



Würzburger Vorträge
zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie
und Rechtssoziologie

29

Peter Landau

Rechtsphilosophie unter der Diktatur

**Drei Beispiele deutschen
Rechtsdenkens während
des Zweiten Weltkriegs**



Peter Landau

Rechtsphilosophie unter der Diktatur

Das Beispiel deutschen Rechtslehrens während
des Zweiten Weltkriegs

Wissenschaften Vorlesung zur Rechtsphilosophie
Rechtslehre und Rechtssoziologie

Herausgegeben von Hans-Ludwig
und Dietmar Willoweit

Rechtswissenschaften von Hans-Ludwig
und Dietmar Willoweit

1998



Nomos Verlagsgesellschaft mbH
Postfach 10 15 53
7050 Heilbronn

Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie,
Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Herausgegeben von Horst Dreier
und Dietmar Willoweit

Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber
und Edgar Michael Wenz †

Heft 29

Peter Landau

Rechtsphilosophie unter der Diktatur

Drei Beispiele deutschen Rechtsdenkens während
des Zweiten Weltkriegs



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

Vortrag gehalten am 4. Juli 2001

Fritz Landau

Rechtsphilosophie
unter der Diktatur

Dieses Heft ist ein Beispiel für die Rechtslehre während
des Zweiten Weltkriegs

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Ein Titeldatensatz für diese Publikation ist bei
Der Deutschen Bibliothek erhältlich. (<http://www.ddb.de>)

ISBN 3-7890-7723-2



1 A 440433

1. Auflage 2002

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

k

Rechtsphilosophie unter der Diktatur. Drei Beispiele deutschen Rechtsdenkens während des Zweiten Weltkriegs.*

I. Einleitung

Die Rechtsgeschichte Deutschlands in der Zeit der nationalsozialistischen Diktatur ist während der letzten dreißig Jahre von deutschen Rechtshistorikern und auch von Allgemeinhistorikern intensiv erforscht worden, anders als in den Jahren zwischen 1945 und 1968. Dabei war die maßgebliche Forschungsliteratur zum nationalsozialistischen oder nationalsozialistisch beeinflussten Rechtsdenken in erster Linie auf die sechs Vorkriegsjahre von Hitlers Regime konzentriert, da aus dieser Zeit die weitaus meisten Zeugnisse vorliegen, mit denen sich die Auswirkung nationalsozialistischer Ideologie auf die juristische Literatur Deutschlands belegen läßt. Dagegen gibt es kaum einzelne Studien, die sich auf die vergleichsweise wenigen juristischen Schriften konzentrieren, die in den sechs Jahren des zweiten Weltkriegs erschienen. Während dieser Jahre wurden zum einen die Möglichkeiten eines juristischen Diskurses vom Regime immer stärker eingeschränkt, wofür unter anderem das Ende der Arbeiten am geplanten Volksgesetzbuch und die Suspension der in München angesiedelten Akademie für deutsches Recht symptomatisch sind.¹ Es ist aber auch zu vermuten, daß in der seit Ende 1941 für Deutschland zunehmend düsteren Kriegslage und der allgegenwärtigen Repression des totalen Überwachungsstaats im Alltag der Bombennächte vielfach der anfängliche Enthusiasmus eines Großteils deutscher Juristen für den Führerstaat und sein mit dem gesunden Volksempfinden legitimes Recht geschwunden war. Als 1942 *Hans Frank*, der als

* Otto Gritschneider gewidmet.

1 Zur Akademie für deutsches Recht vgl. *H. R. Pichinot*, Die Akademie für deutsches Recht (Diss. jur. Kiel 1981). Zum Volksgesetzbuch *H. Hattenhauer*, Das NS-Volksgesetzbuch, in: FS für Rudolf Gmür (1983), S. 255-279.

Reichsrechtsführer für die geistige Integration des Juristenstandes in die Ideologie des Regimes eine herausgehobene Rolle beanspruchte, bei einer Reihe von Vorträgen an deutschen Universitäten einige Kritik an der negativen Apostrophierung der Juristen durch Adolf Hitler in dessen Reichstagsrede vom April 1942 übte, erhielt der fanatische Nationalsozialist Frank erheblichen Beifall bei seinen juristischen Zuhörern; die Konsequenz war dann allerdings ein gegen Frank verhängtes Redeverbot.²

Man könnte bei einer Vergegenwärtigung der düsteren, für den einsichtigen Zeitgenossen geradezu hoffnungslosen Lage Deutschlands in den letzten drei Jahren des Krieges vermuten, daß man in den zeitgenössischen juristischen Publikationen ein Echo der allgemeinen Lage verspürt, vielleicht gar versteckte Kritik am Umgang der Machthaber mit dem Recht. Selbstverständlich kann man solche Kritik kaum in Arbeiten zum geltenden Recht erwarten, die in dieser Zeit strenger Regulierung und Einschränkung der Publikationsmöglichkeiten wohl nur bei einwandfreier Regimetreue zum Druck gelangen konnten. Denkbar erscheint jedoch, daß in der rechtsphilosophischen bzw. rechtstheoretisch orientierten Literatur dieser Jahre eine gewisse Distanz zur Realität des Regimes spürbar wäre oder sogar Anstrengungen unternommen wurden, *Wegweiser* zu neuen Grundlagen einer anderen Rechtskultur aufzustellen. Könnte es nicht unter den deutschen Juristen damals ansatzweise ähnliche Bestrebungen gegeben haben, wie sie etwa bei den Nationalökonomern zu marktwirtschaftlichen Modellen führten, die dann 1945 erstmalige Verwirklichungschancen hatten? Unter den Juristen konnte man Kritik am ehesten auf dem esoterischen Gebiet der *Rechtsphilosophie* üben, und auch dort allenfalls in verschlüsselter Sprache. Eine Untersuchung rechtsphilosophischer Publikationen aus diesen Jahren ist deshalb zweckmäßig

- 2 Zu Hans Frank vgl. *Ch. Schudnagies*, Hans Frank. Aufstieg und Fall des NS-Juristen und Generalgouverneurs (= Rechtshistorische Reihe 67, Frankfurt/M. etc. 1988), hier zu den Reden Franks von 1942, S. 61-63; ferner *D. Willoweit*, Deutsche Rechtsgeschichte und „nationalsozialistische Weltanschauung“, das Beispiel Hans Frank, in: *M. Stolleis/D. Simon*, Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 2, Tübingen 1989), S. 25-42.

und kann vielleicht überraschende Ergebnisse bringen. Das Fach war auch zwischen 1933 und 1945 an manchen deutschen juristischen Fakultäten durch Lehrveranstaltungen vertreten; als Hauptvertreter galt nach der Zwangspensionierung *Gustav Radbruchs* vor allem *Carl August Emge*, Rechtsphilosoph an der führenden Universität *Berlin* nach langen Jahren in *Jena*. Emge hatte schon frühzeitig Sympathien für den Führerstaat, bewunderte allerdings Mussolini mehr als Hitler und unterhielt in seiner Jenaer Zeit ein enges freundschaftliches Verhältnis zu *Elisabeth Förster-Nietzsche*.³ Er bewegte sich in Kreisen der Nietzscheaner und erhielt bei einem Italienaufenthalt nach 1933 sogar einmal eine Audienz bei dem Nietzscheverehrer *Mussolini*. Dabei soll der deutsche Rechtsphilosoph dem Duce den Faschisten *Giovanni Gentile* als größten italienischen Philosophen genannt haben, wohl in der Erwartung, hierin mit Mussolini übereinzustimmen. Der Duce soll aber überraschenderweise entgegnet haben: „Ich dachte, es sei *Benedetto Croce*“ – also Italiens bedeutendster liberaler Oppositioneller.⁴ Eine ähnliche Szene ist im Falle Hitlers nicht vorstellbar – die Anekdote kann verdeutlichen, daß Restbestände einer liberalen Diskussionskultur im Italien Mussolinis nicht beseitigt waren.

Es ist nicht meine Absicht, mich im weiteren mit der schillernden Gestalt Carl August Emges zu befassen, der immerhin mit einer im ‚Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie‘ 1942 veröffentlichten Sammlung von Aphorismen punktuell hellsichtige und mutige Kritik

3 Zu *Carl August Emge* (1886-1970) fehlt bisher jede genauere Würdigung. Einige Angaben bei *O. Lepsius*, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung* (München 1994), S. 137; ferner *U. Klug*, *C. A. Emge*, ARSP 72 (1986), 130-132 und *H. Müller-Dietz*, *Aphoristik und Recht im Werk Carl August Emges*, ARSP 70 (1984), 113-137.

4 Emge war Leiter des von Elisabeth Förster-Nietzsche dominierten Nietzsche-Archivs in Weimar. Kenntnis von dieser Audienz Emges bei Mussolini verdanke ich einer Aufzeichnung *Stephan Kuttners* in dessen Nachlaß. Kuttner lebte seit 1933 als Emigrant in Rom und hatte engen Kontakt zu zahlreichen Wissenschaftlern der deutschen Kolonie in der ewigen Stadt. Der Text Kuttners wird im Appendix zu dieser Arbeit erstmalig veröffentlicht.

am Führerregime übte.⁵ Trotz seiner frühen Verstrickung in den Nationalsozialismus als Parteimitglied seit 1931 gelangte er nach 1945 als Mitgründer der Mainzer Akademie der Wissenschaften erneut zu wissenschaftlichem Ansehen.

Ich möchte aber auf die Publikationen von drei deutschen Juristen näher eingehen, die zwischen 1941 und 1944 entstanden. Es sind *Franz Wieacker*, *Carl Schmitt* und *Erik Wolf*, Autoren höchst unterschiedlicher Provenienz und verschiedener juristischer Fachgebiete, da Franz Wieacker bekanntlich römisches und bürgerliches Recht vertrat, Carl Schmitt Staatsrechtslehrer und Erik Wolf Strafrechtler war. Alle drei können aber als rechtsphilosophisch engagiert bezeichnet werden; die Publikationen, die ich zugrundelege, erheben jedenfalls einen rechtsphilosophischen Anspruch.

II. Franz Wieackers Jheringschrift von 1942

Der 34-jährige Franz Wieacker, dessen geniale Begabung als Rechtshistoriker schon 1938 zu einem Ruf nach Leipzig geführt hatte,⁶ veröffentlichte 1942 zum fünfzigsten Jahrestag des Todes *Rudolph v. Jhe-*

- 5 *C. A. Emge*, Diesseits und jenseits des Unrechts (*citra et ultra injustum*), ARSP 35 (1942), 183-564. Emge widmete seine voluminöse Aphorismensammlung, die wohl sein interessantestes rechtsphilosophisches Werk ist, dem Andenken an *Georg Christoph Lichtenberg* zu dessen 200. Geburtstag. Dieses Aphorismen-Werk folgte auf eine kürzere Aphorismensammlung Emges mit dem Titel: ‚Aus einem rechtsphilosophischen Journal‘, in: FS Ernst Heymann II (Weimar 1940), S. 47-66. Eine Rekonstruktion von Emges Rechtsphilosophie auf der Grundlage der Aphorismen wäre eine reizvolle Aufgabe, die aber den Rahmen eines Aufsatzes sprengen würde.
- 6 Zu Wieackers Berufung nach Leipzig vgl. *R. Lieberwirth*, Die Rechtshistoriker an der Leipziger Juristenfakultät in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, in: FS f. Hans Thieme zu seinem 80. Geburtstag (Sigmaringen 1986), S. 391-402, hier S. 393 f. Die Persönlichkeit und geistige Bedeutung Wieackers wird treffend geschildert in den Nachrufen von *D. Simon*, Franz Wieacker, RJ 13 (1994), S. 1-31 und *J. G. Wolf*, in: In memoriam Franz Wieacker (Göttingen 1995), S. 17-42. Wolf hebt nachdrücklich Wieackers Loyalität gegenüber seinen jüdischen Lehrern, Freunden und Mitbürgern hervor (S. 22).

rings eine Erinnerungsschrift, in der er sich mit der Gedankenwelt des nach Savigny vielleicht größten deutschen Juristen auseinandersetzt.⁷ Das im Umfang schmale Jhering-Buch bringt keineswegs eine rein rechtshistorische Würdigung, sondern ist gleichzeitig ein Versuch, im Spiegel der Auseinandersetzung mit Jhering Aufschlüsse für die Stellung des Juristen in der Gegenwart zu gewinnen.

Wieacker beginnt mit einer *großen Gewissensfrage*, die er in dem Verhältnis zwischen den *Begriffen*, die das Rechtshandwerk verwendet, und den *Lebenszwecken* des Rechts sieht.⁸ Das der Gewissensfrage zugrundeliegende Problem bestehe darin, daß das Recht dem Wohl der Gemeinschaft dienen solle, andererseits aber seine Begriffe nach autonomen Gesetzen bilde. Wieacker ist beunruhigt, da er an der Fähigkeit des Juristen zweifelt, theoretische Lösungen für das Verhältnis von juristischem Handwerk und der Aufgabe sozialer Gerechtigkeit anzubieten.⁹ Der Jurist als solcher könne überhaupt nicht reiner Denker sein, da er zum Geschäft des Denkens an sich nicht berufen sei.¹⁰ Deshalb sei bei den Juristen der vollkommene Praktiker auch der vollkommenste Theoretiker des Rechts.¹¹ Aber trotz der Unzulänglichkeit des Juristen zur theoretischen Konstruktion sei es andererseits dem juristischen Fachmann in einer Zeit der Krise nicht mehr erlaubt, zur Aufgabe der geistigen Formung der Welt zu schweigen.¹² Als einen solchen Fachmann, der trotz mangelnder Begabung für die Theorie den Mut zu rechtstheoretischen Werken aufgebracht habe, wird dann *Rudolph von Jhering* bezeichnet. Jhering sei eigentlich nur als ‚Handelnder‘, d.h. als schöpferischer Dogmatiker, bedeutend gewesen, nicht etwa als ‚Denker an sich‘.¹³ Auch werden von Wieacker keineswegs die Formeln, Grundbegriffe und Resultate des Jheringschen Rechtsdenkens positiv hervorgehoben. Nach Wieacker

7 F. Wieacker, Rudolph von Jhering (Leipzig 1942).

8 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 5.

9 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 5 f.

10 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 7.

11 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 9.

12 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 9.

13 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 10.

bietet Jhering anstelle des verlorenen Richtwerts der Gerechtigkeit nur eine kausal-ökonomische Begründung des Rechts, bei der er Erklärungsbehelfe der zeitgenössischen Naturwissenschaften verwende.¹⁴ Er verabsolutiere die materiellen Faktoren des Rechts und naturalisiere die absoluten Faktoren;¹⁵ seine berühmte Formel vom Zweck als Schöpfer des Rechts habe eine *nihilistische Wucht*, die zur Aufhebung der individuellen und sozialen Gerechtigkeit schlechthin und damit zur *Ethik des Tierreichs* führe.¹⁶ Gerechtigkeit sei von ihm der soziologischen und psychologischen Wirklichkeit preisgegeben, indem der kausale Auslesegedanke *Darwins* auch für das Recht maßgebend werde.¹⁷ An der durchaus problematischen Deutung Jherings als eines Sozialdarwinisten hat Wieacker auch später noch festgehalten, obwohl sich sein relativ negatives Jheringbild von 1942 insgesamt positiv veränderte.¹⁸ Für mein Thema kann jedoch dahingestellt bleiben, inwieweit Wieackers Jheringbild von 1942 dem historischen Jhering gerecht wird. Für Wieacker als Autor von 1942 dient der Bezug auf Jhering hauptsächlich dazu, die Lage der europäischen Rechtswissen-

14 *Wieacker, Jhering* (Fn. 7), S. 29 f. und S. 37.

15 *Wieacker, Jhering* (Fn. 7), S. 38.

16 *Wieacker, Jhering* (Fn. 7), S. 42.

17 *Wieacker, Jhering* (Fn. 7), S. 43. In Anm. 66 weist Wieacker allerdings schon 1942 darauf hin, daß sich Jhering selbst in einem Gespräch mit seinem Sohn gegen Darwins Auslesegedanken mit Entschiedenheit verwahrt habe. Wieackers spätere Bewertung der Beziehung Jhering-Darwin bei *F. Wieacker, Jhering und der ‚Darwinismus‘*, in: FS f. Karl Larenz (München 1973), S. 63-92. Wieacker verweist hier auf die ‚naturalistische Genealogie des Rechts‘ in Jherings Vortrag ‚Die Entstehung des Rechtsgefühls‘ (Wien, 1884); er sieht beim späten Jhering ‚undeutliche Chiffren‘, die man als praktisch-moralisches Postulat des Gemeinnsinns oder als darwinistische Opferung der Individuen an das Leben der Gattung lesen könne (S. 91). Zum Jheringbild Wieackers und anderer deutscher Rechtshistoriker jetzt auch aufschlußreich *D. Klippel, Juristischer Begriffshimmel und funktionale Rechtswelt. Rudolf Jhering als Wegbereiter der modernen Rechtswissenschaft*, in: *D. Klippel u.a.* (Hrsg.), *Colloquia für Dieter Schwab zum 65. Geburtstag* (Bielefeld 2000), S. 117-135, hier S. 120.

18 So in *Wieackers Jhering-Aufsatz* in ‚Die großen Deutschen‘, Bd. V (Berlin 1957), S. 331-340; wiederabgedruckt in: *F. Wieacker, Gründer und Bewahrer* (Göttingen 1959), S. 197-212 – hier S. 206: „Der biologische Zuchtwahlgedanke stand Pate“ (für den ‚Kampf ums Recht‘, P. L.)

schaft in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu bestimmen.¹⁹ Seit Jhering fehle dem Recht eine eigene Wertmitte, da die noch bis zu Jherings Lehrer *Puchta* wirksame Axiomatik des Naturrechts seitdem weggefallen sei. Zwecksurrogate hätten den rechtseigenen Wert der Gerechtigkeit ersetzt; an die Stelle transzendenter Geltungswerte seien naturalisierte Sachverhalte getreten.²⁰ Als Zwecke des Rechts würden jetzt *Lebenswerte* zur Orientierung der Rechtswissenschaft dienen, die übermächtig seien, aber zunächst noch bei Jhering und in der auf ihn sich berufenden Freirechtsschule und der Interessenjurisprudenz ungeordnet relativistisch und pluralistisch nebeneinander stünden. Recht werde seit Jhering *instrumental* verstanden, um höhere, an sich rechtsfreie Daseinswerte hervorzubringen.²¹ Ein so instrumentell verstandenes Recht ermöglichte jedoch andererseits eine *Rechtskritik* und *Rechtspolitik* nach sozialen Maximen,²² die schließlich dazu führe, daß schließlich ‚eine neue führende Ordnung eine feste Rangordnung der völkischen Lebenswerte herstellt‘.²³ Mit Jhering beginnt für Wieacker der ‚unentrinnbare Aufbruch in die bloße, nackte Wirklichkeit, nach Zerstörung der alten, letzthin religiösen Wertsysteme‘. Es öffneten sich neue unermeßliche Wirklichkeitsräume, in denen das Sollen des Rechtes nicht mehr philosophisch begründet werden könne, wohl aber mit einer *Anthropologie des Rechts*. Wieacker bestimmt unter Berufung auf Jhering die moderne Rechtswissenschaft als *Sozialwissenschaft*, für die der philosophisch ungeschulte Jhering die Anschauungsformen geliefert habe.²⁴

Man möchte meinen, daß für eine solche sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft, die im Staat Hitlers durch den Begriff der *Volks-gemeinschaft* bestimmt war, der Nutzen der völkischen Gemeinschaft

19 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 19: die Bewegung, die sich bis *heute* im Zivilrecht vollziehe, sei noch der Versuch der Selbstbefreiung von den großen Formen der Pandektenwissenschaft, der mit Jhering begonnen habe.

20 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 48 f.

21 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 51 f.

22 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 54.

23 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 49.

24 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 56-58.

als oberster Rechtszweck zu postulieren sei. Aber überraschenderweise wendet sich Wieacker gerade gegen eine solche These, durch die das Recht auf das für das Volk Zweckmäßige reduziert wird. Jede Gemeinschaft bedürfe eines rechtssetzenden Führungswillens, ohne den sie nicht bestehen könne und durch den eine *neue Rechtsidee* entwickelt werde; nur so könne man eine ‚gelungene und gültige Gemeinschaft erreichen‘.²⁵ Dabei bleibt unklar, woher die rechtssetzende Führung die Gerechtigkeitsmaßstäbe bezieht; am ehesten vielleicht aus einem nur für den Führer bereits deutlichen neuen Glauben, über den Wieacker in vagen Andeutungen spricht.²⁶ Überhaupt endet sein Text in dunklen Sätzen über eine neuartige Gerechtigkeit. Zwei dieser Sätze seien wörtlich zitiert: „Was eine gerechte Ordnung hervorbringt, ist an sich schon gerecht“ – ist hier ‚gerechte Ordnung‘ Subjekt oder Objekt? – sowie „Das sinndurchleuchtete Sein einer blühenden Gemeinschaft ist auch schon ein gerechtes Sein“.²⁷ In geradezu religiösen Formeln spricht Wieacker im letzten Satz seines Jhering-Buchs davon, daß Jhering „noch nicht der Verkünder des Glaubens an einen neuen Himmel und eine neue Erde“ gewesen sei²⁸ – das „noch nicht“ weist darauf hin, daß mit einem solchen Verkünder jedenfalls realistisch zu rechnen ist. Wieackers rechtshistorische Einordnung Jherings schließt ab mit einem Raunen von einer neuen *Rechtsoffenbarung*, in der eine neue Gerechtigkeit und ein neues Rechtsgewissen entstehen sollen, zu dessen Orientierung allerdings nur der Führungswille genannt wird.²⁹ Insofern könnte man in Wieackers Buch geradezu eine Apologie des Führerstaats sehen. Es bleibt aber doch eine immanente Kritik der Rechtsideologie des Hitlerregimes, die im Insistieren auf der *Distinktion von Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit* liegt. Wieacker will vor der Freigabe des Rechts für die empirischen Teilzwecke des Lebens warnen, die nach seiner Ansicht zuerst in Jherings Spätwerk offenbar

25 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 58 f.

26 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 56: „Und der leidenschaftliche Unglaube (sc. Jherings, P.L.) war immer noch der Keim eines neuen Glaubens.“

27 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 59 f.

28 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 60.

29 Wieacker, Jhering (Fn. 7), S. 58.

wird. Er will zwei Grundfragen des Menschen an das Recht unterscheiden, deren Vertauschung verhängnisvoll sei. Die erste Frage sei eine *echte* Frage, ob nämlich alte positive Satzung Unrecht geworden sei, weil sich der Gegenstand des Rechts geändert habe³⁰ – es ist Mephistos Hinweis auf das ‚Recht, das mit uns geboren ist‘ in der Schülerszene des ‚Faust‘, das seit Savigny meistverwendete juristische Zitat aus unserer klassischen Literatur.³¹ Die zweite Frage sei die „alte, ewig neue Sophistenfrage, ob nicht das Ungerechte durch bloße Zweckmäßigkeit zum Gerechten werde.“³² Auf den ersten Blick identifiziert Wieacker nur Jhering mit der Sophistenfrage; getroffen wird aber auch die Identifizierung des Rechts mit Nutzen und Zweckmäßigkeit bei den Nationalsozialisten. Insofern kann man Wieackers Text von 1942 als rechtsphilosophische Kritik am Unrechtssystem lesen, die allerdings mit einer geradezu schwärmerischen Gemeinschaftsideologie vermischt und von ihr überlagert wird.

III. Carl Schmitts ‚Lage der europäischen Rechtswissenschaft‘ von 1944

Anders als *Franz Wieacker* hat sich der Staatsrechtler *Carl Schmitt* für den Nationalsozialismus vor allem in den Jahren 1933 bis 1936 in vorderster Linie engagiert, so daß er schon 1934 als ‚Kronjurist des Dritten Reichs‘ bezeichnet wurde.³³ Auch nach den Angriffen auf

30 *Wieacker*, Jhering (Fn. 7), S. 59.

31 *Goethe*, Faust V. 1972-1979. Zur höchst gegensätzlichen Verwendung dieses Goethe-Zitats in der deutschen juristischen Literatur vgl. *E. v. Moeller*, Vom Rechte, das mit uns geboren ist, in: FS der Berliner jur. Fakultät f. Otto Gierke, Bd. I (Berlin 1910), S. 355-379; ferner *P. Lotmar*, Vom Rechte, das mit uns geboren ist, in: *P. Lotmar*, Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie, hg. von *J. Rückert* (Frankfurt/M. 1992), S. 6-46.

32 *Wieacker*, Jhering (Fn. 7), S. 59.

33 Zu Carl Schmitts Verhalten zwischen 1933 und 1945 umfassend *B. Rütters*, Carl Schmitt im Dritten Reich (2. München 1990) – dort S. 95 Hinweis auf Schmitts Bezeichnung als ‚Kronjurist‘ durch den katholischen Publizisten *Waldemar Gurian* 1934. Gurian hatte vor 1933 zum Freundeskreis Carl Schmitts gehört; wegen sei-

Schmitt aus den Kreisen der SS, die Ende 1936 dazu führten, daß er seine herausgehobene Funktion als Schriftleiter der Deutschen Juristen-Zeitung aufgeben mußte,³⁴ hat er durch die Entwicklung seiner Großraumtheorie die nationalsozialistische Außenpolitik und Kriegsführung durch eine für ihre Zwecke brauchbare Völkerrechtskonzeption unterstützt.³⁵ Gegen Ende des Dritten Reichs hielt Schmitt jedoch an mehreren europäischen Universitäten, u.a. in Budapest und Coimbra, in den Jahren 1943 und 1944 einen Vortrag mit dem Titel ‚Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft‘, der auch aus der Sicht eines der schärfsten Carl-Schmitt-Kritiker, nämlich *Bernd Rütters*, „neue Töne andeutete“.³⁶ Schmitts Vortragstext sollte in einer Festschrift für den preußischen Finanzminister *Johannes Popitz* gedruckt werden, die allerdings nicht mehr erscheinen konnte, da Popitz wegen seiner Verbindung zur Widerstandsgruppe des 20. Juli 1944 hingerichtet wurde. Erst 1950 wurde Schmitts Vortrag von 1944 in deutscher Sprache veröffentlicht,³⁷ nachdem bereits 1944 eine wesentlich

ner jüdischen Herkunft sah er sich zur Emigration in die Schweiz veranlaßt. Ferner zu Carl Schmitt als ‚Kronjurist‘ *A. Koenen*, *Der Fall Carl Schmitt. Sein Aufstieg zum ‚Kronjuristen des Dritten Reiches‘* (Darmstadt 1995), S. 622-624. Gurian verwendete den Begriff ‚Kronjurist‘ zuerst im Oktober 1934 in einem Artikel ‚Entscheidung und Ordnung. Zu den Schriften von Carl Schmitt‘, erschienen in: *Schweizer Rundschau* 34 (1934), S. 566-576.

34 Vgl. *Rütters*, Schmitt (Fn. 33), S. 105 f.

35 Hierzu grundlegend *M. Schmoeckel*, *Die Großraumtheorie* (= Schriften zum Völkerrecht 112, Berlin 1994); vorher bereits *L. Gruchmann*, *Nationalsozialistische Großraumordnung* (= Schriftenreihe der Vierteljahreshefte f. Zeitgeschichte 4, Stuttgart 1963).

36 *C. Schmitt*, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (Tübingen 1950). In einer Vorbemerkung zu der Veröffentlichung von 1950 weist Schmitt darauf hin, daß er diesen ‚Vortrag vor mehreren der hervorragendsten Juristischen Fakultäten Europas‘ gehalten habe und daß er ursprünglich in einer zum 60. Geburtstag von Johannes Popitz am 2. Dezember 1944 geplanten Festschrift erscheinen sollte. Zur Beurteilung der Rolle von Popitz 1933 als Mitglied der ‚Mittwochsgesellschaft‘ aufschlußreich die Erinnerungen des Kunsthistorikers *W. Weißbach*, *Geist und Gewalt* (Wien/München 1956), S. 338 f.

37 *Schmitt*, *Lage* (Fn. 36). – Vgl. dazu nunmehr *H. Dreier*, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, in: *VVDStRL* 60 (2001), S. 9 (67 m. Fn. 280).

kürzere Fassung auf Ungarisch in einer ungarischen Zeitschrift publiziert worden war;³⁸ inzwischen wurde auch der 1944 in Coimbra in französischer Sprache gehaltene Vortrag in Deutschland gedruckt.³⁹ Eine Würdigung dieses Textes von Carl Schmitt ist schwierig, da die ungarische und französische Version inhaltlich wesentliche Unterschiede zur deutschen Fassung aufweisen, worauf Rütters mit Recht nachdrücklich hingewiesen hat.⁴⁰ Man muß annehmen, daß der Vortragstext von Carl Schmitt nach 1945 wesentlich retuschiert wurde, um ihn als deutliches Zeugnis zeitgenössischer Kritik an der Diktatur erscheinen zu lassen – so fehlt in der ungarischen und der französischen Fassung von 1944 der 1950 gedruckte Satz: „Wir können uns die wechselnden Machthaber und Regime nicht nach unserem Ge-

- 38 C. Schmitt, *Az európai jogtudomány mai helyzete*, *Gazdasági Jog* 5 (1944), S. 258-270. Der Vortrag Schmitts wurde an der Peter-Paszany-Universität in Budapest am 11.11.1943 gehalten – vgl. hierzu Ch. Tilitzki, *Die Vortragsreisen Carl Schmitts während des Zweiten Weltkrieges*, *Schmittiana VI* (1998), S. 193-251, hier S. 211. Schmitt wurde in Budapest außer von seinen ungarischen Gastgebern durch den deutschen Soziologen Hans Freyer betreut, der seit 1938 als Gastprofessor in Budapest wirkte und dort seit 1941 ein ‚Deutsches Wissenschaftliches Institut‘ leitete. Zu Freyers Rolle in Budapest aufschlußreich J. Z. Muller, *The Other God that Failed. Hans Freyer and the Deradicalization of the German Conservatism* (Princeton N. J. 1987), S. 305-315. Freyer gewann illustre Wissenschaftler für Gastvorträge in Budapest, außer Schmitt u.a. Ferdinand Sauerbruch und Werner Heisenberg.
- 39 Den Vortrag in Coimbra hielt Schmitt am 16.05.1944 in französischer Sprache – vgl. Tilitzki, *Vortragsreisen* (Fn. 38), S. 239. Er wurde im ‚Boletina da Faculdade de Direito‘ der Universität Coimbra 29 (1944), S. 603-621 veröffentlicht. Ein Nachdruck erfolgte in: *Schmittiana VI* (1998), S. 261-270. Schmitt hielt denselben Vortrag bereits am 16.02.1943 in Bukarest; dort noch mit dem Titel „Der Einfluß des Juristen auf die Formung des europäischen Geistes“, vgl. Tilitzki, *Vortragsreisen* (Fn. 38), S. 215. Die Reise nach Portugal war mit einer Vortragsreise nach Spanien verbunden, auf der Schmitt den Vortrag über die europäische Rechtswissenschaft an der Universität Madrid (11.05.1944) und dem Collegio de los Avogados in Barcelona (02.06.1944) jeweils in spanischer Sprache hielt – vgl. Tilitzki, *Vortragsreisen* (Fn. 38), S. 239.
- 40 Auch die ungarische und die französische Version stimmen nicht vollständig im Text überein – beide sind jedenfalls erheblich kürzer als der 1950 veröffentlichte deutsche Text. Zu den Textdifferenzen vgl. Rütters, *Schmitt* (Fn. 33), S. 118.

schmack aussuchen“.⁴¹ Jedoch ist jedenfalls der Grundgedanke des Textes bereits 1943/44 von Schmitt vorgetragen worden: der Gedanke einer europäischen Rechtswissenschaft als *kritischer Instanz* gegenüber dem Gesetz- und Verordnungsgeber; in der europäischen Tradition bedeute Recht mehr als *willkürliche Satzung* des Gesetzgebers.

Der Vortrag setzt mit einer Betonung des europäischen Charakters der Rechtswissenschaft ein, was darauf zurückzuführen sei, daß die Geschichte der europäischen Rechtswissenschaft durch fünf Jahrhunderte hindurch eine Geschichte des römischen Rechts gewesen sei.⁴² Die Rezeption des römischen Rechts wird ausdrücklich bejaht, indem die ganze Rechtsgeschichte der europäischen Völker als solche gegenseitiger Rezeptionen beschrieben wird, die der Entlehnung von Formen und Motiven in Kunst, Musik und Malerei verglichen wird,⁴³ was auf den Gedanken einer rechtsgeschichtlichen Ikonologie im Sinne *Erwin Panofskys* hinauslaufen würde. Die positive Betonung des römischen Rechts ist natürlich gegen den nationalsozialistischen Mythos eines völkischen Rechts gerichtet, der in Punkt 19 des Parteiprogramms der NSDAP seinen Ausdruck gefunden hatte.⁴⁴

Mit dem Lob des römischen Rechts vollzieht Schmitt auch eine Kehre gegenüber eigenen früheren Thesen – hatte er doch 1936 noch den Punkt 19 des Parteiprogramms emphatisch als eine „verfassungsrechtliche Bestimmung ersten Ranges“ gepriesen.⁴⁵ 1943 ist ihm hingegen die durch das römische Recht geprägte europäische Rechtswissenschaft ein „wichtiger unentbehrlicher Träger der objektiven Vernunft“.⁴⁶

41 So schon *Rüthers*, Schmitt (Fn. 33), S. 118. Der Satz fehlt auch im französischen Text von Coimbra.

42 *Schmitt*, Lage (Fn. 36), S. 10.

43 *Schmitt*, Lage (Fn. 36), S. 10.

44 Hierzu vgl. *P. Landau*, Römisches Recht und deutsches Gemeinrecht. Zur rechtspolitischen Zielsetzung im nationalsozialistischen Parteiprogramm, in: *M. Stolleis / D. Simon* (Hrsg.), Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus (= Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 2, Tübingen 1989), S. 11-24.

45 So *C. Schmitt*, Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes, Deutsches Recht. Zentralorgan des National-Sozialistischen Rechtswahrerbundes 6 (1936), S. 181-186, hier S. 181.

46 *Schmitt*, Lage (Fn. 36), S. 17.

Allerdings sei die Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert, vor allem nach 1848, in eine dauernde Krise geraten. Die Krise habe mit dem Sieg des Gesetzespositivismus begonnen, der auf das Revolutionsjahr 1848 datiert wird – als Beleg führt Schmitt *Julius v. Kirchmanns* 1848 gedruckten Vortrag ‚Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft‘ an.⁴⁷ Zunächst habe sich noch gegenüber dem Anspruch des Gesetzesrechts auf alleinige Rechtsgeltung die Rechtswissenschaft in einer autonomen Rolle behaupten können, indem man nach 1870 die Formel entwickelt habe: ‚Das Gesetz ist klüger als der Gesetzgeber‘. Dadurch konnte die Rechtswissenschaft einen bedeutenden Spielraum für ihre Kommentierung und Interpretierung behaupten.⁴⁸ Im 20. Jahrhundert sei dann aber eine Beschleunigung der Gesetzgebung und eine Verdrängung des formellen Gesetzes durch ‚Dekret und ‚Verordnung‘ eingetreten.⁴⁹ An die Stelle der Gewaltenteilung zwischen Legislative und Exekutive, für die sich Schmitt schon 1944 ausdrücklich auf *John Locke* beruft, sei der ‚motorisierte Gesetzgeber‘ getreten, Gesetzgebung durch die Exekutive und das Gesetz als Mittel der Planung.⁵⁰ Gegenüber dem Gesetz als Mittel der Planung versage jedoch die Distinktion des 19. Jahrhunderts zwischen Gesetz und Gesetzgeber – man könne nicht sagen, daß eine Lenkungsmaßnahme klüger sei als die anordnende Lenkungsstelle.⁵¹ Auf diese überaus pessimistische Diagnose folgt bei Schmitt 1943/44 aber eine überraschende Wendung: die These von der Rechtswissenschaft als letztem *Asyl* des Rechts selbst.⁵² Die Rechtswissenschaft könne die Erkenntnis vermitteln, daß wahres Recht nicht Satzung des Gesetzgebers sei, sondern in einer *absichtslosen Entwicklung* entstehe. Die Rechtswissenschaft sei die eigentliche *Rechtswahrerin* geblieben –

47 Schmitt, Lage (Fn. 36), S. 15.

48 Schmitt, Lage (Fn. 36), S. 17 f.

49 Schmitt, Lage (Fn. 36), S. 18.

50 Schmitt, Lage (Fn. 36), S. 18 f.

51 Schmitt, Lage (Fn. 36), S. 21.

52 Schmitt, Lage (Fn. 36), S. 21: „Die Rechtswissenschaft [...] hat sich vielmehr darauf zu besinnen, daß sie zum letzten Asyl des Rechts selbst geworden ist.“ Dieser prononcierte Satz fehlt allerdings noch in der französischen und ungarischen Fassung von 1944; doch geht Schmitts Gedankengang in diese Richtung.

allerdings nur in Deutschland.⁵³ Aufgrund der Kontinuität ihrer Tradition, die eine von Juristen gehütete besondere Art von Rechtsquelle erschließe, könne die Rechtswissenschaft geradezu einen Gegenpol zur Welt der Setzungen bieten, ohne das Recht in die ‚*Bürgerkriegsparolen des Naturrechts*‘ zu werfen.⁵⁴ Hierfür beruft sich Schmitt auf *Friedrich Carl v. Savigny* und dessen Aufsatz von 1814 ‚Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft‘. Er feiert Savigny als Verteidiger einer eigenen autonomen Rechtswissenschaft und beschwört seinen Namen als Symbol, dessen künftige Aktualität nicht preiszugeben sei.⁵⁵ In der Fassung von 1950 schreibt Schmitt, daß die auf sich zurückgeworfene Rechtswissenschaft die geheimnisvolle Krypta zu finden wisse, in der die Keime ihres Geistes vor jedem Verfolger geschützt sind.⁵⁶ Weniger deutlich, aber in der Tendenz gleich heißt es in den Schlußsätzen der ungarischen Fassung von 1944: „Sogar in den Leiden und Grausamkeiten des jetzigen Krieges treiben neue Sprossen des wissenschaftlichen Geistes aus. Diese werden im Lärm der Schlachten und des Luftterrors die geheimnisvolle Stille finden können, in der sie wachsen und eines Tages Blüte bringen können. Diesen Glauben schöpfe ich aus dem Aufruf Savignys zur Rechtswissen-

- 53 *Schmitt, Lage* (Fn. 36), S. 25: „In Deutschland aber ist durch Savigny der erstaunliche Versuch gemacht worden, der Rechtswissenschaft die Bedeutung der eigentlichen Rechtswahrerin zu verleihen, – im französischen Text (*Tilitzki*, Vortragsreisen [Fn. 38], S. 367): „élever la science au rang de gardienne authentique du droit“. Schmitt stellt dem ‚wissenschaftlichen Rechtswahrertum‘ Deutschlands in der Tradition Savignys als andere Modelle ‚die Herrschaft eines Rechtsstandes von Praktikern‘ in England und den ‚zentralisierten Gesetzesstaat‘ in Frankreich gegenüber.
- 54 So *Schmitt, Lage* (Fn. 36), S. 27. Der Passus ist in dieser Form allerdings erst in der Fassung von 1950 enthalten. 1944 spricht Schmitt in der französischen Fassung von der Gefahr ‚de la transformation du droit en une simple légalité étatique et en un mode de fonctionnement bureaucratique‘.
- 55 *Schmitt, Lage* (Fn. 36), S. 32. Im französischen Text von 1944 verknüpft Schmitt hingegen stärker Savignys Appell von 1914 mit der historischen Situation der Befreiungskriege und schreibt: „C’est dans l’alliance de l’esprit scientifique et d’une conscience éveillée par les grands événements historiques que réside le véritable secret du grand appel de Savigny et la dernière grande victoire que la jurisprudence ait remportée dans son histoire séculaire“.
- 56 *Schmitt, Lage* (Fn. 36), S. 32.

schaft. Ja, der europäische Geist wird sich mit gesteigerter Intensität finden und der Genius, der uns – Juristen – auch in den vielen Proben der vergangenen Jahrhunderte nie verlassen hat, wird uns auch aus der heutigen Krise retten.“⁵⁷

Schmitts Vortrag am Ende des Zweiten Weltkriegs ist nach seinem eigenen Verständnis ein *Aufruf*, den er in eine Linie mit Savignys Programmschrift von 1814 stellt.⁵⁸ Rechtstheoretisch beruht er zweifellos auf einer spezifischen *Rechtsquellenlehre*, die allerdings bei Schmitt nur angedeutet wird und deren Realitätsbezug im totalitären Staat des motorisierten Gesetzgebers ungewiß bleibt. Nimmt man seine These ernst, so setzt er primär auf eigene Maßstäbe eines einheitlichen Rechtsbewußtseins des Juristenstandes, das Savigny in seiner Schrift von 1814 klar herausgestellt und zu seiner oft mißverständenen Gewohnheitsrechtstheorie ausgebaut hatte.⁵⁹ Schmitt hat hingegen nur die Hoffnung anzubieten, daß die Juristen den Weg zu einer Krypta zu finden wüßten, was nach der geistigen Kapitulation des deutschen Juristenstandes 1933, an der er selbst führend mitgewirkt hatte, durchaus zweifelhaft sein mußte.

Als inhaltliche Maßstäbe für die autonome Rechtswissenschaft, deren Unabhängigkeit von Theologie und Philosophie er wiederholt betont, bietet Schmitt in der Fassung von 1950 folgende Prinzipien an: 1. auf gegenseitiger Achtung beruhende Anerkennung der Person, 2. Sinn für Logik und Folgerichtigkeit der Begriffe und Institutionen; 3. Sinn

57 Schlußsätze der ungarischen Fassung von 1944. Für die Übersetzung bin ich Prof. *Eva Jakab (Szege)* zu großem Dank verpflichtet. Die französische Fassung enthält sinngemäß den gleichen Text. In der deutschen Fassung von 1950 lauten die Schlußsätze: „Die europäische Rechtswissenschaft braucht nicht mit den Mythen von Gesetz und Gesetzgeber eines gemeinsamen Todes zu sterben. Besinnen wir uns wieder auf unsere Leidensgeschichte, denn unsere Kraft wurzelt in unserem Leidvertrauen. So wird der Genius uns nicht verlassen, und es wird sich zeigen, daß selbst die Sprachverwirrung besser sein kann als die babylonische Einheit“.

58 *Schmitt, Lage* (Fn. 36), S. 21 spricht von „Selbstbesinnung auf die eigne Aufgabe und Würde“; dafür ist ihm Savignys Schrift von 1814 „ein großes Beispiel“.

59 Zu Savignys Rechtsquellenlehre und ihrer Weiterbildung durch Puchta habe ich meine Auffassung in folgender Studie entwickelt: *Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in: *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit* (Lund 1993), S. 69-89.

für Reziprozität und für das Minimum eines geordneten Verfahrens, eines *due process of law*, ohne den es kein Recht gebe.⁶⁰ Die ungarische und französische Frühfassung bringt noch nicht die 1950 mit Hinweis auf amerikanische Literatur breiten Ausführungen zum *due process of law*, jedoch einen Hinweis auf ein geordnetes Verfahren.⁶¹ 1934 hatte Schmitt in seinem berühmten Aufsatz ‚Der Führer schützt das Recht‘ den *due process of law* gerade nicht für eine unabdingbare Voraussetzung der Rechtsverwirklichung angesehen;⁶² 1943/44 war er immerhin zu der Erkenntnis vorgedrungen, daß es ohne Verfahrensregeln kein Recht geben könne.

Es bleibt 1944 die These, daß Recht einen *rationalen Charakter* besitze, den die europäische Rechtswissenschaft von Anfang an in ihrer Arbeit bewahrt habe. Bereits die Fassung von 1944 geht davon aus, daß die europäische Rechtswissenschaft das erstgeborene Kind des modernen ‚occidentalen Rationalismus‘ gewesen sei, dem dann erst später die moderne Naturwissenschaft gefolgt sei.⁶³ Das Prinzip eines rationalen Rechts steht natürlich im Gegensatz zur Willkür des Diktators. Dabei bleibt bei Schmitt aber 1944 noch in der Schwebe, ob diese Rationalität mehr in einer *Wertrationalität* oder einer *Zweckra-*

60 *Schmitt*, Lage (Fn. 36), S. 60.

61 1944 spricht Schmitt allgemein von einer ‚observation d’une procédure ordonnée‘ als grundlegendem Rechtsprinzip.

62 *C. Schmitt*, Der Führer schützt das Recht, DJZ 30 (1934) Sp. 945-950. Zu dieser Publikation Schmitts, die die markantesten Mordtaten, die auf Anordnung des Diktators in der Frühzeit des Naziregimes erfolgten, juristisch legitimierte, vgl. *Rüthers*, Schmitt (Fn. 33), S. 76-80; *Koenen*, Fall (Fn. 33), S. 599-616.

63 *Schmitt*, Lage (Fn. 36), S. 29. Schmitt sieht die mittelalterliche Rechtswissenschaft der Glossatoren übrigens von Beginn an in einem Gegensatz zur Theologie und begründet damit die Autonomie der Rechtswissenschaft als wissenschaftliche Disziplin. Diese problematische rechtsgeschichtliche Erklärung ignoriert völlig die für die europäische Rechtsgeschichte entscheidende Rolle des kanonischen Rechts, das in Schmitts historischen Konstruktionen kaum eine Rolle spielt – trotz seiner engen Verbindungen zu dem Kanonisten *Hans Barion* (1899-1974). Schmitts These von 1944 steht wohl auch im Gegensatz zu seiner früheren berühmten These von 1922, daß alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre säkularisierte theologische Begriffe seien – so *C. Schmitt*, Politische Theologie (München/Leipzig 1934), S. 49. Hierzu *H. Meier*, Die Lehre Carl Schmitts. Vier Kapitel zur Unterscheidung politischer Theologie und politischer Philosophie (Stuttgart/Weimar 1994).

tionalität zu suchen sei.⁶⁴ Berücksichtigt man die Polemik des späten Carl Schmitt gegen die sog. *Tyranei der Werte*,⁶⁵ so wird man bei ihm 1944 wohl eher ein Verständnis von Ratio im Sinne der Zweckrationalität vermuten. Das würde ihn in einen gewissen Gegensatz zu Wieackers Jheringkritik von 1942 bringen, mit der sich Schmitts Ausführungen von 1943/44 in manchen Punkten andererseits berühren. Schmitts These von der abendländischen Rechtswissenschaft als Schrittmacher eines rationalen Weltverständnisses ist der Rechtssoziologie *Max Webers* verpflichtet, dessen Bedeutung für Schmitts theoretische Konstruktionen schon mehrfach hervorgehoben wurde, insbesondere in bezug auf die Legitimitätstheorie von *Hasso Hofmann*.⁶⁶

IV. Erik Wolf und Johann Peter Hebel

Als dritter Autor sei der Freiburger Rechtsphilosoph *Erik Wolf* behandelt, geboren 1902, der wie viele deutsche Juristen seiner Jahrgänge sich 1933 zunächst mit dem nationalsozialistischen Staat identifizierte,⁶⁷ aber schon bald desillusioniert war und als Vertreter des Strafrechts etwa die Verbindung zu dem von den Nationalsozialisten ver-

64 Für Wertrationalität spricht die Nennung einer „auf gegenseitiger Achtung beruhenden Anerkennung der Person“ als grundlegendes Rechtsprinzip – *Schmitt*, Lage (Fn. 36), S. 30. 1950 macht Schmitt gegenüber dem Text von 1944 den Zusatz: „eine auch im Kampf nicht entfallende Anerkennung“, worin vielleicht eine gewisse Relativierung von der Freund-Feind-Formel im ‚Begriff des Politischen‘ gesehen werden kann.

65 *C. Schmitt*, Die Tyranei der Werte. Überlegungen eines Juristen zur Wertphilosophie (Stuttgart 1960).

66 *H. Hofmann*, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts (2. Aufl. Berlin 1992), S. 75-78.

67 Zu Erik Wolfs Vita und seinem Werk als Strafrechtler, Rechtsphilosoph und Kirchenrechtler bisher umfassend ausschließlich *A. Hollerbach*, Zu Leben und Werk Erik Wolfs, in: *E. Wolf*, Studien zur Geschichte des Rechtsdenkens (= Ausgewählte Schriften III, hrsg. von *A. Hollerbach*, 1982), S. 235-271. Daß Erik Wolf zwischen 1941 und 1945 ein Gegner des NS-Regimes war, bezeugt *G. Spendel*, Jugend in einer Diktatur. Erinnerungen eines Zeitzeugen 1933-1945 (Asendorf 1998), S. 38.

femten *Gustav Radbruch* nicht abrechen ließ.⁶⁸ Als Zeugnis für die geistige Distanz Wolfs gegenüber dem Regime kann ein Vortrag gelten, den er in Freiburg hielt und zuerst 1942 veröffentlichte.⁶⁹ Wolf beschäftigte sich damals vor allem mit Aussagen zum Recht in der deutschen Dichtung; er wollte auf die Frage antworten, ob Dichtung etwas Verpflichtendes zum Wesen des Rechts aussagen könne, und verfolgte dabei ausdrücklich ein *rechtsphilosophisches Anliegen*.⁷⁰ Er hielt seinerzeit Vorträge über den Rechtsgedanken bei Hölderlin, Adalbert Stifter, Annette von Droste-Hülshoff und dem alemannischen Dichter *Johann Peter Hebel*. Auf den letztgenannten Vortrag mit dem Titel ‚Vom Wesen des Rechts in der Dichtung Johann Peter Hebels‘, gehalten am 12. Mai 1941, möchte ich eingehen.

Wolf hebt hier zunächst hervor, daß der Volksdichter Hebel kein Rechtsphilosoph gewesen sei; er habe auch keine Verbindung zum Naturrecht und zur Ideenwelt der französischen Revolution gehabt.⁷¹ Andererseits sei der von zeitgenössischen Geistesströmungen beinahe unberührte Hebel der Dichter des *gewöhnlichen Lebens* gewesen, dessen Rechtsbild aus der Ursprünglichkeit seiner Anschauung der ihn umgebenden Welt hervorgegangen sei. Hebel habe ein *bäuerlich-*

68 In dem von *G. Spendel* herausgegebenen Band Briefe II (1919-1949) der *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe* (Bd. 18, Heidelberg 1995) sind zahlreiche Briefe Radbruchs an Wolf enthalten: Nr. 111 (17.07.1933), Nr. 166 (26.04.1939), Nr. 177 (27.07.1940), Nr. 192 (29.08.1941), Nr. 195 (01.11.1941), Nr. 205 (19.02.1942), Nr. 221 (21.12.1942), Nr. 222 (22.12.1942), Nr. 223 (24.12.1942), Nr. 224 (25.12.1942), Nr. 229 (28.03.1943), Nr. 231 (04.04.1943), Nr. 234 (08.06.1943), Nr. 243 (14.12.1943), Nr. 245 (16.01.1944), Nr. 247 (06.02.1944), Nr. 252 (19.08.1944), Nr. 255 (27.10.1944).

69 Wolfs Vortrag über Hebel wird in Radbruchs Brief an Wolf vom 29.08.1941 erwähnt – offenbar hatte Wolf an Radbruch darüber berichtet; vgl. *Radbruch*, Briefe II, S. 178. Radbruch schreibt: „Ein schönes Thema: ‚J. P. Hebel und das Recht.‘ Müßte aber mit Humor, besser mit Schalkhaftigkeit behandelt werden: der badische Prälat mit der ununterdrückbaren Sympathie für allerlei Spitzbuberei“. Dieser Erwartung entsprach Erik Wolfs Vortrag allerdings nicht.

70 *E. Wolf*, *Vom Wesen des Rechts in deutscher Dichtung*. Hölderlin, Stifter, Hebel, Droste (Frankfurt/M. 1946)5: „Dieses Buch antwortet auf die Frage, ob Dichtung etwas Verpflichtendes vom Wesen des Rechts aussagen kann. Es hat kein literarhistorisches, sondern ein rechtsphilosophisches Anliegen“.

71 *Wolf*, *Wesen* (Fn. 70), S. 185.

bodenständiges Rechtsgefühl gehabt, dessen Grundlage ein aufrichtiges Friedensbedürfnis und ein lebhaftes Gefühl für soziale Gerechtigkeit gewesen sei. In seinen Dichtungen entfalte sich „ein unbeirrbarer Rechtsglaube und eine offenherzige Rechtsfreudigkeit“. ⁷² Wolf liest Hebel, um den Wesensgehalt eines volkstümlichen Rechtsglaubens kennenzulernen – er sucht das volksmäßige, ungeschriebene Recht in der deutschen Dichtung.

Bei der Lektüre Hebels stößt Wolf auf eine Geschichte, die Hebel selbst mit dem Titel ‚Heimliche Enthauptung‘ überschrieben hat und der Erik Wolf den präntiösen Titel: ‚Die Grenzen des Im-Recht-Seins‘ gibt. ⁷³ Wie Wolf gebe ich die Geschichte in Hebels Wortlaut wieder.

„Hat der Scharfrichter von Landau früh den 17. Juni seiner Zeit die sechste Bitte des Vater Unsers mit Andacht gebetet, so weiß ich nicht. Hat er sie nicht gebetet, so kam ein Brieflein von Nanzig am geschicktesten Tag. In dem Brieflein stand geschrieben: „Nachrichter von Landau! Ihr sollt nun unverzüglich nach Nanzig kommen und Euer großes Richtschwert mitbringen. Was ihr zu thun habt, wird man euch sagen und wohl bezahlen.“ – Eine Kutsche zur Reise stand auch schon vor der Hausthüre. Der Scharfrichter dachte: „das ist meines Amts“, und setzte sich in die Kutsche. Als er noch eine Stunde herwärts Nanzig war, es war schon Abend, und die Sonne gieng in bluthrothen Wolken unter, und der Kutscher hielt stille und sagte: „Wir bekommen morgen wieder schön Wetter“, da standen auf einmal drei starke, bewaffnete Männer an der Straße, sie setzten sich auch zu dem Scharfrichter, und versprachen ihm, daß ihm kein Leids widerfahren

72 Wolf, Wesen (Fn. 70), S. 183 und S. 192.

73 Wolf, Wesen (Fn. 70), S. 207. Die Kalendergeschichte erschien im ‚Rheinischen Hausfreund‘ 1810 und wurde von Hebel 1811 in das ‚Schatzkästlein des Rheinischen Hausfreundes‘ aufgenommen – vgl. J. P. Hebels Werke, Bd. II (Freiburg i.Br. o.J.), S. 179-181. Wolfs Interpretation der Geschichte Hebels wird übernommen von K. J. Hirtsiefer, Ordnung und Recht in der Dichtung Johann Peter Hebels (= Schriften zur Rechtslehre und Politik 53, Bonn 1968), S. 81-84, der seine Deutung mit der Überschrift „Die Fragwürdigkeit irdischen Rechts“ versieht.

sollte, aber die Augen müßt ihr euch zubinden lassen, und als sie ihm die Augen zugebunden hatten, sagten sie: „Schwager fahr zu.“ Der Schwager (das ist der Kutscher) fuhr fort und es war dem Scharfrichter, als wenn er noch gute zwölf Stunden weiter wäre geführt worden, und konnte nicht wissen, wo er war. Er hörte die Nachtteulen der Mitternacht; er hörte die Hähne rufen, er hörte die Betglocken läuten. Auf einmal hielt die Kutsche wieder still. Man führte ihn in ein Haus und gab ihm eins zu trinken, und einen guten Wurstwecken dazu. Als er sich mit Speise und Trank gestärkt hatte, führte man ihn weiter im nämlichen Haus, Thür ein und aus, Treppen auf und ab, und als man ihm die Binde abnahm, befand er sich in einem großen Saal. Der Saal war ringsum mit schwarzen Tüchern behängt, und auf den Tischen brannten Wachskerzen. In der Mitte saß auf einem Stuhl eine Person mit entblößtem Hals und mit einer Larve vor dem Gesicht, und muß etwas in dem Mund gehabt haben, denn sie konnte nicht reden, sondern nur schluchzen. Aber an den Wänden standen mehrere Herren in schwarzen Kleidern und mit schwarzem Flor vor den Angesichtern, also daß der Scharfrichter keinen von ihnen gekannt hätte, wenn er ihm in einer anderen Stunde wieder begegnet wäre, und einer von ihnen überreichte ihm sein Schwerdt mit dem Befehl, dieser Person, die auf dem Stühllein saß, den Kopf abzuhaue. Da ward dem armen Scharfrichter, als wenn er auf einmal im eiskalten Wasser stände bis übers Herz, und sagte, das soll man ihm nicht übel nehmen. Sein Schwerdt, das dem Dienst der Gerechtigkeit gewidmet sei, könne er mit einer Mordthat nicht entheiligen. Allein einer von den Herren hob ihm aus der Ferne eine Pistole entgegen, und sagte: „Entweder, Oder! Wenn ihr nicht thut, was man euch heißt, so seht ihr den Kirchthurm von Landau nimmer mehr.“ Da dachte der Scharfrichter an Frau und Kinder daheim, und wens nicht anders seyn kann, sagte er, und ich vergieße unschuldiges Blut, so komme es auf euer Haupt, und schlug mit einem Hieb der armen Person den Kopf vom Leibe weg. Nach der That, so gab ihm einer von den Herren einen Geldbeutel, worin zweihundert Dublonen waren. Man band ihm die Augen wieder zu, und führte ihn in die nämliche Kutsche wieder zurück. Die nämlichen Personen begleiteten ihn wieder, die ihn gebracht hatten. Und als

endlich die Kutsche stille hielt, und er bekam die Erlaubniß auszusteigen, und die Binde von den Augen abzulösen, stand er wieder, wo die drei Männer zu ihm gesessen waren, eine Stunde herwärts Nanzig auf der Straße nach Landau, und es war Nacht. Die Kutsche aber fuhr eiligst wieder zurück.

Das ist dem Scharfrichter von Landau begegnet, und es wäre dem Hausfreund leid, wenn er sagen könnte, wer die arme Seele war, die auf so einem blutigen Weg in die Ewigkeit hat gehen müssen. Nein, es hat niemand erfahren wer sie war, und was sie gesündigt hat, und niemand weiß das Grab.“

Verfolgen wir Wolfs Kommentar zu der Geschichte des alemannischen Volksdichters. Er betont zunächst, daß er ‚behutsam deuten‘ wolle, um Hebel recht zu verstehen.⁷⁴ Der Scharfrichter, der kunstgerecht seine Amtshandlung ausführe, sei zweifellos nicht im Recht gewesen, denn er habe den Befehl einer anonymen Stelle befolgt, die für ihn nicht die Gewalt einer rechtmäßigen Obrigkeit hatte.⁷⁵ Die bewaffneten Auftraggeber hätten ihrerseits durch die Nötigung des Scharfrichters fraglos Unrecht getan – „alle Beteiligten handeln subjektiv fragwürdig und objektiv rechtswidrig“. ⁷⁶ Es sei zu erwägen, den offenbar im 18. oder 19. Jahrhundert angesiedelten Fall nach dem Naturrecht zu entscheiden; dann handle es sich jedenfalls um die Verletzung unabdingbarer Rechtsgrundsätze von übergesetzlicher Geltungskraft.⁷⁷ Aber gerade dieses Urteil spreche Hebel nicht aus. Er gebe vielmehr einen Hinweis darauf, daß auch das Unrecht seine Fügung habe, wo es um das Sein des Rechts gehe.⁷⁸ In offensichtlicher Anknüpfung an Heideggers mystischen Wahrheitsbegriff in ‚Vom Wesen der Wahrheit‘ spricht Wolf davon, daß sich das Recht entberge und auf uns zukomme, wo es als Seiendes fragwürdig werde und verloren gehe; hierfür beruft er sich wie Heidegger selbst auf den Vorsokra-

74 *Wolf, Wesen* (Fn. 70), S. 209.

75 *Wolf, Wesen* (Fn. 70), S. 209.

76 *Wolf, Wesen* (Fn. 70), S. 210.

77 *Wolf, Wesen* (Fn. 70), S. 211.

78 *Wolf, Wesen* (Fn. 70), S. 211.

tiker *Heraklit*.⁷⁹ Das Naturrecht könne jedenfalls auf die Situation des objektiv im Unrecht befindlichen Scharfrichters nicht angewandt werden; denn gegen den Scharfrichter, der sich auf das Naturrecht der ‚Justitia‘ beruft, werde sich der Vorsitzende des Gerichts auf das Naturrecht des ‚Imperium‘ berufen.⁸⁰ Ein solcher Konflikt zwischen dem Naturrecht der Macht und dem ethischen Naturrecht sei unlösbar.⁸¹ Man wisse sogar nicht, ob hier nicht wie bei einem Femegericht kleines Unrecht um ein großes Recht willen getan worden sei; andererseits könne es sich auch um tyrannische Willkür gehandelt haben.⁸² Der in Hebels Geschichte sich widerpiegelnde Widerstreit innerhalb des Rechts sei ein echter ‚casus perplexus‘ im Sinne von *Leibniz*.⁸³ Wolf hält eine Deutung der Geschichte Hebels ‚aus politischer, moralischer und juristischer Einseitigkeit‘ für einen Fehlgriff. Hebel könne und wolle uns aber eine *rechtsphilosophische Einsicht* in das Wesen des Rechts vermitteln.⁸⁴ Das Entscheidende an der Geschichte sei, daß der Scharfrichter mit dem Satz „Vergieße ich unschuldiges Blut, so komme es auf euer Haupt“ die *Gerechtigkeit Gottes* anrufe. Der Scharfrichter sei in Hebels Sicht nur ein leidender Teilnehmer an dem Geschehen, den die geringste Verantwortung treffe.⁸⁵ Hebel wolle uns

79 Wolf, *Wesen* (Fn. 70), S. 211. Zu Heideggers Wahrheitsbegriff vgl. *M. Heidegger, Vom Wesen der Wahrheit* (Frankfurt/M. 1954), hier zum Wesen der Wahrheit als ‚Entbergung des Seienden im Ganzen‘, S. 18. Den Vortrag ‚Vom Wesen der Wahrheit‘ zuerst veröffentlicht 1943, hatte Heidegger mehrfach seit 1930 gehalten. Wolf war zweifellos aufgrund seiner engen freundschaftlichen Verbindung zu Heidegger mit dessen Spätphilosophie gut vertraut. Zur Begründung der Ethik beruft sich Heidegger primär auf Heraklit, Fragment 119 und einen Bericht des Aristoteles über Heraklit – vgl. *M. Heidegger, Über den Humanismus* (Frankfurt/M. 1947), S. 39–42.

80 Wolf, *Wesen* (Fn. 70), S. 212.

81 Wolf, *Wesen* (Fn. 70), S. 212: verhängnisvolle Unlösbarkeit.

82 Wolf, *Wesen* (Fn. 70), S. 212.

83 Wolf, *Wesen* (Fn. 70), S. 212.

84 Wolf, *Wesen* (Fn. 70), S. 214.

85 Wolf, *Wesen* (Fn. 70), S. 214.

zeigen, daß alle im Unrecht seien, aber der Anteil eines jeden durch menschliches Wissen vom göttlichen Recht nicht auszumachen sei.⁸⁶ Es folgen bei Wolf noch einige Sätze über den *Zugang* zum Wesen des Rechtsseins, der Gerechtigkeit, die nur in losem Zusammenhang mit Hebel stehen. Man verfehle die Gerechtigkeit, wenn man das Rechte schon zu wissen glaube. Es gebe nur ein *ahnendes Nichtwissen* des Rechts, eine *docta ignorantia*, wofür sich Wolf nicht etwa auf *Nikolaus von Kues*, sondern auf *Sokrates* beruft.⁸⁷ Recht sei als Inbegriff des unserem Sein Zukommenden ein *Werdendes*, ein Auf-uns-Zukommendes.⁸⁸ Als Summe menschlicher Rechtserkenntnis steht dann bei Wolf der Satz: „Alles Recht ist wesentlich zukünftig“.⁸⁹ Wolf bietet am Ende eine *Utopie ohne Inhalt*. Die Unmöglichkeit, Inhalte zu bestimmen, ist für ihn nicht nur erkenntnistheoretisch, sondern wegen der Zukunftsstruktur des Rechtseins *ontologisch* bedingt. Für die Gegenwart bleibt der *casus perplexus*, ein ahnendes Nichtwissen des Unrechts, das nur noch in der Anschauung des Dichters vergegenwärtigt werden kann. In der Verlagerung einer Gerechtigkeits-erwartung auf die Zukunft gibt es Parallelen zu Wieacker, der allerdings anders als Wolf noch Hoffnung auf eine Gerechtigkeit der Gemeinschaft setzt, was über die *docta ignorantia* hinausführt.

V. Schluss

Ich habe versucht, deutsches Rechtsdenken in den Jahren der Diktatur und des Krieges am Beispiel von drei deutschen Juristen zu analysieren, zweifellos geistig hochrangigen Vertretern deutscher Rechtswissenschaft, auf die man vielleicht Erik Wolfs Begriff *Rechtsdenker* anwenden könnte. Die untersuchten Texte sind Dokumente eines *Abstands*, einer *Distanzierung* vom Terrorregime auf unterschiedlichen Wegen.

86 Wolf, *Wesen* (Fn. 70), S. 215: „Alle sind im Unrecht; der Anteil eines jeden, seine Schuld und seine Sühne, ist nicht auszumachen“.

87 Wolf, *Wesen* (Fn. 70), S. 216.

88 Wolf, *Wesen* (Fn. 70), S. 216.

89 Wolf, *Wesen* (Fn. 70), S. 216.

Kann man darin auch Zeugnisse der Kritik, vielleicht eines Aufstands des Rechtsgewissens, finden, verhüllt unter der Berufung auf *Jhering* bei Franz Wieacker, auf *Savigny* bei Carl Schmitt und auf *Hebel* bei Erik Wolf? Eine solche emphatische Bewertung wäre unangemessen. Wieacker blendet die liberale Komponente bei Jhering aus, dessen Vertrauen auf die *legal evolution* im Sinne der Entwicklung der praktischen Vernunft des Menschen.⁹⁰ Carl Schmitt beruft sich auf die abendländische Rechtswissenschaft als Asyl des Rechtsbewusstseins, erwähnt aber bei der Beschwörung Savignys nicht dessen Überzeugung, daß die europäische Rechtsentwicklung auf der *christlichen Lebensansicht* beruhe.⁹¹ Wolf schließlich verbindet den aus seiner Sicht unphilosophischen Hebel zwar mit Heidegger und zieht eine Linie bis zu Heraklit, hebt aber nicht hervor, daß für den vom Naturrecht und der Aufklärung geprägten alemannischen Dichter das Suchen nach Gerechtigkeit nicht mit einer *docta ignorantia* endete. Hebels Geschichte ist in ihrer Genese möglicherweise durch die auf dem Boden seiner Heimat Baden erfolgte Entführung des Herzogs von Enghien und den anschließenden Geheimprozeß durch Napoleon Bonaparte 1804 angeregt worden;⁹² in einem Brief an seinen Verleger Cotta vom 21.08.1810 bezeichnet der Dichter das Geschehen seiner

90 Zu Jherings evolutionärem Rechtsdenken vgl. *O. Behrends*, Rudolf von Jhering und die Evolutionstheorie des Rechts, in: *ders.* (Hrsg.) *Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken* (Köln 1993), S. 7-36; ferner *P. Stein*, *Legal evolution* (Cambridge 1980), S. 65-68.

91 *F. C. v. Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd.1 (Berlin 1840), S. 53 f. Hierzu *J. Rückert*, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny* (= *Abh. zur rechtswiss. Grundlagenforschung* 58, Ebelsbach 1984), S. 366: letzte ‚objektive‘ Verankerung des Rechts bei Savigny.

92 Vgl. hierzu *C. Amelunxen*, *Der Prozeß des Herzogs von Enghien: Justizmord – Fehlurteil – Staatsnotwehr?*, in: *Gedächtnisschrift f. Karlheinz Meyer* (Berlin/New York 1990), S. 643-660, der den Prozeß nicht als Justizmord, sondern als *Staatsnotwehr* einordnet, ein für die Rechtfertigung der Ermordung Röhm's und anderer am 30.06.1934 im Gesetz vom 03.07.1934 verwendeter Begriff. Das Verfahren gegen den Herzog von Enghien wurde allerdings vor einem Militärgericht während der Nacht und ohne Verteidiger durchgeführt.

Geschichte ganz unbefangen als ‚heimliche Mordtat‘.⁹³ Das steht in der Tradition naturrechtlichen Denkens, wie es nach dem Zweiten Weltkrieg in Deutschland von *Gustav Radbruch* wiederbelebt wurde.⁹⁴ Ansätze zur Radbruchschen Formel sucht man aber in diesen vor 1945 publizierten Texten vergebens; am Ende ließen sich überraschenderweise noch am ehesten Carl Schmitts Prinzipien der europäischen Rechtswissenschaft als Schritte in diese Richtung deuten. Die Autoren der Zeit des Nationalsozialismus hätten solche Ansätze im Werk eines damals verpönten jüdischen deutschen Juristen finden können, nämlich in der ‚Allgemeinen Staatslehre‘ von *Georg Jellinek*.⁹⁵ Rechtsphilosophisches Denken mußte 1945 an die seit 1933 verschütteten Traditionen der deutschen Geistesgeschichte anknüpfen.

Bei Lektüre und Analyse der Versuche bedeutender deutscher Juristen, unter den Bedingungen nationalsozialistischer Diktatur über Recht und Gerechtigkeit nachzudenken, kam mir der Satz *Ludwig Wittgensteins* in den Sinn: „Wovon man nicht sprechen kann, darüber muß man schweigen.“⁹⁶ Es gibt historische Situationen, in denen der

93 Darauf weist bereits *Erik Wolf* hin – so *Wolf*, Wesen (Fn. 70), S. 221, Anm. 146; vgl. *J. P. Hebel*, Briefe 1810-1826 (Karlsruhe 1957), S. 478 f.

94 Die rechtsphilosophischen Arbeiten von *Gustav Radbruch* aus der Nachkriegszeit sind jetzt zusammengefaßt in dem Band: *G. Radbruch*, Rechtsphilosophie III, hrsg. v. *W. Hassemer* (= *Gustav Radbruch*. Gesamtausgabe 3, Heidelberg 1990); dort auch der grundlegende Aufsatz ‚Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht‘ von 1946 - Gesamtausgabe, S. 83-94.

95 Die berühmte Radbruchsche Formel beruht auf der mittelalterlichen Unterscheidung von ‚ius iniustum‘ und ‚ius iniuquum‘, die sich bis auf das *Decretum Gratiani* im 12. Jahrhundert zurückführen läßt – Vgl. *Dict. Gratiani* p. C. 11 q. 3 c. 54 mit der Distinktion einer ‚iniqua sententia‘ von der ‚iniusta sententia‘. *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (3 1914, ND Darmstadt 1960), S. 373 unterschied zwischen ‚ius iniuquum‘ (= iniustum) und ‚Mißbrauch der Rechtsformen‘ bzw. ‚ungeheuerlichem Rechtsbruch‘. In letzterem Fall gewinne die ‚gesetzgeberische Willkür‘ keine Rechtsgeltung. – Vgl. zu dieser Lehre Jellineks *P. Landau*, Rechtsgeltung bei *Georg Jellinek*, in: *S. L. Paulson/M. Schulte* (Hrsg.), *Georg Jellinek - Beiträge zu Leben und Werk* (= Beiträge zur Rechtsgesch. d. 20. Jahrhunderts 27, Tübingen 2000), S. 299-307, hier S. 306. Bei der Formulierung der ‚Radbruchschen Formel‘ dürfte Radbruch von *Georg Jellineks* Werk beeinflusst gewesen sein.

96 *L. Wittgenstein*, *Tractatus Logico-philosophicus* 7 (London 1961), S. 150. Was von Wittgenstein innerhalb systematischer Aussagen theoretischer Philosophie

juristische oder rechtsphilosophische Schriftsteller die Integrität seiner Profession nur durch Schweigen wahren kann, wenn er nicht wie *Aemilius Papinianus* zum Martyrium für das Recht bereit ist.⁹⁷

Appendix

Stephan Kuttner

Mussolini's sense of humor.

One ought to know that Mussolini at times showed a sense of humor. In his later years he received the visit of the German Karl Emge, who had come as delegate to a congress of Philosophy. „It is a great privilege for me to be received by Your Excellency, ruler of the country that has given to the world the greatest living philosopher, Giovanni Gentile“, he addressed the Duce. Without any delay Mussolini answered: „I always thought that Benedetto Croce was our most important philosopher.“

formuliert ist, könnte auch für praktische Philosophie relevant sein, insofern sie einen Sitz im Leben hat.

- 97 Zu Papinians Weigerung, den Mord des Caracalla an seinem Bruder Geta zu rechtfertigen, ist auch heute das Urteil von *Edward Gibbon*, *The Decline and Fall of the Roman Empire*, Ch. VI (ed. Modern Library, New York 1906, vol. 1), S. 117 f. bedenkenswert: „Such intrepid virtue, which had escaped pure and unsullied from the intrigues of courts, the habits of business and the arts of his profession, reflects more lustre on the memory of Papinian, than all his great employments, his numerous writings, and the superior reputation as a lawyer, which he has preserved through every age of Roman jurisprudence“. Ähnlich *G. F. Puchta*, *Cursus der Institutionen* Bd. I (Leipzig 1845), S. 461: „So hatte Papinian durch seinen Tod bekräftigt, was er geschrieben hatte.“ und *L. Wenger*, *Die Quellen des römischen Rechts* (Wien 1953), S. 512: „Märtyrer seiner Überzeugung“. Auf die historische Glaubwürdigkeit der durch die *Historia Augusta* überlieferten Umstände von Papinians gewaltsamem Tod kann hier nicht eingegangen werden. Entscheidend ist, daß in der Spätantike und darüber hinaus das Idealbild eines Juristen von dieser Überlieferung geprägt wurde.



Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Landau
Lehrstuhl für Kirchenrecht, Deutsche Rechtsgeschichte,
Neuere Privatrechtsgeschichte, Rechts- und Staatsphilosophie und
Bürgerliches Recht

Curriculum vitae

- 26.02.1935 geb. in Berlin
1953 Abitur in Berlin, nach Schulbesuch in Berlin und Eisenberg/Thüringen
1953-1958 Studium der Rechtswissenschaft, Geschichte und Philosophie in Berlin (FU) (1953-54), Freiburg i.Br. (1954-55) und Bonn (1955-58)
1956 Aufnahme in die Studienstiftung des Deutschen Volkes
1958 Erstes Juristisches Staatsexamen in Köln
1960-1968 Assistent an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät in Bonn
1964 Promotion zum Dr. jur. in Bonn bei dem Rechtshistoriker Prof. Hermann Conrad („Der kanonische Infamiebegriff“)
1965-1966 Graduate Studium an der Yale University (New Haven/Conn., USA), insbesondere bei Prof. Stephan Kuttner
1965 Lecturer an der Yale University für mittelalterliches kanonisches Recht
1968 Habilitation an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät in Bonn mit der Schrift „Ius Patronatus“
1968-1987 o. Professor an der Universität Regensburg, Juristische Fakultät
1970-1971 Prorektor der Universität Regensburg
1979-1981 Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg
1977 Forschungsaufenthalt an der University of California, Berkeley/Cal.
1983 Ablehnung eines Rufs auf einen Lehrstuhl für Rechtsgeschichte der Universität Frankfurt/M. (Nachfolge Prof. Coing)
1984 Lehrtätigkeit als Visiting Professor an der University of Chicago
seit 1985 Mitglied der Bayerischen Akademie der Wissenschaften

1986	Rufe an die Universitäten Berkeley und München
seit 1986	Mitglied der Zentralkommission der Monumenta Germaniae Historica
seit 1987	o. Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München, Juristische Fakultät
1988-2000	Präsident der Society for Medieval Canon Law, Zürich
1990-1991	Forschungsaufenthalt als Mitglied des Institute for Advanced Study in Princeton/N.Y.
seit 1991	Präsident des Stephan-Kuttner-Institute of Medieval Canon Law, München
1991-1993	zusätzliche Lehrtätigkeit als Gastprofessor an der Universität Leipzig
1991-1998	Klassensekretär der Phil.-Hist. Klasse der Bayerischen Akademie der Wissenschaften
1993	Ablehnung eines Rufes an die Universität Leipzig, Juristenfakultät
1993-1995	Dekan der Juristischen Fakultät der Universität München
seit 1994	Mitglied des Fachbeirats des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt/M.
1997	Verleihung des Dr. iur. can.h.c. durch das Kanonistische Institut der Universität München
1998	Verleihung des Dr. iur. h.c. durch die Universität Basel
2000	Festschrift „Grundlagen des Rechts“ anlässlich des 65. Geburtstags, hrsg. von Richard Helmholz, Paul Mikat, Jörg Müller, Michael Stolleis
2001	Corresponding Fellow of the Medieval Academy of America
2001	Dr. h.c. der Université Paris II (Panthéon-Assas)

Korrespondierendes Mitglied der Accademia Senese Degli Intronati, Siena
 Mitherausgeber der „Forschungen zur kirchlichen Rechtsgeschichte und zum Kirchenrecht“, der „Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung“, der Reihe „Norm und Struktur“ und des „Bulletin of Medieval Canon Law“.

Schwerpunkte der Forschung und der Publikationen: Kirchenrecht, Gelehrtes Recht, Geschichte des Kirchenrechts, Rechtsphilosophie, Deutsche Rechtsgeschichte, insbesondere Privatrechtsgeschichte.