

Buchbesprechungen

Ernst Fraenkel: Reformismus und Pluralismus. Materialien zu einer ungeschriebenen politischen Autobiographie. Zusammenge- stellt und herausgegeben von Falk Esche und Frank Grube, Hoffmann und Campe (Reihe Kritische Wissenschaft) Hamburg 1973, 473 S., DM 29,50

I.

Die vorliegende Aufsatzsammlung¹ umfaßt Aufsätze aus einem Zeitraum von nahezu fünfzig Jahren. Im Rahmen einer Bespre- chung erscheint es deshalb als wenig sinnvoll, den Versuch einer Gesamtrezension zu un- ternehmen. Im folgenden werden vor allem diejenigen Aufsätze etwas näher nachge- zeichnet, die sich auf den Zeitraum bis 1933 beziehen. Dies liegt deshalb nahe, weil in den letzten Jahren relativ viele frühe Aufsätze von Fraenkel nachgedruckt und einer interes- sierten Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden.² Es ist jedoch daran zu erinnern, daß die frühen Studien nicht einfach unter »Re- formismus und Pluralismus« subsumiert werden können.

¹ Vgl. die Rezension dieses Bandes von Walter Euchner, in: Internationale wissenschaftliche Korrespondenz zur Geschichte der Arbeiterbe- wegung, (IWK), Jg. X, Dezember 1974, Heft 4, S. 516 ff.

² a) Vgl. Thilo Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918–1933, Neuwied/Ber- lin 1966. Schriften von Fraenkel S. 79 ff., 97 ff., 247 ff. vgl. die Rezension dieses Bandes von Barbara Dietrich, in: KJ, Heft 3/1969, S. 308 ff.

b) Ernst Fraenkel, Zur Soziologie der Klassenjus- tiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931–32, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, Darmstadt 1968 (Mit Vorwort von Fraenkel zum Neudruck) vgl. die Rezension der Schrift »Zur Soziologie der Klassenjustiz« von Melanie Jahn, in: KJ, Heft 1/1968, S. 92 f.

II.

Ernst Fraenkel, Mitglied der SPD von 1921 bis zu deren Liquidierung durch den Faschis- mus 1933, ist vor allem in seiner Bedeutung als Gewerkschaftsjurist, als Arbeitsrechtler und Rechtssoziologe zu sehen. Fraenkel war Dozent an der Wirtschaftsfachschule des »Deutschen Metallarbeiterverbandes« (DMV) in Bad Dürrenberg. Neben seiner Tätigkeit als Syndikus des DMV fungierte er auch als Rechtsberater des Parteivorstandes der SPD in verwaltungsrechtlichen Verfah- ren. Seit 1927 war er zusammen mit seinem Studienfreund und Sozius Franz L. Neu- mann (vgl. die Gedenkrede zu Neumann S. 168 ff.) in Berlin als Rechtsanwalt tätig. Fraenkel, Jahrgang 1898, Teilnehmer des er- sten Weltkrieges, für kurze Zeit im Soldaten- rat in Griesheim während der deutschen Re- volution 1918/19, studierte in Frankfurt Jurisprudenz und Geschichte. 1923 promo- vierte er bei dem bedeutenden sozialdemo- kratischen Arbeitsrechtler Hugo Sinzheimer (vgl. die Gedenkrede zu Sinzheimer S. 131 ff.)³ mit der Arbeit: »Der nichtige Ar- beitsvertrag«. Zu den Schülern von Sinzhei-

c) Hugo Sinzheimer / Ernst Fraenkel, Die Justiz in der Weimarer Republik. Eine Chronik. Mit einer Einführung von Otto Kirchheimer, heraus- gegeben von Thilo Ramm, Neuwied/Berlin 1968. Aufsätze von Fraenkel S. 328 ff. vgl. die Anzeige von Robert M. Kempner, in: KJ, Heft 1/1968, S. 89 f.

³ Über das Wirken Sinzheimers während der deut- schen Revolution und über seine Tätigkeit und Ansichten aus später Sicht: Fraenkel, Rätemy- thos und soziale Selbstbestimmung. Ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte der deutschen Revo- lution, in: Aus Politik und Zeitgeschichte. Beila- ge zur Wochenzeitung das Parlament, Jg. XXI, 1971, B 14/1971, S. 3 ff. – Über Sinzheimers Arbeit während seiner Zugehörigkeit zum Frankfurter Arbeiter- und Soldatenrat (Sinzhei-

mer gehörten neben Fraenkel auch Franz L. Neumann, Otto Kahn-Freund, Hans Morgenthau und andere. Auch Carlo Schmid war Doktorand bei Sinzheimer.

Fraenkels Tätigkeit in der gewerkschaftlichen Arbeiterbewegung führte ihn, wie er 1973 schreibt, zur sozialistischen Theorie (vgl. S. 25) und damit gleichzeitig zu der Ansicht, daß »die Bildungsarbeit der Partei (SPD/W. L.) dazu berufen (ist), bei dem schweren Existenzkampf der Bewegung den Mitgliedern das unverfälschte Bild einer sozialistischen Bewegung auf marxistischer Grundlage zu übermitteln« (S. 193). Es wird gelegentlich übersehen, daß Fraenkel dem linken Flügel der sozialdemokratischen Arbeiterbewegung in der Weimarer Republik zuzurechnen ist (vgl. Vorwort 1968, S. VII). Dies ergibt sich jedoch nicht nur aus dieser späten Bemerkung über sein früheres Wirken in der Arbeiterbewegung, sondern auch aus seinen Analysen (vgl. S. 180 ff., S. 185 ff.), ferner aus seiner Mitarbeit an den Zeitschriften des linken Flügels innerhalb der SPD, den Zeitschriften »Der Klassenkampf« und der »Marxistischen Tribüne«.⁴ Letztere wurde nach der Spaltung des linken Flügels (SAPD) 1931 von dem verbliebenen Teil der Linken gegründet und erschien, unter finanzieller Unterstützung durch den »Allgemeinen freien Angestelltenbund« (Vorsitzender: Siegfried Aufhäuser) vom 8. November 1931 bis zum 15. Juni 1932 in Berlin. Redakteur dieser Zeitschrift war Arkadij Gurland.

Fraenkels Arbeiten wurden u. a. in den Zeitschriften »Die Gesellschaft«, »Jungsozialistische Blätter«, »Der Klassenkampf«, »Marxistische Tribüne«, »Arbeitsrechts-Praxis«,

»Betriebsrätezeitschrift« publiziert. Von den separat erschienen kleineren Arbeiten seien hier die Schriften »Zur Soziologie der Klassenjustiz«, Berlin 1927 (Jungsozialistische Schriftenreihe / E. Laubsche Verlagsbuchhandlung, Herausgeber: Max Adler, Georg Engelbert Graf, Anna Siemsen) und »Betriebsräte und Arbeitsgerichtsgesetz«, Berlin 1927 (E. Laubsche Verlagsbuchhandlung) genannt.

III.

Hugo Sinzheimer, von Fraenkel in Anlehnung an Meißinger als der »Vater des deutschen Arbeitsrechts« (vgl. S. 131, Vorwort, 1968, S. X) bezeichnet, hatte das »kollektive Arbeitsrecht« schon in nicht unerheblichen Grundzügen vor dem ersten Weltkrieg konzipiert. Im Zentrum stand der Tarifvertrag, dessen »Grundgedanke« es nach Sinzheimer »ist, daß freiorganisierte gesellschaftliche Kräfte unmittelbar und planvoll objektives Recht erzeugen und verwalten.«⁵ Dies sollte bedeuten, daß neben dem Staat, allerdings ihm untergeordnet, die Organisationen von Lohnarbeit und Kapital autonom und in eigener Verantwortung an der Fortbildung des Rechts teilnehmen sollten und daß diese Organisationen selbständig »objektives Recht« zu setzen befähigt seien, welches im Tarifvertrag und seiner Verbindlichkeit zum Ausdruck gekommen sei. Der Tarifvertrag wurde als »Rechtsquelle« angesehen. Eine solche Vorstellung konnte aber nur dann zum Tragen kommen, wenn die Organisationen von Lohnarbeit und Kapital sich gegenseitig erstens als die einzig legitimen Organisationen des Wirtschaftslebens anerkennen – also z. B. die sog. gelben Gewerkschaften gegenüber den Unternehmern nicht mehr als Arbeitnehmerrepräsentanten fungieren konnten – und zum zweiten als prinzipielle Basis die »Parität« akzeptiert werden würde. Rechtliche Fixierung fand diese Vorstellung tendenziell schon im Hilfsdienstgesetz vom Dezember 1916. Sie wurde dann weitergeführt und ausgebaut im sog. Stinnes-Legien Abkommen vom 15. 11. 1918, in der Tarifvertragsordnung vom 23. 12. 1918 und fand schließlich

mer war dort für einige Zeit Polizeipräsident), Erhard Lucas, Frankfurt 1918/19: Der Arbeiter- und Soldatenrat. Von der Doppelherrschaft zum Einmarsch der Reichswehr, Frankfurt 1973. – Kritisch zu einigen theoretischen Prämissen von Sinzheimer und Fraenkel: Wolfgang Müller, Der Pluralismus – die Staatstheorie des Reformismus, in: Doeker/Steffani (Hrsg.), Klassenjustiz und Pluralismus. Festschrift für Ernst Fraenkel zum 75. Geburtstag, Hamburg 1973, S. 395 ff.

⁴ Vgl. Hanno Drechsler, Die Sozialistische Arbeiterpartei Deutschlands (SAPD). Ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Arbeiterbewegung am Ende der Weimarer Republik (1965), Reprint (gekürzt) Politladen Erlangen 1971; zum »Klassenkampf« vgl. S. 21, zur »Marxistischen Tribüne« vgl. S. 122 f. (123); zu letzterer siehe auch: Marxistische Tribüne für Politik und Wirtschaft, Berlin, Jg. I, Heft 1/8. November 1931 (Die Mitarbeiter des »Klassenkampf«: Brief an die E. Laubsche Verlagsbuchhandlung).

⁵ Hugo Sinzheimer, Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, München/Leipzig 1916, S. 186 (Hvrbg. 1. T.) Diese Arbeit wurde schon vor dem ersten Weltkrieg geschrieben.

ihren verfassungsrechtlichen Ausdruck in dem Art. 165 der Weimarer Reichsverfassung. Auch das Betriebsrätegesetz von 1920 kann hierunter subsumiert werden.

IV.

Für Fraenkel ist die oben grob skizzierte Entwicklung die Ausgangsposition seiner Theorie, aber darüber hinaus sieht er im Tarifvertrag nicht primär die Parität, sondern in diesem vielmehr einen »Klassenkampf mit verfeinerten Mitteln, ein zeitweiliges Kompromiß, das den Stärkegrad der Gegner im sozialen Kampf zum Ausdruck bringen soll«⁶ (vgl. S. 118, S. 129, Übernahme von Sinzheimer). Zwar bildet also die sog. Parität zwischen Lohnarbeit und Kapital in der Distributionssphäre den Ausgangspunkt seiner arbeitsrechtlichen Studien, jedoch nicht mit dem Ziel, die Parität zu erhalten, sondern letztendlich zu »überwinden«. So ist es dann auch zu verstehen, daß das kollektive Arbeitsrecht als »vorgeschobener Posten« (S. 72) im Kampf um die »Kollektive Demokratie« (vgl. S. 73 ff.) angesehen wird. Gleichzeitig soll auch die Kollektive Demokratie nur eine Zwischenstation im Befreiungskampf des Proletariats darstellen (vgl. S. 86, S. 112). Für Fraenkel liegt aber im kollektiven Arbeitsrecht die Gefahr begründet, daß dieses durch die gewerkschaftlichen Funktionäre in der sog. Stabilisierungsphase 1926 ff. »überschätzt« (S. 127, vgl. S. 69) werden konnte, indem man anstelle der »großen Linie«, d. h. der Emanzipation der Arbeiterklasse, sich zu sehr in arbeitsrechtliche Einzelfragen verstieg und diese letztendlich als zentral ansah.

Das kollektive Arbeitsrecht ist seiner Ansicht nach in der Weimarer Republik das »Prunkstück der Republik geworden. Das Arbeitsrecht stellte das Bindeglied zwischen Republik und Arbeiterschaft dar« (S. 66, vgl. S. 145). Aber es bestand auch die weitere Gefahr, daß die Funktion des Arbeitsrechts als »Bindeglied« zwischen Arbeiterbewegung und bürgerlichem Staat durch die Justiz unterhöhlt werden konnte: durch eine Justiz, die sich weitgehend aus den Schichten zusammensetzte, die der Arbeiterbewegung

von vornherein nicht nur ablehnend gegenüber gestanden, sondern diese direkt als ihren zentralen Gegner ansahen. Fraenkel drückt dies in seiner Definition der »Klassenjustiz« so aus: »Klassenjustiz bedeutet, daß die Rechtsprechung eines Landes einseitig von den Interessen und Ideologien der herrschenden Klasse beeinflusst wird, so daß trotz formaler Anwendung des Gesetzes die unterdrückte Klasse durch die Handhabung der Justiz beeinträchtigt wird« (S. 120)⁷.

Da das Arbeitsrecht primär Richterrecht war – die Bestimmung des Art. 157/II WV: »Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht« blieb auf dem Papier –, drückt sich in dieser Einschätzung zum einen die Ansicht aus, daß die »Rechtsordnung als solche Produkt der herrschenden Klasse ist« (S. 63), d. h., daß in einer Klassengesellschaft auch die dort vorhandenen Einrichtungen das Merkmal des Klassencharakters in sich tragen. Zum anderen aber auch die Hoffnung, daß einerseits durch Bewußtwerdung des sozialen Standorts sich der Richter zwar nicht »über« seinen eigenen Standort und die auch in den Arbeitsprozessen zum Vorschein kommenden antagonistischen Interessen zu erheben vermag (vgl. S. 121), aber aufgrund dieser Erkenntnis doch zu einer »gerechteren« Beurteilung der anstehenden Tatbestände in der Lage ist. Andererseits ist impliziert, daß durch die paritätische Besetzung der unteren Instanzen der Arbeitsgerichte die Möglichkeit besteht, daß der »soziale Gedanke« in

⁷ Vgl. das reduzierte Verständnis von Klassenjustiz bei: Hans Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*. Ausgewählte Aufsätze, Wien 1967, S. 100. Kelsen meint, daß mit Klassenjustiz »nur eine Rechtsprechung bezeichnet werden (kann), die in gesetzwidriger Weise die Angehörigen der herrschenden Klassen begünstigt.« – Vgl. die psychologisierende Vorstellung bei: Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Göttingen 1965 (3), S. 16. Klassenjustiz bedeutet für Radbruch »die unbewußte Beeinflussung durch Antriebe, die aus der Zugehörigkeit des Richters zur Bourgeoisie und zur Bildungsschicht sich ergeben können.« – Vgl. aus sowjetischer Sicht zur Auseinandersetzung zum Klassenrecht und Klassenjustiz: Petr I. Stucka, *Das Problem des Klassenrechts und der Klassenjustiz* (1922) in: *Marxismus Archiv*, Bd. I, *Marxismus und Politik*, Frankfurt 1971, S. 433 ff. – Vgl. auch die Kritik von Fred Gebhardt, *Klassenjustiz?*, in: Oskar Negt u. a., *Klassenjustiz?*, Herausgeber: SBG-Jura, Köln 1973, S. 5 ff. Gebhardt, S. 10, schreibt, daß Fraenkels Schrift »Zur Soziologie der Klassenjustiz« »ein einziger warmherziger Apell an die Richterschaft, »demokratischer zu urteilen«, sei.

⁶ Fraenkel, *Die Carta del Lavoro*, in: *Betriebsrätezeitschrift für Funktionäre der Metallindustrie*, Jg. VIII, 1927, Nr. 10/14. Mai 1927, S. 289 ff. (291); vgl. Enderle, Schreiner, Walcher, Weckerle, *Das Rote Gewerkschaftsbuch*, (Berlin 1932) Nachdruck Frankfurt 1967, S. 150.

die privatkapitalistische Rechtsordnung einfließen kann.⁸ (Vgl. S. 64, wo Fraenkel annimmt, daß die bürgerliche Rechtsordnung schon mit sozialistischen Rechtsvorstellungen durchdrungen ist.) Diese paritätische Besetzung drückte sich im § 11 des Arbeitsgerichtsgesetzes von 1927 aus. Ferner wurde dort formuliert, daß in der 1. Instanz normalerweise Rechtsanwälte von der Prozeßvertretung ausgeschlossen und diese nur den Funktionären der Organisationen zustehen sollte. In der 2. Instanz waren Funktionäre und Rechtsanwälte gleichberechtigt zugelassen (vgl. S. 57).

Welche Relevanz Fraenkel der Justiz zumißt, wird deutlich, wenn er im Februar 1933 in der letzten Chronik der »Justiz«, nachdem offensichtlich die Inaugurierung der Kollektiven Demokratie gescheitert ist, die für ihn grob gesprochen in der Ergänzung der Staatsverfassung durch eine Wirtschaftsverfassung besteht (vgl. S. 56, S. 86, S. 139, Beziehung auf Sinzheimer), schreibt: »Der Justiz erwachsen Aufgaben von ungeahnter Bedeutung. Auf die Justiz schauen halb vertrauensvoll, halb besorgt all diejenigen, die ein Regime der Willkür unerträglich halten für ein Kulturvolk, unzumutbar für eine Nation, die seit mehr als 100 Jahren an die Herrschaft des Gedankens des Rechtsstaats gewöhnt ist« (S. 195)⁹.

Die Justiz sollte sich als Bollwerk gegenüber dem Faschismus erweisen und so die Weimarer Verfassung, die als ein Kompromiß¹⁰ gedeutet wird, erhalten. Denn die Hoffnung auf diese Erhaltung zielte darauf, »die klassenbewußte Arbeiterschaft durch das Mittel der Parität evolutionär in die bestehende Gesellschaft und einen demokratischen Staat einzubauen« (S. 197)¹¹.

Fraenkel geht in seinen Schriften von der Annahme aus, daß die »Grundlage« der Weimarer Republik ein »Gleichgewicht der Klassen« (S. 182)¹² gewesen sei. Dieses Gleichge-

wicht kann jedoch immer nur ein auf eine bestimmte Dauer ausgerichtetes sein. Da das »Interesse des Gemeinwohls« innerhalb einer klassengespaltenen Gesellschaft eine Fiktion ist¹³, komme es darauf an, die klassengespaltene Demokratie der Weimarer Republik und ihr auf eine zeitlich begrenzte Dauer ausgerichtetes Klassengleichgewicht einerseits im Kampf gegen die Bourgeoisie zu erhalten, da »in klassengespaltenen Gesellschaft Kampf für Demokratie erforderlich zur Erhaltung des Kampfbodens der Arbeiterschaft« (S. 184)¹⁴ sei und andererseits zu erkennen, daß das »Substrat der echten Demokratie klassenlose Gesellschaft ist« (ebda.).

In diesem Rahmen wird dem Arbeitsrecht 1932 folgende Aufgabe und Begrenzung zugewiesen: »Die politische Mission des Arbeitsrechts ist es heute, diesen vorgeschobenen Posten (das Arbeitsrecht wird von ihm in »wirtschaftspolitischer Bedeutung« so interpretiert / W. L.) der Arbeiterbewegung zu halten, die übrige Linie der Kampffront auf die Position des Arbeitsrechts vorzuziehen und damit gleichzeitig den Versuch des Unternehmertums abzuschlagen, die Bastion, die das Arbeitsrecht darstellt, zu überrennen, sie besteht aber auch darin, sich nicht von falschen Propheten dazu verleiten zu lassen, die arbeitsrechtliche Stellung ohne Föhlung mit der übrigen Entwicklung so weit vorzutreiben, daß die Verbindung mit dem Gros der Kampffront verloren geht, was die Gefahr in sich schließt, daß der allzuweit vorgeschobene Posten umzingelt und vernichtet wird« (S. 72)¹⁵.

Die Gesellschaft, Jg. VII, 1930, Bd. I, Heft 2, S. 117 ff. (126). – Otto Kahn-Freund, Der Funktionswandel des Arbeitsrechts, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Tübingen 1932, Bd. 67, S. 146 ff. (155). – Vgl. mit weiteren Nachweisen und Diskussion: Joachim Perels, Kapitalismus und politische Demokratie. Privatrechtssystem und Gesellschaftsstruktur (muß richtig heißen: Verfassungsstruktur / W. L.) in der Weimarer Republik, Frankfurt 1973, S. 36 f.

⁸ Vgl. so auch: Gustav Radbruch, Der Mensch im Recht, Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts, Göttingen 1961 (2).

⁹ Vgl. Fraenkel, Betriebsräte und Arbeitsgerichtsgesetz, Berlin 1927, S. 12.

¹⁰ Vgl. Fraenkel, in: Fraenkel/Sinzheimer, 1968, S. 396.

¹¹ Vgl. Fraenkel, 1919–1929 Zum Verfassungstag, in: Jungsozialistische Blätter, Jg. VIII, 1929, Heft 8/August 1929, S. 226 ff.

¹² Vgl. Fraenkel, in: Fraenkel/Sinzheimer, 1968, S. 398.

¹³ Vgl. Fraenkel, Zehn Jahre Betriebsrätegesetz, in:

¹⁴ Fraenkel, Staat und Gewerkschaften. Eine Auseinandersetzung mit Wilhelm Sturmfels, in: Der Klassenkampf, Jg. II, 1928, II. Halbband, Nr. 19, S. 579 ff. (580).

¹⁵ Diese Vorstellung spielt eine wichtige Rolle in der sozialistischen Theorie. Siehe z. B. die Analysen von Wolfgang Abendroth.

¹⁶ Vgl. Fraenkel, Abschied von Weimar, in: Die Gesellschaft, Jg. IX, 1932, Bd. II, Heft 8, S. 109 ff. (124).

Wenn Fraenkel in dem Abschnitt »Anstatt einer Vorrede« davon spricht, daß die vorliegende Aufsatzsammlung u. a. zum Ziel habe herauszuarbeiten, »daß der Reformismus eine Erscheinungsform pluralistischer Grundhaltung ist, die die gesamte Staats-, Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung durchzieht und die in der Gewerkschaftsbewegung lediglich ihren markantesten Ausdruck gefunden hat« (S. 13, vgl. die These: »Der Pluralismus ist die Staatstheorie des Reformismus . . .«, S. 426 f., vgl. Esche/Grube, Einleitung, S. 27, 44, 47 f.), so scheint mir dies für seine Analysen bis 1933 zumindest fraglich. Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, daß eine Kontinuität bestimmter theoretischer Prämissen bei Fraenkel durchgängig festzustellen ist (vgl. Müller, a. a. O.). Aber es darf nicht übersehen werden, daß insbesondere seine Überlegungen zum kollektiven Arbeitsrecht – die er ja nach 1945 so gut wie aufgegeben hat¹⁷ – in der Weimarer Republik primär auf dem Boden einer klassenkämpferischen Analyse und Einstellung gestanden haben.

Für Fraenkel ist die Kollektive Demokratie¹⁸, deren Ausbau in der Weimarer Republik schon in nicht unerheblichen Zügen vonstatten gegangen ist (vgl. S. 85 ff. dort auch die strikte Abgrenzung vom »korporativen« System), keineswegs Endziel der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern eine allerdings

unumgängliche Zwischenstufe. Nach 1945 – aber auch schon in der Emigration in Amerika 1943/44 (vgl. S. 283 ff. (303)) – wird zwar wieder auf die These von der Kollektiven Demokratie (vgl. S. 412) zurückgegriffen, allerdings nun mit der stillschweigend bzw. offen ausgesprochenen Vorstellung verbunden, daß diese »neue« kollektive Demokratie, in der jetzt in der Tat der Gegensatz zwischen Kapital und Lohnarbeit nur noch in Gestalt eines – allerdings des dominierenden – Interessengegensatzes erscheint, quasi unabänderlich ist. Damit diese neue Gesellschaftsform überlebensfähig ist, muß der Staat dafür Sorge tragen, daß »auf kollektiver Ebene zwischen den verschiedenen Gesellschaftsgruppen eine *Waffengleichheit*« (S. 433, Hvrhg. von mir W. L.) hergestellt wird, welche ständig – und bei Strafe des Untergangs der Gesellschaft – zu erneuern ist.

Während Fraenkel in der Weimarer Republik die Ansicht vom »Gemeinwohl« zutreffend als Fiktion zurückweist, da die Vorstellung vom Gemeinwohl sich als Verschleierung der Klassengesellschaft darstellt, ist für ihn heute die Anerkennung eines »allgemein verbindlichen Wertkodex(es)« (S. 430) unumgänglich. Dies bedeutet, »daß auch in der heterogensten Gesellschaft stets neben dem kontroversen auch ein nicht-kontroverser Sektor des gesellschaftlichen Lebens besteht« (S. 401). Seine frühen Analysen gehen von der Annahme aus, daß das marxistische Kategorieninstrumentarium für eine Untersuchung bestimmter gesellschaftlicher Phänomene geeignet sei (vgl. S. 25, Vorwort, 1968, S. XI. Beziehung auf »Soziologie der Klassenjustiz«. Siehe auch Euchner, a. a. O.). Die späteren Schriften hingegen befassen sich mit Fragestellungen, die zumeist nicht mehr explizit auf die materielle Basis der Gesellschaft zurückgreifen (vgl. Abschnitt V des Sammelbandes). So wird z. B. davon gesprochen, daß »Marx' »Bürgerkrieg in Frankreich« und *Leuns* »Staat und Revolution« das Alte und Neue Testament, auf denen die Staatstheologie der »Neuen Linken« aufgebaut ist(,) (bilden)« (S. 419)¹⁹.

Wenn Esche/Grube in ihrer Einleitung, S. 40 schreiben, daß Fraenkel dem »reformistischen Flügel der Arbeiterbewegung ver-

¹⁷ Meines Wissens beziehen sich explizit lediglich die Aufsätze »Räte-mythos und soziale Selbstbestimmung«, a. a. O., »Der Ruheisenstreit 1928–1929 . . .«, in: Reformismus und Pluralismus, a. a. O., S. 145 ff. sowie der Art. »Arbeitsrecht«, in: Fraenkel/Bracher (Hrsg.), Staat und Politik, Frankfurt 1957, S. 25–30 auf seine Tätigkeit in der Weimarer Republik. Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß in der »Neuaufgabe« von »Staat und Politik«, 1964 ff. (Neubearbeitung), der Art. »Arbeitsrecht« nicht mehr aufgeführt ist.

¹⁸ Zu erwähnen ist hier, daß der Aufsatz »Kollektive Demokratie«, wie mir Prof. Fraenkel in einem Gespräch mitteilte, zuerst als Vortrag auf einer Veranstaltung des Sozialistischen Studentenbundes in Kiel gehalten wurde. Ferdinand Tönnies, der sich unter den Zuhörern befand, meinte nach Schluß des Vortrages, daß dieser veröffentlicht werden sollte. Fraenkel solle sich an Rudolf Hilferding, den Herausgeber der Zeitschrift »Die Gesellschaft« wenden und ihn bitten, diesen Aufsatz zu veröffentlichen. Von diesem Zeitpunkt an gehörte Ernst Fraenkel zu einem Kreis jüngerer Mitarbeiter der theoretischen Zeitschrift der SPD.

¹⁹ Vgl. Fraenkel, Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Parteienstaat, Tübingen 1958, S. 47 (Hinweis auf Talmon).

pflichtet« sei, (die in Anm. 17 erwähnten Schriften von Fraenkel gehen auch von dieser Annahme aus) so ist dies in dieser Ausschließlichkeit nicht richtig. Mittelbar kann zwar gesagt werden, daß die Vorstellungen von Fraenkel hauptsächlich in der Tradition reformistischen Denkens gestanden haben. Diese Tradition kann jedoch nicht dadurch erfaßt werden, indem man z. B. den Unterschied zwischen »revolutionärer« und »reformistischer« Theorie ausschließlich auf die Frage abstellt, ob nun die Transformation zu einer sozialistischen Gesellschaft »evolutionär« oder mittels eines »gewaltsamen Aktes« herbeigeführt wird (vgl. diesbezüglich z. B. die berühmte Amsterdamer Rede von Marx von 1872). Diese Tradition »bricht« sich in seinen frühen Analysen; sie sind in starkem Maße von der konkret-historischen Situation abhängig.

Die vorliegende Aufsatzsammlung gibt die Möglichkeit, neben den oben erwähnten Neuveröffentlichungen früherer Analysen von Fraenkel – insbesondere sei hier an die umfangreiche Bibliographie erinnert – detaillierter zu überprüfen, welche Möglichkeiten und Grenzen eine gebrochene reformistische Theorie, vor allem bezogen auf das Arbeitsrecht¹⁰, in der Weimarer Republik hatte.

Wolfgang Luthardt

Nachtrag zur Bibliographie (bis 1933), S. 452 ff.: I. Betriebsräte – Zeitschrift für Funktionäre der Metallindustrie, Jg. I, 1920 ff. Herausgegeben vom Vorstand des Deutschen Metallarbeiterverbandes, Stuttgart: 1. Ist Teilnahme am organisierten Streik ein Grund zur fristlosen Entlassung?, Jg. VII, 1926, Nr. 4/13. Februar 1926, S. 125–127 – 2. Das Reichsgericht zum Begriff der Stilllegung, Jg. VII, 1926, Nr. 9/24. April 1926, S. 285–288 – 3. Aushöhlung des Tarifvertrages?, Jg. VII, 1926, Nr. 22/23. Oktober 1926, S. 692–694 – 4. Reichsgericht und 1. Mai, Jg. VIII, 1927, Nr. 6/19. März 1927, S. 183–185 – 5. Lohnanspruch bei gesetzwidrigen Überstunden, Jg. IX, 1928, Nr. 18/1. September 1928, S.

560–563 – 6. Betriebsvertretung für Montagestellten, Jg. X, 1929, Nr. 25/14. Dezember 1929, S. 779–784

II. Arbeitsrechts-Praxis. Zeitschrift für Arbeitsrecht, Sozialversicherung und soziale Verwaltung, Berlin 1928 ff.: 7. Vorzeitige Unterbrechung des Lehrvertrages des gewerblichen Lehrlings, Jg. III, 1930, Heft 3/März 1930, S. 65–70

III. Jungsozialistische Blätter, Herausgegeben vom Reichsausschuß der Jungsozialisten, Berlin 1922 ff.: 8. Der Film als sozialistische Kunstform, Jg. V, 1926, Heft 3/März 1926, S. 77–79 – 9. Jungsozialismus als Generationenproblem, Jg. IX, 1930, Heft 11/November 1930, S. 337–340

IV. Die Arbeit, Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde, Hrsg. von Theodor Leipart, Berlin 1924 ff.: 10. Rezension von: Karl Renner: Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, Tübingen 1929 Jg. VI, Berlin 1929, S. 664–667

V. Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Tübingen 1930, Bd. 63, S. 408–410: 11. Rezension von: Friedrich Dessauer, Recht, Richtertum und Ministerialbürokratie, Mannheim 1928.

Walter Wagner, *Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat. Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus* Bd. III, Deutsche Verlags-Anstalt Stuttgart 1974, 992 S., DM 168,-*

Walter Wagner, früher Bundesanwalt für politische Strafsachen und jetzt im Ruhestand, ist der Verfasser des dritten Bandes der von dem früheren Präsidenten des Bundesgerichtshofs Weinkauff geleiteten Gesamtdarstellung »Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus«. Der dritte Band ist eine sehr umfangreiche, gründliche Arbeit, die im Text ungemein viel Originaldokumente, vor allem die Prozeßakten des Volksgerichtshofs verwertet und im Anhang Originaldokumente abdruckt, neben aufschlußreichen Statistiken über die Rechtsprechung des Volksgerichtshofs. Zum Beispiel eine Statistik über die

¹⁰ Vgl. hierzu: Thomas Blanke, Rainer Erd, Ulrich Mückenberger, Ulrich Stascheit (Hg.), *Kollektives Arbeitsrecht. Quellentexte zur Geschichte des Arbeitsrechts in Deutschland*, Bd. 1 1840–1933, Bd. 2 1933 bis zur Gegenwart, Reinbek/Hamburg 1975.

* S. a. die Besprechung von Richard Schmid: Hermann Weinkauff, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus*, Bd. I, KJ 1/1969, S. 102 ff. und die Besprechung von Alexander v. Brünneck: Friedrich Karl Kaul, *Geschichte des Reichsgerichts* Bd. IV, 1933–1945, KJ 2/1972, S. 215 ff. (Red. KJ)

Zahl der verhängten Todesstrafen, die vom Jahr 1937 bis zum Jahr 1944 von 32 auf 2097 gestiegen ist. Die beinahe tausend eng bedruckten Seiten stellen eine enorme Arbeitsleistung dar, über die hier nur überschlägig, indem ich nämlich manches überschlage, berichtet werden kann.

Nachdem in den ersten Abschnitten über die in zwei Stadien erfolgte Errichtung, die Organisation und die Zuständigkeit des Volksgerichtshofs das Erforderliche gesagt ist, ist der weitaus größte Teil des Buches ein Exzerpt aus den Verfahrensakten des Volksgerichtshofs. Bekanntlich gab den Anstoß zur Errichtung des Volksgerichtshofs die Enttäuschung und die Entrüstung Hitlers über das Verfahren und das Urteil im Reichstagsbrand-Prozeß, der auch anhand der Akten geschildert wird. Daß die angeklagten Kommunisten freigesprochen wurden, obwohl sie Kommunisten waren – das schien damals nicht nur Hitler, sondern einem großen Teil des deutschen Volkes unbegreiflich, woran ich mich aus vielen persönlichen Unterhaltungen erinnere.

Die Wiedergabe der Sachverhalte aus den Akten hat den Vorzug, daß man vielerlei und konkretes aus den entschiedenen Fällen erfährt, so daß Furcht und Elend des Dritten Reiches in Einzelschicksalen sichtbar wird. Aber man muß dabei bedenken, daß die Wagner'sche Darstellung nur einen sehr niedrigen Realitätsgrad hat, denn sie gibt offenbar die Urteilsfeststellungen aus den Akten wieder, die von vielerlei Fehlerquellen beeinflusst sind. Es ist das, was die Gestapo ermittelt hatte und das, was die Angeklagten an Belastendem zugeben gezwungen waren, irgendwelche Hilfskonstruktionen oder Teilgeständnisse, um anderes zu verbergen. Das Gericht begnügte sich oft mit sehr wenig Fakten, weil die Begriffe, zum Beispiel Feindbegünstigung, Wehrkraftzersetzung, Vorbereitung (beim Hochverrat) gesetzlich oder durch die Rechtsprechung des Volksgerichtshofs selbst so ausgeweitet waren, daß sich das Gericht keine weitere Mühe in der Subsumtion geben mußte. Heraus kam ein von beiden Seiten verzerrtes, zurecht gemachtes Bild des Sachverhalts, was in der Wagner'schen Wiedergabe nicht beachtet ist. So bin ich beispielsweise überzeugt, daß Robert Havemann dem, was (S. 161/62) aus den Akten des gegen ihn ergangenen Urteils als Tatbestand wiedergegeben ist, wenig Realitätswert beimessen wird. Er und seine drei

Mitangeklagten sind damals zum Tod verurteilt worden; die Vollstreckung des Urteils gegen ihn wurde wegen »wichtiger Forschungsaufgaben« aufgeschoben, die drei Mitangeklagten wurden hingerichtet.

Interessant ist, daß in der Zeit der Geltung des Stalin-Hitler-Pakts 1939 bis Juni 1941, wie es scheint, eine gewisse Unsicherheit in Verfahren gegen Kommunisten oder andere marxistische Täter bestanden hat. Urteile sollten in dieser Zeit offenbar gemäßigt formuliert werden; man kann für diese Zeit auch eine gewisse Mäßigung im Strafmaß feststellen; ich kann es persönlich bestätigen. Eine Sammlung der Entscheidungen ist damals mit Rücksicht auf frühere Urteile gegen Kommunisten unterblieben. Aber von dieser kurzen Periode abgesehen, machte der VGH keine Umstände. Schon im Jahre 1938 hielt er es für eine Vorbereitung des Hochverrats, wenn der Moskauer Sender abgehört wurde »wenn der Vorsatz des Täters darauf gerichtet ist, entweder sich selbst oder Mithörer in der kommunistischen Gesinnung zu festigen...« (Damals gab es noch kein Gesetz gegen das Abhören von Feindsendern.) Ich entnehme diese Entscheidung nicht dem Wagner'schen Buch, sondern der 6. Auflage von 1944 des »Leipziger Kommentars«, ein Werk, das man nicht genug denen empfehlen kann, die wissen wollen, welche Höhen und Tiefen die deutsche Rechtswissenschaft schon durchgemessen hat. Entsprechendes galt später für den Landesverrat: Landesverräterische Feindbegünstigung, für die Todesstrafe verhängt werden konnte, war zum Beispiel die Erweckung von Kriegsmüdigkeit durch tendenziöse Nachrichten oder kritische Äußerungen. Einen sehr großen Raum in der Gesamtdarstellung nehmen deshalb, neben verbotenen oder neu gebildeten Organisationen oder Vereinigungen, vereinzelte defaitistische Äußerungen ein oder beispielsweise von Gestapo-Agenten provozierte Kritik und despektierliche Meinungen über das Regime, über Hitler oder die Kriegslage. In den letzten Kriegsjahren haben solche Tatbestände massenweise zu Todesurteilen geführt. Daß solche Vorgänge vor das höchste politische Gericht des Reiches gezogen wurden, ist schon bemerkenswert. Ein Beispiel: Am 27. August 1943 wurde ein Schlächter aus der Lausitz zum Tode verurteilt, weil er im Sommer 1942 zu zwei Feldwebeln gesagt hatte, sie sollten doch den Dreck hinhauen. Es ergab sich, daß der Angeklagte im Ersten Welt-

krieg einmal wegen Dienstverweigerung bestraft worden war. Im Urteil heißt es dann im Freisler-Stil: »Wie groß die Gemeinheit der Gesinnung des Angeklagten ist, geht vor allem auch daraus hervor, daß er an einem anderen Tage sogar sagte, unser Führer »siele sich zu Hause herum und gehe nicht an die Front, er habe es im Weltkrieg nur bis zum lappigen Gefreiten gebracht.« Das sagt jemand, der sich damals feige gedrückt hat, über unseren Führer, den berühmtesten Meldegänger des Weltkriegs, der als einfacher Soldat das EK I bekommen hat!!!«

Die Darstellung der Verfahren gegen die Männer des 20. Juli 1944, der Goerdeler-Gruppe, des Kreisauer Kreises, der Geschwister Scholl, bringen nicht viel Neues, die Akten sind schon anderwärts ausführlich verarbeitet. Nichts erfährt man über die Rote Kapelle, die vom Reichskriegsgericht abgeurteilt wurde. Neue Aufschlüsse sind dagegen in dem Kapitel über die Nacht- und Nebel-Verfahren des okkupierten Westens enthalten. Zwar waren hier die Wehrmachtsgerichte auch zuständig. Die gaben aber die Fälle offenbar sehr gern an den VGH ab, wie überhaupt deren relativ rechtsstaatliche Haltung überwiegend darin bestand, skandalöse Zumutungen weiterzugeben. Das Nacht- und Nebel-Verfahren beruht auf einer Anordnung Hitlers vom 12. Dezember 1941, in der es hieß: »Eine wirksame und nachhaltige Abschreckung ist nur durch Todesstrafen oder durch Maßnahmen zu erreichen, die die Angehörigen und die Bevölkerung über das Schicksal des Täters im Ungewissen halten.« Aber dieses Ungewisse galt auch für das Todesurteil. »Die Geheimhaltung dauerte bis über den Tod der Gefangenen und Verurteilten fort. Um den Tod und die Hinrichtung von »Nacht- und Nebel-Gefangenen« nicht bekannt werden zu lassen, wurde durch Rundverfügung vom 6. März 1943 vorgeschrieben, daß das Ableben eines Gefangenen dem zuständigen Standesamt zu melden, gleichzeitig aber in der Todesanzeige um Aufnahme eines Sperrvermerks zu ersuchen sei, wonach die Bekanntgabe des Todesfalls und jede Auskunft darüber nur mit Genehmigung des Reichsjustizministers erfolgen dürfe. Abschiedsbriefe der Verstorbenen seien nicht zu befördern, sondern der zuständigen Staatsanwaltschaft zur Verwahrung zu übersenden . . .« Aber das Geheimnis sollte auch über den Freispruch hinaus wirken: Auch Freigesprochene oder nur zu zeitigen

Freiheitsstrafen Verurteilte waren der Geheimen Staatspolizei zur Verwahrung auf Kriegsdauer zu übergeben. Das galt schließlich sogar für solche Häftlinge, deren Unschuld sich vor der Hauptverhandlung herausstellte.

Nicht viel Neues kann Wagner zur rechtlichen Seite beibringen, sowohl was die Legislative betrifft, wie überhaupt die radikale Abkehr von überkommenen materiellen und prozessualen Prinzipien, wodurch schließlich die letzten Reste des Rechtsstaats preisgegeben wurden. Die Abschaffung des Rückwirkungsverbots hatte schon das Reichsgericht im Reichstagsbrandprozeß hingenommen. Ein neuer § 2 des Strafgesetzbuchs machte eine Tat dann strafbar, wenn sie nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdiente. Der Begriff der Öffentlichkeit (bei der wehrkraftersetzenden Äußerung) verflüchtigte sich schließlich ganz. Verminderte Zurechnungsfähigkeit wurde gar zum Straferschwerungsgrund. Das waren die sogenannten Ausmerzungsurteile, die übrigens von den Sondergerichten lebhaft nachgeahmt wurden. Dazu kam der Abbau auf prozessualen Gebiet: Genehmigung und scharfe Kontrolle der Verteidiger, was alle dem Gericht unbequemen Beweisansprüche schließlich unmöglich machte. Wie wichtig die gänzlich freie Verteidigung, sowohl ihre Übernahme wie ihre Führung, ist, erkennt man an vielen Stellen. Der Präsident des VGH hatte die Möglichkeit, durch einen von ihm veranlaßten »außerordentlichen Einspruch« des Oberreichsanwalts gegen ein ihm zu milde erscheinendes Urteil die Verhandlung an seinen Senat zu ziehen. Neu und von Interesse ist der mit einzelnen Stücken wiedergegebene Schriftwechsel zwischen Thierack, dem ersten Präsidenten und späteren Reichsjustizminister und Freisler, dem zweiten Präsidenten, über einzelne Fälle und Fragen; unbekannt waren mir auch die abgedruckten Berichte eines Beamten des Reichsjustizministeriums an Bormann über einzelne Verhandlungen.

An Fakten und an der mehr oder minder selbstverständlichen und herkömmlichen Kritik an der Rechtsprechung des VGH fehlt es bei Wagner nicht. Die justizmäßige Form der Machtausübung war nichts als Fassade. Man legte noch Wert auf die überkommene Vorstellung, daß die Rechtspflege auch noch dem Schutz des Bürgers und der Wahrung fester Gesetzlichkeit diene. Aber von der direkten willkürlichen Machtausübung durch

den Himmlerschen Polizeiapparat unterschied sich die Justiz des VGH eigentlich nur durch die Heuchelei, es sei Justiz, was hier betrieben werde.

Aber je selbstverständlicher und einleuchtender die Kritik im einzelnen und je skandalöser die Rechtsprechung ist, um so nötiger wäre es gewesen, dieser Entwicklung *innerhalb der Justiz* nachzugehen. Wie ist es zu erklären, daß sich innerhalb der deutschen Richterschaft und der deutschen Staatsanwaltschaften so viele zur Mitwirkung bei der Justiz des Volksgerichtshofs, bei der Reichsanwaltschaft beim Volksgerichtshof und der entsprechenden Rechtsprechung der Strafsenate der Oberlandesgerichte und der Sondergerichte bereitgefunden haben? Und wie, daß ein in den Grundprinzipien des Strafrechts und des Strafprozesses geschultes und geübtes Personal, das sich auf seine Unabhängigkeit und sein Nur-dem-Gesetz-Unterworfen sein etwas zugute getan hat, sich zuerst dem völkisch-nationalen Größenwahn und schließlich, in den letzten Kriegsjahren, dem Verfolgungs- und Zerstörungswahn des Regimes dienstbar gemacht hat; auf einem kulturellen und moralischen Niveau, das allen bisherigen Präntionen des Standes aufs äußerste widersprach? Die Revolutionsregierung von 1918 hatte sofort die Unabhängigkeit der Justiz garantiert und die Weimarer Republik hat sich trotz aller Enttäuschungen und trotz manchem Affront durch die Justiz daran gehalten. Derselbe Stand hat nun ohne nennenswerten Widerstand die Unabhängigkeit aufgegeben und sich zum Gehilfen der Gewalttäter gemacht, die sich zuerst gegen die eigene Nation und dann gegen die europäische Umwelt gewandt haben. Aus keinem anderen Berufsstand ist so wenig Widerstand sichtbar geworden als aus dem, der sich seiner Unabhängigkeit gerühmt hatte, die doch nicht nur eine rechtliche Garantie, sondern auch eine moralische Qualität ist. Der Stand der Soldaten und der Geistlichkeit steht anders da. Die Frage ist nicht nur historisch interessant. Wäre ihr Wagner genauer nachgegangen, so hätte er der personellen Seite mehr Aufmerksamkeit schenken müssen. Ich weiß nicht, ob ihm auch die Personalakten des Reichsjustizministeriums und des Volksgerichtshofs über die Versetzungen und Abordnungen zum Volksgerichtshof und zur Reichsanwaltschaft zur Verfügung standen. Darin ist sicherlich manches Interessante enthalten und (hoffentlich) auch manches an

gelungenen oder mißlungenen Versuchen, sich der Teilnahme am tausendfachen Mord zu entziehen. (Ein Einzelfall solcher Weigerung ist mir bekannt.) Es fällt auf, daß Wagner außer den paar längst gekennzeichneten Figuren Thierack, Freisler und Oberreichsanwalt Lautz keine Namen nennt; bei Gelegenheit des Reichstagsbrand-Prozesses fällt auch der Name Parrisius, später Reichsanwalt beim Volksgerichtshof und Mitverfasser des erwähnten Reichsgerichtsrätekommentars. Interessanter als die rein quantitativ bemerkenswerte Exzerpierung der Urteile wäre gewesen, mehr von der Art der Rekrutierung und Besetzung der Senate des Volksgerichtshofs, deren es schließlich sechs gab, und des Personals der Reichsanwaltschaft zu erfahren; übrigens auch von der Rekrutierung der Beisitzer, höchst pompöser Würdenträger aus Partei und Wehrmacht. Haben sich auch bei ihnen nie Regungen der Unabhängigkeit gezeigt? Gab es auch sonst innerhalb des Volksgerichtshofs Auseinandersetzungen über die Rechtsprechung? In einem kritischen Buch über die deutsche Justiz sind die Personen und Identitäten der Mitwirkenden wichtiger als die der Opfer. Nicht einmal der Name des Herrn Jorns, des ersten Leiters der Anklagebehörde beim VGH erscheint im Namensregister, jenes Herrn, der seine Qualifikation dadurch hergestellt hatte, daß er im Jahre 1919 die militärgerichtliche Untersuchung gegen die Mörder von Karl Liebknecht und Rosa Luxemburg mit der gewünschten Schonung geführt hatte.

Richard Schmid

Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 2 Bde., Reimbek bei Hamburg 1972, DM 11,60 (rororo studium Nr. 580)

Luhmanns Ausgangspunkt ist eine Rechtsanthropologie. Er will die »Grundlagen der elementaren rechtsbildenden Strukturen und Prozesse« klären. Diese sind weder soziologisch noch psychologisch, sondern beiden Disziplinen elementar vorgegeben (S. 29 f.). Der Mensch ist (wie bei Gehlen) mit einer Überfülle von Möglichkeiten des Erlebens und Handelns belastet. Daraus nimmt Luhmann seine Grundbegriffe: Die »Komplexität« der Möglichkeiten, die »Kontingenz« des Geschehens (das anders kommen kann als erwartet) und das damit verbundene Enttäuschungsrisiko zwingen zur »Selektion« mithilfe relativ enttäuschungsfester »Strukturen der Erlebnisverarbeitung«, die durch

»Sinn« zu »Systemen« konstituiert werden (31). Um mit anderen Menschen handeln zu können, muß ich nicht nur erwarten können, was geschehen wird, sondern auch, was mein Gegenüber von mir erwartet. Diese »reflexive« Struktur der »Erwartungserwartung« mit ihrer doppelten Selektivität von Ego und Alter birgt doppelte Kontingenz und damit erhöhtes Enttäuschungsrisiko.

Die Angewiesenheit auf so riskante Strukturen zwingt zu Reaktionen auf Erwartungs-enttäuschungen. Entweder lerne ich und passe meine Erwartungen dem realen Geschehen an (kognitives Erwarten), oder ich halte die Erwartung stabil und protestiere gegen die enttäuschende Wirklichkeit (normatives Erwarten) (42). Mit diesem Begriffspaar will Luhmann die Entgegensetzung von Sein und Sollen als »begriffliche Fehlkonstruktion« überwinden, denn alles Erwarten ist faktisch (auch das »kontrafaktisch« ausgerichtete normative). Die beiden Erwartungsstile erlauben einen Kompromiß zwischen der notwendigen Wirklichkeitsanpassung und der zur normativen Integration der Gesellschaft ebenso notwendigen Erwartungskonstanz (44). Anders als eine Tradition in der Rechtssoziologie, die Normen empirisch durch den Sanktionsmechanismus identifiziert, definiert Luhmann sie funktional im Hinblick auf Erwartungssicherheit. Damit will er den Blick auch für mögliche Äquivalente der Sanktion freigeben (61).

Während zahlreiche Normen, z. B. die des Geschmacks, bezugsgruppenrelativ gebildet werden, repräsentiert das Recht als Mittel gesamtgesellschaftlicher Integration die Erwartung von jedermann (79). Wegen der Instabilität allzu konkreter Erwartungen benötigt das Recht abstrakte Entscheidungsregeln, »Programme«, die für eine Vielzahl von Personen und Rollen gelten (88). Programme sind abstrakter als Personen und Rollen, aber nicht so abstrakt wie Werte. Diese sind als Handlungsanleitung zu diffus, weil im Verhältnis zueinander nicht ein für allemal fixierbar (89). Recht als Struktur eines sozialen Systems besteht demnach aus Verhaltens-erwartungen, die in drei Dimensionen kongruent generalisiert sind, und zwar zeitlich (im Festhalten trotz Enttäuschung), sachlich (durch identifizierbaren sprachlichen Sinngehalt) und sozial (in »Institutionen«, wo Konsens notfalls fiktiv unterstellt wird).

Die Evolution des Rechts folgt dann aus der Selektion je geeigneter Formen der Generali-

sierung, die mit der jeweiligen Komplexität der Gesellschaftsordnung kompatibel sind (100). Wie und wieso verändert sich die Gesellschaft? Wir erfahren nur, daß sie immer komplexer und differenzierter wird: Gelegentlich auch, daß dies irgendwie mit Ökonomie zusammenhängt (z. B. S. 161). »Motor« der Gesellschafts- und Rechtsevolution ist »letztlich« die »funktionale Differenzierung«, d. h. die Bildung immer neuer Teilsysteme (190). Bleibt die Charakteristik der »letzten« Triebkräfte ein wenig blaß (worin eine weise thematische Selbstbeschränkung liegen mag), so wirkt die Analyse der immer verwickelteren rechtlichen Stabilisierungsleistung um so scharfsinniger bis hin zur Akrobatik. Luhmann unterscheidet drei Evolutionsstufen: das archaische Recht, das Recht vorneuzeitlicher Hochkulturen und das moderne positive Recht. Er verbindet meisterhaft die Perspektiven von Rechtssoziologie, Rechtsgeschichte und Rechtsethnologie, deren Trennung er für rein akademisch hält (145). Vom Recht der Kapauku Papuas bis zum Denkstil der chinesischen Legisten scheint nichts ihm fremd.

Die große Leistung Luhmanns liegt in der Analyse der Positivierung des Rechts, der Voraussetzungen, Funktionen und Folgeprobleme (190 ff.). Kriterium der Positivität ist nicht die Rechtsquelle (nämlich Rechtssetzung statt Rechtsoffenbarung), sondern das Rechtserleben: Das Recht wird als kontingent, als geltend und jederzeit änderbar kraft selektiver Entscheidung bewußt. Der Inhalt des Rechts wird wandelbar und schwillt gleichzeitig unübersehbar an. Deshalb gelingt die Stabilisierung der Erwartungen immer weniger in der Sachdimension und verlagert sich stärker in die Sozialdimension, in das »Sozialsystem Verfahren« (218). Verfahrensordnungen für Rechtssetzung und Rechtsanwendung institutionalisieren die Institutionalisierung – entscheiden, wie entschieden werden soll: einer von Luhmanns leistungssteigernden »reflexiven Mechanismen« wie Erwartungserwartungen oder Geldverkehr als Eintausch von Tauschmöglichkeiten (217 f.). Institutionalisierung des Verfahrens erreicht, daß für noch unbestimmte Verfahrensergebnisse Konsens unterstellt werden kann (Legitimation durch Verfahren) (261).

Aber auch das hochflexible positive Recht stößt schon an seine Grenze. Die Spezifizierung der Rechtsnormen, ihre Interdependenz mit komplexen Gesellschaftsverhältnissen,

schwächt die Interdependenz der Rechtsnormen untereinander, die Einheit des Rechts. Damit ist das an staatliche Setzung und Grenzen gebundene Recht immer weniger imstande, die hochgradig interdependenten Sozialverhältnisse der heute schon entwickelten Weltgesellschaft angemessen abzubilden oder gar planerisch vorzuzeichnen (332 ff.). Der universale Anspruch der Luhmannschen Rechtssoziologie ist damit deutlich geworden. Er faßt das den meisten Soziologen und selbst Rechtssoziologen zu schwierige Recht (6) auf einer Ebene soziologischer Abstraktion, wo es mit allen nur denkbaren Themen der Soziologie kompatibel wird. Die Integration des Rechtsphänomens in eine systemtheoretische Totalität bezahlt Luhmann freilich mit der eigentümlichen Vagheit eines Ansatzes, der alles und jedes aus den gesichtslosen weil historisch unprofilieren Grundbegriffen Komplexität und Kontingenz herauswickelt. Wahrheit und Liebe, Moral, Ideologie und Recht unterscheiden sich nur noch durch ihren leicht variierten funktionalen Stellenwert bei der Reduktion einer schwammigen »Weltkomplexität«. Die Akrobatik mit immer denselben, zunehmend reflexiv verschachtelten Begriffen machen dem Leser das Urteil schwer, ob die Konfusion im eigenen Kopf oder im Buche steckt. So bleibt die Abgrenzbarkeit der drei Dimensionen (zeitlich, sachlich, sozial) zweifelhaft.

Näher zu prüfen wäre, wieweit die dürre Strenge systemtheoretischer Konstruktion in ihrer Lebensferne wirklich in der Lage ist, diese Fülle verblüffender und zugleich plausibler Einsichten hervorzubringen, mit denen Luhmann fasziniert. Der Verdacht bleibt, daß die Systemtheorie weithin nur ein Objektivität prästendierendes Etikett für Substanzen ist, die aus ganz anderen theoretischen Quellen geschöpft sind (z. B. Gehlen, Mead). Denn Systemtheorie ist wahrscheinlich eher eine Problemsprache und Darstellungshilfe als eine eigene Theorie, sobald es nicht um formalisierte Abläufe, sondern um sozial konstituierten »Sinn« geht.

Wir verfolgen aber nicht die immanente Stimmigkeit dieser Rechtssoziologie weiter, sondern fragen nach ihrem Erkenntnisinteresse. Luhmann stellt sich nicht nur, wie der Positivismus Webers und Geigers, über die Werte, sondern noch über die Wertfreiheit. Er hält seine funktionale Soziologie für frei nicht nur von Werten schlechthin, sondern

auch von der »unseligen Formel von der Wertfreiheit« (so in »Grundrechte als Institution« S. 202). Frei schwebt sie über dem engen Aktionshorizont von Handlungswissenschaften wie Rechtswissenschaft und Betriebswirtschaftslehre. Sie beansprucht »die eigentümliche Rationalität eines nicht an Handlungszwecke gebundenen, abstrahierenden Vergleiche mit anderen Handlungsmöglichkeiten«.

Damit wiederholt sich aber nur der alte, in der Wurzel positivistische Irrtum auf höherer, systempositivistischer, Stufe. Luhmann will die Entscheidungen anderer (etwa der Rechtstheorie über die Prämissen des Rechtsdenkens) als »kontingente Option problematisieren« (356) und »auf ihre Funktion und andere Möglichkeiten hin« ableuchten. Hier nun erwischt das hinweggelächelte Werturteilsproblem den Meister am Rockzipfel. Denn das Bezugsproblem für die funktionale Analyse, das darüber entscheidet, wofür eigentlich andere Möglichkeiten gesucht werden sollen, ist seinerseits eine kontingente Auswahl aus anderen Möglichkeiten. Es entspringt einem Werturteil, was (allein oder vornehmlich) relevant sei am Recht und für die Gesellschaftsanalyse. Luhmanns Bezugsproblem, der zentrale Relevanzwert, sind Komplexität und Kontingenz und die Weise ihrer vereinfachenden Bewältigung. Dies neue Kleid des Kaisers – nein: dies Kleid des neuen Kaisers – ist, unter uns gesagt, doch recht farblos. Es ist so wenig auf Taille geschneidert, daß es jedem und auf alles paßt, ja, es ist beinahe ein Sack, in den man alles und jedes stecken kann: Vom Urnebel als unstrukturierter Komplexität (7) bis zum positiven Recht als verflüssigter Struktur der Komplexität. Wie viel an Spezifischem andererseits in diesem Sack verlorengeht, zeigt Luhmanns Äußerung, dem Marxismus gehe es »letztlich« um »ein höheres Maß an strukturell zugelassener Variabilität« (13). Gibt es jemanden, dem es nicht darum geht?

Um die Wahl des Bezugsproblems auf Luhmannesisch abzuhandeln: Das Bezugsproblem wertet die Relevanz der zu behandelnden Einzelprobleme. Die kontingente Option für ein bestimmtes Bezugsproblem bewertet dies Werten. Für diesen reflexiven Mechanismus setzt Luhmann selbst »Ideologie« ein (214). – Aber Spaß beiseite: Mit der Wahl seines Bezugsproblems blendet Luhmann andere mögliche und notwendige Be-

zugsprobleme der Rechtssoziologie aus: Weitgespannte wie »Emanzipation« oder spezifische wie die Frage, welche gesellschaftlichen Gruppen die konkrete Selektion rechtlicher Entscheidungen zu einem gegebenen historischen Zeitpunkt bestimmen und wem das nützt.

Solche Ausblendung ist als vorläufige natürlich zulässig, solange sie als solche bewußt bleibt. Luhmann erweckt jedoch den Eindruck, als wenn seine Adlerperspektive aus den Wolken der allgemeinen Systemtheorie die einzige »eigentliche« Rechtssoziologie sei. Die Ameisen in den Niederungen historisch-politischer Einzelaspekte des Rechts mögen Lobenswertes für die Kleingruppen-, Meinungs- oder Berufssoziologie zusam-

mentragen (2, 6); sie verfehlen jedoch »das« Recht. Luhmann schreibt gewissermaßen einen Allgemeinen Teil der Soziologie des Rechts aller modernen Gesellschaften, unempfindlich gegen historisch-politische Unterschiede wie den Unterschied von Ost und West. Vorzuwerfen ist Luhmann, daß er sein eigenes Bezugsproblem als selbstverständlich nimmt statt es als kontingente Option zu problematisieren. Dann aber wäre ein Körnchen Salz in den berauschenden Trank der Systemtheorie gefallen, der scheinbar schon begrabene Sehnsüchte der Soziologen nach naturwissenschaftlicher Sicherheit, nach freiem Schweben über dem Parteienhader (diesmal auf den Flügeln des Computers), wieder zu Kopfe steigen läßt.

Ekkehard Klaus

Dieser Ausgabe liegen zwei Prospekte vom Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, bei:

1. ENKE-SOZIALWISSENSCHAFTEN 74/75
 2. ENKE-SOZIALWISSENSCHAFTEN 1/75
- die wir zu beachten bitten.

KRITISCHE JUSTIZ

Herausgeber und Redaktion: Thomas Blanke, Alexander von Brünneck (verantwortlich), Barbara Dietrich, Rainer Erd, Rainer Keßler, Rolf Knieper, Ulrich Mückenberger, Joachim Perels, Ulrich Stascheit.

Ständige Mitarbeiter: Wolfgang Abendroth, Heinrich Hannover, Dieter Hart, Hans G. Joachim, Erich Küchenhoff, Klaus Lenk, Walmot Möller-Falkenberg, Peter Römer, Jürgen Seifert, Kurt Thon.

Redaktionelle Zuschriften und Besprechungsexemplare bitte an: Ulrich Stascheit, 6 Frankfurt a. M. 50, Karl-Kotzenberg-Straße 5, Tel.: 06 11/53 27 26 oder an Alexander von Brünneck, 3 Hannover, Blumenhagenstr. 5, Tel.: 05 11/71 69 11. Die Redaktion bittet die Leser um Mitarbeit an der Kritischen Justiz, kann aber für unverlangt eingesandte Manuskripte keine Haftung übernehmen. Für die Arbeit der Redaktion wäre es eine erhebliche Erleichterung, wenn Manuskripte in doppelter Ausfertigung übersandt würden. Unverlangt eingesandte Besprechungsexemplare können nicht zurückgesandt werden.

Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Herausgeber/Redaktion oder des Verlages wieder.

Bezugsbedingungen: Die Zeitschrift erscheint vierteljährlich. Abonnement jährlich 26,- DM zuzüglich Zustellgebühr; für Studenten (jährliche Vorlage einer Studienbescheinigung erforderlich) jährlich 20,- DM zuzüglich Zustellgebühr; Einzelheft 7,50 DM. Abbestellungen müssen spätestens drei Monate vor Ende des Kalenderjahres schriftlich erfolgen.

Bestellungen und Studienbescheinigungen bitte an: Europäische Verlagsanstalt, Vertrieb »Kritische Justiz«, 5 Köln 21, Postfach 210140.

Zahlungen bitte an: Postscheckkonto der Europäischen Verlagsanstalt: 28 349-606, Postscheckamt Frankfurt a. M.

Anzeigenaufträge bitte an: Europäische Verlagsanstalt GmbH, 5 Köln 21, Deutz-Kalker-Straße 46, Tel.: 02 21/8 28 21.

Alle Rechte vorbehalten. Nachdrucke und Übersetzungen sind nach Absprache mit den Herausgebern/Redaktion möglich.

Verlag: Europäische Verlagsanstalt GmbH, Frankfurt am Main – Köln.

Technische Herstellung: Druckerei Georg Wagner, Nördlingen.