

Prof. Dr. Christian Wolf

*Professor Dr. Christian Wolf ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Zivilprozessrecht an der Leibniz Universität Hannover und Mitherausgeber der JA, sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für Prozess- und Anwaltsrecht.

I. Einleitung

Universitäten und damit Juristische Fakultäten sind in der Regel Einrichtungen mit großer ungebrochener Tradition, welche sich bis ins 14. Jahrhundert und darüber hinaus zurückführen lässt. So wirbt z.B. die älteste Universität in Deutschland, die Universität Heidelberg, mit dem Slogan „Zukunft seit 1386“. Seit der Verfestigung der Universitätsstrukturen gehört die Juristische Fakultät neben der Medizinischen und der Theologischen Fakultät zu den drei hohen Fakultäten der Universität. Die vierte Fakultät, die Artistenfakultät, diente der Vorbereitung auf das Studium an einer der drei hohen Fakultäten.¹ Die Tradition vieler Universitäten geht bis ins 14. bzw. 15. Jahrhundert zurück. Nicht jede Epoche war sicherlich Zukunft, wie der Slogan der Universität Heidelberg suggeriert. Man braucht dabei nicht zwingend an die Zeit zwischen 1933 und 1945 zu denken.² Auch zu Zeiten Leibniz waren die Universitäten nicht der Ort der – wie man heute sagen würde – der Spitzenforschung. Professuren wurden in der Familie weitergereicht, man spricht von „Familienuniversitäten“.³ Deshalb organisierte man die Forschung in Akademien außerhalb der Universitäten.⁴ Leibniz, der Namensgeber der Universität Hannover, hat es bekanntlich abgelehnt, an einer Universität zu lehren.

Die Juristische Fakultät der Leibniz Universität Hannover wurde erst 1973 gegründet und nahm den Lehrbetrieb 1974 auf. Auf welche juristische Tradition kann sich nun die Juristische Fakultät der Leibniz

Universität Hannover berufen? Zu bedenken ist dabei, dass sich Geschichte und Traditionsbildung immer aus der Gegenwart rekonstruiert, oder Geschichte erzählt sich immer mit unseren eigenen Augen und sagt damit über die Gegenwart genauso etwas aus wie über die Vergangenheit.⁵

II. Der äußere technische Rahmen der Reformen

Vom 1. bis 4. November 1968 fand in der Evangelischen Akademie Loccum eine Tagung zu dem Thema „Krise der Juristenausbildung“ statt.⁶ Aus der Tagung ging der Loccumer Arbeitskreis zur Reform der Juristenausbildung hervor.⁷ Dieser legte am 8. Oktober 1969 ein Memorandum zur Reform der Juristenausbildung vor. Wenig später wurden die Thesen auf der zweiten Loccumer Tagung „Reform der juristischen Ausbildung“ vom 24. bis 27. Oktober 1969 diskutiert.⁸ Damit war der Grundstein für das bislang größte Reformprojekt der juristischen Ausbildung gelegt, die einstufige Juristenausbildung. Einstufig bedeutete, dass die Trennung in eine theoretisch-universitäre Ausbildung, welche mit dem ersten Juristischen Staatsexamen abgeschlossen wird, und die praktische Ausbildung im Referendariat, welches mit der zweiten Juristischen Staatsprüfung abgeschlossen wird, aufgegeben wurde zugunsten einer Verzahnung von theoretischer und berufspraktischer Ausbildung. Möglich wurde dies durch eine Änderung des Deutschen Richtergesetzes. In § 5b des DRiG wurde den Ländern ermöglicht, Studium und Vorbereitungsdienst zu einer gleichwertigen Ausbildung von mindestens 5 ½ Jahren zusammenzufassen.⁹ Der Feldversuch war von Anfang an zeitlich begrenzt. Nach dem Einstufenmodell konnte die juristische Ausbildung nur noch bis zum 15. September 1985 aufgenommen werden.

¹ Weber, Geschichte der europäischen Universität, 2002, S. 35ff.

² Vgl. für die Technische Hochschule Hannover, Jung, Die Technische Hochschule Hannover und ihre Professoren im Nationalsozialismus, 2013.

³ Vandermeersch in: Rüegg, Geschichte der Universität in Europa, Bd. II, 1996, S. 194.

⁴ Hammerstein in: Rüegg, Geschichte der Universität in Europa, Bd. II, 1996, S. 497.

⁵ E.H. Carr, What is History, 1990, S. 27.

⁶ Loccumer Protokolle 25/1968.

⁷ Wassermann in; Neue Juristenausbildung, Hrsg. Loccumer Arbeitskreis, 1970, S. 7. Dem Arbeitskreis gehörten u.a. an Hans Peter Bull, Wolfgang Kilian, Thilo Ramm, Rudolf Wassermann, Rudolf Wiethölter und Gisela Zenz.

⁸ Loccumer Protokolle 15/1969.

⁹ BGBl. I 1971, 1557 (1558).

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Technischen Universität Hannover¹⁰ wurde 1973 als Reformfakultät im Rahmen der einstufigen Juristenausbildung gegründet. Neben Hannover wurde die einstufige Juristenausbildung in einer ganzen Reihe anderer Universitäten verwirklicht: Z.B. Konstanz, Augsburg, Bayreuth und Bielefeld. Der Geist von Loccum wurde vor allem in den drei norddeutschen Modellen der einstufigen Juristenausbildung in Bremen, Hamburg II und Hannover versucht zu verwirklichen.¹¹ Äußeres Merkmal der norddeutschen Reformmodelle war die Integration der Sozialwissenschaften in die juristische Ausbildung. Daneben suchte man statt Frontalvorlesungen ein anderes didaktisches Konzept zu verwirklichen, wozu Kleingruppenarbeit und Co-Teaching gehörte. Praktiker und Hochschullehrer boten zusammen Vorlesungen an, insbesondere aber die Integration der Sozialwissenschaften sollte auch zu einem „Neuen Juristen“ führen.¹²

Der 1973 errichtete Fachbereich Rechtswissenschaften an der Technischen Universität Hannover, der 1974 seinen Lehrbetrieb aufnahm, ist mehr oder weniger direktes Ergebnis der Reformdiskussionen in Loccum. Zu den prägenden Figuren in Loccum gehört neben dem Frankfurter Ordinarius *Rudolf Wiethölter*¹³ *Rudolf Wassermann*. *Rudolf Wassermann* war damals Präsident des Landgerichts Frankfurt und stellvertretender Bundesvorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen. 1971 wurde er Präsident des OLG Braunschweigs.¹⁴ In dieser Funktion konnte er entscheidenden Einfluss auf die Planung und Gründung des Fachbereichs nehmen. So

wurde er Vorsitzender der im Juni 1971 eingesetzten Kommission zur Vorbereitung der einstufigen Juristenausbildung. Die Kommission erarbeitete die Grundlagen der einstufigen Juristenausbildung in Hannover. Dabei hob die Kommission drei Strukturprinzipien hervor, nämlich die Integration von Theorie und Praxis, die Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die Ausbildung und die Spezialisierung.¹⁵ Die Darstellung des Stoffes orientierte sich dabei nur noch zum Teil an der rechtsdogmatischen Einteilung und suchte stattdessen den Zugang über Lebenszusammenhänge: Vorlesungen zu „Status“ und „Teilhabe, Freiheit und Eigentum“, „Verhalten, Verbrechen und Sanktion“ oder „Student und Hochschule“ wurden angeboten. Die Reflexion der Rechtswissenschaft sollte durch die Sozialwissenschaften erfolgen, welche ursprünglich einen Schwerpunkt im ersten Studienjahr bildeten.¹⁶

Die Sozialwissenschaften, vierte Säule genannt, wurden in Hannover erst durch das Hochschuloptimierungskonzept 2003 aufgegeben.¹⁷ Mit der Umbenennung des Fachbereichs Rechtswissenschaften in Juristische Fakultät 2004 fand die einstufige Juristenausbildung auch formal ihren Abschluss in Hannover.

Die Verbindung von Theorie und Praxis, die Integration der Sozialwissenschaften und die Möglichkeit der Schwerpunktbildung waren der technologische Teil des Loccumer Reformprogramms.¹⁸ Loccum stand aber auch für ein inhaltlich-gesellschaftsveränderndes Verständnis der Rechtswissenschaft.¹⁹ Die technologische Seite der Loccumer Reformideen ist vielfach und an allen Juristischen Fakultäten auf-

10 Universität Hannover hieß die Leibniz Universität erst nach der Integration der Pädagogischen Hochschule 1978, den Namen Leibniz Universität nahm sie erst 2006 an.

11 *Hoffmann-Riem*, Interview in KJ, Streitbare Juristinnen, 2016, 603.

12 *Wassermann* in: Neue Juristenausbildung, Hrsg. Loccumer Arbeitskreis, S. 14f.

13 Zu *Rudolf Wiethölter*, *Krönig* in: ZERP-Diskussionspapier 1/2013, S. 195ff.

14 Hierzu ausführlich *Litten*, Politisierung der Justiz, Hamburg 1971, S. 9ff.

15 Modell Hannover, Einstufige Juristenausbildung in Niedersachsen, Hrsg. Niedersächsisches Ministerium der Justiz, 1972, S. 13ff. Siehe auch BT-Drucks. 7/3604, S. 11.

16 *Brink*, KJ 1981, 141 (142) zu dem Bericht von *Brink* auch den Bericht von *Berlit/Dreier*, KJ 1981, 150ff.

17 <https://www.mwk.niedersachsen.de/startseite/service/presseinformationen/17917.html> (zuletzt abgerufen am 22.03.2018).

18 Siehe *Wiethölter*, KJ, 1981, 1 (4).

19 *Wiethölter*, KJ, 1981, 1 (4).

gegriffen worden. Die theoretische universitäre Ausbildung ist deutlich praktischer geworden, Legal Clinics und Moot Courts stehen für einen deutlich stärkeren Praxisbezug.²⁰ Gleichfalls werden heute so viele Praktiker, wie nie, mit Lehraufträgen betraut.

Allerdings lässt sich durchaus fragen, ob die heute vermittelten Praxisbezüge in den Moot Courts dem entsprechen, was man sich in Loccum vor 50 Jahren vorgestellt hat. So erkennt *Ralf Michaels* in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit eine epistemische Gemeinschaft, welche primär transnational und nicht national ist und die ihre Aufgabe in der Begründung einer transnationalen Rechtsordnung sieht.²¹ Mit dem Vis Moot fördert man aktiv die Transnationalisierung des Nachwuchses.²² Jedoch, so *Michaels*, sei die rechtsquellentheoretische Begründung eines transnationalen Schiedsrechts durch die Visionäre der transnationalen Schiedsgerichtsbarkeit ein *Kierkegaardscher* Sprung von der Rationalität in den Glauben.²³ Ähnlich attestiert *Somek* den Moot Courts lediglich die Vermittlung von handwerklichen Konventionen zur Vorbereitung der Erwerbstätigkeit ohne kritische Reflexion.²⁴ *Somek* spricht davon, dass die Ablehnung der ersten Welt, also der europäischen Rechtswissenschaft, in den USA häufig schnurstracks in der dritten Welt landet. Mit dritter Welt meint er eben jene Vorbereitung auf die Erwerbstätigkeit ohne wissenschaftlichen Reflexionsbezug, welche das eine Ende der amerikanischen Juristenausbildung darstellt.²⁵ Das andere Ende der amerikanischen Law School Landschaft bildet die zweite Welt, die stark interdisziplinär arbeitet. Der Preis, den die amerikanische Rechtswissenschaft hierfür zahlt, ist jedoch hoch. Im Kern besteht eine

Sprachlosigkeit zwischen der amerikanischen Rechtsprechung auf der einen Seite und der interdisziplinär arbeitenden Rechtswissenschaft auf der anderen Seite.²⁶ Die Forderung des Wissenschaftsrats an die Rechtswissenschaft in Deutschland, sich stärker interdisziplinär aufzustellen,²⁷ birgt die Gefahr in sich, am Ende den Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis aufzugeben.²⁸

III. Die inhaltlich-gesellschaftsverändernde Kritik an der Rechtswissenschaft

In Loccum wurde nicht nur eine technische Neuausrichtung des juristischen Studiums durch die Integration der Praxis, der Sozialwissenschaften und eine Spezialisierung gefordert. Im eigentlichen Mittelpunkt stand die Kritik am bestehenden Selbstverständnis der Rechtswissenschaft. *Wiethölter* fasste seine Kritik an der Rechtswissenschaft mit folgenden Worten zusammen: „Unsere Rechtswissenschaft ist vorwissenschaftlich, weil Recht und Juristen in idealistischer Philosophie hängengeblieben sind und die Anschlüsse an alle Wissenschaftslager von heute verpaßt haben. Sie ist vorindustriell, weil Recht und Juristen nicht einmal technisch-systematisch den Anforderungen der organisierten-spätkapitalistischen Industriegesellschaft gewachsen sind. Sie ist vor-demokratisch, weil Recht und Juristen die bisherigen Demokratisierungsprozesse nicht inhaltlich mitgemacht haben, sondern formal bei einem spezifischen Verständnis des konstitutionellen Dualismus von Staat und Gesellschaft stehen geblieben sind.“²⁹ Angesprochen sind damit zwei engverwobene Problembereiche, nämlich die Fragen, wie Recht zu legitimieren ist und wie Recht durch die Gerichte auszulegen ist.

20 Vgl. *Somek*, JZ 2016, 481ff.

21 *Michaels*, Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht, in: *BerGesVR*, Bd. 45 (2011), S. 175, 183, 196.

22 *Michaels*, Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht, in: *BerGesVR*, Bd. 45 (2011), S. 175, 186.

23 *Michaels*, Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht, in: *BerGesVR*, Bd. 45 (2011), S. 175, 196.

24 *Somek*, JZ 2016, 481 (483).

25 *Somek*, JZ 2016, 481 (483).

26 *Posner*, *Divergent Paths*, 2016.

27 Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation, Analysen, Empfehlungen*, Drs. 2558-12, S. 29, 31, 33, 37.

28 *Wolf*, ZRP 2013, 20f.

29 *Wiethölter* in: *Neue Juristenausbildung*, Hrsg. *Loccumer Arbeitskreis*, 1970, S. 25.

Recht hat sich durch die gesamte Geschichte von Oben legitimiert, Thron und Altar, also weltliche Macht und religiöse Macht, waren, so *Wiethölter*, die Halterung der Gesellschaft.³⁰ Nachdem die Autoritätsableitung des Rechts aus der Religion im Rahmen der Säkularisierung und Emanzipation der Gesellschaft aufgegeben werden musste,³¹ könne das Naturrecht diese Funktion des Ankers nicht übernehmen. Naturrecht war in der Sicht *Wiethölters* inhaltlich zu unbestimmt, um eine neue Legitimationsbasis des Rechts zu bilden.³² Mehr noch, Naturrecht trägt als Emanzipationsprogramm nicht, weil es den Blick von der Verantwortung des Menschen für sein Recht abwendet und auf die Verantwortung des Menschen vor dem Recht hinwendet.³³

Ein demokratisches Rechtsverständnis erfordert in der Perspektive von Loccum ein politisches Bürgerliches Recht. Das Bürgerliche Recht jedoch sei in der Tradition Savignys verhaftet geblieben. Nicht die gesetzliche Setzung soll das Privatrecht bestimmen, sondern der Volksgeist sollte das Bürgerliche Recht hervorbringen. Recht wird durch Jurisprudenz erzeugt, durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür des Gesetzgebers.³⁴ Die Entwicklung des Rechts war damit den Obergerichten und den Oberprofessoren überantwortet, so *Wiethölter*.³⁵ Das Bürgerliche Recht war somit nicht mehr Teil der praktischen Philosophie, sondern wurde als Jurisprudenz Teil einer historischen und philosophischen Wissenschaft.³⁶

Wiethölter begriff Recht als Politikum, als Teil einer politischen Praxis.³⁷ Das „entpolitisierte Bürgerliche Recht“, welches durch die Oberprofessoren und Obergerichte stellvertretend für das Volk entwickelt

wird, mag funktionieren, soweit nicht gegensätzliche Interessenstrukturen bestehen. Dort aber, wo politische Interessengegensätze bestehen, müssen diese auch politisch aufgelöst und entschieden werden. Die Fragen nach mehr oder weniger Mieterschutz, rigideres Kündigungsrecht im Arbeitsrecht oder mehr Flexibilität sind politisch und damit demokratisch zu beantworten und nicht wissenschaftlich.

Rechtsverhältnisse sind in diesem Verständnis in Rechtsform übersetzte soziale Machtverhältnisse.³⁸ Die Entstehung des Rechts aus dem Volksgeist, argumentierte *Radbruch* auf den sich *Wiethölter* beruft, weiter, mögen sich diejenigen so vorstellen, die überwiegend die Wohltaten dieses Rechts genießen.³⁹

Eng mit der Frage, was die Legitimationsgrundlage von Recht ist hängt die Frage zusammen, wie **Recht auszu-legen** ist. In Loccum allerdings kontrovers diskutiert wurde die Frage, in welchem Umfang der Richter an das Gesetz gebunden sein soll, also der Rationalität des Gesetzes folgen muss,⁴⁰ oder in welchem er frei nach außergesetzlichen Kriterien zu entscheiden hat. Allerdings sind hier die Argumentationslinien nicht einfach zu entschlüsseln.

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass jede Rechtsanwendung immer auch ein Stück Rechtserzeugung ist.⁴¹ Mit abstrakten Gesetzesnormen lassen sich konkrete Entscheidungen nur bis zu einem bestimmten Grad vom Gesetzgeber determinieren.⁴² Diese Erkenntnis lässt sich auf Kant zurückführen. Verstand sei das Vermögen Regeln zu bilden, hingegen bedarf es der Urteilskraft, um unter diese [abstrakten] Regeln zu subsumieren. Da die allgemeine Logik von allen Erkenntnissen abstrahiert, könnte sie keine

30 *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, Frankfurt 1968, S. 28.

31 *Wiethölter*, in Loccumer Protokolle, 25/1968, 21.

32 *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, S. 42.

33 *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, S. 60.

34 *Savigny*, in Hattenhauer (Hrsg.) Thibaut und Savigny, 1973, S. 105.

35 *Wiethölter* in Loccumer Protokolle, 25/1968, 39.

36 *Wiethölter* in Loccumer Protokolle, 25/1968, 30.

37 *Wiethölter* in Loccumer Protokolle, 25/1968, 30.

38 *Radbruch* Gesamtausgabe (Hrsg. Arthur Kaufmann), Bd. II 1993, S. 477.

39 *Radbruch* Gesamtausgabe (Hrsg. Arthur Kaufmann), Bd. II 1993, S. 477.

40 So ausdrücklich *Ramm*, in Loccumer Arbeitskreis (Hrsg.), Neue Juristenausbildung, 1970, 78f.

41 *Bogdany/Venzke*, In wessen Namen, 2014, S. 138f.

42 *Bogdany/Venzke*, In wessen Namen, 2014, S. 138.

Vorschriften über die Urteilskraft enthalten: „Wollte sie [die allgemeine Logik] nun allgemein zeigen, wie man unter diese Regel subsumiert, d.h. unterscheiden sollte, ob etwas darunter steht oder nicht, so könne dieses nicht anders als wieder durch eine Regel geschehen. Die erfordert eben darum, weil es eine Regel ist, aufs Neue eine Unterweisung der Urteilskraft...“⁴³

Diese Erkenntnis erklärt zum einen die Fallbezogenheit des juristischen Studiums.⁴⁴ Zugleich ist damit aber auch eine grundsätzliche Absage an ein striktes System der Gewaltenteilung im Sinne von Montesquieu verbunden. Der Richter muss mehr sein als bloß der reine Mund des Gesetzes.

Im Grunde gibt es zwei Hauptströmungen, wie methodisch mit diesem Befund umzugehen ist. Die erste heute h.M. ist die der objektiven Auslegung. Die objektive Auslegung gibt vor, den Willen des Gesetzgebers objektiv erfassen zu wollen. Das Gesetz selbst löst sich vom Willen des historischen Gesetzgebers ab und entfaltet ein Eigenleben, welches nach dem objektiven Zweck des Gesetzes und der Sachgemäßheit der Regelung festgestellt wird.⁴⁵

Die andere Hauptströmung, die subjektive Auslegung, sucht zunächst den Willen des historischen Gesetzgebers zu ergründen.⁴⁶ Allerdings vermag der Gesetzgeber, folgt man der Einsicht Kants, den Richter nicht in die Lage zu versetzen, das Urteil gleichsam mechanisch aus dem Gesetz zu schlussfolgern.⁴⁷ Noch weitergehend wird man formulieren können, dass die Gesetze in gewisser Weise notwendig unfertig sein müssen, wollen sie auf Fälle angewandt werden, deren Vielfalt unendlich ist.⁴⁸ Dort, wo der

Richter nicht mehr durch das Gesetz gesteuert wird, betreibt er im Sinne von Kelsen Rechtspolitik.⁴⁹

Die in Loccum vorgetragene Kritik wollte den unpolitischen und gerade deshalb politischen Richter durch einen politischen Richter ersetzen. Rechtssprechende Gewalt und Rechtswissenschaft sind nur scheinbar neutral, ihre Rechtsschöpfung ist eine politische Aktion, wie es in dem Memorandum des Loccumer Arbeitskreises heißt.⁵⁰ Man wandte sich gegen den „Juristen als solches“⁵¹ und bezog sich damit auf eine Formulierung, welche Windscheid in seiner Rektoratsrede von 1884 verwandte: „Die Gesetzgebung steht auf hoher Warte; sie beruht in zahlreichen Fällen auf ethischen, politischen, volkswirtschaftlichen Erwägungen oder auf einer Combination dieser Erwägungen, welche nicht Sache des Juristen als solchen sind.“⁵²

Jedoch lässt sich der Text auch anders lesen. Windscheid hat in seiner Rektoratsrede nämlich einerseits die Rolle der Rechtswissenschaft bei der Schaffung neuen Rechts betont, zugleich aber Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber angemahnt:

„Hier nun liegt es mir vor Allem am Herzen, auszusprechen, dass die Rechtswissenschaft die ihr der Gesetzgebung gegenüber angewiesene Stellung nicht überschätzen soll. Nicht immer, und in zahlreichen Fällen nicht, ist der Jurist als solcher der berufene Gesetzgeber.“⁵³

Gegen das von Wiethölter entwickelte Methodenverständnis hat insbesondere Ramm in Loccum Stellung bezogen.⁵⁴ Die Frage, in welchem Umfang man einer

43 Kant, Werke, Bd. 3, Darmstadt 1983, Kritik der reinen Vernunft, S. 184 (A 133).

44 Canaris in: FS für Medicus, 1999, 25ff.

45 Hierzu die Darstellung und Kritik bei Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 9. Aufl., 2016, Rn. 796ff.

46 Rüthers/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*, 9. Aufl., 2016, Rn. 796.

47 Wie regelmäßig dies der Fall ist, ist umstritten, siehe auf der einen Seite Zöllner, *AcP* 188 (1988), 85 (89) und andererseits Payandeh, *Judikative Rechtserzeugung*, S. 115.

48 Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 1997, S. 91.

49 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 350ff.

50 Neue Juristenausbildung, Hrsg. Loccumer Arbeitskreis, 1970, 12 (15).

51 Wiethölter, in Loccumer Protokolle, 25/1968, S. 23.

52 Windscheid, *Kleine Schriften, Reden und Rezensionen Teil 2*, Leipzig, 1984, S. 31.

53 Windscheid, *Kleine Schriften, Reden und Rezensionen Teil 2*, Leipzig, 1984, S. 30f.

54 Ramm in *Neue Juristenausbildung*, Hrsg. Loccumer Arbeitskreis, 1970, S. 78ff.

Politisierung der Rechtsprechung im Sinne einer Emanzipation der Rechtsprechung vom Gesetz das Wort reden kann, hängt stark mit der Rolle des Rechts in der NS-Zeit zusammen. Waren die Richter durch den Rechtspositivismus dem NS-Unrecht schutzlos ausgeliefert oder fand das NS-Unrecht nicht in weitaus stärkerem Umfang Eingang durch eine unbegrenzte Auslegung des bestehenden Rechts im Sinne der NS-Ideologie?⁵⁵ Wenngleich auch in *Radbruchs* Aufsatz von 1946 „Gesetzliches Unrecht und übergesetzlicher Richter“⁵⁶ bereits deutlich wird, dass „grenzenlose Auslegung“ dem NS-Unrecht Bahn gebrochen hat, blieb doch vielfach hängen, dass der NS-Staat die Gefolgschaft seiner Juristen mit dem Grundsatz „Gesetz ist Gesetz“ an sich zu binden wusste.

Ingewisser Weise folgte das *Wiethölter*sche Methodenverständnis insoweit der üblichen Diskreditierung des Rechtspositivismus.⁵⁷ Zurecht ist daher der Vorwurf erhoben worden, dass man nur die „rechte“ Elite durch eine „linke“ Elite ersetzen wollte, aber den demokratischen Kern des Rechtsstaats verfehlen würde, wenn man die Emanzipation des Richters vom Gesetz beibehalten wolle, nur den Richter nunmehr auf andere Ziele verpflichten würde.⁵⁸

Eine der Demokratie verpflichtete Rechtswissenschaft erfordert vielmehr nicht vorschnell von der Auslegung in die Einlegung überzugehen. Mit Einlegung bezeichnet *Rüthers* die von der objektiven Auslegung praktizierte Methode aus einem Gesetzestext etwas herauszulesen, was man zuvor erst als hineingelesen hat (Einlegung), um so die subjektive, rechtspolitische Eigenproduktion als objektive Aus-

legung zu verkaufen.⁵⁹ Dort wo allerdings richterliche Rechtsfortbildung notwendig ist, oder in den Worten *Kelsen*, die reine Rechtslehre zu keinem eindeutigen Ergebnis mehr führt und daher die Rechtspolitik beginnt,⁶⁰ ist diese darzulegen und zu verantworten.⁶¹ Die Offenlegung des eigenen Wertungsmodells, die Darlegung der rechtspolitischen Begründung stellt hier einen Rationalitätsgewinn dar.⁶²

Für diesen Rationalitätsgewinn hat man allerdings den Preis eines substanziellen Verfahrens zu zahlen. Wer seine Wertungen offen legt und darlegt, dass diese nicht mehr vom Gesetz vollständig determiniert sind, sagt damit gleichzeitig auch eine andere Entscheidung wäre denk- und begründbar gewesen. Wenn man so will fehlt der Jurisprudenz damit eine greifbare Rationalität einer exakter gewordenen Wissenschaft. Entgegen *Wiethölter*s Nachbetrachtung aus dem Jahr 1981 sollte man hieraus aber nicht den Schluss ziehen, man dürfe die Juristen, die Jurisprudenz und die Justiz nicht mit dem Programm von *Loccum* vertraut machen, so sie ihre Funktion behalten sollen.⁶³ Vorbild und Ziel kann nicht der von *Wieacker* beschriebene überpersönliche und daher typische römische Jurist sein,⁶⁴ auf den sich *Wiethölter* beruft.⁶⁵

Jener typische Jurist ist in den Worten von *Luhmann* eine eigentümliche zwiespältige, distanzierte Haltung zum Recht institutionalisieren. Es käme nicht auf die innere Ergriffenheit an, sondern auf die operative Wendigkeit, die Entscheidung überzeugend als einzig richtige zu begründen und trotzdem andere Möglichkeiten zu sehen und in Rechnung zu stellen. Der typische Jurist im *Luhmann*schen Sinne operiert

55 *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 4. Aufl., 1991, S. 98ff.

56 *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

57 Hierzu jüngst: *Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 2017, S. 74.

58 *Ramm* in *Neue Juristenausbildung*, Hrsg. *Loccumer Arbeitskreis*, 1970, S. 80. Hierzu auch die Kritik bei *Schelsky*, Die Arbeit tun die anderen, 1977, S. 378 und *Heldrich*, JuS, 1974, 281, 285.

59 *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014, S. 56f.

60 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 350ff.

61 *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014, S. 56f.

62 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., S. 56ff. und *Rüthers*, Die heimliche Revolution, 2014, 168.

63 *Wiethölter*, KJ 1981, 1 (3).

64 *Wieacker*, Vom römischen Juristen, in: *Vom Römischen Recht*, Leipzig 1944, S. 7.

65 *Wiethölter*, In KJ 1981, 1 (3).

in einem Horizont von Unsicherheit und präsentiert Sicherheit.⁶⁶

Damit einher geht die Funktion, welche *Luhmann* dem Verfahren zu weist: Der Entscheidungsempfänger hat im Prozess so viel zeremonielle Arbeit zu leisten wie notwendig ist, um sich selbst zu isolieren. Hierdurch soll der Unterlegene seine Interessen nicht mehr generalisieren können und Solidarität für sich einfordern können.⁶⁷

Den Preis, welchen der Richter für die Offenlegung des eigenen Wertungsmodell zahlen muss, ist, die Einlösung eines substanziellen Verfahrensversprechens als Ort der dialogischen Rechtsfindung. Das Spannungsverhältnis zwischen der regulativen Leitidee einer einzigen richtigen Entscheidung und der Fallibilität der tatsächlichen Entscheidungspraxis ist, wie *Habermas* es fordert, durch das Verfahren, also die Struktur der Argumentationsprozesse, aufzulösen.⁶⁸ An die Stelle einer monologischen Beziehung zwischen Richter und Gesetz, so *Christensen/Kudlich*, hat das streitige Verfahren zu treten, in dem Parteien und Richter um die Bedeutung der Worte kämpfen.⁶⁹ Der Prozess muss Erkenntnisprozess und nicht lediglich pädagogische Vermittlungsanstalt einer außerhalb des Verfahrens gefundenen Entscheidung sein.⁷⁰

IV. Zusammenfassung

Loccum hat eine ganze Reihe Grundsatzfragen unseres Rechtssystems zur Diskussion gestellt. Es hat deutlich gemacht, dass Recht in Paragraphen gegossene Politik ist. In einer Demokratie bedeutet dies

eine notwendige Selbstbeschränkung der Rechtswissenschaft. Allzu verführerisch ist aber sich selbst zum Gesetzgeber aufzuschwingen. *Lex Mercatoria* oder transnationales Wirtschaftsrecht sind Beispiele, wie heute in anderem Gewand die historische Rechtsschule wiederbelebt wird. Das so geschaffene oder besser ausgedachte Recht gilt dann aufgrund der inneren Vernünftigkeit und Richtigkeit. Geltungsgrund für dies neugeschaffene Recht ist nicht mehr – in Anlehnung an *Kötz* – *ratione imperii*, sondern *imperio rationis*.⁷¹ Dabei wird zum einen die verfassungsrechtliche Bedeutung der Gewaltenteilung verkannt oder ignoriert.⁷²

Bernd Rütters, weder ein 68ziger noch ein Loccumer, hat die Problematik des wissenschaftlich selbstgeschaffenen Rechts auf den Punkt gebracht:

„Jede Rechtsordnung ist eine normativ verfestigte Wertordnung, Werte sind zwar rational diskutierbar, aber nicht logisch beweisbar. [...] Weder Wertungswissenschaftler aller Art, noch die Richterschaft der letzten Instanzen haben hierfür ein Wahrheitsmonopol. Die Inhalte der Rechtsordnung werden folgerichtig in demokratischen Verfassungsstaaten nicht von „juristischen Richtigkeitsexperten“ (Inhaber der juristischen Wahrheit), sondern von demokratisch legitimierten Normsetzungsorganen, den Parlamenten, festgelegt.“⁷³

Über „linke“ Eliten (*Ramm*) schneller zum Zug zu kommen, als durch demokratische Willensbildung, mag aber auch den Reformüberlegungen von Loccum nicht völlig fremd gewesen sein.

66 *Luhmann*, Rechtssoziologie, Opladen, 3. Aufl. 1987, S. 180. *Luhmann* bezieht sich gleichfall auf *Wieacker*, Vom römischen Juristen, in: *Vom Römischen Recht*, Leipzig 1944, S. 7.

67 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1983, S. 116.

68 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 2006, S. 272ff.

69 *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 55ff.

70 Hierzu bereits *Wolf* in *Gaier/Wolf/Göcken*, Anwaltliches Berufsrecht, 2. Aufl., 2014, Einl. Rn. 60ff. und § 1 BRAO Rn. 17.

71 *Michaels*, Rollen und Rollenverständnisse im transnationalen Privatrecht, in: *BerGesVR*, Bd. 45 (2011), S. 175ff.

72 *Rütters/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 9. Aufl., 2016, Rn. 610; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtstheorie, 3. Aufl., S. 528.

73 *Rütters*, Die heimliche Revolution, 2014, S. 21.