

Maximilian Wagner

**Naturrecht und  
Sozialistische  
Gesetzlichkeit**

Begründungsstrategien und Reflexionstheorien  
im Recht der Nachkriegszeit (1945–1958)

228 Seiten · Hardcover · € 39,90  
ISBN 978-3-95832-337-7

© Velbrück Wissenschaft 2023

# Einführung

## I.

Als Otto Gierke 1883 zum Rektor der Königlichen Universität zu Breslau ernannt wurde und anlässlich seiner Ernennung über *Naturrecht und deutsches Recht* sprach, war vom einstmals reißenden Strom, der die Fundamente des Ancien Régime unterspült hatte, kaum mehr als ein dünnes Rinnsal übriggeblieben. Die historische Schule habe zwar in manchem gefehlt, glaubte Gierke, der Welt allerdings eine Wahrheit offenbart, über die man zwar hinaus, hinter die man aber niemals mehr zurückgehen könne: Es gebe kein anderes als das positive Recht. Zwar werde die revolutionäre Forderung nach einem »Recht des Rechtsbruchs« immer noch vereinzelt erhoben, aber das »Verlangen, das lebendige, wirkliche Recht solle sein Schwert in die Scheide stecken, sobald es auf einen widerstreitenden abstrakten Satz des unbewährten Naturrechts« stoße, habe »heute nicht mehr Aussicht auf Gehör, als die Forderung, der Staat möge zu Gunsten der menschlichen Gesellschaft abdanken«. Das Naturrecht sei »für die ernste Wissenschaft« und »die besonnene Praxis« auf immer widerlegt, das, was die »Schwertschläge der historischen Schule überlebt« habe, nur »noch ein Schatten seiner einstigen stolzen Macht«.<sup>1</sup>

Gierkes Rektoratsrede gab die Vorurteile, die man in der juristischen Fachöffentlichkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts gegenüber dem rationalen Naturrecht hegte, getreu wieder. Im Verlauf des wissenschaftlichen Zeitalters hatten historischer Relativismus und naturalistischer Positivismus die einstmals sprudelnden Quellen eines vermeintlich natürlichen Rechts fast vollständig zum Versiegen gebracht. Nachdem Friedrich Julius Stahl das rationale Naturrecht endgültig für überwunden erklärt<sup>2</sup> und Julius Hermann von Kirchmann die empirische Wende in den Rechtswissenschaften eingeläutet hatte,<sup>3</sup> war die

1 Otto Gierke, *Naturrecht und deutsches Recht*, Frankfurt/Main 1883, S. 13, 10.

2 »Es dürfen die Unterthanen, einzeln oder in Masse, sich nicht wider das positive Recht setzen, gestützt auf das Naturrecht, das ist der Frevel der Revolution«, und die »Richter nicht nach Naturrecht entscheiden« schrieb Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Bd. I, 1. Aufl., Heidelberg 1830, S. 221f. Zu Leben und Werk siehe Wilhelm Fußl, *Professor in der Politik*, Göttingen 1988, und Reut Yael Paz, *A Gateway between a Distant God and a Cruel World*, Leiden 2013, S. 105–110.

3 Die Naturwissenschaften hätten den Menschen »über die Wogen des Weltmeeres« und »in die Tiefen der Erde« geleitet, Mikroskope »in die Wunden kleinster Natur geführt, und Teleskope die Räume des Himmels

Anziehungskraft dieser alten Idee weitgehend erschöpft.<sup>4</sup> Der »Traum des Naturrechts« war ausgeträumt,<sup>5</sup> der Begriff beinahe zum Anachronismus geworden,<sup>6</sup> als Rudolf Stammler die entscheidende Frage stellte und damit ein neues Kapitel in der langen Geschichte des europäischen Naturrechts aufschlug: »Ob dasjenige, was Recht ist, auch Recht sein sollte«?<sup>7</sup>

aufgeschlossen«. Was seien dagegen die Leistungen der Jurisprudenz? »Formulare zu Rechtsgeschäften und Prozeßhandlungen; eine Menge von Verwarnungen, Belehrungen, Formen und Klauseln, angeblich zur Hemmung des Leichtsinns und zum Schutz gegen Chicane; endlich das Gebäude des gemeinen Prozesses, voll Gründlichkeit und Gelehrsamkeit, kurz alles, nur nicht der Weg, bei seinem Leben zu seinem Rechte zu kommen«, schrieb Julius Hermann von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1848, S. 29. Zu Kirchmanns Leben siehe die Nachweise bei Rudolf Wiethölter, Julius Hermann von Kirchmann (1802–1884), in: Kritische Justiz (Hg.), *Streitbare Juristen*, Baden-Baden 1988, S. 44–58 Fn. 2. Zur naturhistorischen Wende in den Rechtswissenschaften siehe Rainer Maria Kiesow, *Das Naturgesetz des Rechts*, Frankfurt/Main 1997, und Maximilian Herberger, Beziehungen zwischen Naturwissenschaft und Jurisprudenz in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: *BerWissGesch* 6 (1983), S. 79–88.

- 4 Beachtliche Ausnahmen hat Diethelm Klippel zusammengetragen, vgl. Das 19. Jahrhundert als Zeitalter des Naturrechts, in: ders. (Hg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert*, Goldbach 1997, VII–XVI, sowie ders. (Hg.), *Naturrecht und Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert*, Tübingen 2012. Die »Verdrängung des Naturrechts aus dem Lehrprogramm« sei ein Vorgang gewesen, der sich über das ganze 19. Jahrhundert erstreckt habe, schreibt Jan Schröder, an einer »Reihe großer Universitäten« sei es »sogar noch in den beiden letzten Jahrzehnten des Jahrhunderts« gelesen worden (Naturrecht an den deutschen Universitäten des 18. und 19. Jahrhunderts, in: Otto Dann & Diethelm Klippel (Hg.), *Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution*, Hamburg 1995, S. 255–269, 260).
- 5 Bernhard Windscheid, *Recht und Rechtswissenschaft*, in: *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig 1904, S. 3–24, 9. Zur sogenannten Begriffsjurisprudenz im Anschluss an Windscheid siehe Ulrich Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid*, Frankfurt/Main 1989.
- 6 Hans Welzel, Gedanken zur Begriffsgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Karl Lackner, Heinz Leferez, Eberhard Schmidt, Jürgen Welp & Ernst Amadeus Wolff (Hg.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin 1973, S. 1–6, 3. Stattdessen sprach man nun mehr und mehr von »Rechtsphilosophie«, vgl. Diethelm Klippel, Naturrecht und Rechtsphilosophie in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in: Otto Dann & ders. (Hg.), *Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution*, Hamburg 1995, S. 270–292.
- 7 Rudolf Stammler, *Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, Halle 1888, S. 9.

Rudolf Stammler war damals nahezu unbekannt. Der unscheinbare Professor für römisches Recht war während eines Extraordinariats in Marburg mit Hermann Cohen und Paul Natorp in Kontakt gekommen und über Cohens Arbeit *Kants Begründung der Ethik* ins Grübeln geraten. Die Begegnung mit dem Marburger Neukantianismus<sup>8</sup> brachte Stammler dazu, die genetische Methode der historischen Schule radikal in Frage zu stellen und in steter Auseinandersetzung mit der materialistischen Geschichtsauffassung eine Lehre vom richtigen Recht zu entwickeln, die ihn über die Grenzen der Romanistik hinaus bekannt machen sollte.

Stammler wollte das »kritiklose[...] Phlegma« der historischen Schule überwinden, ohne seinerseits dem »utopischen Wagemut« des unkritischen Naturrechts zu verfallen.<sup>9</sup> Er glaubte, dass sich menschliches Denken niemals mit dem Bestehenden abfinden könne und dass dieses anthropologische Bedürfnis die Frage nach einem verbindlichen Maß des Rechts immer wieder von Neuem aufwerfe. Die »äußerste Frage«, die man sich in dieser Beziehung stellen könne, sei die Frage nach einem letztgültigen Maßstab, dem »Recht seines Rechts«. Eine empirische Rechtstheorie sei schon nicht in der Lage, diese Frage überhaupt zu stellen, geschweige denn sie zu beantworten. Sie versuche philosophische Probleme mit untauglichen Mitteln, nämlich kausalwissenschaftlich, zu lösen. Wenn aber das, was ist, mit innerer Notwendigkeit aus dem, was war, folge, so Stammler, dann erübrige sich die Frage danach, ob das, was ist, auch so sein soll. Und damit nicht genug. Jeder Maßstab des Rechts, den man in der Geschichte des Rechts finden könne, kranke unweigerlich am Makel eben dieser Geschichtlichkeit. Eine empirische Rechtstheorie habe daher nur die Wahl, der Frage nach dem Recht des Rechts auszuweichen – dann aber, meinte Stammler, falle »alle Scheidung von guten und schlechten Gesetzen« von selbst weg<sup>10</sup> – oder aber die eigene Prämisse aufzugeben, dass alles Denken historisch bedingt, relativ, sei und daher nurmehr ideengeschichtlich oder soziozoologisch verstanden werden könne.

- 8 Dem ungläubigen Julius Binder vertraute Stammler an, dass »er zu Cohen in keinem, zu Natorp jedenfalls in keinem Abhängigkeitsverhältnis gestanden habe und aus dem Neukantianismus heraus jedenfalls nicht verstanden und beurteilt werden wolle«. Als Philosoph sei er »von kaum einem anderen wirklich beeinflusst worden als von Platon« (Dem Andenken Rudolf Stämmers, in: *ARSP* 3, 31 (1937/38), S. 433–440, 433). Zu Stämmers Verhältnis zum Neukantianismus siehe Claudius Müller, *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus*, Tübingen 1994, insbes. S. 20.
- 9 Hermann Kantorowicz, Zur Lehre vom Richtigen Recht, in: *ARWP* 1, 2 (1908/9), S. 42–74, 45.
- 10 Stammler, *Methode*, S. 14, 17.

Diese Absage an die Vereinbarkeit von Geschichte und Philosophie führte Stammler nun nicht etwa dazu, die empirische Rechtstheorie in Bausch und Bogen zu verwerfen. Im Gegenteil. Stammler unterstrich den Wert der genetischen Methode für die »mehr technische Jurisprudenz« und bestritt lediglich, dass sie die allein berechtigte Methode sei. Am Ende seiner Überlegung stand daher kein irgendwie geratener Monismus, sondern ein Methodendualismus von Sozialtechnik und Rechtsphilosophie. Nicht »Schwertschläge«, sondern »Nadelstiche und Scheltworte« habe die historische Rechtschule dem Naturrecht versetzt. Man solle die kulturgeschichtliche um eine naturrechtliche Betrachtung ergänzen, die »Methode der kritischen Philosophie zum musterhaften Vorbilde« nehmen und prüfen, wie es mit »allgemeiner Erkenntnis in Dingen des Rechtes überall beschaffen sei«.<sup>11</sup>

## II.

An der Schwelle zum 20. Jahrhundert war Stammlers Prüfung allgemeiner Rechtserkenntnis bereits weitgediehen. 1896 konnte er erstmals Grundrisse einer Theorie vorlegen, die das Naturrecht auf Grundlage der kritischen Erkenntnistheorie zu rehabilitieren versuchte. Was aber verstand Stammler unter diesem schillernden Begriff? Unter Naturrecht verstand Stammler zunächst »alle Versuche, die in allgemeingültiger Weise solche rechtlichen Sätze zu finden gedachten, die von wechselnder geschichtlicher Erfahrung unabhängig wären«. Dazu zählte er: den »Satz der historischen Rechtsschule«, dass »der Gesetzgeber die Bildung von Gewohnheitsrecht gar nicht verbieten könne«; die »unvermeidliche Notwendigkeit des Privateigentums«; die »Unvereinbarkeit kommunistischer Gemeinwesen mit der menschlichen Natur«; schließlich »alle systematischen Unternehmungen, die einen Kodex eines idealen Rechtes in ausgeführten Paragraphen bieten zu dürfen glaubten«. Trotz weitgehender »Divergenzen in dem Ausgangspunkte und der Durchführung« könnten all diese Versuche in dem »maßgeblichen Interesse zusammengehalten bleiben; und zwar wegen des übereinstimmend gesuchten Zieles, das ihnen allen« vorschwebe: der »Ausführung idealer Rechtsgrundsätze [...] mit einem unwandelbaren Inhalte«.<sup>12</sup>

Stammler suchte und fand das »Insgemein des Naturrechts« also in seiner prinzipiellen Unveränderlichkeit. Ein so verstandenes Naturrecht sei zwar wissenschaftlich unhaltbar, weil der Inhalt des Rechts nur von »vergleichsweiser Allgemeinheit« sein, also »niemals allgemeingültige Geltung

<sup>11</sup> Ebd., S. 35.

<sup>12</sup> Rudolf Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der Materialistischen Geschichtsauffassung*, 1. Aufl., Leipzig 1896, S. 169, 170f.

beanspruchen« könne.<sup>13</sup> Doch genau wie für Kant war der Naturrechtsgedanke für Stammler damit noch nicht abgeschrieben. Aus der Unmöglichkeit, positiv zu bestimmen, was recht sei, folgte für ihn weder die Unmöglichkeit einer material unabhängigen Rechtsbetrachtung im Sinne einer allgemeinen Theorie des Rechts noch die Unmöglichkeit eines negativen, das heißt, eines kritischen Naturrechts.

An diesem zentralen Punkt der Theoriebildung zerfiel Stammlers Lehre unversehens in zwei Hälften: eine Kritik der Rechtsvernunft und eine Theorie von der erlaubten Grenze, mit anderen Worten, in eine relativistische Erkenntnistheorie und eine idealistische Rechtsethik. Anders als nach ihm Gustav Radbruch glaubte Rudolf Stammler, dass nicht nur der Frage nach dem unrichtigen Recht, sondern auch der Antwort auf diese Frage allgemeine Gültigkeit zukommen könne. Es gebe zwar kein für alle Völker und Zeiten gleichermaßen verbindliches Recht, aber ein Recht, das einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit angemessen sei, kein absolut gültiges, sondern ein objektiv richtiges Recht.<sup>14</sup> Analog zur wissenschaftlichen Unterscheidung von Meinen und Erkennen<sup>15</sup> könne man »innerhalb des wechselnden und unvollkommenen Rechtsinhalts« zwei Arten von Rechtssätzen unterscheiden: »objektiv richtige und sachlich unberechtigte Sätze«. Objektiv berechneten Rechtssätze dann, wenn sie »unter empirisch bedingten Verhältnissen ein theoretisch richtiges Recht« enthielten, das heißt, wenn sie mit dem »allgemeingültigen Endziele des sozialen Lebens«, der »Gemeinschaft frei wollender Menschen«, in Einklang stünden.<sup>16</sup> Der Einheit all dieser Bedingungen, dem »theoretisch richtigen Recht«, verlieh Stammler den epochalen Titel »Naturrecht mit wechselndem Inhalt«.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Ebd., S. 179f.

<sup>14</sup> In diesem Sinne sprach Arthur Kaufmann in den sechziger Jahren von einem »Naturrecht des Hier und Heute« (Einleitung, in: ders. (Hg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt 1965, S. 1–4, 1).

<sup>15</sup> Auch in den Naturwissenschaften gebe es keine zeitlosen Einsichten, schrieb Stammler in der fünften Auflage (1926), aber deshalb gebe man weder die Mathematik noch »die prinzipielle Scheidung von objektiv richtiger Erkenntnis und sachlich unbegründetem Meinen« auf. Zwar könne man im Voraus nicht wissen, in welche Richtung sich die Forschung entwickeln werde, aber dass es »keine Zauberer und Hexen geben werde, diese Negative« stehe a priori fest (S. 174; 647 Fn. 120).

<sup>16</sup> Stammler, *Wirtschaft*<sup>1</sup>, S. 174f., 554. Unter Berufung auf die »Gemeinschaft frei wollender Menschen« entlarvte Stammler zum Beispiel die Duldung von Glücksspiel, die Sklaverei und Kriegsverbrechen, Unzucht oder Prostitution als »unrichtiges Recht« (*Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin 1902, S. 269, 363).

<sup>17</sup> Stammler, *Wirtschaft*<sup>1</sup>, S. 175. Josef Kohler formulierte in enger Anlehnung an Rudolf Stammler, ohne aber ihn namentlich zu nennen, dass die Gesamtheit der »Rechtserfordernisse oder Rechtspostulate, welche sich aus der

## III.

Drei Ereignisse bestimmten die deutsche Rechtsphilosophie von der Jahrhundertwende bis in die dreißiger Jahre des 20. Jahrhunderts: die Kodifizierung des Zivilrechts, die Novemberrevolution und die Stammler-Rezeption. Im übereinstimmenden Urteil der Zeitgenossen bestand Stammers überragende Wirkung nicht etwa darin, dass er eine überzeugende Antwort auf eine alte Frage gegeben hatte, sondern darin, dass er diese Frage zur richtigen Zeit erneut gestellt und in einer Art und Weise beantwortet hatte, die Widerspruch herausforderte.<sup>18</sup> Vielleicht sei es ihm »gerade durch die seltsame Verknüpfung von Eigenschaften, der befruchtenden Fragestellung mit der unbefriedigenden Lösung derselben, in so hohem Maß vergönnt« gewesen, anregend »zu wirken und zum bedeutsamsten Kristallisationspunkt der neueren Rechtsphilosophie zu werden«, urteilte beispielsweise Felix Somló, der Stammler für den meistbesprochenen und meistumstrittenen Denker der neueren deutschen Rechtsphilosophie hielt.<sup>19</sup>

Stammers Frage nach dem Recht des Rechts wurde mit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der massenhaften Gesetzesproduktion im Ersten Weltkrieg, dem Sturz der Hohenzollernmonarchie und der Ausrufung einer parlamentarischen Demokratie unvermutet aktuell und provozierte so unterschiedliche Gemüter wie Hermann Kantorowicz oder Julius Binder, Gustav Radbruch oder Erich Kaufmann. Der autoritäre Rechtshegelianismus<sup>20</sup>

richtigen Interessenerwägung« ergeben würden, ein »Naturrecht im modernen Sinne« bildeten, natürlich »nicht ein ewiges Naturrecht, aber ein Naturrecht der jeweiligen Zeit und der jeweiligen Kultur« (*Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., Berlin 1917, S. 52).

18 »Erst im Lauf der letzten 10 Jahre ist das Interesse für unser Gebiet [sc. die Rechtsphilosophie] neu erwacht«, schreibt Carl August Emge, der »erste, der ihre Notwendigkeit wieder« betont habe, sei Rudolf Stammler gewesen (*Vorschule der Rechtsphilosophie*, Berlin 1925, S. 5). Vgl. auch die ähnlich lautenden Einschätzungen von Roscoe Pound, *Jurisprudence*, Bd. I, St. Paul 1959, S. 143; Gustav Radbruch, *Brief an Giorgio Del Vecchio vom 5. September 1949*, in: *GRGA* 18, 31 ff., 312; ders., *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Leipzig 1932, S. 23; Hans Ryffel, *Das Naturrecht*, Bern 1944, S. 12; Karl Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 1. Aufl., Berlin 1931, S. 11, und Kantorowicz, *Lehre*, S. 43.

19 Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, Leipzig 1917, S. 45, Fn. 2.

20 Zur Hegelrenaissance in den Rechtswissenschaften, siehe Jakob Schirmer, *Die Göttinger Hegelschule*, Frankfurt/Main 2016; Christoph Mährlein, *Volksgeist und Recht*, Würzburg 2000; Oliver Lepsius, *Die gegensatz-aufhebende Begriffsbildung*, München 1994, S. 271–286; Sylvie Hürstel, *Rechtsphilosophie oder Rechtsgeschichte*, in: *RJ* 14 (1995), S. 368–398; Klaus Anderbrügge, *Völkisches Rechtsdenken*, Berlin 1978, S. 203–225; Hubert Rottleuthner, *Die Substanzialisierung des Formalrechts*, in: Oskar

und das pluralistische Freirecht<sup>21</sup> wären ohne Stammers Lehre vom richtigen Recht ebenso wenig denkbar gewesen wie Radbruchs demokratischer Relativismus oder Kaufmanns geisteswissenschaftliche Wende<sup>22</sup>. Bevor sich die jüngere Generation<sup>23</sup> auf Hans Kelsen einschoss, arbeitete man sich an der »reinen Rechtslehre« Rudolf Stammers ab,<sup>24</sup> die manchen zu relativistisch und anderen nicht relativistisch genug erschien.

Hermann Kantorowicz radikalisierte beispielsweise Stammers Gedanken, es sei ein »reiner Wortstreit«, wenn man behaupten wolle, dass man nur geltendes Recht mit dem Namen »Recht« belegen dürfe. Er schrieb Stammers Lehre vom richtigen Recht zu einer Lehre vom Kulturrecht fort, indem er das Naturrecht von seiner eigenen Theorie sonderte. In Wahrheit sei das richtige Recht kein ewiges, sondern ein ewig sich wandelndes Naturrecht – »so vergänglich, so zerbrechlich wie die Sterne selbst«. Kantorowicz taufte dieses neue Naturrecht – das »Naturrecht [...] des 20. Jahrhunderts« – Freirecht und erklärte die relative Unabhängigkeit von staatlicher Rechtsetzung zu seinem Markenkern. Kantorowicz forderte nicht etwa, dass die Rechtsfindung »frei« erfolgen solle, was auch immer das dann heißen mag, sondern das Eingeständnis, dass die Lösung eines juristischen Problems nicht im Gesetz gefunden, sondern in der diskursiven Auseinandersetzung mit der Theorie des Rechts, seiner Praxis und Geschichte hergestellt werde. Kantorowicz ging es nicht darum, eine metaphysische Rechtsquelle zum Sprudeln zu bringen, oder gar darum, den Richter zum König zu krönen, sondern darum, allen »Schriften über ein Gesetzbuch, das noch nicht in Kraft getreten, und allen Erörterungen de lege ferenda«,<sup>25</sup> der Rechtsgeschichte, dem Gewohnheitsrecht und der Rechtswissenschaft zu ihrem ureigenen Recht zu verhelfen, kurz: um die theoretische Begründung eines »interpretativen Rechtspluralismus«.<sup>26</sup>

Negt (Hg.), *Aktualität und Folgen der Philosophie Hegels*, Frankfurt/Main 1970, S. 211–264, und Ryffel, *Naturrecht*, S. 96–108.

21 Zur Freirechtsschule siehe Sophia Gluth, *Der apokryphe Nietzsche*, Tübingen 2021, S. 47–88, außerdem Luigi Lombardi Vallauri, *Geschichte des Freirechts*, Frankfurt/Main 1971, und Klaus Riebschläger, *Die Freirechtswegung*, Berlin 1968.

22 Zur geisteswissenschaftlichen Richtung in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik siehe Klaus Rennert (Berlin 1987).

23 Zum Weimarer Methodenstreit als politischem Generationenkonflikt siehe den gleichnamigen Aufsatz von Christoph Möllers, in: *Der Staat* 3, 43 (2004), S. 399–423.

24 Rudolf Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle 1911, S. 3.

25 Gnaeus Flavius [Hermann Kantorowicz], *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906, S. 11 f.

26 Marietta Auer, *Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, in: *ZEUP* 2015, S. 773–805. Vgl. auch Monika Frommel,

Für Julius Binder wurde die Stammler-Lektüre gar zu einem »Schlüssel-erlebnis, auf das er in kritischer Auseinandersetzung bis zum Ende seines Lebens fixiert blieb.«<sup>27</sup> Eine Besprechung von Stammlers Theorie der Rechtswissenschaft, die ursprünglich für die Kritische Vierteljahresschrift geplant war,<sup>28</sup> schwoll ihm unter den Händen zu einer derart umfangreichen Kritik, dass Felix Somló in einer Besprechung des Buches spottete, Binder habe »in der Form einer Polemik eigentlich selbst ein System geschrieben.«<sup>29</sup> In Binder vollzog sich die Gedankenbewegung von Kant zu Hegel noch ein zweites Mal.<sup>30</sup> Diesmal als Farce. Binder arbeitete sich zeitlebens an Stammler ab und wandelte sich unterdessen vom kritischen Positivist zum esoterischen Faschisten, der – einmal den »Eierschalen des Kritizismus«<sup>31</sup> entschlüpf – unversehens nach dem Führer schrie<sup>32</sup>.

Kantorowicz Freund und Mitstreiter, der Sozialdemokrat Gustav Radbruch, fand einen gänzlich anderen Zugang zu Stammler. Er verdichtete Stammlers Überlegungen zum Recht des Rechts zu einer Epistemologie der Rechtsphilosophie und entwickelte seine eigene Theorie als Kommentar zu einer Lehre, die »die deutlichen Zeichen ihrer Bastardherkunft von der Erkenntnistheorie in ihrem Logizismus, ihrem intellektualistischen Unfehlbarkeitsglauben, ihrem Mangel an weltanschaulichem Pathos und politischem Elan deutlich genug« an sich trage.<sup>33</sup> Weil der zweckmäßige Inhalt eines Rechtssatzes nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig sei, also nicht schon vorab und mit wissenschaftlicher Eindeutigkeit zwischen zwei Weltanschauungen entschieden werden könne, müsse die Frage theoretisch offenbleiben und in der po-

Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit, in: *JZ* 19, 71 (2016), S. 913–968; dies., Hermann Ulrich Kantorowicz (1877–1940), in: Kritische Justiz (Hg.), *Juristen*, S. 243–253.

27 Ralf Dreier, Julius Binder (1870–1939), in: Fritz Loos (Hg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, Göttingen 1987, S. 435–455, 442.

28 Julius Binder, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, Leipzig 1915, V.

29 Felix Somló, Rechtsbegriff und Rechtsidee, in: *ARWP* 4, 8 (1914/15), S. 525–528, 526.

30 Vgl. Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 76. Larenz selbst gab in der ersten Auflage seiner *Methodenlehre* (Berlin 1960) an, als junger Student Stammlers Theorie der Rechtswissenschaft mit »heißem Bemühen« studiert zu haben. Dieser »Stachel« habe in ihm ständig fortgewirkt (VI). Ausführlich zu Larenz Stammler-Rezeption, siehe Bernd Hüpers, *Karl Larenz*, Berlin 2010, S. 42–56.

31 Binder, *Rechtsbegriff*, S. 29.

32 »Unser Schrei nach dem Führer hat so lange keinen Sinn, als wir uns einbilden, ein Parlament könne einen Führer ernennen«, schrieb Binder 1929 (*Führerauslese in der Demokratie*, Langensalza 1929, S. 66f.).

33 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, S. 24.

litischen Auseinandersetzung beantwortet werden. Auch Radbruch ging es nicht darum, wissenschaftliche Probleme politisch zu lösen, sondern darum, vermeintlich wissenschaftliche Probleme als politische Probleme anzuerkennen, um sie einer demokratischen Lösung zuführen zu können.<sup>34</sup>

Erich Kaufmann stand dazu in scharfem Gegensatz. Ihm war es nicht um ein relatives Kulturrecht, sondern um ein absolutes Naturgesetz zu tun. Sein ganz persönlicher Abschied vom Neukantianismus begann mit einer Polemik gegen Stammlers Rechtsphilosophie. Stammler habe die »Tektonik des kantischen Gedankengebäudes« völlig zerstört. Das, was hier tragender Balken gewesen sei, sei weggefallen; anderes stehe »völlig in der Luft, das Ganze ohne Dach und ohne Fundament.«<sup>35</sup> Für Kaufmann hatte Stammler sein Ziel, ein »Reich absoluter Werte über der Wirklichkeit als deren Halt und Maßstab sicherzustellen«, völlig verfehlt, weil er es nicht gewagt habe, dem negativen Positivismus eine positive Metaphysik entgegenzustellen. Was Stammler stattdessen biete, sei eine Flucht ins Abstrakte: »unsinnliche, inhaltsleere, rationale ›Reinheit‹, ›Aushöhlung und Entleerung alles Lebendigen‹, ›Erkenntnistheorie ohne Wahrheitsbegriff, Psychologie ohne Seele, Rechtswissenschaft ohne Rechtsidee« – nirgends ein »fester Halt in den uferlosen Meeren der leeren Formen.«<sup>36</sup>

Wenig später fand Kaufmann den ersuchten Halt in einem aristotelischen Naturrecht, das angeblich nicht nur den Richter, sondern auch den Gesetzgeber verpflichtete. Auf der berühmten Staatsrechtslehrertagung in Münster (1926) erklärte er mit einem Seitenhieb auf Kantorowicz und Radbruch, beim Naturrecht handele es sich nicht »um eine Methode für Diskussionen, nicht bloß um Diskussionsregeln, wie vielfach behauptet«, sondern »um eine materielle Ordnung [...], die inhaltlich gerecht« sei.<sup>37</sup> Gerechtigkeit sei dem Gesetzgeber nicht aufgegeben, sondern vorgegeben. Sie könne diskursiv nicht ermittelt, sondern nur erkannt werden.<sup>38</sup> Anders als der Gesetzgeber sei der Richter dazu fähig und berufen. Er sei ein »reines Gefäß« aus dem nicht »seine unreine Subjektivität, son-

34 Vgl. Martin D. Klein, *Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch*, Berlin 2007, S. 150.

35 Erich Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen 1921, S. 19. Zu ihm siehe Jochen Rozek, Erich Kaufmann (1880–1972), in: Peter Häberle, Michael Kilian & Heinrich Wolff (Hg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, Berlin 2015, S. 201–217; Paz, Gateway, S. 97–121.

36 Kaufmann, *Kritik*, S. 98, 100.

37 Erich Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: *VVDStRL* 3 (1926), S. 2–62, 11.

38 Ingeborg Maus, Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit, in: *Dialektik* 1 (1994), S. 9–18, 15.

dern nur das über uns allen stehende Objektive« spreche.<sup>39</sup> Darum müsse der Richter in Gerechtigkeitsfragen das letzte Wort haben. Und nicht der Gesetzgeber.<sup>40</sup>

## IV.

Die Diskussion zwischen naturrechtlich orientierten Juristen und Rechtspositivisten endete mit der Machtübernahme der Nationalsozialisten und dem Exodus ihrer demokratisch gesinnten und als Juden verfolgten Protagonisten. Hermann Kantorowicz ging erst nach Amerika, dann nach England. Erich Kaufmann floh in die Niederlande. Rudolf Stammler, Julius Binder und Gustav Radbruch blieben in Deutschland, arrangierten sich aber auf ganz unterschiedliche Art und Weise mit dem neuen Regime. Während Radbruch bis zuletzt integer blieb, sich in die innere Emigration zurückzog, eine lang gehegte Feuerbach-Biographie realisierte und einige schöngeistige Aufsätze zu Cicero und Daumier, Goethe, Shakespeare oder Michelangelo veröffentlichte,<sup>41</sup> biederten sich Julius Binder und Rudolf Stammler den neuen Machthabern an. Aus der selbtherrlichen Begründung eines Prüfungsrechts wurde die ehrerbietige Rechtfertigung einer richterlichen Dienstpflicht. Und aus der eigensinnigen Begründung natürlicher Gleichheit die dienstfertige Legitimation angeblich »rassischer« Ungleichheit.

Im Buhlen um die Führergunst wurde auch dem Naturrecht neues Leben eingehaucht. Bereits 1928 hatte Hans Liermann den Zusammenhang von »Rasse und Naturrecht« untersucht und dem gleichheits-

39 Kaufmann, Gleichheit, S. 12.

40 Es ist bezeichnend für die deutsche Staatsrechtslehre, dass Kaufmann seine naturrechtlichen Überlegungen zu einem richterlichen Prüfungsrecht ausgerechnet anhand des Gleichheitssatzes entwickelte. Bis zur Novemberrevolution hatte die konservative Jurisprudenz des Kaiserreichs in den Grundrechten nicht viel mehr zu erkennen vermocht als eine prosaische Umschreibung des Gesetzlichkeitsgrundsatzes. Diese Sicht wurde jedoch just in dem Moment aufgegeben, als die Demokratisierung der Gesetzgebung die Privilegien einer besitzenden Minderheit zu gefährden schien, vgl. Franz Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: *ZfS* 6 (1938); S. 542–596, 575f., 577f. Siehe auch Helmut Rittstieg, *Eigentum als Verfassungsproblem*, Darmstadt 1976, S. 255f., 269; ferner Otto Kirchheimer, Die Grenzen der Enteignung [1930], in: *Gesammelte Schriften*, Bd. I, Baden-Baden 2017, S. 264–322, 291.

41 Gustav Radbruch, *Paul Johann Anselm Feuerbach*, 1. Aufl., Wien 1934. Die Aufsätze sind versammelt im Band *Gestalten und Gedanken*, 1. Aufl., Leipzig 1944.

orientierten Naturrecht der Antike ein »Naturrecht mit umgekehrtem Vorzeichen« gegenübergestellt, dass auf »rassischer« Ungleichheit beruhe.<sup>42</sup> Vier Jahre später formulierte der preußische Landtagsabgeordnete und promovierte Jurist Helmut Nicolai die »Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie« unter dem vielsagenden Titel: »Die rassengesetzliche Rechtslehre«.<sup>43</sup> Nach der Machtübergabe an Adolf Hitler entwickelte der pensionierte Landgerichtsrat Raimund Eberhard eine Lehre vom »rassengesetzlichen Naturrecht, das angeblich nicht »aus der allen Menschen gemeinsamen Vernunft, oder der allgemein-menschlichen Wesensart«, sondern aus der »besonderen Wesensart, dem Blut«, ja, »der Edel-Rasse des deutschen Volkes« stamme.<sup>44</sup> Schließlich griff Hans-Helmut Dietze diesen Gedanken auf und schrieb einige Randbemerkungen der nationalsozialistischen Führungselite<sup>45</sup> zu einem »Naturrecht aus Blut und Boden« fort,<sup>46</sup> nach dem »sich das soziale Verhalten ursprünglich und offensichtlich« regle.

In seiner Habilitationsschrift mit dem vollmundigen Titel *Das Naturrecht in der Gegenwart* – die Arbeit erschien 1936 – argumentierte Dietze, dass alles Naturrecht begriffsnotwendig zeitlos sei, aber, so Dietze weiter, lediglich der äußeren Form nach. Der konkrete Inhalt sei raum, zeit- und blutsgebunden, das nationalsozialistische Naturrecht in jenen »naturhaften Kräften« verwurzelt, aus denen »alles wirkliche Leben« sprieße: dem »Drängen des Blutes«, den »Säften des Bodens und [...] der Innigkeit gleicher Gesinnung.« Es ließ sich daher mitunter auf die Formel bringen: »Recht ist das, was arische Menschen für

42 Hans Liermann, Rasse und Recht, in: *ZgS* 2, 85 (1928), S. 273–315, 288.

43 Helmut Nicolai, *Die rassengesetzliche Rechtslehre*, 1. Aufl., München 1932. Zu dieser Rechtslehre, siehe Anderbrügge, *Rechtsdenken*, S. 167–178.

44 Raimund Eberhard, *Modernes Naturrecht*, Rostock 1934, S. 22. Indes sah Eberhard im »rassengesetzlichen Naturrecht« noch nicht der Weisheit letzter Schluss. Wenn man ein deutsches Naturrecht bejahe, müsse man auch ein Naturrecht der anderen Völker bejahen. Über all diesen Rechten schwebte dann »ein noch höherer Fixpunkt, dem das deutsche Naturrecht in Gemeinsamkeit mit den Naturrechtsidealen der anderen Völker unablässig und unbeirrbar zustrebe« (S. 38).

45 Etwa: »Menschenrecht bricht Staatsrecht« (Adolf Hitler), »Die Natur geht über die Wissenschaft hinweg und gestaltet ihr eigenes Leben« (Josef Goebbels), »Das moralische Recht ist das ewige Recht. Das ewige Recht, das moralische Recht aber liegt seit Tausenden von Jahren fest verankert in der Brust des Menschen« (Hermann Göring), zit. n. Hans-Helmut Dietze, *Naturrecht in der Gegenwart*, Bonn 1936, S. 112–114.

46 So der Titel eines Aufsatzes, den Dietze 1936 im 3. Jg. der *ZAkDR* veröffentlichte (S. 818–821).

Recht befinden, Unrecht ist das, was sie verwerfen«, oder: »Alles, was dem Volke nützt ist Recht, alles was ihm schadet Unrecht«.47

Die Ankunft des »Dritten Reichs« wurde zwar tatsächlich vereinzelt als »Durchbruch des Naturrechts« gefeiert.48 Die Sprechposition eines »dunklen Naturrechts« (Fabian Wittreck) war allerdings von vornherein dadurch geschwächt, dass dieses Naturrecht nicht nur gegen die katholische Gesellschaftslehre und das liberale Verfassungspathos abgegrenzt, sondern auch gegenüber solchen Ansätzen profiliert werden musste, die sich als dritten Weg oder Synthese alter Gegensätze empfahlen. Beispielsweise grenzte der notorische Carl Schmitt sein konkretes Ordnungsdenken gegen Normativismus und Dezisionismus ab.49 Und Karl Larenz deutete die eigene Rechtshegelei als Aufbruch zu neuen Ufern »jenseits von Naturrecht und Positivismus«.50 Wer das Pathos des Naturrechts bediente, musste daher stets betonen, dass seine Konzeption völlig anders geraten war als aufgeklärte oder neuthomistische Entwürfe, und schnitt sich die legitimierende Berufung auf eine Tradition, die allein rechtfertigte, den Begriff weiterzuverwenden, laufend selbst ab.51 Vermutlich war

- 47 Dietze, *Naturrecht*, S. 122, 318, 185f. Kritisch zu diesem Eklektizismus bereits die zeitgenössische Besprechung Herbert Krögers (*Naturrecht in Gegenwart und Vergangenheit*, in: *ZgS* 99, 3 (1939), S. 543–554, insbes. 551).
- 48 Jakob Hommes, *Katholisches Staats- und Kulturdenken und Nationalsozialismus*, in: *DtV* 1 (1933), S. 285–288, 285.
- 49 Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1. Aufl., Hamburg 1934.
- 50 Karl Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2. Aufl., Berlin 1936, S. 150.
- 51 So findet sich in *Meyers Lexikon*, Bd. VIII, 8. Aufl., Leipzig 1940, Sp. 175–177 der folgende Eintrag zum Lemma Naturrecht: »Die natur- bzw. rassengesetzliche Rechtslehre des Nationalsozialismus unterscheidet sich von allen überlieferten Versuchen, ein Naturrecht zu entwerfen, dadurch, daß sie nicht auf die Bezeichnung ›Naturrecht‹ für ein Rechtssystem abstellt, sondern darauf, ob die zugrunde gelegte Natur wirklich Natur ist oder nicht (wie beim kirchenkatholischen imperialistischen Naturrecht). Die rassengesetzliche Rechtslehre des Nationalsozialismus, in der auch der Ausdruck: naturgesetzliche Rechtsauffassung üblich ist, geht von den biologischen Grundlagen des menschlichen Lebens aus. Hier ist Rechtsquelle der natürliche Urgrund, der rassische Blutzusammenhang, das Volk und eine Berufung auf hintergründige ›übernatürliche Rechtsquellen findet nicht statt, ebensowenig aber eine ›Deduktion‹ des Rechts vermittelt zersetzender abstrakter Konstruktionen, wie sie sich bei jüdischen (Natur-)Rechtstheoretikern der Gegenwart findet (u.a. Kelsen). Durch ihr Anknüpfen an die blutbedingte Ungleichheit der Menschen unterscheidet sich die rassengesetzliche Rechtslehre grundsätzlich vom kirchenkatholischen und vom Aufklärungs-Naturrecht, die beide von einer ›Gleichheit‹ aller menschlichen Natur ausgehen« (Sp. 175, 175f.).

dem »rassengesetzlichen Naturrecht« auch aus diesem Grund nur wenig Widerhall beschieden.<sup>52</sup>

## V.

Während im nationalsozialistischen Deutschland fieberhaft an innovativen Rechtslehren gearbeitet wurde, tauchten im Ausland erste Analysen auf, die die neuen Lehren in den alten Begrifflichkeiten zu erfassen suchten. Sie deuteten die faschistische Rechtsphilosophie, die ja offensichtlich in Frontstellung zum Rechtspositivismus entwickelt worden war, überwiegend auch dort noch als Naturrecht, wo ihre Autoren sich gegen diese Bezeichnung ausdrücklich verwahrten. So charakterisierte beispielsweise Ernst Fraenkel die nationalsozialistische Rassenlehre als »irrationales und gemeinschaftliches, biologisch fundiertes Naturrecht«.53 Er deutete Schmitts konkretes Ordnungsdenken als bislang ambitioniertesten Versuch, das Verhältnis von Gesellschaft und nationalsozialistischem Staat näher zu bestimmen. Ähnlich äußerte sich der Schweizer Rechtsphilosoph Hans Ryffel. Er unterschied zwischen einem abstrakt-allgemeinen und einem konkret-individualisierenden Naturrecht und Schlug den Rechtshegelianismus der zweiten Kategorie zu.<sup>54</sup>

Ihren tiefsten Punkt erreichte die nationalsozialistische Rechtsphilosophie dann in einem Versuch Walther Schönfelds, den Gegensatz von Naturrecht und einer Philosophie, die ihrerseits vielfach als Spielart des Naturrechts gelesen wurde, neuerlich zu überwinden durch eine »noch tiefere und größere Ausprägung« des Naturrechtsgedankens.<sup>55</sup>

In der ersten Hälfte der vierziger Jahre erschien das Naturrecht damit als These, Antithese und Synthese zugleich. Einigkeit über alle methodischen und sonstigen Differenzen hinweg bestand lediglich darin, mit dem »Führer« zu ziehen – im Zweifel auch »gegen die verständige Erfahrung«.56

- 52 Vgl. Joachim Gernhuber, *Das völkische Recht*, in: *Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen* (Hg.), *Tübinger Festschrift für Eduard Kern*, Tübingen 1968, S. 167–201 195).
- 53 Ernst Fraenkel, *Der Doppelstaat*, Frankfurt/Main 1974, S. 165ff.
- 54 Ryffel, *Naturrecht*, S. 16 et passim. Hans Fehr, ebenfalls Schweizer, sprach im gleichen Sinne von einem »isolierten Naturrecht« (*Die Ausstrahlung des Naturrechts der Aufklärung in die neue und neueste Zeit*, Bern 1938, S. 26).
- 55 Walther Schönfeld, *Die Geschichte der Rechtswissenschaft im Spiegel der Metaphysik*, Stuttgart 1943, S. 123.
- 56 Erik Wolf, *Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staate*, Freiburg 1934, S. 28f.



## VI.

Nach der totalen Niederlage des europäischen Faschismus hatte das Denken in unauflösbaren Gegensätzen neuerlich Konjunktur.<sup>57</sup> »Das Dritte Reich ist vorüber«, rief Fritz von Hippel vom Katheder, die »Waffen schweigen, aber der Kampf in unseren Herzen geht weiter«.<sup>58</sup> Gemeint war der Kampf gegen den Relativismus, gegen Kant, Kirchmann und Kantorowicz, den die deutsche Staats- und Rechtslehre von Friedrich Julius Stahl bis hin zu Walther Schönfeld so verbissen geführt hatte. Dieser Kampf konnte unter veränderten Vorzeichen freilich nur dann fortgesetzt werden, wenn es gelang, das eigene »Versagen« dem politischen Gegner anzulasten. Im Anschluss an den unglückseligen Gustav Radbruch<sup>59</sup> behauptete die Rechtswissenschaft der Bonner Republik, nicht sie selbst, sondern ihr ureigener Bildungskanon trage die Schuld daran, dass sie in ihrem Wächteramt versagt habe. Historismus, Utilitarismus und Relativismus hätten die Theorie verblendet und die Praxis »wehrlos gemacht gegen noch so große Grausamkeit und Willkür«.<sup>60</sup>

Diese Selbstanklage eines Untadeligen leistete zweierlei: Sie ermunterte zum Wiederaufbau des zerstörten Tempels und sie bot denen, die sich an seiner Zerstörung beteiligt hatten, ein Alibi, eine scheinbar plausible Antwort auf die ohnehin kaum gestellte Frage, wie es überhaupt so weit hatte kommen können. Radbruchs Integrationsangebot lebte von der doppelten Fiktion, dass das Recht seinerzeit in eine schwere Krise geraten und dass die Legitimationskrise einer schwer korrumpierten

- 57 Diese Formulierung in Anlehnung an Lepsius, Begriffsbildung.  
 58 Fritz von Hippel, *Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre*, in: *Ideologie und Wahrheit in der Jurisprudenz*, Frankfurt/Main 1973, S. 3–45, 5. Im selben Text entwarf Hippel das Konzept des »freiwilligen Zwangs«, das es ermöglichen sollte, selbst die leidenschaftlichste Unterwerfung noch als erzwungen zu präsentieren.  
 59 Radbruch war Justizminister a. D. (SPD), Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie in Heidelberg und war, weil er erst das eine gewesen und dann das andere geworden war, von den Nazis aus dem Amt gejagt worden. Er hatte Frau, Freunde und Kinder während des Krieges verloren und war schwer an Parkinson erkrankt, als er im Frühling 1946 an die Universität zurückkehrte. Zu Radbruchs bewegtem Leben siehe die Autobiographie, *Der innere Weg*, Stuttgart 1951, ferner Erik Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl., Tübingen 1963, S. 713–765; Harry Pross, Lehrer, Politiker, Justizminister und Literat, in: *Die Zeit* vom 5. August 1988; Arthur Kaufmann, *Gustav Radbruch*, München 1996, und Benjamin Lahusen, Aus Juristen Demokraten machen, in: *Die Zeit* vom 5. November 2009.  
 60 Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1947, S. 108.

Jurisprudenz in Wahrheit nichts anderes war als eine Krise eben dieses Rechts. Schuld waren nicht die Denker, sondern die Gedanken: »keine Rechtswissenschaftler mit Gesicht und Namen, sondern die Ideen selbst«.<sup>61</sup> Die Schuld am Geschehenen wurde verleugnet oder verdrängt. Sie wurde dem Gesetzgeber angelastet,<sup>62</sup> den Gegnern des Nationalsozialismus in die Schuhe geschoben – allen voran Hans Kelsen<sup>63</sup> – oder einer anonymen »Weichenstellung im Aufbau von Staat und Recht«, die einst in bester Absicht vorgenommen worden war, die im »Lauf der Zeit aber all diejenigen Verhängnisse heraufbeschworen hatte, derer man nun gewärtig geworden war« – dem Positivismus.<sup>64</sup>

Nach dem Zweiten Weltkrieg entfaltete das Naturrecht seine neuerliche Anziehungskraft nicht etwa als geschlossenes Lehrgebäude, das mit philosophischem Ernst studiert worden wäre, sondern als geistiges Fundament einer Gründungserzählung, die objektiv diejenigen entlastete, die Schuld auf sich geladen hatten, und ihnen dabei subjektiv erlaubte, sich redlich zu fühlen.<sup>65</sup> In den Worten Ernst Topitschs: Die Besinnung auf Naturrecht stillte das »Verlangen nach Sicherheit, Trost und

- 61 Lena Foljanty, *Recht oder Gesetz*, Tübingen 2013, S. 41.  
 62 »Nicht die Justiz, sondern ganz allein der Gesetzgeber hatte die Fahne des Rechts verlassen«, schrieb Eberhard Schmidt damals, »Und mit der Verantwortung für die Folgen dürfen heute weder Rechtslehre noch Justiz beladen werden, da diese ganz allein den um jeden rechtlichen Halt gekommenen Gesetzgeber betrifft« (Unabhängigkeit der Rechtspflege, in: o. A. (Hg.), *Tagung deutscher Juristen*, Hamburg 1947, S. 223–251, 231).  
 63 »In der Kritik am formalistischen Rechtsdenken war Hans Kelsen die Reizfigur schlechthin«, schreibt Lena Foljanty, neben Karl Bergbohm sei er der einzige Vertreter des Positivismus gewesen, der in der Naturrechtswissenschaft namentlich erwähnt worden sei (Recht, S. 34).  
 64 Benjamin Lahusen, *Rechtspositivismus und juristische Methode*, Weilerswist 2011, S. 8. Die sogenannte Positivismus-These ist inzwischen längst als Legende entlarvt, deren eigene Entstehung präzise vermessen werden kann, vgl. nur Klaus Füber, *Rechtspositivismus und »gesetzliches Unrecht«*, in: *ARSP* 3, 78 (1992), S. 301–331; Gerhard Luf, *Zur Verantwortlichkeit des Rechtspositivismus für »gesetzliches Unrecht«*, in: Ulrike Davy, Helmut Fuchs, Judith Marte & Ilse Reiter (Hg.), *Nationalsozialismus und Recht*, Wien 1990, S. 18–37, und Manfred Walther, *Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im »Dritten Reich« wehrlos gemacht?*, in: Horst Dreier & Wolfgang Sellert (Hg.), *Recht und Justiz im »Dritten Reich«*, Frankfurt/Main 1989, S. 323–354.  
 65 Foljanty, *Recht*, S. 49. Karl Reichert bezeichnet eine derartige »Auslegung der Geschichte als reiner Entfaltung der Idee« als »Super-Hegelianismus, in dem alle Wechselwirkungen zwischen Begriff und Realität« in einem »Geschichtsfatalismus« untergehe. Schließlich könne man »nicht den mittelalterlichen Chiliasmus für das »Dritte Reich« der modernen Barbaren, Rousseau für Marx, Hegel für Stalin oder Schelling für Hitler

Erbauung« nach dem verlorenen Krieg und befriedigte das Bedürfnis nach einer möglichst durchschlagskräftigen »Gegenideologie« wider den Kommunismus.<sup>66</sup>

Unter sozialpsychologischen Gesichtspunkten war die »Naturrechtsrenaissance«<sup>67</sup> der ersten Nachkriegsjahre vor allem eine Reaktion auf den jähen Zusammenbruch des möglichst tausendjährigen Reichs.<sup>68</sup> Allerdings reagierte die deutsche Staats- und Rechtslehre nur dort auf den Untergang des Abendlands, wo sie die angebliche Rechtsperversion der Nationalsozialisten ihrerseits als Ausdruck eines sehr viel früher einsetzenden Niedergangs deuten konnte.<sup>69</sup> Wer vom Faschismus nicht schweigen wollte, sprach eben von einer »Entartung« des legitimen Gesetzespositivismus der Jahrhundertwende zu einem illegitimen Machtpositivismus oder einer »Krise der legitimierenden Kraft des demokratischen Gemeinwillens«.<sup>70</sup> Indem man die Geschichte des europäischen

verantwortlich machen« (Utopie und Staatsroman, in: *DVjs* 39 (1965), S. 259–287, 268).

66 Ernst Topitsch, Einleitung, in: Hans Kelsen, *Aufsätze zur Ideologiekritik*, Neuwied 1964, S. 11–27, 12.

67 »Die viel beschworene Renaissance des Naturrechts nach 1945 war weder eine *Renaissance* des Naturrechts, noch eine *Renaissance des* Naturrechts«, schreibt Ulfried Neumann, »sie war keine Renaissance, weil sie der ideengeschichtlichen Vermittlung entbehrt«, und sie »war keine Renaissance des Naturrechts, weil einseitig dem konfessionellen, insbesondere dem thomistischen Naturrecht verpflichtet« (Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: Dieter Simon (Hg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt/Main 1994, S. 145–187, 154)

68 Vgl. Lena Foljanty, Naturrechtsrenaissance, in: *HRG*, Bd. III, Lfg. 24, 2. Aufl., Berlin 2016, Sp. 1868–1871, 1868. Vgl. auch Heinz Mohnhaupt, Zur »Neugründung« des Naturrechts nach 1945, in: Horst Schröder & Dieter Simon (Hg.), *Rechtsgeschichtswissenschaft in Deutschland 1945 bis 1952*, Frankfurt/Main 2001, S. 97–128, 107 (»rechtliche und moralische Bewältigungsarbeit«); Peter Koller, Zur Verträglichkeit von Rechtspositivismus und Naturrecht, in: Dorothea Mayer-Maly & Peter Simons (Hg.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen*, Berlin 1983, S. 337–358, 345 (»Versuch der Vergangenheitsbewältigung«), und Wolf Rosenbaum, *Naturrecht und positives Recht*, Neuwied 1972, S. 106 (»Bewältigung der Vergangenheit«).

69 Vgl. Lahusen, Rechtspositivismus, S. 8.

70 Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. Göttingen 1967, S. 585, 561f. Vgl. auch Ernst Forsthoff, Zur Problematik der Rechtserneuerung, in: Werner Maihofer (Hg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Darmstadt 1962, S. 73–86, 73f.: »Die Frage nämlich, ob das Recht wirklich allein aus der Entscheidung des staatlichen Gesetzgebers hervorgehe oder ob es ein höheres Recht gebe, an das auch der Gesetzgeber gebunden sei, war so lange eine bloß theoretische, als man gewiß sein konnte, daß dieser Gesetzgeber sich nicht nur mit den fundamentalen Rechtsüberzeugungen

Rechtsdenkens als Verfall seiner ursprünglichen Einheit präsentierte, konnte man nicht nur das nationalsozialistische Engagement deutscher Juristen entschuldigen, sondern auch die eigene Autorität gegenüber Legislative und Judikative neu begründen. Man berief sich auf Naturrecht um personelle Konsequenzen abzuwenden<sup>71</sup> und Vergesellschaftungsformen zu bekämpfen, die angeblich noch immer keine ausreichende Gewähr boten für die Richtigkeit der Rechtsinhalte.

Und damit nicht genug. Seit Rudolf Stammler die Rechtsphilosophie epistemologisch rehabilitiert hatte, war die Berufung auf Naturrecht außerdem eine anerkannte Antwort auf Kirchmanns alte Frage, ob die Rechtswissenschaft überhaupt eine Wissenschaft sei oder diesen Titel zu Unrecht führe. In diesem Licht erschien die sogenannte Naturrechtsrenaissance nach 1945 als kurzes »Intermezzo« in einer seit 1847 geführten Diskussion über Wesen und Wert der Jurisprudenz, deren bleibender Ertrag darin bestand, dass nicht mehr eigens begründet werden musste, dass und warum »Recht eine Frage der Wahrheit und nicht des Willens« sei.<sup>72</sup>

Kurzum – Naturrecht war die Antwort der deutschen Rechtswissenschaft auf Nationalsozialismus, Demokratie und Relativismus, eine psychologische, politische und philosophische Abwehrbewegung, die sich gegen das moderne Recht überhaupt richtete.<sup>73</sup>

in Einklang halten, sondern auch im Detail der gesetzlichen Regelung optimal gerechte Lösungen anstreben würde. Dieses Vertrauen genoß der staatliche Gesetzgeber bis zum Jahr 1918.«

71 Von den knapp fünfhundert Rechtswissenschaftlern, die im Januar 1933 an deutschen Universitäten beschäftigt waren, war über ein Viertel entlassen, vertrieben oder ermordet worden; über die Hälfte aller juristischen Lehrstühle hatte man zwischen 1933 und 1939 neu besetzt. Schätzungsweise 90 Prozent aller Rechtswissenschaftler, die in der Hitler-Zeit einen Lehrstuhl erbeutet hatten, konnten nach 1945 auf ein Ordinariat zurückkehren oder wurden mit vollen Bezügen in den Ruhestand verabschiedet, vgl. Stefan Höpel, Die »Säuberung« der deutschen Rechtswissenschaft, in: *KJ* 4, 26 (1993), S. 438–460, 447; Hubert Rottleuthner, Kontinuität und Identität, in: Franz Jürgen Säcker (Hg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, Baden-Baden 1992, S. 241–254, 247, sowie Ingo Müller, *Furchtbare Juristen*, München 1987, S. 237.

72 Foljanty, *Recht*, S. 223.

73 Das Naturrecht werde auch deshalb laufend wiedergeboren, weil es ihm nicht gelänge, erwachsen zu werden, spottet Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/Main 1993, S. 517 Fn. 50. Ähnlich hatte Alf Ross bereits in den fünfziger Jahren geurteilt: »Natural law seeks the absolute, the eternal, that shall make of law something more than the handiwork of human beings and tempts the legislature from the pains and responsibility of decisions« und diese Sicht als »typically infantile« charakterisiert (*On Law And Justice*, Berkeley 1959, S. 258, 228).

## VII.

Dieser Befund ist inzwischen gut gesichert,<sup>74</sup> obwohl das Bild an zwei Stellen noch immer unvollständig ist. Zum einen fehlt es an einer fundierten Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung der vierziger und fünfziger Jahre,<sup>75</sup> die sich ja nur mittelbar mit den ganz großen Fragen auseinandersetzen musste; zum anderen haben Rechtstheorie<sup>76</sup> und

- 74 Siehe nur Hans Jörg Sandkühler, *Nach dem Unrecht*, Freiburg 2015; Foljanty, Recht, vgl. dazu außerdem die ergänzenden Bemerkungen von Bernd Rüthers, Recht oder Gesetz?, in: *JZ* 17, 68 (2013), S. 822–829, und Frommel, Rechtsphilosophie; Heinrich Lau, Naturrecht und Restauration in der BRD, in: *KJ* 8, 3 (1975), S. 244–254; Rosenbaum, Naturrecht; Hans Dieter Schelauke, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland*, Köln 1968; Franz Wieacker, Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion, in: *Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion*, Köln 1965, S. 7–30; Kaufmann (Hg.), Begründung; Maihofer (Hg.), Naturrecht; Thomas Würtenberger, Zur Geschichte der Philosophie und des Naturrechts, *ARSP* 1, 51 (1954), S. 58–87; ders., Neue Stimmen zum Naturrecht in Deutschland 1948–1951, in: *ARSP* 4, 40 (1953), S. 576–597; ders., Wege zum Naturrecht in Deutschland 1946–1948, in: *ARSP* 1, 38 (1949), S. 98–138, 132f., und Heinz Horst Schrey, Die Wiedergeburt des Naturrechts, in: *ThR* 2/3, 19 (1951), S. 21–75, 154–186 und 193–221.
- 75 Eine solche Auseinandersetzung kann freilich auf zeitgenössische Vorarbeiten unterschiedlicher Qualität zurückgreifen, insbesondere auf Gebhard Müller, *Naturrecht und Grundgesetz*, Würzburg 1967; Hans-Jürgen Kerkau, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, Kiel 1966; Eleonore Linsmayer, *Das Naturrecht in der deutschen Rechtsprechung der Nachkriegszeit*, München 1963; Hermann Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: *NJW* 37, 13 (1960), S. 1689–1696; Ernst von Hippel, Das Naturrecht in der Rechtsprechung der Bundesrepublik, in: *Mechanisches und moralisches Rechtsdenken*, Meisenheim 1959, S. 224–237; Albrecht Langner, *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik*, Bonn 1959; Werner Wippold, *Die Einwirkung der Naturrechts-Ideologie auf die westdeutsche Gerichtspraxis in den Jahren bis zur Gründung der Bundesrepublik*, Babelsberg 1957; Bruno Baak, *Das Naturrecht in der neueren Rechtsprechung der obersten deutschen Gerichte*, Köln 1954. In diese Kategorie fällt auch der persönlich gefärbte Rückblick Hans Joachim Fallers, *Wiederkehr des Naturrechts?*, in: *JbÖffR* 43 (1995), S. 1–17.
- 76 Einen ersten Überblick bieten Inga Markovits, *Diener zweier Herren*, Berlin 2020; dies., Die Juristische Fakultät im Sozialismus, in: Heinz-Elmar Tenorth (Hg.), *Geschichte der Universität Unter den Linden 1810–2010*, Bd. VI, Berlin 2010, S. 91–135, und der Sammelband *Rechtswissenschaft in der DDR 1949–1971*, hg. von Ralf Dreier, Jörn Eckert, Karl A. Mollnau & Hubert Rottleuthner, Baden-Baden 1996.

Rechtspraxis<sup>77</sup> der Sowjetischen Besatzungszone und der DDR,<sup>78</sup> für die der Umgang mit Nationalsozialismus, Demokratie und Pluralismus zweifelsohne Schlüsselfragen waren, noch immer nicht die ihnen gebührende Aufmerksamkeit erfahren. Letzteres ist umso erstaunlicher, als Radbruch die Belege für eine vermeintliche Wiederkehr des Naturrechts ausgerechnet in der Sowjetischen Besatzungszone fand. Auf jenen drei Seiten, die vom gesetzlichen Unrecht und seiner naturrechtlichen Überwindung handeln, bemühte Radbruch vier Beispiele aus Thüringen, Sachsen und der sächsischen Provinz, um seine These zu belegen, überall habe die Rechtsprechung den Kampf gegen den Positivismus aufgenommen.<sup>79</sup> Zumindest in der Anfangszeit muss es also auch im Osten ein praktisch wirksames Naturrecht gegeben haben. Bereits die Ausmaße dieses ersten Aufflackerns sind jedoch kaum bekannt; auch über das weitere Fortleben eines antifaschistischen oder gar sozialistischen Naturrechts weiß man im Grunde nichts.

## VIII.

Diese Beobachtung bot Anlass für die folgende Untersuchung. Sie soll einen Beitrag dazu leisten, das Naturrecht in der je spezifischen Gestalt zu erforschen, die es in den beiden deutschen Teilstaaten annahm. Dazu bedient sie sich eines im weitesten Sinne begriffsgeschichtlichen Instrumentariums.<sup>80</sup> Sie unterscheidet zwischen Theorie und Praxis des Rechts,

- 77 Vgl. statt aller Inga Markovits, *Gerechtigkeit in Lüritz*, München 2006.
- 78 Zum Forschungsstand im Allgemeinen siehe Adrian Schmidt-Recla & Achim Seifert (Hg.), *Das Recht der DDR als Gegenstand der Rechtsgeschichte*, Wien 2022, sowie Hans Peter Haferkamp, Jan Thiessen & Christian Waldhoff (Hg.), *Deutsche Diktatorische Rechtsgeschichte?*, Tübingen 2017.
- 79 Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: *SJZ* 5, 1 (1946), S. 105–108.
- 80 Begriffsgeschichtliche Forschung geht davon aus, dass Menschen miteinander kommunizieren müssen, um sich verständlich machen zu können, und unterstellt, dass sie das nur unter jeweils gegebenen Bedingungen tun können. Sie fragt also nach den sozialen Bedingungen, die es ermöglichen, bestimmte Sinnerfahrungen zu speichern, zu ordnen und in Form von »gepflegter Semantik« zugänglich zu halten, allgemeiner gesprochen: nach dem Verhältnis von Gesellschaftsstruktur und Semantik. Dabei wird angenommen, dass Strukturen und Semantiken miteinander korrelieren, das heißt, mit genau den Strukturen variieren, denen eine Gesellschaft ihre Kommunikation unterwirft. So gerüstet lassen sich dann »semantische Korrelate einer strukturellen Gesellschaftsentwicklung« identifizieren, vgl. Niklas Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik, in: ders., Gesellschaftsstruktur

zwischen verschiedenen Ebenen der Theoriebildung und zwischen unterschiedlichen Modi ihrer Beobachtung.

Die Naturrechtslehre selbst hatte diese Unterscheidung noch nicht zugelassen. Sie verstand Rechtsprechung und Rechtsdogmatik, aber auch Rechtsphilosophie und Rechtsgeschichte als unterschiedliche Ausgangspunkte einer arbeitsteiligen Suche nach der Gerechtigkeit. Eine von der praktischen Teilnahme am Rechtsbetrieb oder der theoretischen Kontemplation entthobene Beobachtung des Rechts erwies sich für eine bestimmte Art ideen- oder problemgeschichtlicher Forschung schon deshalb als nicht gegenstandsadäquat, weil ihr eigentlicher Gegenstand gar nicht die abgeschlossene Vergangenheit und ihr Recht war, sondern die ständige »Durchsetzung der Gerechtigkeit, der Kampf geistiger Macht gegen brutale Gewalt und den Zwang ungerechten Rechts, das Streben nach Freiheit und Autonomie der Persönlichkeit, kurz: der Gang der Rechtsidee durch die Geschichte«.<sup>81</sup>

Diese Arbeit folgt einer anderen Konzeption. Sie versteht die Rechtsgeschichte nicht als »Bilderbuch der Rechtsidee«<sup>82</sup> oder als »Thesaurus von Rechtsregeln«<sup>83</sup>. Sie beschreibt das historische Recht nicht als »geschichtliche Erscheinung[...] der Gerechtigkeit«,<sup>84</sup> sondern als sich selbst beobachtendes System, das Theorien erzeugt, um die eigenen Operationen rekursiv zu vernetzen.<sup>85</sup>

Das geringste Abstraktionsniveau weisen dabei die dogmatischen Theorien auf. Sie bereiten das unübersichtliche Material didaktisch auf,

und Semantik, Bd. I, Frankfurt/Main 1993, S. 9–71. Kritisch zur Korrelationssemantik Luhmanns Rudolf Stichweh, Semantik und Sozialstruktur, in: Dirk Tänzler, Hubert Knoblauch & Hans-Georg Soeffner (Hg.), *Neue Perspektiven der Wissenssoziologie*, Tübingen 2006, S. 157–171. Gunther Teubner löst das Problem, indem er einen vorautopoietischen und einen autopoietischen Zustand unterscheidet und für Letzteren eine Ko-Evolution annimmt (vgl. *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt/Main 1989, S. 61–81, insbes. 73, 78f.).

81 Heinrich Mitteis, *Der Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar 1947, S. 128. Zu Mitteis, siehe nur Johannes Liebrecht, *Die junge Rechtsgeschichte*, Tübingen 2018.

82 Die Rechtsgeschichte sei nicht nur ein »Bilderbuch zur Rechtsidee«, schreibt Helmut Coing, sondern »die Geschichte ihrer allmählichen Enthüllung« (*Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1. Aufl., Berlin 1950, S. 150).

83 Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, S. 617.

84 Ebd., S. 562.

85 Dieser Ansatz unterscheidet sich insbesondere von einer spekulativen Problemgeschichte, wie sie von und im Anschluss an Franz Wieacker betrieben worden ist. Zu Wieackers Verständnis von Rechtsgeschichte und historischer Methodik, siehe nur Uwe Wesel, *Zur Methode der Rechtsgeschichte*, in: *KJ* 4, 7 (1974), S. 337–368, Joachim Rückert, *Privatrechtsgeschichte der*

gruppieren es zu Problemen und stellen Lösungen so dar, dass sie wiederverwendet werden können.<sup>86</sup> Auch in der Rechtsdogmatik lässt sich Naturrecht beobachten. Naturrechtliche Prinzipien werden als »Reflexionsstopp« eingesetzt,<sup>87</sup> um eine Entscheidung mit Blick auf vermeintlich vergleichbare Konstellationen zu begründen. Aber dabei handelt es sich nicht – wie man im Anschluss an Stammlers »Naturrecht mit wechselndem Inhalt« und die semantische Tradition meinen könnte – um einen unvermittelten Durchgriff »nach draußen«,<sup>88</sup> um eine externe Begrenzung des Rechts durch seine Umwelt, die Natur, sondern um ein Argument im Rahmen einer juristischen Auseinandersetzung, dessen Anschlussfähigkeit sich dann systemintern – also »drinnen« – bewähren muss.

In Bezug auf die Rechtsphilosophie kommt dem Naturrecht freilich eine weitergehende und tieferreichende Bedeutung zu. Dogmatische Theorien sind zwar bereits Produkte der Beobachtung des Rechts durch das System, in aller Regel: der Rechtspraxis durch wissenschaftliche Mitarbeiter. Sie sind aber selbst noch keine Theorien der Selbstbeobachtung des Rechts. Derartige Theorien, die erklären können, warum das Recht überhaupt Recht ist, lassen sich mit Niklas Luhmann als »Selbstbeschreibungsforneln« oder »Reflexionstheorien« des Rechts bezeichnen.<sup>89</sup> Während positivistische Reflexionstheorien mit der Metapher einer Rechtsquelle operieren, um die Geltung des Rechts zu begründen, rechtfertigen naturrechtliche Selbstbeschreibungsforneln oberste Prinzipien, die das Recht dann ihrerseits legitimieren sollen. Naturrecht und Rechtspositivismus unterscheiden sich damit hinsichtlich dessen, was

Neuzeit, in: Behrends, Okko & Eva Schumann (Hg.), *Franz Wieacker*, Göttingen 2010, S. 75–118, und Viktor Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft*, Hamburg 2014; zu Wieackers Leben, siehe den Nachruf von Dieter Simon, Franz Wieacker, in: *RJ* 13 (1994), S. 1–4, und Detlef Liebs, Franz Wieacker (1908 bis 1994), in: Behrends & Schumann (Hg.), *Wieacker*; prägnant zu Wieackers nationalsozialistischem Engagement Benjamin Lahusen, Die Last der großen Erzählung, in: *myops* 31 (2017), S. 70–72; ausführlich zum Zusammenhang von Gesinnung und Werk, Ville Erkkilä, *The Conceptual Change of Conscience*, Tübingen 2019, und die Rezension Tomasz Giaros, A Matter of Pure Conscience?, in: *Studia Iuridica* 82 (2019), S. 9–28. Grundlegend zur Disziplingeschichte der Rechtsgeschichte Regina Ogorek, *Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945–1990)*, in: Simon (Hg.), *Rechtswissenschaft*, S. 12–99, und Sten Gagnér, *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen I*, Ebelsbach 1993.

86 Luhmann, *Recht*, S. 11.

87 Ebd., S. 517.

88 Niklas Luhmann, Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts, in: *Rechtstheorie* 19 (1988), S. 11–27, 24.

89 Polemisch könnte man stattdessen von Legitimationsideologien sprechen, so Rosenbaum, *Naturrecht*, S. 16.

zu begründen ist (Geltung, Legitimität) und im Modus der Begründung (Quellen, Prinzipien).<sup>90</sup> Beide erfüllen aber letztlich die gleiche Funktion, nämlich die »Eigenwertproduktion des Rechts und den Sinn der Autonomie« im Rechtssystem selbst darzustellen.<sup>91</sup>

Derartige Theorien zum Gegenstand begriffsgeschichtlicher Forschung zu machen, heißt, ihre Grundannahmen dahinstehen zu lassen, sich aus dem System zu verabschieden und sich auf eine Beobachterposition jenseits des Rechts zurückzuziehen. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Naturrechtsgedanke als bloßes Hirngespinnst abgetan würde. Denn Naturrecht zeichnet sich nicht dadurch aus, dass es nicht beschrieben werden könnte. Gerichte können ihre Entscheidung auf »Naturrecht« stützen, Rechtsphilosophen ihre Theorien auf die Annahme »übergesetzlichen Rechts« gründen. Und beides kann man empirisch beobachten. Aber das, was man dort beobachtet, ist eben nicht mehr das alte, unverwechselbare, wiedergekehrte oder wiedererweckte Naturrecht der Griechen und Römer, ein Naturrecht im guten Sinn der alten Tradition, das sich nur gehäutet hatte, in Wahrheit aber stets dasselbe geblieben war, sondern eine Begründungsformel der richterlichen Kunst, eine Selbstbeschreibungsfomel des Rechts als Recht.

## IX.

Mit der näheren Bestimmung von Gegenstand und Methode stellt sich zugleich die Frage nach den Grenzen der vorliegenden Arbeit.

In räumlicher Hinsicht beschränkt sich die Untersuchung auf die deutsche Entwicklung und kommt nur dort, wo dies für das Verständnis unumgänglich ist, auf das Ausland oder die Realität der Besatzungsmächte

90 Hans Kelsen sah das wesentliche Merkmal des Rechtspositivismus gegenüber dem Naturrecht nicht in der relativen Begründung des Rechts als Gesetz, sondern im Verzicht auf jede weitergehende Begründung. Für die Naturrechtslehre gelte eine Norm dann, wenn sie »aus einem Prinzip des absolut Guten« abgeleitet werden könne, die »selbst mit dem Anspruch auf absolute Geltung« auftrete. Für den Rechtspositivismus gelte diese Grundnorm dagegen selbst bloß hypothetisch, das Recht also nur unter einer Voraussetzung, deren »Geltung selbst innerhalb der Sphäre des positiven Rechtes unbegründet und unbegründbar« bleibe. Jeder Versuch, die bloß hypothetische »Grundlage des positiven Rechts zu sprengen« und »von der hypothetisch zu einer absolut gültigen Grundnorm zu gelangen«, bedeute »eine Einmischung der Metaphysik in den Bereich der Erfahrung«, die Kelsen als vorwissenschaftlich zurückwies (*Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg 1928, S. 11; 12; 14).

91 Luhmann, *Recht*, S. 529, 18.

zurück. Sie klammert damit gleichsam die Nürnberger Prozesse aus, die sich besser im Zusammenhang des Völkerrechts und seiner Geschichte verstehen lassen und die schon aus diesem Grund den hier gesteckten Rahmen sprengen. Zweifellos – auch in den Nürnberger Prozessen wurde naturrechtlich argumentiert. Allerdings mühte man sich nach Kräften, nicht auf das rissige Fundament »abendländischen« Christenrechts zu bauen. Einerseits schuf man mit dem Statut des Internationalen Militärgerichtshofs selbst die gesetzliche Grundlage, um Kriegsverbrecher zu bestrafen, und leitete das Recht dazu gerade nicht aus der allen Menschen gemeinsamen Friedensnatur ab, sondern aus der bedingungslosen Kapitulation, mit der das Deutsche Reich sein Schicksal in die Hände der Siegermächte gelegt hatte. Andererseits war die wiederholte Berufung auf die »Standards der Zivilisation« gerade »keine Flucht ins abstrakte Naturrecht, sondern eine konkrete Zuschreibung, die globale Hierarchien spiegelte und rechtfertigte«.<sup>92</sup>

In zeitlicher Hinsicht konzentriert sich die Arbeit auf die vierziger und fünfziger Jahre des 20. Jahrhunderts. Diese Periodisierung speist sich aus mehreren Überlegungen. Die vermeintliche Naturrechtsrenaissance nach dem Zweiten Weltkrieg begann mit dem berühmten Urteil des Wiesbadener Amtsgerichts, das bereits im November 1945 erklärt hatte, dass Gesetze, die mit dem Naturrecht in Widerspruch stünden, schon zum Zeitpunkt ihres Erlasses nichtig gewesen seien,<sup>93</sup> und endete im Jahr 1958 – im Westen mit dem nicht minder berühmten Lüth-Urteil, das die Grundrechte der Bonner Verfassung zur objektiven Wertrangordnung stilisierte; im Osten mit der Babelsberger Konferenz, auf der die letzten Rudimente eines Kryptonaturrechts aus der realsozialistischen Orthodoxie verabschiedet wurden.<sup>94</sup> Im Jahr 1958 begann zugleich der Ulmer Einsatzgruppen-Prozess, der das Ende der unmittelbaren Nachkriegszeit einläutete – jedenfalls für Westdeutschland. Diese drei Punkte markieren daher Anfang und Ende der Untersuchung.

## X.

Sieht man genauer zu, kann man zwei Phasen weiter voneinander unterscheiden: Zwischen zwei Sommern, dem Sommer 1945 und dem Sommer 1947 (Kapitel 1 und 3), tauchte Naturrecht hier und dort auf: in

92 Christian Wilke, Fall 3, in: Krim Priemel & Alexa Stiller (Hg.), *NMT*, Hamburg: 2013, S. 288–319, 318; vgl. auch Lawrence Douglas, *Was damals Recht war ...*, ebd., S. 719–754, 725.

93 AG Wiesbaden, Urteil vom 12. November 1945, in: *SJZ* 1, 1 (1946), S. 36.

94 Jan Schaefer spricht insofern von einem »Schicksalsjahr der Rechtsentwicklung in beiden deutschen Teilstaaten« (*JZ* 14, 63 (2008), S. 703–708).

allen vier Zonen, in allen drei Rechtsgebieten, vor allem im Westen, vor allem im Familien- und im Strafrecht. Man könnte daraus den Schluss ziehen, dass es in erster Linie die moralaffinen und politiksensiblen Bereiche waren, in denen mit transzendenten Argumenten hantiert wurde, und dass der katholische Südwesten eine stärkere Tendenz zum Naturrecht zeigte als der protestantische Nordosten. Beides wäre nicht falsch. Allerdings muss man in Rechnung stellen, dass es gerade diese beiden Rechtsgebiete waren, auf die sich die gesamte Rechtspraxis nach dem verlorenen Krieg überhaupt zurückzog. Etliche Gerichte waren ausgebombt. Viele Rechtsarbeiter waren gefallen, auf der Flucht oder sonst wie am Praktizieren gehindert.<sup>95</sup> Als der Rauch sich lichtete und der Betrieb mal zögerlich, mal zupackend wiederaufgenommen wurde, standen vor allem Diebe und Eheleute vor Gericht.

Dazu kommt aber noch ein Zweites. Während sich im Südwesten des zertrümmerten Deutschen Reichs bereits 1946 erste Zeitschriften bildeten, die auch über die Zeit unmittelbar nach Kriegsende berichteten, gründete sich die Neue Justiz, die Rechtszeitschrift der Sowjetischen Besatzungszone, mit einiger Verzögerung erst 1947. Man ist über die dortigen Geschehnisse also deutlich schlechter und lediglich aus zweiter Hand informiert. Als eine flächendeckende Versorgung mit juristischem Fachwissen sichergestellt war, hatte sich auch die Parteiherrschaft bereits so weit konsolidiert, dass sie den Raum des Sagbaren erheblich einschränken konnte. Aus diesen beiden Gründen muss die Auswertung ostdeutscher Periodika um archivalische Studien ergänzt werden.

Mit Gründung einer eigenen Fachzeitschrift wurden die Zonengrenzen auch innerhalb des juristischen Diskurses deutlich sichtbar. Ab etwa 1947 führte die Berufung von Verwaltungs- und Verfassungsrichtern im Westen Deutschlands zu einer sukzessiven Unterwerfung allen hoheitlichen Handelns unter die Souveränität des Rechts (Kapitel 2). Im Osten führte die Einführung von Volksrichtern, Kassation und Eingabe, die verschleppte Wiedereinführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und die sukzessive Ausweitung staatsanwaltlicher Befugnisse zu einer Unterordnung des Rechts unter die Knute der Politik (Kapitel 4). Parallel dazu dünnten die zunächst vielfältigen Naturrechtsbezüge immer weiter aus. Während das bundesdeutsche Naturrecht eine zweite Renaissance erlebte als der Rechtsnot der ersten Nachkriegstage längst abgeholfen war, in der Auseinandersetzung nämlich zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und neuartiger Verfassungsgerichtsbarkeit, setzte im Osten ein

95 Vgl. etwa Benjamin Lahusen, »Der Dienstbetrieb ist nicht gestört«, München 2022; Edith Raim, *Justiz zwischen Diktatur und Demokratie*, München 2013; Hermann Wentker, *Justiz in der SBZ/DDR 1945–1953*, München 2001; Hans Wrobel, *Verurteilt zur Demokratie*, Heidelberg 1989.

Entdifferenzierungsprozess ein, den man ironisch überspitzt auch als Absterben des Rechts bezeichnen könnte.<sup>96</sup>

Die Selbstwahrnehmung dieser beiden Vorgänge könnte unterschiedlicher nicht sein. Die westdeutsche Rechtsphilosophie deutete die geschichtliche Entwicklung als jahrhundertelange Degeneration und sah es als ihre vornehmste Aufgabe an, Politik und Rechtsprechung den Weg zur moralischen Regeneration zu weisen (Teil 1).<sup>97</sup> Demgegenüber wertete die ostdeutsche Rechtssoziologie die fortschreitende Selbstauflösung des Naturrechts – die Emanzipation zur Politik – als dessen eigentliche Leistung (Teil 4). Dabei setzten beide Entwicklungen Trends fort, die bereits in der Zwischenkriegszeit begonnen und im Nationalsozialismus zum Teil radikalisiert worden waren: Hier wurde die Autonomie des Rechts im Zeichen absoluter Ordnung bekämpft, dort die Eigengesetzlichkeit des Rechts rückgebunden an eine relative Sozialgesetzlichkeit, deren dialektische Erkenntnis der parteilichen Avantgarde vorbehalten blieb. In beiden Fällen lässt sich in gewissem Sinne von Naturrecht sprechen, obwohl das Wort in jedem Fall etwas völlig anderes meint.

96 Vgl. Sigrid Meuschel, *Legitimation und Parteiherrschaft in der DDR*, Frankfurt/Main 1992, S. 10. Vgl. auch Rainer M. Lepsius, Die Institutionenordnung als Rahmenbedingung der Sozialgeschichte der DDR, in: Hartmut Kaelbe, Jürgen Kocka & Hartmut Zwahr (Hg.), *Sozialgeschichte der DDR*, Stuttgart 1994, S. 17–30.

97 Vgl. Valentin Tomberg, *Degeneration und Regeneration der Rechtswissenschaft*, Bonn 1946.