

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XXII

Herausgegeben von DIETER SIMON
und MICHAEL STOLLEIS



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
1995

JOACHIM RÜCKERT

Das 20. Jahrhundert in der Rechtsgeschichte*

I

Das „unerwartete Ende der DDR und der deutschen Teilung im Jahre 1990“ (Vorwort) wurde Karl Kroeschell zum Anlaß und hat uns endlich ein Buch zum ganzen Jahrhundert gebracht. Der epochale Anlaß führte zu einem rechtsgeschichtswissenschaftlichen Ereignis. Denn ein Buch dieses Themas war bisher gar nicht absehbar. Es stand zwar längst aus, aber es gehört zur Signatur der deutschen Geschichte dieses Jahrhunderts, daß es offenbar erst jetzt geschrieben werden konnte. Der Generation der noch vor 1914 geborenen Altmeister, wie Coing, Conrad, Ebel, Kunkel, Wieacker u. a., fehlte dazu offenbar ein Stück Abstand. Damit wird den wertvollen Passagen zum 20. Jahrhundert, die schon Wieackers *Privatrechtsgeschichte* seit 1952 bietet, aber auch Coings kleines Buch zu den *Epochen der Rechtsgeschichte* oder Ebels *Geschichte der Gesetzgebung*, nichts an Wert genommen. Der Nachkriegsgeneration andererseits, also den seit ca. 1940 Geborenen, fehlte es vermutlich an Reife. Kroeschell hatte schon 1989 im dritten Band seiner deutschen Rechtsgeschichte begonnen, sich „Unser Jahrhundert“ (dort S. 250–309) zu erobern. Mit seiner *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert* hat er es vollends getan und neue Maßstäbe gesetzt.

Mir erscheint das kleine Buch als überaus gelungen. Je mehr man sich vertieft, vergleicht und Alternativen erwägt, desto mehr weiß man es zu würdigen. Kroeschell richtet sich „in erster Linie an Studenten“ (Vorwort) – zu diesem Thema also in Wahrheit an alle, wie man lernt. Dennoch soll es keine „echte Lehrbuchqualität“ haben.¹ Was immer

* REZENSION ZU KARL KROESCHELL, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*. (Uni-Taschenbücher 1681). Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1992. XVII, 261 S.

¹ W. MÄRZ, in: *Neue politische Literatur* 1994, S. 294.

das hier sein mag, das Buch bietet dies und mehr, nämlich wirklich grundlegende Belehrung im schlichten Gewande betonter Ereignisgeschichte und undogmatischer Zurückhaltung.

Als Rechtshistoriker kennt man Kroeschells zielsicher schlichten, ja lapidaren Stil, seine Vorliebe für erzählende und anschauliche Einleitung, seine Kunst, den Stoff relativ kleinteilig, mosaikartig zu komponieren und seine Neigung, die Fallen großer Übersichten zu meiden, seinen scharfen juristischen Zugriff und seine reichen Zugaben an knappen Korrekturen und milden Provokationen und zweifelnden Fragen, seinen souveränen und expliziten Umgang mit der Literatur, ihren Befangenheiten und Beweisschwächen und seine stupend genaue Quellenkenntnis. In diesem neuesten Buch schreibt er um eine Spur lockerer und um ein gutes Stück weniger mosaikartig. Das wirkt willkommen geschlossener und dezidierter. Das Buch wird so zum erstaunlich leicht lesbaren, scheinbar ebenso leicht verstandenen Krimi über die wahrlich tat- und täterreiche Rechtsgeschichte unseres Jahrhunderts.

II

Der Inhalt gibt mehr und weniger als der Titel. Das „20. Jahrhundert“ bleibt notwendigerweise 1992 noch unvollendet. Dafür nimmt Kroeschell das „Wilhelminische Kaiserreich“ seit 1871 dazu. Rechtsgeschichtlich lag das gewiß nahe (Vorwort). Die Darstellung im 1. Teil (S. 1–38) beweist, daß hier in der Tat „das 20. Jahrhundert eingeläutet wurde“ – mit der ersten Reichsverfassung und der Etablierung von öffentlichem Recht im Rechtsstaat, mit Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit, mit kommunaler Selbstverwaltung und städtischer Daseinsvorsorge, mit Bürgerlichem Gesetzbuch und Freirechtsdiskussion zur Richterrolle und zur Rechtsquellenlehre, mit Kartellproblemen, Arbeitskämpfrechtsprechung, Tarifvertragsdogmatik und Sozialversicherungsgesetzgebung, mit Strafgesetzbuch, neuer Kriminalpolitik und ersten Reformversuchen, mit Strafprozeßordnung und Schwurgerichten, mit Zivilprozeßordnung und Parteimaxime, mit „Klassenjustiz“-Vorwurf und dauerhafter Einprägung einer Staatsorientierung des Juristenstands.

Diesem Auftakt folgt das eigentliche 20. Jahrhundert in fünf weiteren Teilen: zu Weimar auf 21 Seiten, zum „Dritten Reich“ auf 48, zu Zusammenbruch und Neubeginn auf 34, zur DDR auf 43 und zur BRD

auf 55. Die Aufmerksamkeit wird quantitativ bemerkenswert ungleichmäßig verteilt: Relativ knapp behandelt sind 1919–1933, großzügiger 1933–1945 und 1945–1949, wiederum knapper 1949–1990. Den Zeiten der Erschütterungen von Recht und Rechtsordnung wird mit guten Gründen also mehr Raum gegeben.

Abgesehen von Teil 4 zu 1945–1949, wo diese Anordnung naturgemäß weniger paßte, folgen die Teile einer inneren Gliederung: Thema sind jeweils zuerst Verfassung, Parlament und Gesetzgebung, dann Privatrecht mit Arbeitsrecht und Handelsrecht, dann die Justiz mit Strafrecht und Juristenstand. Diesen Großbereichen zugeordnet sind jeweils rechtsmethodische und -wissenschaftliche Vorgänge wie der staatsrechtliche Positivismus, die Freirechtsbewegung, der strafrechtliche Schulenstreit, der Weimarer Staatsrechtlerstreit, die Interessenjurisprudenz, die Diskussionen um die Wirtschaftsverfassung in den 30er Jahren, um liberales und autoritäres Strafrecht, um eine Neue Rechtswissenschaft 1934/35, die neue Lehre vom Arbeitsverhältnis und zuletzt die marxistische Rechtstheorie, die Naturrechtsrenaissance, die Wertungsjurisprudenz und der strafrechtliche Finalismus nach 1945. Rechtliche Realgeschichte ist damit immer wieder mit der Ideen- und Ideologiegeschichte verknüpft.

III

Ein so gelobtes Werk verdient auch gründliches „Kritteln“ im großen wie im kleinen – aber nach welchen Maßstäben?

Eine einleuchtende Kritik der Konzeption und Darstellungsmethode, der Stoffdeckung und Stoffverteilung bedürfte größerer Gewißheit über die archimedischen Punkte oder wenigstens einige Meßpunkte der Rechtsgeschichte des 20. Jh.s, als wir sie haben. Kroeschell meidet das Problem, indem er sich zurückhält mit Urteilen über Kontinuität und Diskontinuität, über Geschichten und Vorgeschichten, über angeblich Entscheidendes, Wichtigstes, Versäumtes, Ungerechtes u. ä. Auch fordert die gewisse Kleinteiligkeit seiner Darstellung so große Linien weniger heraus. Je nach Bedarf an Erwartungssicherheit und Verhaltenssteuerung mag man deswegen teilweise etwas enttäuscht sein. Solche Wünsche indizieren indessen (mit Luhmann) *normativen* Bedarf. Kroeschell bietet demgegenüber zunächst Ereignisgeschichte, dann zurückhaltende Differenzierungen und vielfach offene Deutungen oder zweifelnde Fragen. Dieser Weg erscheint für eine erste rechtshistorische Darstellung des 20. Jahrhunderts mindestens sehr

erwägenswert, wenn nicht der einzig empfehlenswerte. Ein so spezielles Geschichtsfeld wie die Rechtsgeschichte bedarf relativ viel ereignisgeschichtlicher Darstellung, um überhaupt Konturen zu gewinnen, die plausible Strukturbehauptungen dann stützen können.

Diese Verteidigung schließt Wünsche nach mehr ‚Struktur‘ nicht aus. Läßt sich denn keine Signatur des juristischen Zeitalters seit ca. 1870 denken? Ist es nicht vielleicht das Jahrhundert der Judikative, gewissermaßen des Felsens Justiz in der Brandung der Gesetzesflut? Oder des „sozialen und marktkorrigierenden Interventionsstaates“² Oder das des auch juristischen Sozialismus?³ Oder das des öffentlichen Rechts (außer Strafrecht)? Oder das der dauerhaften Begriffs- und Formalismusschelke? Und das des Wettlaufs um lebensnahes, ja geradezu lebensidentisches Recht? Und das einer gewissen Lebens- und Wirklichkeitsmetaphysik im Recht? Oder das der Entsubstanzialisierung und Politisierung? Oder das einer „Verpolizeilichung“ (Naucke) des Rechts? Oder das der Demokratisierung auch des Rechts? Solche Fragen bewegten die Generation der Nachkriegsautoren wie Wieacker, Welzel, von Hippel, Eberhard Schmidt, Dahm u. a. Kroeschell bleibt viel zurückhaltender auf dem Boden des unmittelbar Erweisbaren und der Ereignisgeschichte.

Diese Haltung ist zunächst wünschenswert informativ. Denn übersichtliche und eindringende Information zur Rechtsgeschichte des 20. Jh.s tut dringend not. Der Stand der Rechtsgeschichte im Studium ist nicht zum Geringsten eine Frage der Qualität ihrer Lernmittel an Quellen und Darstellungen. Darum steht es zum 20. Jahrhundert nicht gut genug.

Zweitens führt Kroeschells Konzeption zu wünschenswerter Ausgeglichenheit in der Methode. Denn Einseitigkeiten in Methode und Gegenstand findet man in der Spezialliteratur, auf die man bisher ja fast allein angewiesen war, zur Genüge. Auch viele allgemeinhistorische Darstellungen akzentuieren durchaus einseitig. Zum 20. Jahrhundert geht es noch gar nicht um die Bevorzugung von Normen- versus Sozialgeschichte, von Realien- versus Ideengeschichte, von Rechts- versus Allgemeingeschichte u. s. w. In Wahrheit fehlt es über-

² MICHAEL STOLLEIS, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, in: ZNR 1989, S. 129–147, und in: Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, hg. von DIETER SIMON, Frankfurt am Main 1994, S. 245.

³ F. A. VON HAYEK, Die Verfassung der Freiheit (zuerst 1960), 3. Aufl., Tübingen 1991, S. 323 ff.

all und bedarf es dringend einer einigermaßen ausgeglichenen Darstellung des rechtshistorischen Faktors in der Geschichte.

Kroeschells Konzeption ist schließlich im Ganzen doch wünschenswert ausgeglichen in der Stoffdeckung. Daß hier die juristischen Unterdisziplinen mißtrauisch bereitstehen und „ihre“ Vorgeschichten suchen, zeigen vor allem öffentlichrechtliche Rezensenten in bisweilen unverhüllter Projektion.⁴ Ihre teils harsche Kritik an ‚Lücken‘ insoweit verdient große Aufmerksamkeit nach Gewicht und Sache. Mir erscheint sie teils unhistorisch, teils in der Wahrnehmung ungerecht. Ungerecht, denn es dürfte bisher keine rechtshistorische Darstellung geben, abgesehen vielleicht von Köblers *Grundriß*, in der im ganzen so viel gleichmäßige Stoffdeckung erreicht wird, auch aus disziplinärer Sicht. Unhistorisch, denn das sog. öffentliche Recht gewann erst im *Verlauf* der dargestellten Epoche immer mehr an Gewicht, was das immer heißen mag (dazu sogleich).

Diese Verteidigung bleibt vereinbar damit, daß Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik bei Kroeschell relativ zu kurz kommen. Öffentlichrechtler sprechen nicht mit Unrecht von einer „Verrechtlichungswelle“ zum Schul- und Hochschulbereich, zum Strafvollzug, zum Bauen und Planen bis hin zu den Atomverfahren, zum besonderen Gewaltverhältnis überhaupt, zum Gnadenrecht u. s. w. Von diesen Phänomenen erfährt man im Verhältnis wenig. Wenn Kroeschell damit seine privatrechtliche Spezialisierung nicht verleugnet, erscheint das legitim und verdient Respekt als Vorsicht gegenüber neuesten, in historischer Absicht noch kaum erforschten Entwicklungen. Erst jüngst besitzen wir wenigsten einen Überblick über die Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik.⁵

Viel gewichtiger wäre die Frage, wieviel Gewicht das öffentliche Recht, das heißt hier besonders das Staats-, Verwaltungs- und Sozialrecht, im Verhältnis zum Privatrecht ‚wirklich‘ entwickelt hat. Diese Gewichtsfrage darf man sich auch angesichts anhaltender Siegesmeldungen aus dem Lager der Interventionsbeobachter und Disziplinpatrioten doch sehr stellen – normativ wie empirisch. Es wäre jedenfalls konzeptionell und empirisch wenig fundiert, über die Tatsache der Verfassungsbindung und -orientierung hinaus ohne weiteres von einem Übergewicht des öffentlichen Rechts zu sprechen. Eindrücke

⁴ W. MÄRZ (Anm. 1), S. 294.

⁵ STOLLEIS bei SIMON (Anm. 2).

wie Verordnungsdichte, Regelungsdichte, Gesetzesflut, Verwaltungsdichte, Bürokratie, Wachstum und ähnliche Indizien geben noch keineswegs hinreichende Evidenz. Gibt es wirklich eine „fast vollständige Abhängigkeit des Individuums in industriellen Gesellschaften von staatlich geordneten und dargereichten Leistungen“?⁶ Ist die Bundesrepublik Deutschland wirklich ein „sozialer und marktkorrigierender Interventionsstaat“?⁷ Normativität und Historizität der Feststellungen gehen hier schwer unterscheidbar Hand in Hand. Soweit ich sehe, handelt es sich um empirisch, oder gar in der Zeit vergleichend, wenig erforschte Eindrücke von äußeren Quantitäten. Die Gesetzes- und Verordnungsblätter genügen hier nicht, zumal man die Derogationen meist zu substrahieren vergißt. Auch diachron müßte annähernd *ceteris paribus* gemessen werden. Nicht ohne weiteres bedeutet das vermehrte Aufschreiben von Recht mehr Recht. Unversehens befindet man sich in der empirisch schwierigen und normativ beladenen Diskussion um ‚Verrechtlichung‘, Krise des Rechts und „Sklerose des geschriebenen Rechts“ (Linder).⁸ Wie dem auch sei, es muß die Aufgabe von Rechtsgeschichte sein, Juristenimpressionen aus der Arbeit am geltenden Recht höchst skeptisch *nicht* nach hinten zu verlängern. Juristische Bedingungen und Effektivität von Recht interessieren als Faktor des „ganzen“ menschlichen Lebens. So wird man nicht sagen können, daß das Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht, Mietrecht, Familienrecht u. ä. hier die kleineren Ausschnitte bestimmten und bestimmen. Dabei sei etwas wie eine öffentlichrechtliche Überformung all dieser Lebensbereiche nicht bestritten. Aber auch im „liberalen Zeitalter“ (wann eigentlich? 1860–1880?) haben solche Überformungen nicht gefehlt.

Will man hier überhaupt Unterscheidungen treffen und Vergleiche in Gang bringen, so kommt es nicht auf das äußere Ob der Formung und Überformung an, sondern auf das Wie und Wozu. Denn Ordnungs-

⁶ STOLLEIS bei SIMON (Anm. 2), S. 242.

⁷ STOLLEIS bei SIMON (Anm. 2), S. 245.

⁸ Vgl. dazu die mir bes. dank H. Treiber/Hannover bekannten und wichtigen, empirisch klärenden Studien von E. MÜLLER und W. NUDING, Gesetzgebung – „Flut“ oder „Ebbe“?, in: PVjS 25 (1984), S. 74–95; H. ROTTLEUTHNER, Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland, in: ZfRsoz 6 (1985), S. 206 ff.; methodisch gut zur Schweiz als Exempel vor allem W. LINDER, Überrollt uns eine Gesetzesflut?, in: Schweiz. Zentralblatt für Staats- u. Gemeindeverwaltung 1985, S. 417–444; E. MÜLLER, Gesetzgebung im historischen Vergleich, Pfaffenweiler 1989 (mit Rez. RANIERI, ZNR 1992, S. 109); zusammenfassend H. TREIBER, Art. „Verwaltung“, in: Ergänzbares Lexikon des Rechts 3/290, Neuwied, 47. Lfg. September 1990, S. 4.

instrumente braucht das private wie das öffentliche Recht, das freiheitliche wie das soziale. *Bloß empirisch* gefaßt käme es etwa darauf an, ob die reale Entfaltung und die Entfaltungschancen der Menschen und Rechtssubjekte im Privatrecht im weitesten Sinne zugenommen oder abgenommen haben. Es käme darauf an, dafür Meßpunkte zu gewinnen, die das Arbeiten und Mieten und Konsumieren, das Handeln und Handwerken und Heiraten und Nichtheiraten unter diesem Gesichtspunkt vergleichbar machen. *Empirisch-normativ* gefaßt wäre festzustellen, ob die rechtlichen Vorgaben und Umsetzungen mehr in Richtung abgestimmter individueller Entfaltungsfreiheiten oder mehr in Richtung gemeinschaftsgeprägter Wohlfahrt gehen. Die empirische wie die normative Frage halte ich für so wenig bewußt und gründlich erforscht, daß jede Gewichtung einer zusammenfassenden Lehrdarstellung nach der einen oder anderen Seite nur eine Gewichtung mit deutlichen Fragezeichen sein dürfte. In der Tat schiene mir daher der Ausbau unserer wichtigsten rechtshistorischen Darstellungen in die Richtung des Modells „Grundriß der Geschichte“ (bei Oldenbourg), also der Ausbau zu einer Trias von Ereignisgeschichte, Forschungsbericht und Bibliographie, sehr wünschenswert.

Kroeschells Darstellung bleibt gegenüber diesen weit über sichere Forschung hinausgreifenden Fragen mit Recht zurückhaltend und mehr auf dem Boden des unmittelbar Beweisbaren und der Ereignisgeschichte. Fragen und Kritik müssen daher eher am Detail und den einzelnen Epochenteilen ansetzen.

IV

Nicht zufällig erscheinen Stoffdeckung und Akzentuierung besonders plausibel zum Wilhelminischen Kaiserreich und zum sogenannten Dritten Reich. Beide Epochen sind im Verhältnis besser erforscht. Genauere Würdigung liegt daher näher.

Zum Kaiserreich entzieht sich Kroeschell geschichtsbildgeladenen Zuspitzungen wie Imperialismus, Bonapartismus, Cäsarismus, preußische Hegemonie, Scheinkonstitutionalismus, negative Integration usw. und klärt vor allem die keineswegs allgemein bekannten rechtlichen Ausgangslagen. Dennoch bleibt vieles äußerst knapp, nicht selten für besseres oder richtiges Verständnis zu knapp. „Pandektistisch“ ist zu kommentarloses, peioratives Schlagwort (S. 7, 11, anders S. 20). Das Reich erscheint zunächst einfach als „konstitutioneller Staat“ (S. 1), dann als doch nicht kategorial einzuordnen (S. 2), dann wieder als

konstitutionelle Monarchie (S. 3). Konstitutionell im Gegensatz zu parlamentarisch (S. 5) wird wohl zu wenig erklärt. Das Grundrechtsdefizit auf Reichsebene wird vermerkt (S. 7), aber die hier und nicht nur hier juristisch wichtige Länderebene bleibt so unerwähnt (S. 2, vgl. aber S. 9) wie die Verfassungsqualität erheblichen Einfach-Rechts (GVG, STPO). Der Text glänzt mit vielen prägnanten Zitaten und Namen, von Smend und Lothar Gall (S. 2) bis zu R. Bruns (S. 241) und H. H. Jescheck (S. 245). Dem Fachmann sagt das viel, den Anfänger könnten und sollten diese vielen Rätsel zur Auflösung drängen, aber er bekommt sie meist nicht. Der Kürze zum Opfer fällt offenbar auch die Finanzverfassung des Reiches, also der juristische Nerv, von dem so viel abhängt bis heute (vgl. aber S. 42 f., 202).

Der sogenannte „staatsrechtliche Positivismus“ wird in die vertraute Linie der zivilrechtlichen, „positivistischen Begriffsjurisprudenz“ gestellt (S. 6 f.). Aber die Erklärung seiner Methode als „begriffliche Konstruktion der Rechtsinstitute durch Zurückführung der Rechtsätze auf allgemeine Begriffe und systematische Deduktion“ (S. 7) dürfte auch für Fortgeschrittene zu hermetisch sein. Ich halte sie für nahezu unverständlich. Erst später wird gesagt, daß es dabei auch um juristische Präzision und Rechtsanwendungssicherheit gehe (S. 18). Das wird schon spürbar bei dem ebenfalls vertrauten Problem der politischen Funktion dieser Methode (S. 7). Von ihrer vieldiskutierten konservativen Funktion im Kaiserreich würde ich noch mehr Abstriche machen (vgl. S. 7), vor allem jetzt mit Pauly zu Laband.⁹ Denn der juristische Positivismus sollte, entgegen der weitgehend zeitgebundenen Polemik von Jhering bis Carl Schmitt, Wieacker und Welzel, endlich klar historisiert werden: Er war probates Mittel, eine verlässliche juristische Plattform im Reich auszuarbeiten, die zugleich nicht als unveränderlich gedacht war. Er fixiert den juristischen status quo im Sinne rechtsstaatlicher Rechtsgewißheit, macht ihn aber zugleich juristisch griffiger und politisch greifbarer. Gierkes auch hier zentral berichtete Kritik wollte *darin* vermutlich wenig ändern. Sie traf Labands „Staat“ viel mehr als sein „Staatsrecht“, sie zeigte andere rechtsphilosophische und rechtspolitische Möglichkeiten, nicht so sehr anderes geltendes Recht. Diese Differenzierung der methodischen

⁹ WALTER PAULY, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus. Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert, Tübingen 1993; vgl. JOACHIM RÜCKERT, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, (Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover 19), Hannover 1988, S. 88 ff., 93 f.

Kontexte erscheint mir für ein besseres Verständnis des sog. Positivismus, aber auch der Naturrechtsrenaissance von Belang.

Bei „Rechtsstaat“ (S. 8) vermißt man die Kennzeichnung als formell gegenüber der älteren eigentlich nicht nur „rechtstheoretischen“ (S. 8), sondern materiellen, rechtspolitischen Konzeption. Daß der „Munizipalsozialismus“ von „liberalen Mehrheiten“ getragen wurde, scheint mir nicht so „erstaunlich“ (S. 10). Meines Erachtens muß wiederum entgegen der fortwirkenden Polemik der dreißiger Jahre die große soziale Aufmerksamkeit starker Strömungen des Liberalismus als ganz regulär vermerkt werden.¹⁰ Ein laissez-faire-Liberalismus wie in der Reichsgründungszeit war nicht mehr so verbreitet. Man suchte sehr nach systemimmanent umsetzbarer sozialer Korrektur, nach einer Verbindung von frei und sozial (vgl. Brentano, Baron, Lotmar, Sinzheimer u. a.). Kroeschell erwähnt das in der Sache beim Problem ‚soziales BGB‘ (S. 16). Er verbindet diesen Aspekt m. E. aber zu wenig zu einem grundlegenden Gedanken für die Rechtsordnung des Kaiserreiches. Privatrecht und Sonderprivatrecht waren mit öffentlichem Recht und Sonderrecht umfassend und planvoll in ein Zusammenspiel gebracht und gedacht, etwa bei Vertragsrecht und Abzahlungsrecht (S. 17), Schadensersatzhaftung und Sozialversicherung (S. 30 f.), Arbeitsvertrag und Arbeitsschutz (S. 16), Handelsrecht und Gewerbe-recht (S. 24 f.). Die Formulierung, ein Gottlieb Planck u. a. hätten mit Gierkes Kritik „wenig anfangen“ können, erscheint mir daher mißverständlich. Sie „konnten“ gewiß, hielten aber Privatrecht und öffentliches Recht bewußt getrennt. Der prinzipiell freiheitliche Ansatz des Privatrechts sollte mit dem wenig freiheitlichen des damaligen öffentlichen Rechts nicht vermischt werden. Privatrecht war eigenständige Schutzwehr. Schon die Divergenzen der reichsgerichtlichen Praxis zum Privatrecht und Nichtprivatrecht (Kartellrecht und Streikstrafrecht) zeigen, daß darin gegenüber einer keineswegs klar freiheitlichen Justiz ein politischer Sinn lag.

So kann man sich auch fragen, ob es wirklich nur um „bürgerliches“ Privatrecht ging. Daß Kroeschell nur davon und so wenig wie andere von freiheitlichem Privatrecht spricht, immerhin von „freier Industriegesellschaft“ (S. 21), könnte eine zu wenig bedachte Erbschaft älterer Polemik sein, der eben alles Privatrecht nur „bürgerlich“, nicht wahrhaft human war. Zudem ist „bürgerlich“ heute zu sehr bloß sozialhi-

¹⁰ Grundlegend D. LANGEWIESCHE, *Liberalismus in Deutschland*, (es 1286), Frankfurt am Main 1989.

historisches Stichwort. An Zivilrecht als universales Privatrecht rechtlich gleicher Bürger statt Untertanen, an dieses entscheidende Leitbild, denkt dabei wohl kaum ein Leser.

Auch zur Kritik des BGB scheint mir die Betonung von Menger und Gierke eher fragwürdig. Ich wüßte nicht, daß zum 1. Entwurf „fast nur kritische, ja ablehnende Stimmen zu hören“ gewesen wären (S. 15) – jedenfalls nicht zur privatrechtlichen Substanz.¹¹ Im Gegenteil erscheint die Gierke-Menger-Kritik zwar grundsätzlich bedeutsam wie die eines Lotmar, aber zeitgenössisch wird sie nicht überwiegend geteilt. Die Reaktion im Reichstag und der juristischen Öffentlichkeit kann dies belegen. Nicht zufällig wurden diese Kritiken zuerst in nichtjuristischen Zeitschriften gedruckt.

Zum Inhalt des Gesetzbuchs schienen mir unter den „bürgerlich-liberalen Grundentscheidungen“ (S. 18f.) auch die Zivilehe und die Güterrechtsfreiheit erwähnenswert. Das sachenrechtliche Grundbuchwesen mit seiner strengen Publizität scheint mir weniger wegen seiner bis ins Mittelalter zurückreichenden Traditionen bemerkenswert, sondern unter dem Gesichtspunkt einer notwendigen Kanalisierung der Freiheiten bei begrenzten Gütern. Auch schiene mir der enorme Vereinheitlichungseffekt des BGB, etwa im ehelichen Güterrecht, im Haftungsrecht, im Dienstvertragsrecht, im Mietrecht und in vielen anderen Bereichen trotz aller Verlustlisten der deutschen Rechtseinheit als zeitgenössische Leistung erwähnenswert.

Die Beispiele für ein Ringen der Bundesstaaten um einzelne Zivilrechtsfragen wie Grundschuld und Hypothek, notarielle Beurkundungen, eigenhändiges Testament sind bedeutsam. Aber man fragt sich, worum man insoweit eigentlich stritt.

Zur Bewertung des BGB wird eine bemerkenswerte Linie gezogen von der Pandektenwissenschaft und der historischen Schule über die BGB-Abstraktionen als „Grundelemente bürgerlichen Privatrechts“ bis zur heutigen „freien Industriegesellschaft“ (S. 21). Diese sehr aussagekräftige Linie steht aber etwas isoliert und liegt in Spannung mit anderen Partien des Buches.

Zur Zivilrechtswissenschaft nach dem BGB wird treffend gesagt, daß es dazu bisher an Vorarbeiten fehle (S. 21).¹² Ganz im Gegensatz

¹¹ Siehe etwa W. SCHUBERT, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, (Die Beratung des BGB [1]), Berlin 1978, S. 50.

¹² Nützlich bleibt TH. HONSELL, Historische Argumente im Zivilrecht. Ihr Gebrauch und ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts, (Münchener Univ.schriften, Jur. Fak., Abh. zur rechtswiss. Grundlagenforschung 50), Ebelsbach 1982, bes. S. 22 ff.

dazu steht die Dezidiertheit der Meinungen darüber, die Kroeschell vermeidet, indem er sich auf zwei juristische Beispiele beschränkt. Die vielbeschworene Freirechtsbewegung führt er treffend auf eine Rechtsquellendiskussion zurück. Daß man erst neuerdings dazu neige, ihr beträchtliche Nachwirkungen zuzurechnen (S. 23), trifft allerdings angesichts der dezidierten Ausführungen Franz Neumanns, Engischs u. a. dazu nicht zu.¹³

Im Kapitel über Handel, Wirtschaft und Arbeit gönnt sich Kroeschell etwas mehr Raum. Freilich dürften die Hinweise auf Brentano 1894 oder den Ordo-Liberalismus eines Eucken und Böhm juristisch noch recht kryptisch bleiben. Zur Diskussion um die Tarifverträge seit 1900 wird nicht deutlich genug, daß es um die vertragliche Bindung ganzer Gruppen und schließlich die Mitbindung von Nicht-Gruppen-, sondern nur Betriebs- oder Berufszugehörigen ging. Lotmar versuchte eine Konstruktion über Stellvertretung und Sittenwidrigkeit, Sinzheimer ging den Grundsatzschritt zur direkten kollektiven Bindung unter Zurückstellung des individuellen Vertragswillens. Ähnlich würde ich bei dem prägnanten Bericht zur Sozialgesetzgebung (S. 30 f.) doch die juristische Neuerung vermerken wollen, daß in der Rentenversicherung subjektive öffentliche Rechte geschaffen wurden.

Justiz und Juristen exemplifiziert Kroeschell am Beispiel Straf- und Verfahrensrecht. Er gewinnt damit die Möglichkeit, mehreres zugleich zu behandeln. Mir scheint jedoch fraglich, ob im historischen Kontext die Strafjustiz und die Strafuristen das Paradigma bilden dürfen. Kroeschell selbst berichtet anderenorts vom Gegensatz zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Reichsgerichtsrechtsprechung. Auch darf man sich fragen, ob die preußischen Verhältnisse so sehr *pars pro toto* gestellt werden sollten. Immerhin sind solche Fragen angedeutet (S. 38). Meines Erachtens sollte auch hier der mangelhafte Forschungsstand viel mehr betont werden. Das Deutsche Reich war viel weniger Zentralstaat, als die meisten Leser von vornherein anzunehmen geneigt sein werden. Seine Juristen bildeten entsprechend nicht ohne weiteres einen geschlossenen Juristenstand analoger Prägung.

Zusammenfassend möchte ich zum ersten Teil am ehesten die ungeheure Knappheit und Dichtheit der Darstellung bewundern, aber

¹³ Siehe schon M. FROMMEL 1981 (Anm. 15) und zuletzt J. RÜCKERT, Richtertum als Organ des Rechtsgeistes: die Weimarer Erfüllung einer alten Versuchung, in: Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik. Zur Entwicklung von Nationalökonomie, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft im 20. Jahrhundert, hg. v. K. W. NÖRR, B. SCHEFOLD und F. TENBRUCK, Wiesbaden 1994, hier S. 307 f. mit 306.

auch bedauern. Ein Vergleich etwa mit Willoweits Darstellung zur Verfassungsgeschichte des Kaiserreichs kann dies veranschaulichen.¹⁴ Dennoch ist Kroeschells Lösung im Verhältnis zum gegebenen Raum sehr gelungen. Sehr vermisse ich dagegen eine Bilanz. Wenn mit einigem Recht die Ereignisgeschichte wie beschrieben dominiert, sollte es einen Ausgleich geben. Er könnte in bilanzierenden Zusammenfassungen der einzelnen Teile liegen. Als echte Lücke erscheint mir das Fehlen des Faktors Christentum. Kirchenkampf und Kulturkampf, Glaubenssezessionen und Emanzipationen nichtchristlicher Religionen waren gewiß bedeutend im rechtlichen Alltag der Menschen. Davon erfährt man gar zu wenig. Zu kurz kommt auch die Länderebene. Trotz Einschränkungen erscheint das Reich mehr oder weniger als homogener juristischer Zentralstaat, während die Fülle des juristisch Lebenswichtigen sich wohl eher auf der Landesebene abspielte. Das spürt man in den Kapiteln zu Verwaltungsgerichten und Munizipalsozialismus, es bleibt aber im ganzen zu verdeckt.

V

Der Versuchung, das ganze spannende Buch in dieser Form wahrhaft zu rezensieren, kann schon aus Raum- und Zeitgründen nicht nachgegeben werden.

Weimar erscheint auch bei Kroeschell im Zeichen seines Scheiterns. Unter den spezifisch juristischen Bedingungen dafür schienen mir dann Fragen wie Wahlrecht, Republikschutz, Polizeiorganisation und -recht, Militärkompetenz und Zivilherrschaft mehr Gewicht zu verdienen. Denn auf diesen Ebenen wurde der Kampf um die Verfassung juristischer Ernst.

Die NS-Zeit erfährt einprägsame Darstellung und Würdigung im Anschluß auch an die zeitgeschichtliche Forschung Broszats u. v. a., wie auch an die ‚großen‘ Deutungen Fraenkels und Neumanns. Die Erwägung, ob das NS-Rechtsdenken eines Larenz und Schmitt „nicht letztlich in der Freirechtsbewegung wurzele“ (S. 85, mit Behrends), erscheint mir dagegen trotz meiner vollen Sympathie für Theoriegeschichte und strukturelle Vergleiche sehr problematisch, zumal der Satz über eine bloße Wurzel-Behauptung hinausdrängt. Justizpolitisches und theoretisches Anliegen der Freirechtler zu trennen ist gefährlich, weil dann Formeln mit unterschiedlicher historischer

¹⁴ D. WILLOWEIT, Deutsche Verfassungsgeschichte, München 1990, S. 250 ff.

Funktion zusammengesehen werden. Rein theoriegeschichtlich erscheint der irrational gefärbte juristische Neoidealismus der 20er Jahre wichtiger als die vor allem gegenüber dem gemeinsamen Gegner ‚Normativismus‘ polemischen Parallelmotive von Freirecht und NS-Lehren. Erst der Neoidealismus stellte nach 1919 den neuen, theoretisch ernsthafteren und wirkungsträchtigen Nährboden. Das paßt auch zu Larenz und Schmitt. Theoriepolitisch war die nach 1933 entscheidende kollektive Weltanschauungsbindung der Jurisprudenz gerade nicht Botschaft der Freirechtler. Man hat daher nicht zu Unrecht von „umgekehrtem Freirecht“ bei Schmitt gesprochen. Kroeschells begrenzter Genesehinweis läßt dies alles zu unerörtert.¹⁵ Zur historischen Einschätzung der „Neuen Rechtswissenschaft“ nach 1933 scheint mir doch wesentlich, wie stark sie zeitgenössisch wissentlich Hand in Hand arbeitete mit den mehr propagandistischen Autoren wie etwa Hans Frank. Man war zwar selten selbst Propagandist, aber man distanzierte sich kaum, sondern unterlegte im Gegenteil allzu viele propagandistische Zuspitzungen mit wissenschaftlichem Ernst und Ansehen. „Reine Wissenschaft“ war eben nicht mehr Programm und auch nicht ungebrochene Praxis. Kroeschell läßt dies beiseite. Ein guter Beispielsfall wäre die an sich eher empirische Wissenschaft der Rechtsgeschichte, zu deren Geschichte gerade Kroeschell Wesentliches vorgelegt hat. Sehr klar betont wird die Bedeutung der Sondergerichte (S. 111), ein Umweg, der manchen Kampf um die Justiz geschickt ersparte. Daß die 5. VO zur KriegssonderstrafrechtsVO (vom 5.5. 1944) für jede Straftat Todesstrafe bloß nach „gesundem Volksempfinden“ ermöglicht habe (S. 108), trifft so nicht zu, sondern beruht auf verkürzter Darstellung bei Schreiber und Lügen.¹⁶

Für die Zeit nach 1945 muß man allein für die konzise Zusammenfassung dankbar sein, auch wenn nun die privatrechtliche Spezialisierung sich bemerkbarer macht. Zu den übergreifenden Problemen

¹⁵ Zur älteren Kontinuitätsthese mit Recht kritisch M. FROMMEL, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, (Münchener Univ.schriften, Jur. Fak., Abh. zur rechtswiss. Grundlagenforschung 47), Ebelsbach 1981, S. 200–205; inzwischen nahm nach ERNST WOLF 1981 (in: Fs für G. Müller) bes. O. BEHRENDTS 1989 den Faden wieder auf, vgl. dagegen RÜCKERT (Anm. 13).

¹⁶ Siehe H. L. SCHREIBER, Die Strafgesetzgebung im Dritten Reich, in: Recht und Justiz im Dritten Reich, hg. v. R. DREIER, W. SELLERT, (stw 761, 1989), S. 151–193 und E.-J. LÜKEN, Der Nationalsozialismus und das materielle Strafrecht, Diss. iur. Göttingen 1988, S. 169; vgl. dagegen RGBl 1944 I 115, wo bei Vorsatztaten auch ein „schwerer Nachteil oder eine ernste Gefahr für die Kriegsführung oder die Sicherheit des Reiches“ gefordert ist, bei Fahrlässigkeit entsprechend ein „besonders schwerer Nachteil“.

(S. 134) muß man wohl auch wieder die Arbeitsverfassung rechnen. Auch über eine zentrale, heiße Frage wie „Deutschlands Rechtslage“ nach 1945 wird man klärend informiert. Einige Worte zu den juristischen Theorielagern hinter den Meinungen wären dazu hilfreich. Die Rechtsquellenfragen des Völkerrechts bilden einen Hintergrund, der den wenigsten Lesern klar sein dürfte. Daß dem Nürnberger Internationalen Gerichtshof mit seinem Statut im August 1945 die „breite völkerrechtliche Grundlage“ (S. 126) gefehlt habe, wird man angesichts der UNO-Gründung im Juni 1945, bei der die Fragen diskutiert wurden, nicht so dezidiert unterstreichen wollen. Das Verständnis für das wichtige sog. Organisationsverbrechen, das die Beweislast verschiebt von der Einzeltat zum Organisationsbeitrag und das rechts-historisch übrigens bis 1871 nicht so ungewöhnlich war, wird vorausgesetzt (S. 127). Meines Erachtens müßten auch hier die juristischen Hauptpunkte deutlicher werden, um die oft nur einseitig überlieferten Probleme unabhängigerem Verständnis zu erschließen. Ähnlich wäre zu „Die Justiz und die Hitlerzeit“ (S. 132 f.) auch bedeutsam, daß die deutschen Parlamente als eigentlich legitimste Organe zur Unrechtsbewältigung durch Recht kaum etwas beitrugen, anders als die alliierte Gesetzgebung. Man überließ die Fragen bewußt und gerne der Justiz, 1945 wie übrigens auch nach 1989, die die Korrektur von womöglich zu Unrecht gewordenem Recht nur unter Bruch ihrer sonst gebotenen Gesetzesbindung leisten kann. Kritik an Defiziten dürfte daher nicht wie meist nur die Justiz treffen (vgl. S. 242 zum Justiz-Unrecht). Daß dies auch in der theoretischen Diskussion kaum geklärt wurde, trug und trägt dazu bei, daß das Problem „Naturrecht und Positivismus“ nach wie vor als mehr oder weniger ewiges Rätsel behandelt wird (vgl. S. 133). Von einer rechtshistorischen Darstellung würde ich mir hier mehr von der angedeuteten „Historisierung“ wünschen, d. h. Bezug zum System von Legislative, Exekutive und Judikative der bestimmten Zeit und ihrer spezifischen praktischen Behandlung der Fragen.

Europa als schon erheblicher juristischer Faktor mit Rechtsvorrang (vgl. Art. 24 GG) und Vorlagepflicht der Gerichte (Art. 177 II EWGV) müßte in einer neuen Auflage mehr Kontur erhalten (vgl. S. 204) ...¹⁷

¹⁷ Guter Überblick bei R. STETTNER, *Gemeinschaftsrecht und nationales Recht*, in: *Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts*, hg. von E. DAUSES, München 1993, Teil A.IV, S. 1–19.

VI

So kommt Neugier zu Neugier, Wunsch zu Wunsch ... Wo hier die Grenzen liegen, entzieht sich um so mehr einer Kritik, als der Kanon schwindet. Daß nun überhaupt eine erste, energisch historische Darstellung vorliegt, bleibt der entscheidende Pluspunkt. Daß sie informativ, weitgehend stoffdeckend, methodisch ausgewogen und im „Großen“ zurückhaltend geschrieben ist, kommt positiv hinzu. Daß den Spezialisten Wünsche über Wünsche offen bleiben, ist Verdienst und Risiko einer solchen ersten Terrainererschließung. Die Zusammenfassung hat keiner von ihnen geleistet. Nun gilt es, das neue Niveau zu nutzen.