

1. Kritische Anmerkungen zur deutschen Rechtswissenschaft

Die deutsche Rechtswissenschaft befindet sich in einer langwährenden Stagnation. Ihr Zustand ist von einem sie lehrenden Ordinarius zutreffend als der rückschrittlicher Hilflosigkeit bezeichnet worden; man bewege sich, sagt R. Wiethölter,¹ „schlicht zwischen Zirkeln, Leerformeln, Alibis und Tabus“ und befinde sich in einer „Stunde Null“. Diese Stunde Null der westdeutschen Rechtswissenschaft währt seit 1945, als sie es unterließ, das Nächstliegende und zugleich Notwendigste in Angriff zu nehmen: sich ihrer eigenen Geschichte bewußt zu werden und zu fragen, welcher Anteil ihr bei der Zerstörung der Weimarer Republik und bei der Errichtung und dem Ausbau der nationalsozialistischen Herrschaft geschichtlich zugekommen war. Statt dessen wurde nach dem Motto: Nicht der Mörder, sondern der Ermordete ist schuld, eilends die Theorie aufgestellt, dem Positivismus sei die schlechterdings nicht zu leugnende Tatsache² anzulasten, daß von seiten der Juristen ein nennenswerter Widerstand gegen das Unrechtssystem nicht geleistet worden war. Es gelte deshalb, sich auf die obersten Grundsätze des Rechts,³ auf die christlich-abendländischen Kulturwerte zu besinnen und die Neubegründung des Naturrechts in Angriff zu nehmen.⁴ Jenen Juristen also, die während der Weimarer Republik

1 R. Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, Frankfurt a. M. 1968, S. 10; vgl. ders., *Recht und Politik*, in: ZRP, 69, S. 155 ff.; sowie die Kritik von P. Schwerdtner, *Wie politisch ist das Recht?* in: ZRP, 69, S. 136.

2 Deren Anerkennung jedoch immer noch auf Schwierigkeiten stößt; vgl. H. Schorn, *Der Richter im Dritten Reich*, 1959 (s. zu diesem Buch auch Bader, *Die deutsche Justiz in Selbstzeugnissen*, in: JZ, 60, S. 1 ff.) und H. Weinkauff, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus*, Stuttgart 1968; siehe oben, S. 292 ff.

3 C. Coing, *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts*, 1947; ders., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1950, ²1969.

4 Vgl. zur Naturrechtsdiskussion nach 1945 insbesondere M. D. Schelauke, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland*, 1968; W. Maihofer (Hrsg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus? Wege der Forschung*, Bd. XVI, jeweils mit weiteren Nachweisen; W. R.

Rechtspositivisten waren, d. h. die Weimarer Verfassung ernst nahmen und das Gesetzgebungsmonopol des Parlaments vor seiner Aushöhlung durch diejenigen Wissenschaftler zu schützen versuchten, die mit Hilfe naturrechtlicher Argumentation⁵ eine Überprüfung der Gesetze durch die zum großen Teil obrigkeitsstaatlichem Denken verhafteten und aus dem Kaiserreich übernommenen Richter⁶ ermöglichen wollten, wurde nun die Mitverursachung des Nationalsozialismus angelastet. Die ermordeten, von ihren Lehrstühlen vertriebenen, ins Ausland emigrierten Juristen⁷ wurden verantwortlich gemacht für die mangelnde Auflehnung der Richter und der Juristen gegen die nationalsozialistischen Gesetze.

Unberücksichtigt blieb, daß auch vom rechtspositivistischen Standpunkt aus die Legalität der nationalsozialistischen Herrschaft durchaus zweifelhaft war,⁸ daß der Gesetzespositivismus in der nationalsozialistischen Ideologie bekämpft, das Naturrecht der Volks- und Blutgemeinschaft anerkannt wurde⁹ und daß das gesunde Volksempfinden und die

Beyer, *Rechtsphilosophische Besinnung*, 1947; A. Langner, *Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik*, 1959; Ansätze zu einer politikwissenschaftlichen und soziologischen Analyse der Naturrechtsrenaissance enthält F. Kühler, *Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz*, in: AcP, 162, (1963), S. 104 ff.; ders., *Kodifikation und Demokratie*, in: JZ 69, 646 ff., S. 649.

5 Vgl. z. B. die Argumentation von E. Kaufmann auf der Staatsrechtslehrertagung 1926 über "Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung", VVdStRL 3, S. 1 ff. insbes. S. 11 ff., wo er das richterliche Prüfungsrecht für die Einhaltung des Gleichheitsgebots bejaht und sagt: "Wer reinen Herzens ist, ist gerecht als Handelnder und als Richtender, und nur er ... Die Tatsache, daß durch sittliche Erziehung die Gesamtpersönlichkeit zu einem reinen Gefäß werden kann, das an den objektiven Werten teil hat, ist uns die sicherste Bürgschaft für die Realität dieser objektiven Werte. Nur Persönlichkeiten in diesem Sinne sind gut und gerecht" (S. 12).

6 Zur Soziologie dieser Richter vgl. E. Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, 1927, Neudruck 1968, "Libelli", Bd. CCLIV.

7 Zu den Verfolgungen der jüdischen Juristen vgl. die Dokumentation von H. Göppinger, *Die Verfolgung der Juristen jüdischer Abstammung durch den Nationalsozialismus*, 1963.

8 Vgl. D. Bracher, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, 3. Aufl., 1960, S. 731 ff.; K. Revermann, *Die stufenweise Durchbrechung des Verfassungssystems der Weimarer Republik in den Jahren 1930 bis 1933*, 1959.

9 Vgl. hierzu insbes. H. H. Dietze, *Naturrecht in der Gegenwart*, 1936; J. Gernhuber, "Das völkische Recht", Ein Beitrag zur Rechtstheorie des Nationalsozialismus, in: *Tübinger Festschrift für Eduard Kern*, 1968, S. 167 ff.

konkrete Ordnung¹⁰ in den Rang von Rechtsquellen erhoben wurden. An der objektiven politischen Funktion der Naturrechtsrenaissance, in erster Linie als eine Exkulpations- und Anschwärmungsideologie gewirkt zu haben, die den Blick von den realen sozialen Ursachen für die Vernichtung von Demokratie und Rechtsstaat in Deutschland ablenkte, vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, daß viele von denjenigen, die eine Rückbesinnung auf das Naturrecht forderten, dies aus dem tiefen Erschrecken über die absolute Perversion des Rechtsbewußtseins unter dem Nationalsozialismus taten. Zu diesen letzteren zählte vor allem Gustav Radbruch,¹¹ während der Weimarer Republik ein entschiedener Vertreter des Rechtspositivismus. Die rechtsphilosophische Besinnung auf Grundsätze materialer Gerechtigkeit, die innerhalb der und im Verkehr zwischen den Kulturnationen bis zur offenen Barbarei des Nationalsozialismus als selbstverständliches Minimum galten (im Verhältnis zu den unterdrückten Kolonialvölkern galten diese Grundsätze allerdings nur mit erheblichen Einschränkungen), ist sicherlich verdienstvoll gewesen. Solange sie aber nicht durch eine politologische und soziologische Analyse des Verhältnisses von Recht und sozialem Substrat überhaupt und der konkreten Funktion von Recht und Rechtswissenschaft in der Zeit bis zum Zusammenbruch des Dritten Reiches im besonderen ergänzt wurde, mußte sie objektiv wirkungslos bleiben und unabhängig von den jeweiligen subjektiven Intentionen die objektive Funktion gewinnen, die realen Ursachen des Faschismus zu verschleiern. Im Hinblick auf diese realen Ursachen gilt aber, gleichviel welcher Faschismustheorie man sich auch anschließen mag,¹² jedenfalls der Satz Horkheimers, daß, wer vom Kapitalismus nicht reden wolle, auch vom Faschismus

10 C. Schmitt, *Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934.

11 G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: *SJZ*, 1946, S. 105 ff.; ders., Die Erneuerung des Rechts, in: *Die Wandlung*, 1947, S. 8 ff.; ders., *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl., 1963, S. 333 ff.

12 Zu den Faschismustheorien vgl. E. Nolte (Hrsg.), *Theorien über den Faschismus*, 1967, S. 15 ff.; R. Kühnl, *Deutschland zwischen Demokratie und Faschismus*, 1969, S. 143 ff.; O. Bauer/H. Marcuse/A. Rosenberg u. a., *Faschismus und Kapitalismus, Theorien über die sozialen Ursprünge und die Funktion des Faschismus*, 1967; R. Griepenburg/K. H. Tjaden, Faschismus und Bonapartismus, in: *Das Argument*, 1966, S. 461 ff.; P. Römer, Vom totalen Staat zur totalen Gesellschaft – Einige Erwägungen für die linke Theorie anhand neuerer Analysen der Carl-Schmitt-Schule, in: *Das Argument*, 1970, September-Heft.

schweigen möge. Vom Kapitalismus war aber in der gesamten rechtsphilosophischen Diskussion nach 1945 nicht die Rede, umso mehr aber von christlich-abendländischen Werten.

Die Naturrechtsrenaissance währte nicht allzu lange. Nur in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, vor allem in seiner Ehe- und Familienrechtsprechung, hat katholisch-thomistisches Naturrecht seinen Niederschlag gefunden.¹³ Das Bundesverfassungsgericht hat sich zwar zum Naturrecht bekannt, es aber in seiner Rechtsprechung nicht angewandt. Auch bestimmte, möglicherweise auf naturrechtliche Vorstellungen hindeutende Formulierungen des Grundgesetzes (Präambel, Art. 1) haben wenig Einfluß auf Anwendung und Interpretation des Grundgesetzes gehabt. Mit der zeitlichen Entfernung vom Dritten Reich und mit der – scheinbar – verringerten Notwendigkeit, sich mit dieser Zeit auseinanderzusetzen, trat auch die Naturrechtsdiskussion zurück. Allenfalls in die Diskussion über den Begriff der Sache¹⁴ und der Institution¹⁵ haben sich einige naturrechtliche Argumentationen hingeflüchtet. Inhaltlich hatte die Naturrechtsdiskussion ohnehin nicht über das hinausgehen können, was christliches und Vernunftnaturrecht bereits zuvor geleistet hatten – und was vom Positivismus widerlegt worden war.¹⁶

Die Tatsache, daß sich die deutsche Rechtswissenschaft gerade zu dem Zeitpunkt – wenn auch gewiß nicht zufällig – den ewigen Werten zuwandte, als eine Analyse der politisch-sozialen Funktion und Be-

13 Vgl. die Nachweise in insbesondere H. Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: NJW, 60, S. 1689 ff.: Kritik zur Rechtsprechung des BGH in Ehesachen: E. Wolf/G. Lüke/H. Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, 1959.

14 Zum Begriff der Natur der Sache vgl. H. Schambeck, *Der Begriff der "Natur der Sache"*. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung, 1964, und A. Kaufmann (Hrsg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, Wege der Forschung, Bd. XXII, 1965.

15 Zum Begriff der Institution im Recht vgl. R. Schnur (Hrsg.), *Institution und Recht*, Wege der Forschung, Bd. CLXI, 1968.

16 Zur Kritik an der Naturrechtslehre s. vor allem H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960. S. 356 ff. (Das Problem der Gerechtigkeit); E. Topitsch, Das Problem des Naturrechts, in: W. Maihofer (Hrsg.), a.a.O., S. 759 ff.; einen guten Überblick über die verschiedenen Naturrechtslehren geben vor allem E. Wolf, *Das Problem der Naturrechtslehre. Versuch einer Orientierung*, 2. Aufl., 1959; H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2. Aufl., 1955; E. Boehmer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, II 1, 1951, S. 18 ff.

dingtheit von Recht und Rechtswissenschaft besonders notwendig gewesen wäre, hat sich nicht nur politisch, sondern auch wissenschaftlich negativ ausgewirkt. Hinzu kam der Umstand, daß die meisten der bedeutenden Juristen der Weimarer Republik entweder umgebracht, gestorben oder emigriert waren. Zwar wurden in den letzten fünfundzwanzig Jahren Lehrbücher, Monographien, Kommentare en masse geschrieben, doch kaum eines dieser Werke gibt mehr als eine mehr oder weniger gut formulierte und geglückte zusammenfassende Darstellung der bisherigen Lehrmeinungen und eine Aufstellung der ergangenen Entscheidungen. Das Wort von Hegel: "Der allergrößte Teil der deutschen Literatur ist Fabrikwesen, bare Industrie geworden",¹⁷ läßt sich durchaus auf diese Situation anwenden.

Besonders die Geschichtslosigkeit der Jurisprudenz hatte verhängnisvolle Folgen. Lange Zeit hindurch glaubte man in der Bundesrepublik, einen deutschsprachigen Juristen,¹⁸ der in vielen Teilen der Welt, insbesondere in Lateinamerika, Japan und den USA als einer der bedeutendsten dieses Jahrhunderts angesehen wird, Hans Kelsen, nicht zur Kenntnis nehmen zu müssen.¹⁹ Seine *Reine Rechtslehre* mit ihren weitreichenden Folgen für die Dogmatik insbesondere des Verfassungs-, Verwaltungs- und Privatrechts (Aufhebung der Trennung von öffentlichem und privatem, subjektivem und objektivem Recht, die Rechtsperson als Normenkomplex, das subjektive Rechts als Rechtsetzungsbefugnis, die Identität von Rechtsanwendung und Rechtssetzung etc.) ist nicht zum Gegenstand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung geworden, ob-

17 Zitiert nach W. R. Beyer, *Staatsphilosophie. Wissen der Gegenwart*, Bd. 8, 1959, S. 160.

18 Eine Bibliographie der Werke H. Kelsens und der wichtigsten Literatur über sein Werk befindet sich in R. A. Métall, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, 1969, S. 122 ff., S. 162 ff.

19 Dies führte zum Teil zu grotesken Ergebnissen: E.-W. Böckenförde, ordentlicher Professor für öffentliches Recht, hat z. B. in seiner Dissertation: *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, 1958, im Schrifttumsverzeichnis das 1910 in erster, 1923 in zweiter Auflage erschienene, weltberühmte Werk Kelsens: *Die Hauptprobleme des Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, überhaupt nicht erwähnt, obwohl auch er hauptsächlich nur Dogmengeschichte des Rechtssatzbegriffs bringt; nur im Text wird Kelsen, S. 212, 336, 18 kurz ohne Auseinandersetzung mit ihm und ohne Hinweis auf seine Vorarbeit erwähnt. Leider scheint auch Herr Professor Carl Schmitt, Plettenberg, dessen "verfassungsgeschichtlichem und verfassungstheoretischem Tiefblick" Böckenförde laut Vorwort "entscheidende Anregungen für die Überarbeitung" verdankt, den Verfasser auf diesen Mangel nicht hingewiesen zu haben.

wohl die Kelsen-Diskussion zur Zeit der Weimarer Republik²⁰ Anknüpfungspunkt hätte sein können. Die Allgemeine Rechtslehre, ein Gebiet, von dem aus die Diskussion mit den neueren Theorien der Nachbarwissenschaften Politik und Soziologie möglich geworden wäre, existierte für die deutsche Rechtswissenschaft nicht.²¹ Dasselbe läßt sich auch von der Rechtssoziologie²² sagen, obwohl auch hier die großen Namen der Vergangenheit: Max Weber,²³ Ehrlich,²⁴ Kantorowicz,²⁵ Nußbaum²⁶ Verpflichtung und Anregung hätten sein können. Lange Zeit war ein Aufsatz des Soziologen Dahrendorf²⁷ das einzige, was in der Bundesrepublik über die Soziologie des Richters und der richterlichen Urteils-

- 20 Vgl. vor allem: W. Jäckel, *Hans Kelsens rechtstheoretische Methode*, 1930; W. Ehenstein, *Die rechtsphilosophische Schule der reinen Rechtslehre*, 1938; E. Kaufmann, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921, Neudruck 1964, sowie die Veröffentlichungen der führenden Staatsrechtslehrer C. Schmitt, H. Heller, R. Smend, die sich alle eingehend mit Kelsen auseinandersetzten, wenn auch zum Teil ohne ausdrückliche Bezugnahme auf ihn; auf letztere Weise verfuhr vor allem Carl Schmitt.
- 21 Allgemeine rechtstheoretische Untersuchungen finden sich aber in: U. Klug, *Juristische Logik*, 1. Aufl., 1951, 3. Aufl. 1966; Bedenken gegen den Begriff einer "juristischen" Logik äußert H. Kelsen, *Recht und Logik*, in: *Forum* 1965, S. 421 ff., S. 495 ff., S. 500.
- 22 Eine Verbindung von Rechts- und Sozialgeschichte wurde am ehesten von F. Wieacker vorgenommen: s. ders., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1. Aufl., 1952, 2. Aufl. 1967; ders., *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, 1952.
- 23 M. Weber, *Rechtssoziologie*, hrsg. v. J. Winckelmann, 1960; ders., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2 Bde., 4. Aufl., 1956.
- 24 E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1929; ders., *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Freirechtslehre*, ausgewählt und eingeleitet v. M. Rehbinder; ders., *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903; zu Ehrlich vgl. neuerdings: M. Rehbinder, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, 1967.
- 25 H. Kantorowicz (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906; ders., *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1962.
- 26 A. Nussbaum, *Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht*, 1914.
- 27 R. Dahrendorf, *Gesellschaft und Freiheit. Zur soziologischen Analyse der Gegenwart*, 1961, S. 176 ff.; s. auch K. Zwingmann, *Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik Deutschland*, 1966; J. Feest, *Die Bundesrichter, Herkunft, Karriere und Auswahl der juristischen Eliten*, in W. Zapf (Hrsg.), *Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht*, 1965, S. 95 ff.

fähigkeit existierte; auch hier lagen reiche Vorarbeiten von Bendix,²⁸ Isay,²⁹ Fraenkel³⁰ vor.

In der Methodologie³¹ ist zwar die bedeutsame Monographie von Esser,³² *Grundsatz und Norm in der richterlichen Anwendung des Rechts* erschienen, jedoch ist ihr praktischer Einfluß auf die Rechtswissenschaft nicht sehr hoch anzuschlagen. Obwohl sehr gute Arbeiten über die soziale Funktion der Begriffsjurisprudenz erschienen sind,³³ wird die Methodendiskussion in der Bundesrepublik durch ihre Abkapselung von dem Methodenstreit in den Sozialwissenschaften, der durch die Namen Adorno, Habermas einerseits, Albert, Popper andererseits bezeichnet ist,³⁴ gekennzeichnet; vor allem aber durch das Ablenden der sozialen Funktion der verschiedenen Methodenlehren. Die ältere Interessenjurisprudenz, welche die Norm nach den sozialen Interessen befragt,³⁵ die sie erzeugt haben und die zu sichern und zu schützen der Norm als Aufgabe vom Gesetzgeber zgedacht worden war, ist durch die Bewertungsjurisprudenz abgelöst worden, die eben jene gesellschaft-

28 L. Bendix, *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters und andere Schriften*, 1968; vgl. auch W. O. Weyrauch, *The Personality of Lawyers*, 1964.

29 H. Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1964.

30 Zur Soziologie dieser Richter vgl. E. Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, 1927, Neudruck 1968, *Libelli*, Bd. CCLIV.

31 Vgl. dazu den guten Überblick bei K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 1969 und für das Staatsrecht: P. Badura, *Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre*, 1959.

32 Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956; bemerkenswert ist auch K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953.

33 P. v. Oertzen, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Diss. phil. Göttingen 1953 (ms.); W. Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958; H. Mayer, Die Krise der deutschen Staatslehre von Bismarck bis Weimar, in ders., *Karl Marx und das Elend des Geistes*, 1948, S. 54 ff.

34 Vgl. E. Topitsch (Hrsg.), *Logik der Sozialwissenschaften*, 1966; Th. Adorno u. a., *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, 1969; es kennzeichnet den wissenschaftlichen Tiefstand der deutschen Rechtswissenschaft, wenn einer ihrer Ordinarien mit verblüffender Naivität erklärt: "Die juristische Methodenlehre ist weitestgehend wertneutral. Sie bedeutet unser berufliches Handwerkszeug, und wie bei jedem Handwerkszeug ist die Frage, in wessen Hände es geht", W. Grunsky, in einem Briefwechsel mit der Redaktion der *Kritischen Justiz*, abgedruckt in: KJ, 69, 160 ff., S. 162.

35 Zur älteren genetischen Interessenjurisprudenz siehe insbes. Ph. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932; s. auch B. Domheck, *Das Verhältnis der Tübingener Schule zur deutschen Rechtssoziologie*, 1969.

lichen und politischen Interessen, die es zu enthüllen gilt, verschleiern hilft.³⁶

Insgesamt ist die Methodologie von einem heillosen Synkretismus beherrscht: Subjektive und objektive, extensive und restriktive Auslegung, *argumentum e contrario* und Analogieschluß, sowie Interessenjurisprudenz, Begriffsjurisprudenz oder Ableitung aus der Natur der Sache werden gleichermaßen angewandt. Viehweg³⁷ hat aus dieser Not eine Tugend gemacht und sich bemüht, die "Pluralität der Systeme", deren Verträglichkeit aus einem umfassenden System nicht zu beweisen sei, damit zu rechtfertigen, daß alles juristische Denken sich am Problem orientiere und Rechtswissenschaft permanente Problemerkörterung sei, zu welchem Zwecke ein Katalog von *topoi*, Leitsätze, aufzustellen sei. Viehweg hat mit dieser Lehre auch in der politischen Wissenschaft Anklang gefunden,³⁸ obwohl er der Sache nach nicht weitergekommen ist als bereits Kelsen, für den die Norm nur ein Rahmen ist, innerhalb dessen es mehrere Anwendungsmöglichkeiten gibt.³⁹

Staats- und Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht und Strafrecht

Besonders trostlos ist die Lage im Staats- und Verfassungsrecht. Es ist kein Zufall, daß die staatsrechtliche Diskussion der Weimarer Republik von einem Nichtjuristen wieder aufgegriffen werden mußte, worüber dieser sich selbst verwunderte.⁴⁰ Die Auseinandersetzung mit Carl Schmitt,

36 S. R. Reinhardt/W. König, *Richter und Rechtsfindung*, 1957; nach Reinhardt gehören die Ordnungsprinzipien und Wertungsmaßstäbe, die der gesetzgeberischen Entscheidung zu Grunde liegen, nicht einer Welt an, die "mit dem Begriff der Kausalität erfaßt und gewürdigt werden kann" (a.a.O., S. 20).

37 Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 3. Aufl. 1965, an Th. Viehwegs-Methodenlehre lehnt sich auch H. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, in: *VVdStRL* 20, S. 1 ff. an.

38 Vgl. W. Hennis, *Topik und Politik*, in: ders., *Politik und praktische Philosophie*, 1963, S. 89 ff.

39 H. Kelsen, a.a.O., S. 346 ff.

40 K. Sontheimer, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, 1962. S. 79 ff., S. 79.

dessen Schüler und Freunde (Forsthoff, Weber, Böckenförde, Schnur, Maunz) zahlreiche Lehrstühle besetzt halten, wurde hauptsächlich von Politologen geführt.⁴¹ Eine Diskussion über Heller⁴² und Kelsen fand überhaupt nicht statt. Eine zusammenfassende Verfassungslehre des demokratischen und sozialen Rechtsstaats wurde nicht erarbeitet.⁴³ Die einzige Darstellung des Verfassungsrechts der BRD war für fast zwei Jahrzehnte ein Kurzlehrbuch, verfaßt von einem führenden nationalsozialistischen Rechtswissenschaftler.⁴⁴ Kennzeichnend für die Lage dürfte sein, daß die Pläne zur Notstandsgesetzgebung viele Jahre von der Staatsrechtswissenschaft nicht der Erörterung für wert befunden wurden⁴⁵ und erst in letzter Minute und lediglich wegen der Verletzung des Grundrechts des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses Protest von seiten der Staatsrechtler erhoben wurde,⁴⁶ obwohl die – ebenfalls in Friedenszeiten mögliche – Aufhebung der Arbeitsfreiheit und die Einführung des Arbeitszwanges von einschneidender Bedeutung für das Leben der Einzelnen und für die gesellschaftliche und politische Verfassung der Gesellschaft ist.

41 J. Fijalkowski, *Die Wendung zum Führerstaat*, 1958; M. Schmitz, *Die Freund-Feind-Theorie Carl Schmitts*, 1965; H. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität*, 1964; P. Schneider, *Ausnahmezustand und Norm*, 1957; Chr. v. Krockow, *Die Entscheidung*, 1958.

42 Vgl. zu diesem neuestens: W. Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*, 1968.

43 Ansätze bei W. Abendroth, *Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie*, 1967; ders., *Das Grundgesetz, Eine Einführung in seine politischen Probleme*, 1966; H. Ridder, *Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1960.

44 Th. Maunz, *Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch*, 1. Aufl. 1951, 17. Aufl. 1969; diese Lage hat sich inzwischen etwas verbessert; neu erschienen sind: W. Abendroth, *Das Grundgesetz*, a.a.O.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1. Aufl. 1967, 3. Aufl. 1969; E. Stein, *Lehrbuch des Staatsrechts*, 1968.

45 Es bedurfte der Initiative jüngerer Wissenschaftler, um eine rechtswissenschaftliche Analyse der Notstandsgesetzgebung zu erarbeiten; D. Sterzel (Hrsg.), *Kritik der Notstandsgesetze*, 1968; vgl. im übrigen vor allem J. Seifert, *Der Notstandsausschuß*, 1968 und die dort angegebenen Literaturhinweise.

46 Die kritischen Bemerkungen Glückerts zur Saumseligkeit der deutschen Staatsrechtslehrer bestehen deshalb zu Recht, vgl. J. Glückert, Orwell und die deutschen Staatsrechtslehrer, in: ZRP, 69, S. 176 ff.; dagegen G. Dürig, Man hält es nicht für möglich!, in: ZRP, 69, S. 179 ff.

Im Verwaltungsrecht gibt es Ansätze, wenigstens einige Eierschalen des Obrigkeitsstaates abzustreifen; so wurde vor allem die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis modifiziert, nicht etwa völlig fallengelassen: Ferner wurde das Verhältnis von Innen- und Außenbereich der Verwaltung, von Gesetz und Verwaltungsverordnung, von Rechtsakt und innerdienstlicher Weisung von einigen jüngeren Wissenschaftlern neu durchdacht.⁴⁷ Im wesentlichen wurde aber das überkommene Verwaltungsrecht Otto Mayers fortgeführt und um einige Begriffe, wie z. B. den der Daseinsvorsorge, erweitert,⁴⁸ mit denen allzu offensichtlich ins Auge fallende Veränderungen der Funktion des Staates und seiner Verwaltungsbehörden mehr benannt, als vom Standpunkt einer demokratischen Gesellschaft aus erklärt und kritisiert wurden. Auch dort, wo, wie z. B. von Rupp, mit viel unkonventioneller wissenschaftlicher Rhetorik und Bilderstürmerei die überkommene Lehre angegriffen wird, führt man in Wirklichkeit nur ein Scheingefecht für eine andere Bezeichnung.⁴⁹ Was bisher, weil dem Binnenbereich der Verwaltung zugehörig, als rechtliches Nichtrecht bezeichnet wurde,⁵⁰ wird nunmehr als Innenrecht vom Außenrecht geschieden. In der Sache ändert sich nichts, das "Eigenrecht" der Verwaltung bleibt erhalten.⁵¹

Die deutsche Strafrechtspflege,⁵² in der einstmals Liszt und seine Schule weltweiten Einfluß mit ihren Gedanken von der Abkehr vom

47 Vgl. vor allem H. H. Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965; D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, 1961; zur neuesten Entwicklung W. Schmidt, *Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung*, 1969; F. Ossenbuehl, *Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz*, 1968.

48 Vgl. E. Forsthoef, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1. Bd., 9. Aufl. 1966: zur Daseinsvorsorge insbes. S. 340 ff.

49 Vgl. auch W. Schmidt, a.a.O., S. 19. "Diese Ausgrenzung der Verwaltungsvorschriften, die auf ihre Einordnung in die ‚Hierarchie der Gesetze im materiellen Sinn‘ bewußt verzichtet, ändert deshalb an der spätkonstitutionellen Lehre nichts außer der Etikettierung".

50 Zur Kritik an dieser Auffassung vgl. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Aufl. 1923, S. 537 ff.

51 Anders D. Jesch, der, von der demokratischen Verfassungsstruktur der BRD ausgehend, diese mit der Struktur der konstitutionellen Monarchie vergleicht und die gesamte überkommene Lehre am Demokratiegebot des Grundgesetzes mißt. Zur Entwicklung des Gesetzesbegriffs vgl. auch E.-W. Böckenförde, a.a.O., und Th. Ellwein, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise*, 1954.

52 Zur Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft vgl. Th. Würtenberger, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2. Aufl. 1959: einen guten Überblick

Vergeltungsstrafrecht erlangt hatten,⁵³ wird beherrscht von dogmatisch-scholastischen Untersuchungen und müßigen Methodenstreitigkeiten über die finale Handlungslehre. Ein Außenseiter, der allerdings ohne Einfluß blieb, der hessische Generalstaatsanwalt Bauer war es,⁵⁴ der auf die Funktion der Strafe in der modernen Gesellschaft hinwies und die Kenntnis der neueren amerikanischen und skandinavischen Resozialisierungsforschung vermittelte. Kriminologische Forschung, die in etwa den im Ausland gegebenen Stand erreicht hätte, fand nicht statt. Die Durchforstung der Strafrechtsnormen, insbesondere der Normen des politischen Strafrechts, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz unterblieb weitgehend.⁵⁵

Mithin ergibt sich folgender Befund: Nichtbeachtung des bereits vor dem Nationalsozialismus im eigenen Sprachgebiet erreichten Standes der wissenschaftlichen Forschung und Problemerkörterung; fehlende Auseinandersetzung mit der Rolle der eigenen Wissenschaft unter dem Nationalsozialismus; Isolierung von der wissenschaftlichen Entwicklung im Ausland; Abkapselung von den Forschungsergebnissen und Forschungsmethoden anderer Wissenschaften, insbesondere der Soziologie, wissenschaftlichen Politik und Psychologie; mangelnde rechtstheoretische Besinnung; fehlende Analyse der politischen und gesellschaftlichen Voraussetzungen von Recht und Rechtswissenschaft und deren sozialer Funktion in der jeweils gegebenen politischen und gesellschaftlichen Lage; fehlende Kritik an Recht und Rechtswissenschaft von den Erfordernissen der sozialen Demokratie her. Aus diesem Sachverhalt folgt, daß die für den Begriff und die Soziologie des Rechts wesentliche Frage, ob das Recht zur sozialen Basis gehört, oder ob es ausschließlich Überbauphänomen ist, der deutschen Rechtswissenschaft ebenso wenig in den Blick gekommen ist wie die Frage nach den konkreten Beziehungen zwischen sozialer Basis und Recht.

über die Einwirkung der Philosophie auf die Strafrechtslehre im 19. Jahrhundert gibt:
H. Holzhauser, *Willensfreiheit und Strafe*, 1969.

53 Vgl. F. v. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, 1883.

54 F. Bauer, *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, 1957.

55 Vgl. dazu H. Čopić, *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, 1967.

Neue Ansätze

Diese Lage wird in zunehmendem Maße kritisiert vor allem von den Studenten, denen es gelungen ist, eine umfassende Reformdiskussion⁵⁶ über Inhalt und Zweck des rechtswissenschaftlichen Studiums auszulösen; aber auch Richter und Staatsanwälte⁵⁷ dringen auf eine Neubestimmung der Funktion rechtsprechender Gewalt im demokratischen sozialen Rechtsstaat. Ansätze zum Versuch, die Stagnation in der deutschen Rechtswissenschaft wenigstens auf Teilgebieten zu überwinden, sind in neuerer Zeit erkennbar geworden. Dabei muß es, unabhängig von den inhaltlichen Ausführungen, bereits als Fortschritt gewertet werden, daß manche Autoren nicht mehr einfach totgeschwiegen, bestimmte Probleme nicht mehr als nicht vorhanden betrachtet werden. So wird Kelsen und seine *Reine Rechtslehre* wieder in zunehmendem Maße beachtet.⁵⁸ Rechtssoziologische Forschungsansätze werden wieder aufgenommen.⁵⁹ In einzelnen Arbeiten wird die Geschichte der Rechtswissenschaft und

56 Vgl. JZ, Sonderheft zu Fragen der Studienreform, November 1968; R. Eckertz, Fünf Thesen zur Reform des Juristischen Studiums, in: KJ 1968, S. 158 ff.; J. Baumann, Zur Reform des juristischen Studiums, 5 Thesen und 5 Gegenthesen, in: KJ 1969, S. 162 ff.

57 Vgl. X. Berra, *Im Paragraphenturm. Eine Streitschrift zur Entideologisierung der Justiz*, 1966; H. G. Joachim, Kritik und Selbstkritik der Richter, in: KJ, 1968, S. 22 ff.; Th. Rasehorn, Von der Klassenjustiz zum Ende der Justiz, in: KJ, 1969, S. 273 ff.; Th. Rasehorn/H. Ostermeyer/D. Huhn/F. Hasse, *Im Namen des Volkes?*, 1968.

58 Von der speziellen Kelsen-Literatur abgesehen – s. dazu Métall, a.a.O. – finden sich eingehende Auseinandersetzungen mit der Lehre Kelsens z. B. bei H. H. Rupp, a.a.O.; Jesch, a. a. O.; Ch. Böckenförde, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze. Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 1966; G. Roellecke, *Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz*, 1969; E. Bucher, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, 1965; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 1967; M. Drath, Über eine kohärente sozio-kulturelle Theorie des Staats und des Rechts, in: *Die moderne Demokratie und ihr Recht*, Festschrift f. G. Leibholz, I. Bd., 1966, S. 35 ff.; Th. Tsatsos, *Der Staat als funktionelle Vereinigung von Gesellschaft und Recht*, 1966.

59 E. E. Hirsch/M. Rehbinder (Hrsg.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Sonderheft 11 der Kölner ZS; dort S. 373 ff., eine Bibliographie der internationalen rechtssoziologischen Literatur; E. E. Hirsch, *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge*, 1966; Rehbinder, a.a.O.; B. Dombeck, a.a.O.; N. Reich, *Soziological Jurisprudence and Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas*, 1967; J. Schmidt, *Das "Prinzipielle" in der Freirechts-Bewegung*, 1968; K. Riebschläger, *Die Freirechtsbewegung*, 1968; J. Edelman, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*, 1968.

der Rechtsprechung vor allem unter dem Nationalsozialismus, beleuchtet.⁶⁰ In der allgemeinen Rechtslehre hat M. Kriele⁶¹ versucht, neuere amerikanische Forschung aufzuarbeiten: Fr. Müller⁶² hat neuere Lehren der allgemeinen geisteswissenschaftlichen Hermeneutik für die juristische Methodologie fruchtbar gemacht. Dem Studenten steht nunmehr eine allgemeine Staatslehre zur Verfügung,⁶³ in der er sich zumindest über einige Grundbegriffe und bedeutende Theorien objektiv orientieren kann.

Wesentliche Vorarbeiten für die Entwicklung eines kritischen Bewußtseins haben die Neuauflagen und Übersetzungen von Arbeiten progressiver Juristen geleistet, die bezeichnenderweise zum größten Teil in mehr politologisch und soziologisch ausgerichteten Verlagen herausgebracht worden sind. Hier ist vor allem der Luchterhand Verlag zu nennen, der die rechtssoziologischen Arbeiten von Gurvitch,⁶⁴ Geiger,⁶⁵ Weber,⁶⁶ die ideologiekritischen Arbeiten Kelsens,⁶⁷ die *Politische*

60 Vgl. P. Thoss, *Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung. Zum Verhältnis von Nationalsozialismus und Privatrecht*, 1968; W. Hilf, *Gleichheit und Artgleichheit*, 1966; H. Ridder, Zur Verfassungsdoktrin des NS-Staates, in: KJ 1969, S. 221 ff.; Th. Ramm, Nationalsozialismus und Arbeitsrecht, in: KJ 1968, S. 108 ff. und das Buch von B. Rütters, a.a.O.

61 M. Kriele, a.a.O.

62 Fr. Müller, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, 1966; K.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 1969, untersucht kritisch die Topiklehre; zu dieser vgl. auch N. Horn, Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, in: NJW, 1967, S. 601 ff.; zur Bedeutung der allgemeinen Rechtslehre für die Methodologie s. W. Krawietz, *Das positive Recht und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie*, 1967; R. Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, 1966.

63 R. J. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, 1969; *Die allgemeine Staatslehre* von H. Krüger, 1964, kann nicht empfohlen werden; vgl. E. Stein, Untertanenstaat oder freiheitliche Demokratie? Eine Auseinandersetzung mit Herbert Krügers Staatslehre, in: NJW 1965, 2384 ff.

64 G. Gurvitch, *Grundzüge der Soziologie des Rechts*, 1960.

65 Th. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1964.

66 M. Weber, a.a.O.

67 H. Kelsen, *Aufsätze zur Ideologiekritik mit einer Einleitung*, hrsg. von E. Topitsch, 1964.

Justiz Kirchheimers,⁶⁸ eine Auswahl der Arbeiten Abendroths,⁶⁹ die Kritik richterlicher Tätigkeit von Bendix,⁷⁰ den Band *Arbeitsrecht und Politik*⁷¹ herausgegeben hat⁷² Aber auch die Europäische Verlagsanstalt hat sich mit der Edition von Schriften Franz Neumanns,⁷³ Sinzheimer, Fraenkels⁷⁴ u. a.⁷⁵ Verdienste erworben.⁷⁶ Dort erscheint seit 1968 auch eine neue juristische Zeitschrift, deren Erfolg ebenfalls ein Zeichen dafür ist, daß es eine Gruppe progressiver, demokratischer Juristen gibt. Die *Kritische Justiz*,⁷⁷ von jungen Juristen, meist Referendaren und Assistenten ediert, hat sich zur Aufgabe gesetzt, die politischen Wirkungen von Justiz und Recht deutlich zu machen und die "Rechtswissenschaft aus ihrer mehr oder weniger selbst gewählten Isolation zu lösen und die Erkenntnisse anderer Wissenschaften wie Politologie, Soziologie, Psychologie, Psychoanalyse, Wirtschaftswissenschaften für die Rechtswissenschaft zu vermitteln und zu verarbeiten".⁷⁸

68 O. Kirchheimer, *Politische Justiz*, 1965.

69 W. Abendroth, *Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie*, 1967: s. auch *Gesellschaft, Recht und Politik, Wolfgang Abendroth zum 60. Geburtstag*, 1968.

70 L. Bendix, a.a.O.

71 *Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918 – 1933*, hrsg. v. Th. Ramm, 1966.

72 Vgl. auch die in diesem Verlag erschienene vorzügliche Reihe: *Demokratie und Rechtsstaat. Kritische Abhandlungen zur Rechtsstaatlichkeit in der Bundesrepublik*, in der z. B. X. Berra, a.a.O., und R. Ver, *Requiem auf einen Rechtsstaat*, die brillianteste und klügste Kritik, die über die Notstandsgesetzgebung verfaßt wurde, erschienen sind.

73 F. Neumann, *Demokratischer und autoritärer Staat*, 1967.

74 H. Sinzheimer/E. Fraenkel, *Die Justiz in der Weimarer Republik: Eine Chronik*, mit einer Einführung von O. Kirchheimer, hrsg. von Th. Ramm, 1968.

75 Vgl. z. B. J. Seifert, *Gefahr im Verzuge. Zur Problematik der Notstandsgesetzgebung*, 1963; ders., *Der Notstandsausschuß*, a.a.O.

76 Manche empfindliche Lücke wurde auch von der edition Suhrkamp – vgl. z. B. D. Sterzel (Hrsg.), *Kritik der Notstandsgesetze*; O. Kirchheimer, *Politische Herrschaft*, ders., *Politik und Verfassung*; C. Nedelmann u. a., *Kritik der Strafrechtsreform*; U. K. Preuß, *Das politische Mandat der Studentenschaft*; B. Simonsohn (Hrsg.), *Jugendkriminalität, Straffjustiz und Sozialpädagogik* – und von den Taschenbuchreihen – vgl. z. B. E. und H. Hannover, *Politische Justiz 1918–1933*; R. Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, 1968, S. 10; vgl. ders., *Recht und Politik*, in: ZRP, 69, S. 155 ff.; *Sexualität und Verbrechen* (hrsg. von Fritz Bauer u. a.) – geschlossen.

77 Fast gleichzeitig erschien als Beilage zur NJW die *Zeitschrift für Rechtspolitik*, die zwar in erster Linie ein Forum für rechtspolitische Argumentation sein will, sich aber zugleich die Aufgabe gestellt hat, die politischen Implikationen von Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen offenzulegen: s. ZRP 1968, S. 2.

78 Verlagsankündigung.

Das Recht als “reales gesellschaftliches Verhältnis”

Wenn in der neueren Reformdiskussion hierzulande immer wieder gefordert wird, das Studium der Rechtswissenschaft durch das der Soziologie, Politik, Volkswirtschaft zu ergänzen, so ist diese Forderung gewiß insofern zu unterstützen, als sie geeignet ist, eine Rechtswissenschaft als bloße Ideologie zu entlarven, die die soziale Bedingtheit des Rechts und die soziale Funktion der Rechtsanwendung leugnet. Sie birgt aber auch große Gefahren, weil sie die Trennung der generellen gesetzten Rechtsnormen von den individuellen privatrechtlich gesetzten Rechtsnormen und die künstliche Verselbständigung der letzteren als soziale Basis reproduziert. Zwar gehört das Recht, insofern man darunter nur das Gesetz versteht, gewiß nicht zur ökonomisch-sozialen Basis; aber auch die soziale Basis ist rechtlich geformt, drückt sich in rechtlicher Form aus, widerspiegelt sich im Recht. Das Recht ist ein durch die Rechtsform zwar teilweise ideologisch verzerrtes, zugleich “aber doch ausgedrücktes reales gesellschaftliches Verhältnis”.⁷⁹ Karl Marx hat diese Tatsache sehr klar zum Ausdruck gebracht, und zwar im Zusammenhang mit den beiden wichtigsten ökonomischen Grundkategorien: dem Produktionsverhältnis und dem Austauschverhältnis. Er spricht von den “Produktionsverhältnissen, oder was nur ein juristischer Ausdruck dafür ist, ... den Eigentumsverhältnissen”⁸⁰ und von dem Austauschverhältnis, jenem “Rechtsverhältnis, dessen Form der Vertrag ist ... es ist ein Willensverhältnis, worin sich das ökonomische Verhältnis widerspiegelt”.⁸¹ W. R. Beyer hat diesen Spiegelcharakter des Rechts in tiefeschürfenden Untersuchungen analysiert. Er kommt zu dem Ergebnis: “Der konkrete Gegenstandsbereich der Rechts-Ordnung ist somit die Gesellschaft überhaupt, des gesellschaftlichen Gesamtzusammenhangs”.⁸² Deshalb auch ist

79 K. Korsch, Rezension (als Einleitung abgedruckt in: E. Paschukunis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*), Neudruck 1966.

80 K. Marx, *Kritik der politischen Ökonomie*, MEW 13, S. 15.

81 K. Marx, *Das Kapital*, Bd. 1. Bd. IV der Karl-Marx-Ausgabe, hrsg. von H.-J. Lieber, S. 63.

82 W. R. Beyer, *Der Spiegelcharakter der Rechtsordnung*, 1951; *Beihefte zur Zeitschrift für philosophische Forschung*, H. 1, S. 21.

die "Entfernung des Rechts von der Gesellschaft weder weiter noch näher zu ziehen, sie ist immer die gleiche, nämlich die des in einer Einheit auftretenden Unter- und Überbaus".⁸³ Das Recht kann deshalb nie höher entwickelt sein, als es die materiellen ökonomischen Verhältnisse zulassen, es muß andererseits immer genügend entwickelt sein, um die Produktionsverhältnisse ausdrücken zu können.⁸⁴

Das erkennt auch der extreme erkenntniskritische Positivismus Kelsens an, denn auch nach Kelsen ist eine Rechtsnorm nur gültig, wenn sie wirksam ist; die Wirksamkeit einer Rechtsnorm "im großen und ganzen" ist die Bedingung für ihre Gültigkeit; andererseits wird eine Rechtsnorm ungültig und obsolet, wenn sie nicht mehr "im großen und ganzen" wirksam ist.⁸⁵ Gerade Kelsen stellt in diesem Punkt eine Beziehung von Sein und Sollen, der nach ihm streng getrennten Sphären, wieder her und hebt auch die bürgerlich-liberale Trennung der Wissenschaften – hier konkret die von Rechtswissenschaft und Soziologie – auf, indem er die rechtswissenschaftliche Frage nach der Gültigkeit der Norm mit der nach ihrer realen sozialen Wirksamkeit verbindet (wenn er auch den erforderlichen Grad der Wirksamkeit nur äußerst ungenau bezeichnet) und Rechtswissenschaft nach ihm somit ohne umfassende soziologisch-empirische Tatsachenforschung nicht möglich ist.⁸⁶

Der traditionellen Rechtswissenschaft ist deshalb nicht nur vorzuhalten, daß sie rechtssoziologische Fragestellungen und Problemzusammenhänge nicht genügend reflektiert, vielmehr erfaßt sie ihren eigenen Gegenstand, das Recht, nicht vollständig, wenn sie sich nur mit den generellen Normen des gesetzten oder des Gewohnheitsrechts befaßt

83 W. R. Beyer, a.a.O., S. 11.

84 Vgl. K. Marx, *Kritik des Gothaer Programms*, Neuausgabe, Hannover 1965, S. 23 f., insbes. S. 24.

85 H. Kelsen, a.a.O., S. 215 ff.

86 Der Ver. ist sich selbstverständlich darüber klar, daß die hier dargelegte Ansicht von der herrschenden Lehre abweicht; wer indes nicht lediglich überkommene Vorurteile kritiklos aufgreift, kann schlechterdings nicht an der Tatsache vorübergehen, daß Kelsen, indem er die Wirksamkeit jeder einzelnen Norm (nicht, wie früher, nur der Rechtsordnung als ganzer) zur Bedingung ihrer juristischen Geltung erklärt, in überzeugender Weise nicht nur die Nützlichkeit, sondern auch die Notwendigkeit der Rechtstatsachenforschung und der Rechtssoziologie für die juristische Dogmatik wissenschaftlich bewiesen hat.

(und mit individuell gesetzten nur insoweit, wie sie, vor allem als Richterspruch oder als Verwaltungsakte oberster Staatsorgane, unmittelbar dem Staat zuzurechnen sind) und demgegenüber die rechtliche Analyse des Inhalts der privatrechtlich gesetzten vertraglich oder rechtsgeschäftlich begründeten Normen vernachlässigt. Diese Vernachlässigung wird angesichts der Bedeutung der allgemeinen Geschäftsbedingungen und der privatrechtlichen Massenverträge immer unsinniger; wer kann z. B. eine rechtswissenschaftliche Aussage über das in der Bundesrepublik geltende Arbeitsrecht machen, ohne zugleich den Inhalt der Tarifverträge, der betrieblichen Vereinbarungen, der betrieblichen Übung darzustellen und zu analysieren. Wer vermöchte sich mit Verkehrsrecht zu befassen, ohne die allgemeinen Speditionsbedingungen, wer mit Bank- und Versicherungsrecht ohne die allgemeinen Bedingungen der Banken und Versicherungen mit zu berücksichtigen? All das, was unterhalb der Ebene der generellen Gesetzesnorm an rechtlicher Regelung geschieht, als bloße "Rechtswirklichkeit" der Rechtsnorm gegenüber zu stellen und als Gegenstand einer wirklichkeitsorientierten Soziologie oder Volks- und Betriebswirtschaftslehre zu betrachten, ist nicht nur rechtstheoretisch unhaltbar, sondern führt auch, wie sich bereits aus diesen wenigen Beispielen ergibt, praktisch zu abwegigen Ergebnissen.

Leider hat auch der einzige sozialistische Theoretiker, dem es zu seiner Zeit gelungen war, aus dem "Begriffshimmel" (Ihering) der Begriffsjurisprudenz wieder auf die Erde herunterzusteigen, Karl Renner, in seinem vielbeachteten Werk über die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion diese Zusammenhänge nicht gesehen, weil er sich nicht völlig von der Begriffsjurisprudenz lösen konnte und von einem abstrakten Begriff des Rechtsinstituts ausging, insbesondere des Eigentums, damit die dialektische Einheit von Rechtsform und Rechtsinhalt aufhebend. Für Marx hieß demgegenüber das bürgerliche Eigentum definieren nichts anderes, als alle gesellschaftlichen – sich notwendigerweise in Rechtsform ausdrückenden – Verhältnisse der bürgerlichen Produktion und Distribution darzustellen; erst das Ensemble dieser Rechtsverhältnisse zeige das Wesen des Eigentums. Bei Renner wird der Stufenbau der Rechtsordnung, der zugleich ein Rechtsanwendungs- und Rechtserzeugungszusammenhang ist, weil auf jeder Stufe der Rechtsordnung nicht nur Recht erzeugt, sondern auch höherstufiges Recht angewandt wird, in

eine normative und rechtstatsächliche Seite auseinandergerissen, ebenso wie dies seitens der bürgerlichen Soziologie und Jurisprudenz geschieht.

Andererseits ist es aber auch eine unzulässige Verkürzung und die Folge eindimensionalen Denkens, wenn Rechtsform und Warenform schlechthin gleichgesetzt werden, wie es Paschukanis tut. Die schwierige Frage nach dem konkreten Verhältnis von Basis und Überbau wird bei solcher Betrachtungsweise umgangen; das Problem wird nicht gesehen, das Marx als einen Punkt, der nicht vergessen werden dürfe, folgendermaßen skizzierte: "Das unegale Verhältnis der Entwicklung der materiellen Produktion z. B. zur künstlerischen. Überhaupt der Begriff des Fortschritts nicht in der gewöhnlichen Abstraktion zu fassen. Moderne Kunst etc. Diese Disproportion noch nicht wichtig und schwierig zu fassen, als innerhalb praktisch-sozialer Verhältnisse selbst ... Der eigentlich schwierige Punkt, hier zu erörtern, ist aber der, wie die Produktionsverhältnisse als Rechtsverhältnisse in ungleiche Entwicklung treten. Also z. B. das Verhältnis des römischen Privatrechts (im Kriminalrecht und öffentlichen das weniger der Fall) zur modernen Produktion".⁸⁷ Engels hat bekanntlich später bedauert, daß diese Frage der Entwicklung der sich als Rechtsverhältnisse ausdrückenden Produktionsverhältnisse zu den generellen Rechtsnormen und zur Rechtstheorie nicht eingehender behandelt werden konnte.⁸⁸ Bemerkenswert ist in dem hier behandelten Zusammenhang aber, daß Marx schon im Ansatz seiner Fragestellung das Problem auch als eines der Beziehungen von Rechtsnormen zueinander sah und gerade an dieser Stelle seine Ansicht, Produktionsverhältnisse träten als Rechtsverhältnisse auf, nochmals betont. Änderung der Produktionsverhältnisse bedeutet deshalb zugleich immer Änderung der Rechtsverhältnisse, in denen die Produktionsverhältnisse ihren Ausdruck finden, nicht aber zugleich Änderung der generellen, abstrakten Rechtsnormen (Beispiel von Marx: römisches Privatrecht, das in Deutschland rezipiert worden war). Diese Änderung festzustellen, ist die Rechtswissenschaft berechtigt und verpflichtet, denn Darstellung und Analyse des Inhalts von Rechtsnormen, ihres Zusammenhangs und ihrer Vereinbarkeit miteinander und mit höherrangigen Rechtsnormen ist ihre Aufgabe. Der Soziologie und Politologie

87 K. Marx, Einleitung zu: *Grundrisse der Kritik der Politischen Ökonomie*, 1953, S. 31.

88 F. Engels z. B. in: Brief an C. Schmidt vom 27.10.1890, *MEW* 37, S. 491.

obliegt es zu prüfen, inwieweit diese Änderungen von den Veränderungen und der Entwicklung des Produktivkräfte, insbesondere der Veränderungen der Technologie, verursacht worden sind und welchen Einfluß höherrangige Rechtsnormen, vor allem also gesetztes Recht, und die Rechtsprechung bei der Förderung oder der Hemmung dieser Veränderungen gehabt haben; ferner, in welchem Maße Veränderungen auf einer niedrigeren Stufe der Rechtsordnung, also vor allem auf der Stufe der Produktionsverhältnisse, höherrangige Normen verändert haben, sei es, daß die Auslegung dieser Normen durch die rechtsanwendenden staatlichen Organe eine Änderung erfuhr oder aber die Norm selbst durch den Gesetzgeber geändert oder aufgehoben wurde.

Am besten hat diesen Zusammenhang zwischen den gesellschaftlichen Verhältnissen und dem Recht P. Stutschka⁸⁹ erkannt. Es ist sehr bemerkenswert, daß seine Anschauungen insoweit enge Berührungspunkte mit denen Kelsens haben.⁹⁰ Unter zutreffender Berufung auf Marx kommt Stutschka zu dem Ergebnis, daß das Recht als System der konkreten gesellschaftlichen Verhältnisse⁹¹ und als juristischer Ausdruck der Produktionsverhältnisse der Basis, die

89 P. Stutschka, *Die revolutionäre Rolle von Recht und Staat*, Übersetzung und Einleitung von Norbert Reich, 1969.

90 Damit sollen die Unterschiede zwischen der Kelsenschen Rechtstheorie und dem Marxismus nicht verwischt werden, Unterschiede, die beide Seiten stets sehr pointiert hervorgehoben haben. Im vorliegenden Zusammenhang ist wesentlich, daß Kelsen von der strikten Trennung von Sein und Sollen ausgehend, das Recht ausschließlich als Norm begreift; sein Stufenbau ist eine Nomenpyramide. Stutschka sieht demgegenüber (s. auch die Auseinandersetzung von Kelsen mit Stutschka in: H. Kelsen, *The Communist Theory of Law*, 1955, S. 63 ff.; insbes. S. 65 f.) im konkreten Rechtsverhältnis ein reales gesellschaftliches Verhältnis. Ob man das Recht als Normensystem oder als ein System der realen gesellschaftlichen Verhältnisse begreift, hängt letztlich von dem erkenntnisleitenden Interesse ab. Will man – wie Kelsen – eine juristische Dogmatik begründen und stellt die Frage, warum etwas rechtlich sein soll, so kann man nur von der Norm ausgehen; richtet sich das Interesse auf das, was tatsächlich in Rechtsform – d. h. von der Zwangsgewalt des Staates geschützt – geschieht, so kommen von vornherein nur die tatsächlichen Verhältnisse in den Blick. Die Übereinstimmung von Kelsen und Stutschka liegt demgegenüber in folgendem: Bei Kelsen haben von der Verfassung bis zum Rechtsgeschäft und zur innerdienstlichen Weisung alle Stufen der Rechtsordnung die gleiche Normstruktur, ebenso aber bei Stutschka (vgl. P. Stutschka, a.a.O., S. 113); sein System der konkreten gesellschaftlichen Verhältnisse umfaßt "sowohl die abstrakten Formen als auch ihren Einfluß auf die konkrete Form" (P. Stutschka, a.a.O., S. 113).

91 P. Stutschka, a.a.O., S. 102.

abstrakten Formen dieser Verhältnisse aber (Gesetz und Ideologie) dem Überbau zuzuweisen seien.⁹² Das entspricht der Kelsenschen Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung sowie dem, was dieser über das Verhältnis von Recht und Rechtstheorie sagt.⁹³ Wenn Stutschka erklärt: "Wir erkennen klar die methodische und gedankliche Erbärmlichkeit der bürgerlichen Rechtswissenschaft, die sich nur auf das Gesetz (die Rechtsnormen) und die in ihnen ausgedrückten Rechtsinstitute konzentriert,⁹⁴ so trifft dies Kelsen nicht, der unermüdlich auf die Bedeutung der Stufen der Rechtsordnung unterhalb des Gesetzes hingewiesen hat. Im Gegenteil könnte sich hier die marxistische Rechtslehre auf den bedeutendsten westlichen Rechtstheoretiker berufen, der in diesem wesentlichen Punkt die gleichen Ansichten vertritt, und zwar im Gegensatz zur herrschenden westlichen Rechtslehre. Hat man sich einmal von der falschen Vorstellung gelöst, das Recht träte i. d. R. in generell-abstrakter Gesetzesform auf, und hat man erkannt, daß die konkreten gesellschaftlichen Verhältnisse in gleicher Weise Recht sind (ebenso wie die konkreten öffentlich rechtlichen Verhältnisse, z. B. der Gnaden-, Regierungs- oder justizfreie Hoheitsakt), so beantwortet sich die in der marxistischen Literatur umstrittene Frage,⁹⁵ ob das Recht der Basis oder dem Überbau angehöre, mit: sowohl als auch, je nachdem, ob es sich um konkret-individuelle oder um abstrakt allgemeine Rechtsformen handelt.

Der Vulgärmarxismus, der das einzelne subjektive Recht, das konkrete Rechtsverhältnis, unreflektiert zur sozialen Basis verweist und dieser den politisch-rechtlichen Überbau entgegenstellt, vermag deshalb ebenso wenig wie die überkommene Rechtslehre, die das einzelne private Rechtsverhältnis in ganz ähnlicher Weise aus dem Stufenbau der Rechtsordnung eliminiert, die feineren Ausdifferenzierungen des Ver-

92 P. Stutschka, a.a.O., S. 112.

93 H. Kelsen, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, a.a.O., S. 77.

94 P. Stutschka, a.a.O., S. 168.

95 Vgl. H. Lottig, a.a.O., S. 50 ff. mit weiteren Hinweisen: F. Jakubowski, *Der ideologische Überbau in der materialistischen Geschichtsauffassung*, Neudruck 1969, S. 35 ff. 41 ff. Zum Problem von Bau und Überbau allgemein vgl. F. Tomberg, *Basis und Überbau im historischen Materialismus*, in: ders., *Basis und Überbau. Sozialphilosophische Studien*, 1969.

hältnisses von allgemein-abstrakten Rechtsnormen und konkret-individuellen darzustellen, geschweige denn zu erklären. Insbesondere wird die Entfremdung nicht erkannt, die die generelle Rechtsnorm erfährt, wenn sie "gleichsam in die Mannigfaltigkeit und Vereinzelung des realen Lebens hineingerissen wird".⁹⁶ Lask, auf dessen Ausführungen zu diesem Problem Korsch⁹⁷ zustimmend hinweist, hat in wenig beachteten, aber sehr prägnanten Worten auf diese "Verschlingung von rechtlicher Bedeutung und realem Substrat im Einzelfall" aufmerksam gemacht sowie auf "das Verwachsensein abstrakter Inhalte mit konkreten Trägern, das den Schein realen Fürsichbestehens jener uns vortäuscht und ihre Hypostasierung im naiven Bewußtsein denn auch stets veranlaßt".⁹⁸ Eben diese Erscheinung hat Marx – wie Lask richtig feststellt – in seinen Ausführungen über den Fetischcharakter der Ware analysiert. Im Austauschprozeß, diesem "Rechtsverhältnis, dessen Form der Vertrag ist",⁹⁹ gewinnt die Ware jene "gespenstige Gegenständlichkeit",¹⁰⁰ die ihr Grundwesen, eine Beziehung zwischen Menschen zu sein, verdeckt. Denn um Dinge als Waren aufeinander zu beziehen, "müssen die Warenhüter sich zueinander als Personen verhalten, deren Willen in jenen Dingen haust".¹⁰¹ "Es ist nur das bestimmte Verhältnis der Menschen selbst, welches hier für sie die phantasmagorische Form eines Verhältnisses von Dingen annimmt".¹⁰²

Diese Verdinglichung und Fetischisierung, die die Rechtsform im Bewußtsein annimmt, wird durch die Rechtstheorie i. d. R. verstärkt. Über der Basis der in Rechtsformen gekleideten ökonomischen Struktur der Gesellschaft und dem Überbau der normativen Rechtsordnung erhebt sich die Theorie des Rechts. Diese wirkt, anstatt ideologiekritisch das falsche und verdinglichte rechtliche Bewußtsein aufzulösen und es auf die realen gesellschaftlichen Verhältnisse zurückzuführen, meist selbst ideologieerzeugend. Sei es, daß die Rechtstheorie nicht in der Lage ist, jene Hypostasierungen, die das naive Bewußtsein vornimmt, zu erkennen

96 E. Lask, *Rechtsphilosophie*, 1905, S. 38.

97 K. Korsch, a.a.O.

98 E. Lask, a.a.O., S. 38.

99 K. Marx, a.a.O., S. 63.

100 G. Lukacs, *Geschichte und Klassenbewußtsein*, 5. Aufl., 1968, S. 94.

101 K. Marx, a.a.O., S. 63.

102 K. Marx, a.a.O., S. 48.

und diese deshalb unkritisch übernimmt, sei es, daß die Rechtstheorie um der mehr oder minder bewußten Verfolgung politischer Interessen willen eine Verhüllungsstrategie betreibt, die auf die wissenschaftliche Verbrämung und Stützung des naiven Bewußtseins abzielt.¹⁰³ Eine ideologiefreie Erkenntnis des geltenden Rechts ist vor allem deshalb so schwer, weil jeder Rechtsakt und insbesondere die Rechtsnorm selbst bereits mit einem bestimmten juristischen Geltungsanspruch auftritt, im Gegensatz zu den Gegenständen der Naturwissenschaften. Dieser Sinn, den eine Rechtsnorm sich beilegt – z. B. das Eigentumsrecht sei ein Verhältnis zu einer Sache –, braucht indes mit der wirklichen Bedeutung, die ihr nach kritischer Deutung ihres rechtlichen Wesens zukommt, nicht übereinzustimmen.¹⁰⁴ “Es versteht sich von selbst, daß es gerade die von der Rechtstheorie erzeugten Ideologien sind, die ganz wesentlich die Vorstellungen bestimmen, von denen die Rechtsakte bei den sie setzenden wie bei den sie als Adressaten verstehend aufnehmenden Menschen begleitet werden. Und es ist das Paradoxe dieser ganzen Situation, daß die Rechtstheoretiker gerade dadurch über den ideologischen Charakter dieser Begleitvorstellungen getäuscht werden, daß sie in dem von ihnen zu bedeutenden Material schon ‚objektiv‘ gegeben vorzufinden glauben, was von der Rechtstheorie – wenn auch schon in deren frühesten und primitivsten Stadien – in das Material hinein getragen wurde”.¹⁰⁵

103 Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, a.a.O., S. 74 ff.

104 Kelsen, a.a.O., S. 77 ff.

105 Kelsen, a.a.O., S. 74.