



Karl Larenz*

CLAUS-WILHELM CANARIS

I.	Frühe wissenschaftliche Exzellenz	264
1.	„Am Anfang war Hegel“ – Adäquanz als objektive Zurechnung	264
2.	Die Willenserklärung als „Geltungserklärung“ – analytische Sprachphilosophie avant la lettre	265
3.	Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart – und „die Nacht, die man Aufklärung nennt“	267
II.	Verstrickung in den Nationalsozialismus	269
1.	Drei Vorbemerkungen	269
2.	Ein Selbstzeugnis von Karl Larenz	270
3.	Ein paradigmatisches Problem: Rechtsfähigkeit und Rassenideologie	273
a)	Der „Volksgenosse“ als Rechtsgenosse und der Nichtrechtsgenosse als „Gast“	273
b)	„Rechtfertigung der privatrechtlichen Entrechtung der Juden“ (<i>Zöllner</i>)?	276
c)	„Interpretative Änderung“ des geltenden Rechts oder „Vorschlag an die Gesetzgebung“?	277
d)	Relativierung der Rechtsfähigkeit und Diskriminierung des „Rassefremden“	278
e)	<i>Larenz</i> ein „Rassist“?	280
f)	<i>Larenz</i> ' Verhältnis zu seinem Kieler Vorgänger <i>Gerhart Husserl</i>	281
4.	Eine paradigmatische Schrift: „Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens“	282
a)	Zum Gesamteindruck	282
b)	Richterliche Gesetzesbindung und „Führerprinzip“	282
c)	Die Befugnis der Rechtsprechung zur Korrektur von vor-nationalsozialistischen Gesetzen in Ausnahmefällen und ein rassendiskriminierendes Beispiel	284
5.	Eine vernachlässigte Abhandlung: „Sittlichkeit und Recht“ von 1943 – <i>Antigone</i> und <i>York</i> bei <i>Taugoggen</i>	286
6.	Warum haben wir als <i>Larenz</i> ' Assistenten nicht nachgefragt?	288
III.	Ein „Klassiker zu Lebzeiten“	289
1.	Die Lehrbücher zum Schuldrecht und zum Allgemeinen Teil: eine exzeptionelle Erfolgsgeschichte	290
a)	Das Wachsen von Auflage zu Auflage	290
b)	Wesentliche Charakteristika von <i>Larenz</i> ' Lehrbüchern	291
2.	Die „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“: ein Durchbruch	293
a)	Grundlegung einer kaum erschlossenen wissenschaftlichen Materie	293
b)	Die Abwendung vom „konkret-allgemeinen Begriff“ im Sinne <i>Hegels</i>	295

* Ausgearbeitete und stark erweiterte Fassung des Vortrags, den ich am 29. Mai 2009 an der Humboldt-Universität zu Berlin gehalten habe.

c) Die Verbindung von „subjektiver“ und „objektiver“ Auslegungstheorie und die Zurückweisung des „positivistischen“ und des „scientistischen“ Wissenschaftsbegriffs	296
d) Objektiv-teleologische Kriterien der Rechtsfindung und -fortbildung, das Problem der „außergesetzlichen Rechtsordnung“ und die Schwächen richterlicher „Eigenwertung“	302
3. Larenz als akademischer Lehrer und im Umgang mit seinen wissenschaftlichen Schülern	304
4. Larenz' Verhältnis zu den Versuchungen wissenschaftlicher Geltungssucht	306
IV. Was bleibt?	306

I. Frühe wissenschaftliche Exzellenz

1. „Am Anfang war Hegel“ – Adäquanz als objektive Zurechnung

„Am Anfang war Hegel“. Passender als mit diesem Satz kann man einen Vortrag über die wissenschaftliche Laufbahn von *Karl Larenz* kaum beginnen. Am 23. April 1903 in Wesel am Rhein als Sohn des gleichnamigen (späteren) Senatspräsidenten am Preußischen Oberverwaltungsgericht Berlin geboren, studierte *Larenz* seit dem Wintersemester 1921/22 in Berlin, Marburg, München und Göttingen Jura, Volkswirtschaft und Geschichte und entwickelte alsbald ein intensives Interesse für philosophische Probleme. Von der damals an den deutschen Universitäten dominierenden Schule des Neukantianismus wegen deren rigorosen Formalismus¹ und insbesondere von der Philosophie *Stammlers* enttäuscht,¹ wandte er sich in Göttingen dem Rechtsphilosophen *Julius Binder*² zu und geriet durch diesen sogleich in den Bannkreis der Philosophie *Hegels*.³ Nachdem er 1926 am Oberlandesgericht Celle das Referendar-examen abgelegt hatte, promovierte er noch im selben Jahr bei *Binder*.

Das Thema seiner Dissertation lautete: „Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung“. Der erste Name, ja das erste Wort der ersten Publikationen von *Larenz* ist also *Hegel*. Auch der letzte Satz dieser Schrift gilt *Hegel*. Hochgemut schließt der 24 Jahre junge Wissenschaftler mit dem emphatischen Ausruf: „An der Stellung, die sie zu Hegel findet oder nicht findet, muss sich die Zukunft der deutschen Rechtsphilosophie entscheiden.“⁴

¹ So sein Selbstzeugnis im Vorwort zur 1. Aufl. seiner Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1960).

² Vgl. zu diesem R. Dreier, Julius Binder (1870–1939) – Ein Rechtsphilosoph zwischen Kaiserreich und Nationalsozialismus, in: F. Loos (Hrsg.), Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren (1987), S. 435–455; wieder abgedruckt in R. Dreier, Recht – Staat – Vernunft (1991), S. 142–165.

³ Vgl. dazu näher *Diederichsen*, Karl Larenz, in: C. H. Beck (Hrsg.), Juristen im Porträt, Festschrift zum 225-jährigen Jubiläum des Verlages C. H. Beck (1988), S. 495, 497.

⁴ *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung (1927), S. 105.

Dass eine Dissertation veröffentlicht wurde, war in den 30er Jahren des vorigen Jahrhunderts anders als heute, wo wir geradezu mit einer Flut von – häufig gänzlich überflüssigen – Publikationen von Dissertationen überschwemmt werden, ein exzeptioneller Erfolg. Dieser wurde noch dadurch gesteigert, dass die Arbeit im Jahre 1970 einen Nachdruck erlebte. In der Tat entfaltet sie einen Gedanken von großer Fruchtbarkeit mit einer Klarheit, die dem damaligen Stand der Diskussion weit voraus war und von der wir noch heute zehren: *Larenz* erkennt, dass die so genannte Adäquanz kein Kriterium der Kausalität, sondern der objektiven Zurechnung ist⁵ und gibt damit zugleich – was noch weitaus wichtiger ist – dem letzteren Begriff einen dauerhaften Platz in der Dogmatik des Schadensersatzrechts. Gerade weil uns das heute als selbstverständlich erscheint, lag darin damals eine wissenschaftliche Leistung von besonderem Rang.

Schon in der Dissertation werden somit zwei charakteristische Fähigkeiten von *Larenz* deutlich: Er vermochte, wie kaum ein zweiter Privatrechtler seiner Zeit, philosophische Einsichten in dogmatische Kategorien umzusetzen; und er besaß eine außergewöhnliche Gabe, Probleme und ihre Lösungen in präzisen Formulierungen zu verdichten und sie also – ganz im Geiste seines damaligen Meisters *Hegel* – „auf den Begriff zu bringen“.

2. Die Willenserklärung als „Geltungserklärung“ – *analytische Sprachphilosophie avant la lettre*

Diese Fähigkeiten beweist *Larenz* auch in seiner 1930 erschienenen Habilitationsschrift über „Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts“. Deren Hauptleistung liegt darin, dass *Larenz* in ihr die so genannte Geltungstheorie entwickelt hat, nach der eine Willenserklärung nicht als Mitteilung über einen inneren Willen des Erklärenden, sondern als Ingeltungsetzung der entsprechenden Rechtsfolge zu qualifizieren ist.⁶ Auch diese These hat sich durchgesetzt und darf heute wohl als allgemein anerkannt angesehen werden.

Der wahre Rang dieser wissenschaftlichen Leistung wird erst deutlich, wenn man sie vor dem Hintergrund der analytischen Sprachphilosophie der 60er Jahre des vorigen Jahrhunderts sieht, wie sie vor allem durch *Austin* und *Searle* geprägt worden ist. Diese hat die besondere Struktur von Sätzen, die keine Aussage, sondern ein Versprechen, einen Befehl oder dgl. zum Gegenstand haben, herausgearbeitet und sie als „*performative utterances*“ den

⁵ *Larenz* (Fn. 4), S. 84.

⁶ *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts (1930), S. 58 ff.; vertiefend *ders.*, Originäre Rechtssachverhalte, in: Würtenberger (Hrsg.), Festschrift für Gerhart Husserl zum 75. Geburtstag (1969), S. 132–151.

„constative utterances“ gegenübergestellt.⁷ Danach stellt eine performative⁸ Äußerung einen Sprechakt dar,⁹ durch dessen Vollzug genau das bewirkt wird, wovon darin die Rede ist.¹⁰ Dazu gehört auch das Rechtsgeschäft als Geltungsanordnung, ja dieses bildet geradezu ein Musterbeispiel für eine performative Äußerung; denn es ist eben der Akt des Sprechens selbst (oder eines konkludenten, d.h. „sprechenden“ Verhaltens) und nicht ein diesem vorausliegender innerer Wille, welcher die Rechtsfolge in Geltung setzt, und daher geht es beim Rechtsgeschäft in der Tat in einem wahrhaft paradigmatischen Sinne um die Möglichkeit „to do things with words“¹¹. *Larenz* ist somit durch die Formulierung der Geltungstheorie analytische Sprachphilosophie avant la lettre gelungen, indem er in hellsichtiger Weise zentrale Einsichten derselben vorweggenommen hat.¹² Insofern als er diese mit dem Terminus „Geltungserklärung“ optimal „auf den Begriff gebracht“ hat, darf man hier geradezu von einer „juristischen Entdeckung“ sprechen.¹³

Nun hat freilich *Werner Flume* eingewandt, schon aus der Konzeption von *Savignys* ergebe sich „mit Selbstverständlichkeit, dass die Willenserklärung ihrem Inhalt nach Geltungserklärung ist“.¹⁴ *Larenz* hat darauf im Nachwort zum Nachdruck seines Buches – auch diesem ist ein solcher im Jahre 1966 zuteil geworden – nobel-zurückhaltend erwidert, er wolle „da-

⁷ Grundlegend *J. L. Austin*, Performatif – constatif, in: *L. Beck* (Hrsg.), *La philosophie analytique* (1962), S. 271–304 = Performative und konstatierende Äußerungen, in: *Bubner* (Hrsg.), *Sprache und Analysis* (1966), S. 140–153; *ders.*, *How to do things with words* (1962), S. 4 ff.

⁸ Das Wort „performativ“ hat sich im Anschluss an *Austin* auch in der deutschsprachigen philosophischen Terminologie durchgesetzt. Das englische Wort „performative“ ist von *Austin* aus dem Verbum „to perform“ gebildet worden, das im vorliegenden Zusammenhang wohl am besten mit (einen Akt) „ausführen“ oder „vollziehen“ zu übersetzen ist; mit „constative“ meint *Austin* ungefähr dasselbe, was man in der deutschen Rechtssprache als „deklaratorisch“ zu bezeichnen pflegt, vgl. dazu *Canaris*, *Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in: *ders.* u. a. (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, Bd. I, (2000), S. 129, 136.

⁹ Vgl. dazu auch *Searle*, *Speech acts* (1969), S. 22 ff.

¹⁰ Vgl. *Ritter/Gründer* (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie* (1989), Bd. 7, S. 254; jüngst *Augsberg*, *Rechtslektionen – Zur Textualität des juristischen Verfahrens*, *Rechtstheorie* 40 (2009), 71, 77.

¹¹ Vgl. den Titel des oben Fn. 7 zitierten grundlegenden Werks von *J. L. Austin*.

¹² Eine unterschwellige Verbindung mag dabei darin liegen, dass *Larenz* trotz seines emphatischen Bekenntnisses zu *Hegel* schon damals (und später erst recht) einen ausgeprägten (wenn auch meist nicht explizit eingestandenen) Sinn für eine phänomenologische Sichtweise hatte und dass dieser offenbar auch den Anhängern der analytischen Sprachphilosophie zueigen ist.

¹³ Vgl. zu diesem Begriff *Dölle*, *Juristische Entdeckungen*, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), *Verhandlungen des 42. DJT* (1958) Bd. II, B 1 ff.; siehe ferner *Hoeren* (Hrsg.), *Zivilrechtliche Entdecker* (2001).

¹⁴ *Flume*, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* (4. Aufl. 1992), § 4, 7.

rüber nicht mit ihm streiten“, doch sei „die Willentheorie jedenfalls nicht immer so verstanden worden, wie *Flume* sie verstanden wissen will“. ¹⁵ Letzteres trifft ohne Zweifel zu und manifestiert sich etwa in der Position eines so bedeutenden Privatrechtlers wie derjenigen von *Tubrs*, wonach die Willenserklärung „eine Handlung ist, welche zu dem Zweck vorgenommen wird, einen Vorgang des Seelenlebens zur Kenntnis der Mitwelt zu bringen“. ¹⁶ Das ist in der Tat eine Formulierung, in welcher der Charakter der Willenserklärung als Geltungserklärung von Grund auf verkannt wird. Freilich gibt es auch Stellungnahmen, in denen dieser durchaus zutreffend anklingt. ¹⁷ Es war jedoch erst *Larenz*, der die spezifische Eigenart der Willenserklärung als Geltungserklärung in philosophisch fundierter Weise zutreffend herausgearbeitet hat, wie insbesondere die frappierende Übereinstimmung mit den – Jahrzehnte später (!) gewonnenen – Einsichten der analytischen Sprachphilosophie belegt. Außerdem ist es erst ihm gelungen, dafür einen überzeugungskräftigen Begriff zu schaffen.

3. Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart – und „die Nacht, die man Aufklärung nennt“

So erweist sich *Larenz* durch seine beiden Frühschriften bereits mit 27 Jahren als Wissenschaftler exzeptionellen Ranges; heute würde man von Exzellenz sprechen. Kühn greift er denn auch schon ein Jahr später – auf Referendariat und Assessorexamen souverän verzichtend – nach einem noch anspruchsvolleren Gegenstand und legt ein gut 100-seitiges Buch mit dem Titel „Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart“ vor. Zwar sehe ich keinen Anlass, dessen Inhalt in den Einzelheiten nachzuzeichnen, greife aber doch immerhin zwei Aspekte heraus, die mir auch heute noch als bemerkenswert erscheinen.

Nahezu von selbst versteht sich zunächst, sei aber dennoch ausdrücklich festgehalten, dass *Larenz* sich erneut mit Nachdruck für eine „Wiederbelebung Hegels“ einsetzt und daher nach Anknüpfungspunkten hierfür bei anderen zeitgenössischen Rechtsphilosophen sucht. ¹⁸ Damit einher geht eine pointierte Distanzierung gegenüber der „Aufklärung“ und deren Grundhaltung zum Verhältnis von Staat und Mensch, die *Larenz* als „Individualismus“ charakterisiert. ¹⁹ So kritisiert er *Kant*, weil dieser sich von „dem abstrakten rationalistischen Denken der Aufklärung ... noch nicht hat befreien

¹⁵ *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts (Neudruck 1966), S. 107.

¹⁶ So von *Tubr*, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Band II Teil 1 (1914), S. 400; hierauf bezieht sich ausdrücklich *Larenz* (Fn. 15), S. 37 mit Fn. 6.

¹⁷ Das gilt z.B. für die von *Flume* (Fn. 14) zitierten Ausführungen *Hölders* auf dem 20. Deutschen Juristentag im Jahre 1889.

¹⁸ *Larenz*, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart (1931), S. 108 f.

¹⁹ *Larenz* (Fn. 18), S. 95 ff.

können“.²⁰ Auf der gleichen Linie liegt, dass er *Gustav Radbruch* wegen dessen neukantianisch beeinflusster relativistischer Einstellung gegenüber der Erkenntnis von Werten entgegenhält, für diese Auffassung gelte, „dass sie in der Nacht bleiben will, die man Aufklärung nennt ...“.²¹

Diese Bemerkung hat *Arthur Kaufmann* in seiner Münchener Abschiedsvorlesung 1991 aufgegriffen. Er befasste sich dabei u. a. mit den geistigen Strömungen gegen Ende der Weimarer Republik, nannte als eine solche – völlig zu Recht – „Die ewige Wiederkehr des Irrationalismus“, attackierte als eine ihrer Erscheinungsformen den „faschistischen Irrationalismus“ und fuhr dann fort:

„Das war kein Irrationalismus mehr, wie er²² etwa noch die Freirechtsbewegung beflügelt hat, die sich zwar als über-rational, auch als a-philosophisch, aber nicht als widervernünftig verstand – das war die kalt berechnete bare Unvernunft, die Umkehr der Aufklärung: Gegenaufklärung. Wer, wie *Gustav Radbruch*, damals noch an den Werten der Rationalität und der Vernünftigkeit festhielt, musste sich verspotten lassen, dass er ‚in der Nacht bleiben will, die man Aufklärung nennt‘ (*Karl Larenz*)“.²³

Hier wird also *Larenz* unverblümt in den Zusammenhang der faschistischen Ideologie gestellt. Was *Kaufmann* indessen nicht erwähnt – und was auch ich Ihnen bisher aus Gründen der Vortragsdramaturgie vorenthalten habe –, ist, dass das Wort von „der Nacht, die man Aufklärung nennt“ ein *Hegel*-Zitat darstellt²⁴ und als solches von *Larenz* auch ausdrücklich gekennzeichnet worden war. Berücksichtigt man dies und nimmt man hinzu, dass wir das Jahr 1931 schreiben, so erscheint die Äußerung von *Larenz* in einem völlig anderen Licht: Hier attackiert ein Hegelianer einen Kantianer mit einem Wort seines „Meisters“. Wengleich ich der Herabsetzung der Aufklärung genauso kritisch gegenüberstehe wie *Kaufmann*, vermag ich in *Larenz*' Polemik daher nicht ein Zeichen „kalt berechneterbarer Unvernunft“ zu sehen, sondern lediglich den Ausdruck eines philosophischen Schulenstreits, wie er seinerzeit alles andere als ungewöhnlich war. Hinzukommt, dass *Larenz* damals ein 28-jähriger Privatdozent, *Radbruch* dagegen einer der angesehensten und, zumal als mehrfacher Reichsjustizminister, gewiss auch einflussreichsten Rechtswissenschaftler Deutschlands war. Zum Gesamtbild gehört m.E. schließlich, dass *Larenz* in der 2. Auflage seiner „Rechts- und Staats-

²⁰ *Larenz* (Fn. 18), S. 95.

²¹ *Larenz* (Fn. 18), S. 67.

²² Im Original steht irrig: „ihn“.

²³ *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie in der Nachneuzeit (1991), S. 7.

²⁴ Es stammt aus *Hegels* Vorlesungen über die Philosophie der Religion, Erster Band, XI, S. 34, vgl. *Hegel*, Sämtliche Werke, hrsgg. von Hermann Glockner, 15. Band (1928), S. 49 f.; bei *Hegel* steht statt „man“ „sie“, was sich auf eine – zuvor kritisierte – „negative Richtung“ bezieht.

philosophie der Gegenwart“ von 1935, als er selbst in Kiel als Ordinarius etabliert, *Radbruch* dagegen verfehmt war, dieses Hegel-Zitat, an dem *Radbruch* im Vorwort zur 3. Auflage seiner „Rechtsphilosophie“ von 1932 Anstoß genommen hatte,²⁵ ersatzlos gestrichen hat.²⁶

Auch bei erneuter Durchsicht der 1. Auflage von „Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart“ aus dem Jahr 1931 kann ich in dieser kein spezifisch nationalsozialistisches Gedankengut finden. Gleichwohl erscheint mir die zitierte Stellungnahme von *Kaufmann* trotz – oder vielleicht auch gerade wegen – des ihr zugrunde liegenden Fehlverständnisses als hochgradig signifikant. Vor ihrem Hintergrund gewinnt nämlich mein Satz „Am Anfang war Hegel“ einen düsteren Beiklang. Denn hier tritt, mittelbar und von *Kaufmann* vermutlich unbeabsichtigt, eine Tiefendimension zu Tage, die für mich vor allem in dem Buch von *Karl Popper* „Die offene Gesellschaft und ihre Feinde“ ihren thematischen Niederschlag gefunden hat, ist doch einer dieser „Feinde“ bekanntlich *Hegel*.²⁷ Demgemäß hätte sich *Larenz* in der Zeit, in der ich ihn gekannt habe, nach meiner Einschätzung mit Sicherheit das Wort von „jener Nacht, die man Aufklärung nennt“ nicht mehr zueigen gemacht.²⁸

II. Verstrickung in den Nationalsozialismus

Damit befinde ich mich schon im Übergang zu dem dunklen Kapitel, das nun folgen sollte: *Larenz*' Verstrickung in den Nationalsozialismus. Dazu habe ich vorab drei klarstellende Bemerkungen zu machen.

1. Drei Vorbemerkungen

Zunächst: Ich bin kein Historiker und verfüge daher nicht über das Rüstzeug eines solchen. Außerdem ist diese Vortragsreihe nicht als Veranstaltung zur Zeitgeschichte angelegt, wenngleich auch zeitgeschichtliche Aspekte dabei selbstverständlich zur Sprache kommen müssen. Ich werde also nicht

²⁵ *Radbruch*, Rechtsphilosophie (3. Aufl. 1932), S. VIII.

²⁶ Auf diese Zusammenhänge habe ich *Kaufmann* im Anschluss an seine Abschiedsvorlesung brieflich hingewiesen – ohne vorherige Abstimmung mit *Larenz* –, da mir sofort aufgefallen war, dass es sich bei der von ihm attackierten Äußerung um ein Hegel-Zitat handelte. Er hat darauf reagiert, indem er in der 2. Aufl. von 1992 zwar den Text unverändert gelassen, aber den wesentlichen Inhalt meines Briefes (unkommentiert) in Fn. 24 wiedergegeben hat.

²⁷ *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band II, Falsche Propheten – Hegel, Marx und die Folgen (1958) (hier zitiert nach der 3. Aufl. 1973, übersetzt von P. Feyerabend), S. 36 ff.

²⁸ Vgl. dazu auch unten III 2 b).

einen Abschnitt der „Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft in der Zeit des Nationalsozialismus“ oder dgl., sondern eine Phase in der wissenschaftlichen Biographie von *Karl Larenz* behandeln, ohne dabei freilich aus dem Auge zu verlieren, dass dieser damals einer der wichtigsten Repräsentanten der deutschen Rechtswissenschaft war und es nach 1949 wieder geworden ist.

Sodann: Ich bin Schüler von *Larenz* und war als solcher mit ihm über Jahrzehnte fachlich und persönlich verbunden. Gleichwohl werde ich selbstverständlich versuchen, in dem Maße, in dem das dieser politisch und emotional hochbelastete Gegenstand überhaupt zulässt, „*sine ira et studio*“ zu sprechen. Dabei bin ich mir bewusst, dass mancher – hoffentlich freilich keiner meiner heutigen Zuhörer – nur darauf wartet, mir Beschönigungen oder Verharmlosungen dessen, was mein Lehrer während des „Dritten Reiches“ veröffentlicht hat, vorwerfen zu können. Jedoch werde ich mir durch dieses Risiko nicht den Schneid nehmen lassen, mit der für einen Wissenschaftler geziemenden Klarheit auch dann Stellung zu beziehen, wenn mit Äußerungen von *Larenz* aus jener Zeit nach meinem Urteil im kritischen Schrifttum inkorrekt umgegangen worden ist. Andererseits werde ich es selbstverständlich auch an Schärfe der Distanzierung nicht fehlen lassen, wo diese geboten ist.

Schließlich: Es gibt aus der Zeit von 1933 bis etwa 1943 eine fast unglaubliche Vielzahl von Publikationen aus *Larenz*' Feder.²⁹ Es bräute die Proportionen dieses Vortrags vollständig aus dem Gleichgewicht (und überdies nach meiner Überzeugung in der Sache kaum Gewinn), würde ich versuchen, diese auch nur einigermaßen vollständig zu behandeln. Daher werde ich lediglich einen Hauptschwerpunkt setzen: Ich werde mich ausführlich mit einem *paradigmatischen Problem* befassen: mit *Larenz*' besonders häufig und heftig kritizierter Stellungnahme zum Begriff der Rechtsfähigkeit. Zusätzlich werde ich zwei Nebenschwerpunkte bilden, die einer *paradigmatischen Schrift* und einer m. E. zu Unrecht bisher *unbeachtet gebliebenen Arbeit* aus der Spätzeit des „Dritten Reichs“ gewidmet sind: seiner bekanntesten Publikation aus jenen Jahren, dem kleinen Buch „Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens“ von 1938 zum einen und der – weitaus umfangreicheren – Abhandlung „Sittlichkeit und Recht“ von 1943 zum anderen.

2. Ein Selbstzeugnis von *Karl Larenz*

Larenz gehörte bekanntlich zur sogenannten „Kieler Rechtsschule“. Dieser war von den Nationalsozialisten eine führende Rolle für die Verbreitung

²⁹ Eine – vermutlich nicht einmal vollständige, aber aussagekräftige – Übersicht findet sich bei *Frassek*, Von der „völkischen Lebensordnung“ zum Recht (1996), S. 191 ff.

und Durchsetzung nationalsozialistischen Denkens zgedacht;³⁰ sie hatte insoweit, wie oft formuliert wird, die Funktion eines „Stoßtrupps“.³¹

Zu dem Hintergrund seiner Berufung nach Kiel und zu der Rolle, die er in der Zeit des Nationalsozialismus gespielt hat, hat sich *Larenz* in einem Brief an *Ralf Dreier* vom 25. Februar 1987 geäußert, den dieser kurz nach *Larenz'* Tod veröffentlicht hat.³² Der Brief knüpft an eine Publikation *Dreiers* an und beginnt mit den Worten: „... Da Sie ... auch auf die *Binder*-Schüler und den Neuhegelianismus eingehen, habe ich mich nun entschlossen, Ihnen zu schildern, wie ich damals eigentlich zu meiner in der Tat widersprüchlichen und eigentlich unverständlichen Haltung gekommen bin.“ Etwas später heißt es, dass „wir, ich meine die *Binder*-Schüler, damals zwar alle, wie die meisten, ‚national‘ dachten, die Nationalsozialisten aber für unfähig hielten.“ Nach einigen Sätzen über den Wirtschaftswissenschaftler *Jens Peter Jessen*, der nach Ansicht von *Larenz* „über Verbindungen verfügt haben muss, die in das preußische Ministerium reichten“, kommt er dann zum Kern des Geschehens. Ich zitiere den Brief im Folgenden über eine längere Strecke ohne wesentliche Auslassungen wörtlich:

„Am 2.5.1933 trafen die Herren *Huber*, *Dabm* und ich – wir kannten uns bis dahin nicht – dort zusammen und wurden mit der Vertretung von Lehrstühlen in Kiel beauftragt, die dort infolge des berüchtigten Gesetzes³³ verwaist waren. Das war nur ein kurzer routinemäßiger Akt; aber anschließend wurde jeder von uns einzeln von einem jungen Mann bei Seite genommen, der ein Mitarbeiter des Referenten zu sein schien. Es war *Wilhelm Ahlmann*.³⁴ Dieser stammte aus einer sehr bekannten Kieler Bankiersfamilie und war blind, wie wir später erfuhren, weil er am Ende des 1. Weltkrieges versucht hatte, sich das Leben zu nehmen. Ich nehme heute an, dass

³⁰ Vgl. dazu z.B. *Erdmann*, *Wissenschaft im Dritten Reich* (1967), S. 14 ff.; *Eckert*, Was war die Kieler Schule? in: Säcker (Hrsg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus* (1992), S. 37–70; *Frassek* (Fn. 29), S. 26 ff.; *ders.*, Göttinger Hegel-Lektüre, Kieler Schule und nationalsozialistische Juristenausbildung, in: E. Schumann (Hrsg.), *Kontinuitäten und Zäsuren – Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich“* und in der Nachkriegszeit (2008), S. 49 ff. (insbesondere auch zu *Larenz'* Stellung innerhalb der Kieler Schule).

³¹ Vgl. nur *Eckert* (Fn. 30), S. 46 ff. mit Nachw.

³² Vgl. R. *Dreier*, Karl Larenz über seine Haltung im „Dritten Reich“, *JZ* 1993, 454, 455 f.; vgl. auch schon die Wiedergabe des Auszugs aus einem Brief von *Larenz* an *Erdmann*, der zwar offenbar kürzer war, aber inhaltlich im Wesentlichen und teilweise sogar im Wortlaut übereinstimmte (Fn. 30), S. 15 Fn. 18.

³³ Gemeint ist das Gesetz über die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7.4.1933, *RGBl. I* 1933, S. 175.

³⁴ Dieser war damals Hilfsreferent in der Hochschulabteilung des Preußischen Kultusministeriums, stand später der Widerstandsbewegung nahe und nahm sich am 7.12.1944 das Leben, vgl. *Eckert* (Fn. 30), S. 37, 49; weitere Schriftumsnachweise zu ihm finden sich bei R. *Dreier*, *JZ* 1993, 454, 456 Fn. 17. *Jessen* schloss sich der Widerstandsbewegung an und wurde im Zusammenhang hiermit am 30.11.1944 hingerichtet; ein Schriftumsnachweis zu ihm findet sich bei R. *Dreier*, *JZ* 1993, 454, 455 Fn. 15; vgl. ferner *Schlüter-Ahrens*, *Der Volkswirt Jens Jessen: Leben und Werk* (2001).

Jessen ihn in das Ministerium eingeschleust hatte und dass das, was er uns sagte, mit *Jessen* abgesprochen war.

Mir sagte *Ablmann*: Da man es nun nicht mehr ändern könne, dass die Nationalsozialisten an die Macht gekommen wären, müsse man versuchen, sie auf einen vernünftigen Weg zu bringen. Sie hätten bisher kein rechtes Verhältnis zum Recht und zur Staatsidee. Um ihnen dies zu vermitteln, müsse man ihnen eine Rechts- und Staatsphilosophie, wie ich sie in meiner Schrift über die Rechts- und Staatsphilosophie des deutschen Idealismus dargestellt hatte,³⁵ in einer solchen Weise nahe bringen, dass sie sich darin wieder finden und sie akzeptieren könnten. Das sollte meine Aufgabe sein.

Nun war das, was er sagte, aus heutiger Sicht völlig unsinnig und realitätsfern. Damals glaubten aber wirklich viele, der Nationalsozialismus sei eine noch formbare Masse. Von *Ablmann* ging, gerade wohl wegen seiner Blindheit, eine außerordentliche suggestive Kraft aus. ... Ich war von seinen Ausführungen stark beeindruckt, wenn ich auch keine Ahnung hatte, wie ich seinen ‚Auftrag‘ sollte ausführen können. Nach dem Kriege habe ich einmal mit *Huber* darüber gesprochen. Ihm hatte *Ablmann* gesagt, er solle den Nationalsozialisten eine Verfassung suggerieren, an die sie sich dann gebunden halten müssten.

Es kommt nun eine zweite Sache hinzu, die dazu führte, dass ich wirklich versuchte, den Plan *Ablmanns* (und *Jessens*?) zu verwirklichen.“ *Larenz* schildert sodann näher, wie er an Stelle von *Richard Kroner* zusammen mit *Hermann Glockner* zum Herausgeber der Zeitschrift „Logos“ wurde, und fährt fort: „Jetzt glaubte ich, ein Instrument in der Hand zu haben, mit dessen Hilfe ich im Sinne *Ablmanns* tätig werden konnte“. Abschließend sagt *Larenz*: „Natürlich weiß ich heute, dass ich dem Rat von *Ablmann* nicht hätte folgen sollen. Ich will da nichts beschönigen. Aber, wenn heute manchmal behauptet wird, der Nationalsozialismus habe sich auf *Hegel* gestützt, oder die Hegelianer hätten auf ihn irgendeinen Einfluss gehabt, so ist das eine Legende.“

Ich habe diesen Brief – von dem ich erst im Zusammenhang mit seiner Publikation durch *Dreier* Kenntnis erlangt habe – aus zwei Gründen so ausführlich im Wortlaut wiedergegeben. Zum ersten stellt er die einzige wesentliche schriftliche Äußerung von *Larenz* über sein Verhalten in der Zeit des Nationalsozialismus dar. Und zum zweiten entspricht er in seinen Grundlinien genau den – wenigen – Äußerungen, die *Larenz* hierüber mir gegenüber – und, soweit mir bekannt ist, auch seinen anderen Schülern gegenüber – getan hat. Dabei hat er sich stets auf seine seinerzeitige Hoffnung berufen, er könne dazu beitragen, den nationalsozialistischen Staat an einen gewissen Mindeststandard von rechtsstaatlichen Prinzipien zu binden und seiner Perversion zum Unrechtsstaat entgegenzuwirken; die Sprache der Nationalsozialisten habe er sprechen müssen, um überhaupt eine Chance zu haben, dass seine Gedanken von diesen wahrgenommen würden. Zugleich hat er

³⁵ Gemeint ist offenbar der Beitrag von *Larenz*, Die Rechts- und Staatsphilosophie des deutschen Idealismus und ihre Gegenwartsbedeutung, in: *Larenz/Holstein* (Hrsg.), Staatsphilosophie (1933), S. 89–188.

dabei den völlig illusionären Charakter seiner Hoffnungen³⁶ in scharfer Selbstkritik betont und seine Haltung gegenüber dem Nationalsozialismus ebenso wie in dem Brief an *Dreier* sinngemäß als „widersprüchlich und eigentlich unverständlich“ bezeichnet. Ebenso wenig wie in diesem – und das stellt aus meiner Sicht ein dramatisches Defizit dar – ist freilich im Gespräch mit mir jemals vom Holocaust oder auch nur von der Unterdrückung und Diskriminierung der Juden die Rede gewesen.

Wenden wir uns nun also einigen repräsentativen Publikationen aus jener Zeit zu und richten wir dabei ein Auge auch – aber keineswegs nur – darauf, wie sie sich zu der in dem Brief und in mündlichen Äußerungen tradierten Grundhaltung von *Larenz* verhalten.

3. Ein paradigmatisches Problem: Rechtsfähigkeit und Rassenideologie

a) Der „Volksgenosse“ als Rechtsgenosse und der Nichtrechtsgenosse als „Gast“

Die schärfste Kritik, die *Larenz* für Äußerungen während der Zeit des Nationalsozialismus erfahren hat, betrifft seine Stellungnahme zur Frage der Rechtsfähigkeit. Hören wir ihn zunächst wieder selbst wörtlich mit der inkriminierten Passage aus dem Jahr 1934:

„Nicht als Individuum, als Mensch schlechthin oder als Träger einer abstrakt-allgemeinen Vernunft habe ich Rechte und Pflichten und die Möglichkeit, Rechtsverhältnisse zu gestalten, sondern als Glied einer sich im Recht ihre Lebensform gebenden Gemeinschaft, der Volksgemeinschaft. Nur als in Gemeinschaft lebendes Wesen, als Volksgenosse ist der Einzelne eine konkrete Persönlichkeit. Nur als Glied der Volksgemeinschaft hat er seine Ehre, genießt er Achtung als Rechtsgenosse. Rechtsgenosse zu sein, das heißt im Recht zu leben und eine bestimmte Gliedstellung auszufüllen, ist also ein Vorrecht des Volksgenossen. Es ist, wenn man so will, eine besondere Qualität nicht des Menschen schlechthin, sondern des Volksgenossen. Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. Dieser Satz könnte an Stelle des die Rechtsfähigkeit ‚jedes Menschen‘ aussprechenden § 1 BGB an die Spitze unserer Rechtsordnung gestellt

³⁶ Dass sich auch andere prominente Rechtswissenschaftler, die nicht unmittelbar oder allenfalls eingeschränkt der „Kieler Schule“ zuzurechnen sind, ähnlichen Illusionen hingeben haben, zeigt das Beispiel *Franz Wieacker*, vgl. J. G. Wolf, Franz Wieacker, in: Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Band 1 (2007), S. 73, 77. Der Grundhaltung von *Larenz* entsprechen auch die (unveröffentlichten) Äußerungen E. R. *Hubers*, eines anderen Angehörigen der Kieler Schule, die *Grothe* wiedergegeben hat, vgl. „Strengste Zurückhaltung und unbedingter Takt“ – Der Verfassungshistoriker Ernst Rudolf Huber und die NS-Vergangenheit, in: E. Schumann (Hrsg.), *Kontinuitäten und Zäsuren – Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich“ und in der Nachkriegszeit* (2008), S. 333 f.

werden.“ ... „Wer außerhalb der Volksgemeinschaft steht, steht auch nicht im Recht, ist nicht Rechtsgenosse.“³⁷

Diese Sätze erfüllen einen in der Tat mit Schaudern, ja Abscheu. Denn sie leugnen elementarste Errungenschaften europäischen Rechtsdenkens und Fundamente der Humanität, worauf ich noch vertiefend zurückkommen werde.³⁸ Indessen hat *Larenz* noch mehr zu sagen und fährt fort:

„... Allerdings kann und wird der Fremde in vielen Beziehungen als Gast dem Rechtsgenossen gleichgestellt werden. Der Ausländer, der sich auf deutschem Boden befindet, unterliegt der Herrschaftsgewalt des deutschen Staates, genießt Leib- und Lebensschutz sowie Vermögensrechte und nimmt teil am Rechtsverkehr. Er ist selbstverständlich nicht etwa ein Rechtsobjekt. Wir müssen uns jenes abstrakte Entweder – Oder abgewöhnen, nach dem ein Mensch entweder nur Person und Subjekt oder nur Objekt des Rechts sein kann. Der Nichtrechtsgenosse ist Rechtssubjekt, er genießt eine beschränkte Rechtsfähigkeit, die ihm von der Volksgemeinschaft als Rechtsgemeinschaft³⁹ in bestimmtem Umfang zugestanden wird. Er ist aber nicht, wie der Volksgenosse, kraft seiner Geburt dazu bestimmt, der Gemeinschaft anzugehören, in ihrem Recht zu leben. Er ist, auch soweit ihm Rechtsfähigkeit zugestanden wird, doch nicht Mitträger jenes gemeinschaftlichen Lebens, durch dessen immer erneuten Vollzug sich das Recht als Gemeinschaftsordnung bildet und erhält. Er kann nicht Richter oder Schöffe sein oder sonst ein ‚Amt‘ bekleiden; von den wichtigsten Rechtsstellungen bleibt er ausgeschlossen; z.B kann er nicht Eigentümer eines Erbhofs sein. So ist der Ausländer nicht deutscher Rechtsgenosse, wenngleich er unter dem Schutz unseres Rechtes steht und in weitem Umfang am Rechtsverkehr und seinen Einrichtungen teil hat und als Gast geachtet wird.“

Diese Passage nimmt zwar dem zuvor zitierten ersten Teil der Ausführungen von *Larenz* in keiner Weise seine Anstößigkeit,⁴⁰ ergänzt ihn jedoch wesentlich in eine gegenläufige Richtung. Denn dem „Nichtrechtsgenossen“ und also nicht nur dem Träger einer fremden Staatsangehörigkeit, sondern inzident auch dem, wie *Larenz* damals nicht selten formulierte, „Rassefremden“, also dem Nichtarier⁴¹ werden hier ausdrücklich eine „beschränkte

³⁷ *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht – Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe (1935), S. 21 = *ders.*, Rechtsperson und subjektives Recht – Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, in: Dahm u.a. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft (1935), S. 225, 241 (Hervorhebungen im Original).

³⁸ Vgl. unten d).

³⁹ D.h. als einer Gemeinschaft, die sich im Recht ihre Lebensform gibt. Ich verstehe den Ausdruck „Rechtsgemeinschaft“ hier – ebenso wie in meinen früheren Schriften – also in einem anderen Sinn als Höhn in seiner Schrift „Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft“ (Fußnote von *Larenz*).

⁴⁰ Vgl. näher unten d).

⁴¹ Dass auch dieser einbezogen ist, hat *Pröls*, Erwiderung auf Jakobs' Beitrag zu Karl Larenz, JZ 1994, 33 f. in genauer Analyse des Textes von *Larenz* nachgewiesen; sein Kontrahent H. H. *Jakobs* hat ihm darin ausdrücklich zugestimmt, vgl., JZ 1994, 33, 34.

Rechtsfähigkeit“, insbesondere „Leib- und Lebensschutz“, ja sogar „Vermögensrechte“, zugestanden und lediglich die Fähigkeit zur Innehabung von Stellungen wie Richter und Schöffe oder Eigentümer eines Erbhofs abgesprochen. Auch betont *Larenz* den Status als „Gast“ in auffälliger Weise, wobei dieser nach dem Kontext positiv besetzt ist. Man muss sich in diesem Zusammenhang bewusst machen, dass im Jahre 1935 die Vorstellung, der Gast sei „heilig“ und dies sei „deutsches“ Gedankengut, noch in einer Weise lebendig war, die heute jenseits der Vorstellungswelt der meisten Menschen liegt.

Daher halte ich es nicht für wissenschaftlich korrekt, bei einer kritischen Auseinandersetzung mit der brieflichen Stellungnahme von *Larenz* zu seiner Haltung gegenüber dem Nationalsozialismus diesen zweiten Teil seiner Ausführungen zur Rechtsfähigkeit einfach unerwähnt zu lassen, wie das indessen u.a. *H. H. Jakobs* getan hat.⁴² Abgesehen davon, dass dadurch ein einseitiges und damit unfaires Bild entsteht, hätte *Larenz* nicht ohne eine gewisse Plausibilität geltend machen können, seine Betonung des Leibes- und Lebensschutzes und der Vermögensrechte von Nichtrechtsgenossen und deren Ausschluss lediglich von solchen Rechtsstellungen wie denen des Richters, Schöffen und Erbhofeigentümers sei in der Tat Teil seines – wenngleich politisch gänzlich naiven – Versuchs gewesen, Schlimmeres zu verhindern.⁴³

Interessanter und ergiebiger, wenngleich letztlich nicht weniger angreifbar ist der Umgang von *Rüthers* mit dieser Passage. Er zitiert zunächst die Sätze „Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist nur, wer deutschen Blutes ist“ und sodann – anders als *Jakobs* – korrekter Weise auch den Satz „Allerdings kann und wird der Fremde in vielen Beziehungen als Gast dem Rechtsgenossen gleichgestellt werden“. Anschließend fügt er jedoch ohne jede Analyse hinzu, dass diese beiden Zitate „sinngemäß mit den Punkten 4 und 5 des Programms der NSDAP übereinstimmen“.⁴⁴ Das trifft indessen nur für das erste, nicht aber auch für das zweite Zitat von *Larenz* zu. Denn Ziff. 5 dieses Programms lautete: „Wer nicht Staatsbürger ist, soll nur als Gast in Deutschland leben können und muss unter Fremdengesetzgebung stehen.“ *Rüthers* verschweigt also, dass das Wort „Gast“ bei *Larenz* gerade die entgegengesetzte Tendenz hat und primär als Mittel zum Schutz des

⁴² *H. H. Jakobs*, Karl Larenz und der Nationalsozialismus, JZ 1993, 805, 814; kritisch dazu mit Recht *Prölss*, JZ 1994, 33 f.; auch *H. Wagner*, Kontinuitäten in der juristischen Methodenlehre am Beispiel von Karl Larenz, Demokratie und Recht (1980), S. 254 f. verschweigt *Larenz*' Ausführungen über den „Nichtrechtsgenossen“ als „Gast“; ähnlich verkürzend *Eckert* (Fn. 30), S. 61 f.; *Wesel*, Geschichte des Rechts (3. Aufl. 2006), Rn. 299, der das Zitat ebenfalls vor der Passage über den „Gast“ abbricht und fortfährt: „Das bedeutete die Vernichtung der bürgerlichen Existenz von Juden, deren Fortsetzung die der physischen Existenz in den Gaskammern von Auschwitz gewesen ist.“

⁴³ Vgl. aber auch unten d).

⁴⁴ *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus (1968), S. 330 (6. unveränderte, um ein Nachwort erweiterte Aufl. 2005; im Folgenden wird die 1. Aufl. zitiert); ähnlich *ders.*, Entartetes Recht (1988), S. 92 f.

Nichtrechtsgenossen fungiert. Auch darf man zumal dann, wenn man sich so intensiv wie *Rüthers* mit *Larenz*' Lehre vom „konkret-allgemeinen Begriff“ auseinandergesetzt hat, nicht einfach seine Konkretisierungen – Leibes- und Lebensschutz sowie Vermögensrechte einerseits, Ausschluss aus der Stellung als Richter, Schöffe und Erbhofeigentümer andererseits – mit Stillschweigen übergehen, lassen doch folgerichtig erst sie die eigentliche Bedeutung der von *Larenz* verwendeten Begriffe erkennen.

b) „Rechtfertigung der privatrechtlichen Entrechtung der Juden“ (*Zöllner*)?

Bevor ich alsbald auf *Rüthers* vertiefend zurückkomme, muss ich mich noch mit einer zweiten Aussage von *Larenz* zur Problematik der Rechtsfähigkeit befassen. Der von mir hochgeschätzte Kollege *Wolfgang Zöllner* hat es nämlich leider für passend erachtet, im Rahmen des Vortrags, den er in dieser Reihe über *Alfred Hueck* gehalten hat, auch auf *Larenz* näher einzugehen und dabei u.a. gesagt:

„Von ihm stammt, ..., die berühmte Schrift über ‚Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens‘ (1938), in der *Larenz* die privatrechtliche Entrechtung der Juden aus seinen rechtsquellentheoretischen Erwägungen rechtfertigt. Ich erinnere mich meines Entsetzens, als mir diese Schrift in die Hände kam. Ich kannte *Larenz* bis dahin vor allem aus seinem bewunderungswürdigen Schuldrecht, und ich kannte ihn als einen persönlich ungewöhnlich lebenswürdigen und netten Mann, der keiner Fliege etwas zu Leid tun konnte. Wie wir die Mitwirkung biederer Familienväter als Peiniger und Mörder in Konzentrationslagern nicht begreifen können, so wird uns auch die Schreibtischtäterschaft prominenter Juristen ein Rätsel bleiben.“⁴⁵

Liest man, was *Larenz* in der genannten Schrift an der einzigen einschlägigen Stelle schreibt, so reibt man sich die Augen. Hier heißt es nämlich:

„Das völkische Rechtsdenken spricht, was ausdrücklich betont werden muss, keinem Menschen, auch nicht dem Rassefremden, die Rechtsfähigkeit und damit die Persönlichkeit überhaupt ab. Der § 1 des BGB bleibt insofern unberührt; aber durch die Geburt erlangt der Mensch nicht eine abstrakte ‚Rechtsfähigkeit überhaupt‘, sondern eine konkrete Rechtsfähigkeit (als Rassegenosse oder Rassefremder).“⁴⁶

⁴⁵ Vgl. *Zöllner*, Alfred Hueck, in: Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Band 1 (2007), S. 131, 145.

⁴⁶ Vgl. *Larenz*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens (1938), S. 52 f.; ähnlich *ders.*, Die Aufgabe der Rechtswissenschaft, Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie Bd. 4 (1938), 209, 235 f.; *ders.*, Zur Logik des konkreten Begriffs: eine Voruntersuchung zur Rechtsphilosophie, Deutsche Rechtswissenschaft, Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht, 5. Bd. 1940, 279, 288 f.

Für mich ist angesichts dieser Sätze nicht nachvollziehbar, wie *Zöllner* behaupten kann, *Larenz* habe durch diese Schrift „die privatrechtliche Entrechtung der Juden aus seinen rechtsquellentheoretischen Erwägungen gerechtfertigt“. Das mindeste, was man hätte erwarten dürfen, wäre ein wörtliches Zitat und dessen Analyse gewesen⁴⁷ statt des bloßen Hinweises auf die Erinnerung an sein „Entsetzen“ bei einer früheren – vermutlich viele Jahrzehnte zurückliegenden – Lektüre. Hier scheint mir *Zöllner*, zumal in Anbetracht des Wortes von der „Schreibtischtäterschaft“ und deren Parallelisierung mit der Mitwirkung der „Peiniger und Mörder in Konzentrationslagern“, sowohl seinem toten Kollegen als auch der scientific community wohl doch noch eine Erklärung schuldig zu sein.

c) „Interpretative Änderung“ des geltenden Rechts
oder „Vorschlag an die Gesetzgebung“?

Zugleich lenkt die Zitierung dieser zweiten Stellungnahme von *Larenz* zur Frage der Rechtsfähigkeit den Blick noch einmal zurück auf die Äußerungen von *Rüthers* zu dieser Problematik. Er meint nämlich, dass *Larenz*' Satz „Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist“ nach seinem Inhalt „nicht in erster Linie als Gesetzesvorschlag, sondern als Beschreibung der geltenden (!) Rechtslage nach der Machtergreifung gedacht war“ und dass es sich also um eine „rein interpretative (!) Änderung eines grundlegenden Privatrechtsinstituts“ handele.⁴⁸ Das ist für *Rüthers*' Sichtweise von zentraler Bedeutung,⁴⁹ denn die Hauptthese seines Buches geht ja, wie schon der Titel besagt und wie *Rüthers* bis heute nicht müde wird zu wiederholen, dahin, dass die Auslegung „unbegrenzt“ sei und die Juristen daher mit ihrem methodologischen Instrumentarium den Gesetzen auch bei unverändertem Wortlaut einen anderen Inhalt zu geben vermöchten, der sich an die von den Trägern der jeweiligen Staatsordnung verfochtene Politik und die ihnen genehme Weltanschauung oder Ideologie anpasse. Demgegenüber bezeichnet *H. H. Jakobs* denselben Satz von *Larenz* bemerkenswerter Weise mit Selbstverständlichkeit als einen (bloßen) „an die Gesetzgebung (!) gerichteten Vorschlag (!) zur Arisierung von § 1 BGB“.⁵⁰

Wer hat Recht? Nach meiner Meinung zweifelsfrei *Jakobs*. *Larenz*' Worte lassen insoweit an Klarheit nichts zu wünschen übrig, da er ja sagt: „Dieser Satz könnte (!) an Stelle (!) des die Rechtsfähigkeit ‚jedes Menschen‘ ausprechenden § 1 BGB an die Spitze unserer Rechtsordnung gestellt (!) werden.“ Es geht ihm also in der Tat lediglich um einen Vorschlag de lege ferenda.

⁴⁷ *Zöllner* nennt nicht einmal eine Seitenzahl, auf die sich sein Verdikt gründen soll.

⁴⁸ Vgl. *Rüthers* (Fn. 44), S. 330.

⁴⁹ Dies wird unmissverständlich deutlich auch bei *Rüthers*, *Rechtstheorie* (4. Aufl. 2008), Rn. 566.

⁵⁰ Vgl. *H. H. Jakobs*, *JZ* 1993, 805, 814.

Das wird voll bestätigt durch das zweite Zitat aus der Schrift von 1938, wonach „§ 1 BGB insofern unberührt bleibt“, als das „völkische Rechtsdenken“ danach „keinem Menschen, auch nicht dem Rassefremden, die Rechtsfähigkeit abspricht“. Allerdings ist diese Rechtsfähigkeit „konkret (als Rassegenosse oder Rassefremder)“, doch ist es bezeichnend, dass *Larenz* als Beispiel hierfür (neben der „Fähigkeit zu bestimmten Rechtsstellungen wie der als Bauer, Betriebesführer, Vormund“, von der m. E. undeutlich bleibt, ob sie dem „Rassefremden“ schon *de lege lata* fehlt oder nur *de lege ferenda* entzogen werden soll) vor allem die Versagung des „Connubiums“ für „Rassefremde“, also der Fähigkeit zur Schließung der Ehe mit einem „Rassegenossen“ nennt.⁵¹ Diese war nämlich damals schon gesetzlich verankert,⁵² so dass *Larenz* sich auch hier an die Unterscheidung zwischen der Argumentation *de lege lata* und *de lege ferenda* und damit an eines der Fundamente rechtsstaatlichen Denkens hält. Sein Umgang mit § 1 BGB ist somit entgegen *Rüthers*⁵³ keineswegs ein Beispiel für die Möglichkeit einer „unbegrenzten“ Auslegung. Zwar ist natürlich nicht zu bestreiten, dass es in der Zeit des Nationalsozialismus eine Fülle interpretatorischen Missbrauchs gegeben hat, doch ist der plakativen Pauschalität, mit der *Rüthers* seine These von der Möglichkeit einer „unbegrenzten Auslegung“ propagiert, entschieden entgegenzutreten.

d) Relativierung der Rechtsfähigkeit und Diskriminierung des „Rassefremden“

Ich habe dieser Problematik so viel Raum gewidmet, weil es hier in der Tat um das Kernstück des Verhältnisses von *Larenz* zum Nationalsozialismus geht und weil sie darüber hinaus – insoweit bin ich mit *Rüthers* durchaus einig – von exemplarischer Bedeutung für die Haltung der deutschen Rechtswissenschaft gegenüber dem damaligen Unrechtsregime und somit nach wie vor und – hoffentlich – noch bis in eine ferne Zukunft von unmittelbarem Interesse ist. Dabei scheint mir nun allerdings die Empörung über den Versuch einer Relativierung der Rechtsfähigkeit, die bisher die Debatte dominiert hat, noch nicht einmal das Zentrum zu treffen. Zwar ist dieser wegen der Konsequenzen, denen er Tür und Tor öffnet, in der Tat verhängnisvoll,⁵⁴ doch halte ich den Gedanken einer bloßen Teilrechtsfähigkeit *als solchen*

⁵¹ Vgl. *Larenz* (Fn. 46), S. 52.

⁵² Durch § 1 des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre (Blutschutzgesetz) vom 15.9.1935, RGBl. I 1935, S. 1146.

⁵³ *Rüthers* (Fn. 44), S. 330.

⁵⁴ Außerdem lässt er sich in der von *Larenz* vorgeschlagenen Form nicht ohne schwere innere Widersprüche durchführen, so mit Recht *Braczyk*, Karl Larenz' völkisch-idealistische Rechtsphilosophie, ARSP 79 (1993), 99, 111 f.; ähnlich *Schild*, Person als Begriff – zur Begriffslehre von Karl Larenz, in: Baumann (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Otte zum 70. Geburtstag (2005), S. 329, 334 f.

auch dann, wenn er nicht lediglich auf Vereinigungen von Personen – für die er bekanntlich eine Selbstverständlichkeit darstellt –, sondern auf Menschen angewendet wird, nicht für per se verwerflich; so unterscheidet z.B. das Grundgesetz zwischen Grundrechten, die „jedem“ zustehen wie die aus Art. 2 und 5, und Grundrechten, die nur „allen Deutschen“ zustehen wie die aus Art. 8, 9, 11 und 12. Das noch viel schlimmere Skandalon liegt nach meiner Ansicht vielmehr darin, dass die Rechtsfähigkeit nach der *Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rasse* differieren soll.

Bei dieser Verschiebung der Perspektive erscheint manches in einem anderen – und zwar nicht nur helleren, sondern vor allem auch grelleren – Licht. So ändert der Versuch von *Larenz*, dem „Rassefremden“ einen weitreichenden Schutz als „Gast“ zukommen zu lassen, nicht das geringste daran, dass er dabei doch zugleich die Unterscheidung zwischen Ariern und Nichtariern zugrunde legt, ja dadurch *inzident bekräftigt* und so an dieser Ursünde des Nationalsozialismus teilhat. Zugleich wird schlagartig klar, dass es geradezu eine Diffamierung *Hegels* darstellen würde, dessen Philosophie im vorliegenden Zusammenhang in Verbindung mit dem Nationalsozialismus zu bringen.⁵⁵ Zwar mag es möglich sein, den Satz, wonach Rechtsgenosse nur der „Volksgenosse“ ist, trotz seiner Übereinstimmung mit Punkt 4 des Parteiprogramms der NSDAP irgendwie an Gedanken *Hegels* anzulehnen, doch wäre es blanker Unsinn zu behaupten, dass auch der anschließende und entscheidende, ebenfalls wörtlich aus diesem Programm stammende Satz, wonach „Volksgenosse“ nur ist, wer „deutschen Blutes“ ist, irgendeine Wurzel in der Philosophie *Hegels* aufweist.⁵⁶ Auf der anderen Seite sollte man freilich heute auch konsequent und ehrlich genug sein, die Perhorreszierung oder gar Dämonisierung des „konkret-allgemeinen Begriffs“ zu beenden; denn auch mit dessen Hilfe lässt sich einem Satz wie dem, dass „Volksgenosse“

⁵⁵ *Larenz* selbst hat denn auch die Behauptung, „der Nationalsozialismus habe sich auf *Hegel* gestützt oder die Hegelianer hätten auf ihn irgendeinen Einfluß gehabt“, ausdrücklich als „Legende“ zurückgewiesen, vgl. *Dreier*, JZ 1993, 454, 457; vgl. dazu auch *Alexy*, Fortwirkungen nationalsozialistischer Denkweisen in Rechtslehre und Rechtsprechung nach 1945 (Streitgespräch zwischen *Alexy*, *Köhler*, *Naucke* und *Rottleuthner*), in: *Säcker* (Hrsg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus* (1992), S. 219, 222 f.

⁵⁶ Zutreffend *H. H. Jakobs*, JZ 1993, 805, 815; ähnlich schon *Gernhuber*, Das völkische Recht – Ein Beitrag zur Rechtstheorie des Nationalsozialismus, in: *Rechtswissenschaftliche Abteilung der Rechts- Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen* (Hrsg.), *Tübinger Festschrift für Eduard Kern* (1968), S. 167, 184. *Larenz* selbst hat in seiner Schrift *„Hegelianismus und preußische Staatsidee“* (1940), zwar – wohl mit Recht – *Hegel* für die zentrale Bedeutung des Zusammenhangs von *Volk* und *Geschichte* bzw. *Staat* in Anspruch genommen (vgl. S. 59 f., 63 f. und öfter), dort jedoch jede Verbindung zwischen *Volk* und *Rasse*, *Blut* oder dgl. im Gegensatz zu der im Text kritisierten Publikation gänzlich vermieden; bemerkenswert ist im Übrigen die völlige Selbstverständlichkeit, mit der *Larenz* sich in dieser Schrift mit *Franz Rosenzweig* auseinandersetzt, obwohl dieser Jude war und als solcher damals eigentlich als nicht zitierfähig galt.

nur ist, wer „deutschen Blutes“ ist, nicht einmal der Schein von Rationalität oder Legitimität verschaffen. Dass der „konkret-allgemeine Begriff“ besonders missbrauchsanfällig und überdies wohl auch noch immer diskreditiert ist, steht auf einem anderen Blatt.⁵⁷

e) *Larenz* ein „Rassist“?

Es bleibt die verstörende, aber unabweisbare Frage, wie *Larenz* dazu kommen konnte, seiner Stellungnahme zur Rechtsfähigkeit die Rassenideologie des Nationalsozialismus zugrunde zu legen.⁵⁸ Die Antwort liegt dann nahe, wenn man von der Darstellung in seinem Brief an *Dreier* ausgeht und also annimmt, dass er die ihm von *Ahlmann* übertragene „Aufgabe“⁵⁹ ausführen wollte: Wenn er dazu überhaupt eine Möglichkeit sah, musste er wohl in dieser Frage in der Tat „mit den Wölfen heulen“, weil er sich sonst von vornherein jeder Chance zu einer Durchsetzung, ja auch nur Publikation seiner Gedanken begeben hätte. Ob er damals wirklich geglaubt hat, mit seinen Schriften der Erfüllung jener „Aufgabe“ zu dienen – ich weiß es nicht und wage es nicht zu beurteilen.⁶⁰ Aber wie dem auch sei – jedenfalls erscheint die Annahme, *Larenz* könne „Rassist“ gewesen sein, für jemanden, der ihn so gut wie ich gekannt hat und der mit ihm so zahlreiche Gespräche, insbesondere auch politischen und historischen Inhalts, geführt hat, als völlig unplausibel, ja als geradezu absurd.

Demgemäß ist dies der Punkt, an dem mir der Hinweis angebracht erscheint, dass *Larenz* – obwohl der „Kieler Schule“ zugehörig und im Unterschied zu den meisten anderen Mitgliedern derselben – ausweislich der Unterlagen des Bundesarchivs in Berlin der NSDAP erst im Jahre 1937 beigetreten ist.⁶¹ Ein begeisterter oder gar gläubiger „Nazi“ kann er demnach nicht gewesen sein.

Im Übrigen fällt auf, dass als Tag der Aufnahme der 1. Mai 1937 vermerkt, der Antrag aber erst am 25. Oktober 1937 datiert ist. Dieser liegt beim Bundesarchiv nicht vor, doch ist nach dessen Auskunft die Rückdatierung eines Aufnahmeantrags auf einen Zeitpunkt wie den 1. Mai – der ja erst von den Nationalsozialisten zum

⁵⁷ Vgl. dazu unten III 2 a).

⁵⁸ Zu dieser hat er sich in jenen Jahren auch sonst bekannt, vgl. etwa *Larenz*, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie (1934), S. 39 f.: „Für den Aufbau der Gemeinschaft ist im nationalsozialistischen Staat vor allem der *Rassegedanke*, die Einsicht in die blutmäßige Bedingtheit des Volkstums, bestimmend (Zitate)“ (Hervorhebung im Original); vgl. aber auch soeben Fn. 56 a.E.

⁵⁹ Vgl. dazu oben II 2.

⁶⁰ Dass er eine solche „subjektive Überzeugung“ gehabt hat, wird ihm von seinem Kritiker *Rütbers* ausdrücklich konzediert, vgl. *Geschönte Geschichten – geschönte Biographien: Sozialisationskohorten in Wendeliteraturen* (2001), S. 120.

⁶¹ Briefliche Auskunft des Bundesarchivs vom 2.7.2009 an mich; danach hatte *Larenz* die Mitgliedsnummer 5041008.

Feiertag erhoben worden ist – „nicht ungewöhnlich“ und eine Aufnahme ohne Wissen der betreffenden Person „eher auszuschließen“, so dass Spekulationen in diese Richtung ohne empirisches Fundament wären.

f) *Larenz' Verhältnis zu seinem Kieler Vorgänger Gerhart Husserl*

Hervorhebung verdient im vorliegenden Zusammenhang ferner, dass *Larenz* zu seinem Vorgänger auf dem Kieler Lehrstuhl *Gerhart Husserl*, der diesen wegen seiner jüdischen Abstammung 1933 hatte räumen müssen,⁶² offenkundig eine harmonische Beziehung gewonnen hat. Davon legen u.a. etwa 20 Briefe *Husserls*, der damals in Freiburg i. Br. lebte, an *Larenz* aus der Zeit von 1960–1972, die sich in *Larenz' Nachlass* gefunden haben und heute in der Universitätsbibliothek der Ludwig-Maximilians-Universität München aufbewahrt werden, in eindrucksvoller Weise Zeugnis ab. Sie sind in überaus freundlichem Ton und in völlig entspannter Haltung abgefasst, haben aber nur – mitunter in ausgiebiger Weise – die Erörterung fachlicher Fragen, nicht jedoch den Nationalsozialismus zum Gegenstand. Der Briefwechsel hat ersichtlich schon vor 1960 und somit vor dem Erscheinen von *Larenz' „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“* begonnen, in deren historisch-kritischem Teil dieser *Husserl* eine ausführliche Darstellung und Würdigung gewidmet hat,⁶³ doch lässt sich aus den Briefen leider nichts über Zeitpunkt und Anlass der Kontaktaufnahme entnehmen.⁶⁴

Ihren äußerlichen Höhepunkt findet die Beziehung in *Larenz' Mitwirkung an der Festschrift zu Husserls 75. Geburtstag* im Jahre 1968,⁶⁵ zu der ich indessen in dem Briefwechsel ebenfalls nichts gefunden habe. Mit welcher Genugtuung und Freude *Larenz* seine Verbindung zu *Husserl* erlebt hat, hat er mir gegenüber häufig zu erkennen gegeben, dabei aber in der ihm eigenen zurückhaltenden Art keine Einzelheiten erwähnt, so dass ich darüber nichts Substantielles berichten kann. Es spricht jedoch m. E. für sich selbst und stellt

⁶² Vgl. zu G. *Husserl* das Geleitwort von *Würtenberger* in der Festschrift zu seinem 75. Geburtstag (1969), S. VII ff. sowie den Nachruf von *Hollerbach*, JZ 1974, 36 f.; kurze biographische Hinweise finden sich ferner bei *Göppinger*, Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“ (2. Aufl. 1990), S. 341; *Landau*, Juristen jüdischer Herkunft im Kaiserreich und in der Weimarer Republik, in: *Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis* (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft (1993), S. 133, 174 f.; eine ausführlichere Darstellung seines Lebens und eine umfassende Präsentation und Analyse seines Werks bietet B. *Böhler*, *Gerhart Husserl – Leben und Werk* (Diss. Freiburg, 1992), doch ist diese Arbeit leider ausgesprochen dürftig.

⁶³ Vgl. *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1. Aufl. 1960), S. 116 ff. = 6. Aufl. 1991, S. 113 ff.

⁶⁴ Das in der Universitätsbibliothek befindliche Konvolut beginnt mit einem Brief *Husserls* unmittelbar nach dem Wechsel von *Larenz* nach München; ich vermute daher, dass die Briefe aus der Kieler Zeit bei *Larenz' Tod* nicht mehr vorhanden waren.

⁶⁵ Vgl. *Larenz*, *Originäre Rechtssachverhalte*, in: *Würtenberger* (Hrsg.), *Phänomenologie, Philosophie, Jurisprudenz, Festschrift für Gerhart Husserl zum 75. Geburtstag* (1969), S. 132–151.

wohl einen historisch nahezu singulären Vorgang dar, dass ein in den Nationalsozialismus verstrickter Wissenschaftler von seinem jüdischen Lehrstuhlvorgänger viele Jahre als Partner einer intensiven Korrespondenz über Fachfragen akzeptiert wurde und an einer Festschrift zu dessen Ehren mitwirken durfte.⁶⁶

4. Eine paradigmatische Schrift: „Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens“

Mit *Larenz*' Tätigkeit während der Zeit des Nationalsozialismus kann man sich nicht befassen, ohne auf seine mit Abstand bekannteste Arbeit aus jenen Jahren einzugehen: die gut 50-seitige Schrift „Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens“ von 1938, die aus zwei Vorträgen im Rahmen der juristischen Ausbildung hervorgegangen ist.

a) Zum Gesamteindruck

Aufs *Ganze* gesehen halte ich den Inhalt dieser Schrift, wie schon bei meiner ersten Lektüre vor Jahrzehnten, für weniger anstößig als man das nach dem – scheußlichen – Titel und nach ihrem Ruf – sie wird nicht selten als „berüchtigt“ bezeichnet – erwarten sollte, doch muss sich das Urteil hierüber naturgemäß jeder Leser selbst bilden. Immerhin enthält sie m.E. in erheblichem Umfang traditionell-technische Methodenlehre ohne spezifisch „völkischen“ Charakter. Drei Passagen verdienen jedoch in besonderem Maße eine kritische Würdigung. Das gilt natürlich vor allem für die Ausführungen zur Rechtsfähigkeit und die dabei von *Larenz* vorgenommene Differenzierung zwischen „Rassegenossen“ und „Rassefremden“, doch habe ich dazu ja bereits ausführlich Stellung genommen, weshalb ich dem an dieser Stelle nichts hinzuzufügen habe.

b) Richterliche Gesetzesbindung und „Führerprinzip“

Eine weitere Passage berührt das „Führerprinzip“ und damit den zweiten Punkt, in dem sich *Larenz* besonders angreifbar gemacht hat. Indessen beginnt er seine Schrift mit einer Erörterung der Thematik von „Gesetz und

⁶⁶ Da sich diese Mitwirkung bibliografisch unschwer ermitteln lässt, ist es m.E. wissenschaftlich höchst anfechtbar, wenn *Rüthers* in seiner Kritik an *Larenz*' Selbstzeugnis in dessen Brief an *Dreier* (Fn. 32) ohne Erwähnung von *Larenz*' Mitwirkung an der Festschrift für *Husserl* mutmaßt, dass dieser „in den Texten von *Larenz* nach 1933 wenig Widerstand gegen die Rechtsblindheit der NS-Machthaber entdeckt haben dürfte“, vgl. (Fn. 60), S. 121. B. *Böhler* (Fn. 62), S. 22 bemerkt zwar, *Husserl* sei „zu verbittert über das Verhalten vieler ehemaliger Kollegen in den Krisenzeiten des Dritten Reiches gewesen, um Angebote zu einer Tätigkeit als Hochschullehrer in Deutschland anzunehmen“, und habe deshalb auch „eine Berufung ins Bundesverfassungsgericht zurückgewiesen“, belegt dies jedoch befremdlicher Weise nicht durch Quellenangaben.

Recht“, die zwar aus heutiger Sicht naturgemäß in vieler Hinsicht auf Ablehnung stoßen muss, bei deren (erneuter) Lektüre ich aber doch mit einer gewissen Beruhigung festgestellt habe, dass hier mitnichten vom „Führer“ und damit auch nicht von seinem Wort oder Willen als oberster Rechtsquelle oder dgl. die Rede ist.⁶⁷ Dann aber kommt *Larenz* an späterer Stelle plötzlich doch noch hierauf zu sprechen, jedoch auf eine eigentümlich zwiespältige Weise. Zunächst nennt er nämlich als Beispiel für die „Bindung des Richters an das Gesetz“ die erschöpfende Aufzählung der Ehenichtigkeits- und Eheanfechtungsgründe im BGB und sagt sodann in schöner Unmissverständlichkeit:

„Deshalb durfte der Richter vor Erlass der Nürnberger Gesetze nicht die Nichtigkeit einer Mischehe zwischen einem Deutschen und einer Jüdin annehmen, obgleich die sittliche Anschauung des deutschen Volkes eine solche Ehe mißbilligte und das Fehlen eines entsprechenden Verbotes daher als eine Gesetzeslücke betrachtet werden mußte.“⁶⁸

Darin sehe ich geradezu ein weiteres signifikantes Gegenbeispiel⁶⁹ gegen die von *Rüthers* verfochtene These von der „unbegrenzten“ Auslegung und damit zugleich ein Beispiel für die stabilisierende Funktion einer Methodenlehre, die an den Regeln tradierter Rechtskultur und handwerklicher Korrektheit festhält. Unmittelbar anschließend fährt *Larenz* fort:

„Heute sind die Eehindernisse wegen jüdischen Bluteinschlags durch das Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre und die erste Ausführungsverordnung zu diesem Gesetz (vgl. § 5 dieser Verordnung) ausdrücklich erschöpfend geregelt. Ein Richter, der sich darüber hinwegsetzen wollte, würde sich mit einem fundamentalen Grundsatz der völkischen Verfassung, dem Grundsatz des unbedingten Vorrangs der Führerentscheidung in Widerspruch setzen.“

Damit ist einerseits nun doch noch dieser Grundsatz als Bestandteil der Verfassung ausgewiesen, andererseits aber auch das Prinzip der Gesetzesbindung des Richters aufrechterhalten, weil der „Vorrang der Führerentscheidung“ hier nur *im Rahmen* dieser Bindung herangezogen wird. Es mag sich daher bei dieser seltsam ambivalenten Stelle letztlich (auch) um einen – freilich äußerst unbeholfenen – Versuch handeln, eine völlige Loslösung des Nationalsozialismus von der Bindung an das Gesetz zu verhindern. Den primären Sinn dieser Ausführungen sehe ich allerdings darin, dem Richter eine Kontroll- und Verwerfungskompetenz gegenüber Gesetzen – die *Larenz* in einer Schrift aus dem Jahre 1929 grundsätzlich anerkannt hatte⁷⁰ –

⁶⁷ Vgl. *Larenz*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens (1938), S. 10 ff.

⁶⁸ Vgl. *Larenz* (Fn. 67), S. 24.

⁶⁹ Vgl. schon oben 3 c) bei Fn. 53.

⁷⁰ Vgl. *Larenz*, Das Problem der Rechtsgeltung (1929), S. 38 ff.; um ein Nachwort erweiterter Neudruck 1967.

insoweit abzuspochen, als diese unter dem Nationalsozialismus zustande gekommen waren.⁷¹ Im Übrigen kann ich hier auf *Larenz*' Stellung zum Führerprinzip, die er an anderer Stelle niedergelegt hat,⁷² nicht eingehen, da das den Rahmen und die Proportionen meines Vortrags vollends sprengen würde.

- c) Die Befugnis der Rechtsprechung zur Korrektur
von vor-nationalsozialistischen Gesetzen in Ausnahmefällen
und ein rassendiskriminierendes Beispiel

Wohl aber will ich mich noch der unmittelbar anschließenden Passage in *Larenz*' „Völkischem Rechtsdenken“ genauer annehmen, weil sie aus heutiger Sicht hochinteressant ist. Deren Kern besteht darin, dass *Larenz* dem Richter für Gesetze aus der Zeit vor der „Machtergreifung“ der Nationalsozialisten eine Befugnis zu deren Korrektur zuspricht. Diese knüpft er indessen an die Voraussetzung, dass ihre Anwendung „zu einem vom Standpunkt der völkischen Gesamtordnung aus schlechthin unerträglichen Ergebnis führen würde“ und ... „die Unvereinbarkeit des Gesetzes mit dem Recht ganz offenbar“ ist.⁷³ Wer nach Kontinuitäten zwischen dem Denken von *Larenz* während der Zeit des Nationalsozialismus und in der Zeit der Bundesrepublik sucht,⁷⁴ kann hier fündig werden. Denn diese Kriterien ähneln offenkundig denjenigen, bei deren Erfüllung *Larenz* in seiner „Methodenlehre“ von 1960 der Rechtsprechung wegen Vorliegens eines „Rechtsnotstands“ die Befugnis zu einer „gesetzesändernden Rechtsfortbildung“ zuerkennt.⁷⁵ Allerdings dient als Maßstab jetzt selbstverständlich nicht mehr die „völkische Gesamtordnung“, die *Larenz* 1938 ersichtlich mit dem „Recht“ gleichgesetzt hat, sondern ein „dem Gesetz noch fremder Rechtsgedanke, der sich im ‚allgemeinen Rechtsbewußtsein‘ bereits Geltung verschafft hat“. Diese Formulierung hat *Larenz* später nicht mehr verwendet,⁷⁶ doch erscheint mir auch sein modifizierter Standpunkt noch als so unbefriedigend, dass ich bei der Neuauflage der „Methodenlehre“ in diesem Punkt eine wesentlich andere Konzeption zu entwickeln versucht habe.⁷⁷

⁷¹ Ebenso schon *Larenz*, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie (1934), S. 34.

⁷² Vgl. vor allem *Larenz* (Fn. 67), S. 34; kritisch dazu H. H. *Jakobs*, JZ 1993, 805, 811 f.

⁷³ Vgl. *Larenz* (Fn. 67), S. 25; ähnlich *ders.* (Fn. 70), S. 35.

⁷⁴ Vgl. z.B. H. *Wagner* (Fn. 42), S. 243 ff.; *Frassek*, Von der „völkischen Lebensordnung“ zum Recht – Die Umsetzung weltanschaulicher Programmatik in den schuldrechtlichen Schriften von Karl Larenz (1903–1993) (1996), insbesondere S. 172 ff.; siehe dazu auch *Canaris*, *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, in: *Willoweit* (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert (2007), S. 419, 422 mit Fn. 2.

⁷⁵ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1960), S. 320.

⁷⁶ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (6. Aufl. 1991), S. 427 f.

⁷⁷ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3. Aufl. 1995), S. 246 f., 251 f. (unter Rückgriff auf die Vorgaben des Grundgesetzes, wenngleich nicht ohne gänzlichen Verzicht auf das Kriterium des Rechtsnotstands).

Natürlich könnte man daran denken, hier einen Beleg für die „unbegrenzte“ Manipulierbarkeit der Methodenlehre zu sehen, wie sie vor allem *Rüthers* behauptet. Das scheint sogar noch näher zu liegen, wenn man das Beispiel hinzunimmt, das *Larenz* 1938 für eine Befugnis der Gerichte zur Korrektur des Gesetzes gegeben hat. Nach der damaligen Fassung von § 1594 BGB konnte die Ehelichkeit eines Kindes nur binnen eines Jahres nach dem Zeitpunkt, in dem der Ehemann von der Geburt erfahren hatte, angefochten werden, auch wenn er von der Nichteelichkeit erst danach Kenntnis erlangte. Davon will nun *Larenz* eine (ungeschriebene) Ausnahme zulassen, wenn „ein deutschblütiger Mann erfährt, daß seine Frau ein nach dem BGB als ehelich anzusehendes Kind im Ehebruch von einem Juden empfangen hat, nachdem die Anfechtungsfrist des § 1594 bereits verstrichen ist“.⁷⁸ Zwar ist dies selbstverständlich wegen der darin liegenden Rassendiskriminierung mit derselben empörten Entschiedenheit wie die Differenzierung der Rechtsfähigkeit nach Rassegesichtspunkten zu verwerfen,⁷⁹ doch würde man sich Sand in die Augen streuen, wollte man annehmen, dass die Problematik damit schon voll gelöst ist. *Larenz* stützt sich nämlich ausdrücklich darauf, dass die Gegenansicht „der durch die Nürnberger Gesetze erstrebten reinlichen Trennung der Rassen widerspräche“. Hier scheint die Methodenlehre in gewisse Schwierigkeiten zu geraten, da ja die „Fernwirkung“ von gesetzlichen Normen und der in ihnen zum Ausdruck kommenden Wertungen zu ihrem anerkannten Arsenal gehört,⁸⁰ wie seit *Philipp Heck* außer Streit stehen dürfte. Daher lässt sich die Problematik *lege artis* wohl nur überzeugend lösen, indem man die „Nürnberger Gesetze“ als das qualifiziert, was sie waren: Schreiendes Unrecht in Gesetzesform und daher für den Rechtsanwender nicht bindend. Die Jurisprudenz ist somit auch hier keineswegs am Ende mit ihrem Argumentationspotential, auch wenn der Rückgriff darauf in diesem Punkt natürlich während der Herrschaft des Nationalsozialismus faktisch nicht möglich war. Was freilich *Larenz* angeht, so muss man kritisch fragen, warum er dieses schändliche Beispiel überhaupt gebracht hat,⁸¹ wenn es ihm mit der Erfüllung der in seinem Brief vom 25. Februar 1987 genannten „Aufgabe“⁸² ernst war.

⁷⁸ *Larenz* (Fn. 67), S. 25.

⁷⁹ Vgl. oben 3 d).

⁸⁰ Dass das auch nach einem politischen Umsturz gilt, betont ausdrücklich *Rüthers* (Fn. 44), S. 436 f.

⁸¹ Es war angeregt durch die Entscheidung RGZ 152, 390, 395, wo das RG die Frage offen gelassen hat, weil der Erzeuger kein Jude war.

⁸² Vgl. oben II 2. nach Fn. 35.

5. Eine vernachlässigte Abhandlung: „Sittlichkeit und Recht“ von 1943 –
Antigone und York bei Tauroggen

Während die Schrift über das „Völkische Rechtsdenken“ bei jedem, der sich mit *Larenz'* Verstrickung in den Nationalsozialismus befasst, intensive Beachtung zu finden pflegt, bleibt ein anderes Werk, soweit ersichtlich, unberücksichtigt: Die im Jahr 1943 erschienene, fast 250 Seiten lange Abhandlung „Sittlichkeit und Recht“.⁸³ Es gehört zu meiner Chronistenpflicht und stellt zugleich ein selbstverständliches Gebot der Fairness dar, auf sie ebenfalls einzugehen. Hier liest man nämlich Gedanken, die mit dem herkömmlichen Bild von *Larenz'* Haltung zum Nationalsozialismus nicht zusammenpassen,⁸⁴ wie jeder halbwegs kundige Leser schon aus der Überschrift erkennen wird, die ich diesem Abschnitt gegeben habe.

Nach einem langen ideengeschichtlichen Hauptteil lässt *Larenz* einen systematischen Schlussteil folgen, in dem vor allem seine Ausführungen über das Gewissen Aufmerksamkeit verdienen, weil man, soweit ich sehe, Vergleichbares in seinen vorausgehenden Arbeiten nicht findet. So sagt er über den Gesetzgeber, dass dieser nach der „organischen Auffassung“ – die er ersichtlich teilt und die er in Gegensatz zur Theorie des Staats- oder Herrschaftsvertrages etwa im Sinne *Christian Wolffs* stellt – „nur seinem eigenen Gewissen, Gott und der Geschichte verantwortlich ist“. Er fährt dann fort: „Die Grundlage dieser in ihrer Art einzig schweren Verantwortung des echten Führers und Gesetzgebers – denn keine irdische Instanz ist in der Lage, ihm Entlastung zu erteilen – ist das zwischen ihm und der Gefolgschaft bestehende sittliche Band der Gemeinschaft, auf das so die objektive Sittlichkeit in allen ihren Erscheinungsformen, als Sitte, Gewohnheitsrecht und ungeformtes Recht, als Gesetz und Richterspruch gegründet ist.“⁸⁵ Hier ist also immerhin von einer „Verantwortlichkeit“ des Gesetzgebers und des „echten Führers“ sowie dem „sittlichen Band der Gemeinschaft“ zwischen diesem und seiner „Gefolgschaft“ die Rede.

Diese Passage befände ich nun freilich nicht der Erwähnung für wert, wenn *Larenz* nicht anschließend auf die Gewissensentscheidung des Einzelnen einging und nach dem Bemühen, diese weitgehend in die „objektive Ordnung“ einzubinden,⁸⁶ zu dem Satz vordränge: „Die letzte Bürgschaft des Rechts gegen den Mißbrauch, sei es der Gesetzgebungsgewalt, sei es der richterlichen oder vollziehenden Gewalt, liegt nicht im Zwang – denn der letzte Zwingende kann nicht mehr selbst gezwungen werden –, sondern im

⁸³ *Larenz*, Sittlichkeit und Recht, Untersuchungen zur Geschichte des deutschen Rechtsdenkens und zur Sittenlehre, in: ders. (Hrsg.), Reich und Recht in der deutschen Philosophie, Bd. 1 (1943), S. 169–402.

⁸⁴ Vgl. auch schon oben Fn. 56 a.E.

⁸⁵ *Larenz* (Fn. 83), S. 229 f.

⁸⁶ Vgl. *Larenz* (Fn. 83), S. 232 ff.

persönlichen (!) Verantwortungsbewußtsein.“⁸⁷ Larenz anerkennt dabei – in expliziter Wendung gegen seinen Lehrer *Binder* – die Möglichkeit eines „echten sittlichen Konflikts“, der „notwendig ein tragischer Konflikt“ sei,⁸⁸ und wird – und erst das hat mich letztlich zur Aufnahme dieser Ausführungen in meinen Vortrag bewogen – mit zwei Beispielen höchst konkret: Im Zusammenhang mit der soeben zitierten Stelle erwähnt er in der Tat, wie es jeder Leser *Hegels* schon gespannt vorausahnt, ausdrücklich die berühmte Deutung der „Antigone“ des *Sophokles* durch *Hegel*.⁸⁹ Nun steht aber in dieser Sicht *Antigone* für die Verteidigung einer religiösen Anforderung gegen den staatlichen Befehl des Tyrannen *Kreon* – und demgemäß war es etwa in den 50er und 60er Jahren des vorigen Jahrhunderts gang und gäbe, *Antigone* als eine antike *Sophie Scholl* zu sehen. Larenz nennt noch ein zweites Beispiel – und dieses hat mir fast den Atem verschlagen: Er bezieht sich auf das Verhalten von General *York* bei Tauroggen und sagt darüber, dieses belege, „daß auch ein Konflikt zwischen einer Pflicht der objektiven Sittlichkeit (nämlich der Gehorsamspflicht gegenüber dem Kriegsherrn und Staatsoberhaupt) und einer selbst gegebenen Gemeinschaftspflicht möglich ist und daß auch dieser als tragisch empfunden zu werden vermag“.⁹⁰ *York* hat bei Tauroggen im Jahr 1812 die nach diesem Ort benannte „Konvention“ mit den russischen Befehlshabern, also eine Art „Separatfrieden“ geschlossen⁹¹ und dadurch gegenüber seinem Kriegsherrn und Staatsoberhaupt *König Friedrich Wilhelm III.* den Befehl verweigert, ja Landesverrat begangen,⁹² weil Preußen mit Frankreich verbündet war und *Napoleon* bekanntlich Krieg gegen Russland führte. Dazu Larenz: „... er muß seine Schuld als sein Schicksal auf sich nehmen; genug, daß er vor seinem Gewissen besteht.“⁹³ Das im Kriegsjahr 1942!⁹⁴

Mir liegt es fern, Larenz zu einem geistigen Verbündeten des Widerstands gegen *Hitler* hochzustilisieren, zumal auch dieser Abschnitt wieder von „Blut“, „Rasse“ und „völkisch“ durchsetzt ist. Ich maße mir auch kein Urteil darüber an, was er sich bei diesen Ausführungen letztlich gedacht haben

⁸⁷ Larenz (Fn. 83), S. 243.

⁸⁸ Larenz (Fn. 83), S. 241; vgl. auch S. 233.

⁸⁹ Vgl. *Hegel*, Sämtliche Werke, hrsgg. von Herrmann Glockner, Bd. 16: Vorlesungen über die Philosophie der Religion. Zweiter Teil (1928), S. 133 f.; vgl. zur Deutung der „Antigone“ aus der Sicht eines Juristen zuletzt H. Hofmann, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie (2000), S. 76 ff.; G. Hager, Rechtsmethoden in Europa (2009), S. 330 ff.

⁹⁰ Larenz (Fn. 83), S. 242.

⁹¹ Eine gute Schilderung des Vorgangs aus jüngerer Zeit findet sich bei C. Clark, Preußen (2008), S. 414 ff.; eine knappe Darstellung und Bewertung bietet Münkler, Die Deutschen und ihre Mythen (2009), S. 220.

⁹² So die Wertung von BGH, NJW 1952, 1183, wo übrigens ausdrücklich die Parallele zwischen den Mitgliedern des militärischen Widerstands gegen den Nationalsozialismus und *York* gezogen wird.

⁹³ Larenz (Fn. 83), S. 241 f.

⁹⁴ Das Vorwort stammt aus dem Dezember dieses Jahres.

mag.⁹⁵ Das mindeste aber, was man über die Evokation von *Antigone* und *York* im Jahr 1942 wird sagen dürfen und müssen, ist, dass sie äußerst mutig war und bei der Würdigung von *Larenz'* Verhältnis zum Nationalsozialismus keinesfalls außer Betracht bleiben darf.⁹⁶

6. *Warum haben wir als Larenz' Assistenten nicht nachgefragt?*

Spätestens an dieser Stelle wird sich mancher fragen, warum wir, die wir seine Assistenten waren, über seine Haltung zum Nationalsozialismus offenkundig nur sehr wenig aus seinem Mund erfahren haben. Für meine Person besteht die Antwort im Kern darin, dass es mir als ungehörig erschienen wäre, von meinem akademischen Lehrer eine Rechtfertigung *mir gegenüber* für sein Tun und Lassen während der Zeit des Nationalsozialismus zu erwarten – und zwar deshalb, weil ich in der Diskussion und „Bewältigung“ dieser Problematik eine Aufgabe von Politik und Gesellschaft *in ihrer Gesamtheit* sah und nicht so anmaßend war, mich insoweit als deren *Repräsentanten* zu verstehen oder gar zu gerieren. Ebenso oder ähnlich dürften die meisten meiner Altersgenossen gedacht haben. Uns war völlig klar, dass es in der Generation unserer Eltern und Großeltern zahllose „Mitläufer“ gegeben hatte und dass sich viele Täter und Gehilfen zu Unrecht in Freiheit befanden. Ebenso klar war uns aber, dass auch wir uns „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ – um diese spezifisch juristische Formulierung hier einmal in anderem Zusammenhang fruchtbar zu machen – nicht besser bewährt hätten und dass wohl niemand von uns das Ethos etwa der Geschwister *Scholl* aufgebracht hätte. Demgemäß besaß unsere Generation, die *Helmut Schelsky* treffend als die „skeptische“ bezeichnet hat,⁹⁷ im Gegensatz zu vielen Angehörigen der nachfolgenden Generation, die man „die 68er“ zu nennen pflegt und die in großen Teilen wieder ideologiegläubig, ja ideologiesüchtig, also das Gegenteil von „skeptisch“ war, nicht die – mich seit jeher tief empörende – Arroganz, ihr Selbstverständnis und Selbstbewusstsein aus einem ebenso wohlfeilen wie pubertär-größenwahnsinnigen nachholenden „Widerstand“ gegen den national-sozialistischen Totalitarismus zu gewinnen.

Das hatte mit Geschichts- oder Vergangenheitsblindheit nicht das mindeste zu tun. An meiner Schule – dem Humboldt-Gymnasium in Düsseldorf – war das Thema des Holocaust (damals i.d.R. mit dem Stichwort „Ausch-

⁹⁵ In *Larenz'* Handexemplar zu „Sittlichkeit und Recht“, das sich in seinem Nachlass gefunden hat und in der Bibliothek der Ludwig-Maximilians-Universität München aufbewahrt wird, habe ich keine diesbezüglichen Anhaltspunkte gefunden.

⁹⁶ Dass insbesondere *Rüthers* diese Abhandlung, soweit ersichtlich, nirgends erwähnt, erscheint mir daher befremdlich.

⁹⁷ So der Titel von *Schelskys* Buch aus dem Jahr 1957: *Die skeptische Generation* (1957).

witz“ bezeichnet) zur Zeit meines Abiturs im Jahre 1957 in vielfältiger Weise gegenwärtig (auch wenn der Geschichtsunterricht in der Tat nicht bis zu der Zeit nach 1933 vordrang). So war es mir selbstverständlich, einer Vereinigung für christlich-jüdische Zusammenarbeit anzugehören; das Gedicht „Todesfuge“ von *Paul Celan* war für jeden von uns, der überhaupt Sinn für Lyrik hatte, ein Schlüsselwerk; in meinem persönlichen Umfeld gab es keinen Gleichaltrigen, der die Tätigkeit von *Hans Globke*, des Kommentators der „Nürnberger Gesetze“, als Staatssekretär im Bundeskanzleramt nicht als Skandal empfunden hat – ohne dass uns das freilich den Blick für die exceptionellen Leistungen der Regierung *Adenauer/Erhard* verstellt hätte. In dieser Weise könnte ich lange fortfahren.

Für eine üble „linke“ Geschichtsklitterung und eine Folge von Ideologie im schlechtesten Sinne des Wortes – nämlich von „falschem Bewusstsein“ – halte ich jedenfalls das heutzutage verbreitete Klischee, die 50er und frühen 60er Jahre des vorigen Jahrhunderts seien „dumpf“, „dunkel“, „spießig“, „rückwärtsgewandt“ oder dgl. gewesen. Vielmehr trugen sie durch den Beginn der europäischen Integration, die Aussöhnung mit Frankreich, die Regelung des Verhältnisses der Bundesrepublik Deutschland zu Israel und andere parallele Geschehnisse sowie durch die Schaffung einer wettbewerbsbasierten und zugleich sozial abgefederten Marktwirtschaft in vieler Hinsicht Züge einer zwar „stillen“, aber gemessen am bisherigen Verlauf der deutschen Geschichte ganz und gar radikalen Revolution.⁹⁸ Dass diese ohne Mitwirkung der „Linken“, überwiegend sogar gegen deren erbitterten Widerstands zustande kam, dürfte maßgeblich dazu beigetragen haben, dass jene Zeit schlecht geredet wurde und wird, seit Kreise, die der „Linken“ zugehören oder nahe stehen, die historische Deutungshoheit erlangt haben. Wer sie indessen wie ich mit dem politischen Bewusstsein der „skeptischen“ Generation erlebt hat und aus eigener Erfahrung, ohne Einbindung in „linke“ Vorurteile bewertet, für den hatte sie den erregenden und vitalen Charakter, der einer Revolution – und sei sie auch „still“ – zueigen zu sein pflegt.

III. Ein „Klassiker zu Lebzeiten“

Nach diesem Exkurs, der ein Stück Selbstzeugnis einschließt, nun wieder zurück zu *Karl Larenz*! Nach 1945 begann ein neuer, dritter Abschnitt in seiner wissenschaftlichen Biographie. Während er unmittelbar nach dem Krieg noch Vorlesungen hielt, war er zwischen dem Sommersemester 1947 und

⁹⁸ Man kann, den Titel eines Buches von H. A. *Winkler* aus dem Jahre 2000 aufgreifend, auch sagen, dass „Der lange Weg nach Westen“, den Deutschland gegangen ist, damals außen-, wirtschafts- und innenpolitisch sowie wohl auch mentalitätsgeschichtlich in den Beginn seiner Schlussphase gemündet ist.

dem Sommersemester 1950 suspendiert, konnte aber anschließend seinen Lehrstuhl wieder übernehmen.⁹⁹ Nach Ablehnung eines Rufs nach Münster im Jahr 1957 wechselte er 1960 nach München, wo er bis zu seinem Tod im Jahr 1993 lebte. Noch in Kiel hatte er die beiden Bände zu seinem Lehrbuch des Schuldrechts, die 1953 und 1956 erstmals erschienen, und das Manuskript zu seiner „Methodenlehre“, die er 1960 vorlegte, geschrieben. Durch diese Werke und die Fülle sonstiger Publikationen, die sie begleiteten und umgaben, sollte er trotz seiner Verstrickung in den Nationalsozialismus doch noch werden, was man vor 1933 hatte erhoffen dürfen: ein „Klassiker zu Lebzeiten“, wie *Ralf Dreier* formuliert hat.¹⁰⁰

1. *Die Lehrbücher zum Schuldrecht und zum Allgemeinen Teil:
eine exzeptionelle Erfolgsgeschichte*

Da ich über das Schuldrechtslehrbuch von *Larenz* an anderer Stelle ausführlich geschrieben habe,¹⁰¹ begnüge ich mich hier mit einer knappen Skizze.

a) Das Wachsen von Auflage zu Auflage

Diesem Buch war ein außerordentlicher Erfolg beschieden. Das spiegelt sich schon in der Zahl und der Abfolge seiner Auflagen wieder: Band I erlebte von 1953 bis 1987 14 Auflagen, Band II von 1956 bis 1986 13 Auflagen, so dass zwischen den Auflagen im Schnitt nur gut zwei Jahre liegen. Zusätzlich erschien der „Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts“ von 1967 bis 1989 in sieben Auflagen, was fast derselben Frequenz entspricht. Das ist Ausdruck nicht nur einer staunenswerten Arbeitskapazität, sondern auch einer ebenso außergewöhnlichen Arbeitsdisziplin. Diese hatten ihre Wurzel, wie ich in meiner Zeit als *Larenz*' Assistent miterleben durfte, nicht zuletzt darin, dass ihm seine wissenschaftliche Arbeit eminente Freude machte und neben seiner Familie den zentralen Schwerpunkt seines Lebens bildete. Zu seinem Glück war es ihm vergönnt, seine wissenschaftliche Tätigkeit bis unmittelbar vor seinem Tod in unverminderter geistiger Frische fortzusetzen.

Typisch für die Lehrbücher von *Larenz* ist, dass er diese, frei nach *Rilke*, gleichsam „in wachsenden Ringen“ geschrieben hat. So wurden aus den 300 Seiten der ersten Auflage von Band I des Schuldrechts 670 Seiten in der

⁹⁹ Vgl. die eingehende Darstellung von *Frassek*, Karl Larenz (1903–1993) – Privatrechtler im Nationalsozialismus und im Nachkriegsdeutschland, JuS 1998, 296, 300, die teilweise auf intensive Recherchen und teilweise auf Auskünften von *Larenz* beruht.

¹⁰⁰ R. *Dreier*, JZ 1993, 454. Der Ehrentitel des „Klassikers“ wurde *Larenz* und seinen Lehrbüchern auch von anderen wiederholt zuerkannt, vgl. z.B. *Kupisch*, Buchbesprechung zu Lehrbuch des Schuldrechts Band II: Besonderer Teil, NJW 1982, 321; *Pawłowski*, Buchbesprechung zu Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, NJW 1989, 1981; *Hilgendorf*, Buchbesprechung zu Methodenlehre der Rechtswissenschaft, NJW 1993, 3250.

¹⁰¹ Vgl. *Canaris* (Fn. 74), S. 419 ff.

letzten Auflage und aus den gut 400 Seiten der ersten Auflage von Band II 760 Seiten in der letzten Auflage. Ein solches sukzessives Vorgehen entsprach *Larenz'* Denkweise und seinem Wissenschaftsverständnis. Er war nämlich weniger bestrebt, auch bei komplexen oder neuartigen Problemen schon „im ersten Anlauf“ eine möglichst tief dringende und umfassend angelegte Lösung zu gewinnen, als vielmehr damit zufrieden, im Vertrauen auf die Verbesserungsmöglichkeiten in späteren Auflagen die Entfaltung und Vertiefung der Probleme während eines längeren Zeitraums gelassen abzuwarten.

b) Wesentliche Charakteristika von *Larenz'* Lehrbüchern

Zu den hervorstechenden Fähigkeiten von *Larenz* gehörte es, dass er es meisterhaft verstand, Probleme und ihre Lösung „auf den Begriff zu bringen“ und insbesondere einen passenden und durchsetzungsfähigen Terminus zu finden. Ein Musterbeispiel hierfür bildet der Begriff „*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*“, der von ihm stammt.¹⁰² Dieser erleichtert das Verständnis wesentlicher Aspekte des Schuldverhältnisses außerordentlich. Legt man den Akzent auf das Wort „primäre“ und zieht man also die Konsequenz, dass es auch Schuldverhältnisse mit lediglich „sekundären“ Leistungspflichten gibt, so wird es zu einer dogmatischen Selbstverständlichkeit, dass nach dem Erlöschen einer primären Leistungspflicht, etwa gemäß § 275 I BGB, aus *demselben* Schuldverhältnis neue – eben „sekundäre“ – Leistungspflichten entspringen können wie z. B. solche zur Herausgabe von Surrogaten nach § 285 BGB oder zum Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 III, 281–283 BGB, oder dass dieses Schuldverhältnis durch einen Rücktritt nicht untergeht, sondern unter Wahrung seiner rechtlichen Identität in ein Rückabwicklungsverhältnis verwandelt wird. Als noch fruchtbarer erwies es sich, dass man auch das Wort *Leistungspflicht* betonen kann. So gelangt man nämlich unschwer zu der Einsicht, dass es auch Schuldverhältnisse gibt, die überhaupt keine Leistungs-, sondern nur Schutz- oder Rücksichtspflichten beinhalten, was bekanntlich im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung gemäß § 241 II BGB sogar Eingang in das Gesetz gefunden hat. Im Zusammenhang mit der Kategorie des Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht steht, dass *Larenz* auch den Begriff des „*Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte*“ geprägt hat,¹⁰³ den der BGH alsbald von ihm übernommen hat.¹⁰⁴ Erst daraufhin und wohl nicht zuletzt dadurch hat diese Rechtsfigur ihren unaufhaltsamen Siegeszug angetreten. Wieder einmal sehen wir *Larenz* somit in seinem Denken auf den Spuren *Hegels*, zeigt sich

¹⁰² Er verwendet ihn erstmals in der 5. Auflage des 1. Bandes seines Schuldrechtslehrbuchs von 1962 im Rahmen der Ausführungen über die *culpa in contrahendo* S. 39.

¹⁰³ Er findet sich schon in der 1. Auflage von Schuldrecht I, vgl. S. 139 ff.

¹⁰⁴ Erstmals BGH, NJW 1959, 1676 f.

hier doch geradezu exemplarisch die „produktive“ Kraft des Begriffs und seiner Bildung. Demgemäß darf man die Schaffung der Kategorie des Schuldverhältnisses ohne primäre Leistungspflicht durchaus als „juristische Entdeckung“¹⁰⁵ bezeichnen.

Viel gerühmt und in der Tat des Rühmens wert sind auch die Eleganz von *Larenz'* Stil und die Luzidität seiner Gedankenführung. Diese haben ohne Zweifel ganz wesentlich zum Erfolg seiner Bücher beigetragen. Freilich bergen sie, wie ich noch aus eigener Erfahrung weiß und auch von zahlreichen anderen Lesern gehört habe, zugleich gewisse Gefahren in sich. Allzu leicht wiegt der Leser sich nämlich in der trügerischen Gewissheit, ein Problem und seine Lösung voll verstanden zu haben, weil ihm die Suggestivkraft von *Larenz'* Darstellung den Blick für unter der Oberfläche liegende Schwierigkeiten trübt.¹⁰⁶ Zwar pflegt er für nahezu jeden nicht-trivialen Satz eine teleologisch fundierte Begründung zu geben – was seinerzeit alles andere als selbstverständlich war und daher durchaus auch maßstabsetzend gewirkt hat, was mir aber keineswegs als Student, sondern erst als Assistent und damit als (werdendem) Wissenschaftler bewusst geworden ist –, doch besteht diese meist nur aus einem einzigen Gedanken, den er sich nicht selten in einem langen Prozess des Nachdenkens erarbeitet hatte, und nimmt den Leser daher nicht mit auf den Weg durch den Dschungel der Schwierigkeiten und Argumente, der oft vor der Erreichung eines einigermaßen abgesicherten Ergebnisses durchdrungen werden muss.¹⁰⁷ Nicht zu Unrecht hat *Diederichsen* daher gesagt, dass *Larenz* seine Lehrbücher „weniger für andere als für sich selbst schreibt“ und dass „seine Texte deshalb monologisch, nicht dialogisch sind“.¹⁰⁸ In der Tat hat er mir gegenüber einmal geäußert, er schreibe primär, um sich selbst über die Probleme und ihre Lösung klar zu werden.

Weniger bekannt, gerade darum aber besonderer Hervorhebung wert ist die Tatsache, dass *Larenz* stets aufgeschlossen für Fortschritte des Rechtsdenkens war, ja geradezu einen ausgeprägten Spürsinn für „in der Luft liegende“ Tendenzen hatte. So gehörte er – was heute wohl kaum noch jemand weiß – zu den ersten, die für eine Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen plädiert haben, und zwar im wesentlichen mit denjenigen Argumenten, die wir auch jetzt noch als maßgeblich erachten.¹⁰⁹ Auch

¹⁰⁵ Vgl. dazu die Nachweise oben Fn. 13.

¹⁰⁶ Vgl. auch *Westermann*, *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, NJW 1971, 1789–1790, der in seiner Rezension der 10. Auflage von Band 1 und der 9. Auflage von Band 2 von einer „fast schon irreführend flüssigen Darstellung auch verwickelter Problemkomplexe“ spricht; ähnlich *Pawlowski*, NJW 1989, 1981.

¹⁰⁷ Dies habe ich in der von mir besorgten Neuauflage des Schuldrechtslehrbuchs geändert, vgl. dazu *Canaris* (Fn. 74), S. 430 f.

¹⁰⁸ So *Diederichsen*, FS C. H. Beck (1988), S. 495, 507; ähnlich S. 498.

¹⁰⁹ Vgl. *Larenz*, Schuldrecht I (1953), S. 69 f. und 2. Aufl. 1957, S. 78.

hat er sich z.B. schon früh den „neuen Vertragstypen“ wie dem finanzierten Kauf und dem Finanzierungsleasing intensiv gewidmet.¹¹⁰

2. Die „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“: ein Durchbruch

a) Grundlegung einer kaum erschlossenen wissenschaftlichen Materie

Als 1960 *Larenz'* „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ erschien, kam das einem Durchbruch gleich. Bis dahin gab es nämlich auf dem Gebiet der Methodenlehre an aktueller Literatur im Wesentlichen nur *Engischs* zwar schöne, aber in der Themenstellung viel zu enge „Einführung in das juristische Denken“.¹¹¹ Wer sich heute an *Larenz'* „Methodenlehre“ kritisch reibt, sollte daher nicht vergessen, dass es erst sein Buch war, das einer – alsbald nach dessen Erscheinen einsetzenden – intensiven wissenschaftlichen Befassung mit dieser Materie überhaupt den Weg geöffnet und das Feld bereitet hat.

Dabei weist dieses Werk zusätzlich insofern einen besonderen Vorzug auf, als dem „systematischen Teil“ ein fast gleichgewichtiger „historisch-kritischer Teil“ vorangestellt ist, welcher die „Rechtstheorie und Methodenlehre in Deutschland seit *Savigny*“ behandelt. Ich habe über diesen aus dem Munde von Rechtshistorikern überaus lobende Worte gehört. Heute wäre insoweit indessen m.E. angesichts der Fortschritte, welche die Erforschung der deutschen Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts seither gemacht hat, von einem einzelnen, der nicht Rechtshistoriker ist, Vergleichbares nicht mehr zu leisten. Daher bin ich *Larenz* darin gefolgt, dass ich, wie er selbst es schon in den beiden noch von ihm besorgten Auflagen der „Studienausgabe“ der „Methodenlehre“ getan hat, in der von mir nach seinem Tod übernommenen dritten Auflage den historisch-kritischen Teil weggelassen und meiner Bearbeitung nur den (ungekürzten) systematischen Teil zugrunde gelegt habe.¹¹² Wenn *Rüthers* dies als „Anleitung zum fortgesetzten methodischen Blindflug“ kri-

¹¹⁰ Letzteres hat er erstmals behandelt in *Schuldrecht II* (11. Aufl. 1977), § 63 III.

¹¹¹ *Engisch*, *Einführung in das juristische Denken* (1956); in der 10. Aufl. 2005 herausgegeben und bearbeitet von *Würtenberger* und *Otto*.

¹¹² Vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 77). Dass ich im Gegensatz zu *Larenz* auch das Kapitel über „Die Methodendiskussion in der Gegenwart“, das den Abschluss des historisch-kritischen Teils bildet, weggelassen habe, beruht zum einen darauf, dass es sich dabei zur Zeit der Übernahme dieses Buchs durch mich m.E. in weiten Teilen nicht mehr um „Gegenwart“, sondern ebenfalls bereits um „historisch“ gewordene Ansichten handelte, und zum anderen darauf, dass ich eine gesonderte Darstellung der von einzelnen Autoren vertretenen methodologischen Positionen angesichts des Anschwellens der Literatur für kaum seriös machbar und vor allem nicht für angemessen halte; diese mögen bei der Behandlung der einzelnen Sachfragen punktuell zu Wort kommen, wie das auch sonst in der rechtswissenschaftlichen Literatur üblich ist.

tisiert hat,¹¹³ so liegt das schon deshalb neben der Sache, weil der historisch-kritische Teil von *Larenz* die Epoche des Nationalsozialismus, auf die es *Rüthers* insoweit entscheidend ankommt, gar nicht enthält. Ich sah (und sehe) auch keinen Anlass, diese meinerseits als eigenständigen Abschnitt in die „Methodenlehre“ aufzunehmen. Ich halte nämlich die damaligen Exzesse im Umgang mit Gesetz und Recht, wie ich im Rahmen meiner Ausführungen zur Behandlung der „Rassefremden“ deutlich zu machen versucht habe, nicht für einen *Teil* der Geschichte der Methodenlehre, sondern für einen *Ausstieg* aus dieser;¹¹⁴ denn Methodenlehre hat bei unserem heutigen Verständnis von Jurisprudenz, das auf einer Jahrhunderte alten europäischen Tradition beruht, ex praemissione spezifisch *wissenschaftliche* Wege zur Findung und Gewinnung des Rechts zum Gegenstand und von deren Beschreibung kann von vornherein nicht die Rede sein, wo die Rassenideologie zugrunde gelegt wird.¹¹⁵ Demgemäß lehrt uns der Rückblick auf jene Zeit m. E. kaum etwas über den *methodologisch* korrekten Umgang mit Gesetz und Recht, sondern betrifft das ungleich größere Thema des *Verhältnisses der Juristen zu einem Unrechtsstaat*¹¹⁶ und gehört daher in den viel weiteren Rahmen der Rechtsphilosophie.¹¹⁷ Darüber hinaus gilt auch für diese, sofern sie der Gerechtigkeit und der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet ist, und erst recht für eine Methodenlehre, die das Prädikat der Wissenschaftlichkeit verdient, in Anlehnung an ein bekanntes Wort *Böckenfördes*, dass sie die Voraussetzungen, von denen sie lebt, nicht selbst zu gewährleisten, also zu schaffen und aufrecht zu erhalten vermag,¹¹⁸ auch wenn sie – das aber immerhin! – einen gewissen Beitrag dazu zu liefern durchaus imstande ist.

Im Übrigen möchte ich im Folgenden drei repräsentative Problemfelder herausgreifen, um einen Eindruck vom Gehalt der *Larenz*'schen „Methodenlehre“ und von ihrer heutigen Bedeutung für unser Fach zu geben. Diese sind so gewählt, dass sie in ihrer Zusammenschau zugleich einen großen Teil des gedanklichen Gesamtgebäudes, als welches sich seine „Methodenlehre“ darstellt – und den übrigens insoweit auch ich „bewohne“ – sichtbar machen und tragende Elemente seiner Architektur in Erscheinung treten lassen.

¹¹³ Vgl. *Rüthers*, Anleitung zum fortgesetzten methodischen Blindflug?, NJW 1996, 1249–1253.

¹¹⁴ Vgl. oben II 3 d).

¹¹⁵ Zutreffend *Luig*, Macht und Ohnmacht der Methode, NJW 1992, 2536, 2539 gegen *Rüthers*: „In einem Rechtssystem, das verwissenschaftlicht ist ..., steht ‚Methode‘ nicht für alle Zwecke zur Verfügung.“

¹¹⁶ Vgl. als Beispiel oben II 4 c) vor Fn. 81.

¹¹⁷ So im Ansatz auch *Rüthers* (Fn. 44), S. 443 und *ders.*, Die unbegrenzte Auslegung (6. Aufl. 2005), Nachwort S. 494.

¹¹⁸ Vgl. *Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit (1976), S. 60; *ders.* Der Staat als sittlicher Staat (1978), S. 37.

b) Die Abwendung vom „konkret-allgemeinen Begriff“ im Sinne *Hegels*

Zunächst bedarf es einer Abgrenzung in negativer Hinsicht: Die auffälligste Veränderung, die *Larenz* an seiner „Methodenlehre“ in der Abfolge ihrer Auflagen vorgenommen hat, ist seine Abwendung von dem „konkret-allgemeinen Begriff“ im Sinne *Hegels*. Während das Buch in der 1. Auflage von 1960 noch mit diesem endete und in gewisser Hinsicht auch in ihm gipfelte,¹¹⁹ hat *Larenz* ihn seit der 3. Auflage von 1975 nach weiter vorn gezogen und in einen bloßen „Exkurs“ ausgelagert.¹²⁰ Schon während der Zeit des Nationalsozialismus hatte *Larenz* sich darum bemüht, den „konkret-allgemeinen Begriff“ für die Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen,¹²¹ doch wäre es verfehlt, diesen deshalb in einen inneren Zusammenhang mit dem Nationalsozialismus zu bringen,¹²² wenngleich *Larenz* ihn in dieser Richtung missbraucht hatte. Als Motive für seine Abwendung von *Hegel* hat *Larenz* 1975 angegeben, dass er nunmehr auch die moderne Hermeneutik in sein methodologisches Konzept einbezogen habe und „einige der für jede geisteswissenschaftliche Erkenntnis bedeutsamen Einsichten *Hegels* zweifellos in die moderne Hermeneutik eingegangen sind“,¹²³ sowie, dass „die Geschichte über den Absolutheitsanspruch dieses Systems – wie desjenigen aller Nachfolger – hinweggegangen ... (und) nicht nur für die Rechtswissenschaft, sondern auch für die ‚praktische‘ Philosophie (d.h. Ethik und Rechtsphilosophie) das ‚offene‘ und bis zu einem gewissen Grade in sich ‚bewegliche‘ System, das niemals vollendbar ist und immer wieder in Frage gestellt werden kann, die einzig noch mögliche Form des Systemdenkens ist“.¹²⁴

Für diese Korrektur seiner Position mag auch eine gewisse Rolle gespielt haben, dass wir als seine Schüler behutsam, aber hartnäckig versucht haben, ihn von einer unmittelbaren Anknüpfung an die Gedankenwelt *Hegels* wegzudrängen, soweit es um Fragen der Methodenlehre geht. So hängt es vielleicht hiermit zusammen, dass er seine „Methodenlehre“ seit der 3. Auflage (namentlich genannten) Schülern von ihm als „langjährigen Gesprächspartnern“ gewidmet hat. Für mich selbst war ohnehin *Kant* (neben *Platon*) der

¹¹⁹ Vgl. *Larenz* (Fn. 75), S. 353 ff., 369 f.; übereinstimmend 2. Aufl. 1969, S. 473 ff.

¹²⁰ Vgl. *Larenz* (Fn. 76), S. 457 ff.

¹²¹ Vgl. *Larenz* (Fn. 67), S. 43 ff.; *ders.*, Zur Logik des konkreten Begriffs: eine Voruntersuchung zur Rechtsphilosophie, Deutsche Rechtswissenschaft, Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht, 5. Bd. 1940, 279–299.

¹²² Vgl. auch A. Kaufmann, Buchbesprechung zu Methodenlehre der Rechtswissenschaft (6. Aufl. 1991), JZ 1992, 191, 192.

¹²³ So Vorwort zur 3. Aufl. S. VIII; vgl. zu dieser Positionsänderung von *Larenz* auch *Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser (1981), S. 55 ff. (kaum ergiebig).

¹²⁴ *Larenz* (Fn. 75), S. 161; fast wörtlich übereinstimmend 6. Aufl. (1991) S. 173; ausführlicher und vertiefend *Larenz*, Richtiges Recht (1979), S. 182 f.

philosophische Fixstern, lange bevor ich zu *Larenz* kam, während ich *Hegel*, wohl nicht zuletzt unter dem Einfluss *Poppers*, mit äußerster Distanz gegenüberstand. Vor allem aber war – und bin – ich der Überzeugung, dass eine juristische Methodenlehre nur das unerlässliche Minimum an allgemein-philosophischen Grundlagen in sich aufnehmen sollte und hielt daher *Larenz*' ursprüngliches pointiertes Bekenntnis zu *Hegel* für kontraproduktiv.

Die Aufgaben, deren Erfüllung *Larenz* dem „konkret-allgemeinen Begriff“ zudedacht hatte, haben sich damit freilich nicht erledigt. Sie sollen vielmehr von anderen Denkformen wie dem Typus – den *Larenz* schon 1938 als äquivalent neben den „konkret-allgemeinen Begriff“ gestellt hatte¹²⁵ –, dem funktionsbestimmten Begriff und der Konkretisierung allgemeiner Rechtsprinzipien wahrgenommen werden.¹²⁶ In der Tat scheinen auch mir abstrakte Allgemeinbegriffe in der Jurisprudenz trotz ihrer Unentbehrlichkeit von geringer Fruchtbarkeit zu sein und daher der Ergänzung durch andere Denkfiguren zu bedürfen, wobei man im vorliegenden Zusammenhang wohl noch das „bewegliche System“ im Sinne *Wilburgs* hinzunehmen sollte. Hier bedarf es freilich der Vertiefung in mannigfacher Hinsicht und hier sehe ich daher eines der wichtigsten zukünftigen Arbeitsfelder auf dem Gebiet der Methodenlehre.

- c) Die Verbindung von „subjektiver“ und „objektiver“ Auslegungstheorie und die Zurückweisung des „positivistischen“ und des „scientistischen“ Wissenschaftsbegriffs

Ein anderes Grundlagenthema der Methodenlehre neben dem der Begriffsbildung stellt die Frage nach dem Ziel der Auslegung dar: Geht es, etwas verkürzend gesprochen, dabei darum, den Willen des „historischen“ Gesetzgebers zu ermitteln, wie die Anhänger der „subjektiven“ Theorie meinen, oder ist letztlich der „objektive“ oder „normative“ Sinn des Gesetzes maßgeblich, wie dies der „objektiven“ Theorie entspricht? *Larenz* hat seit jeher für eine Verbindung beider Konzeptionen plädiert mit einer leichten Tendenz zu einem Vorrang des „normativen“ Sinnes vor den „Regelungsabsichten und den konkreten Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers“.¹²⁷

Selbstverständlich spricht im Ansatz für die „subjektive“ Theorie, dass die Rechtsprechung grundsätzlich an das Gesetz gebunden ist¹²⁸ und die Metho-

¹²⁵ Vgl. *Larenz* (Fn. 67), S. 45, 47 und öfter.

¹²⁶ Vgl. *Larenz* (Fn. 67), S. 457.

¹²⁷ Vgl. zuletzt *Larenz* (Fn. 67), S. 316 ff.

¹²⁸ Den Versuch, hieraus eine konsistente Konzeption der „subjektiven“ Theorie zu entwickeln, hat vor allem *Neuner* unternommen, vgl. Die Rechtsfindung contra legem (2. Aufl. 2005), S. 85 ff., 103 ff. Indessen zahlt er dafür konsequenterweise den Preis einer starken Ausweitung des Bereichs, in dem er ein Contra-legem-Judizieren für zulässig hält, und setzt sich dadurch dem Einwand aus, die überkommene Funktion dieser Kategorie terminolo-

denlehre somit ebenfalls von diesem Gebot auszugehen hat, weil und soweit sie sich als Lehre von der korrekten Rechtsanwendung, -findung und -fortbildung versteht und also am Leitbild der Rechtsprechung orientiert ist. Die erste Schwachstelle der „subjektiven“ Theorie besteht jedoch bekanntlich schon darin, dass man allzu oft nicht weiß, was eigentlich der Wille des „historischen“ Gesetzgebers war, und diesem dann zwangsläufig einen „vernünftigen“, also doch irgendwie „objektiven“ Willen unterstellt. Noch vorgelagert ist die kritische Frage, wer eigentlich der „historische“ Gesetzgeber ist: das Parlament, dem zwar bei einem Gesetz die Normsetzungskompetenz zukommt, dessen Mitglieder sich aber häufig bei bestimmten Vorschriften gar nichts oder zumindest nichts Genaueres gedacht haben; oder die Beamten des Ministeriums, welche den Entwurf des Gesetzestextes und dessen Amtliche Begründung abgefasst haben; oder gar eine gegebenenfalls vorgeschaltete Kommission von Experten, auf welche Ideen und Formulierungen zurückgehen?! Eine stringente Antwort hierauf zu finden ist bisher m.E. nicht gelungen und insbesondere nicht mit Hilfe der „Paktentheorie“ zu erreichen.¹²⁹ Auf der Ebene des Europarechts werden diese Schwierigkeiten nicht selten noch potenziert.¹³⁰

Entscheidend kommt hinzu, dass die berühmte Maxime, wonach „ein Text klüger sein kann als sein Verfasser“ und der Interpret ihn also u.U. besser zu verstehen vermag als dieser selbst,¹³¹ im Kern völlig zutrifft. Wer sich

logisch wesentlich zu verändern, vgl. F. *Bydlinski*, Über die Lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, in: Koller u.a. (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken, Symposium zu Ehren von Claus-Wilhelm Canaris (1998), S. 27–88.

¹²⁹ Nicht voll überzeugend insoweit *Neuner* (Fn. 128), S. 104, der dem gesetzgebenden Gremium der Sache nach eine Widerspruchsobliegenheit gegenüber den Gesetzesmaterialien aufbürdet und dadurch m.E. sowohl die Kompetenzverteilung in riskanter Weise tangiert als auch den Zufälligkeiten des Gesetzgebungsverfahrens zu viel Raum lässt.

¹³⁰ Dass sich deshalb die subjektive Theorie „für weite Bereiche der nationalen Gesetzgebung schlicht und einfach erledigt hat“, wie *Hirsch*, Auf dem Weg zum Richterstaat?, JZ 2007, 853, 857 meint, erscheint mir allerdings als überpointiert. Im Gegenteil stellt es ein gutes Beispiel für deren fortdauernde partielle Tragfähigkeit dar, wenn der nationale Gesetzgeber etwa den Willen zu einer völlig kongruenten Umsetzung einer Richtlinie der EG bekundet hat – den er ja nicht zu haben braucht! – und die Rechtsprechung *daraus* dann auf die Zulässigkeit einer rigorosen richtlinienkonformen Rechtsfindung schließt; hier passt sogar die „Paktentheorie“ einigermaßen! Außerdem verlagert sich das Problem teilweise auf die europäische Ebene – so wenn aus den „Erwägungsgründen“ einer Richtlinie auf den „Willen“ des Richtliniengebers geschlossen wird. Im Übrigen stößt die subjektive Theorie hier oft (nur) deshalb an ihre natürlichen Grenzen, weil das Zustandekommen europarechtlicher Normen häufig sehr intransparent ist und von der Kommission teilweise offenbar bewusst intransparent gehalten wird – ein unter demokratietheoretischen Aspekten bedenkliches Verhalten.

¹³¹ Auf diese beruft sich im vorliegenden Zusammenhang mit Recht jüngst z. B. *Hirsch*, JZ 2007, 853, 855.

hierüber mokiert¹³² oder gar zu der Diffamierung greift, dass „die Argumentation deutliche Parallelen mit der Auslegungslehre im Nationalsozialismus aufweist“,¹³³ sollte beschämt verstummen, wenn er zur Kenntnis nehmen muss, dass *Kant* mit Selbstverständlichkeit von dieser Maxime ausgegangen ist – und zwar an äußerst prominenter Stelle, nämlich in der „Kritik der reinen Vernunft“ bei seiner Auseinandersetzung mit der Ideenlehre *Platons*.¹³⁴ In der Tat gehört diese Ansicht längst zu den anerkannten Bestandteilen der allgemeinen Hermeneutik.¹³⁵ Ihre Plausibilität lässt sich auch dann, wenn man die Geschichtlichkeit von Texten und die Gegenwartsbezogenheit der Perspektive eines Gesetzesanwenders hier einmal wegen ihrer Komplexität ausklammert und also von dem darin liegenden – enormen – Argumentationspotential absieht, unschwer dartun. Für sie sprechen nämlich zwei ebenso einfache wie überzeugungskräftige Gesichtspunkte: Zum ersten kann sich der Verfasser eines Textes in der Formulierung vergreifen, zugleich aber doch das Gemeinte wenigstens andeutungsweise oder bruchstückhaft treffen.¹³⁶ Zum zweiten bringt er in diesen mehr oder weniger zwangsläufig auch solche Bestandteile ein, die in seinem „Material“ enthalten sind und ihm selbst gar nicht bewusst zu sein brauchen. Ein „Plot“ oder „Stoff“ wie der des „*Ödipus*“, des „*Lear*“, des „*Wallenstein*“ oder des „*Faust*“ hat nun einmal seine Eigengesetzlichkeiten, die bei der Umsetzung in ein Theaterstück auch dann hervorscheinen können, wenn es dessen Autor hierauf gar nicht ankam. Ebenso entfalten „Rechtsgedanken“ nach ihrer Inkorporierung in ein Gesetz oft eine Eigendynamik, die weit außerhalb der Vorstellungen seiner Verfasser liegt. Wenn ich heute im Rahmen der Neukonzeption des Schuldrechtslehrbuchs von *Larenz* an der dogmatischen Umsetzung des Leistungsstörungenrechts arbeite, ergreift mich oft großes Erstaunen darüber, welche Konsequenzen und „Fernwirkungen“, an die wir in der „Kommission Leistungsstörungenrecht“ nicht einmal ansatzweise gedacht haben und die natürlich

¹³² Repräsentativ etwa *Rüthers* (Fn. 49), Rn. 722 und 797, der in grober Simplifizierung Metaphern wörtlich nimmt; ähnlich *ders.* (Fn. 117), S. 489 ff. Dass die Rede vom „Willen des Gesetzes“ nur metaphorisch sein kann und in Wahrheit dessen objektiven oder normativen „Sinn“ oder dgl. meint, liegt auf der Hand; ebenso freilich auch, dass sie Anlass zu Missverständnissen oder argumentativem Missbrauch durch Anhänger der Gegenposition geben kann und daher vermieden werden sollte, vgl. *Larenz/Canaris* (Fn. 77), S. 139 f.

¹³³ So *Höpfner/Rüthers*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), 1, 7 Fn. 32 in Polemik gegen den BGH-Präsidenten a.D. *Hirsch* und gegen *Larenz* im Anschluss an *Hillgruber*, Neue Methodik – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, JZ 2008, 745, 755, der zwar nicht in dieser Weise personalisiert, aber bei seiner Kritik an der richterlichen Rechtsfortbildung allen Ernstes an *Freisler* erinnern zu sollen glaubt.

¹³⁴ Vgl. *Kant*, Kritik der reinen Vernunft (1781, 2. Aufl. 1987), A 314 bzw. B 370.

¹³⁵ Vgl. denn auch die Glossierung der betreffenden Stelle bei *Kant* durch *Blumenberg*, Die Lesbarkeit der Welt (1981), hier zitiert nach Suhrkamp Taschenbuch (2. Aufl. 1989), S. 192: „Kant im Gewand des Hermeneuten“.

¹³⁶ Diese Möglichkeit hat *Kant* (Fn. 134) im Auge.

vollends weit jenseits des Horizonts der Parlamentarier lagen, bestimmte Regelungen und die ihnen zugrunde liegenden Lösungsmodelle nach sich ziehen.¹³⁷

Ich gehe auf dieses Problemfeld deshalb verhältnismäßig ausführlich ein, weil es mir eng mit mehreren Hintergrund- und Grundlagenfragen zusammenzuhängen scheint, zu denen *Larenz* uns in seiner „Methodenlehre“ auch heute noch Wesentliches zu sagen hat. Da ist zunächst die Frage nach dem ontologischen Status oder der „Seinsweise“ des Rechts. *Larenz* sieht sie in der „Geltung“.¹³⁸ Das leuchtet ein, weil diese in der Tat die spezifische Besonderheit einer rechtlichen Sollensordnung bildet und rechtliche Regelungen, wie unmittelbar einsichtig, aber alles andere als trivial ist, den Kategorien der Zeit und des Raumes unterliegen: Ein Gesetz und jede andere Rechtsnorm „gilt“ nur innerhalb einer bestimmten Zeitspanne und hat grundsätzlich einen räumlich begrenzten oder zumindest räumlich „anzuknüpfenden“ Anwendungsbereich. Es stellt daher eine sinnvolle Sprechweise dar zu sagen, die „Seinsweise“ des Rechts bestehe in seiner Geltung in Zeit und Raum. Daraus zieht *Larenz* folgerichtig den ebenso fundamentalen wie zutreffenden Schluss, dass sich das Recht weder auf materielle noch auf psychische Vorgänge reduzieren lässt, sondern dem davon scharf zu unterscheidenden „geistigen Sein“ im Sinne der „Schichtenlehre“ *Nicolai Hartmanns* zugehört.¹³⁹ Stattdessen könnte man es m.E. auch der „Welt 3“ im Sinne *Karl Poppers* – der als Hauptrepräsentant des „Kritischen Rationalismus“ und Verfasser des primär an den Naturwissenschaften orientierten Werkes „Logik der Forschung“ über den Verdacht pseudometaphysischer Tieftümelei erhaben ist – zurechnen, in die dieser vor allem die menschliche Sprache und die Mathematik einordnet.¹⁴⁰ Andere Hervorbringungen des menschlichen Geistes wie Philosophie, Literatur, Musik, bildende Kunst und eben auch Recht lassen sich hier unschwer anschließen. Macht man sich diese Hintergründe klar, wird man besser verstehen, dass es bei dem Gegensatz zwischen „subjektiver“ und „objektiver“ Theorie keineswegs, wie heute oft insinuiert oder gar explizit behauptet wird, allein oder auch nur primär um die Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz und um die Verankerung der Methoden-

¹³⁷ Ein Beispiel bildet, dass das Erfordernis der „Teilbarkeit“ der Leistung im Recht der Leistungsstörungen nahezu völlig gegenstandslos geworden ist, auch wenn die h.L. es unreflektiert fortschleppt, vgl. *Canaris*, Die Bedeutung des Kriteriums der Unteilbarkeit der Leistung oder der Gegenleistung im modernisierten Leistungsstörungenrecht, in: Beuthien u. a. (Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts, Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag (2009), S. 17–41, insbesondere S. 19 ff., 30 ff., 40 f.

¹³⁸ Vgl. 6. Aufl. S. 117 und *ders.* (Fn. 124), S. 176 f. im Anschluss an G. *Husserl*, Recht und Zeit (1955), S. 10 ff.; vgl. auch schon *Larenz* (Fn. 70), S. 20 ff. zu G. *Husserl*, Rechtskraft und Rechtsgeltung (1925), S. 1 ff.

¹³⁹ *Larenz* (Fn. 76), S. 117 f. bzw. S. 176.

¹⁴⁰ Vgl. *Popper*, Auf der Suche nach einer besseren Welt (1987), S. 30 ff.

lehre in der Verfassung geht, sondern zugleich – und logisch vorrangig! – um tiefer liegende philosophische, insbesondere allgemein-hermeneutische Probleme.

Andererseits darf man die „subjektive“ Theorie nicht auf ihren verfassungsrechtlichen Impetus verkürzen. Vielmehr muss man sehen, dass hinter ihr – wengleich meist unausgesprochen oder sogar unbewusst – eine bestimmte wissenschaftstheoretische Konzeption steht: die Vorstellung, dass nur empirisch erfassbare und überprüfbare Phänomene, hier also historische Fakten einen legitimen Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis bilden.¹⁴¹ Das entspricht indessen dem „positivistischen“ Wissenschaftsbegriff,¹⁴² nach dem grundsätzlich nur Logik, Mathematik und Empirie als Mittel der Wissenschaft anzuerkennen sind. Diesen und den verwandten „scientistischen“ Wissenschaftsbegriff zu bekämpfen stellt eines der Hauptanliegen von *Larenz*’ „Methodenlehre“ dar.¹⁴³ In der Tat findet in diesem die Jurisprudenz in ihrem Kernbereich, nämlich in ihrer dogmatischen Arbeit, keinen Platz, weil sie sich weder rein logisch oder mathematisch noch empirisch betreiben lässt; ähnliches gilt für andere Disziplinen wie die Literatur- und die Kunstwissenschaft oder die Theologie, soweit diese exegetisch und nicht historisch verfahren. Machte man mit diesem Wissenschaftsbegriff ernst, wären die Folgen für die Jurisprudenz desaströs: Sie schiede aus dem Kreis der Wissenschaften aus und müsste sich folgerichtig aus der Universität verabschieden mit allen Konsequenzen organisatorischer, finanzieller und berufspraktischer Art. Diese Gefahr ist m.E. heutzutage kaum zu unterschätzen. Der „positivistische“ oder „scientistische“ Wissenschaftsbegriff entspricht nämlich aufgrund der Faszinationskraft der Naturwissenschaften dem Geist unserer Zeit und seine Repräsentanten setzen sich wissenschaftspolitisch häufig mit befremdlicher Robustheit, ja zuweilen mit erschreckender Aggressivität durch. Ein aktuelles Beispiel bilden bestimmte Umwidmungen von Lehrstühlen in den Wirtschaftswissenschaften an deutschen Universitäten, die m.E. in ihrer Fixierung auf die Leistungsfähigkeit mathematisierbarer „Modelle“ nur aus einer (impliziten) Orientierung am „positivistischen“ oder „scientistischen“

¹⁴¹ Das wird vorbildlich klar herausgestellt (wengleich m. E. aus den im Text genannten Gründen zu Unrecht offenbar als tragfähige Grundlage der „subjektiven“ Theorie angesehen) von *Auer*, Methodenkritik und Interessenjurisprudenz – Philipp Heck zum 150. Geburtstag, ZEuP 2008, 517, 528 f. (in Interpretation *Hecks*).

¹⁴² Vgl. zu diesem und zu seiner Unterscheidung vom Rechtspositivismus jüngst etwa *Auer*, Normativer Positivismus – positivistisches Naturrecht, in: Heldrich u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag (2007), Band II, S. 931, 960.

¹⁴³ Vgl. 6. Aufl. S. 117 f. bzw. 3. Aufl., 1975, S. VII; pointiert zusammenfassend *ders.*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1966), S. 11; vertiefend *ders.*, Über den Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft, in: Universidad de Santiago de Compostela (Hrsg.), Estudios Juridico-Sociales: Homaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra, Bd. 1, (1960), S. 179, 181.

Wissenschaftsbegriff zu erklären sind (und die vor dem Hintergrund der aktuellen Finanzmarktkrise und der massiven Mitverantwortung, welche bestimmte Strömungen der Wirtschaftswissenschaften für diese tragen, wie eine Selbstverstümmelung aufgrund von Verblendung und Eigeninteresse etablierter Repräsentanten dieses Faches wirken).

Demgegenüber sollte man mit Schärfe an die Defizite dieses Wissenschaftsbegriffs erinnern: Historisch gesehen fehlt ihm jede Legitimation, da die europäische Universität bekanntlich (im 12. Jahrhundert) aus einer Juristenschule in Bologna und einer Theologenschule in Paris hervorgegangen ist¹⁴⁴ und ein Begriff von Wissenschaft, der diese Disziplinen ausschliesse, daher jeder Tradition widerspräche, ja ein Zeichen kulturloser Geschichtsvergessenheit darstellte. Und systematisch gesehen ermangelt er der Konsistenz, weil er keinen hinreichenden Grund dafür anzugeben vermag, dass als Mittel wissenschaftlichen Denkens nur Logik, Mathematik und Empirie anzuerkennen sind; insbesondere fehlt ihm von vornherein jede Möglichkeit, den Vorgang der „Abwägung“ in das System der Wissenschaft zu integrieren, obwohl doch in diesen zahllose Vorgänge der Argumentation münden, so dass er für rationales Denken ebenso fundamental wie unentrinnbar ist. Für die gebotene Selbstvergewisserung unseres Faches ist dabei ein Buch wie *Larenz'* „Methodenlehre“ von eminenter Bedeutung, weil zu seinen gedanklichen Grundlagen mit Selbstverständlichkeit die Einbeziehung der exegetischen und der hermeneutischen Dimension in das rechtswissenschaftliche Denken gehört. Übrigens ist es letztlich ein Trugschluss, dass sich die „subjektive“ Theorie mit Hilfe des „positivistischen“ Wissenschaftsbegriffs überzeugend fundieren lässt; denn selbst wenn man diesem folgte, bedeutete das ja noch längst nicht, dass an seiner Grenze *jede* Form von Rationalität endet – und daher würde die Auseinandersetzung lediglich in einen anderen Bereich verlagert, den man dann nicht mehr „Wissenschaft“, sondern z.B. „Kunst“ der Auslegung nennen würde¹⁴⁵.

Damit stehen wir unmittelbar vor einem dritten und letzten Grundlagenproblem: Woran soll der Jurist sich eigentlich orientieren, wenn er eine Lösung auf der Basis der „subjektiven“ Theorie nicht zu finden vermag? Hier ist oft allzu schnell von „Methodenehrlichkeit“ und „Eigenwertung“ oder „Dezision“ des Richters die Rede.¹⁴⁶ *Larenz* ist indessen auch diese Kurzschlüssigkeit fremd, weil er folgerichtig (subsidiär) auf „objektiv-teleologische“ Kriterien zurückgreift.¹⁴⁷ Da dagegen seit längerem geradezu eine

¹⁴⁴ Vgl. z.B. *Wesel* (Fn. 42), Rn. 216; Rainer A. *Müller*, Geschichte der Universität. Von der mittelalterlichen Universität zur deutschen Hochschule (1990), S. 31 ff., 34 ff.

¹⁴⁵ So hat z.B. der große Literaturwissenschaftler *Staiger* seine methodologischen Überlegungen unter dem Titel „Die Kunst der Interpretation“ (1955), zusammengefasst.

¹⁴⁶ Typisch auch insoweit *Rüthers* (Fn. 49), Rn. 724 a.E., 813 f., 817 und öfter.

¹⁴⁷ Vgl. *Larenz* (Fn. 76), S. 333 ff.

Kampagne geführt wird, in besonders prononcierter und aggressiver Weise wiederum von *Rüthers*,¹⁴⁸ sei zum Abschluss auch hierauf noch eingegangen.

- d) Objektiv-teleologische Kriterien der Rechtsfindung und -fortbildung, das Problem der „außergesetzlichen Rechtsordnung“ und die Schwächen richterlicher „Eigenwertung“

Als Ausgangspunkt ist daran zu erinnern, dass das Grundgesetz den Richter in Art. 20 Abs. 3 an „Gesetz *und* Recht“ bindet. Unserer Verfassung liegt also die Vorstellung zugrunde, dass es „Recht“ jenseits des „Gesetzes“ gibt.¹⁴⁹ Ihr ist somit die plumpe Dichotomie von Bindung an das („historisch“ zu interpretierende) Gesetz einerseits und „eigener Rechtssetzung“ des Richters im Wege der „Dezision“¹⁵⁰ andererseits gänzlich fremd. Dabei hat das „Recht“ nicht nur die Funktion eines Korrekturmaßstabs gegenüber einem – mit ihm unvereinbaren – Gesetz,¹⁵¹ sondern folgerichtig auch und erst recht die einer ergänzenden Rechtsquelle bei Fehlen einer passenden gesetzlichen Lösung.¹⁵² *Franz Wieacker* hat dafür das treffende Stichwort von der „außergesetzlichen

¹⁴⁸ Vgl. nur *Rüthers* (Fn. 49), Rn. 801 f., 810 ff.

¹⁴⁹ Vgl. nur BVerfGE 34, 269, 286 ff.; 82, 6, 12; *Hirsch*, JZ 2007, 853, 854. Wenn sich *Hillgruber*, JZ 2008, 745, 746 f. hiergegen unter Berufung auf Einzelheiten bei der redaktionellen Abfassung der Vorschrift wendet und die Formulierung „Gesetz und Recht“ als Tautologie hinzustellen versucht, so stellt das eine besonders schwache Art „historischer“ Interpretation dar – als hätte nicht allen Mitgliedern des Parlamentarischen Rats der Unterschied und potentielle Gegensatz von „Gesetz“ und „Recht“ auf das lebhafteste (und schrecklichste) vor Augen gestanden!

¹⁵⁰ So *Rüthers* (Fn. 49), Rn. 817 (in pointierter und polemischer Frontstellung gegen *Larenz* und mich); zu Art. 20 III GG findet sich hier kein Wort. Es handelt sich bei der Position von *Rüthers* im Grunde um das altbekannte Modell des Gesetzespositivismus i.e.S., zu dem er sich denn auch ausdrücklich bekennt, vgl. z.B. *Rüthers* (Fn. 44), S. 432 sowie das Zitat in der folgenden Fn.; vgl. zu den Defiziten einer solchen Konzeption auch *Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung, in: Universität Graz (Hrsg.) Grazer Universitätsreden Nr. 50 (1993), S. 23, 25 ff.

¹⁵¹ Auch insoweit sowohl rechtsphilosophisch inakzeptabel als auch mit Art. 20 III GG unvereinbar *Rüthers*, *Ideologie und Recht im Systemwechsel* (1992): „Gesetzesbindung bedeutet dies: Die Juristen in amtlichen Funktionen sind an die ideologisch begründeten Weisungen der Normsetzer gebunden. Das trifft zu sowohl in einem Rechtsstaat als auch in einem Unrechtsstaat (sic!)“; zutreffend demgegenüber z.B. *Popper*, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde* (7. Aufl. 1992), S. XII, der über die Juristen sagt: „Sie alle müssen gelernt haben, dem Interesse der objektiven Wahrheit zu dienen, dem Gesetz und der gesetzmäßigen Wahrheit, nichts anderem. Keine ‚höheren‘ Interessen, keine Staatsräson dürfen eine Rolle spielen ...“. Der große römische Jurist *Papinian* ist bekanntlich auf Befehl des Kaisers *Caracalla* sogar hingerichtet worden, weil er sich geweigert hatte, die von diesem veranlasste Ermordung seines Bruders juristisch zu „legitimieren“.

¹⁵² Von diesem Konzept bin ich seit Beginn meiner methodologischen Arbeit ausgegangen, vgl. *Canaris*, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz* (1964, 2. Aufl. 1983), S. 37 f. Fn. 95; im Ansatz ebenso z.B. *Neuner* (Fn. 128), S. 47 ff., 83 f.

Rechtsordnung“ ausgegeben.¹⁵³ Dass es eine solche „gibt“ und sie vor allem auf der „Prinzipienebene“ zu suchen und (teilweise) zu finden ist, ist längst (auch empirisch) erwiesen und stellt eines der Zentralargumente gegen die Konzeption eines engen Gesetzespositivismus dar.¹⁵⁴ Es entspricht auch dem Selbstverständnis von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft; denn welcher bei Verstand befindliche Richter oder Wissenschaftler würde dort, wo er eine Antwort mit Hilfe des Gesetzes nicht mehr zu geben vermag, generell leugnen, dass die von ihm vertretene Lösung gleichwohl noch eine „rechtliche“ ist, und kurzerhand zur „Eigenwertung“ oder „Dezision“ schreiten, als stünde der Rechtsprechung die Kompetenz zur *Setzung* von Recht zu?! Zu klären, wie wir diese „außergesetzliche Rechtsordnung“ gewinnen und uns erarbeiten können, stellt eine der großen Zukunftsaufgaben der Rechtswissenschaft dar, zu deren Bewältigung *Larenz* sowohl in seiner „Methodenlehre“ als auch in seiner im Stande des Emeritus verfassten schönen Spätschrift über „Richtiges Recht“ – auf die ich hier aus Zeit- und Raumgründen leider nicht eingehen kann – sowohl Grundlagen gelegt als auch in manchen Einzelheiten weiterführende Anregungen gegeben hat.¹⁵⁵

Demgegenüber bin ich grundsätzlich von Skepsis erfüllt, wenn unter Hinweis auf das Gebot der „Methodenehrlichkeit“ die richterliche „Eigenwertung“ proklamiert wird. Solche Appelle sind zwar gewiss ehrenwert, ähneln mir aber oft allzu sehr einem „pecca fortiter“: Da die „Eigenwertung“ ja ohnehin unvermeidlich sei, möge der Richter getrost kräftig von ihr Gebrauch machen! Das kommt einer Kapitulation der Rechtswissenschaft vor den Aufgaben der Methodenlehre gleich und war *Larenz* daher fremd. In Wahrheit liegt in der „Eigenwertung“ des Richters – wenn Sie mir eine etwas barbarische Zweckentfremdung eines Faust-Zitats nachsehen – „ein Erdenrest zu tragen peinlich“¹⁵⁶. Dieser ist zwar realiter unvermeidlich, weil das Gericht in begrenzter Zeit und mit beschränkter intellektueller Kapazität zu einer Entscheidung gelangen muss, idealiter aber „eigentlich“ nicht hinnehmbar, so dass grundsätzlich von einem Richtigkeitsanspruch der Entscheidung im Sinne einer „regulativen Idee“ auszugehen ist.¹⁵⁷

Inbesondere lässt sich aus dem Fehlen einer klaren Rangfolge der verschiedenen Auslegungskriterien entgegen der Ansicht *Essers* mitnichten entnehmen, dass dem Richter die Wahl der von ihm angewendeten Methode frei

¹⁵³ Vgl. *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung (1957); siehe dazu vertiefend *Neuner* (Fn. 128), S. 69 ff.

¹⁵⁴ Grundlegend *Dworkin*, Taking Rights Seriously (1977), S. 22 ff.; ähnlich z. B. *R. Dreier*, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890–896; *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (2. Aufl. 1994), S. 117 ff.

¹⁵⁵ *Larenz* (Fn. 124), S. 45 ff., 180 ff. und passim.

¹⁵⁶ *Goethe*, Faust Zweiter Teil, Vers 11954 f.

¹⁵⁷ Vgl. näher *Canaris* (Fn. 150), S. 40 f. mit Nachw.

stehe und er dabei von seinem „Vorverständnis“ geleitet werde.¹⁵⁸ Gelassen und zutreffend sagt demgegenüber *Larenz*, dass „das jeweilige Gewicht der verschiedenen Kriterien nicht zuletzt davon abhängt, was sie im Einzelfall hergeben“.¹⁵⁹ Darin liegt nicht etwa „eine Annäherung an methodische Beliebigkeit“ oder gar ein „Grundsatz der Grundsatzlosigkeit“,¹⁶⁰ sondern der – wenngleich stark verknappte – Ausdruck der richtigen Einsicht, dass die Auslegungskriterien bei etwaigen Kollisionen zwischen ihnen – und nur in solchen Fällen stellt sich ja das Problem ihrer Rangfolge! – grundsätzlich der *Gewichtung* bedürfen. Diskurstheoretisch gesehen stellen sie nämlich lediglich typisierende Zusammenfassungen von spezifischen *Argumenten* dar (die sich nur – aber immerhin! – dadurch auszeichnen, dass ihre Relevanz im Rahmen der Auslegung überzeugend gesichert und generell anerkannt ist und daher nicht jeweils wieder legitimiert zu werden braucht¹⁶¹) und bedürfen folglich als solche naturgemäß am Ende des gedanklichen Prozesses grundsätzlich – d.h. sofern nicht ausnahmsweise eine echte Vorrangregel eingreift – einer *Abwägung* nach Art, Gewicht und Zahl, wie das nun einmal bei konfligierenden Argumenten unvermeidlich ist.¹⁶²

3. *Larenz als akademischer Lehrer und im Umgang mit seinen wissenschaftlichen Schülern*

a) Lassen Sie mich nun noch kurz auf *Larenz* als akademischen Lehrer zu sprechen kommen. Was zunächst sein Verhältnis zu den Studierenden angeht, so kann man holzschnittartig sagen: In der Vorlesung war er so schlecht wie die meisten seiner Generation, in der Übung brach wegen ihres Bezugs auf die Lösung konkreter Fälle oft der exzeptionelle Könnner aus ihm heraus und im Seminar war er voll in seinem Element und daher überragend.

Seine *Vorlesungen* wurden dadurch stark beeinträchtigt, dass er fast immer vom Blatt ablas, ja mitunter sogar die Druckfahnen der neuesten Auflage eines seiner Lehrbücher auf dem Pult liegen hatte, und so gut wie niemals Fragen an das Auditorium richtete. Eines Tages kam er aus einer ZPO-Vor-

¹⁵⁸ So *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1970), S. 123.

¹⁵⁹ Vgl. *Larenz* (Fn. 76), S. 345.

¹⁶⁰ So aber *Rüthers* (Fn. 49), Rn. 815 bzw. *ders.*, Methodenfragen als Verfassungsfragen?, *Rechtstheorie* 40 (2009), 253, 277 in vollständiger Verkennung auch dieser Problematik.

¹⁶¹ Wie wichtig das ist, zeigt sich an dem Vergleich mit Gesichtspunkten wie denen der Folgenabschätzung oder der ökonomischen Effizienz, denen zwar im Rahmen der Rechtsfindung ebenfalls Bedeutung zukommen kann, deren Berücksichtigungsfähigkeit aber nicht von vornherein außer Diskussion steht und die daher nicht „kanonisch“ sind.

¹⁶² Vgl. eingehend *Canaris*, Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, in: *Beuthien u. a.* (Hrsg.), *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag* (1999), S. 25, 58 ff.

lesung ins Institut und sagte zu mir: „Herr Canaris, stellen Sie sich vor, heute ist mir etwas Schreckliches passiert: Ich habe mein Vorlesungsmanuskript zu Hause vergessen – und Sie werden es nicht glauben, ich war viel besser als sonst!“ Im Grunde hing *Larenz* wohl der damals leider weit verbreiteten Ansicht an, dass das Halten von Vorlesungen nicht mehr als eine lästige Nebenpflicht sei. Dagegen kam in der *Übung*, in der er natürlich nichts ablas, seine glänzende Fähigkeit zur freien Rede ebenso voll zur Geltung wie sein vorzügliches Judiz, das ihn zu einem Meister in der Kunst der Falllösung machte. Das *Seminar* war für ihn der Kern und Höhepunkt seiner Lehrtätigkeit. Dessen Teilnehmer behandelte er als potentielle Wissenschaftler – ganz im Sinne von *Humboldts* Ideal der „Einheit von Forschung und Lehre“. Er hielt sich von jedem Monologisieren fern und ließ den Vortragenden uneingeschränkt zur Entfaltung kommen, bevor er dann seine Ergänzungen und erforderlichenfalls Korrekturen anbrachte. So ist manche Dissertation, darunter meine eigene über „Die Feststellung von Lücken im Gesetz“, aus einem Vortrag in seinem Seminar hervorgegangen.

b) Seinen akademischen Schülern waren er und seine Frau herzlich zugezogen. Als ich einmal bei der Antwort auf eine Frage von ihm, wie sich die Karriere eines kürzlich habilitierten Schülers von mir anlasse, etwas ins Schwimmen geriet, bemerkte er in tadelndem Ton: „Wie, Sie müssen doch wissen, was Ihr Schüler macht!“

In meine eigene wissenschaftliche Arbeit hat er sich grundsätzlich nicht eingemischt – auch nicht vor meiner Promotion. Trotzdem habe ich nicht nur „handwerklich“ viel von ihm gelernt, sondern bin in ganz wesentlicher Hinsicht von ihm geprägt worden (auch wenn er gewiss nur aktualisiert und verstärkt hat, was ohnehin meiner Grundhaltung entsprach). Er erkannte nämlich mit nahezu untrüglichem Scharfblick in jedem Manuskript die argumentativ „dünnen“ Stellen und monierte sie – und ich sagte mir dann: Das soll Dir nicht wieder passieren. Diese „Lehre“ hat naturgemäß Sorgfalt und Niveau meiner Argumentation ungemein erhöht.

Das wissenschaftliche Gespräch mit seinen Schülern war ihm ein tiefes Bedürfnis. Wenn er aus der Vorlesung ins Institut kam, musste ihn stets einer seiner Assistenten – aber nur einer – erwarten, damit er einen Ansprechpartner hatte. Nach seiner Emeritierung haben er und seine Frau diejenigen seiner Schüler, die damals in München waren, zusammen mit ihren Ehefrauen zu sich in seine Wohnung zu einer philosophischen Diskussionsrunde eingeladen – wir haben *Gadamer*, *Habermas*, *Platons* „Gorgias“ gelesen und besprochen. An der Einleitung zu *Hegels* „Phänomenologie des Geistes“ sind wir dann gescheitert. Das lag nicht nur an der extremen Schwierigkeit dieses Textes, sondern hatte etwas Symbolisches: *Larenz* selbst hatte an ihm letztlich kaum noch ein Interesse und vermochte ihn uns daher nicht mehr zu vermitteln.

4. *Larenz' Verhältnis zu den Versuchungen wissenschaftlicher Geltungssucht*

Im Gespräch mit uns Schülern kamen naturgemäß immer wieder juristische Einfälle zur Sprache, die neu zu sein schienen. *Larenz* sagte dann oft: „Schauen Sie doch bitte mal nach, was ich dazu in meinem Lehrbuch geschrieben habe“. Nicht selten wusste das einer von uns auswendig (ich freilich so gut wie niemals). Demgegenüber war es *Larenz* selbst offenbar nicht wichtig genug, um es immer präsent zu haben.

Stand in seinem Lehrbuch nichts, war der nächste Schritt die Aufforderung nachzuprüfen, was zu dem betreffenden Problem in Literatur und Rechtsprechung bisher schon gesagt worden sei. Wenn sich dort diejenige Ansicht fand, die auch er – scheinbar neu – gerade entwickelt hatte, pflegte seine Reaktion zu sein: „Na, dann ist es ja gut – ich sollte das in der nächsten Auflage meines Lehrbuchs klarstellen.“ Diese Grundhaltung ist bewunderungswürdig. Fast alle Wissenschaftler von einigem Rang pflegen nämlich – wenngleich meist auf subtilere Weise als z.B. Schauspieler oder Politiker – von ausgeprägter Eitelkeit zu sein (was nicht odios ist, sondern worin ein zentrales Motiv wissenschaftlicher Produktivität liegt) und erleben es daher oft als herbe Enttäuschung, wenn sie feststellen müssen, dass eine gute Idee, die ihnen eingefallen ist, schon vorher von einem anderen publiziert worden war. Nicht so *Larenz*! Das – m.E. gegenüber dem natürlichen Geltungsbedürfnis eines Wissenschaftlers meist glücklicher Weise letztlich doch vorrangige – Motiv, dass die als richtig erkannte Ansicht klar ausgesprochen werden solle und sich durchsetzen möge, verdrängte bei ihm offenbar das Bedürfnis, selbst derjenige zu sein, dem das copy right für diese zusteht. Ich trete seinem Andenken wohl nicht zu nahe, wenn ich die Mutmaßung wage, dass ihm im Rückblick auf sein Verhalten nach 1933 – wahrscheinlich kaum reflektiert, sondern in tieferen Schichten seines Bewusstseins wurzelnd – die Einsicht zugewachsen war, auf welche Irrwege zeitgeistbedingter Geltungswille einen Wissenschaftler (ver)führen kann, und dass er dadurch eine große Distanz gegenüber der Bedeutung eigener wissenschaftlicher „Innovationen“ und damit in dieser Hinsicht eine besondere Souveränität erlangt hatte. Das soll natürlich keineswegs heißen, dass *Larenz* „uneitel“ war, wohl aber, dass er mit dieser Gefährdung umzugehen wusste wie nur wenige andere.

IV. Was bleibt?

In der Rückschau auf ein so reiches Werk und auf ein so leidenschaftlich der Wissenschaft verschriebenes Leben ist es nicht vermessen, eine Frage zu stellen, die einem bei den meisten Wissenschaftlern von vornherein gar nicht in den Sinn käme: Was bleibt?

Larenz hat einmal zu mir gesagt: „Mein Lebenstraum war, einen Kommentar zu *Hegels* Rechtsphilosophie zu schreiben. Und was habe ich geschafft? Ein rasch veraltendes Lehrbuch des Schuldrechts und eine etwas weniger rasch veraltende Methodenlehre.“ Indessen hat er die Antwort selbst gegeben, indem er *Hegels* „Absolutheitsanspruch“ verworfen und sich auch sonst weitgehend von dessen Philosophie abgewandt hat. Besser als ein Epigone *Hegels* also ein „Klassiker“¹⁶³ auf dem Gebiet des deutschen Schuldrechts und der Methodenlehre, der diese Materien in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts geprägt hat wie kaum ein anderer! Und was das Veralten wissenschaftlicher Werke angeht, so ist es nach einem bekannten Wort *Max Webers* geradezu der Sinn von Wissenschaft, dass sie „überboten“ werden und veralten *will*“.¹⁶⁴

Oder lassen wir zum Abschluss doch noch einmal *Hegel* die Pointe setzen, der am Anfang von *Larenz*' Werk und am Anfang meines Vortrags stand und nun auch an dessen Ende stehen möge! *Larenz*, der sich ja keineswegs zur Gänze von *Hegel* abgewandt hat, schätzte besonders dessen berühmtes dialektisches Verständnis des Wortes „aufgehoben“. Danach bedeutet dieses sowohl *überwunden* als auch *aufbewahrt* als auch schließlich auf eine neue, höhere Stufe *hinaufgehoben*. So ist, was *Larenz* vor 1933 exzellent und untadelig begonnen hatte und seit 1949 in mustergültiger Weise fortgesetzt und zum Höhepunkt geführt hat, in diesem dreifachen Sinne aufgehoben: Zwar ist es inzwischen gewiss in mannigfachen Einzelheiten überholt, doch lebt es andererseits in vieler Hinsicht in unserem heutigen Denken, oft geradezu mit Selbstverständlichkeit und darum umso größerer Wirkungsmächtigkeit, fort und ist auch zum Bestandteil, ja mitunter zum Kern gänzlich neuer Konzeptionen geworden – sowohl in der Weiterentwicklung der bürgerlichrechtlichen Dogmatik als auch in der Grundlegung der juristischen Methodenlehre für die Bundesrepublik Deutschland.

¹⁶³ Vgl. oben bei und mit Fn. 100; vgl. ferner jüngst *Hoeren*, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 174 vom 30.7.2009 S. 6, der *Larenz* als den „berühmten Ur-Vater der deutschen Rechtswissenschaft“ bezeichnet, was freilich eine krasse Überzeichnung darstellt, die allenfalls in einem Artikel in einer Tageszeitung durchgehen mag, und im Übrigen *Larenz*' Wirken während der Zeit des Nationalsozialismus zu Unrecht unberücksichtigt lässt.

¹⁶⁴ *M. Weber*, Wissenschaft als Beruf (hier zitiert nach der 3. Aufl. von 1930), S. 15 (Herüberhebung im Original).