

## Buchbesprechungen

*Arbeitsrecht und Politik – Quellentexte 1918–1933, herausgegeben und eingeleitet von Thilo Ramm, Luchterhand Verlag, Neuwied 1966, 291 S.*

Die augenblicklich wieder aufbereitete Debatte um die Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes durch Erweiterung der Mitbestimmung, die Einführung von (für die Arbeitnehmer de facto verbindlichen) Lohnleitlinien, nicht zuletzt auch die durch verfassungsänderndes Notstandsgesetz von 1968 in das Grundgesetz eingefügten Normen über den Arbeitskampf, haben die Frage nach den politischen Implikationen dieser Gesetzesänderungen und nach dem theoretischen wie praktischen Stellenwert des Arbeitsrechts innerhalb des kapitalistischen Systems besonders aktualisiert.

Es überrascht nicht, wenn in der öffentlichen Diskussion so gut wie gar nicht auf Parallelvorgänge und -entwicklungen im Arbeitsrecht der Weimarer Zeit und auf die damals bereits erarbeiteten kritischen Untersuchungen Bezug genommen wird: war doch einerseits ein Teil der arbeitsrechtlichen Gesetze aus der Zeit nach 1918 auf die Modifizierung der kapitalistischen Wirtschaftsordnung hinkonzipiert, andererseits die Uminterpretation dieser Normen vor allem durch die Judikatur Symptom der sich abzeichnenden Transformation in das faschistische System: Ausgangs- bzw. Endpunkte, die in der öffentlichen juristischen Diskussion gleichermaßen der Tabuisierung unterliegen.

Eben deshalb verdient die von Thilo Ramm bereits 1966 herausgegebene Sammlung arbeitsrechtlicher Aufsätze aus den Jahren 1925 bis 1932 erhöhte Aufmerksamkeit. Die Autoren, Freunde bzw. Schüler (Fraenkel, Neumann, Potthoff, Kahn-

Freund) des bekannten Arbeitsrechtlers Hugo Sinzheimer liefern durchweg kritische, hinsichtlich des Inhalts und der Kriterien der Kritik allerdings unterschiedlich zu qualifizierende Beiträge zur damaligen Entwicklung des Arbeitsrechts.

Abgesehen von Potthoff versuchen die Autoren, die inhaltliche Entstehung der nachrevolutionären arbeitsrechtlichen Normen durch das RG und das RAG als Symptom bzw. Produkt der sich verändernden politischen Situation, nämlich der zunehmenden Faschisierung zu begreifen und ermöglichen dadurch dem Leser, Rückschlüsse auf die Korrelation zwischen Recht und dem jeweiligen Stand des Kräfteverhältnisses der Klassen zu ziehen.

Heinz Potthoff, sozialdemokratischer Jurist, untersucht in seinem 1925 geschriebenen Aufsatz mit zäher Genauigkeit und unter Verwendung vorwiegend immanent juristischer Kategorien das nach Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung aktuell gewordene Problem der Schaffung neuen Arbeitsrechts durch die Verfassung, insbesondere durch die Art. 159 und 165 WRV, sowie deren mittelbare (?) Einwirkung auf das bereits geltende Arbeitsrecht, bzw. die Norminterpretation. Die Begrenztheit der Argumentationsweise Pottoffs wird etwa deutlich, wenn er als neues beherrschendes Rechtsprinzip des Arbeitsrechts den Kollektivismus zwar anerkennt (S. 7, 53), diese Feststellung aber sogleich ad absurdum führt, indem er das Kollektivprinzip – ursprünglich als Schutzprinzip zugunsten der Arbeitnehmer gedacht – formal konsequent und dazu unter Berufung auf »soziale Organisation und Verantwortung« (S. 56) extendiert und im Rahmen der Erörterung der Rechtsprechung zum Betriebsrisiko so interpretiert, daß es im

Ergebnis als Schutzprinzip zugunsten der Arbeitgeber fungiert (S. 56). Gleichermassen unverständlich und zudem unbegründet bleibt auch die Feststellung Porthoffs, daß Art 159 WRV, der das Recht auf Vereinigungsfreiheit regelte, lediglich als Programmsatz zu qualifizieren sei, der, um unmittelbare Rechtswirkungen erzeugen zu können, erst der Realisierung durch den Gesetzgeber bedürfe (S. 69). Hier verfällt Porthoff dem herrschenden Trend der Weimarer Staatsrechtslehre, die diejenigen Verfassungsormen, welche direkt oder tendenziell den Ausbau der politischen zur wirtschaftlichen Demokratie implizierten, als für die Praxis und für die Interpretation anderer Verfassungsnormen oder Gesetze unverbindliche Programmsätze deklarierte<sup>1</sup>.

Die folgenden Aufsätze Ernst Frankels, damals SPD-Mitglied, Lehrer und später Syndikus des Deutschen Metallarbeiterverbandes, seit 1927 – zeitweilig zusammen mit Franz Neumann – Rechtsanwalt beim Kammergericht, 1938 emigriert, weichen gegenüber der Arbeit Porthoffs positiv ab.

In seinem Aufsatz über »Kollektive Demokratie«, zuerst im Jahre 1929 in der »Gesellschaft«, einer von der Weimarer SPD herausgegebenen, vorwiegend theoretisch orientierten Zeitschrift, abgedruckt, liefert Fraenkel eine kurze Analyse der Entwicklung des Parlamentarismus. Im Ergebnis stellt er fest, daß der Reichstag immer weniger als Zentrum der staatlichen Willensbildung fungierte, daß die rechtliche Abhängigkeit der Regierung vom Parlament sich vielmehr in die Abhängigkeit des Parlaments von der Bürokratie umgewandelt hatte.

Parallel dazu verläuft, wie Fraenkel darlegt, die Zurückdrängung der Legislative als Gesetzgebungs faktor zugunsten der Judikative, die statt als Normenwender in zunehmendem Maße als Normsetzer fungiert.

Die von Fraenkel dargestellte Tendenz wird durch die Überlegungen Neumanns und Kahn-Freunds zur Entwicklung der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung aus den Jahren 1929 und 1931 verdeutlicht.

Auch sie bestätigen, daß eine Verlagerung

des Schwergewichts vom Gesetzesrecht zum Richterrecht vorstehen geht, daß Reichsgericht und Reichsarbeitsgericht, um als Zensoren des Gesetzgebers fungieren zu können, sich der freirechtlichen Interpretationsmethode bedienen, die eine Entscheidung nach »konkreten Wertabwägungen«<sup>2</sup> postuliert, die es möglich macht, nach eigenem »Rechtsgefühl« (Fraenkel S. 85) zu entscheiden und die klassengebundenen subjektiven Wertvorstellungen der Judizierenden selbst ungehindert in die Urteilsfällung miteinfließen zu lassen.

Inhaltlich gründet sich die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts auf ein »faschistisches Sozialideal« (Kahn-Freund, S. 205), das charakterisiert ist durch den regulierenden Eingriff des Gerichts in den kollektiven Kampf der Klassengegner einerseits und durch eine patriarchalisch-fürsorgliche Tendenz andererseits. Zu Recht weisen beide Autoren zum Beweis der ersten Tendenz auf die arbeitskampffeindliche Rechtsprechung des RAG hin, die – orientiert an einem fiktiven Ideal des Wirtschaftsfriedens – schließlich etwa dazu führte, daß das RAG Kampfwille und Kampffähigkeit als nicht begrifflich notwendige Merkmale einer Gewerkschaft bezeichnete, und damit die Gewerkschaften von Kampforganen zu Organen des Wirtschaftsfriedens uminterpretierte.

Gleichermassen bezeichnend erscheint auch die Tatsache, auf die Neumann, S. 140, eingehet, daß das RAG einen Verzicht des einzelnen auf bereits verdienten Tariflohn für zulässig erklärt und somit die Umgehung der kollektiv erwirkten Regelung der Arbeitsbedingungen im Tarifvertrag mittels einzelvertraglicher Abmachung höchst rückerlich sanktioniert.

Die ablehnende Haltung gegenüber dem Kollektivprinzip als einem für die Arbeiterklasse entscheidenden Mittel der Selbsthilfe weisen die Autoren gleichermassen an der Rechtsprechung des RAG zum Betriebsratgesetz nach: war dieses Gesetz, wie Kahn-Freund meint, der ratio legislatoris zufolge als »Ansatz zur Sozialisierung« gedacht oder intidierte es jedenfalls die Sicherung der Kontrolle über die Dispositionsgewalt des Unternehmers (Fraenkel, S. 102), so unterwanderte das

<sup>1</sup> Vgl. dazu im einzelnen: Apelt, Willibalt: Geschichte der Weimarer Reichsverfassung, München 1946, S. 298 f.

<sup>2</sup> Weber, Max: Rechessozioologie, Neuwied 1966, S. 281.

RAG diese Konzeption, indem es eine übergeordnete Organisationseinheit, den »Betrieb«, erfand und den Belangen dieses »Betriebes« Vorrang vor den durch die Betriebsräte vertretenen Kollektivinteressen der abhängigen Arbeitnehmer einräumte. Damit wurde »die regulierende Beschränkung der Interessenauseinandersetzung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Rahmen des Betriebes im Hinblick auf eine gedachte Einheit (nämlich diejenige des Betriebes; d. Verf.), deren ökonomische Identität mit dem Arbeitgeber feststand, eine der Grundlagen der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung des höchsten Gerichts« (Kahn-Freund, S. 161). Was das RAG eigentlich unter der Formel »Betrieb« verstanden wissen wollte, zitiert Kahn-Freund unter Heranziehung eines Urteils aus dem Jahre 1928: Betrieb ist »der wirtschaftliche Gesamtorganismus, der die Betriebseinrichtungen nach der sächlichen und den Arbeitgeber und die Arbeitnehmerschaft nach der personellen Seite umfaßt, ohne jedoch davon abhängig zu sein, daß diese Personen ständig dieselben bleiben« (S. 160).

Die Metapher »Betrieb« benutzt das RAG, um daraus den Gedanken von der »sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft«, die Floskel von der »Verbundenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer« zu entwickeln, die sich ob ihrer ideologischen Prädisposition reibungslos in die Judikatur und Dogmatik nach 1933 eingefügt haben und bis heute im Arbeitsrecht fortwirken. Lesenswert ist in diesem Zusammenhang der Versuch Neumanns, den vom RAG verwandten Begriff der »sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft« im Hinblick auf seine ökonomischen und politischen Implikationen zu überprüfen (S. 136 f.). Neumann und Kahn-Freund zeigen, in welcher Weise und wie weitgehend diese Fiktion des RAG seine Entscheidungen bestimmte: einerseits, indem vor allem in der Frage des Betriebsrisikos dem Arbeitnehmer unter Hinweis auf das gemeinschaftliche Zusammenwirken im Betrieb zusätzliche Leistungen aufgebürdet werden, die von Gesetzes wegen (§ 615 BGB) der Arbeitgeber zu tragen hätte, andererseits, indem aus der Betriebsverbundenheit eine weitreichende Betriebsdisziplin im Sinne einer »personellen Unterordnung«

hergeleitet und damit für den Arbeitgeber eine »Sphäre reiner Machtentfaltung« (Kahn-Freund, S. 188) bereitgestellt wird. Im Ergebnis wird das Arbeitsverhältnis »verbeamtet« (Kahn-Freund, S. 188), d. h. einerseits eine weitgehende, auch persönliche Unterwerfung unter den Willen des Arbeitgebers, genannt Treuepflicht, andererseits eine Fürsorgepflicht des AG gegenüber dem AN konstituiert.

Zwar läßt sich, wie Kahn-Freund in der Einleitung zu seinem Aufsatz bemerkt, die Rechtsprechung des RAG gerade angesichts der sozialen Schutzzendenz im Individualarbeitsrecht nicht pauschal als »arbeiterfeindlich« qualifizieren. Diese Einschätzung erscheint allerdings lediglich hinsichtlich des Ergebnisses der einzelnen besprochenen Entscheidungen gerechtfertigt: was die vom RAG jeweils beigebrachten Begründungen und deren ideologischen Standort angeht, so erweisen sie sich deshalb als gegen die Arbeitnehmer – auch soweit sie als Individuen betroffen sind – gerichtet, weil, wie Kahn-Freund später selbst einräumt, das RAG Sozialpolitik nur als patriarchalische Fürsorge gelten läßt; dagegen nicht als organisierte Selbstwahrung von Interessen begreifen will.

Die Sammlung wird abgeschlossen von zwei Arbeiten über den Funktionswandel (Kahn-Freund) und die politische Bedeutung (Fraenkel) des Arbeitsrechts, beide aus dem Jahre 1932.

Das Fazit, zu dem Fraenkel darin kommt, ergibt aus dem Vorangegangenen: das Arbeitsrecht, ursprünglich dazu bestimmt, gewisse Ansätze für die Umbildung der Gesellschaft festzuhalten (Fraenkel, S. 253), war dadurch, daß es in die überkommene Dogmatik des bürgerlichen Rechts eingepreßt und zudem contra oder praeter legem interpretiert wurde, der bürgerlichen Dogmatik und Judikatur zum Opfer gefallen.

Inabesondere wegen seiner Aktualität auch für die derzeitige Situation empfiehlt sich der abschließende Aufsatz von Kahn-Freund: am Beispiel des Vordringens der Verbindlichkeitserklärung von Schiedssprüchen anstelle freiwillig abgeschlossener Tarifverträge sowie am Problem der Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen und an der Rechtsprechung des RAG zum Streik erläutert Kahn-Freund, in welcher Weise und in welchem

Ausmaße der Klassenkampf der Organisationen im Verlaufe der Weimarer Zeit ausgeschaltet wurde und eine Unterordnung der Interessen unter die politischen Zwecke des Staates zunehmend Platz greift; darauf, daß etwa die Propagierung der ‚Formierten Gesellschaft‘, die im Rahmen der ‚Konzertierten Aktion‘ praktizierten Maßnahmen Tendenzen ähnlicher Art implizieren, bedarf es wohl keines weiteren Hinweises.

Das kollektivistische System als Versuch, den Klassenkampf rechtlich zu organisieren und ihn zu einem integrierenden Bestandteil des objektiven Rechts zu machen, wird zum einen durch die Normeninterpretation der Rechtsprechung, zum anderen durch direktes Eingreifen des Staates – insbesondere in Form von Notverordnungen nach Art. 48 WRV – zurückgedrängt; autonome Vereinbarungen werden durch staatliche Anordnungen ersetzt.

Kahn-Freund weist insbesondere auf die parallel verlaufende Umfunktionierung der Organisationen und der ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsformen hin, derer sich nunmehr der Staat zur Durchführung seiner Lohnpolitik bedient: die Gewerkschaften fungieren statt als Kampforganisationen zunehmend als Garanten der staatlichen Wirtschaftspolitik: »Die Verhinderung des Abgleitens (der Löhne, d. Verf.) ins Bodenlose wird damit erkauft, daß die Arbeiterschaft mit ihren eigenen Organisationen für die Durchführung der Lohnkürzungen Gewähr leisten muß.« (Kahn-Freund, S. 218)

Die Aufsatzsammlung bietet eine Fülle von Material und brauchbaren Arbeitsergebnissen zur Analyse der Weimarer Arbeitsrechtsprechung und ihres politischen Standortes. Verfolgt man die Theoreme, die das RAG damals seiner Rechtsprechung zugrundegelegt hat, weiter, so läßt sich eine Kontinuität über die Zeit des Dritten Reiches hinaus bis hin zur Rechtsprechung des BAG sehr wohl feststellen: man erinnere sich der Rechtsprechung zum Betriebsrisiko, der in einzelnen Punkten zwar modifizierten, ihrem ideologischen Standort nach aber gleichgebliebenen Rechtsprechung zum Streik, etc.

Es verwundert deshalb, wenn der Herausgeber in seiner Einleitung (S. XI) ohne jeden Versuch der Differenzierung behauptet, eine Kontinuität zum Arbeitsrecht der

Weimarer Zeit bestrebe nicht, ja, schließlich sogar der apologetischen Ideologie vom »jähren Bruch des Jahres 1933« aufsitzt. Was die vorgelegten Aufsätze häufig vermissen lassen, ist die Einbeziehung des jeweiligen akuellen politischen Kontextes, der den Funktionswandel des Arbeitsrechts erst eigentlich deutlich machen und erklären würde. Läßt sich dieser Mangel möglicherweise aus der politisierteren Position der damaligen Adressaten erklären, denen der akute politische Zusammenhang ohnehin evident gewesen sein mag, so wäre es heute Aufgabe des Herausgebers gewesen, eben jenen Kontext – sei es in Form einer angemessen ausführlichen Einleitung (Ramm begnügt sich mit knapp 2 Seiten), sei es durch Anmerkungen zu den einzelnen Aufsätzen – herzustellen.

Was in den Arbeiten ebenfalls zu kurz kommt, sind Überlegungen zur Soziologie und zum politischen Standort der Weimarer Richterschaft. Auch hierzu wären Bemerkungen des Herausgebers wünschenswert gewesen, zumindest wäre etwa ein Hinweis auf die 1927 erschienene Arbeit von Fraenkel »Zur Soziologie der Klassenjustiz« der Mühe wert gewesen.

Was den Leser schließlich besonders verstimmt, ist die Tatsache, daß im Anhang (S. 263) zwar biographische Daten über jeden Autor abgedruckt sind, diese aber fast ausnahmslos über den wissenschaftlichen Werdegang berichten: Einzelheiten über das politische Engagement der Autoren, das für ihren wissenschaftlichen Standort zweifelsohne entscheidend war, werden dagegen mit Schweigen übergangen.

Wie verträgt sich dieses Faktum mit dem Anspruch, den der Herausgeber aufstellt, wenn er die von ihm vorgelegte Aufsatzsammlung mit »Arbeitsrecht und Politik« betitelt?

Barbara Dietrich

*Günther Küchenhoff, Naturrecht und Liebesrecht, 2. Aufl., Hildesheim 1962, 177 S.*

Zwischen Liebesrecht und Faschismus scheint kein Zusammenhang zu bestehen. Was sollte ein Rechtssystem, das »im Gegensatz zum Machtrecht« (Naturrecht und Liebesrecht, S. 8) auf der christlichen Menschenliebe basiert, mit Faschismus zu tun haben? Dieser Zusammenhang scheint auch

nicht dadurch hergestellt, daß der Schöpfer des Liebesrechts, der Würzburger Ordinarius Günther Küchenhoff während der nationalsozialistischen Herrschaft die »von nationalsozialistischer Weltanschauung ausgehende rassengesetzliche Rechtslehre propagierte<sup>1</sup> und ausgehend von der Überzeugung, daß »der Führer das Volk in seiner besten Substanz verkörpert«<sup>2</sup>, zu Ergebnissen gelangte wie: daß »keine Hausgemeinschaft möglich ist, wo ein Jude der Hausgemeinschaft angehört«<sup>3</sup>; daß jüdische Richter und Rechtslehrer zu entlassen sind<sup>4</sup> und daß »Rechtsbrecher, Staatsfeinde und Feinde der Volksgemeinschaft erforderlichenfalls völlig zu vernichten sind.<sup>5</sup>

Die Tatsache, daß der Verfechter dieser Vorstellungen heute ein »Recht aus der Menschenliebe« vertritt und diese Konzeption mit einer Vielzahl von Zitaten aus den Evangelien und den päpstlichen Enzykliken abzustützen sucht, deutet auf eine völlige Abkehr von den früheren Ansichten hin und scheint diese in den Bereich menschlich-moralischen Versagens und des politischen Irrtums zu verweisen.

Daß dieser erste Eindruck falsch ist, und der durch die Themenstellung suggerierte Zusammenhang zwischen Küchenhoffs Liebesrecht und Faschismus besteht, soll durch die folgende Analyse des Küchenhoffschen Liebesrechts an Hand der Darstellung in »Naturrecht und Liebesrecht« nachgewiesen werden.

Liebesrecht ist gesteigertes Naturrecht (Naturrecht und Liebesrecht, S. 70) und dient dazu, eine allseits befriedigende Harmonie herzustellen (S. 124). Es besteht nicht in der Abwicklung von Rechten und Pflichten, sondern in der Feststellung der Rechtsfolgen aus einer allseitigen Liebespflicht. Es tritt als allseitig verbindliches Recht anstelle des Gegenseitigkeitsrechts, indem es »von der einen Leistung zur Leistung des anderen geht, von diesem aber

nicht wieder notwendig zurück zum ersten Leistenden, sich also nicht in der Wechselbeziehung derselben, sich mit einander im Vertrag oder sonstigen speziellen Rechtsverhältnis treffenden Menschen erschöpft, vielmehr jeden Menschen von Reches wegen erfasst und verpflichtet.« Dieser Gedanke verwirklicht sich dadurch, daß »der eine im anderen aufgeht, wenn er sein Leben über rein triebhaft-besinnungslose – die Einordnung in höhere Ganzheiten verschmähende – Selbsterhaltung hinaus formen will (S. 68).

Das so beschriebene Liebesrecht gestaltet die Rechts- und Gesetzesordnung, es wendet sich an den Gesetzgeber, den Richter und den Verwaltungsbeamten. So hat der Richter die Grundsätze des Liebesrechts bei der Auslegung der Gesetze und bei Schließung von Gesetzeslücken anzuwenden.

Es wäre zu einfach, angesichts dieser verworrenen und vieldeutigen Ausführungen, sich mit dem Hinweis zu begnügen, das Unwahre überführe sich seiner selbst im Geschwollenen (Adorno). Dies zeigt sich bei den Rechtsfolgen, die aus dem Liebesrecht abgeleitet werden. In ihnen enthüllt sich der politische Sinn des Küchenhoffschen Liebesrechts. Dieser politische Sinn: Die Verschleierung von Herrschaftsverhältnissen wird an zwei Stellen besonders deutlich, beim Privateigentum und beim Arbeitsverhältnis.

Für Küchenhoff ist das Privateigentum im Naturrecht begründet. Dies sei daraus zu erkennen, daß gepachteter Acker nicht mit derselben Liebe gedüngt werde wie der eigene, den der Stolz des Vaters späteren Generationen zudenkt, und daß man zu einem gleichen Buch nicht das selbe Verhältnis haben könne wie zum eigenen (S. 56).

Indem der Unterschied zwischen dem Eigentum an Produktionsmitteln und den Gegenständen der Konsumtion verwischt wird, wird die gesellschaftliche Problematik des Privateigentums völlig eliminiert. Um die Steigerung des Privateigentums, das es durch das Liebesrecht erfährt, klarzumachen, verbietet Küchenhoff auch den verbalen Vorwurf, Eigentum sei Diebstahl, da man sonst Macht gegen Macht setze (S. 110). Die politische Funktion des Liebesrechts demaskiert sich. Das Liebesrecht erschöpft sich in der Apologie der

<sup>1</sup> Günther Küchenhoff, Nationaler Gemeinschaftstaat, Volksrecht und Volksrechtsprechung, 1934, S. 44.

<sup>2</sup> derselbe, Führergrundsatz, Führertum in: Volkmar-Elster-Küchenhoff, Die Rechtsentwicklung der Jahre 1933–1935/1936, S. 199.

<sup>3</sup> derselbe, Volksgemeinschaft und Reich, in dem zitierten Sammelband, S. 786.

<sup>4</sup> derselbe, Nationaler Gemeinschaftstaat ..., S. 38.

<sup>5</sup> a.a.O., S. 12.

bestehenden Besitz- und Herrschaftsverhältnisse, indem es den Besitzlosen, den Ohnmächtigen Liebe abverlangt gegenüber den Besitzenden und Herrschenden, da sonst Macht gegen Macht stünde.

Der zweite Bereich, in dem die politische Funktion des Küchenhoffschen Liebesrechts sofort offenkundig wird, ist die Auffassung vom Arbeitsverhältnis.

Küchenhoff betont zunächst, daß er einzelne Arbeitnehmer zur Mitwirkung an der Gestaltung im Betrieb berechtigt sei. Diese Mitwirkung des Arbeitnehmers solle sich durch das Ratsprinzip verwirklichen. Das Ratsprinzip gebe dem Arbeitnehmer das Recht, mit seinen Wünschen und Anliegen von der Betriebsleitung gebörd zu werden. Die Entscheidung und Verantwortung bleibt allerdings allein beim Betriebsleiter. Dennoch sei das Recht auf Anhörung und Raterteilung sehr wichtig, da das Wertbewußtsein des Arbeitnehmers dadurch gehoben werde und dieser dadurch Verantwortung für den Betrieb übernehme, denn den sinn- und planlos Ratenden werde man das nächste Mal nicht mehr hören (S. 107).

Hier entblößt sich die andere Seite der politischen Funktion des Küchenhoffschen Liebesrechts. Gegensätze werden von ihm buchstäblich hinweggezaubert durch den Taschenspielertrick einer Beteiligung der Vielen an der Entscheidung der Wenigen, die jedoch folgenlos bleibt, dem Gewaltunterworfenen aber ein gehobenes Wertbewußtsein vermittelt, obwohl sie seine Ohnmacht verlängert.

So gilt für den Betrieb aus dem Liebesrecht heraus nichts anderes als es Küchenhoff 1937 für den Staat proklamierte:

»Der Führergrundsatz wird durch den nachgeordneten Ratsgrundsatz ergänzt. Der Führer hat die Verantwortung für die Entscheidung, die Räte sind dem Führer für den Rat verantwortlich.«<sup>6</sup>

Das Liebesrecht schützt also einerseits die bestehenden Besitz- und Machtverhältnisse, indem sie sie als sakrosankt hinstellt; andererseits will es den Gewaltunterworfenen das Bewußtsein der Ohnmacht durch Rottäuscherei (Ratsprinzip) nehmen. Das Liebesrecht dient so der Verschleierung gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Ge-

gensätze. Die Aufrechterhaltung der bestehenden Besitz- und Machtverhältnisse und deren gleichzeitige scheinbare Harmonisierung mit entgegenstehenden Interessen ist ein hervorragendes Kennzeichen faschistischer Herrschaft.

Dieser soeben beschriebenen politischen Intention des Küchenhoffschen Liebesrechts dient die Deutung des Verhältnisses von Ganzheit und Gliedern als organisch-naturliche Beziehung. Das Liebesrecht gebietet dem Individuum die Einordnung in höhere Ganzheiten (S. 68). Diese Ganzheiten sind Gemeinschaften, die vielfältig von totalitären Gedanken erfüllt sind (S. 60), denn das Liebesrecht führt zu einer organisch gestuften, der kulturellen Entwicklung angepaßten Ordnung in Gemeinschaften (S. 108). Diese Gemeinschaften wiederum gewähren jedem »gliedhaft-verdienstvoller« Mitwirkung am gemeinsamen Werk (S. 102).

Das Liebesrecht baut also wie die faschistische Ideologie auf Ganzheiten auf, die schon durch ihre bloße Existenz auch schon zum eigenständigen und primären Wert werden, ohne daß die Frage gestellt wird, ob sich diese Ganzheiten vor den Möglichkeiten und Notwendigkeiten der Individuen ausweisen können.

Weder die Ganzheiten des Liebesrechts noch die Volksgemeinschaft faschistischer Prägung, von der Küchenhoff 1937 schrieb: »Die Gemeinschaft ist ein durch die Gleichartigkeit des Blutes bedingtes, die Einheit von Blut und Geist und beider Wechselbeziehung aufzeigendes Grunderlebnis, welches höchsten Lebenswert und daher auch höchsten Rechtswert hat«<sup>7</sup> können sich an den Möglichkeiten und Notwendigkeiten der Individuen ausweisen.

Für unsere Untersuchung ist dabei wichtig, wie die Beziehungen zwischen Gemeinschaft und Glied aufgefaßt werden. 1937 heißt es: »Zwischen Gemeinschaft und Glied werden aber nicht Rechte und Pflichten gegenseitig abgewogen. Vielmehr ist das Glied von der Gemeinschaft überhaupt nicht zu trennen, beide sind in wechselseitiger Durchdringung für einander da«<sup>8</sup>. Damit schließt sich der Kreis wieder. Auch im Liebesrecht geht es nicht um die Abwicklung von Rechten und Pflichten, auch

<sup>6</sup> derselbe, Ratsprinzip, in dem in Fußn. 2 zitierten Sammelband, S. 518.

<sup>7</sup> derselbe, Volksgemeinschaft und Reich, S. 784.

<sup>8</sup> 2.1.O., S. 787.

hier wird der Gegensatz durch gegenseitiges Insidchaufgehen gelöst.

Die Affinität von Küchenhoffschem Liebesrecht und faschistischem Gemeinschaftsgedankens läßt sich bis in die Details verfolgen. 1937 erhöhte der Gemeinschaftsgedanke die Offenbarungspflicht der Vertragschließenden<sup>9</sup>, heute tut dies das Liebesrecht (S. 76).

Somit steht fest: Neben der Verschleierung gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Gegensätze verbindet der Gemeinschafts- oder Ganzheitsgedanke Liebesrecht und Faschismus.

Zwischen beiden besteht aber noch ein drittes wichtiges Bindeglied. Ein Rechtssystem, das darauf aufbau, daß der eine im anderen aufgeht, und so allseitige Harmonie schafft, bricht ganz bewußt mit jeder – noch so formalen – Rationalität. Mittels dieser Leerformeln kann kein berechenbares Recht gesprochen werden.

Der bewußte Verzicht auf jegliche formale Rationalität führt zwangsläufig zu einer totalen Fungibilität des Rechts. Jedes Gesetz, jedes Urteil, jede Verwaltungsentcheidung, kann anhand dieser Leerformeln gerechtfertigt werden. So liefert das Liebesrecht das Recht völlig den jeweils Herrschenden aus, denn da es jeden rationalen Inhalts entleert ist, wird sein Inhalt von den jeweils Herrschenden bestimmt werden können. Küchenhoff spricht dies an einer Stelle selbst aus, wenn er darauf hinweist, daß das von ihm propagierte Ratsprinzip »je nach der Gesamtlage« (S. 108) eine weite Skala von Möglichkeiten zur Gestaltung des Betriebsverfassungsrechts gebe.

In der Tat gibt nicht nur das Ratsprinzip, sondern das gesamte Küchenhoffsche Liebesrecht eine Skala von Möglichkeiten »je nach der Gesamtlage«, das Recht den jeweiligen gesellschaftlichen Machtverhältnissen anzupassen.

Der Bruch mit formaler Rationalität im Recht stellt ein Charakteristikum faschistischer Herrschaft dar. Diesem Verzicht auf formale Rationalität im Recht entspricht die Unterordnung des Programms faschistischer Bewegungen unter die jeweiligen taktischen Erfordernisse im politischen Bereich. Beide – festes Programm wie formale Rationalität des Rechts – widersprechen der auf monopolkapitalistischer Grundlage

<sup>9</sup> a.a.O., S. 791.

organisierten faschistischen Herrschaft. Beide würden die Anpassung an die Erfordernisse einer monopolkapitalistischen Wirtschaft in Krisenzeiten behindern und die weitgehenden Eingriffe in die Rechte der Beherrschten erschweren.

Daß das Küchenhoffsche Liebesrecht mit seiner Inhaltslosigkeit und Irrationalität die hier aufgezeigte politische Bedeutung hat, läßt sich am besten daraa zeigen, daß Küchenhoff die Postulate seines Liebesrechts gerade im nationalsozialistischen Staat verwirklicht sah, so das genossenschaftliche Prinzip<sup>10</sup>, das Ratsprinzip<sup>11</sup> und das Prinzip der Selbstverwaltung<sup>12</sup>. Gerade der nationalsozialistische Staat gewährte das Recht »zur selbsttätigen, schöpferisch vorgehenden Erfüllung der Aufgaben des Volkes«<sup>13</sup>.

Selbstverständlich war er kein gegen das Liebesrecht verstögender »bloßer Machstaat«<sup>14</sup>.

Ernst Wanner

Bernd Rüthers, *Die Unbegrenzte Auslegung; Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen 1968, 496 S.

Die vorliegende Habilitationsschrift ist thematisch weniger eine Untersuchung faschistischer Privatrechtsinhalte als vielmehr eine Funktionsanalyse juristischer Methoden: Rüthers Interesse gilt dem methodischen Aspekt der interpretativen Veränderung des Privatrechts durch die Rechtsanwendung. Der Faschismus fungiert als Vehikel seiner Analyse<sup>1</sup>, die die instrumentelle Funktion der Rechtsanwendung beschreibt.

Thematisiert wird »die ungemein große Interpretationsfreiheit von Gesetzesrestexten« (S. 1), wie sie für die Umdeutung des Privatrechts im Nationalsozialismus von zen-

<sup>10</sup> Führergrundsatz, Führerum, S. 202.

<sup>11</sup> Ratsprinzip, in dem in Fußn. 2 zitierten Sammelband, S. 518.

<sup>12</sup> Selbstverwaltung, in dem in Fußn. 2 zitierten Sammelband, S. 656.

<sup>13</sup> a.a.O., S. 657.

<sup>14</sup> Nationaler Gemeinschaftstaat..., S. 18.

<sup>1</sup> »Der interpretative Inhaltswandel der Privatrechtsordnung in sozialen und politischen Ausnahmefällen läßt Einsichten... zu, die in der Normallage leicht unsichtbar und deshalb unbewußt bleiben.« (Vorwort S. VII).

traler Bedeutung war: bei nur geringen Änderungen des Gesetzestextes wurde die Frage virulent, »wie die Rechtspraxis die umstürzende Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse und der Wertvorstellungen... berücksichtigt« (S. 3). Rüthers will also den methodischen Weg zeigen, den die Rezeption faschistischer Wertvorstellungen durch die Rechtspraxis genommen hat.

Zunächst weist er die historische Dimension des Problems auf: erste methodisch relevante Korrekturen des Privatrechts wurden in der Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Unmöglichkeit vorgenommen. Ursachen dieser richterlichen Eingriffe in das normierte Vertragsrecht waren veränderte wirtschaftliche Bedingungen, die über Treu und Glauben rechtlich bedeutsam wurden. Diese Rechtsprechung, die § 242 BGB als Delegationsnorm begreift, die richterliche Rechtsschöpfung legalisiert, fand im Urteil des Reichsgerichts<sup>2</sup> zur Aufwertungsfrage ihren Höhepunkt: § 242, bisher als Instrument zur Vertragskorrektur gebraucht, wird zur Grundlage richterlicher Gebotsablehnung. Rüthers: »Unter Berufung auf § 242 BGB wurden zwingende Währungsvorschriften nicht mehr angewendet. § 242 erwies sich als Instrument zur Beseitigung von ius strictum, ...« (S. 89).

Die Analyse der Einwirkung veränderter wirtschaftlicher Umstände auf das Vertragsrecht produziert die Einsicht, daß die Rechtsprechung die neuen Probleme mit Rechtskonstruktionen bewältigt hat, deren Verbundenheit mit der vorhandenen Interessebewertung der Rechtsordnung nicht zu bezweifeln ist: »Neu waren die zur Entscheidung drängenden Sachverhalte, nicht die juristischen Maßstäbe.« (S. 112)

Die mit dem Sieg des Faschismus verbundene Umwertung des Zivilrechts verschob die Problemlage: die Funktionalisierung der Privatrechtsordnung für die völkische Ideologie geschah nicht im Zuge neuer Sachverhalte, sondern durch veränderte Wertmaßstäbe: »Nicht der Streitstoff, sondern die Beurteilungsmaßstäbe... ändern sich.« (S. 113)

Damit basiert die Analyse auf der These, daß der Faschismus ein System neuer Werte ist, die zudem liberalistischem Rechts-

denken diametral entgegenstehen. Diese Antinomie wird über einen bewußt unkritischen Faschismusbegriff konstruiert, der das Selbstverständnis der nationalsozialistischen Bewegung zur Grundlage hat. Der Nationalsozialismus fungiert als nationale Revolution etc.; etwas Geistiges also, das begrifflich als Wert<sup>3</sup> in die Analyse eingeht. Dieser Faschismusbegriff ist für die Rüthersche Problemformulierung ebenso konstitutiv, wie er den über die Methodenlehre vorgelegten Befund determiniert.

Die gesamte folgende Untersuchung ist dann auch die Variation einer zentralen These: Rüthers behauptet die Offenheit der juristischen Methodenlehre für beliebige rechtpolitische Wertvorstellungen. Diese These wird an vielen Beispielen festgemacht, die dem Nachweis des instrumentellen Charakters der Rechtsanwendungstheorie dienen sollen: es wird die Funktionsanalyse der Generalklauseln, des Lückenbegriffs und die Kampfklausel herangezogen: »Die Annahme der Lücke enthält die Feststellung, daß das geltende Gesetz zu den neuen – hier rassischen – Wertvorstellungen in einem unerträglichen Gegensatz steht und deshalb vom Richter für lückenhaft erklärt wird...« (S. 195). Da sich gewandelte politische Wertvorstellungen anders als veränderte wirtschaftlich-soziale Sachverhalte, nicht unmittelbar, sondern regelmäßig auf dem Umweg über die Literatur... auf die Rechtspraxis« (S. 115) auswirken, werden jene von der Rechtswissenschaft<sup>4</sup> entwickelten Systeme untersucht, die sich in der Rezeption spezifisch nationalsozialistischen Denkens üben. Rüthers unternimmt es, diesen Systemen nachzuweisen, daß sie für beliebig austauschbare politische Wertvorstellungen handhabbar sind. Er zeigt das am »konkreten Ordnungsdenken« wie auch an der Lehre vom »konkret-allgemeinen Begriff«:

<sup>3</sup> Der Wertbegriff ist frei von qualitativer Wertung: »Umgekehrt hat jede politische Gestaltung eine ideenmäßige, durch die jeweilige Werthaltung bestimmte Grundlage. Diese ist gemeint, wenn in dieser Arbeit von ideologischen oder weltanschaulichen Vorstellungen gesprochen wird. Der damit verwendete Ideologiebegriff ist, ..., von jeder positiven oder negativen Wertung bewußt frei.« (S. 114).

<sup>4</sup> besonders von Larenz, Carl Schmitt und Sibbert.

<sup>2</sup> RGZ 107, 78.

»Das (konkrete Ordnungsdenken) und der (konkret-allgemeine Begriff) sind, . . ., inhaltlich auswechselbare Begriffshülsen. Sie können beliebige soziale und politische Sachverhalte, Machtlagen und Wertetafeln in sich aufnehmen. Sie sind entgegen den Thesen mancher ihrer Vertreter nicht auf eine bestimmte Gesellschaftsordnung oder Weltanschauung zugeschnitten.« (S. 313). Die am Material gewonnenen Einsichten ordnet Rüthers im letzten Kapitel zu einer Theorie der Rechtsanwendung, die nichts anderes ist, als die juristische Version des Max Weber'schen Dezisionismus. Die Methode der Rechtsanwendung ist »eine Theorie der formalen Verwirklichung ihr vorgegebener materialer Wertentscheidungen . . .« (S. 443). Die Methode ist ein wertneutral funktionierendes Instrument zur Wertverwirklichung. Die Einführung des Dezisionismus in seine Methodenlehre ist die von Rüthers vollzogene Anpassung der Theorie an den Irrationalismus der kapitalistisch produzierenden Gesellschaft und ihrer Reduzierung des Vernunftbegriffs auf technologische Funktionalität. Ausdruck findet das am deutlichsten im Schlusskapitel, wo die Konsequenz gezogen wird, daß es nach dieser Theorie keine richtigen Richtersprüche mehr geben kann, sondern nur noch akzeptable. Die Anpassung der Rechtsanwendungstheorie an den Irrationalismus kapitalistischer Gesellschaften führt folgerichtig zum Max Weber'schen Positivismus, dessen Affinität gegenüber dem Faschismus schon auf dem Heidelberger Soziologentag 1964 diskutiert wurde.

Rüthers freilich kann seine Baubländung nicht erkennen, solange er zu keinem kritischen Faschismusbegriff gelangt. Faschismus und Liberalismus als konträre Wertesysteme zu begreifen, die den Mächten des Geistes verhaften sind, verstellt den Zugang zu einer Analyse der Kontinuität zwischen bürgerlich und faschistisch organisiertem Kapitalismus. Die Untersuchung des Zusammenhangs zwischen dem Monopolisierungsprozeß und den damit auftretenden Interessen an staatlichen Regelungsmechanismen einerseits und der Entwicklung der Methodenlehre andererseits zeigt ein auffallendes historisches Zusammenfallen beider Entwicklungstendenzen.

Diese Andeutungen über einen kritischen

Faschismusbegriff (er ist von der sozio-ökonomischen Funktion des Faschismus zu entwickeln) verweisen auf die wesentliche Unstimmigkeit der Habilitationsschrift: Rüthers begreift sozio-ökonomische Sachverhalte nur als juristische und scheitert an der Inadäquanz seiner analytischen Kategorien.

Franz Neumann<sup>5</sup>, der von Rüthers nicht erwähnt wird, hat einmal den Versuch unternommen, die Funktion von Generalklauseln sozialökonomisch zu bestimmen. Dabei diagnostizierte er gesellschaftliche Interessen, die die Entwicklung der Generalklauseln zum bestimmenden Faktor des Privatrechts unabdingbar machte: »Überall, wo nicht gleichberechtigte Parteien in Tauschbeziehungen miteinander stehen, sondern wo eine mächtige Partei anderen Privaten oder dem Staat gegenübersteht, kann rationales Recht nicht mehr angewandt, muß vielmehr zu irgendeiner Generalklausel Zuflucht genommen werden. Die Entscheidung des Richters wird dann politischer Befehl, Verwaltungsakt, durch den Interessen ausgeglichen werden, . . .«<sup>6</sup> Rüthers offenbart die Hilflosigkeit seiner juristischen Theorie noch einmal, wenn er daran geht, analytische Konsequenzen für die Methodenlehre zu ziehen. Er kann nur darauf vertrauen, daß die Rechtsanwendung heute demokratische Werte verwirklicht. Haug hat die Affinität dieser Theorie mit dem Faschismus beschrieben: »Wer die Formeln für Demokratie im Bereich der Gesinnung sucht und vermeidet, sie im Rahmen eines sozialökonomischen Gesamtplanes zu verankern, dem entwickeln unter dem Druck des Sozialprozesses seine Gesinnungselemente sich unweigerlich ins Antidemokratische.«<sup>7</sup>

Die juristische Fachliteratur hat das Buch hochgelobt; sie kann das tun, ohne schizophrene zu werden.

Michael Gesell

<sup>5</sup> Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt am Main 1967.

<sup>6</sup> A. a. O. S. 63.

<sup>7</sup> Wolfgang Fritz Haug, Der hilflose Antifaschismus, Frankfurt am Main 1967, S. 105.

Franz Neumann, *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*, Harper & Row, New York and Evanston 1966, 649 S.

317

Die erste Auflage dieses Buches erschien 1942 in den USA<sup>1</sup>. Neumann hatte aus der Ferne umfassendes Material über die Sozialstruktur jenes Landes gesammelt, aus dem er im Mai 1933 fliehen mußte. Zwischenstation auf dem Weg über den Atlantik war London. Bei Harold Laski an der London School of Economics erwarb er 1936 mit einer Arbeit über »The Governance of the Rule of Law« den Doktorgrad. Das hierin abgehandelte Thema von der kapitalistischen Klasse und ihrer historisch sich ändernden Beziehung zum Recht variierte er 1937 in der Zeitschrift für Sozialforschung in dem Aufsatz »Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft<sup>2</sup>. Der Überprüfung der darin umrissenen Theorie von der Funktion von Recht (oder seinen Überbleibseln) im Nationalsozialismus, die im *Behemoth* unter den Überschriften »The Labor Laws« (419 ff.), »National Socialist Law and Terror« (440 ff.) und »The Judiciary« (630 ff.) unternommen wird, soll diese Besprechung vor allem gelten.

Um den Rahmen dieser Detailuntersuchung Neumanns zu bezeichnen, sei zunächst seine Analyse der politischen und sozialen Struktur des Nationalsozialismus skizziert: Die nationalsozialistische Gesellschaft ist eine Klassengesellschaft mit verschärften – allerdings gewaltsam stillgelegten – Antagonismen. Die herrschende Klasse ist nicht homogen. In ihr konkurrieren Gruppen, die wesentlich nur das Ziel verbindet, die Unterklassen terroristisch – unter Suspenderung aller formalen Schutzgarantien – und durch kalkulierte Elitebildung niederrzuhalten. Die Besetzung des Aufsichtsrats der neugegründeten »Europäischen Erdölgesellschaft« ist Neumann ein Modell des Pluralismus innerhalb der herrschenden Klasse. Die hier vertretenen Exponenten von Partei, Großindustrie, Staatsbürokratie und Armee repräsentieren die wettbewerbsfähigen Machteliten.

<sup>1</sup> Die Europäische Verlagsanstalt bereitete eine deutsche Ausgabe vor.

<sup>2</sup> Neudruck in: Franz Neumann, Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt 1967, S. 11 ff.

»At present, each section needs the others. The army needs the party because the war is totalitarian. The army cannot organize society «totally»; that is left to the party. The party, on the other hand, needs the army to win the war and thus to stabilize and even aggrandize its own power. Both need monopolistic industry to guarantee continuous expansion. And all need the bureaucracy to achieve the technical rationality without which the system could not operate. Each group is sovereign and authoritarian; each is equipped with legislative, administrative, and judicial power of its own, each is thus capable of carrying out swiftly and ruthlessly the necessary compromises among the four« (397 f.). Die These von der Souveränität dieser Gruppen schränkt Neumann mit demselben Atemzug und etwas unvermittelt wieder ein: »Nothing remains but profits, power, prestige, and above all, fear. Devoid of any common loyalty and concerned solely with the preservation of their own interests, the ruling groups will break apart as soon as the miracle-producing Leader meets a worthy opponent« (397). Nur der Führer also garantiert und stabilisiert die fragile Allianz. In anderem Zusammenhang wird der Partei die Prärogative über die Rekrutierung und Ausbildung des Nachwuchses für die herrschende Klasse attestiert (398). Zukünftig könnte die Partei dominieren, wobei allerdings nicht zwischen Apparat und innerem Zirkel differenziert ist. In Richtung auf die Dominanz einer Gruppe oder eines Prinzips argumentiert Neumann auch, wenn er sagt: »National Socialism has no faith in society... It does not trust the various organisations to adjust their conflicts in such a way as to leave National Socialism's power undisturbed... That is why National Socialism takes all organisations under its wing and turns them into official administrative agencies. The pluralistic principle is replaced by a monistic, total, authoritarian organisation« (400).

Der Widerspruch von herrschendem Bündnis und durchschlagender Prärogative einer Gruppe mit der Möglichkeit, Konkurrenten zu manipulieren, bleibt bei Neumann ungelöst und wird nur an der Oberfläche zugunsten der »souveränen« Gruppen entschieden<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Tim Mason hat in »Der Primat der Politik –

Auf dem Hintergrund dieser politischen Soziologie des Dritten Reiches diskutiert Neumann die Funktion jenes Herrschaftsinstrumentes, das für ihn an die Stelle von Recht getreten ist. Jenen Bodensatz an juridischen Verkehrsregeln, den er »culturally indifferent rules of a predominantly technical character« (440) nennt, scheidet er aus dieser Diskussion aus. Ihm geht es um die Qualität des gesamten Rechessystems. Seinen Aufsatz in der Zeitschrift für Sozialforschung referierend erhebt er zum Kriterium von »Recht«, daß es neben voluntas, politischer Macht, auch ratio enthalten müsse. Diese aber ist seit dem Schwinden des Naturrechts mit der Etablierung der bürgerlichen Klasse einzig in der formalen Struktur der Gesetze aufgehoben. Diese formale Rationalität des generellen Gesetzes, wozu etwa auch das Verbot der Rückwirkung gehört, sorgt einer zu formalistischer Auslegung verpflichteten Justiz, die unabhängig sein soll gegenüber allen anderen Gewalten – besonders außerparlamentarisch gesellschaftlichen –, entspricht den politischen und ökonomischen Erfordernissen des Konkurrenzkapitalismus. Sie garantiert darüber hinaus jedermann »a minimum of personal and political liberty« (444). Mit dem Fortschreiten der Monopolisierung gewinnt jedoch unformales Recht eine immer wichtigere Rolle. Singuläre gesellschaftliche Phänomene, wie etwa ökonomische Machtzusammenballungen, fordern staatliche Einzelfallgesetze, Maßnahmen, heraus. Monopolisten verkehren mit schwächeren Vertragspartnern zunehmend über flexible, nur für sie beeinflußbare Normen, über Generalklauseln. Diese in der Weimarer Republik deutlich sich abzeichnende Entwicklung kulminiert im Dritten Reich. »Gesetze« sind nun häufig rückwirkend, werden faktisch zu Verwaltungsakten. Formale Schutzgarantien persönlicher Freiheiten sind suspendiert, über Generalklauseln werden herkömmliche Ko-

Politik und Wirtschaft im Nationalsozialismus« in: Das Argument, 41/1966, S. 473 ff., den Versuch unternommen, dieses Problem zu lösen. Dabei ergibt sich eine etappenweise zu beschreibende, begrenzte Emancipation eines politischen Zentrums von längerfristigen Kapitalinteressen, da diese im Prozeß der staatlich garantierten Rüstungskonjunktur sich immer weniger einheitlich artikulieren können.

difikationen nationalsozialistischen Zwecken adaptiert und die Richter sind hierbei Vollstrecker. »The judge has been reduced to the status of a police official« (447). Prinzipiell stehen alle Normierungen zur Disposition; Dezisionen können jederzeit durchschlagen. Faktisch geschieht das allerdings eher exemplarisch; die Anforderungen technisch rationeller Herrschaft gebieten das. »Law is now a means for the achievement of specific political aims. It is merely the command of the sovereign. To this extent, the juridic theory of the fascist state is decisionism« (448). Die Dezisionen tarnen sich mit einer institutionalistischen Ideologie, dem konkreten Ordnungs- oder Gemeinschaftsdenken Carl Schmitts (448). Gesellschaftliche Strukturen werden als Rechtsquelle gedacht, Recht soll nun der Wirklichkeit angemessener sein als liberale Konstruktionen wie die juristische Person oder ein abstraktes Vertragssystem. Sind aber Institutionen Ausgangspunkt der Rechtsfindung, stellt sich die Frage nach dem, der ihnen Inhalt und Ziel gibt, nach dem, der die Dezisionen macht. Neumanns Antwort ist nicht eindeutig: Ist es der Führer (447) oder sind es die Führer der vier konkurrenden »Apparate« (451)? Der Institutionalismus – in Weimar sich ankündigend – kommt besonders augenfällig im Arbeitsrecht zur Geltung. Um eine fingiert harmonische Betriebsgemeinschaft zu propagieren, wird parallel zu den ordentlichen Arbeitsgerichten eine soziale Ehrengerichtsbarkeit eingerichtet, in der reale Antagonisten zur moralischen Frage sich umfälschen lassen. Daß vor diesen »Gerichten« mehr Betriebsführer als Gefolgsleute gemaßregelt werden, verwundert nur, wenn man nicht weiß, daß – wie Neumann zeigt – die eindeutige Majorität der Betroffenen aus kleinen und mittelständischen Firmen stammt (425 ff.). Auch in das Strafrecht dringt das konkrete Ordnungsdenken ein. Formeln wie: »Wer seinem Wesen nach ein Dieb ist ...« sollen präzise Tatbestandsmerkmale ersetzen (453). Doch wird die Funktion des Strafrechts als Terrorinstrument relativiert durch die außerordentliche Gewalt der Gestapo. Die Konkurrenz mit der Gestapo, sich häufende Eingriffe »von oben« in laufende Verfahren, Kritik durch Publikationsorgane der SS erscheinen als Methoden zur Kontrolle besonders der Strafjustiz,

aber auch anderer Gerichte. Eher reguläre Maßnahmen zur Überwachung der Gerichte bestehen in einer Säuberung der Richterschaft 1933, in der Abschaffung der Selbstverwaltung in der Justiz bis 1937 und in der Einführung des Führerprinzips (454). Komplementär dazu war geplant, die Zahl der Richterstellen auf ein Drittel zu kürzen und die verbleibenden Richter in Status und Gehalt hinaufzusetzen (631). Die Kontrolle der Richter wird erleichtert durch die »Departementalisierung« der Justiz. »Sondergerichte« schließen wie Pilze aus dem Boden (455 f.). Jeder der konkurrenden »Apparate« hat eigene Disziplinar- und andere Gerichte zur Kontrolle der Mitglieder. Spezialisierte Richter können durch auf Spezielles gerichtete Anweisungen am kurzen Zügel geführt werden.

»Does such a system deserve the name of law? ... definitely not, if law ... must be rational either in form or in content.« Es ist »... nothing but a technique of mass manipulation by terror« (458).

Lutz Unterseher

*Ernst Fraenkel, The Dual State – A Contribution to the Theory of Dictatorship, Oxford University Press, New York – London – Toronto, 1941, 248 S.*

Ernst Fraenkels »Dual State« ist neben Franz Neumanns »Beheroach« eine der beiden großen Faschismusanalysen, die deutsche Emigranten noch während des Nationalsozialismus veröffentlichten. Anders als bei Neumann liegt bei Fraenkel der Schwerpunkt auf der Untersuchung des faschistischen Rechtssystems. Fraenkel hat es in den Jahren von 1933 bis 1938 als Anwalt in Berlin aus unmittelbarer Nähe erfahren. Er belegt seine Arbeit daher mit reichhaltigem Quellentmaterial aus Rechtsprechung und Literatur. Fraenkels Grundthese ist, daß der faschistische Staat ein Doppelstaat (*Dual State*) ist, der in den Maßnahmestaat (*Prerogative State*) und in den Normenstaat (*Normative State*) zerfällt. Der Riß geht mitten durch den herkömmlichen Staatsapparat, so daß mit dem Begriff des Doppelstaates nicht der Gegensatz von Partei und Staat gemeint ist. Der Maßnahmestaat ist an kein Recht und an kein Gesetz gebunden. Er handelt willkürlich, nur ausgerichtet an dem, was er

für zweckmäßig hält. Der Maßnahmestaat sollte alle im engeren Sinn politischen Probleme des Faschismus lösen, z. B. die Sicherung der nationalsozialistischen Herrschaft, die Unterdrückung von Arbeitskämpfen und die Verfolgung der Juden. Die Gerichte setzten der allmäßlichen Ausdehnung des Maßnahmestaates keinen nennenswerten Widerstand entgegen. Sie verweigerten nach und nach in immer mehr Angelegenheiten den Rechtsschutz, nur weil der Nationalsozialismus sie zu »politischen« Fragen erklärt hatte. Auf diese Weise sanktionierten die Gerichte z. B. bewußt die völlige Enteignung der Juden (vgl. S. 89–96).

Neben dem Maßnahmestaat besteht der Normenstaat. Hier gilt das herkömmliche Rechtssystem weiter. Etwa über die Grundbuchordnung oder über das Gewerberecht setzt sich der Staat in der Regel nicht hinweg. Der Normenstaat hat vor allem die Aufgabe, das Wirtschaftsleben zu regeln. Der Faschismus muß hier im Prinzip auf willkürliche Eingriffe verzichten, weil die kapitalistische Wirtschaftsordnung auf Vorhersagbarkeit und Kalkulierbarkeit des Risikos angewiesen ist. Die Gerichte verteidigen den Normenstaat im ökonomischen Bereich mit Rückendeckung der Parteiführung zäh gegen Übergriffe unterer Parteiinstanzen.

Maßnahmestaat und Normenstaat sind nicht gleichberechtigt, sondern es hängt im Einzelfall vom Willen des Maßnahmestaates ab, ob die vorhandenen Normen angewendet werden dürfen. Was dem Gesetzesvollzug unterliegt, ist nicht garantiert. Deshalb kann, wer vom Gericht freigesprochen wurde, dennoch anschließend ins KZ verschleppt werden.

Mit dem Begriff des Normenstaates relativiert Fraenkel die weitgehende Fortgeltung des alten Rechts nach 1933, die in der westdeutschen Nachkriegsliteratur so oft apologetisch hervorgehoben wurde. Denn Fraenkel zeigt, daß es sich dabei nicht, wie heute immer wieder behauptet wird, um einen verkleinerten Rechtsstaat handelt. Der Bestand eines Rechtsstaates darf nämlich nicht von Fall zu Fall nach dem Gutdünken politischer Instanzen verminder werden. Die Anwendung des alten Rechts nach 1933 hat für den Faschismus rein instrumentalen Charakter: Der Normenstaat wird nur soweit geduldet, als er für den

Ablauf des Wirtschaftsprozesses unentbehrlich ist. Er ist deshalb nur als Institution gesichert, im Einzelfall können ihn politische Erwägungen des Maßnahmestaates jederzeit außer Kraft setzen.

Fraenkel erklärt den Doppelstaat mit einer Faschismustheorie, die auf mehreren Ebenen gleichzeitig argumentiert. Er nennt als Ursachen für den Nationalsozialismus die besondere politische Situation vor 1933, vor allem die Deklassierung des Mittelstandes und die Benachteiligung durch die Siegermächte. Die kommunistische These, wonach der Faschismus nur der Agent und Hausdiener des Kapitals sei, lehnt Fraenkel ab (S. 183). Er sieht jedoch in der kapitalistischen Organisation der Wirtschaft die wichtigste Bedingung für die Entstehung des Faschismus. Der Kapitalismus leidet nämlich an einem Grundwiderspruch: Er kann nur die Mittel, nicht aber die Ziele seiner Produktion rational begründen. Wenn nun, wie in der Wirtschaftskrise um 1933, der Glaube an die Legitimität der kapitalistischen Wirtschaftsordnung schwandet, kann der Kapitalismus nur noch durch einen starken Staat aufrechterhalten werden. Vor 1933 hat die Industrie die NSDAP daher finanziell unterstützt. Nach 1933 konnte die Wirtschaft den Faschismus zwar niemals vollständig kontrollieren. Es bildete sich aber eine Symbiose zwischen Faschismus und kapitalistischer Wirtschaft: Der Faschismus war auf die Wirtschaft angewiesen, um die Aufrüstung und die Vollbeschäftigung zu sichern. Die Privatwirtschaft erhält dafür vom faschistischen Staat Schutz vor allen Kräften, die den Kapitalismus bekämpften. Außerdem wurden ihr hohe Gewinne garantiert. Das Bündnis ging auf Kosten der Arbeitnehmer: Die individuelle Konsumption wurde unverhältnismäßig niedrig gehalten und alle Versuche, die Interessen der Arbeiter selbstständig zu verfolgen, brutal unterdrückt. Ihren institutionellen Ausdruck fand die Symbiose von Kapital und Faschismus im Doppelstaat: Jeder der beiden Partner hatte seinen Anteil am Staatsapparat. Das Kapital bekam den Normenstaat, dem Faschismus gehörte der Maßnahmestaat (vgl. S. 208).

Fraenkel leitet den Doppelstaat auch aus der deutschen Rechts- und Staatstradition ab. In England setzte sich schon im 17. Jahrhundert die Bindung der öffentlichen

Gewalt an das Recht durch (S. 155, 157). In Deutschland gibt es seit dieser Zeit eine durchgehende Tendenz zur Trennung zwischen Recht und Macht, die im Doppelstaat des Faschismus auf die Spitze getrieben wurde. Nach dem Buchstaben der Weimarer Verfassung galt zwar seit 1919 das Rechtsstaatprinzip. Da die Exponenten des alten Machtstaates jedoch ihren Einfluß behielten, gewann die doppelstaatliche Tradition schon 1930 wieder die Oberhand, als sich die Regierungen nur noch auf Art. 48 WRV stützten (S. 170). (Trotz Art. 20 Abs. 3 GG wirkte die Tradition des Doppelstaates bis heute nach: Etwa in der Lehre vom gerichtsfreien Hoheitsakt oder in der Lehre vom Verwaltungsermessen.) Bei dieser Einordnung des Doppelstaates erweist sich die faschistische Rechtstheorie als bloße Ideologie. Um die Willkür des Maßnahmestaates zu legitimieren, lehnte die nationalsozialistische Rechtslehre das christliche wie das rationale Naturrecht ab. Stattdessen wurde ein neues Naturrecht der Gemeinschaft propagiert. Von der Volksgemeinschaft bis zur Hausgemeinschaft sollte dieser Begriff das gesamte Rechtsdenken durchziehen. Fraenkel zeigt, daß die Formel von der Gemeinschaft praktisch inhaltsleer ist. Ihre Gefährlichkeit entfaltet sie jedoch durch das »konkrete Ordnungsdenken« des Faschismus: Nur das entspricht dem Gedanken der Gemeinschaft, was nach Meinung der Führung den »Erfordernissen der Lage« entspricht (S. 145). Recht ist reduziert auf die Vollstreckung politischer Willkür. Denn willkürlich muß die nationalsozialistische Politik sein: Sie ist letztlich nicht an inhaltlichen Zielen orientiert, sondern an den formalen Kategorien von Macht und Kampf. Der Weltkrieg war deshalb die notwendige Konsequenz des Faschismus. Fraenkels »Dual State« ist den nach dem Krieg in der Bundesrepublik entstandenen »Auseinandersetzungen« mit dem nationalsozialistischen Recht deutlich überlegen. Fraenkel beschränkt sich nämlich nicht auf moralische Verurteilungen oder auf eine theorielose Aneinanderreibung von empirischen Daten. Denn er betrachtet das faschistische Recht nicht als ein isolierbares Einzelphänomen, sondern erklärt es aus der gesamten historischen Situation heraus. Wenz Fraenkel dabei in der Krise des kapitalistischen Systems um 1933 und in

der Tradition des Machtstaates die Hauptursachen des deutschen Faschismus siehe, so stimmt er mit den bis heute wichtigsten Faschismustheorien im wesentlichen überein.

Es scheint, daß in der Bundesrepublik durch eine Vielzahl von rechtlichen und institutionellen Mechanismen dafür gesorgt ist, daß sich der Maßnahmestaat des Faschismus nicht wiederholen kann. Aber alle juristischen Konstruktionen sind nur solange wirksam, wie sie von der gesellschaftlichen Wirklichkeit getragen werden. Obwohl seit 1945 in der Gesellschaft und ihrem Bewußtsein große Veränderungen eingetreten sind, besteht die soziale Grundstruktur bis heute fort, die in der Krise um 1933 den Faschismus ermöglichte. Darin liegt die Bedeutung der Faschismusdiskussion für die Gegenwart. Es ist zu hoffen, daß Ernst Fraenckels »Dual State« bald auf Deutsch erscheint, der Sprache, in der dieses Buch geschrieben wurde.<sup>1</sup>

Alexander von Brünneck

Eugen Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, Verlag Neue Kritik, Frankfurt 1966, 202 S.

Friedrich Engels hat die Jurisprudenz als die klassische Weltanschauung der Bourgeoisie, als Nachfahrin der Theologie des Mittelalters bezeichnet. Paschukanis' Buch, das den Untertitel »Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe« trägt, sucht die juristische Festung der Bourgeoisie zu bezwingen. In den zwanziger Jahren galt Paschukanis' Arbeit als wichtiger Beitrag zu einer marxistischen Rechtstheorie; Radbruch zitiert ihn in seinen Abhandlungen und in seiner Rechtsphilosophie. Der heute herrschenden Jurisprudenz, die als bürgerliche Wissenschaft den spezifisch historischen Charakter juristischer Normen in einem apriorischen Ideenhimmel verschwinden läßt, ist Paschukanis' Schrift anathema. Getreu dem Marxschen Satz in der »Deutschen Ideologie«, daß es nur eine Wissenschaft gäbe, die von der Geschichte, entfalter Paschukanis seine zentrale These, daß die Kategorie des Rechtssubjekts nur die juristische Verkleidung des historisch gewor-

denen und vergänglichen Warenbesitzers sei, das Privatrecht also Instrument zur Regelung des kapitalistischen Warenverkehrs, die Rechtsform Äquivalent der Warenform. Mit Marx' Worten, denen Paschukanis eine ausführliche Umschreibung angedeihen läßt: »Die Waren können nicht selbst zu Markte gehn und sich nicht selbst austauschen. Wir müssen uns also nach ihren Hütern umsehen, den Warenbesitzern. Die Waren sind Dinge und daher widerstandslos gegen den Menschen ... Um diese Dinge als Waren aufeinander zu beziehn, müssen die Warenhüter sich zueinander als Personen verhalten, deren Willen in jenen Dingen haust, also jeder nur mittels eines, beiden gemeinsamen Willensakts sich die fremde Ware aneignet, indem er die eigene veräußert. Sie müssen sich also wechselseitig als Privateigentümer anerkennen. Dies Rechtsverhältnis, dessen Form der Vertrag ist, ob nun legal entwickelt oder nicht, ist ein Willensverhältnis, worin sich das ökonomische Verhältnis widerspiegelt. Der Inhalt dieses Rechts- oder Willensverhältnisses ist durch das ökonomische Verhältnis selbst gegeben.« (Kapital 1,99) Paschukanis versucht, das von Marx im Fetischkapitel des »Kapitals« verwandte Instrumentarium zur historischen Dechiffrierung ökonomischer Kategorien, die zu Umwandelbaren sich verdinglichen, für die Analyse der Rechtsform nutzbar zu machen. »Das Recht stellt eine in einen mystischen Nebel gehüllte Form eines spezifischen gesellschaftlichen Verhältnisses dar.« (52) »Die übliche Analyse ... konstruiert das Rechtsverhältnis als Verhältnis par excellence, als Willensverhältnis der Menschen überhaupt. Das Denken geht hier von den ›fertigen Resultaten des Entwicklungsprozesses‹, von ›gangbaren Denkformen‹ aus, ohne sich über deren geschichtlichen Ursprung Rechenschaft zu geben.« (57) Warenform und Rechtsform werden zu zwei Seiten eines Verhältnisses parallelisiert; am Ende ist undurchsichtig, wer Gast, wer Wirt ist: die Rechtsform löst sich aus ihrer funktionalen Abhängigkeit von der »Basis«, gerät ins Reich der Wechselwirkungen. (44, 96)

Der übrige Teil des Buches hat mehr den Charakter von Notizen. Darunter finden sich einige interessante Bemerkungen über die verschiedene Rolle des Naturrechts im aufsteigenden Bürgertum und im etablier-

<sup>1</sup> Der Luchterhand Verlag hat eine deutsche Ausgabe angekündigt.

ten Bürgertum (41, 43, 125), über die Interessenjurisprudenz als Folge des Verfalls freier Konkurrenz (78), zur sozialen Funktion des Strafrechts als Mittel der Klassenherrschaft (156 f), wobei freilich das Vergeltungsprinzip des Strafrechts, das bereits im vorkapitalistischen Israel herrschte, recht groß aus der Tauschgesellschaft abgeleitet wird: die Strafe als Entgelt des Delikts. Die Staatstheorie wird nur kuriosisch abgehandelt; sie hält sich im Rahmen der Bestimmungen von Engels im »Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats«.

Das Buch von Paschukanis erschien zuerst in der Sowjetunion Mitte der zwanziger Jahre. Es trägt die Male der Zeit: dem Sozialismus wird eine heteronome Bestimmung gegeben. »Neben dem sozialen Menschen der Zukunft, der sein Ich im Kollektiv aufgehen lässt und darin die größte Genugtuung und des Sinn des Lebens findet, existiert auch der moralische Mensch weiter fort ... Der Sieg der ersten Form ist gleichbedeutend ... mit der endgültigen Umwandlung der Menschheit im Sinne des Kommunismus.« (142). Dieser Kommunismus hat wenig gemein mit der »freien Assoziation der Individuen«.

*Joachim Perels*

*Die Justiz wird immer gewalttätiger. Inzwischen sind rund 10 000 Strafverfahren gegen Anhänger der Außerparlamentarischen Opposition eingeleitet worden – in Berlin vom 1. 1. 1968 bis 31. 3. 1969 nach Angaben des Justizsenators allein 1878. Daneben häufen sich die Versuche, die Außerparlamentarische Opposition durch Schadensersatz- und Disziplinarverfahren zu zerschlagen.*

*Wir setzen die Literaturübersicht zur politischen Justiz (vgl. KJ 1968, S. 211) fort. Die folgenden Dokumente und Analysen stammen überwiegend von verfolgten Genossen:*

1. Das Nürnberger Amtsgerichtstheater präsentiert: Die Fundsache. Eine deutsche Komödie, nach einer Idee des StGB aus dem 19. Jahrhundert. Mitwirkende u. a.: 2 Angeklagte: A. Schrempf, L. de Vos; 2 Taubstumme: die Schöffen K. und R.; die Zeugen: 6 Beamte der Nürnberger Polizei. Ferner wirken mit: fahrendes Volk, Studenten, Aufrührer, Haus-, Land- und

**Gerichtsfriedensbrecher.** Eintritt: Anklagebank: bis 10 Jahre Zuchthaus; Zuschauerraum: bis 3 Tage Ordnungshaft.

Erhältlich über Rechtshilfe München, 8 München 23, Leopoldstr. 15 (Studentenhaus). Mindestpreis: 3 DM.

2. Pohle-Prozeß; Urteil nebst Dokumentation dieses Prozesses und anderer Münchner Verfahren.

Rechtshilfe München a. a. O. Mindestpreis: 3 DM.

3. Ordnungsrecht, Notstandsgesetze der Universität. Analysen und Dokumente. Republikanische Hilfe, 6 Frankfurt/M., Wilhelm-Hauff-Str. 5. Mindestpreis: 2 DM.

4. Justiz-Info Nr. 15. Enthält u. a. Dokumentation des Carlo-Schmid-Verfahrens, Dokumente und Analysen zum Ausländerrecht.

Republikanische Hilfe, a.a.O..

Mindestpreis: 1,50 DM.

5. Justiz-Info Nr. 17. U. a. mit Kündigungsschutzurteil gegen Elwert und Meurer, Pohle-Urteil, Amsterdam-Prozeß, Schmiedel- und anderen Hamburger Prozessen, nebst Beiträgen zur Entwicklung der justiziellen Repression von der Kommunistenverfolgung bis heute.

Republikanische Hilfe, a. a. O. Mindestpreis: 2 DM.

6. Zur Diskriminierung einer politischen Minderheit durch die Springer-Presse. Gutachten für Prozesse gegen Anti-Springer-Demonstranten.

Republikanische Hilfe, a. a. O. Mindestpreis: 1 DM.

7. Heidelberger Winter. Analysen und Dokumente zur Hochschulstrategie und Klassenjustiz.

asta-press, 69 Heidelberg, Grabengasse 14. Mindestpreis: 3 DM.

8. Rotes Forum 4/69. Enthält u. a. die Stellungnahme der Assessoren Marieluise und Eberhard Becker gegen den Vorschlag der Rechtsanwaltskammer Karlsruhe, das Verfahren auf Zulassung als Rechtsanwälte auszusetzen.

Asta Universität Heidelberg, 69 Heidelberg, Grabengasse 14. Mindestpreis: 1 DM.

9. Kommunardenhaft und Anarchistenbekämpfung. Zur Verfolgungsstrategie in Westdeutschland und Westberlin.

Zentraler Ermittlungsausschuß TU Westberlin, 1 Berlin, Straße des 17. Juni. Mindestpreis: 2 DM.

10. Juristen-Blatt Nr. 3, Nr. 8/9, Nr. 10.

Insbesondere mit Beiträgen zur exemplarischen Auseinandersetzung an der Jur. Fak. FU Westberlin.  
Juristen-Blatt, 1 Berlin 30, Motzstr. 52. Mindestpreis für die 3 Hefte zusammen: 1,50 DM.  
11. Oske-Rehse-Urteil, nebst Kommentar, sowie Todesurteilen von Rehse.  
Ad-hoc-Gruppe Berliner Gerichtsreferendare (Gerd Philipp, 1 Berlin 37, Am Schweizerhof 4). Mindestpreis: 5 DM (statt 116 DM, die die Justizpressestelle für das Urteil fordert).  
12. Welche praktische Solidarität erfordert die Konfrontation mit der Justiz? neue Kritik 51/52, S. 10.  
13. Zur Geschichte der Justizkampagne. Rote Presse. Korrespondenz Nr. 23/24, S. 4. Berlin 30, Eislebener Str. 14  
14. Big Lift oder Freiheit für die Deserteure. Hrsg.: H. Mahler, U.K. Preuss, Deserteurskollektiv. Voltaire Flugschrift 25.

---

DAS ARGUMENT DAS ARGU

---

**Sonderband 50**

---

**Kritik der  
bürgerlichen  
Sozial-  
wissenschaften**

Wissenschaft als Politik III

320 Seiten DM 12,- Für Studenten DM 8,-

Argument Verlag GmbH - 75 Karlsruhe 21  
Postfach 21 0730

---

MENT DAS ARGUMENT DAS

---