 f.

⁵⁰ Dazu höchst spannend *M. Heinemann*, Umriss der Kultur- und Hochschulpolitik der Sowj. Militäradministration (SMAD) in der SBZ, in *Bildung und Erziehung* 45 (1992), S. 379–391.

⁵¹ Abdruck in *P. Fuchs* (Hg.), *Nachkriegsdeutschland, 1945–49*, 1990, S. 54.

⁵² Diese erwähnt *Heinemann* 1 (o. Fn. 23), S. 50.

⁵³ *F. Golczewski*, Kölner Universitätslehrer und der NS, 1988, S. 380–82; voller Abdruck aber nur bei *Vollnhals* (o. Fn. 23), S. 157 f., dort gez. von *Nipperdey* und Rektor *Kroll*.

⁵⁴ Dazu *N. Hammerstein*, Die J. W. Goethe-Universität I, Bd. 1, 1989, S. 567 ff., (570); die JCS Nr. 1067 etwa bei *Vollnhals* (o. Fn. 23), S. 98 ff.

für *Clafß* und später *Giese*⁵⁵. In Rostock kam es Ende Mai zu eigenen Prüfungsausschüssen, deren Juristenergebnis aber nicht mitgeteilt ist⁵⁶. In Göttingen blieb ein Spielraum von wenigen Tagen, den man zu einem „bewußten Rückgriff“ auf wiederentdeckte Selbstverwaltungsrechte wie die Rektorwahl nutzte, da darin eine „Chance liege, die Universität gegen Eingriffe von außen abzudecken“. Auch deswegen bevorzugte man *Smend* und in ihm auch den Staatsrechtler⁵⁷.

Alle diese Versuche haben den *Charakter der Prophylaxe*. In Frankfurt a. M. kommt der Anstoß zudem von der Stadt als Trägerin (einen Tag vor der Direktive 1067 v. 26.4.45), in Köln ist er unklar. In jedem Fall will man die Wiedereröffnung voranbringen und Selbständigkeit wahren. Einen klaren personellen Abbau und die entsprechende Eröffnung von Aufbaumöglichkeiten, gar Wege zum geistigen Neubau, kann man darin nicht sehen.

3. Rückberufungsspielräume

Diese ziemlich dilatorische Tendenz zeigt sich verstärkt in den Rückberufungsvorgängen zu Emigrierten [besser: Vertriebenen]. Das Profil der Fakultäten wird allgemein eher von Rückberufungen freigehalten, indem man etwa Stellen für Suspendierte u.ä. Fälle freihält. Darauf deuten die regelmäßigen Konflikte mit den Briten auf den nordwestdeutschen Hochschulkonferenzen und ähnliche Hinweise für die US-Zone⁵⁸. Allerdings läßt sich dies nicht ohne weiteres für alle Universitäten verallgemeinern und auf die Juristen übertragen. Gewissermaßen vergrößert wurde der Spielraum sogar durch die Gründung politikwissenschaftlicher Lehrstühle, auf die Juristen wie *Abendroth* in Marburg, *F. Neumann*, *Fraenkel* und *Flechtheim* in Berlin berufen wurden. Die Juristenfakultäten bringen eine Reihe von Emigrantenberufungen und Restitutionen zustande, z. B. in Göttingen *J. v. Gierke*, in Heidelberg *W. Jellinek* und *Radbruch*, in Bonn *A. B. Schwarz*, in München *Nawiasky*, *Rosenberg* und *E. Kaufmann*, in Freiburg *Pringsheim* und *G. Husserl*, in Frankfurt a. M. *Hoeniger* und *Kronstein*, in Berlin *W. G. Becker* und *Hirsch*, in Erlangen *Heinitz*, in Mainz *H. J. Wolff*. Die Liste kann aber nicht vollständig sein⁵⁹. Zudem liegen die Einzelfälle oft recht kom-

⁵⁵ Dazu bei *Diestelkamp/Stolleis* (o. Fn. 15), S. 21, 29, 126.

⁵⁶ Geschichte der Universität Rostock II, Bd. 2, 1969, S. 35 ff.

⁵⁷ Näher *Krönig/Müller* (o. Fn. 23), S. 149.

⁵⁸ Siehe *Heinemann* 1 (o. Fn. 23), S. 20f. mit deutlich negativer Bilanz und Nw. der Protokolle zum Thema.

⁵⁹ Hier nur die *Berufungen* an jur. Fak., daneben gibt es Honorarprofessuren, Gastprofessuren, Lehraufträge, vgl. die Zusammenstellung zur Rückkehr rassisch Verfolgter bei *Göppinger* (o. Fn. 25), S. 325–368 und die ergiebigen *Biographica* in: *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, hg. von *Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis*, 1993. Für die politisch Verfolgten existiert offenbar kein ähnlicher Versuch außer dem mehr exemplarischen Band *Streitbare Juristen*, hg. von *Krit. Justiz*, 1988 (darin zu *Radbruch*, *Kelsen*, außerdem *Neumann*, *Fraenkel*, *Abendroth*).

pliziert auch seitens der Rückberufenen⁶⁰. Man kann jedenfalls nicht sagen, daß die Vertreibungsverluste ausgeglichen worden wären und wohl auch nicht, daß ein energischer Anschluß an internationale Strömungen der Jurisprudenz gesucht worden wäre.

Vollends blockiert, und damit wegen der Altersstrukturen i. w. erledigt, wurde diese Frage bis in die 1960er Jahre durch die damals einhellige, heute viel kritisierte Entscheidung des *Bundestages in und zu Art. 131 GG* (1949 u. 1951). Denn dadurch wurde bekanntlich für eine ganze Reihe von sog. Amtsverdrängten ein Wiedereinstellungsanspruch geschaffen, der oft gegen die Absichten der Fakultäten zum Zuge kam. Erst das *BVerfG* hat seit 1952 mehrfach gegen den *BGH* und gegen die wiederum ganz überwiegende Meinung noch weitergehende Ansprüche abgewiesen⁶¹. In den Hochschulen hat das Gesetz mit den von ihm geschützten Personen wohl nicht die demokratischen und liberalen Strömungen in der Rechtswissenschaft gefördert⁶². Auch die konkreteren Folgen für einzelne juristische Fächer nach 1945 sind erst in Ansätzen überschaubar. Personen und Werke und Fachprofile müßten dazu Hand in Hand genauer betrachtet werden, eine Arbeit, die ins Monographische ginge⁶³.

4. Ausbildungszieldebatten und Juristentagungen

Unmittelbarer läßt sich einigen Ausbildungsdebatten und Juristentagungen Wesentliches entnehmen. *Welzel* und *Smend* in Göttingen stemmen sich im Dezember 1945 im englischen Hauptquartier gegen Versuche der OLG-Präsidenten *v. Hodenberg* (Celle) und *Kuhnt* (Kiel), einen „ausschließlich auf die Vorbereitung für die Zivilrechts- und Strafrechtspraxis“ zielenden Entwurf einer JAO durchzubringen, aber mit geringem Erfolg. Einbezogen werden zwar „allgemein-erziehende und bildende“ Prüfungsfächer, d. h. aber nur „Rechtstheorie, Verfassungs-, Verwaltungs- und Völkerrecht und ihre theoretische und ethische Grundlegung“. Das für die Implementation entscheidende Übergewicht der Universitätsprüfer wird nicht erreicht. Man erbittet und erhält daher erneut die volle Unterstützung der Hochschulkonferenz (Dezember 1945 und Februar 1946). Die Begründung gegen reines „Zweckstudium“ zeigt die Wissenschaftsvorstellungen.

Smend verurteilt recht dezidiert die „Ausrichtung auf praktisch-positivistische Stoffkenntnis und allenfalls Kasuistik“ im „preußischen Gebiet“, auch unter

⁶⁰ Vgl. die Beispiele *Honig* und *Leibholz* für Göttingen bei *F. Halfmann*, in: *Die Univ. Göttingen unter dem NS*, 1987, S. 116–118.

⁶¹ Zu alledem *M. Kirn*, *Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität?*, 1972, allerdings mit wenig historischem Interesse; dafür ergänzend *F. Bachof*, *Entnazifizierung*, in: *Dt. Geistesleben und NS*, 1965, S. 195–216 (211 f.).

⁶² Eine Untersuchung dazu fehlt allerdings.

⁶³ Vgl. die Hypothesen bei *Höpel* (Fn. 44) und noch unten bei Fn. 93.

Berufung auf Prüfungserfahrungen. Dabei fehle die „tiefere geistige und ethische Grundlegung und Durchdringung“, und das „bringe den Juristen in die Gefahr, Rechtswissenschaft als bloße Technik mißzuverstehen, die in den Dienst jedes beliebigen Machthabers treten solle oder jedenfalls treten könne“. Die „Rückwirkung dieser Prüfungsweise auf das Studium“ sei „die positivistische, nicht nach tieferen Begründungen suchende Haltung der Mehrzahl der Studierenden und damit auch der nachherigen Praktiker“ und Prüfer gewesen. Dem müsse vorgebeugt werden⁶⁴. Im Februar 1946 beklagt *Smend* sehr grundsätzlich, mit dem Praxis-Entwurf werde „die wichtigste Aufgabe der Rechtsfakultäten in der Gegenwart und die Hoffnung auf eine von den Rechtsfakultäten ausgehende ‚Erweckungsbewegung‘ zu vertieftem Sinn für Sittlichkeit und Gerechtigkeit in Staat und Volk und internationaler Ordnung in Frage gestellt“⁶⁵.

„Tiefe“, „Sittlichkeit“ und „Gerechtigkeit“ sind die Stichworte, die der religiös pietistischen Anspielung auf „Erweckung“ entsprechen. *Smends* Abwehr ist deutlich, die positive und konkrete rechtswissenschaftliche Umsetzung weniger. Wie schon zu den Studenten bemerkt, herrscht eine gewisse abstrakte Ethisierung mit etwas unklaren Konsequenzen für konkrete Freiheit und Gerechtigkeit und Rechtswissenschaft im modernen Staat [oben 11 f.].

Wenig später erhält die Debatte neuen Auftrieb, da die Pläne für Südwestdeutschland bekannt werden, die „in einem völligen Gegensatz zu der nordwestdeutschen Regelung“ stehen: keine reine Fachausbildung, Universitätsabschlußexamen mit entsprechender Besetzung der Prüfungskommissionen. Dafür verwendet *Smend* nun sein methodisches Stichwort „geisteswissenschaftlich“⁶⁶. Wieder versteht man die Abwehr gegen naturwissenschaftlich-empirische Haltung leichter als den positiven Gehalt. Noch 1948 wird *H. Thieme* „offen gestanden“ bei dem jetzt in Hessen umgesetzten Programm „ein wenig Angst“⁶⁷. „Rechtswissenschaft“ sollte nun in hessischen Prüfungen eingelöst werden als „wissenschaftliche Allgemeinbildung“ versus „Gesetzeskunde“, konkreter als „vorwiegende Wissenschaftsprüfung“. Zu prüfen waren Recht als „überzeitliche und überstaatliche Kulturerscheinung“, mit „entscheidender Bedeutung“ der allgemeinen Rechtslehre und Rechtsphilosophie in ihren Quellen vom „Altertum bis zur Gegenwart“ in „Deutschland und der Welt“ und die „Kenntnis der geistesgeschichtlichen, soziologischen und wirtschaftlichen Grundlagen der großen

⁶⁴ Protokoll bei *Heinemann* I (o. Fn. 23), S. 107 v. 5./6. 12. 45, Beschluß dazu *Heinemann* II, S. 552.

⁶⁵ *Heinemann* I (o. Fn. 23), S. 141.

⁶⁶ Bei *Heinemann* I (o. Fn. 23), S. 185, Mai 46. Dazu jetzt wichtig *W. März*, Der Richtungs- und Methodenstreit der Staatsrechtslehre oder der staatsrechtliche Antipositivismus, in: Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik, *K. W. Nörr/B. Scheffold/F. Tenbruck*, 1994, S. 75, der treffend den polemischen Gehalt und die Wertfragen betont (77 u. ö., 103, 105, 106 ff.).

⁶⁷ *H. Thieme*, Eine neue juristische Ausbildungsordnung, in *MDR* 1949, S. 87 f.

Gegenwartsprobleme“⁶⁸. In der Tat erscheint ein wenig Angst berechtigt, nähme man das Programm wörtlich. Aus heutiger Lage klingen die Anforderungen geradezu verwegen.

Für die damaligen Versuche einer *Erneuerung der Rechtswissenschaft* als Lehre und Studium ergibt sich zweierlei:

(1) der „*geisteswissenschaftliche*“ Wissenschaftsanspruch, der negativ klar ist, aber positiv abstrakt und richtungslos, und der in dieser Verlegenheit zur Stoffhäufung tendiert;

(2) diese eher vage methodische Erneuerung geht Hand in Hand mit einer ebenso vagen *Ethisierung* des Fachs. Zu dieser Linie gehört die Suche nach „Gerechtes Recht“ (*Buchwald*, 1946) oder „Oberste Grundsätze des Rechts“ (*Coing*, 1947) oder einem „Lebenswert der Rechtsgeschichte“ (*Mitteis*, 1947) oder nach „Erneuerung des Naturrechts“ (*Coing*, 1948) oder apriorischen „sachlogischen Strukturen“ im Sinne „materialer Gerechtigkeit“ (*Welzel*, 1951).

Deutlicheres dazu läßt sich finden in den verwascheneren und gerade deswegen stimmungsnäheren Meinungsbildern verschiedener *Juristentagungen der ersten Jahre*. In der evangelischen Akademie Bad Boll beschließen die Teilnehmer einer Juristentagung im Oktober 1946 sieben Thesen, in denen Recht, Gerechtigkeit und Gottes Wort aufs engste verwoben sind⁶⁹. Für den Konstanzer Juristentag im Juni 1947 werden hervorgehoben „eindrucksvolle Bekenntnisse zur europäisch-völkerverbindenden Humanität“ und zu dem Recht, „das für alle, Sieger und Besiegte, gelte und für die ganze Welt“⁷⁰. Für die Münchener Juristentagung im Juni 1948 wird berichtet, die Nürnberger Tatbestände seien als „neues Recht anzusehen, das als ein Gebot höherer Gerechtigkeit anzuerkennen sei“. Dies habe die „lebhafteste Zustimmung der Versammlung“ gefunden⁷¹. Die dritte Hamburger Völkerrechtstagung im April 1949 will wenigstens „naturrechtliche Gesichtspunkte zur Auslegung und Lückenfüllung bestehenden Rechts“ heranziehen⁷². Dies sind Schlaglichter ohne systematische Analyse, aber sie beleuchten eine stark ethische, abstrakt geistesorientierte Meinungslage vieler Juristen. Der wichtige, zeitgenössisch mitschwingende Gehalt der allgemeineren Sätze gewinnt darin Kontur.

In diesen Positionen hat Rechtswissenschaft eine stark ethische, sittliche, ja ewige und naturrechtliche Seite. Aber diese naturrechtliche Seite ist eigentlich nur eine allgemein-metaphysische. Denn klare positive Inhalte, wie sie das klassische Naturrecht vertritt, fehlen. Es fallen vielmehr Stichworte wie Rechtsidee,

⁶⁸ Nach *Thieme*, in MDR 1949, S. 87 f.

⁶⁹ Siehe *Walz*, Juristentagung der Evangelischen Akademie, in SJZ 1946, S. 254 f.

⁷⁰ *W. Klaas*, Der Konstanzer Juristentag vom 1. bis 5. Juni 1947, in ZJBlatt Brit. Z. 1947, S. 9–11.

⁷¹ Bericht in SJZ 1948, S. 338.

⁷² Bericht von *E. Kern*, in MDR 1949, S. 348 f.

Gerechtigkeit, Humanität, Sittlichkeit. Irgendwo beginnen dann positives Recht und Gesetzesbindung, ohne klare Regeln.

5. Zweierlei Rechtswissenschaft und Studium generale

Diese Beobachtung schärft den Blick für weittragende Differenzen. Andere Strömungen haben positiv bestimmtere Konzepte. Sie implizieren andere als „geisteswissenschaftliche“ Vorstellungen von Rechtswissenschaft. So eröffnete *Radbruch* 1946 das Heidelberger Jurastudium mit einer knappen Rede über „Die Erneuerung des Rechts“^{72a}. Sie müsse mit der „Umschulung der deutschen Juristen“ und der „Rechtserziehung des ganzen deutschen Volkes“ von den juristischen Fakultäten ausgehen. In Titel und Text stellt er nicht „Rechtswissenschaft“ voran, sondern *rechtsinhaltliche Forderungen*: Rechtsstaat gegen soeben erfahrene Willkür; Menschenrechte als Geltungsgrenze gerechtigkeitsfeindlicher Gesetze; Heiligkeit des Rechts und der Verträge gegen Willkür; Rechtsvergleichung zur Klärung dessen, was wandelbar und was ewig ist, was als Eigenart, Vorteil und Mangel erscheint und gegen ideologische Enge; Ausbau eines sozial modifizierten Privatrechts; Rechtssicherheit und Humanität im Strafrecht gegen die „größten Verwüstungen“; Selbstverwaltung und Demokratie von unten im Staatsrecht; Weltfriede und persönliches Strafrecht im Völkerrecht zur Kriegsverhütung und zur Einlösung Nürnbergs.

Radbruch nimmt Stellung und wird gewissermaßen politisch. Aber er politisiert nicht, sondern umschreibt und begründet konkret erstrebenswerte Wertstandards. Er benennt konkrete Gerechtigkeit. Darin liegt *Zurückhaltung gegenüber Naturrechtsmetaphysik*, aber zugleich voller Einsatz für bestimmte Naturrechtsanliegen. *Radbruch* gab in seiner berühmten Unerträglichkeitsformel^{72b} auch die präziseste Lösung für inhaltliche Grenzen von Rechtsgeltung an der Menschenwürde als Norm. Für den Abbau und Aufbau von Rechtswissenschaft nach 1945 erscheint mir daran weniger die Frage bemerkenswert, ob dies naturrechtlich, positivistisch oder „gemäßigt relativistisch“ zu nennen sei. Bemerkenswert unterscheidend erscheinen vielmehr *Radbruchs* inhaltliche Klarheit zur „Erneuerung des Rechts“ und sein Mut zu möglichst rational nachvollziehbaren, grundlegenden juristischen Wertungen. Damit führt er seine Rechtswissenschaft über das allgemein „geisteswissenschaftliche“ und allgemein „ethische“ Vertiefen hinaus. Sie leistet einen direkten Beitrag zur Wertanalyse wesentlicher juristischer Sätze.

Radbruch bewegt sich zwischen metaphysisch allgemeinen und politisierend wertbefangenen Strömungen in einer empirisch und juristisch genaueren „Ethi-

^{72a} *Radbruch*, in: Die Wandlung 2 (Heft 1), 1947, jetzt in *ders.*, Gesamtausgabe, Bd. 3 III, 1990, S. 107–114.

^{72b} *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in SJZ 1946 (August), S. 105–108; jetzt in *ders.*, Gesamtausgabe, Bd. 3 III, 1990, S. 83–93.

sierung“ der Rechtswissenschaft, die die Rechtsgeltung nicht zugleich verunsichert. Er trifft sich darin mit *Fritz von Hippel*, der ebenfalls zwischen der von den neuen Propheten verkündeten Wahl zwischen „Gott oder dem Nihilismus“ hindurchsteuern will. *von Hippel* gründet Rechtswissenschaft daher dreifach: Auf den „Willen zur Wahrheit“, auf eindringende konkrete „Wirklichkeitsanschauung“ statt „Weltanschauung“ in Rechtsfragen und auf die Ermittlung und Umsetzung „elementarer Rechtssätze“, ohne die die Idee des Rechts nicht verwirklicht werden könne⁷³.

Die große Bedeutung dieses Dissenses zu *Smend* u. a. zeigt sich an der Überlegung, welches das richtige Wort wäre, um jenes Gebiet zu bezeichnen, in dem Fragen des Rechts, der politischen Theorie, der Ethik und der Anthropologie zusammentreffen⁷⁴ – „philosophisch“ genügt offenbar so wenig wie „wissenschaftlich“ oder selbst die oft beschworene „Wahrheit“. Es war und ist gerade die Frage, was hier in welchem Sinne als Wahrheit erforscht und bezeichnet werden durfte. Die vielfachen Appelle von Zeitgenossen an bloße Wahrheit als Aufgabe von Wissenschaft und Rechtswissenschaft blieben insoweit hilflos⁷⁵, ganz zu schweigen von ungenügenden Anleitungen wie der, Wissenschaft sei nach dem Zurücktreten der Philosophie nur noch etwas wie „eindringliche Beschäftigung“ und der Bildungswert daher problematisch⁷⁶. *Radbruch* und *von Hippel* neigen zu komparativen Analysen bestimmter Wertmerkmale und entsprechenden Wertempfehlungen. *Smend* und *Welzel* denken sich die Verhältnisse substantieller, in „Dingbegriffen“ und Rechtsinstituten statt in „Relationsbegriffen“ und Rechtssätzen.

In diesen Debatten von *Smend*, *Welzel* und *von Hodenberg*, über die Hochschulkonferenzen bis zu Hessen 1948, *Thieme*, *Radbruch* und *von Hippel* findet man also *negative Einigkeit* gegen bloß technische Jurisprudenz, Praxismus und Positivismus oder besser „sinnentleerten Positivismus“ (*von Hippel*). Im Positiven scheiden sich die Geister und Konzeptionen erheblich. Naturrecht und Naturrecht, Ethik und Ethik, Rechtswissenschaft und Rechtswissenschaft werden zweierlei. Das Wertungsproblem wurde „geisteswissenschaftlich“ energisch und doch juristisch etwas halbherzig angegangen, auch ein gewisses Ausweichen in „Erweckung“ oder bloße Allgemeinbildung lagen nahe. Der *kritische Relativist* und Jurist *Radbruch* und *von Hippel* versuchten hier weiterzuhelfen.

Die bedeutsame Differenz soll noch kurz für die Idee eines *Studium generale* verfolgt werden. Denn unter dieser nach 1945 lange stark konsentierten Kom-

⁷³ *v. Hippel*, Vorbedingungen einer Wiedergesundung heutigen Rechtsdenkens, 1947, hier S. 39, 13, 27, 41 ff., mit einer Fülle brillanter Wertargumentation am Beispiel.

⁷⁴ In Analogie zu *F. A. v. Hayek*, Die Verfassung der Freiheit (1960), 1991, S. 6.

⁷⁵ Vgl. etwa *R. Reinhardt*, Universität und Staat, 1951, S. 3, 6; wohl auch *Raiser*, Die Universität im Staat, 1958, S. 14 (auch in *ders.* [o. Fn. 26], S. 254); Die Ausbildung (u. Fn. 77), S. 238 u. ö.

⁷⁶ Die Ausbildung (Fn. 77), S. 143.

promißformel⁷⁷ konnte der Dissens im Positiven aufgehoben werden. Wie man „rechtswissenschaftlich“ mit der Allgemeinbildung umging, ob stoffsammelnd, allgemein vertiefend oder juristisch-wertbeziehend, blieb nämlich offen, zumal in den Ausbildungsordnungen. Auch die Betonung der „Fähigkeit zum rechtlichen Denken“ und der Beherrschung „des Wesentlichen“ in den eindringlichen Fachkommissionsvorschlägen der sog. Hinterzarterer Hochschulreformtagungen von 1952⁷⁸ bleiben unscharf. Bis heute kranken die sog. Verständnisprüfung und ähnliche Zielformeln oder die Rede von Grundzügen und Grundlagen an dieser einigenden Unklarheit. Negativ konnte man sich also leichter verstehen, bis hin zu merkwürdigen Allianzen und Kontinuitäten. Denn negativ konnte sich *Radbruch* 1940 mit *Erik Wolf* und (unhistorisch) noch mit *Gierke* gegen das Regime einig nennen „unter dem Banner der Rechtsidee“⁷⁹. Und *Raiser* konnte 1942 in Straßburg einig werden mit „politisch prononcierten Köpfen, wie *Dahm*, *Schaffstein*, *Huber* ..., daß es nun darauf ankam, für das Recht einzustehen“⁸⁰. Das hieß aber nicht, daß *Radbruch* oder *Raiser* wie *Smend* oder *Wolf*, *Dahm*, *Schaffstein* und *Huber* oder auch *Erich Kaufmann* den massiven Anti-Positivismus der 20er Jahre fortführten. Im Gegenteil mußte dieser Konflikt im Positiven mit dem Ausklang der einigenden Krise in den späten 50er Jahren wieder aufflackern und erst recht in | den 70er Jahren mühsam und philosophisch weniger versiert von neuem ausgetragen werden.

6. Alternativen und neue Ansätze

Die verblüffenden Kontinuitäten der Meinungslager zur Weimarer Rechtswissenschaft zurück und nach vorn in die Republik provozieren die Frage, ob denn der große Neubeginn nicht auch andere, neue Ansätze hervorgebracht hat. Auch dazu zeigt die Ausbildungsebene deutlichere Konturen als so viele abstrakte Texte zu Rechtswissenschaft. Studium generale galt in der Tat als die „deutsche Antwort“ auf die Krise und auf die oktroyierte Re-education, wie schon die „deutsche Universität“ Humboldts gegen die französische Fach- und Berufsausbildung⁸¹. Für die Jurisprudenz stellte sich die Frage nach Alternativen noch enger. Weder die amerikanischen, noch die englischen oder französischen Erfahrungen mit universitärer Rechtswissenschaft wurden ernsthaft in Betracht gezogen. Es blieb bei freundlichen Gesten, unverbindlicher Neugier und den

⁷⁷ Dazu für 1953ff. kurz der Bericht der sog. *Husserl*-Kommission, Die Ausbildung der deutschen Juristen. Darstellung, Kritik und Reform, 1960, S. 178; für davor etwa *Thieme* (o. Fn. 67) und vor allem *Krönig/Müller* (o. Fn. 23), S. 200–207; generell trägt diese Vagheit auch den hier starken Konsens der Hochschulkonferenz (dazu bei Fn. 64f.).

⁷⁸ Bei *R. Neuhaus*, Dokumente zur Hochschulreform 1945–1959, 1961, S. 410ff.

⁷⁹ In Rez. zu *Wolf*, Große Rechtsdenker, 1939, s. *Radbruch*, Gesamtausgabe 3: Rechtsphilosophie III, 1990, S. 77.

⁸⁰ *Raiser*, Fünfzig Jahre Juristenleben (1973), in *ders.* (o. Fn. 26), S. 65.

⁸¹ *Krönig/Müller* (o. Fn. 23), S. 200–207; *Schelsky* (o. Fn. 1), S. 68f. u. ö.

bald beliebten Austauschbewegungen von Studenten und (Gast)-Professoren. Bezeichnend verläuft eine kurze Phase von intensiverem Interesse der *amerikanischen Legal and Education Branch* von OMGUS, die Ende 1947 zu einer zweitägigen Besprechung amerikanischer Experten mit „ihren“ Juristenfakultäten führte⁸². Man beschließt: Verbesserung der Allgemeinbildung, ergänzende Vorlesungen zu aktuellen politischen und sozialwissenschaftlichen Themen, Betonung des Berufsethos, Intensivierung des rechtsphilosophischen und sozialwissenschaftlichen Unterrichts, rückhaltlose Auseinandersetzung mit der jüngsten Vergangenheit auf den einzelnen Fachgebieten, Zurverfügungstellung des Nürnberger Prozeßmaterials, „Fall“-Unterweisung (case-method) als Ergänzung, Auswahl der Studenten durch die Fakultäten, neue Gemeinschaftsformen und vor allem Austausch von Studenten und Lehrern.

Auch hier verdeckt der Konsens über Allgemeinbildung *unterschiedliche Konzeptionen* von Rechtswissenschaft. Die wesentlich differenten „Randbedingungen“ kamen kaum zur Sprache, nämlich: die Privatfinanzierung der amerikanischen Law Schools, die nur-universitäre Ausbildung zum fertigen Anwalts-Juristen, die faktisch notwendige *pre-legal-education*, die Ausbildung eines starken professionellen Standesbewußtseins, die nichtidealistische Tradition⁸³.

Das gleiche gilt für die *englische Alternative* mit ihrem theoretischen, nicht fachlich gesetzesbezogenen Universitätsunterricht und der entscheidenden praktischen, persönlichen Ausbildung im „Inn“ als Mitglied einer Standesgruppe und Profession, ja als „Menschentyp“⁸⁴.

Die *deutsche Staatsbindung und -finanzierung der Universität* und speziell der zweistufigen Juristenausbildung wurde aber nach 1945 nie ernsthaft erfolgreich in Frage gestellt. Lediglich zu Akzentverschiebungen kam es. Staatsfrei *und* staatsfinanziert sein zu wollen, wäre auch illusionär gewesen. Es ist jedoch wahrscheinlich, daß eine gewissermaßen kostenlose Autonomie von Lehre und Studium freie Selbständigkeit nicht optimal fördert, weil sie sie dem individuellen Ethos überläßt⁸⁵. Immerhin wollte die amerikanisch-deutsche Tagung Prüfung und Studentenauswahl universitär gestalten. Aber man änderte nichts Grundlegendes. Die in Sachen Freiheit prekäre Staats- und Gesetzesbindung der Rechtswissenschaft wurde festgehalten und später verstärkt. Alle Plädoyers für Allgemeinbildung, Vertiefung, Philosophie, Politik, Sozialwissenschaft blieben Lippenbekenntnisse oder Illusion, solange man ihnen eine mehr oder weniger gegenläufige Staatsprüfung folgen ließ. *Smend* hatte dies in Preußen wie erwähnt drastisch erfahren.

Für *Politikwissenschaftliches* war die Einbeziehung an sich nicht neu, für *Sozialwissenschaftliches* gegenüber vor 1945 dagegen eher (sieht man von der Rassen-

⁸² Bericht von *W. Hallstein*, SJZ 1948, 216f. Zum OMGUS-Interesse wegen demokratischen „Defiziten“ im Erziehungsbereich: Handbuch (o. Fn. 23), S. 230, 224.

⁸³ Dazu gut in: Die Ausbildung (o. Fn. 77), S. 10ff., 35ff.

⁸⁴ Ebda., S. 15.

⁸⁵ Vgl. *Hayek* (o. Fn. 74), S. 474ff.

biologie ab). Die erneute Zuwendung bedeutete aber tatsächlichen Abbau. Denn beide Fächer wanderten aus und kamen nur noch als fremde Gäste, vor allem von der Freien Universität in Berlin oder von hessischen Universitäten oder auch aus Speyer⁸⁶. Die Auswanderung betraf nicht nur Personen oder Spezialfächer, sondern wissenschaftliche Alternativen. Was *Radbruch*, von *Hippel* u. a. wie *Rabel* als komparative historisch-empirische Analyse von juristischen Wertfragen und Wertsetzungen jenseits von Metaphysik und bloßer Politik begonnen hatten, hatte in innerer Verbindung gestanden zu berühmt gewordenen Arbeitsweisen eines *F. Neumann*, *Fraenkel*, *Kirchheimer* und später *C. J. Friedrich* und *Loewenstein* vor und in der Emigration⁸⁷. Diese Alternative wurde und wird in der universitären Rechtswissenschaft zu ihrem Schaden kaum weitergepflegt, eher an den Max-Planck-Instituten, aber dort wiederum oft weniger „juristisch“ interessiert. Nicht zufällig mußten die soeben erwähnten Autoren alle aus dem Amerikanischen rückübersetzt werden. Ebenso verlagerte sich die so wichtige empirisch-juristische Spezialisierung in eine unabhängige Rechtssoziologie, deren „Rückkehr“ in die Rechtswissenschaft immer noch große Probleme bereitet. Spezialisierung hieße aber in Wahrheit, diese Empirie mit sozialwissenschaftlichem und juristischem Erkenntnisinteresse *parallel* zu betreiben, und nicht, sich mit einer Variante zu beider Unzufriedenheit zu begnügen. Paralleles wäre auch für die an sich besonders alten Verbindungen zur Ökonomie zu sagen, die großteils reimportiert werden mußten als ökonomische Analyse⁸⁸.

Große Teile der deutschen Rechtswissenschaft verharren und verharren dagegen nach der täglichen dogmatischen Arbeit, die ja viel wichtiges Neues bot, wie gelähmt in dem überholten Grundsatzschisma zwischen „*Positivisten und Antipositivisten*“. Theorieabsichten führen daher schnell zum Ausbruch in Metaphysik, Dogmatik bleibt leicht bloßes Handwerk, Empirie bleibt beiderseits leicht beiseite. Die deutsche Rechtswissenschaft nach 1945 hat die fruchtbare Alternative einer politikwissenschaftlichen und empirischen Perspektive in der Rechtswissenschaft selbst mehr abgebaut als alle ihre Vorgänger bis zurück zu *Hugo* und *Savigny*. Vermutlich hängt aber gerade diese breitere Arbeitsweise zusammen mit prinzipiell freiheitlich ansetzender Jurisprudenz. Denn sie führt die Wertungsfragen ins jeweils Konkrete fort, wie für *Radbruch* und *von Hippel* gezeigt wurde. Sie schärft und bildet damit das juristische Wertbewußtsein ohne

⁸⁶ Dazu der Bericht von Minister a. D. *Stein* bei *Heinemann* 2 (o. Fn. 23), S. 198 f. Das hessische Kabinett schuf gegen Widerstände je einen politikwissenschaftlichen Lehrstuhl in Frankfurt a. M. (*E. Meyer*), Darmstadt (*E. Kogon*) und Marburg (*W. Abendroth*) außerhalb der Juristenfakultäten. In Speyer gehörte wieder nicht zufällig der aus den USA zurückgekehrte *F. M. Marx* zu den wichtigen Köpfen.

⁸⁷ Vgl. *F. Neumann*, Die Herrschaft des Gesetzes (1936, dt. 1980); *E. Fraenkel*, Der Doppelstaat (1941, dt. 1974 u. ö.); *O. Kirchheimer*, Politische Justiz (1961, dt. 1965); *C. J. Friedrich*, Der Verfassungsstaat der Neuzeit (1941, dt. 1953); *K. Loewenstein*, Verfassungslehre (1957, dt. 1958).

⁸⁸ Bezeichnend die Hinterzarterner Lösung 1952, zwar die Juristen selbst dazu aufzufordern, aber ohne jede Anleitung und Konsequenz, bei *Neuhaus* (o. Fn. 78), S. 111 f.

plattes Stellungnehmen. Mit „Wertungsjurisprudenz“ hat das übrigens wenig zu tun.

7. Besatzungsregime und Rechtswissenschaft

Man war nach 1945 in den Hochschulen natürlich nicht allein, sondern saß auch unter olivfarbenen u. a. Uniformen⁸⁹. Es mag erstaunen, daß dieser so wesentliche Faktor hier erst jetzt herangezogen wird, zumal dazu relativ am meisten geforscht wurde. Die wertvollen Ergebnisse zur Entnazifizierung, den Plänen und Phasen und Konzeptionswechseln dabei, den Rechtsquellen und -formen, den Kontrolloffizieren, -formen | und -intensitäten, den zonalen Unterschieden vom direkteren amerikanischen Eingriff über die britische „indirect rule“ und die russischen Fraktionierungen bis zur französischen Liberalität, zu Erfolgen und Mißerfolgen usw., ergeben jedoch für die Rechtswissenschaft nur recht wenig. Besatzungsmacht und Kontrolloffiziere bestimmten, halfen und empfahlen viel und befahlen nicht selten. Was traf die Rechtswissenschaft? Von den Universitätsämtern erscheinen nur die Rektoren und Kuratoren in den Listen der Amtsbelasteten⁹⁰. Die frühen Entlassungen⁹¹ betrafen immerhin exponierte Juristen wie *Schmitt, Huber, Ebel, Siebert, Krause, Dahm, Larenz, Lange, Eckhardt*[, kurz auch *Nipperdey*]. Fast alle kehrten in den 1950er Jahren zurück. An Intelligenz im Fach fehlte es ihnen ohnehin nicht, neuer Einfluß ergab sich daher. Exportaktionen der Alliierten wie in den Naturwissenschaften erübrigten sich, da viele kreative Juristen emigriert waren⁹². Die Entnazifizierung verschob immerhin die Gewichte deutlich. Einflußreiche Positionen blieben zunächst selten in belasteten Händen. Die Re-education traf jedoch in der staatsbeamtenorientierten Jurisprudenz wie gezeigt auf besonders enge und fast unveränderliche Fachbedingungen.

8. Fachgeschichtliches

Nachzugehen wäre den großen juristischen Themen nach 1945, den inhaltlichen Tendenzen allgemein und in den Fächern. Zu den großen Themen gehörten Deutschlands Rechtslage, die Entnazifizierung des Rechts, der Personen und der Sachen, die Nürnberger Tatbestände, die neue Richterrolle, das neue Privatrecht, die Sozialisierung. Viel davon wurde in jüngerer Zeit unbefangener

⁸⁹ Anschaulich *Krönig/Müller* (wie o. 23), S. 96.

⁹⁰ Kontrollratsdirektive Nr. 24 v. 12.1.46, Nr. 63 (bei *Vollnbals* [o. Fn. 23], S. 115).

⁹¹ Nirgends zusammengestellt.

⁹² Dazu *Höpel und Göppinger* (o. Fn. 42 und 25) und *E. C. Stiefel/F. Mecklenburg*, Deutsche Juristen im amerikanischen Exil, 1991.

erforscht⁹³. Zu den Fächern liegen soeben wertvolle Übersichten vor⁹⁴. Zu kurz kommt eine für die Rechtswissenschaft jedenfalls sehr wichtige Frage. Ist nicht über feindliche Fraktionen hinweg tatsächlich eine *große Kontinuität im „Jahrhundert des Sozialismus“* (von Hayek)⁹⁵ seit ca. 1880 zu beobachten? Themen wie Grundrechtstheorie, Sozialstaatsprinzip, Schutzpflicht, Gesetzesbindung oder Sozialingenieur, Öffentliches und Privates Recht, Vertragsfreiheit und Sozialautonomie, faktischer Vertrag, Vertrag mit Schutzwirkung, „positive“ Vertragspflichten (und deren Sanktionierung), Vertrauensprinzip, absolute Rechtsgüter, Verkehrssicherungspflichten, Versorgungsausgleich, Sonderprivatrecht, Umfang und Funktion des staatlichen Strafrechts – überall scheint die Frage nach „frei und sozial“ ergiebig und umkämpft. Nicht mehr frei „oder“ sozial lautet das Problem, sondern – anders gesagt – Freiheit im Wohlfahrtsstaat. Aber die juristische Verbindung der Prinzipien fehlt. Die Vermittlung geschieht durch „Abwägung“ und nicht durch allgemeine, entscheidungsfähige Rechtssätze. Eine regelgeleitete Verbindung erweist sich als wissenschaftlich unbewältigte Aufgabe⁹⁶, die nicht einmal mehr besonders bewußt zu sein scheint. Ähnlich wie die Gleichheitsfrage wird sie weitgehend der Rechtsdurchsetzung überlassen.

IV. Bilanz und Reprise

Eine historische Bilanz fällt so schwer wie die Wirklichkeit selbst. Sie wäre im Sinne der Arbeitsweise der verschütteten und ausgewanderten wissenschaftlichen Alternative eines – wie ich das nennen möchte – *kritischen juristischen Rationalismus* anhand hinreichend konkreter Wertfragen je empirisch argumentierend durchzuführen. Die Vorarbeit dazu fehlt völlig. Der „geistige Wiederaufbau“ fand insoweit kaum statt. Die beliebten Aufstellungen über Kontinuitäten und Diskontinuitäten genügen dafür nicht, da sie nur Verläufe zerlegen, aber die Vorgänge nicht rational auf Werte beziehen. Das oben Berichtete mag Anhalt und Anlaß sein zu eigenen Bilanzen. Dann fallen auch die Reprisen seit 1989 ins Auge. Der erneute Abbau und Aufbau nach der Vereinigung verlief jedoch Punkt für Punkt, wie oben vergleichbar, unter offensichtlich völlig anderen Bedingungen.

⁹³ Siehe jetzt generell und mit gutem Nwn Kroeschell III 1992 (o. Fn. 17), spezieller B. Diestelkamp, Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, in JuS 1980, S. 401 ff., 481 ff., 790 ff.; 1981, 96 ff., 409 ff., 488 ff.; ders. Rechtsgeschichte als Zeitgeschichte, in: ZNR 7 (1985), 181–207; Etzel (o. Fn. 29); S. Jung, Die Rechtsprobleme der Nürnberger Prozesse, 1992.

⁹⁴ Bei Simon (o. Fn. 18), jeweils mit Lit.

⁹⁵ Hayek (o. Fn. 74), S. 232 ff.

⁹⁶ Vgl. auch meinen Versuch zu „Frei und sozial“, in ZfA 1992, 225–294 (281 ff.), fortgeführt in der Einführung zu: Philipp Lotmar, Schriften, 1992, LVIII ff. [Jetzt mehr ausgeführt in: „Frei und sozial“ als Rechtsprinzip, Baden-Baden 2006 und zu Abwägung unten S. 274 ff., sowie zu Sozialstaat unten S. 421 ff.].

2. Zeitgeschichte des Rechts: Aufgaben und Leistungen zwischen Geschichte, Rechtswissenschaft, Sozialwissenschaften und Soziologie

Einleitung	28
1. Süße Früchte – verbotene Früchte?	28
2. Vorposten für Theorie und Praxis	31
3. Fünf Dauerprobleme – fünf Einwände	36
I. Ist Zeitgeschichte überhaupt Wissenschaft?	37
1. Die zwei Gestalten der Zeitgeschichte	37
2. Ideologien, Scheinprobleme und Vorurteile	39
3. Die Erblast der Zeitgeschichte	40
4. Die Besonderheit der Zeitgeschichte ist nur eine graduelle	42
II. Ist Juristische Zeitgeschichte überhaupt Rechtsgeschichtswissenschaft?	44
III. Stört Juristische Zeitgeschichte nicht bloß die Rechtswissenschaft?	46
1. Die drei Rechtswissenschaften	47
2. Der Platz einer juristischen Zeitgeschichte	49
3. Das spezifische Problem einer juristischen Zeitgeschichte	49
IV. Stört Juristische Zeitgeschichte nicht bloß die Rechtspraxis?	50
1. Juristisches Geltungsinteresse und allgemeines Erkenntnisinteresse	51
2. Ein Beispiel aus der juristischen Dogmengeschichte	52
3. Annäherungen der Erkenntnisinteressen	53
4. Juristische Zeitgeschichte und historische Auslegung	54
V. Ist Juristische Zeitgeschichte nicht bloß schlechte Soziologie und Sozialtheorie?	54
1. Geschichte, Soziologie und Recht – eine Mesalliance?	60
2. Zum Begegnungsstand von Rechtsgeschichte und Sozialwissenschaften	64
3. Drei Lektionen	64
VI. Zwischenbilanz	69
1. Die fünf Einwände	69
2. Komplementarität, Scheinprobleme, Interessenunterschiede und -verbindungen	70
VII. Juristische Zeitgeschichte heute und morgen	74
1. Die DDR 1949–1990	74
2. Systemvergleich	78
3. Diktaturenvergleich: Doppelstaaten, Unrechtsstaaten, Scheinrechtsstaaten ..	81
4. Historisch-juristische Sachtypen	88
5. Juristenrollen und -funktionen	92
6. Bundesrepublik	92
7. Selbstverständliche Vorverständnisse	97
8. Die Zeit der juristischen Zeitgeschichte	99
Zusammenfassung	99

Einleitung¹

1. Süße Früchte – verbotene Früchte?

Über Juristische Zeitgeschichte und Zeitgeschichtsforschung zu schreiben bedarf einer gewissen Ermutigung, zumal wenn man unvermeidlich etwas befangen erscheint. Auch die nicht selten etwas giftige Umstrittenheit der Sache verlockt wenig. Außerdem gelten Theoriediskussionen als etwas steril. Immerhin kann man angesichts der bedeutenden Historikerdiskussionen kaum sagen, das Thema sei unter Rechtshistorikern, grundlageninteressierten Juristen und historisierenden Sozialwissenschaftlern erschöpft. Vielleicht lassen sich auch einige schon fast stehende Urteile etwas abbauen.

Daß man sich in einen Kampfplatz *par excellence* begeben muß, kann nicht verwundern – denn die Früchte der Zeitgeschichte gelten als ebenso süß wie verboten. Methodisch und inhaltlich, wissenschaftstheoretisch und -praktisch, wäre es gewissermaßen der Gipfel wissenschaftlicher Historie, auch diesen immer jüngsten Sproß der Geschichtsforschung in forschende und verstehende Aktivität zu bändigen, ohne seine besondere Lebendigkeit zu brechen oder ihr zu verfallen. Wohlerfahrene Stimmen haben immer vor diesem Ikarusflug in die Gegenwart gewarnt. Im Nachkriegskampf um die Zeitgeschichte hat man gesagt: „Der Historiker dient seiner Gegenwart, indem er sich von ihr *abwendet*“². Von romanistisch-rechtshistorischer Seite wurde sogar erklärt, „die neueste Zeit muß dem Historiker, der nicht unter die Politikwissenschaftler geraten will, immer die schlechteste sein“³. Auch der Romanist *Theodor Mommsen* proklamierte: „Erst wenn das gewaltige Leben selber still geworden ist, beginnt die Geschichte – recht eigentlich ein Todtengericht“ – das war freilich auch anlaßbezogen⁴. Erst recht vor den Toren der Soziologie fragt man sich, ob deren erprobte Methoden nicht besser geeignet wären, auf diesem Felde wissenschaftliche Ergebnisse von einiger Erklärungskraft und Objektivität zu befördern. Die neuere Rechtsstatsachenforschung⁵ und die empirische | Soziologie⁶ liefern viele bemerkenswerte Beispiele. Auch die Politikwissenschaft steht bereit⁷.

¹ Dankbar gedenke ich der ersten Initiative und vieler Anregungen durch *Mario G. Losano* / Mailand, der auch eine frühere Teilfassung in ital. Sprache besorgte in dem Diskussionsband: *Storia contemporanea del diritto e sociologia del diritto*, hg. von *M. G. Losano*, Milano 1997, 51–101; dazu jetzt *KritV* 1997, 330 f.: Eine Reise in die Zeitgeschichte.

² *P. Rassow*, ca. 1953, nach *B. Scheurig*, Einführung in die Zeitgeschichte, Berlin 1962, 17.

³ So der Bonner Romanist *H. H. Jakobs* 1993, nach *RJ* 13 (1994) 402.

⁴ Nach *Hockerts* (wie Fn. 12) 100, als Mitbegründer der Preußischen Jahrbücher, in Bd. 1, 1858, 225, womit dieser zeitbezogenen Gründung auch thematischer Raum verschafft wurde.

⁵ S. nur die mehr als dreißig Bände der Reihen „Rechtsstatsachenforschung“, „Anwaltsforschung“ und „Beiträge zur Strukturanalyse der Rechtspflege“, hgg. vom Bundesministerium der Justiz.

⁶ S. nur die vorzüglichen Berichte bei *H. Rottleuthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, Darmstadt 1992, Kap. III–VIII; informativ *K. F. Röhl*, Rechtssoziologie, Ein Lehrbuch, Köln

Befangenheit, Theorielastigkeit, Umstrittenheit, Geschichtsfremdheit des Stoffs – das sind vier starke Bedenken, aber: halb im Scherz, halb im Ernst: Meine Befangenheit steht kurz vor ihrem Ende, die Stiftungsprofessur „Zeitgeschichte“ läuft bald aus. Der Ikarusflug braucht kein Ikarusflug zu sein. Sozialwissenschaft, Sozialtheorie und Politikwissenschaft bieten viel Unersetzbares, aber keinen Ersatz für Geschichte und Rechtsgeschichte. Theoriediskussion muß nicht Krankheits-, sondern kann auch Vitalitätssymptom sein und war es gewiß meistens.

Man kann heute sagen, daß die Diskussionen der 1960er und 70er Jahre der Rechtsgeschichte als Forschung ebensowenig geschadet haben wie der allgemeinen Geschichte – im Gegenteil. In der Geschichtswissenschaft beförderten sie Hand in Hand mit der Ausweitung der deutschen Hochschullandschaft eine bemerkenswerte, höchst plurale und produktive Vervielfältigung der Kräfte und Richtungen. Für die Jurisprudenz verliefen die Reformen und Experimentierphasen regional recht unterschiedlich, das heutige Ergebnis klärt sich jedoch mit gewisser Schärfe. Die Grundlagenfächer im Studium haben in der Reformphase im ganzen verloren und die Rechtsgeschichte mit ihnen. Die juristische Grundlagendiskussion wirkte dysfunktional gegen die Grundlagen selbst. Denn man führte einen Streit über den Wert der Grundlagen selbst und nicht nur wie in der Historie über die rechte Art von Geschichtswissenschaft. Die Folgen beweisen sich am deutlichsten an den Neugründungen juristischer Fakultäten in den neuen Ländern seit 1989. Durchweg wurde nur ein einziger Lehrstuhl für *alle* Grundlagenbereiche (Philosophie, Geschichte; Soziologie und Ökonomie ohnehin kaum) vorgesehen und oft noch weniger effektiv eingerichtet. Der Staatsexamensjurist expandiert wie nie, mehr Prüfungsordnungen als je sind real grundlagenscheuer als je. Die seit den 70er Jahren betonten Einleitungsbekenntnisse zum kritischen Juristen verblässen immer mehr zum Lippen|bekenntnis⁸. Die Ausbildungsreformmodelle der 70er Jahre hatten diese Tendenz gutgemeint oder direkt vorgezeichnet. Sie setzten fast alle entweder nicht auf die klassischen Grundlagen der Jurisprudenz (wie Geschichte und Philosophie), sondern auf moderne Sozialwissenschaften (bes. Soziologie, Politikwissenschaft, weniger auch Ökonomie) oder überhaupt nicht auf solche Grundlagen, sondern auf rechtspraktische und irgendwie gerechte Effektivität. Die Einbeziehung der Sozialwissenschaften erwies sich als äußerst schwierig, sollte sie nicht, wie früher die Ökonomie, zur kurzen Pflichtschau über die Grenze verkümmern. Der

1987; daneben in Bericht und Kritik immer noch wertvoll *H. Ryffel*, Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung, Neuwied 1974, hier 315 ff., 379 ff.

⁷ Vgl. nur die wesentliche Studie von *F.R. Pfetsch*, Verfassungspolitik der Nachkriegszeit. Theorie und Praxis des bundesdeutschen Konstitutionalismus, Darmstadt 1985; generell lehrreich die schon klassische Einführung durch *Kl. von Beyme*, Die politischen Theorien der Gegenwart, 7. A. Opladen 1992.

⁸ Sehr treffend mit Beispielen kürzlich *H. Kötz*, Die Flüchtigkeit des eingebluteten Wissens, in: Süddt. Zeitung vom 27./28. Juli 1996, S. 39.

Idealfall doppelter Kompetenz half nur selten und wurde vor allem viel zu wenig institutionell gepflegt. Die in den 70er Jahren neugeschaffenen Ressourcen werden inzwischen ohne große Bewegung fallengelassen, auf Dogmatik einschließlich Europa oder „Anwaltsrecht“ umgewidmet⁹. Sparzwänge tun ein weiteres. Die Erneuerung kommt damit nach zwanzig Jahren weder den alten noch den neuen Grundlagen institutionell zugute – ein wahrhaft schmerzliches Ergebnis für die Jurisprudenz als Wissenschaft. Daß man stets von Ausbildungsreform, nicht von Studienreform sprach, erscheint nachträglich vielsagend. Konsequenter kam die Innovation für ein als Zubrot erscheinendes Fach wie Juristische Zeitgeschichte denn auch aus den „alten“ Wurzeln, aus dem lebendigen Kontakt zur Geschichtswissenschaft. Aber diese Innovation war nur umsetzbar über eine außeruniversitäre Stiftungsfinanzierung und nur mit der Mitgift erheblicher dogmatisch-juristischer Zusatzaufgaben außerhalb des eigentlichen Stiftungszwecks. Die jedem anderen juristischen Fach selbstverständliche Spezialisierung der Kräfte wird dem auch nicht kleinen Fach Rechtsgeschichte erschwert. Daß über dieses Rinnsal von Innovation so intensive Debatten geführt werden mußten, erscheint fast rührend. Als Historiker bemerkt man, wie zum guten Teil die alten Hoffnungen und Feindschaften der 70er Jahre in Sachen Jurisprudenz, Sozialwissenschaften und Grundlagenklassik neu ausgegraben wurden. Man sollte das erkennen und die Unzeitgemäßheit einsehen. Denn inzwischen geht es um die Grundlagen überhaupt, um die reale Wissenschaftlichkeit in der Jurisprudenz selbst, um ihre Autonomie als eine die notwendige Fachkunde analytisch und systematisch, empirisch, genetisch, philosophisch und kritisch fortsetzende Wissenschaft, die nach „Gründen“ (*G. Hugo*) fragt. Daß das Feld juristische | Zeitgeschichte auch in diesem Kontext besonders süße und erneut besonders verbotene Früchte bietet, bedarf kaum der Andeutung.

Nach 1945 war Zeitgeschichte den meisten eine Last, nach 1989 sagte der neue ‚Papst‘ (am Münchner Institut für Zeitgeschichte), sie sei eine Lust¹⁰. Last oder Lust – ein wirklicher Historiker läßt sich jedenfalls auch von der Gegenwart nicht erschrecken. Hat man die Bewältigungsmanie und -phobie erst einmal bewältigt und sich über die Freund-Feind-Schemata beruhigt, so klären sich die Szenarien. Am Ende erscheint Zeitgeschichte dann weder methodisch noch inhaltlich als grundsätzliches Problem. Konkrete Aufgaben, Inhalte, Techniken, Durchführungen und besondere Verantwortungen kommen in den Blick. Die Spezifik der juristischen Zeitgeschichte bietet freilich wegen der Schwierigkeiten von Rechtswissenschaft als Wissenschaft und wegen der besonderen Nähe von Geltungsinteresse und Geschichtsinteresse noch genug Stoff. Doch will ich die um das Fach Zeitgeschichte kreisende Diskussion nicht so grob vereinfachend

⁹ Exemplarisch am einst exemplarisch sozialwissenschaftlich ausgestatteten Fachbereich Rechtswissenschaften in Hannover [dazu jetzt unten S. 519 ff.].

¹⁰ Interview *Horst Möller* in: Südd. Zeitung vom 4.4.1992.

auflösen. Sie verdient Aufmerksamkeit auch bei interessierten Nicht-Fachhistorikern, denen sie ferner liegt. Sie verdient eine weniger schlichte, weniger sanfte und weniger irreführende Punktation, als die *Mitgliederversammlung des Verbandes der Historiker Deutschlands während des 40. Historikertages in Leipzig am 30.9.1994* sie der „Öffentlichkeit“ gönnte. Die Historiker opferten dort dem Hitzeegrad der Thematik durch eine besondere ‚Einnischung‘ in Form einer „Resolution zum Umgang mit Zeitgeschichte in der Öffentlichkeit“. Die Vier-Punkte-Resolution¹¹ enthält vier bemerkenswert schlichte Mahnungen und ein latentes Opfer. Die Mahnungen lauten: (1) „Quellen sind fast immer von begrenzter Aussagekraft“, (2) „Äußerungen und Handlungen ... sind in ihren Zusammenhängen darzustellen ...“, (3) man müsse „die historische Differenz in Rechnung stellen, die auch nach wenigen Jahren bereits ausgeprägt sein kann“, und (4) „Historische Interpretationen sind von den Ordnungsvorstellungen ihrer Autoren nicht unbeeinflusst“ – vier wahrhaft schlichte Wahrheiten für Wahrheitsstrebende. Daß nur an „Ordnung“ gedacht wird, mißfällt, und könnte ein Kontinuitätsproblem sein. Das *Sacrificium* beginnt mit dem Satz, es sei die „Existenz konkurrierender und entgegengesetzter Ordnungsvorstellungen in einer offenen Gesellschaft notwendig und berechtigt“ – gewiß, aber die Öffentlichkeit verdiente auch zu wissen, daß man über einiges sich sehr einig sein muß, damit die Gesellschaft offen bleibt. Rechtsgeschichte zeigt dies jeden Tag. | Es folgt ein denkwürdiger Fehlschluß: „... notwendig und berechtigt [seien] deshalb (!) auch unterschiedliche, kontroverse Interpretationen der Geschichte der DDR“ – dieses „deshalb“ schließt von der politischen Ordnung „offene Gesellschaft“ auf die wissenschaftliche – eine trügerische Parallele. Es könnte (und sollte) auch ohne „offene Gesellschaft“ unterschiedliche wissenschaftliche Interpretationen geben (es gab sie); es könnte auch eine i. w. unkontrovers richtige Interpretation geben, deren Bestreitung unsinnig wäre. Und es folgt das latente Opfer: Notwendig sei „ständige Prüfung am empirischen Befund“ und zwar „mit dem Ziel der Verständigung über Partei- und Lagergrenzen hinweg“ – aber das Vetorecht der Quellen [*Koselleck* 1977] unterliegt keinem politischen Verständigungsziel, sondern nur dem empirischen Wahrheitsziel – das geht in der Ziel-Formulierung wohl verloren.

2. Vorposten für Theorie und Praxis

Es lohnt sich also, ein Stück mitzudiskutieren. Zeitgeschichte ist der Vorposten der Geschichte und die Nachhut der Gegenwart. Die Diskussion um sie reflektiert in kristallener Schärfe einige grundsätzliche Dauerprobleme mit Geschichte

¹¹ Siehe den Abdruck in: *Gesch. u. Gesellschaft* 21 (1995) 158f.

und Rechtswissenschaft¹². Dazu gehört vor allem die Frage nach dem wissenschaftstheoretischen Status geschichtlicher Erklärungen und die ebenso diskutierte, vielleicht noch schwierigere, nach dem Status der Rechtswissenschaft. Erst wenn man dazu einiges weiß, weiß man auch, was man will. |

Obwohl man Geschichtstheorie nicht erst seit Kant und Herder, Ranke, Droysen und Marx, Roscher, Knies und M. Weber, Nietzsche, Troeltsch, Rikert, Meinecke und Rothacker, und bis zu Nipperdey, Faber, Koselleck, Lübbe, Kocka, Hempel, Stegmüller, Acham u. a. bis heute intensiv betreibt, oder, um einige theoretisch interessiertere Rechtshistoriker zu nennen, seit Möser und Hugo, Feuerbach, Thibaut, Savigny und Mittermaier, P. Roth, Lotmar, Bekker, Stammler und Gierke, bis zu L. Wenger, H. Mitteis, Wieacker, Simon und Landau, muß man in der Tat sagen, daß grundlegende Fragen der Geschichtswissenschaft nicht selten unklar diskutiert werden. Das kann man natürlich in informierter Unschuld übergehen und sich der Tagesarbeit zuwenden. Produktiver erscheint es, bisweilen auch Theorieprobleme zur Kenntnis zu nehmen und zu verarbeiten.

Dafür steht seit langem die immer wieder prägnante erkenntnistheoretische Formel bereit, Begriffe ohne Anschauung seien leer (weil inhaltslos), Anschauung ohne Begriffe blind (weil gedankenlos). Eines ohne das andere kann keine „Erkenntnis abgeben“ – die erkennende Vernunft muß zueinander vorgehen mit Begriff und Experiment (*Kant* 1787¹³). Auch juristische Ahnherren kann man mit Gewinn zu Zeugen nehmen. Ähnlich grundsätzlich wie Kant, aber bezeichnend historisch gewendet, meinte z. B. *Savigny* 1808 bei Eröffnung seiner

¹² Neuere gute Übersichten von Historikerseite bei *H. G. Hockerts*, *Zeitgeschichte in Deutschland, Begriff, Methoden, Themenfelder*, in: *HistJb* 113 (1993) 98–127 (identischer Vorabdruck auch in: *Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament*, B 29–30/93 v. 16.7.1993); schöne Ergänzung bes. für internationale Aspekte bei *G. Schulz*, *Einführung in die Zeitgeschichte*, Darmstadt 1992; jüngst *M. Peter* und *H.-J. Schröder*, *Einführung in das Studium der Zeitgeschichte*, Paderborn 1994; für mehr sozial- als politikgeschichtliche Leitfragen *P. Erker*, *Zeitgeschichte als Sozialgeschichte. Forschungsstand und Forschungsdefizite*, in: *Gesch. u. Ges.* 19 (1993) 202–238 (213 f.); für die Rechtsgeschichte *M. Stolleis* (Hg.), *Juristische Zeitgeschichte – Ein neues Fach?*, Baden-Baden 1993; natürlich sind Stichwort und Diskussion auch hier nicht neu, s. schon *R. Scheybing* 1968 (wie Fn. 121); *H. Thieme*, *Rechtsgeschichte und Zeitgeschichte*, in: *Festgabe für E. Bonjour*, Basel/Stuttgart 1968, Bd. 1, 225–236 (Zg. ist ihm die NS-Frage und ihre Vorgeschichte); ähnlich *Th. Ramm*, *Einführung in das Privatrecht*, Bd. 3, München dtv 1970, 750: Er bezieht „Rechtszeitgeschichte“ eng auf die NS-Zeit; zur heutigen Disk. zuletzt vorzüglich *Herm. Weber*, „Asymmetrie“ bei der Erforschung des Kommunismus und der DDR-Geschichte? Probleme mit Archivalien, dem Forschungsstand und bei den Wertungen, in: *Aus Politik u. Zg. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament (APZ)*, Heft B 26/97 v. 20.6.97, 3–14 und *Chr. Kleßmann/M. Sabrow*, *Zeitgeschichte in Deutschland* nach 1989, in: *APZ* B 39/96 v. 20.9.96, 3–14.

¹³ Kritik der reinen Vernunft, 2. A. 1787, B 75 f. (zitiert nach der überall auffindbaren Erstdruckseite; vgl. die Ausgabe *Weischedel* IV 97 f.), aus dem Logikkapitel eingangs; zur Zweihändigkeit ebda. B XIV f.

Landshuter Anfänger-Vorlesungen über „Institutionen des Römischen Rechts“, die Frage nach dem Wesen einer Wissenschaft sei

„in den meisten Fällen sicher und leicht zu beantworten, weil ein alter und steter Gebrauch so sicher darüber entschieden hat, daß nur selten ein Zweifel dagegen sich erhebt. Eines solchen Zustandes ruhiger Sicherheit hat auch unsere Wissenschaft noch vor wenig Jahren sich zu erfreuen gehabt. Was man lernen müsse, um ein gründlicher Jurist zu werden, war längst entschieden ... Jetzt ist alles anders geworden. Neue Gesetzbücher sind aller Orten entstanden, und was vordem allein für nöthig und brauchbar galt, wird jetzt von Vielen für unnütz oder verderblich gehalten. Zeiten wie diese haben das Gute, daß durch sie im Großen geschieden wird was inneres Leben hat und ächten Gehalt von dem, was nur den Schein des Daseyns an sich trug, und nur in einem Zustand träger Tradition sich erhalten konnte. Diese große und sichere Entscheidung der Zeit wird auch unserer Wissenschaft nicht fehlen“¹⁴. |

Savignys historischer Reflexionsgrund gilt für Zeitgeschichte immer wieder, denn sie kennt kaum alten und steten Gebrauch. Sein sympathischer Optimismus, „inneres Leben“ und „ächtigen Gehalt“ auszufinden, scheint naiv, war es freilich nicht. Aber was eigentlich wurde damals „im Großen geschieden“ als „lebendig“ oder „tot“? Das blieb bis heute streitig. Auch Kants Formel läßt Aufgaben. Sie weist zwar hin auf das Begriffs-, bzw. modischer Theoriebedürfnis, muß aber fortgesetzt werden in die konkretere Frage: Welche Theorie für welche Anschauung? Produktives Problembewußtsein dazu vermittelt etwa eine geduldige, vieles klärende neuere Untersuchung, die resumiert:

„Das Problem der geschichtswissenschaftlichen Erklärung gehört zu den schwierigsten Problemen der Geschichtstheorie im besonderen und der Wissenschaftstheorie überhaupt. Dies ist nicht zuletzt dadurch bedingt, daß es mit wissenschaftstheoretischen und einzelwissenschaftlichen Fragen zusammenhängt, die ihrerseits noch ungeklärt sind. Solche Probleme liegen in der Theorie der Erklärung selbst sowie in sachlichen Fragen, wie z. B. der Erklärung der menschlichen Handlung, der Rolle der mentalen Faktoren, die sich dem Bewußtsein der Handelnden entziehen usf. ... Des weiteren dürfte die Art und Weise, wie solche [geschichtstheoretische] Untersuchungen durchgeführt worden sind, dafür mitverantwortlich sein, daß eine Klärung der Erklärungsprobleme noch nicht vorliegt. Auf der einen Seite leiden manche Erörterungen, wie Stegmüller feststellte¹⁵, an einer großen Undeutlichkeit der verwendeten Begriffe und der Problemstellung; auf der anderen Seite wiederum weisen sie oft einen derart hohen Allgemeinheits- und Abstraktionsgrad auf, daß sie nicht in der Lage sind, die Logik der historischen Untersuchung wirklich zu erhellen. Dieser Gefahr unterliegen meist Arbeiten, die von der praktischen Arbeit des Historikers absehen. Äußern sich dagegen empirisch arbeitende Historiker über die theoretischen

¹⁴ *F. C. von Savigny*, Institutionen 1808, fol. 1–1v, Abdruck bei *J. Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny. Ebelsbach 1984 (= Münchener Univ.schr., Abh. zur rechtswiss. Grundlagenforschung, 58), Anhang 1, 427.

¹⁵ Gemeint ist die unverzichtbare Übersicht von *W. Stegmüller*, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Berlin 1969ff., hier Bd. 1, 2. A. 1983: Erklärung, Begründung und Kausalität, s. bes. Kap. VI zur Historischen Erklärung (in der 2. A. einschl. Verstehendem Erklären) und Kap. VII zur Kausalerklärung.

Grundlagen ihres Tuns oder sieht man nur auf inhaltlich historische Darstellungen, so bemerkt man in der Regel das Umgekehrte: es fehlt entweder die philosophische Durchdringung oder sie ist oft nur in einer nicht ausreichenden Art und Weise vorhanden¹⁶.

Dies trifft auch für die Zeitgeschichte zu und fordert zu Verarbeitung auf. Von den Prämissenproblemen der Geschichtswissenschaft lassen sich wohl die meisten sprachanalytisch und wissenschaftsgeschichtlich auflösen oder wenigstens klären. Sogar die langwierigen und erbitterten Entgegensetzungen von Theorie und Geschichte, von System und Konkretion, von Allgemeinheit und Besonderheit, von Ganzheit und Einzelheit, von Struktur und Ereignis, von Gesetz und Lebenserscheinung, von Ursachenerforschung und Sinnerforschung, von Erklären und Verstehen, wie sie sich besonders im Werturteilsstreit und Positivismusstreit fixierten, läßt man heute gelassen in „Verträglichkeit“ (Stegmüller)¹⁷ und in „Komplementarität“ (Acham) münden – wieder¹⁸. Schwieriger steht es mit der Rechtswissenschaft, schon weil deren Status viel weniger auch durch neuere philosophische Diskussionen gegangen ist¹⁹. Zudem zielt sie wenigstens auch auf Normgestaltung und Lebensbeurteilung und stellt damit ein zusätzliches Problem. Wie hat man sich eine Wissenschaft zu denken, die auch unmittelbar praktisch sein soll, und dies nicht in der Art, daß sie den Obstbaum schüttelt, weil sie vom Gesetz der Schwerkraft ausgeht – was keine Wissenschaft wäre, sondern bloße Anwendung von Wissen.

Der Blick auf etwas wie *juristische* Zeitgeschichte geht durch alle diese Brillen und kann sich nicht an gesicherter Tradition erholen und festigen. Doch diese Unsicherheit bringt auch Gewinn, da sie die allgemeinen Probleme radikalisiert und öffnet. Immerhin erschien 1992 die erste Gesamtdarstellung der deutschen Rechtsgeschichte bis ca. 1990, Karl Kroeschells *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*. Das „unerwartete Ende der DDR und der deutschen Teilung im Jahre 1990“ (Vorwort) hat uns endlich einen Maßstäbe setzenden Überblick zum ganzen Jahrhundert gebracht²⁰. Es gehört zur Signatur der deutschen Rechtsgeschichtsschreibung dieses Jahrhunderts, daß dieser Überblick offenbar erst jetzt geschrieben werden konnte. Der Generation der noch vor 1914 ge-

¹⁶ W. Heil, *Das Problem der Erklärung in der Geschichtswissenschaft. Ein Beitrag zum Selbstverständnis und zur Objektivität der Geschichtswissenschaft*, Frankfurt a.M. 1988 (= Diss. phil. Heidelberg), 13 f.

¹⁷ Stegmüller I 2. A. 1983 (wie Fn. 15) 498 f., zur historischen Erklärung.

¹⁸ Dazu das wesentliche Buch von K. Acham, *Geschichte und Sozialtheorie. Zur Komplementarität kulturwissenschaftlicher Erkenntnisorientierungen*, Freiburg 1995, bes. 260, 344 ff. Vgl. nur für das „wieder“ lehrreich und anschaulich E. Rothacker, *Die traditionellen Spannungen zwischen Natur- und Geisteswissenschaften*, in: *Studium generale* 6 (1953) 383–391.

¹⁹ Gute Übersicht bei U. Neumann, *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, in: A. Kaufmann u. W. Hassemer, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. A. Karlsruhe 1994, 422 ff.

²⁰ Kroeschell hatte 1989 schon im 3. Bd. seiner „*Deutschen Rechtsgeschichte*“ begonnen, sich „*Unser Jahrhundert*“ (250–309) und die *Nachkriegsgeschichte* (281–309) zu erobern.

borenen Altmeister wie Coing, Conrad, Ebel, Kunkel, Wieacker u. a. fehlte dazu nach den Erlebnissen ihrer Jugendjahre nach 1933 offenbar ein Stück Abstand. Damit wird den wertvollen Passagen zum 20. Jahrhundert, die schon seit 1952 Wieackers | *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* bietet, aber auch Ebels *Geschichte der Gesetzgebung* (1956) oder Coings kleines Buch zu den *Epochen der Rechtsgeschichte* (1967), nichts an Wert genommen. Seit einigen Jahren findet man auch in immer mehr gängigen Lehrbüchern der Rechtsgeschichte neue Schlußkapitel zu BRD und DDR. Die Konzeptionen bleiben jedoch eher undeutlich. Ereignisgeschichte oder Anlehnung an Wieacker und Ebel überwiegen. Wieacker und Ebel hatten ganz vor- und nachkriegsgeprägt im Kern nach einem Taktschlag von formalistisch/positivistisch/naturalistisch (und entartet/pervertiert) versus material/wertend, stilisiert. Diese Rechtsgeschichte hatte eine *klare Sinnvision*. Sie wird übrigens weitgehend von anderen großen Bewältigungsbüchern wie Neumanns *Behemoth*, Fraenkels *Dual State* u. a. geteilt. Die Folgen für Epochenbildung, Ereignisauswahl, historisches Subjekt, Zurechnung, Bewertung und andere strukturbildende Punkte liegen auf der Hand²¹. Auch *Kroeschell* löst sich von dieser zeit- und wertgebundenen Perspektive nicht voll²².

Gründliche Überlegungen zu diesen konzeptionellen Fragen wären dringend und nicht ohne Vorbild. In der allgemeinen Geschichte und Zeitgeschichte fehlt es nicht an Deutungsalternativen und -kontroversen wie sie jüngst z. B. G. Schulz²³ übersichtlich resümierte. Die auch in der Rechtsgeschichte recht beachtliche Methodendiskussion der 1970er Jahre hat noch kaum zu konkreteren Entwürfen geführt. Offenbar fehlen die internationalen Diskussionsebenen, gewiß auch vergleichbare personelle Kapazitäten. Die relativ kleine Zahl der Rechtshistoriker, die seit den 70er Jahren nur vergleichsweise mäßig gewachsen und relativ geschmolzen ist²⁴, muß sich auf dem riesigen Forschungsfeld von der Antike bis gestern spezialisieren und findet daher kaum Gelegenheit zu vereinigter oder alternativer Sachforschung auf gleichem Felde. Zudem wird sie mehr als je in die rechtsdogmatische und bloß dogmatische Lehre eingebunden. Aber das seltsame Schwanken der Lehrbücher zwischen schüchterner Chronologie und mutigem Bekenntnis muß andere Gründe haben. Vermutlich hat es damit zu tun, daß der | Rechtsgeschichte ihre Vorverständnisse zerbrochen sind und ihr neue Sinnvisionen fehlen. Das würde jedenfalls dazu passen, daß nur zwei besonders

²¹ Für Wieackers Darstellung habe ich dies genauer gezeigt in: *Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen – Franz Wieacker zum Gedächtnis*, in: *Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 24 (1995) 531–562, dort auch zu anderen solchen Bewältigungsbüchern; außerdem unten bei Fn. 184 ff.

²² Siehe meine Rez.abhandlung: *Das 20. Jahrhundert in der Rechtsgeschichte*, in: *Ius Commune* 22 (1995) 311–325.

²³ Schulz (wie Fn. 12), etwa 57 ff. zur Epoche der Weltkriege, 61 ff. zur Zeit nach 1945, 67 ff. zu Weimar, 78 ff. zu Deutungen nach 1945, 98 ff. zu verschiedenen strukturbildenden Ansätzen und Fragestellungen.

²⁴ Dazu oben bei Fn. 9.

sinnlichere Darstellungen die ereignisgeschichtliche Ruhe durchbrochen haben: Uwe Wesels *Fast alles, was Recht ist*²⁵ und Hans Hattenhauers *Geistesgeschichtliche Grundlagen des deutschen Rechts*²⁶.

3. Fünf Dauerprobleme – fünf Einwände

Einige Dauerprobleme mit Geschichte und Rechtsgeschichte gewinnen eine besondere *Ungemütlichkeit*, bezieht man sie auf dieses neueste Stück Geschichte, das man Zeitgeschichte, Gegenwartsgeschichte, erlebte Geschichte, *Storia contemporanea*, *current events* oder *Histoire contemporaine* o.ä. nennt. Für die *juristische* Zeitgeschichte kommen Probleme aus ihrem Verhältnis zur dogmatischen Seite der Rechtswissenschaft hinzu, jedenfalls im deutschen Wissenschaftsbereich. Bekanntlich wird Rechtsgeschichte hier seit Savigny meist in persönlicher und institutioneller Union mit dogmatischer Rechtswissenschaft betrieben – und wer hat schon gern zwei Seelen in seiner Brust? Ähnliche Fragen stellt das Verhältnis zur Soziologie.

Fünf solcher Dauerprobleme möchte ich am Fall Zeitgeschichte aufrollen. Es sind zugleich fünf Einwände gegen die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit von juristischer Zeitgeschichte:

I. Ist Zeitgeschichte überhaupt Wissenschaft? Das betrifft das Verhältnis von Zeitgeschichte und *Geschichtswissenschaft*.

II. Ist Juristische Zeitgeschichte überhaupt Rechtsgeschichtswissenschaft? Das betrifft das Verhältnis von Zeitgeschichte, Rechtsgeschichte und *Juristischer Zeitgeschichte*.

III. Stört Juristische Zeitgeschichte nicht bloß die Rechtswissenschaft? Das betrifft das Verhältnis von Juristischer Zeitgeschichte und *Rechtswissenschaft*.

IV. Stört Juristische Zeitgeschichte nicht bloß die Rechtspraxis? Das betrifft das Verhältnis von Juristischer Zeitgeschichte und *Rechtspraxis*.

V. Ist Juristische Zeitgeschichte nicht bloß schlechte Soziologie und Sozialtheorie? Das betrifft das Verhältnis von Juristischer Zeitgeschichte und *Soziologie*. |

Alle fünf Einwände möchte ich natürlich widerlegen. Wie Juristische Zeitgeschichte heute und morgen aussieht und jenseits aller Abgrenzungshypochondrien aussehen könnte, werde ich nach einer Zwischenbilanz (VI.) abschließend umreißen (VII.).

²⁵ Frankfurt a. M. 1991, mit vielen zeithistorischen Elementen.

²⁶ 4. A. Heidelberg 1996, bes. die letzten drei Kapitel; zuerst u. d. sinnstiftenderen Titel „Zwischen Hierarchie und Demokratie“, 1971 [s. nun meine Analyse unten S. 497 ff.].

I. Ist Zeitgeschichte überhaupt Wissenschaft?

1. Die zwei Gestalten der Zeitgeschichte

Juristische Zeitgeschichte ist ein Stück der allgemeinen Zeitgeschichte und daher gut an dieser größeren Schwester zu messen. Diese Zeitgeschichte steht zur Geschichtswissenschaft immer noch und wieder in der Defensive. Als ewig jüngster Sprößling dieser Wissenschaft muß sie stets gepöppelt und erneuert werden. Antike, Mittelalter und inzwischen auch Frühe Neuzeit erfreuen sich gesicherter, klassischer Gegenstände. Zeitgeschichte dagegen muß sich ihren Gegenstand sozusagen täglich von der Gegenwart erobern.

Sie hat es seit 1945 in erstaunlichem Maße getan. Ihre kurze Geschichte zeigt zwei wesentliche Züge. Das Fach begann in Gestalt der Münchner und Wiener *Institute* für Zeitgeschichte seit 1947²⁷ und 1960, in Gestalt sehr aktiver Zeitschriften „Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte“ (München 1953 ff.) und „Zeitgeschichte“ (Salzburg 1973 ff.), mit späten Ausstrahlungen in eine „Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte“ (1979 ff.), für „Geschichte und Gegenwart“ (Graz 1982) und für „Kirchliche Zeitgeschichte“ (Berlin 1988 ff.). 1988 kam in Hannover unter *Hans-Peter Schneider* eine „Forschungstelle für Zeitgeschichte des Verfassungsrechts“ hinzu, die die Entstehung des Grundgesetzes von 1949 aufarbeitet, allerdings inzwischen zu neuen Ufern strebt und als „Deutsches Institut für Föderalismusforschung“ firmiert. Zum Wintersemester 1993/94 wurde im Fachbereich Rechtswissenschaft in Frankfurt am Main für fünf Jahre eine zusätzliche sog. Stiftungsprofessur für Juristische Zeitgeschichte (und Zivilrecht) besetzt. Damit sollte ein Akzent gesetzt werden. Eine schon seit ca. 1987 verfolgte Idee wurde wirklich, bis heute nur hier – auch ein Zeugnis dafür, welche Energien und Zeiträume für eine an sich kleine Innovation eingesetzt werden mußten.

Die Zeitgeschichte etablierte sich also in *zwei deutlich geschiedenen Phasen*, nach 1947 und nach etwa 1972. Darin wird ihre doppelte Gestalt | greifbar. Sie entstand vor allem als *Bewältigungsanliegen*, erneuert wurde sie als *Geschichte* der jüngsten Zeit. Im europäischen Rahmen war gerade im erschütterten Deutschland und Österreich dieser Verlauf von einer gewissen Logik. Das Münchener Institut stifteten 1947 die Ministerpräsidenten der amerikanischen Zone als „Institut zur Erforschung der nationalsozialistischen Politik“, übrigens unter viel Juristeninitiative. Es firmierte erst ab 1952 als „Institut für Zeitgeschichte“²⁸. Eine späte, freilich nie zu späte Frucht des Bewältigungsanliegens ist das neue Frankfurter „Fritz Bauer Institut. Studien- und Dokumentationszentrum zur Geschichte und Wirkung des Holocaust“. Man will gewissermaßen das Unbe-

²⁷ Dazu jetzt handlich und genau *Schulz* (wie Fn. 12) 84 f.; vgl. *H. Graml*, Die verdrängte Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus, in: *Zäsuren nach 1945*, München 1990, 179.

²⁸ Siehe *G. Schulz* (wie Fn. 12) 84–86 (die Min.präs. waren parteiübergreifend Ehard/Bayern, Stock/Hessen, Maier/Württ.-Baden, Kaisen/Bremen).

greifliche, den Holocaust, erforschen. Auch die Rechtsgeschichte hat diese Herausforderung so angenommen, daß heute die NS-Zeit zu den besterforschten Perioden gehört und von einer Verdrängung nicht mehr gesprochen werden kann²⁹.

Die erneute *Erschütterung von 1989/90* gab wieder Anlaß zu Bewältigung und damit zu Zeitgeschichte. Bewältigung entbrannte neu im Kampf um die „Umdeutung der deutschen Vergangenheit“. „Tendenzwende“ und „Klimawechsel“ werden sorgenvoll registriert, diesmal fürchtet man gleichermaßen „Normalisierung oder Re-Nationalisierung“³⁰. Gemeint ist viel mehr: ein „Abgleiten in Rassismus, Xenophobie, Imperialismus und Repression“ aus der „tiefsitzenden Verkrampfung“ fehlenden verfassungspatriotischen Stolzes. Ein fachlich-institutioneller Schub läuft wenigstens parallel. „Zeithistorische Studien“ zur DDR wurden begründet vom „Forschungsschwerpunkt Zeithistorische Studien Potsdam“ und als „wissenschaftliche Zeitgeschichte“ eigens betont und verteidigt³¹. Ohne die in Potsdam nun | bestehende institutionelle Autonomie, die zuletzt Wissenschaft praktisch festigt, und ähnlich bewältigungsorientiert wie vergleichbare Unternehmen der westdeutschen Bundes- und Landeszentralen für politische Bildung, trugen einige Justizministerien je nach politischer Konjunktur spezielle Stellen und Förderungen, etwa in Hamburg, Berlin, Niedersachsen, Kiel. Jüngst begründete der Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen eine eigene Sammlung „Juristische Zeitgeschichte“. Der willkommene Anstoß bewahrt unverkennbare Spuren seiner ministerialen Quelle. Band 1 und 3 galten nicht zufällig dem Dauerthema „Justiz und Nationalsozialismus“³². Band 2 will

²⁹ Beginnend mit den schon klassischen Arbeiten von *B. Rütters*, Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968 und *M. Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974. Die neuere Forschung ist greifbar etwa bei *Kroeschell* (wie Fn. 20), spezieller bei *Stolleis*, Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, Frankfurt a. M. 1994, und im Bericht bei *R. Schröder*, Die Bewältigung des Dritten Reiches durch die Rechtsgeschichte, in: Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988–1990), hg. von *H. Mohnhaupt*, Ius Commune Sonderheft 18, Frankfurt 1991, 604–647; neueste Zusammenfassung mit ausf. Lit. hinweisen bei *A. Laufs*, Rechtsentwicklungen in Deutschland, 5. A. 1996, 349 ff., 364 ff., 381 ff.

³⁰ *K. H. Jarausch*, Normalisierung oder Re-Nationalisierung? Zur Umdeutung der deutschen Vergangenheit, in: *Gesch. u. Ges.* 21 (1995) 571–584, Zitate S. 580, 582.

³¹ Siehe *J. Kocka*, Die Geschichte der DDR als Forschungsproblem, in Bd. 1: Historische DDR-Forschung, Aufsätze und Studien, hg. von *J. Kocka*, Berlin 1993, hier S. 12.

³² Bd. 1, 1993; XI und 249 S., Bd. 2: Perspektiven und Projekte, 1994; XII und 114 S., Bd. 3: *H.-E. Niermann*, Die Durchsetzung politischer und politisierter Strafjustiz im Dritten Reich, Ihre Entwicklung aufgezeigt am Beispiel des OLG-Bezirks Hamm, 1995, X und 390 S. Diese Monographie ist ein Musterbeispiel für Erfolg und Mißerfolg von Bewältigungsgeschichte: Sie bietet eine gutgemeinte, lobenswert aufwendige, empirisch bemühte und spannende, quellen-nahe Analyse. Aber sie arbeitet sich an einer Fragestellung ab, die empirisch viel zu konfus schwankt zwischen Faktoren wie Gesetz, Rechtsanwendung, Auslegung, Rechtsbeugung, drakonisch, übertrieben, exemplarisch, Beispielen, Haltungen, Ideologien, Gerichtsrolle, politische Justiz, Polizeirolle, STA-Rolle usw., um diese Empirie wirklich klärend und beweiskräftig für größere Thesen verarbeiten zu können. Es fehlt jede kriminologische, sozialwissenschaftliche,

salomonisch interdisziplinär sein. Man anerkennt eine „stärker normativ ausgerichtete Rechtsgeschichte“ ebenso wie „eine eher den politisch-sozialen Kontext hinterfragende Zeitgeschichte“³³. Die gutgemeinte Wendung eignet sich, um sofort auf einige geläufige Ideologien zum Thema aufmerksam zu machen.

2. Ideologien, Scheinprobleme und Vorurteile

Die salomonische Weite der Wendung vom „normativen“ Fragen und sonstigen „Hinterfragen“ verdeckt – man muß es einmal deutlich sagen – methodisch Nebelhaftes und Nachgesprochenes. Was eigentlich soll hier wie an Rechtsgeschichte „normativ“ sein und deswegen irgendwie problematisch; wie „hinterfragt“ man einen Kontext? Soll „hinterfragen“ das | eigentliche Fragen sein und wieso? „Juristische“ und „historische“ Zeitgeschichte werden „dichotomisch“ gegenübergestellt³⁴. Aber ist es denn eine „normative“ oder „normativ gefärbte“ Frage, wie gesagt wird, wenn man z. B. „nach den Gründen für den allmählichen Verlust einer am Kant’schen Rechts- und Autonomiebegriff orientierten Rechtsgestaltung während des 19. und 20. Jahrhunderts und der komplementären Zunahme des Gewichts funktionalistischen, zweckorientierten Denkens“ fragen will³⁵? Und wie wäre dann zu „hinterfragen“?

Einmal abgesehen von den kühnen inhaltlichen Annahmen in dieser und von aller Sympathie für diese Verlust-Fragestellung: Wenn „allmählicher Verlust“ und „Gründe“ und Gewichts-„Zunahme“ von „Denken“ in Frage stehen, geht es entweder um Kausalität und meßbares Wachsen – also *nicht* um „normative“ Fragen im Sinne von Sollensfragen. Und es geht um real gewesene, historische Normen und Normgestaltungen – also zwar um Normatives, aber nicht um normative, sondern um empirische Fragen dazu, nicht um das Sollen des Normativen, sondern um dessen Sein. Oder es geht um (auch) „normative“ Interessen am gegenwärtigen Zweck-„Denken“, um dessen Sein und Sein-Sollen, und den Nutzen historischer Argumente dafür – also um eine normative Sollfrage und eine historische Seinsfrage zugleich. Sie sind zugleich, aber nicht gleich. Historisch läßt sich die Stichhaltigkeit solcher Argumente überprüfen – wenn sie denn als historische Thesen konkret genug sind, wenn z. B. Zunahme klar wäre oder gar die Bedrohlichkeit dieser Zunahme für bestimmte historische Lagen. „Normativ“ kann man dann den Wert des Arguments bedenken – es käme z. B.

vergleichende o. ä. Bemühung, die Interpretation bekanntlich so schwieriger Daten wie vieler Einzelfallurteile in einem vielfältigen personellen, fachlich-handwerklichen, institutionellen und ideologischen Rahmen anzuleiten. So bleibt eine Mischung von wertvoller, aber bloßer Anschauung bewegender Quellen, verlegener, banaler Auskunft zum Ganzen (prozeßhafter Charakter; Radikalisierung), Vorverständnisbestätigung und doch wieder unsicherer Zurechnung – Anschauung ohne Begriffe bleibt blind (*Kant*, wie Fn. 13).

³³ *H.-E. Niermann*, Einleitung, aaO. S. XII.

³⁴ Vgl. dazu näher im gleichen Band S. 7 *Th. Vormbaum*.

³⁵ So *Vormbaum*, ebda.

auf eine nach bestimmten Kriterien bestehende Bedrohlichkeit der Zunahme an. Jede andere „normative Färbung“ wäre einfach Alltagsurteil und daher so schlechte Geschichte wie schlechte Rechtsgeschichte.

Schließlich: „Hinterfragen“ kann man jede dieser Fragen, man stellt dann eben kritische oder andere Fragen. Wer im Hinterfragen aber das stets überlegene oder das eigentliche Fragen sehen will, hat sein Fragen normiert. Er bevorzugt bestimmte historische Faktoren von vorneherein. „Normativ“ verhält sich also gar nicht selten eine so betont „hinterfragende“ Zeitgeschichte, nicht etwa die Rechtsgeschichte, wenn sie gewesene Normativitäten erforscht. Die gutgemeinten Wendungen haben es in sich. Sie verteilen immer noch und wieder Zensuren.

Aber in alledem kann ich noch kein geschichtswissenschaftlich-methodisches Problem sehen, sondern nur nachlässige, in praxi meist unschädliche | Sprechgewohnheiten. Man kann sie auf sich beruhen lassen, solange daraus wenig folgt und es nicht um klare Methodensätze und Forschungshypothesen geht³⁶. Die eigentliche, oben erwähnte Schwierigkeit, wie man überhaupt Kausalität oder Denk-Wachstum erforscht, wird in diesen Diskussionen um die ‚richtigere‘ Fragestellung gar nicht erwogen. Die Dichotomisierung von juristischer und historischer Zeitgeschichte pflegt, ohne es zu wollen, verfehlte, *doppelte Vorurteile*: gegen angeblich normative, irgendwie unwissenschaftliche Rechtsgeschichte und für angeblich besonders wertvolles Hinterfragen ansonsten. Nachteilig ist die damit angerichtete Verwirrung. Und sie befördert ‚öffentliche‘ Illusionen und Anmaßungen im Umgang mit Geschichte.

3. Die Erblast der Zeitgeschichte

Der offensichtliche Begründungsbedarf für wissenschaftliche Zeitgeschichte entspringt nicht nur dem immer wieder mit ihr verbundenen Bewältigungsanliegen, das als politisch und daher anrühlich erscheint. Er reflektiert auch Grundsatz-erbschaften in Sachen Geschichtswissenschaft aus dem 19. Jahrhundert, die *jede* Zeitgeschichte problematisch erscheinen lassen – Erblasten also. Man muß sie kennen, um damit leben zu können.

Während die Geschichtsschreibung seit Thukydides geradezu als Zeitgeschichte geschrieben und lange so gepflegt wurde, begann das 19. Jahrhundert sich davon zu distanzieren. Im Namen der Wissenschaftlichkeit geriet die Geschichte der neuesten Zeiten zur häßlichen Tochter. Zu *subjektiv* erschien sie nun. Die lebendige Zeit-Geschichtsschreibung eines F. C. Schlosser, Rotteck, Gervinus und Häusser erschien als mehr oder weniger politische Literatur, je nachdem wie weit man sie mit dem Glauben an eine reale Objektivität und objektive Realität maß. Zeitgeschichtsschreibung empfand man nun gegenüber

³⁶ *Vormbaum* pariert die Fallen denn auch mit freundlichem Entgegenkommen für beide Seiten und konzentriert sich auf das Exempel Strafrecht.

der als *an sich möglich* gedachten vollen Objektivität als parteiliche, subjektiv getrübt Bemühung, die besser zu meiden oder offen als politisches Fach zu betreiben war. Heute wird diese Art historischer Objektivität kaum noch als möglich betrachtet – ohne daß damit Parteilichkeit Panier wäre. Kein Wunder, daß wir als so ernüchterte und befreite Erben auch die Zeitgeschichte als *Geschichtswissenschaft* wiederentdecken und nicht bloß als Bewältigungsveranstaltung feiern oder fürchten. Weniger klar wird nun allerdings die Abgrenzung zur Politik als Wissenschaft behandelt³⁷. |

Für die *Rechtsgeschichte*, die immerhin zu den Gründungsfächern der Geschichtswissenschaft nicht nur in Deutschland zählte, scheint die „Erblast“ der Zeitgeschichtsabneigung erst im späten 19. Jahrhundert zu entstehen, als man sich quantitativ und qualitativ immer intensiver und einseitiger dem Mittelalter zuwendete. Die großen Gründungsdarstellungen von *Eichhorn (Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, IV 1808–1823)* und noch *Stobbe (Geschichte der deutschen Rechtsquellen, II 1860–1864)* führen jedenfalls in ziemlicher Breite bis an eine „Vierte Periode“ mit „Zweiter Zeitraum ... von 1648–1815“ (Eichhorn, ca. 237 S.) bzw. an eine „Vierte Periode: Von der Mitte des 18. Jahrhunderts bis auf die Gegenwart“ (Stobbe, ca. 80 S.) heran. Der oft als Vater der deutschen Rechtsgeschichte apostrophierte Karl Friedrich Eichhorn widmete im vierten Band 1823 ohne weiteres immerhin 106 Seiten der allerjüngsten, wahrhaft qualmenden Periode seit ca. 1789. Natürlich wußte auch er:

„Den Begebenheiten der letzten dreißig Jahre stehen wir zu nahe, und zu viele unserer Zeitgenossen haben als Individuen einen wirksamen Antheil an ihren Ereignissen genommen, als daß der Geschichtschreiber hoffen dürfte, den Beifall Aller für seine Darstellung zu gewinnen ...“.

Aber Eichhorn bleibt in der Sache „unbekümmert“ und betont lediglich, er habe „nur gestrebt die *Sachen* darzustellen, wie sie der *unbefangenen Forschung* erscheinen, welche in der neuesten wie in der ältesten Zeit, Ursachen und Wirkungen größtentheils nur aus den *Verhältnissen* zu erklären im Stande ist, von welchen der *Einzelne beherrscht wird*, während er ihnen zu gebieten glaubt, und eben darum die Personen nur als Repräsentanten ihrer Zeit betrachtet ...“³⁸.

Sein pragmatisch-historischer Blick, in Göttinger Tradition, auf die Verhältnisse, Ursachen und Wirkungen und ein gewisser ‚Sach‘-Objektivismus erleichterten ihm den historischen Zugriff bis weit in die eigene Zeit.

³⁷ So z. B. in der kurzen Passage zu Geschichte und Zeitgeschichte bei *K. Sontheimer*, Politische Wissenschaft und Staatsrechtslehre, in: Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften 1, hg. von D. Grimm, 2. A. München 1976, 68 ff., hier 69. Man vgl. zum 19. Jh. *Ranke* 1836 (wie unten Fn. 46).

³⁸ *K. F. Eichhorn*, ebda., Vorrede VI; siehe zu E.s Geschichtsbeschreibung meinen Artikel: *K. F. Eichhorn (1781–1854)*. Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, in: Hauptwerke der Geschichtsschreibung, hg. von *V. Reinhardt*, Stuttgart 1997, 152–156.

Ziemlich ‚unverdächtige‘ Historiker wie *Meinecke* und *Conze* haben den Spieß sogar umgekehrt und in zeit-geschichtlicher Zuwendung den wesentlichen Schritt zu forschend-distanzierter, wissenschaftlicher Haltung gegenüber der erlebten Vergangenheit gefunden. Conze reklamierte auch dafür das „freie Wort einer rücksichtslos verstehenden Historie“, unbel|stechlich und unerschrocken³⁹. Meinecke hielt auch hier die Haltung „unparteiischer Erkenntnisfindung“ für möglich und erst recht nötig⁴⁰.

Es ist auch nicht so, daß nur die „Zeitgeschichte der Objektivierung der standortgebundenen Fragestellung durch den Gegenstand“, bedürfte, so aber *H. Möller*⁴¹, also per se besonders ‚subjektiv‘ wäre. Gewiß – und warum nicht? – wird in zeitgeschichtlicher Erschütterung manches bewältigt und mancher Gegenstand auch überwältigt. Doch trifft das zum einen nur die einen oder anderen konkreten Forschungen, nicht ‚die ganze Richtung‘. Und schwillt z. B. die Aufregung um Preußen oder Abtreibung und Frauenrechte oder das Welfenevangeliar oder Europas Christianisierung oder Kruzifixe [im öffentlichen Raum], so kann man sehr schnell erleben, daß es nur ein *gradueller* Unterschied ist, ob Adenauer, Hitler, Bismarck und Friedrich der Große, Heinrich der Löwe, der Hexenverfolger Institoris oder Karl der Große ins historische Visier genommen werden. Sie alle müssen immer wieder mehr oder weniger um die Plätze im Museum kämpfen und ernten je nach Konjunktur böse und liebevolle Blicke.

4. Die Besonderheit der Zeitgeschichte ist nur eine graduelle

Für die Zeitgeschichte bleibt als Besonderheit nur Graduelles. Wenn man der Geschichtswissenschaft überhaupt in aller Kürze und Großzügigkeit zwei Hauptaufgaben stellt, zum einen wissenschaftliche Erkenntnis *über* die Vergangenheit zu verschaffen und zum anderen Orientierung und Identität *in* ihr zu geben, so gerät Zeitgeschichte mit beiden Aufgaben etwas leichter ins Schlingern.

Wissenschaftliche Erkenntnis bedarf frei nach *Kants* erwähnter Formel von der Zweihändigkeit der Vernunft⁴² klarer Fragen und sicherer Anschauung. Beides ist im Drang der erlebten Nähe schwer zu gewinnen. Die Fragen überstürzen sich, die Anschauung quillt. Denn Zeitgeschichte ist „Geschichte, die noch qualmt“⁴³ – nach den eben gelöschten Bränden. |

³⁹ Dazu sehr informativ und klärend *W. Schieder*, Sozialgeschichte zwischen Soziologie und Geschichte. Das wissenschaftliche Lebenswerk Werner Conzes, in: *Gesch. u. Gesellschaft* 13 (1987) 244–266.

⁴⁰ Dazu jetzt vorzüglich und in vielem aufklärend *S. Meinecke*, Friedrich Meinecke. Persönlichkeit und politisches Denken bis zum Ende des Ersten Weltkrieges, Berlin 1995, hier etwa 202, u. ö.

⁴¹ Art. Zeitgeschichte, in: *Staatslexikon* (Görres), 7. A., Bd. 5, Freiburg 1989, 1146.

⁴² Siehe oben bei Fn. 13.

⁴³ Süddt. Zeitung vom 25.6.1991. Das Apercu stammt von *B. Tuchmann* 1964, s. *Hockerts* (wie Fn. 12) 99.

Orientierung und *Identitätsbildung* bedürfen erst recht einigen Überblicks, einiger Wertklarheit und einiger Gelassenheit. Die vielen Stimmen der Zeitgeschichte drängen dagegen auf energische Apologetik oder Abrechnung, eben Bewältigung. Was soll ins Museum, was wird Ruine? – so lautet die dauernde, unvermeidlich ungemütliche Frage. Den Kindern des modernen Wertpluralismus, die heutzutage Antworten zu geben haben, fällt sie vermutlich noch schwerer. So nehmen ihnen gerne die weniger pluralistischen intellektuellen Meinungsführer die Wegweisungen ab. Daß Zeitgeschichte nach geschichtlichen Erschütterungen eingefordert zu werden und zu entstehen pflegt, darf man jedoch positiv wenden. Die Erschütterungen schließen eine Zeit ab und auf. Sie machen ‚Epoche‘. Die Ereignisse erscheinen abgeschlossener als zuvor⁴⁴. Die Chancen, die ‚neue Epoche‘ schlüssig zu deuten, steigen. Der Mut zu zusammenfassenden Fragen und Deutungskonzepten wächst – und völlig zu Recht. Erschütterung verlangt auch nach klärender Distanz. So geschah es nach 1789, 1814, 1831, 1849, 1918, 1945, 1989. Forschende Distanz entsteht zuerst durch Mut zur Zeitgeschichte und wird nicht durch sie verhindert.

Dennoch verlangt Zeitgeschichte allenfalls *gesteigerte Geschichtswissenschaft*, aber nicht nach Methode oder nach Gegenstand wirklich Eigenständiges. Die berechtigten Warnungen vor den aktuellen Brillen bedeuten nicht, daß man nur durchs Fernrohr oder mit der Lupe etwas sähe. Die berechtigten Warnungen vor der Unabgeschlossenheit bedeuten nicht, daß ältere Zeiten zweifelloser zu Epochen zerfielen. Die vor der Inflation der Quellen beschworene Ohnmacht bedeutet nicht, daß man mit wenigen behüteten (z. B. antiken oder mittelalterlichen) Zeugnissen mehr wüßte. Es ist zwar ein Paradox der Zeitgeschichte als Geschichtswissenschaft, daß sie unter der Fülle ächzt, statt unter dem Mangel. Aber dieses Zuviel fordert allenfalls besondere Mühen, besondere Umsicht, besondere Vorsicht, nichts prinzipiell Anderes oder Neues. Es ist gewiß ein Wagnis, in die 42 Bände der „offiziellen“ Materialien zu den Nürnberger Prozessen einzusteigen oder in die ca. 3200 Regalmeter und 8000 Kisten des OMGUS, des Office of Military Government United States, oder auch nur in die ca. 6000 Seiten und 123 Mikrofilme der ersten Militärgerichtsprozesse im Konzentrationslager Dachau. Aber kaum weniger gewagt ist die Reise in das sog. germanische Recht anhand der bunten Reihe zeitlich und räumlich weit verstreuter Handschriften bis hin zu Palimpsestfragmenten wie dem sog. Codex Euricianus, | die wiederum meist nur anhand von Druckausgaben mit eigenen Problemen verwendet werden können. Auch vom Sachsenspiegel-„Verfasser“ Eike von Repgow selbst wüßte man gern wesentlich mehr als in einigen wenigen Urkundenunterschriften und Bruchstücken überliefert ist. Für das noch länger erforschte römische Recht steht es keineswegs anders. Man denke nur an die seit den Humanisten liegengebliebene,

⁴⁴ Vgl. den treffenden Hinweis von *Schulz* (wie Fn. 12) 52, auf die Unabgeschlossenheit als Problem.

selbst von *Eduard Schrader* im 19. Jahrhundert nicht bewältigte, Aufgabe einer kritischen Corpus-Iuris-Edition oder an Chancen und Risiken der Gaius- oder Papyrus-Entdeckungen.

Etwas altmodisch, aber schön gelassen hat der junge *Ranke* 1832 gemeint, Geschichtsschreibung zur neuesten Zeit sei „abhängig von der inneren Erhebung des Gemüts über die persönlichen Interessen und die Wirkungen der Gegenwart“⁴⁵ – mehr nicht. Freilich hat er dies in seiner „Historisch-politischen Zeitschrift“ gesagt und damit die Verwandtschaft zur Politik als Fach mitbetont, wie er sie dort zugleich untersucht⁴⁶.

Daß nicht nur Ruinen und Papyri, Inschriften und Akten, Handschriften und Palimpseste, Urkunden und Briefe und Schriftstücke aller Art, sondern auch Bild und Ton, Foto, Film und Fernsehen und Rundfunk, lebende Zeugen in Interview und Aufzeichnung, Meinungsumfragen und Sozialstatistik usw. in der heutigen Zeitgeschichte um die Wahrheit konkurrieren, schafft Vielfalt und zuweilen Kurzweil und erfordert eigene Techniken, ändert aber nichts an der alten Aufgabe der Quellenkritik, des Sammelns, Sichtens und Prüfens. Nicht einmal die Raffinesse der Fälschungen dürfte zugenommen haben.

Zeitgeschichte ist also Geschichtswissenschaft in allenfalls gesteigerter Form.

II. Ist Juristische Zeitgeschichte überhaupt Rechtsgeschichtswissenschaft?

Dieser Einwand betrifft das Verhältnis von Zeitgeschichte, Rechtsgeschichte und Juristischer Zeitgeschichte und nimmt die Einwände gegen allgemeine Zeitgeschichte auf. In der Rechtsgeschichte wird die Politik[an]fälligkeit eher noch mehr betont. In der Tat steht das juristische Interesse leicht mit einem Bein im Politischen, da man sich beiderseits normativ interessiert.

Vom gesicherten Boden der Geschichtswissenschaft überhaupt, wie er soeben behandelt wurde, läßt sich dieser Punkt schnell klären. Rechtsgeschichte ist *zunächst* Teil der Geschichtswissenschaft. Juristische Zeitgeschichte ist Teil der Rechtsgeschichte. Juristische Zeitgeschichte ist also ebensowenig und ebensosehr etwas Besonderes wie die Zeitgeschichte in der Geschichtswissenschaft. Sie ist *gesteigerte Rechtsgeschichte* wie die Zeitgeschichte gesteigerte Geschichte. Wie in der Rechtsgeschichte überhaupt sind auch ihr Hauptgegenstand die *geronnenen* Werte. Es sind die zu realem Recht, Gesetz, Dogmatik oder

⁴⁵ In seiner bekannten „Historisch-politischen Zeitschrift“ 1832, nach *Scheurig* (wie Fn. 2) 13 (dort leider ohne Nw.; nicht enthalten in den in der folg. Fn. genannten Texten).

⁴⁶ Vgl. Rankes Einleitung 1832, nach dem Abdruck in: *L. v. Ranke*, Das politische Gespräch und andere Schriften zur Wissenschaftslehre, hg. von E. Rothacker, Halle 1925, 1–5 (= SW 49 u. 50, 3–7), und ebda. 38–51 die Rede „Über die Verwandtschaft und den Unterschied der Historie und der Politik“ von 1836 (= SW 24, 280–293).

Rechtskritik *gewordenen* Werte im Zeitraum der neuesten Rechtsgeschichte. Die juristische Zeitgeschichte folgt daher methodisch zunächst der Rechtsgeschichtswissenschaft. Ihre aktuelle Berechtigung übertrifft noch die der allgemeinen Zeitgeschichte – kein Grund zur Zufriedenheit. Denn sie steht neben antiker und mittelalterlicher Rechtsgeschichte noch ungleich verkümmert da als die allgemeine Zeitgeschichte neben ihren großen Schwestern. Andererseits soll und kann die Juristische Zeitgeschichte nicht die bisherige Rechtsgeschichte ersetzen oder retten. Es kommt kein Mittelalterverbot. Es gehört zwar zu den neuesten Glaubensartikeln unter Juristen, daß man nur aus der neuesten Geschichte und der unmittelbaren Vorgeschichte des geltenden Rechts Nützliches lernen könne. Dieser Glaube reflektiert aber nur Vorurteile über die Nützlichkeit des Nächstliegenden oder Vorstellungsdefizite aus schlichter Unkenntnis. Geschichte wäre dann immer nur Vorgeschichte des gerade Nützlichen – eine nicht nur die Rechtsgeschichte vernichtende Vorstellung.

Ob man die Aufgabe der Rechtsgeschichte enger oder komplexer auszieht, ändert an der Antwort nichts. Die Suche nach den zu realem Recht geronnenen Werten läßt sich je nach historischem oder erfragtem Rechtsbegriff enger juristisch oder breiter sozial und kulturell mit Einschluß funktionaler Äquivalente und übergreifender Faktoren anlegen. Aber beide, die juristische Etymologie der Rechtssatzgeschichte wie die komplexer historische Suche, fragen historisch. Ein Streit oder eine erneuerte „wahrhaft-historische“ (*Savigny*) Frontbildung wäre historisch und aktuell fragwürdig.

Auch juristische Zeitgeschichte ist also Rechtsgeschichtswissenschaft. Als *Karl Marx* 1845/46 schrieb, das Recht habe ebensowenig eine eigene Geschichte wie die Religion, und *Jhering* 1852 antwortete, gerade das Recht habe eine Geschichte, denn „wunderbarer als die Bewegung der Welt|körper im Raum ist die Bewegung der sittlichen Gedanken in der Zeit“⁴⁷, stellten sie sich ein anderes Problem. Für beide war „Geschichte“ die einzige oder wesentliche Wissenschaft und hatte immer noch ein „heiliges Amt“ (wie bei Schelling, *Savigny* u. a.)⁴⁸. Sie stritten um die richtige Geschichts-Letzdeutung. Materialistische oder idealistische Deutung setzten sie gegeneinander, beide in der objektivistischen Hoffnung, ihre Deutung ‚aus der Geschichte‘ beweisen zu können. Die Wiederkehr dieser Haltung, dieser Sinnvisionen und der entsprechenden Methodiken nach den Erschütterungen der Katastrophen prägt 1947 *Mitteis*’ Suche nach dem „Lebenswert der Rechtsgeschichte“ und andere berühmte Bewältigungsschriften nach 1945⁴⁹.

⁴⁷ Zu beidem näher *J. Rückert*, *Autonomie des Rechts in historischer Perspektive*, Hannover 1988, 10ff.

⁴⁸ Siehe zu diesem bezeichnenden Stichwort *Rückert*, *Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit*, in: *Recht zwischen Natur und Geschichte ...*, hg. von Heinz Mohnhaupt und Jean-Francois Kervegan, Frankfurt a. M. 1997, 305–336.

⁴⁹ Dazu grundlegend *S. Gagnér*, *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen I. Eine Bestandsaufnahme aus den siebziger Jahren*, Ebelsbach 1993; für Wieackers Pri-

III. Stört Juristische Zeitgeschichte nicht bloß die Rechtswissenschaft?

Ein Blick zurück zeigt immer wieder eine Art von universitärer Jurisprudenz, deren Hausbäckereien jedes fremde Gewürz als störend verweigern. Das sind meist Geschmacksfragen, nicht selten aber auch ernsthafte Unsicherheiten über das Wesen von Rechtswissenschaft. So ließe sich auch zu Juristischer Zeitgeschichte und Rechtswissenschaft leichter etwas Klares sagen, wenn man wüßte, was das Wissenschaftliche an Rechtswissenschaft ausmachen soll. Die Probleme schwelen, zumal seit der *dreifachen Schwelle*, die Kant hier legte: seine Kritik des Naturrechts verbaute den Rückzug auf irgendwie *gegebene Normativität* (sei es die des ‚Glaubens‘ oder der absoluten ‚Vernunft‘); seine Kritik des Objektivismus verbaute den Rückzug auf *objektive Gesetze* der Faktizität (sei es die des ‚Lebens‘ oder der ‚Wirklichkeit‘); seine Forderung an „Wissenschaft“ lautete aber doch, ein nach „Prinzipien geordnetes Ganze der Erkenntnis“⁵⁰ zu geben, entweder dank notwendiger Sätze oder dank systematisch-prinzipieller innerer Verknüpfung | oder wenigstens dank äußeren Systems. Die Kunde des empirischen, positiven Rechts war danach allenfalls äußerlich wissenschaftsfähig, weil ihr kontingenter Gegenstand kein Ganzes nach Prinzipien bot. Überpositives Recht (Metaphysik des Rechts) aber war einerseits nicht unmittelbar praktisch-juristisch, andererseits gerade im Punkte Notwendigkeit besonders schwierig zu denken, womöglich nur formal⁵¹. Savigny hatte es mit einer Aufwertung des Rechtsstoffs versucht, indem er ihn als geschichtliche Gesamtheit sah und ihm nicht nur eine empirisch-zufällige Seite, sondern auch eine „eigentlich“- und „wahrhaft“-historische Seite abgewann, ja sogar ein „inneres“ System⁵². Schon die philosophisch versierten Zeitgenossen seit Hugo, Feuerbach und Thibaut überzeugte er damit nicht, so sehr sie seine historisch-systematischen Fähigkeiten schätzten. Seit der philosophisch und politisch ehrgeizige Staatsanwalt *Julius Hermann von Kirchmann* 1847/48 lauthals die Kontingenz des juristischen Stoffs ausrief und beklagte, mußte für die vielen, die ihm nicht widersprachen, auch „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“ die geflügelte Klage werden, die sie bis heute ist⁵³.

vatrechtsgeschichte und zum Kontext anderer Bewältigungsschriften ergänzend *Rückert* (wie Fn. 21) [s. auch unten S. 497 ff.].

⁵⁰ Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft* (1786), Vorrede A IV f.

⁵¹ Zu alledem grundlegend *J. Schröder*, *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt 1981, hier 14 ff.; ergänzend für „System“ *meine Studie*: Heidelberg um 1804 – oder: die erfolgreiche Modernisierung der Jurisprudenz durch Thibaut, Savigny, Heise, Martin, Zachariä u. a., in: Heidelberg im säkularen Umbruch. Traditionsbewußtsein und Kulturpolitik um 1800, hgg. von F. Strack, Stuttgart, 1987, 83–116.

⁵² Vgl. *Rückert* 1984 (wie Fn. 14); weitergeführt in *ders.*, *Savignys Konzeption von Jurisprudenz und Recht, ihre Folgen und ihre Bedeutung bis heute*, in: TRG 61 (1993) 65–95.

⁵³ Zum hier wichtigen Aspekt auch *D. Simon*, *Jurisprudenz und Wissenschaft*, in: RJ 7 (1988) 141–156.

Die Rechtswissenschaft hat sich darüber beruhigt. Juristische Zeitgeschichte erscheint heute nicht wenigen, die sonst von Rechtsgeschichte nicht aufgestört werden, als Eindringling in die ‚eigentliche‘ Jurisprudenz, vor deren Toren die ‚ältere‘ Rechtsgeschichte beschaulich und respektvoll innegehalten habe. Die Lage erinnert an das ‚Soziologie ante portas‘, wie es in den 1970er Jahren ausgerufen wurde. Aber was wäre die „eigentliche“ Rechtswissenschaft und wer oder was hütet sie? Man muß sich auf eine Übersicht dazu einlassen, um mögliche Abgrenzungen verstehen zu können. Gewiß schematisiert, aber auch bewußt zugespitzter als in manchen Übersichten, möchte ich *drei Möglichkeiten* unterscheiden. Übrigens prägen diese drei Möglichkeiten keineswegs nur die moderne Rechtswissenschaft, sondern alle zuletzt geisteswissenschaftlich geprägten Fächer⁵⁴. |

1. Die drei Rechtswissenschaften

(1) Rechtswissenschaft kann in *idealistischer Perspektive* irgendwie einem Ewigen und Objektiven am Recht nachforschen wollen, das *sich* dann mehr oder weniger auch im Zeitlichen und Gegenwärtigen, d. h. im positiven Recht, ausdrückt. Das ist keine erledigte Position, sondern in vielen Variationen Thema. Prominent zählt dazu etwa Arthur Kaufmann mit einem strukturontologischen Ansatz⁵⁵. Nicht weit davon stehen auch die (mehr oder weniger deutlich) Konsensgläubigen im idealen Diskurs wie Alexy, oder neuere Unverfügbarkeitsbeschwörer wie Habermas⁵⁶, auch vorsichtige Neonaturrechtler wie Ralf Dreier oder scharfe Positivismus-Kritiker ohne deutlich umrissene positive Position wie Smid⁵⁷. „Prinzipien jedes ‚richtigen‘ Rechts“ suchte zuletzt auch Larenz in Anspielung auf und in materialer Fortführung Stammlers⁵⁸, davor sehr differenziert auch Engisch⁵⁹. Nauckes unentbehrlicher Versuch, „eine Lehre vom richtigen Recht, eine Lehre von der Gerechtigkeit“ zu entwickeln, plädiert in sanfter Schärfe immer wieder für Rechtsmetaphysik und gegen Rechtsrelativismus und konstatiert neuestens (wieder) zunehmende Anstrengungen in diese Richtung⁶⁰.

⁵⁴ Zahlreiche Parallelen daher bei *Acham* (wie Fn. 18).

⁵⁵ A. Kaufmann, Die Naturrechtsrenaissance der ersten Nachkriegsjahre und was daraus geworden ist, in Festschrift für S. Gagnér, München 1991, 105–132; auch *ders.*, Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. Abschiedsvorlesung, Heidelberg 1990, 2. A. 1992.

⁵⁶ J. Habermas, Legitimität durch Legalität, in: Krit J 1987, 1–16; vgl. auch W. Hassemer, in Festschrift für W. Maihofer, Frankfurt a. M. 1988, oder A. Kaufmann (s. vorige Fn.), oder O. Höffe von Seiten der Philosophie.

⁵⁷ S. Smid, Einführung in die Philosophie des Rechts, München 1991.

⁵⁸ K. Larenz, Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979, vgl. 22 f., 183 f.

⁵⁹ K. Engisch, Auf der Suche nach Gerechtigkeit, München 1971.

⁶⁰ W. Naucke, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 3. A. Neuwied 1996 (zuerst 1982), hier 173, unter Hinweis auf M. Köhler, O. Höffe, F. Herzog, M. Kahlo/E. A. Wolff/R. Zaczyk, R. Harzer.

(2) Modischer ist es wohl immer noch, in *lebensorientierter* Rechtswissenschaft objektives Recht unmittelbar im *Leben* oder der *Praxis* selbst zu suchen. Etliche an *Volksrecht* oder *Natur der Sache* oder *Sachlogik* orientierte (seit *G. Beseler*, *Dernburg*, der Weimarer Rechtsprechung, *Welzel* u. a.), soziologisch-lebensrechtliche (seit *Ehrlich*), marxistische und materialistische (seit *Marx* und *K. Renner*), aber auch in *konkreter* völkischer Ordnung und Gestaltung denkende (*C. Schmitt*), manche richterrechtliche und manche betont normkritische Juristen gehen gemeinsam diesen Weg. Denn sie alle | suchen das Recht zuletzt als Wirklichkeit, suchen [normative] Objektivität im lebenden Recht. Freilich gestehen sie sich das nicht immer ein und halten sie dann sehr Verschiedenes für wirklich lebendig⁶¹. Der *Jheringsche* „Kampf ums Recht“ (1872) und der *Kantorowiczsche* „Kampf um die Rechtswissenschaft“ (1906) wurden zum Kampf um die Wirklichkeit. Als *Savigny* schrieb, das Recht habe „kein Daseyn für sich“, sein Wesen sei „vielmehr das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen“ meinte er dies nicht soziologisch, sondern idealistisch. Denn er betonte gleichmäßig das „Daseyn für sich“ und die „besondere Seite“ und so dachte er Norm und Wirklichkeit zusammen⁶².

(3) Eine dritte Gruppe kann sich weder von einer Objektivität der Rechtsidee und dem Vorrang des „Geistes“ noch von der [unmittelbaren] Normativität des Lebens oder der Praxis und dem Vorrang der „Natur“ überzeugen, sondern geht aus von der handgreiflichen Geschichtlichkeit und Unbeständigkeit alles Wirklichen, also auch des menschlichen Rechts. Das Recht ist danach weder als *Geist* noch als *Natur* bloß gegeben als oder wie *Physis*, sondern den Menschen aufgegeben als eigene Leistung. Gegen diese doppelte Front und gegen die Behauptung, zwischen Metaphysik und Skepsis gebe es keinen Weg, hat sich eine *kritisch-rationale Wissenschaft und Rechtswissenschaft* entfaltet. Sie erforscht die zu tatsächlich wirkendem Recht geronnenen Werte in Gesetz, Justiz und juristischer Praxis. Sie gewinnt die Statur von *Wissenschaft*, wenn sie hinauskommt über den Tagesbetrieb der Gerichtsreportage, der Anmerkungen und Berichte, des aktuellen Urteils, der gezielt parteilichen Forensik und der jährlichen Kommentarnotiz, der parlamentarischen und ministerialen Verlautbarungen – wenn sie also Details und Zusammenhänge dieser Normenwelt in Beziehung setzt und immer wieder fragend durcharbeitet, also ihren Stoff doppelt durcharbeitet. Denn sie

⁶¹ Dazu näher *J. Rückert*, Das „gesunde Volksempfinden“ – eine Erbschaft Savignys?, in: ZRG.GA 103 (1986) 199–247, und *ders.*, Der Rechtsbegriff der Deutschen Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: der Sieg des „Lebens“ und des konkreten Ordnungsdenkens, seine Vorgeschichte und seine Nachwirkungen, in: Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, hg. von *J. Rückert* und *D. Willoweit* (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jh.), Tübingen 1995, 177–240.

⁶² *F. C. v. Savigny*, Über den Beruf, 1814, 30, *ders.*, System I, Berlin 1840, 54, 332. Zur hier auffallenden Beliebigkeit im Umgang mit Teilzitaten aus *Savigny J. Rückert*, Savignys Einfluß auf die Jurisprudenz in Deutschland nach 1900, in: Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988–1990), hg. von *H. Mohnhaupt*, Ius Commune Sonderheft 18, Frankfurt 1991, 34–71, hier 54–56.

muß ihn empirisch beherrschen und konstruktiv-kritisch zu klaren Regeln oder klaren Regelkritiken verdichten, altmodisch: *dogmatisieren*. Man muß betonen, daß Wertfragen und -antworten auch hier keineswegs beliebig sind. Nicht-Metaphysik in der Wissenschaft zwingt nicht zur relativistischen Wertskepsis, auch nicht in der Rechtswissenschaft. Die Wertantworten sind zwar nicht vorgegeben, auch nicht substantiell oder prinzipiell, sondern aufgegeben. Aufgegeben sind sie den Menschen in immer neu zu leistender Kulturarbeit. Aber diese Arbeit beginnt nicht in einem relativistisch erdachten Stande Null, sondern im heutigen humanitären Kulturstand, zu dem unser Recht gehört. Wer es verleugnet, kann es sabotieren oder vernichten, aber nur als Faktum. Das einmal erreichte Faktum mahnt, die einmal erreichte Rechtsidee bleibt greifbar. Und es ist nicht inkonsequent [oder schlicht unerlaubte Rückwirkung], sondern es macht Geltung nur nicht zum geschichts- und wertlosen Fetisch, die Saboteure und bewußten Vernichter einmal erreichten Rechts nach Recht zu bestrafen, wenn es möglich wird.

2. Der Platz einer juristischen Zeitgeschichte

Die Übersicht entschärft die Lage. Denn juristische Zeitgeschichte hat in jeder dieser drei Rechtswissenschaften einen Platz: Bei den *Idealisten* ist ihr Gegenstand die neueste „Erscheinung“ des irgendwie ewigen objektiven Rechts. Das Recht wird hier meist in zwei Schichten oder Formen gedacht, in einheitlicher Doppelung, dauerhaft, substantiell und weniger dauerhaft, akzidentiell. Bei den *Realisten* widmet sie sich der jüngsten Geschichte der Gesamtheit des objektiv „lebenden“ (*Ehrlich*) Rechts neben Gesetz und Justiz. Bei den *Kritisch-Rationalen* untersucht sie die ganze Fülle der normativen Fragen und des in Wertbeziehungen stehenden Stoffs, die die neueste Zeit überhaupt zuläßt. Meine Sympathie und Überzeugung gilt der ganzen Fülle. Juristische Zeitgeschichte hat hier einen klaren Platz als geschichtlich fragend statt dogmatisierend. Sie liegt nicht mit der „Rechtswissenschaft“ in Konkurrenz, weder bei der Suche nach einem *ewigen* Recht im Recht, noch bei der nach einem eigentlich *lebenden* Recht im Recht. Diese offenen oder geheimen Substanzannahmen binden sie hier nicht. Es kann auch alles ganz anders gewesen sein.

Einen Platz findet die Zeitgeschichte also in allen drei Rechtswissenschaften. Am wenigsten „stören“ kann sie wohl bei den Kritisch-Rationalen, eher schon bei den Idealisten und Realisten, wenn sie, wie jede kritische Geschichte, deren Wirklichkeits- und Substanzannahmen widerlegt, bestreitet oder relativiert. Auf mehr kommt es hier noch nicht an.

3. Das spezifische Problem einer juristischen Zeitgeschichte

Juristische Zeitgeschichte kann Geschichtswissenschaft sein und hat wie gezeigt einen Platz auch in der Rechtswissenschaft, sei es auch in welcher Variante. Aber