

Buchbesprechungen

Thilo Ramm, Einführung in das Privatrecht I Allgemeiner Teil des BGB (3 Bände), Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1969/70

Die Einführung in das Privatrecht in 3 Taschenbüchern von Thilo Ramm, Ordinarius für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht in Gießen, erhebt laut Verlagskommentar den Anspruch, nach »Anlage und Zweckbestimmung« eine neue Konzeption zu verwirklichen; im Lernbuchteil beschreibe sie einen neuen pädagogischen Weg und nehme insgesamt »ein Stück Studienreform vorweg«. Dem Anfänger soll »das Eindringen in die ihm bisher unbekannte Welt des Rechts« erleichtert werden, nicht zuletzt dadurch, daß er das »Recht in seiner historisch-politischen Bedingtheit verstehen« lerne (Einleitung des Autors, S. V). Ausdrücklich wendet sich Ramm immer wieder gegen die unpolitische Jurisprudenz (11, 33) »Auf die wissenschaftliche Zielsetzung, die Rechtsentwicklung kritisch zu erfassen, sind die didaktischen Bemühungen ausgerichtet« (V).

Dieser proklamierte Anspruch mag Hoffnungen wecken, insbesondere dort, wo der Ruf des Autors als kritischer Arbeitsrechtler, der die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und die herrschenden Lehren zum kollektiven Arbeitsrecht scharf kritisiert, noch nicht durch die genaue Beschäftigung mit seinen Arbeiten relativiert ist, und vielleicht auch dort, wo seine Bemühungen um Studienreform noch nicht als technokratische Disziplinierungsversuche erkannt sind. Auf diesem Hintergrund wird eine kritische Einschätzung des Werkes versucht. Wir wollen der offiziellen Rezension nicht vorgreifen und darauf verzichten, einen uns im Ergebnis als

falsch erscheinenden Ansatz durch formale Kritik der zahlreichen Fehler, stilistischen Unebenheiten, Schwächen des Aufbaus und der Darstellung, wie sie bei Erstauflagen zwar nicht üblich, aber auch nicht allzu selten sind, zu diskreditieren.

Die Arbeit ist durchgängig aufgeteilt in einen Grundrißteil, in dem die Ansicht des Autors, in der Regel ohne Nennung der Gegenmeinungen, abgehandelt wird, und in einen etwa gleichstarken als Lernbuch bezeichneten Anhang, der der Gliederung des Grundrisses folgt. Das Lernbuch enthält Wiederholungsfragen, Literaturangaben, Fälle, Materialien, Problem Darstellungen und Hinweise zur »Technik des Rechtswissenschaftlichen Arbeitens«. Die Materialien enthalten ausführliche Zitate aus den Motiven zum BGB und den Nebengesetzen, Beschreibungen der Entstehungsgeschichte und in geringerem Umfang theoretische Darstellungen, die durchweg so alt sind, daß bei der Auswahl offensichtlich die Scheu vor Verhandlungen um Nachdruckrechte eine Rolle gespielt haben dürfte. Problem Darstellungen enthält das Lernbuch zu den meisten, jedoch nicht zu allen Themen des Grundrisses. Auswahl und Umfang werden entscheidend durch den unten inhaltlich erörterten Problemhorizont des Autors gegenüber juristischen und gesellschaftlichen Fragen beeinträchtigt. Zu politischen und ökonomischen Fragen werden keine Materialien gegeben, die geeignet wären, die Theorien des Autors in Frage zu stellen. Dem Hauptteil, der sich mit dem eigentlichen Bürgerlichen Recht beschäftigt, ist ein fast den ganzen ersten Band umfassender Einleitungsteil vorangeschickt, in dem der Autor seine rechtstheoretischen und gesellschaftlichen Vorverständnisse entwickelt.

Kern des Ramm'schen Rechtsverständnisses ist sein Verfassungspositivismus. Damit will er nach eigenem Bekenntnis keine neue Methode kreieren, sondern lediglich den Gedanken ausdrücken, daß alle Bereiche des Rechts von der positivistisch ausgelegten Verfassung durchdrungen werden sollen (747). Dadurch soll die Synthese (104) von liberalem Prinzip, charakterisiert durch vier Grundgedanken: Gleichheit, Freiheit, Privateigentum und Wettbewerb, mit dem Sozialstaatsprinzip, die das Grundgesetz angeblich als Grundentscheidungen enthält, auf das Privatrecht einwirken und dessen »geistige (!) Neuorientierung« (104) bewirken. Das Grundgesetz wird als der »Allgemeine Teil des gesamten Rechts«, der die »unmittelbar verbindlichen Entscheidungen für alle Rechtsgebiete« (86) sei, aufgefaßt. Die Rechtsordnung auf »klare« und »einfache Grundprinzipien... zusammenzufassen«, »wie sie sich in den Grundrechten und im Sozialstaatsprinzip des GG darbieten« (754), hat lt. Ramm den doppelten Vorteil, daß dadurch dem Anfänger der Rechtsstoff einfach dargeboten (754) und endlich das »Anliegen des demokratischen Staates« erfüllt werden kann, »dem Bürger den Zugang zum Recht zu ermöglichen« (754).

»Als Norm der Normen kann das Grundgesetz nur aus sich und nicht mit Hilfe außerverfassungsrechtlicher oder vorkonstitutioneller Kriterien... verstanden werden« (87). »Die historische Zuordnung der Verfassung ist nicht Sache des positivistisch arbeitenden Juristen, sondern des Rechtshistorikers« (286). Ein derartig rigider und realitätsblinder Normativismus müßte, konsequent vertreten, an den nicht mitreflektierten Zwängen der Realität zerbrechen. Dieser Gefahr gegenüber hilft sich Ramm mit einem bewährten Weichmacher: er paßt das Recht den Forderungen der Realität mit Hilfe einer Generalklausel an. Brauchbares Instrument ist ihm die Sozialstaatsforderung. Da sie nicht bestimmt sei (95), wird sie, streng begriffsjuristisch, mit Hilfe anderer Kodifikationen (solchen immanenten Normen, wie: Art. 6 GG – Schutz von Ehe und Familie – oder der europäischen Sozialcharta) ausgefüllt, bzw. dem Gesetzgeber zur Dezision gestellt (96 ff.). Letzteres ist für Ramm wohl schon allein deshalb nicht

problematisch, weil er glaubt, daß der freiheitlich demokratische Gesetzgeber praktisch niemals die »Grenzen der Gerechtigkeit irgendwo überschreitet« (87).

Die Ambivalenz von Emanzipation und Integration, die das Sozialstaatsprinzip beinhaltet, wird zugunsten der Integration entschieden. Die Gegenteilstendenzen in Ramms Buch sind schwach, weil sie inkonsequente oder völlig absurde Konstruktionen enthalten. So behauptet er beispielsweise, über das Sozialstaatsprinzip könnten – allerdings wohl nur, solange der Bundesgesetzgeber keine Regelung getroffen hat (103) – Normen der Länderverfassungen wie das Aussperungsverbot der Hess. Verf. zum Grundgesetzrang aufgewertet werden. Teilweise weicht er unter einem sozialromantischen Drang, der angesichts der staatsmonopolistischen Realität merkwürdig naiv wirkt, von seinen eigenen Prinzipien ab, die dem Juristen die Ausfüllung des Sozialstaatsprinzips nur in »unmittelbaren Notfällen« (106) oder in hinreichend geregelten Bereichen im Wege der Rechtsanalogie erlauben, um zu Ergebnissen zu kommen, die sowohl die juristische Methode als auch die Realität von Justiz und Gesellschaft grob vernachlässigen. So glaubt er allen Ernstes, daß der Sozialstaat das angeblich »liberale Prinzip minimaler Gewinnerzielung« (487) in der Wirtschaft bis zum völligen Gewinnverzicht fortentwickeln könne – womit er auf das Niveau einiger naiver Frühsozialisten zurückfällt, die noch nicht wußten, daß die sozialen Probleme nicht durch *Aufteilung* der Gewinne, sondern durch gesellschaftliche Kontrolle über Investitionen, die ohne Gewinne gar nicht möglich wären, gelöst werden müssen –, oder daß § 831, I S. 2 wegen Verstoßes gegen das Sozialstaatsgebot nichtig sei (469). Die Phrase von der Staatszielbestimmung durch das Sozialstaatsprinzip ist auf der Basis des Ramm'schen Verfassungsverständnisses, in dem das Sozialstaatsprinzip nicht historisch aus den Forderungen der Arbeiterbewegung und den Bedingungen ihrer Durchsetzung nach dem II. Weltkrieg konkretisiert wird, eine Leerformel (wenn er auf S. 96 sagt, daß bei Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips »ausnahmsweise die Entstehungsgeschichte« herangezogen werden dürfe, so meint er damit wohl nur

die Länderverfassungsnormen, die die Entstehungssituation in etwa widerspiegeln). Der Hauptvertreter eines historisch gefüllten Sozialstaatsprinzips, Wolfgang Abendroth, wird nicht zitiert und sogar aus der ansonsten vollständig aufgeführten Autorenliste des von Forsthoff herausgegebenen Sammelbandes, »Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit« gestrichen (297).

Das Ramm'sche Sozialstaatsverständnis unterscheidet sich im Ergebnis praktisch nicht von demjenigen reaktionärer Verfassungstheoretiker, die das Sozialstaatsprinzip als Blankettnorm auffassen, jedoch nicht bestreiten, daß der spätkapitalistische Staat, über dessen Funktion sie sehr viel realistischer als Ramm denken, gewisse soziale Aufgaben übernehmen müsse, um die unterprivilegierten in die »Gemeinschaft« zu integrieren. Die Integrationswirkung des Ramm'schen Sozialstaatsverständnisses ist freilich größer, weil er, indem er den Sozialstaatsanspruch nicht verdrängt, sondern systemkonform ausbaut, das Bestehende mit der Aura des sozialen Fortschritts umgibt.

Wenn Ramm politische Jurisprudenz propagiert, dann meint er damit nicht, daß die Verfassung in ihrem politischen Zusammenhang begriffen und interpretiert werden muß, denn an der WRV beklagt er gerade, daß ihr »Kompromißcharakter« zur Politisierung geführt habe (752). Politisierung, wie Ramm sie wünscht, hat für ihn zweierlei Zielrichtung zum einen in der sogenannten Rechtsanwendung und zum anderen in der von dieser abgetrennten »Rechtspolitik«. Die Rechtsanwendung ist deshalb politisch weil sie Normen, die sie ohne Rücksicht auf die gesellschaftlichen Bedingungen aus abstrakten Verfassungsprinzipien herleitet, mit politischer Wirkung durchsetzen soll. Die Basis ist nicht die Analyse der Realität, sondern das strenge begriffliche Denken, das »nicht zum schlechtesten Erbe des deutschen Juristen« zählen soll (88). Ohne deren Ansatz prinzipiell in Frage zu stellen will Ramm das Trauma von der unpolitischen Jurisprudenz durch den unverfrorenen Machtanspruch des Subsumtionsidioten kompensieren, der die Realität nach abstrakten Normen zu modellieren beansprucht. In der Rechtspolitik, unter der Ramm Einwirkung auf die Gesetzgebung versteht, sieht er, obwohl sie längst von den Juri-

sten in den Ministerialbürokratien monopolisiert ist, »neue Aufgabenbereiche für den Juristen«, in die er »seine methodische Schulung, seine Fähigkeit zur objektiven Analyse als wichtigste Mitgift für die Aufgabe der Rechtsgestaltung einbringt. Denn dadurch vermag er dazu beizutragen, daß die Erkenntnis des Wirklichen (sic!) und des Notwendigen (!) mit maximaler Rationalität erfolgt« (759) – hier produziert eine ihrer gesellschaftlichen Basis entfremdete Jurisprudenz nun vollends Omnipotenzphantasien, um ihren Selbstwertdefekt zu verdrängen.

Sein eigenes Gesellschaftsverständnis, das Ramm wohl als Beispiel dieser »maximalen Rationalität« ansehen dürfte, entpuppt sich als in sich widersprüchliche Kombination vorwissenschaftlicher psychologischer Gesellschaftsmetaphysik (117 ff.) mit ebenso irrationalen Typisierungsversuchen der »objektiven Entwicklung«, die die Wirklichkeit quasijuristisch unter unabgeleitete Idealtypen subsumiert. Die Zwänge, die den Juristen am wertfreien Verstehen des reinen Inhalts der Normen hindern, sind nach Ramm nur durch die zufälligen Eigenarten der Individuen bedingt, die es zu beherrschen gilt. Dabei werden die Ergebnisse nicht nur materialistischer, sondern auch positivistischer Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie der letzten hundert Jahre souverän ignoriert. »Ob die Juristen willens und fähig sind, ihre individuellen Ansichten zu unerdrücken und in einem ... Objektivierungsprozeß den Inhalt der Verfassungsentscheidung zu konkretisieren ... ist nach Ramm »in erster Linie eine Frage des Willens«. Und er fährt fort: »Im Grunde gipfelt die Auseinandersetzung in dem Problem, ob der Individualismus schon über die Phase hinaus gegangen ist, in der das Individuum noch zu einer Unterordnung unter das Allgemeine bereit war oder ob es sich verselbständigt und selbstherrlich auftritt und damit auch die bestehende Ordnung zerstört ...« (752). Daß der kompromißlose Kritiker faschistischer Gemeinschaftsideologien des BAG hier in den gleichen Jargon verfällt, dokumentiert die notwendige politische Schizophrenie eines gesellschaftsblinden formalen Kritizismus.

Neben den Einflüssen der menschlichen Psyche auf die Geschichte, über die der Autor, unbekümmert um die Ergebnisse

der einschlägigen Forschungen der letzten 100 Jahre und ohne den leisesten Versuch eines Beweises oder auch nur einer Begründung, daherschwadroniert, »So werden Menschen, die nicht frei sein wollen die Freiheit dazu benutzen, sich einer neuen Herrschaft zu unterwerfen« – 119) kommt es auf den »objektiven Prozeß«, wie Ramm in ausdrücklicher Distanzierung zu Marx (304) meint, kaum noch an. »So hatten Marx und Engels den historischen Prozeß als Entwicklung der Produktivkräfte angesehen. Und diese Perspektive war für die 40er Jahre des 19. Jahrhunderts eine mit Händen zu greifende Wahrheit. Die revolutionäre Entwicklung der Produktivkräfte hat in der Tat die bisherige rechtliche Ordnung in Frage gestellt, doch wird auch diese Umgestaltungsphase abgeschlossen werden. Danach aber können wieder die geistigen Faktoren eine Unabhängigkeit oder sogar ein Übergewicht über die materiellen erlangen« (122). Daß die Revolutionäre Entwicklung, deren Ende er hier sieht, überhaupt begonnen hat, bezweifelt er schon eine Zeile später: »Weiterhin kann gefragt werden, ob und inwieweit in der Geschichte grundlegend neue Fragen auftauchen oder nur bereits vorhandene Probleme eine zusätzliche Dimension erhalten. So hat beispielsweise die Gefährdungshaftung für Tierhalter bestanden, bevor sie für die Technik einen neuen erheblich größeren Anwendungsbereich erhielt. ... So gesehen bietet die Geschichte wenig oder überhaupt nichts an inhaltlich neuem, die Entwicklung verschiebt nur die bisherige Gewichtung« (122). Den hierin enthaltenen Gedanken oder ewigen Wiederkehr des Gleichen, der von Nietzsche als Standardklischee jeder reaktionären Ideologie eingeführt wurde, bestätigt der Autor in seinem Schlußwort ausdrücklich (ohne den Widerspruch zu seiner Sozialstaats euphorie zu hemerken), wenn er sich über den »naiven Glauben« an eine »Höherentwicklung« von Recht und Gesellschaft mokiert (747).

Konsequenterweise kann der Autor die Entwicklung des Rechts nicht als Bestandteil des historischen Prozesses erkennen. Die typisierten vier Säulen, von denen aus er beansprucht, das gesamte Privatrecht befreien zu können (10): Gleichheit, Freiheit, Privateigentum und Wettbewerb, werden als abstrakte Prinzipien aufgefaßt.

Wie sie sich zu den materiellen Interessen des Bürgertums verhalten, bleibt im Dunkel. Folgerichtig ist er nur zu der insoweit trivialen Einsicht fähig, daß es einen Zusammenhang zwischen Bürgertum und Liberalismus gibt, was ihn andererseits nicht hindert, auch ein »vorindustrielles liberales Recht« (56) einzuführen.

Nach dem bisher Gesagten ist es wohl nicht mehr erstaunlich, daß die Auslassungen über Wettbewerb nicht die geringsten ökonomischen Sachinformationen enthalten. Dabei müßte man auch von einem Nichtsozialisten erwarten, daß er die Monopolisierungstendenz in der Wirtschaft und deren Einfluß auf den Wettbewerb zumindest als Problem sieht. So trafen die entsprechenden Passagen vor neoliberaler Apologetik wie der folgenden: »Die Leistung wird zum billigsten möglichen Preis angeboten. Hierin liegt die soziale Wirkung (von Ramm durch Schrägdruck hervorgehoben) des Wettbewerbs. So gesehen ist der Wettbewerb mit dem Gleichheitsprinzip verbunden, und zwar über die Rechtsgleichheit hinausgehend mit der Vorstellung der annähernd sozialen Gleichheit« (46). Daß trotz Wettbewerb in der BRD kleine soziale Gleichheit herrscht, erklärt er schlicht damit, daß die Startchancen bei der »Einführung des Liberalismus« nicht gleich waren (46).

Der lobenswerte Versuch, die der juristischen Praxis und der sozialen Wirklichkeit nicht entsprechende Einführung in die praxisferne BGB-Dogmatik von totem Ballast zu befreien und durch wirklichkeitsnähere Regelungen des Wettbewerbsrechts, der Immaterialgüterrechte und des Arbeitsrechts zu ersetzen und zu ergänzen, führt im Zusammenhang mit den Ramm'schen Grundverständnissen nicht zu tieferer Einsicht in die Zusammenhänge, sondern ist geeignet, weil Probleme ständig normativistisch abgeschnitten werden, diese zu blockieren. Ebenso unfruchtbar bleibt der permanente Vergleich sämtlicher BGB-Regelungen mit entsprechenden Regeln anderer europäischer Zivilgesetzbücher (u. A. Cc, ABGB und ZGB). Was durch diesen »internationalen Rechtsvergleich« ausgedrückt wird, ist die Trivialität, daß sie alle Ausdruck ähnlicher gesellschaftlicher Konstellationen sind. Die differierenden Regelungen stehen als interessante Ausschmückungen neben den deutschen, ohne

daß versucht wird, Unterschiede aus der besonderen historischen Entwicklung der Länder konkret zu erklären, um daraus etwa hermeneutische Hilfen zur Einordnung der BGB-Regeln zu erhalten. Wegen der fehlenden theoretischen Untermauerung steigert er lediglich die Strapazen der Lektüre für den Anfänger, der sich beispielsweise im § 35 (»Bedingung und Befristung«) durch drei Seiten unverständlicher Aneinanderreihungen ausländischer Regeln hindurcharbeiten muß, bis er beiläufig auch nur den entsprechenden BGB-Paragraphen erfährt.

Quantitativ übertreffen die Zumutungen des Rammschen Buches wohl kaum die in Lehrbüchern zum BGB allgemein üblichen. Allen anderen Lehrbüchern des gleichen Gebietes ist das Rammsche Werk wohl dadurch überlegen, daß es die herrschende Dogmatik in Frage stellt, (von welcher unsinnigen Theorie her auch immer) und damit zu einer sonst nicht üblichen kritischen Behandlung verschiedener Rechtsinstituten kommt. Bemerkenswert sind insbesondere die Ausführungen zur juristischen Person, zur Problematik des Persönlichkeitsrechts und zum »Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb«. Wobei es wohl kein Zufall ist, daß die beiden letztgenannten Gebiete unter maßgeblicher Beteiligung eines Assistenten (was erfreulicherweise, entgegen der üblichen Gepflogenheit professoraler Ausbeutungspraktiken, jeweils vermerkt wird) zustandegekommen sind. Ramms crude Gesellschaftstheorie ist zwar keine Hilfe bei den Bemühungen, den Zusammenhang zwischen Gesellschaft, Staat und Recht zu erhellen, andererseits kann sie aber wegen ihrer eklatanten Inkonsistenz bei auch nur mittelmäßig begabten Studenten wohl kaum schlimmeres als Verwirrung anrichten.

Gefährlich ist jedoch die Verfassungseuphorie, die wahrscheinlich nahtlos an entsprechende Präformationen bei den studentischen Lesern anknüpft und durch ihre Verbindung mit Ramms normativistischer Interpretationstheorie, den Zusammenhang mit der Realität wahrscheinlich viel wirksamer verstellt als das überkommene Lehrmaterial.

Es bleibt zu hoffen, daß der Versuch derartige Studienmaterial als obligatorische Lektüre in einem zum Paukbetrieb »refor-

mierten« Studium einzuführen, wie es der Autor in seinen Beiträgen zur Studienreform vorschlägt, scheitern wird. Dem vorliegenden Werk kann man leider nicht wünschen, daß es ihm gelingt, diesen, trotz stromlinienförmiger Verkleidung mit inhaltlich entleerter Terminologie kritischer Gesellschaftstheorie, reaktionärer Inhalt, durch den Gegenwind der demokratischen und sozialistischen Bewegung an den Universitäten zu lavieren.

Friedhelm Hase, Horst Witzel

Juristische Analysen (JurA), Heft 1 und 2, 1. Jahrgang, November/Dezember 1969, Verlag Gehlen, Bad Homburg v. d. H.

Mit der Herausgabe der JurA durch den Verlag Gehlen erscheint nunmehr das vierte juristische Periodikum (neben: Zeitschrift für Rechtspolitik, ZRP; Kritische Justiz, KJ, Juristische Arbeitsblätter, JA) innerhalb von 14 Monaten neu auf dem Markt – ein Symptom dafür, wie wenig die traditionelle Rechtswissenschaft sich ihrer noch gewiß ist; denn im Verständnis aller Beteiligten sind die diversen editorischen Unternehmungen motiviert durch die Bewegung, ja Krise, in der die Jurisprudenz sich befindet. Doch an der Diskrepanz von Anlage und Selbstverständnis der Zeitschriften zeigt sich zudem, in welcher unterschiedlicher Weise diese »Bewegung« sich begreifen läßt: Während die ZRP ihren Stoff im wesentlichen projektierte bzw. intendierte Gesetzgebung entnimmt, versucht die KJ Recht umfassend als Politikum zu begreifen. Ganz anders dagegen der restringierte Anspruch der JA, die die Fragwürdigkeit der heutigen Jurisprudenz lediglich als Problem didaktischer Vermittlung von vorgegebenen Inhalten erfassen.

Auf ähnlich formaler Ebene bewegen sich auch die Intentionen von Verlag und Herausgebern der JurA: »Zweck dieser Zeitschrift ist die Zusammenfassung« (unveröffentlichter Textentwurf von D. Hubn, einem der Herausgeber). Was die Rechtswissenschaft »bewegt«, ist in diesem Konzept nur als quantitatives Stoffproblem begriffen. Hier Übersicht zu schaffen stellen sich die JurA zur Aufgabe.

Qualitativ Neues sucht man in dieser Zeitschrift denn auch vergebens. Lediglich

die Techniken der Zusammenfassung wurden kumuliert: Rechtsprechungs- und Literaturübersichten sollen – laut Verlagsprogramm – regelmäßig erscheinen; die einzelnen Hefte sind je einem Rechtsgebiet gewidmet, wobei erfreulicherweise das übliche rigide Schema: Privat-, Straf- und öffentliches Recht einer Aufteilung nach Funktionsbereichen (Arbeits- und Sozialrecht; Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht; Rechtslehre und Methodik etc.) gewichen ist.

Das erste Heft der *JurA* (öffentliches Recht, Hrsg. Friauf, umfaßte 67 Seiten, davon 11 (!) Leerseiten. Preis: Einzelheft DM 8,80; bei Teilabonnement DM 7,80; bei Gesamtabonnement DM 6,80. Verbiligte Referendar- und Studenten-Abos sind nicht vorgesehen.

Der Inhalt des ersten Heftes kompensiert diese Höhe des Preises in keiner Weise:

Die Beiträge stammen durchweg aus einer Feder: von Friauf; lediglich die Rechtsprechungsübersicht zum Verwaltungsrechtsschutz schrieb Friaufs Assistent Stephan. Die »Abhandlung« von Friauf über den »Rechtsschutz des sogenannten Dritten in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung« sowie die Übersicht von Stephan gehen über das bloße Referieren von Entscheidungen kaum hinaus. Die Literaturübersicht über öffentlich-rechtliche Beiträge in Fest- und Sammelchriften (S. 45 ff.) ist bemerkenswert oberflächlich – insbesondere in den Marginalien des Rezensenten. Wesentlich sorgfältiger gearbeitet sind Friaufs Einzelbesprechungen (S. 59 ff.); hierunter allerdings als Füllsel eine »Besprechung« von BVerfGE 20–24.

Inhaltlich weit gewichtiger ist das zweite Heft der *JurA* (Zivilrecht, Hrsg. Diederichsen). Neben durchweg detailliert referierenden Buchbesprechungen enthält es Übersichten zu den Themen: Rechtsgeschäftslehre (Diederichsen), Allgemeine Geschäftsbedingungen (Grunsky), Ausweitung der GoA (Gursky) und Synallagma-Lehre (Manfred Wolf).

Die Beiträge behandeln sämtlich Komplexe, die infolge Veränderung sozialer Tatsachen in die zivilrechtliche Dogmatik nicht ohne weiteres eingefügt werden können. Gleichwohl: Zu prinzipiellen Zweifeln an der Angemessenheit des überkommenen theoretischen Instrumentariums für die Lösung der Probleme sieht sich keiner

der Verfasser veranlaßt. Doch gelingt es ihnen, die Widersprüchlichkeit der zivilistischen Dogmatik aufzuzeigen – ohne diese freilich selbst zu thematisieren.

Der Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) sei stellvertretend angeführt.

Grunsky sieht – mit der h. L. – die Einbeziehung der AGB in den Einzelvertrag als rechtsgeschäftliche Handlung. Begründung: Dies führe zu befriedigenden Ergebnissen. In anderer Weise als durch Bezug auf das Ergebnis ist diese Lehre auch nicht ableitbar; denn der Vorstellung des BGB nach ausdrücklicher Vereinbarung der Vertragsbedingungen entspricht die meist unausgesprochene Geltung der AGB in keiner Weise. Die Rechtsprechung fingiert den Vereinbarungstatbestand mit der Formel, die AGB gälten als Vertragsbestandteil, »wenn der Partner vom Vorhandensein dieser Bedingungen wußte oder bei geböhriger Sorgfalt hätte wissen müssen, und wenn für ihn weiter erkennbar war, daß der Aufsteller der AGB den Vertrag unter Einbeziehung der AGB abschließen will.« Um das realiter einseitige Diktat mit der Fiktion rechtsgeschäftlicher Obereinkunft in Einklang zu bringen bedarf es einer weiteren Fiktion, nämlich: Die »Erklärung«, die AGB zu akzeptieren, könne sich »vernünftigerweise« nur auf solche Klauseln beziehen, mit denen der Vertragspartner »bülligerweise« hätte rechnen müssen. Weitere Schwierigkeiten zeigen sich bei der Konfrontation der sozialen Prämissen der Rechtsgeschäftslehre mit dem »Vereinbarungsvorgang: Da das Machtgefälle der Vertragspartner nicht geleugnet werden kann, stößt die Verwendung des Begriffs »Willenserklärung« auf Hindernisse; denn der Gebrauch der Rechtsgeschäftslehre läßt sich nur solange materiell rechtfertigen, als das dem BGB unterliegende Modell von der Gleichwertigkeit der Machtpositionen beider Partner für den konkreten Fall reale Voraussetzung ist. Grunsky und die h. L. helfen sich über diese Aporie des bürgerlichen Rechts, in die die Reflexion ihrer eigenen Ansprüche sie notwendig führt, hinweg mit der Formalisierung der Rechtsbegriffe: Aus der sozialen Tatsache der Unterwerfung könne »nicht gefolgert werden, daß die Unterwerfung etwas anderes ist als eine normale – wenn auch manchmal »erpreßte« – Willenserklärung.«

Allein von dieser Voraussetzung her – der Ignoranz gegenüber dem sozialen Normsubstrat – ist es auch zu verstehen, daß die h. L. den Gerichten ein umfassendes Recht zur Inhaltskontrolle der AGB zuspricht: Das Ideal privatautonomer Gestaltung der Lebensverhältnisse ist im Rahmen der bürgerlichen Gesellschaft nicht realisierbar; richterlicher Eingriff bewährt sich als Teil der Abwehrstrategie gegen die Konsequenzen eben dieser Privatautonomie, die sich – unkontrolliert belassen – selbst ad absurdum führt. Im System der bürgerlichen Rechtsordnung ist die Anerkennung der richterlichen Inhaltskontrolle eine Bankrotterklärung für das Prinzip der Privatautonomie und mithin auch für die Rechtsgeschäftslehre.

Grunskys Verdienst ist es, die aporetische Natur herkömmlicher zivilrechtlicher Begründungsweise durch Konzentration des Materials – zwar unbewußt – deutlich gemacht zu haben. Auf dieser Ebene ist denn auch der Wert der JurA insgesamt zu sehen: Eine Problemübersicht, die vom gleichen Vorverständnis ausgeht, wie es auch dem behandelten Stoff vorgegeben ist, läßt Strukturen deutlich werden. Zu juristischen Analysen wird es bei den JurA nicht reichen – aber sie liefern immerhin Materialien.

Wolfgang Schütte

Franciszek Ryszka,
Państwo stanu wyjątkowego – Rzecz o systemie państwa i prawa Trzeciej Rzeszy (Der Staat des Ausnahmezustandes. Über das Staats- und Rechtssystem des Dritten Reiches), Wrocław-Warszawa-Kraków 1964.

Einleitung: Der italienische Faschismus und die »autoritären Strömungen« in Europa

I. Teil: Die Genese des Hitler-Staates

1. Kap.: Die Deutschen und die »deutsche Ideologie«. Der revolutionäre Konservatismus

2. Kap.: Der Führer und seine Mannschaft. Ein Blick auf die Soziologie der Bewegung

3. Kap.: Die Krise des Rechtsstaates

II. Teil: Die rechtspolitische Doktrin und Praxis des Dritten Reiches

1. Kap.: Die Umgestaltungen der Staatsorganisation. Die Institutionalisierung des

gesellschaftlichen Lebens mittels des Rechts
2. Kap.: Das Führerprinzip in der Organisation des Dritten Reiches

3. Kap.: Der Aufbau und die Funktion des Zwangsapparates. Der »SS-Staat«
III. Teil: Die Zersetzung und der Niedergang der Rechtspflege

1. Kap.: Die deutschen Gerichte auf dem Wege zu Verbrechen gegen die Menschlichkeit

2. Kap.: Der Staat des Ausnahmezustandes und die Rechte des einzelnen

3. Kap.: Die Funktion des Strafrechts im Hitler-System

Ryszka will mit seinem Buch dazu beitragen, das Funktionieren des Faschismus zu begreifen. Er untersucht die Entstehung und Entwicklung einer faschistischen Diktatur am Beispiel des Dritten Reiches. Die Betrachtung richtet sich auf die juristischen, d. b. staats-, zivil- und strafrechtlichen Aspekte der Entwicklung.

Nach R.s Auffassung wird im geläufigen (d. h. Komintern-) Faschismusbegriff das genetische Element überbewertet; der Faschismus wird ausschließlich als Diktatur des Finanzkapitals gegen die Arbeiterklasse und die Arbeiterbewegung begriffen. Dagegen werden gewisse institutionelle Merkmale der faschistischen Diktatur nicht gebührend beachtet: die totale Organisation der Gesellschaft; jegliches gesellschaftliche Verhalten der Individuen muß staatlich institutionalisiert werden und umgekehrt müssen die staatlichen Institutionen alles gesellschaftliche Verhalten der Individuen regulieren. Diese Organisation und Regulierung geschieht mittels des Rechtes. Die rechtliche und rechtstheoretische Begründung des »Staates des Ausnahmezustandes« schafft die Bedingung dafür, daß das System der Gewalt in continuo funktionieren kann; dadurch wird physischer und psychischer Terror zum unabdingbaren Attribut der Herrschaft. Der Terror kann hinter einer Fassade von Rechtsvorschriften geübt werden, der Schein der Legalität bleibt gewahrt. Daher kommt bei dem Versuch, die faschistische Diktatur in Deutschland zu begreifen, der Auslegung des Rechts besondere Bedeutung zu.

Außer von der kommunistischen offiziellen Faschismusauffassung setzt sich R. hauptsächlich von der Auffassung ab, die

Ernst Fraenkel im »Dual State«¹ vertritt. Nach F. koexistierten im Dritten Reich zwei verschiedene Systeme: der Maßnahmestaat als institutionelle Form der faschistischen Diktatur mit einem charismatischen Führer an der Spitze unter der Auslöschung jeglicher rechtlicher Ordnung, wobei jeder Herrschaftsakt, jede politische Entscheidung als Ausdruck des Willens des Führers allgemein verbindliches Recht wird; als zweites System der Normenstaat – eine positivistische Konstruktion, auf eine logische und hierarchische Ordnung gestützt. Beide Systeme konnten – wenn auch konfliktreich – koexistieren wegen des kategorischen Bedürfnisses, den Normenstaat zu erhalten mit Rücksicht auf die Erfordernisse der kapitalistischen Wirtschaft und die zu ihrem Funktionieren unerlässlichen Prinzipien des Schutzes erworbener Rechte, der Sicherheit des Handels, der Vertragsfreiheit usw. R. stimmt der Fraenkelschen These von einem »Dualismus« der Systeme zu Beginn des Dritten Reiches zu, bestreitet aber, daß beide bis zum Ende nebeneinander existiert hätten. Im Gegenteil will er nachweisen, daß die Niederlage des Normenstaates unvermeidlich war und gerade im Namen der Interessen des kapitalistischen Privateigentums erfolgte, und zwar desjenigen Teils, der die Hauptstütze des Faschismus bildete. Nach R.s Auffassung war das Dritte Reich von allem Anfang an, was Fraenkel Maßnahmestaat – prerogative state im Gegensatz zu normative state (Normenstaat) – nennt und wofür R. die Bezeichnung »Staat des Ausnahmezustandes« in Anlehnung an Carl Schmitt für zutreffender hält. Das Ermächtigungsgesetz von März 1933, erlassen als befristete Notmaßnahme, machte den Ausnahmezustand zur Grundlage der weiteren Herrschaft. Die Aufrechterhaltung der formalen politisch-rechtlichen Kontinuität der Einrichtungen der Weimarer Republik schloß dabei nicht aus, daß etwa die Fraktion der KPD aus dem Reichstag ausgeschlossen wurde und andere den Normen des geltenden Rechts widersprechende Aktionen ex post legalisiert wurden, wofür der Röhm-Fall nur das bekannteste Beispiel abgibt. Die Rechtstheorie, die das legitimiert, war schon vorher von Carl Schmitt geliefert

¹ Vgl. die Rezension in *Kritische Justiz* 1969, S. 319.

worden in der Lehre von der Souveränität, in der die »konkrete Ordnung« des imperialistischen Staates an die Stelle der Rechtsordnung tritt. Der Zusammenhang zwischen dieser Theorie, die nur eine der vielen autoritären, reaktionären Tendenzen der deutschen Intelligenz darstellt, den rechten Ideologien überhaupt und der Machtergreifung bzw. -ausübung durch den Faschismus wird von R. anders gefaßt als in der Totalitarismusthese z. B. von Hannah Arendt; er unterstreicht die Zweckmäßigkeit solcher Tendenzen und entsprechender, in Deutschland verbreiteter Einstellungen als Herrschaftsmittel der staatlichen und wirtschaftlichen Machtelite, die durch den Faschismus fast unangetastet bleibt und in der Lage ist, die Spitze der Nazi-Partei zu integrieren. Der Faschismus schlüpft in den staatlichen Überbau hinein, verwächst mit ihm. Die Herrschaft der bürokratischen Elite läßt alle Herrschaftsakte die Form von Rechtsvorschriften annehmen; der Deziisionismus erklärt alle Willensäußerungen des Führers zu unmittelbar bindendem Recht. In der Praxis führt das zur Errichtung einer kommissarischen Verwaltung mit an die Person gebundenen Vollmachten. Der Vorrang der Erreichung politischer Ziele vor der Einhaltung der rechtlichen Normen schafft den unteren Verwaltungsinstanzen – entgegen dem Wortlaut des Führerprinzips – größeren Verantwortungsbereich und damit Machtzuwachs. In diesem Sinne konstatiert R. eine Machtdezentralisation im Dritten Reich, deren krasses Beispiel die Gestapo liefert, die jedoch auch im Rechtswesen dadurch zutage tritt, daß dem Richter bedeutende Urteilsgewalt zugemessen wurde.

Die das ganze Buch inspirierende These Fraenkels vom dual state wird von R. implizite etwa folgendermaßen beantwortet: Das Problem der Machterhaltung bzw. kriegerrischen -erweiterung der imperialistischen Bourgeoisie führt zur Mobilisierung der kleinbürgerlichen Massen gegen die Arbeiterbewegung. Diese Massenbewegung bleibt der bürokratischen Elite unterworfen, stützt ihre Herrschaft, ohne Einfluß zu gewinnen. Die kriegerrischen Ziele des Staates erfordern die Organisation der Gesellschaft, die gemäß den Herrschaftstraditionen durch extensive Rechtsvorschriften erfolgt. Die Herrschaftsaus-

übung kann sich jedoch nicht allein auf die Durchführung von Rechtsnormen stützen, an deren Seite tritt die Anwendung unmittelbaren Terrors. Der Ausnahmezustand als Bedingung der faschistischen Herrschaft zersetzt von Anfang an die normativen Traditionen; die Juridifizierung der politischen Sphäre ist gleichbedeutend mit der Aufhebung des Normenstaates.

Der Rezensent bedauert, daß das Buch zwar eine beachtliche Reihe von Zeugnissen zur Geistesgeschichte der deut-

schen Rechten enthält, auf eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit den gleichzeitig entstandenen, frühen Ansätzen einer Faschismustheorie der Linken (etwa August Thalheimer, Arthur Rosenberg) jedoch verzichtet; sie hätten in diesem Zusammenhang nicht übergangen werden dürfen, zumal da R. seine Arbeit unter den Anspruch stellt, das Staats- und Rechtssystem des Dritten Reiches vom Standpunkt des historischen Materialismus zu beurteilen.

Friedrich Gries

Aus dem Inhalt der nächsten Hefte:

R. Wiethölter, Zur politischen Funktion des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – *H. Rottleuthner*, Zum Problem einer Juristen-Soziologie – *L. Unterseher*, Gewerkschaftlicher Legalismus – *H. J. Koch*, Das Sozialideal des Bundesarbeitsgerichts? – *U. Krombach*, *U. Pielert*, *I. Rode*, Berufsausbildungsgesetz: Ausbeutung statt Ausbildung? – *Th. v. Freiberg*, Sexualität und Strafrecht. Zur Kritik der bürgerlichen Strafrechtsreform und ihrer Kritiker – *C. Rohlshausen*, *G. Bechmann*, Wissenschaftsorganisation und Wissenschaftsfreiheit –

Heft 1/70 soll den Schwerpunkt Arbeitsrecht haben. Redaktionsschluß 20. April 1970.