

Zeitliche Dimensionen und Kritische Theorie(n) des Rechts

Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR)
in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozial-
philosophie (IVR) im September 2020 in München und
im Mai 2021 in Braunschweig und Hamburg

Herausgegeben von Sonja Heimrath, Esther Neuhann,
Tanja Niedernhuber, Kristina Peters, Thomas Steenbreker
und Claudia Wirsing

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Beiheft 172

Franz Steiner Verlag





Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy

Archives de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale

Archivo de Filosofía Jurídica y Social

Herausgegeben von der Internationalen Vereinigung für Rechts-
und Sozialphilosophie (IVR)

Redaktion: DR. ANNETTE BROCKMÖLLER, LL. M.

Beiheft 172

<https://www.steiner-verlag.de/brand/Archiv-fuer-Rechts-und-Sozialphilosophie>

ZEITLICHE DIMENSIONEN UND KRITISCHE THEORIE(N) DES RECHTS

Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR)
in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und
Sozialphilosophie (IVR) im September 2020 in Mün-
chen und im Mai 2021 in Braunschweig und Hamburg

Herausgegeben von
Sonja Heimrath, Esther Neuhann,
Tanja Niedernhuber, Kristina Peters,
Thomas Steenbreker und Claudia Wirsing

Franz Steiner Verlag

Umschlagbild: Justitia, Landgericht Ulm
Quelle: shutterstock.com / Georg_89

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
dnb.d-nb.de abrufbar.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes
ist unzulässig und strafbar.

© Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2023

www.steiner-verlag.de

Layout und Herstellung durch den Verlag

Satz: DTP + TEXT Eva Burri, Stuttgart

Druck: Beltz Grafische Betriebe, Bad Langensalza

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier.

Printed in Germany.

ISBN 978-3-515-13483-5 (Print)

ISBN 978-3-515-13486-6 (E-Book)

<https://doi.org/10.25162/9783515134866>

Vorwort der Herausgeber:innen

Dieser Band vereint die Beiträge der 28. und 29. Jahrestagung des *Jungen Forums Rechtsphilosophie*, die am 9. September 2020 in München zum Thema „Recht und Zeit“ und vom 6. bis 8. Mai 2021 in Braunschweig und Hamburg zum Thema „Kritische Theorie(n) des Rechts“ virtuell stattgefunden haben.

Die Veranstalter:innen der beiden Tagungen und Herausgeber:innen des Bandes danken dem *Jungen Forum Rechtsphilosophie*, insbesondere seinen Sprecher:innen Markus Abraham und Sabrina Zucca-Soest, für die Unterstützung sowie der Deutschen Sektion der *Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie* und ihren (Vize-)Präsidenten Klaus Günther und Benno Zabel für die Aufnahme in das offizielle Programm der Gesellschaft und die Möglichkeit, dieses Buch als *Beiheft* im *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* zu publizieren.

Dank gilt ebenso dem Alumni- und Förderverein der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München und dem Verlag Duncker & Humblot für ihre großzügige Förderung der Tagung „Recht und Zeit“. Ebenfalls gedankt sei dem Nomos-Verlag für die finanzielle Unterstützung der Tagung „Kritische Theorie(n) des Rechts“. Ein besonderer Dank gilt dem Künstler Adjani Okpu-Egbe, der speziell für die Tagung „Kritische Theorie(n) des Rechts“ ein Bild („Viagra Subsidized, Abortion Illegalized“) angefertigt hat, welches das Tagungsprogramm geschmückt hat und als limitierter Kunstdruck von den Tagungsteilnehmer:innen erworben werden konnte.

Gedankt sei außerdem allen Beiträger:innen zu diesem Band für die gute Zusammenarbeit, die lebhaften Diskussionen und den gelungenen Austausch. Dieser Austausch war auf beiden Tagungen etwas Besonderes: Nicht nur sind Philosoph:innen mit Rechtswissenschaftler:innen ins Gespräch gekommen, sondern es konnten sich auch Forschende aus Strafrecht, Öffentlichem Recht und Zivilrecht begegnen und vernetzen.

Die Durchführung der Tagung „Recht und Zeit“ wurde von Elisabeth Tscharke unterstützt. Bei der Vorbereitung und während der Tagung „Kritische Theorie(n) des Rechts“ hat Maxime Wachs geholfen. Beiden gilt herzlicher Dank. Für die gewissenhafte Korrektur und Unterstützung bei der Fertigstellung des II. Teils dieses Bandes

sei außerdem herzlich Adrian Mohr gedankt; ebenso Emma Hofmann, die vor der Publikation noch einmal das gesamte Werk sorgfältig durchgesehen hat.

Zuletzt gilt Dank den Mitarbeiter:innen des Franz Steiner Verlags für die Betreuung der Publikation.

Sonja Heimrath, Esther Neuhann, Tanja Niedernhuber, Kristina Peters, Thomas Steenbreker und Claudia Wirsing

Braunschweig, Hamburg, München, im Frühjahr 2023

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil: „Recht und Zeit“

| | |
|---|-----|
| SONJA HEIMRATH / TANJA NIEDERNHUBER / KRISTINA PETERS / THOMAS STEENBREKER | |
| Einleitung | 13 |
| LINDA LILITH OBERMAYR | |
| Was ist ein modernes Gesetz? | |
| <i>Recht als Ausdruck und Bedingung bürgerlicher Zeitlichkeit</i> | 15 |
| SABINE KLOSTERMANN | |
| Das Verhältnis von Zeit und Recht im Lichte von Rezeptionen | 27 |
| ALICE REGINA BERTRAM | |
| Perspektiven auf Zeit im Recht | |
| <i>Das bisherige Verständnis von Zeit im Recht und die Notwendigkeit der Betrachtung von Zeit als Ressource</i> | 47 |
| MORITZ HIEN | |
| Schulden als relativiertes Recht | |
| <i>Zur Dekonstruktion des Faktors Zeit im klassischen Zivilrecht</i> | 61 |
| DAVID BOSS | |
| Positiviert ewiges Recht | |
| <i>Ein zeitkonzeptueller Versuch zur Konstituierung naturrechtsähnlichen Positivismus?</i> | 83 |
| YURY SAFOKLOV | |
| Die „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG | |
| <i>Zwischen zeitlicher Transzendenz und wandelnder Verfassungswirklichkeit</i> | 101 |

| | |
|---|-----|
| SVEN DOS SANTOS LOPES | |
| Erinnerung als Durchbrechung der Zeit | |
| <i>Gibt es eine Verantwortung für historisches Unrecht?</i> | 123 |

Zweiter Teil: „Kritische Theorie(n) des Rechts“

| | |
|----------------------------------|-----|
| ESTHER NEUHANN / CLAUDIA WIRSING | |
| Einleitung | 143 |

I. Rechtstheorie und -kritik in der frühen Kritischen Theorie

| | |
|---|-----|
| SIMON GANSINGER | |
| Trägheit als Fortschritt | |
| <i>Neumann und Horkheimer zum normativen Potenzial des Rechts</i> | 153 |

| | |
|--|-----|
| SIMON GURISCH | |
| Die Vormacht des Allgemeinen | |
| <i>Über die Funktion des Rechts als ideologischem Staatsapparat bei Adorno und Neumann</i> | 177 |

| | |
|---|-----|
| HANNES KAUFMANN | |
| Das Recht der Selbstaufhebung | |
| <i>Vom Recht auf Kritik zur Kritik der Rechte</i> | 199 |

| | |
|---|-----|
| ANTONIA PAULUS | |
| Otto Kirchheimers Aufsatz <i>Legalität und Legitimität</i> (1932) als Ausgangspunkt einer Kritischen Theorie des Rechts | 221 |

| | |
|--|-----|
| JUDITH HANTEL | |
| Sozialistische Rechtstheorie ohne sozialistisches Recht? | |
| <i>Privatrecht bei Eugen Paschukanis</i> | 237 |

II. Aktualisierungsbestrebungen und Herausforderungen

DARIA BAYER

Gesellschaftsnahe Rechtskritik?

Von der materialistischen Theorie zur kritischen Praxis der Rechtsphilosophie 259

BARBARA BUSHART

Die emanzipatorische Dimension der Menschenwürde bei Hannah Arendt 275

TATJANA NOEMI TÖMMEL

Teilnahme und Teilnahmefähigkeit

Eine Herausforderung für Habermas' Diskurstheorie des Rechts 295

CLEMENS BOEHNCKE

Zur Kritik ‚post-juridischer‘ Rechtstheorien 319

III. Konkrete Problemfelder einer kritischen Theorie des Rechts

JEREMIAS DÜRING / CONSTANTIN LUFT

Justitias Blinder Fleck

Antisemitismus, Adorno und das AGG 343

INES RÖSSL

Intersektionale Rechtskritik

Kimberlé Crenshaw als Kompass 365

Erster Teil: „Recht und Zeit“

Einleitung

SONJA HEIMRATH / TANJA NIEDERNHUBER /
KRISTINA PETERS / THOMAS STEENBREKER

Die Tagung „Recht und Zeit“ fand am 9. September 2020 als Online-Tagung statt. Nachdem wegen der Entwicklungen der Corona-Pandemie eine Präsenzveranstaltung zu diesem Zeitpunkt nicht möglich war, hat das Online-Format dennoch Gelegenheit gegeben, ins wissenschaftliche und persönliche Gespräch zu kommen. Als Ergebnis liegen heute in diesem Band sieben Texte vor, die das Verhältnis von Recht und Zeit unter verschiedenen Gesichtspunkten untersuchen.

Das Thema der Tagung geht auf eine der fundamentalen Erfahrungen des menschlichen Daseins zurück: Das erlebte Vergehen der Zeit. Die Zeit verstehen wir als maßgeblichen Faktor dafür, wie unsere Bewertungen und Entscheidungen zustande kommen. Das Recht verarbeitet diese normative Bedeutung der Zeit, indem es zum Beispiel Straftaten und Ansprüche verjähren lässt oder mit der zeitigen und lebenslangen Freiheitsstrafe verlangt, die Schuld zeitlich zu quantifizieren. Die Tagung ist der Intuition gefolgt, dass die Zeit auch normativ relevant ist, und hat untersucht, wo und wie die Zeit im Recht eine Rolle spielt.

Linda Lilith Obermayr stellt in ihrem Beitrag zunächst die Frage, was ein modernes Gesetz ist, und argumentiert, dass sich das moderne Recht im gegenwärtigen bürgerlichen Recht erschöpft. Dabei expliziert sie das bürgerliche Recht als bestimmte historische Form, die im wechselseitigen Verhältnis der Gleichursprünglichkeit zur kapitalistischen Produktionsweise, und damit zur Warenform, steht.

Sabine Klostermann untersucht in ihrem Beitrag das Verhältnis von Zeit und Recht aus der Perspektive von Rezeptionen. Rezeptionen werden häufig aus Gründen der Zeitersparnis vorgenommen, werfen zugleich aber auch neue zeitliche Probleme auf. Der Beitrag erarbeitet unter anderem, wie und warum sich geistige Entitäten nach dem Rezeptionsakt ändern und was das für den Einsatz der Rezeptionstechnik bedeutet.

Alice Regina Bertram betrachtet in ihrem Beitrag Zeit als Ressource. Sie arbeitet zunächst historisch heraus, dass Zeit im Recht üblicherweise als linearer Prozess ver-

standen wird. Dennoch kann Zeit aus einer anderen Perspektive auch ein Mittel darstellen, um individuelle Lebenszwecke zu erreichen. Nach den Untersuchungen des Beitrags kann sie dann als Ressource dienen, Autonomie zu verwirklichen.

Moritz Hien analysiert Schulden als relativiertes Recht, indem er *Derridas* irrational-transzendentalen Begriff der Gabe von Zeit für das rational-ökonomisch geprägte Zivilrecht fruchtbar macht. Er identifiziert zwischen Verjährung und Leistungsstörung einen metonymischen Faktor Zeit, der durch den am Vertragsschluss orientierten Grundsatz der Privatautonomie ausgeschlossen wird, sich aber durch die Normativität im Gründungs- und Entscheidungsparadox des Rechts seinen Weg zurück ins Sollen bahnt.

Mit der in „Ewigkeitsklauseln“ als änderungsfesten Verfassungsprinzipien zum Ausdruck kommenden zeitlichen Komponente des Rechts beschäftigen sich gleich zwei Beiträge: **David Boss** arbeitet die Trennschärfe des rechtstheoretischen Unterscheidungskriteriums der zeitlichen Geltung zwischen der Vielfalt an naturrechtlichen sowie rechtspositivistischen Lehren heraus und stellt in diesem Kontext die leitbildliche Wirkung von geschriebenen verfassungsrechtlichen „Ewigkeitsklauseln“ auf den, insbesondere ästhetischen, Prüfstand. Der Beitrag von **Yury Safoklov** geht der Frage nach, ob die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG dem Druck der Zeit tatsächlich standhalten kann oder aber bereits derart massive interpretatorische Einwirkungen erfahren hat, dass sie die Unerschütterlichkeit des Verfassungsfundaments nur noch suggeriert.

Sven dos Santos Lopes beschäftigt sich schließlich mit der Frage, ob es eine Verantwortung für historisches Unrecht gibt. Er setzt dazu auf der Ebene kollektiver Erinnerung an. Sein Beitrag leitet eine Erinnerungsverantwortung aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen ab und erörtert, wie die üblichen Probleme im Zusammenhang mit der kollektiven Verantwortung überwunden werden können. Es ist ihm ein Anliegen, dass der Erinnerung an den Holocaust ein dauerhafter Platz im öffentlichen Gedächtnisraum zugestanden wird, auch wenn die Zeitzeugen des Zweiten Weltkrieges nach und nach versterben.

Was ist ein modernes Gesetz? Recht als Ausdruck und Bedingung bürgerlicher Zeitlichkeit¹

LINDA LILITH OBERMAYR

What is a Modern Law?

Law as Embodiment and Precondition of Bourgeois Temporality

Abstract: Against the rather intuitive interpretation of the question on the nature of modern law, which, in a nutshell, perceives itself as the question on a future transformation of the law's content, bound to specific values or ideals, I will argue in the following that modern law completely coincides with present bourgeois law. In doing so bourgeois law will be expatiated as a specific historical *form*, which stands in the reciprocal relationship of equiprimordiality with capitalist production, that is with commodity form.

Keywords: Pashukanis, legal form, materialistic critique of law, critique of ideology, legal fetish, bourgeois society

Schlagworte: Paschukanis, Rechtsform, materialistische Rechtskritik, Ideologiekritik, Rechtsfetisch, bürgerliche Gesellschaft

1. Einleitung

Der Titel des vorliegenden Beitrages ist irreführend. Irreführend, weil die nachfolgende Argumentation zwar an die im öffentlichen, aber auch im rechtswissenschaftlichen und rechtsphilosophischen Diskurs häufig gestellte Frage nach der Beschaffenheit eines modernen Gesetzes anknüpft, diese Frage jedoch in einer zweifachen Entgegen-

¹ Der vorliegende Beitrag folgt in zentralen Punkten meiner Doktorarbeit, die unter dem Titel „Die Kritik der marxistischen Rechtstheorie. Zu Paschukanis' Begriff der Rechtsform“ im Sommer 2022 bei Velbrück Wissenschaft veröffentlicht wurde.

setzung behandelt wird: Erstens, weil sie *endgültig* mit einem entsprechenden Wahrheitsanspruch beantwortet wird, ohne dass hierbei bestimmte Werte oder Ideale als genuin „modern“ ausgewiesen werden; und folglich zweitens, weil der Begriff der Modernität nicht über einen spezifischen Gesetzes- oder Rechtsinhalt, sondern über die spezifische *Form* des Gesetzes und des Rechts bestimmt wird.

Ich möchte daher zunächst ein paar Gedanken zum Begriff der „Moderne“ anstellen wie auch zu Bedeutung und Funktion dieses Begriffes für eine ideologiekritische Auseinandersetzung mit dem Phänomen *Recht*. Im Hauptteil des Beitrages wird sodann die These aufgestellt, dass ein modernes Gesetz bzw. modernes Recht bereits und exakt das *wirkliche* Recht ist. Modernität wird daher nicht als normativer Begriff im Sinne eines Imperativs an die Ausgestaltung zukünftiger Rechte reflektiert, sondern als ein Verhältnis, welches das Hier und Jetzt unseres gesellschaftlichen Zusammenlebens bestimmt. Das heißt, und das ist der Untertitel des Beitrages, dass das Recht Ausdruck und Bedingung *bürgerlicher Zeitlichkeit*, der Zeit der bürgerlichen Gesellschaft, also der Gegenwart ist. Dabei wird sich mit Eugen Paschukanis zeigen, dass das Recht als Rechtsform eng mit der Warenform verknüpft ist, mit der Form, in der sich ökonomische Beziehungen innerhalb der kapitalistischen Produktionsweise vermitteln.

Rechtskritik, so die Konsequenz, muss sich als *Rechtsformkritik* betätigen, um das Recht einer fundamentalen Kritik unterziehen zu können und das heißt darzulegen, inwieweit das Recht Herrschaft, Unterdrückung und Ausbeutung ermöglicht und reproduziert. Die Pointe besteht darin, die emanzipatorische Dimension des Rechts mit seiner unterdrückenden Dimension in einem wechselseitigen Bedingungsverhältnis zusammenzudenken. Mit Eugen Paschukanis soll ein radikaler Schluss aus dieser fundamentalen Rechtsformkritik gezogen und das sogenannte „Absterben des Rechts“ angedacht werden, womit zwei letzte Fragen aufgeworfen sind: Können wir uns ein gesellschaftliches Leben *ohne* Recht vorstellen? Und ist diese Frage nach der Vorstellbarkeit und Möglichkeit eines utopischen, rechtsfreien Zustandes überhaupt Bedingung für die Artikulation einer radikalen Rechtsformkritik?

2. Jenseits eines normativen Begriffes von Modernität

Die Frage nach der Beschaffenheit eines modernen Gesetzes ist tatsächlich eine Frage unserer Zeit, nämlich in dem Sinne, dass sie regelmäßig im tagespolitischen, rechtsphilosophischen und rechtsdogmatischen Diskurs *de lege ferenda* verhandelt wird; etwa, wenn anlässlich einer neuen Regierungskoalition „moderne“ Gesetze zum Umweltschutz, Reformen im Gefängniswesen oder „Modernisierungen“ im Arbeitsrecht diskutiert werden. Aber auch die alltägliche Kritik an Politik und Recht äußert sich in dem Vorwurf, dies oder jenes sei nicht mehr zeitgemäß. Unter dem Hinweis auf das aktuelle Jahr wird damit der Wirklichkeit die Geltung, ja sogar im formallogischen Widersinn die Möglichkeit der Wirklichkeit abgesprochen: „Wir haben doch 2021!“

Jenseits der ideologischen Gleichsetzung von „neu“ und „modern“ fungiert Modernität in dem einen wie in dem anderen Fall als Maßstab, an dem die bestehende Rechtsordnung, konkrete Gesetzesvorhaben oder Rechtsakte, letztlich die gesamte gesellschaftliche Wirklichkeit bemessen werden. Dabei scheint die Modernität einen Wert an sich auszudrücken, etwas also, das für sich genommen gut und wünschenswert ist. Wenn man sich auf ein paar einschlägige Werte oder Charakteristika einigen wollte, so würde „modern“ wohl demokratisch, pluralistisch, gendergerecht, inklusiv, tolerant, transparent, rechtsstaatlich bedeuten. Modern ist aber vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Entwicklungen rund um Corona auch das exakte Gegenteil: Modern ist wohl auch ein Recht, das flexibel in Verordnungsform auf Probleme der globalisierten Welt reagiert und sei es auch darum, demokratische Verfahren und Rechtsstaatlichkeit (zeitweise) zu suspendieren. Das verrät, dass der Begriff der Modernität, wenn er als Bündel von Werten betrachtet wird, inhaltlich vollkommen unbestimmt ist. Die Relativität dieser normativen Begriffsbestimmung der Modernität ist zwar eine banale Einsicht, doch lässt sie bereits an dieser Stelle ein über die bloße Relativitätsdiagnose hinausgehendes Urteil über eine inhaltliche, am Begriff der Modernität verlaufende Rechtskritik zu: Sie ist ungenügend, denn bereits ihr Maßstab ist nicht hinreichend bestimmt.

Entgegen einer normativen Bestimmung der Modernität vermittelt abstrakter Ideale und Werte, lässt sich die Modernität über den Begriff der *bürgerlichen Gesellschaft* definieren. Modernität bezeichnet dann die spezifische Verfasstheit oder Struktur der gegenwärtigen bürgerlichen Gesellschaft und auch G. W. F. Hegel ordnet die „Schöpfung der bürgerlichen Gesellschaft“ der „modernen Welt“² zu. Die bürgerliche Gesellschaft ist durch die Differenz zwischen *bourgeois* und *citoyen*, zwischen der „konkrete[n] Person, welche sich als *besondere* Zweck ist“ und der „besondere[n] Person als wesentlich in *Beziehung* auf andere solche Besonderheit“³ bestimmt. In der bürgerlichen Gesellschaft kommt daher zum Ausdruck, dass die Allgemeinheit als die Sphäre des *citoyen* die Besonderheit als die Sphäre des *bourgeois* beschränkt, zugleich jedoch die Besonderheit an die Allgemeinheit gebunden ist, weil sich erstere nur vermittelt letzterer geltend macht: „Dies Prinzip der Besonderheit ist nun allerdings ein Moment des Gegensatzes und zunächst wenigstens *ebensowohl* identisch mit dem Allgemeinen als unterschieden von ihm.“⁴ Die widersprüchliche Einheit zwischen Besonderheit und Allgemeinheit kulminiert in der philosophischen Kardinalfrage nach dem Wesen und der Möglichkeit subjektiver Freiheit. So lesen wir erneut bei Hegel, dass „[d]as Prinzip der neueren Welt überhaupt [...] die Freiheit der Subjektivität [ist]“⁵ oder gar dass „das Recht der *subjektiven Freiheit* [...] den Wende- und Mittelpunkt in dem

2 Hegel (1989), 339, § 182 Zusatz.

3 Hegel (1989), 339, § 182.

4 Hegel (1989), 233, § 124 Anmerkung.

5 Hegel (1989), 439, § 273 Zusatz.

Unterschiede des *Altertums* und der *modernen Zeit* [macht]⁶. Exakt dies ist, was im Folgenden Modernität oder, was in diesem Zusammenhang dasselbe ist, *bürgerliche Zeitlichkeit* heißen soll.

In Anknüpfung an Hegel und Karl Marx streicht insbesondere Georg Lukács hervor, dass der Konflikt zwischen Allgemeinem und Besonderem nicht einer ahistorischen, menschlichen Naturnotwendigkeit entspringt, sondern in der bürgerlichen Gesellschaft als spezifisch historischem Zustand der Gesellschaft angesiedelt ist. So handelt es sich dabei nicht um einen „Konflikt von *Individuum und Gesellschaft*“, sondern um einen „objektiv ökonomische[n] Antagonismus, der sich in *Klassenkämpfen* ausdrückt“; diese historisch konkrete Seite des Antagonismus verflüchtigt sich jedoch, wenn die bürgerliche Gesellschaft nicht *als* bürgerliche Gesellschaft reflektiert, sondern „als allgemeine Form der Gesellschaft überhaupt fixiert wird“⁷. Die Differenz zwischen Privatinteresse und Allgemeininteresse, zwischen bürgerlicher Gesellschaft und politischem Staat, zwischen *bourgeois* und *citoyen*, ist Resultat der Auflösung der feudalen Gesellschaft und erscheint bereits in einer fetischisierten, weil naturalisierten Form. In *Zur Judenfrage* lesen wir weiter bei Marx: „Die feudale Gesellschaft war aufgelöst in ihren Grund, in den *Menschen*. Aber in den Menschen, wie er wirklich ihr Grund war, in den *egoistischen* Menschen.“⁸ Selbstverständlich ist der Egoismus bei Marx nicht psychologisch, sondern als notwendig ökonomische, mit dem Privateigentum verknüpfte Kategorie zu verstehen. Marx fährt fort: „Der *egoistische* Mensch ist das passive, nur vorgefundne Resultat der aufgelösten Gesellschaft, Gegenstand der *unmittelbaren Gewißheit*, also *natürlicher* Gegenstand.“⁹ Die Genealogie des egoistischen Menschen in Gegensatz zum politischen Menschen, zum *citoyen*, erzeugt den notwendigen Schein, der egoistische sei der natürliche, ursprüngliche Mensch; ein Bild, das prominent in den Naturzustands- und Gesellschaftsvertragstheorien tradiert wird.

Die ahistorische Bestimmung des Gegensatzes zwischen Allgemeinem und Besonderem ist jedoch auch eine, die das Besondere isoliert fixiert und einseitig gegen das Allgemeine behauptet. Diese Fixierung des Besonderen in seiner Unterschiedenheit und Entgegensetzung gegen das Allgemeine „bringt so eine Ansicht der Moralität hervor, daß diese nur als feindseliger Kampf gegen die eigene Befriedigung perenniere – die Forderung ‚mit Abscheu zu tun, was die Pflicht gebet‘“¹⁰ Was an dieser Stelle anklingt, ist die schon in frühen Jahren in Bern und Frankfurt formulierte Moralitätskritik Hegels, die vornehmlich gegen Immanuel Kant gerichtet ist. Auch Eugen Paschukanis wird – in diesem Zusammenhang wohl in unbewusster Anknüpfung an

6 Hegel (1989), 233, § 124 Anmerkung.

7 Lukács (1983), 74.

8 Marx (1968), Bd. 1, 369.

9 Marx (1968), Bd. 1, 369.

10 Hegel (1989), 233, § 124 Anmerkung.

Hegel – die Universalisierung des Konfliktes zwischen Allgemeininteresse und Besonderem als einen Aspekt des der bürgerlichen Gesellschaft entspringenden „Moralfetisches“ begreifen.¹¹ So schreibt er, dass „[d]er kategorische Imperativ [...] keineswegs ein gesellschaftlicher [im Sinne von natürlicher; L. L. O.] Instinkt [ist], denn die wichtigste Bestimmung dieses Imperativs ist, dort wirksam zu sein, wo keinerlei natürliche, organische, überindividuelle Motivierung möglich ist.“¹² Der Kategorische Imperativ als die Fiktion des Allgemeininteresses oder Allgemeinwohls ist folglich nur dort sinnvoll denkbar, wo die Individuen zu ihrem Privatinteresse bzw. zu ihrem Egoismus genötigt sind: als Privateigentümer in der bürgerlichen Gesellschaft.

3. Bürgerliche Rechtsform als modernes Recht

Wir halten zunächst fest, dass Modernität bürgerliche Zeitlichkeit oder die Zeit der bürgerlichen Gesellschaft bezeichnet und haben damit dem Begriff der Moderne den Schein des normativen Ideals genommen. Auf diese Weise ist eine Annäherung an die Frage nach der Beschaffenheit eines modernen Gesetzes *von der Wirklichkeit her* möglich: Was heißt es, über das gegenwärtige Recht *als* modernes Recht zu sprechen? Oder anders gefragt, was ist die Besonderheit des gegenwärtigen als eines bürgerlichen Rechts? In Anknüpfung an einen nicht-normativen Begriff von Modernität, der die gesellschaftliche Wirklichkeit in ihrer ambivalenten Struktur fasst, ist auch die Frage nach der Beschaffenheit des modernen Rechts aus der Perspektive der gegenwärtigen Wirklichkeit, nicht aber aus der Perspektive eines jenseitigen, idealen Sollens zu beantworten. Die Modernität des Rechts manifestiert sich daher auch an dieser Stelle nicht in einem konkreten Inhalt – wie etwa im Sozial-, Gleichbehandlungs- oder Antidiskriminierungsrecht –, sondern in seiner spezifischen *Form*. Modernität im Hinblick auf das Recht beschreibt die „bestimmte historische Form“¹³, in der wir uns innerhalb der bürgerlichen Gesellschaft aufeinander beziehen, wenn wir in ein *rechtliches Verhältnis* treten, aber auch, *wodurch, wieso* und *wie* wir dies tun.

Und so fasst auch Christoph Menke den Begriff der Moderne wesentlich entlang der spezifisch „moderne[n] Form der Rechte“, welche „nur geschichtlich verstanden werden kann“¹⁴, in dezidiert ideologiekritischer Abhebung vom unmittelbaren Begriff des autonomen Subjekts. Denn „[e]s gibt die moderne Form der Rechte nicht, weil es autonome Subjekte gibt, sondern es gibt autonome Subjekte, weil es die moderne Form der Rechte gibt.“¹⁵

11 Paschukanis (2003), 151 ff. [132 ff.].

12 Paschukanis (2003), 155 [136].

13 Paschukanis (2003), 52 [26].

14 Menke (2018), 17.

15 Menke (2018), 17.

Im Folgenden werde ich mit dem sowjetischen Rechtstheoretiker Eugen Paschukanis eine radikale Rechtskritik als *Rechtsformkritik* andenken, die sich ebenfalls ideologiekritisch mit dem Begriff des autonomen Subjekts, des *freien* und *gleichen* Menschen, der *Person*, dem *Rechtssubjekt* auseinandersetzt. Radikal ist die Rechtsformkritik darin, dass sie im Gegensatz zur inhaltlichen Rechtskritik – darunter ist die Forderung nach einer Modernisierung des Rechts nur ein Fall unter vielen – an die *Wurzel* gesellschaftlicher Herrschafts-, Unterdrückungs- und Ausbeutungsverhältnisse geht. Während die Kritik am Rechtsinhalt die Herrschaft durch das Recht bzw. die rechtsförmige Herrschaft stets implizit affirmiert, wendet sich die Kritik an der Rechtsform explizit gegen diese, indem sie einen notwendigen Zusammenhang zwischen Rechtsform und Herrschaft konstatiert. Paschukanis hebt sich damit nicht nur von der sozialdemokratischen Vorstellung eines verbesserungsfähigen Rechts, sondern vor allem auch von Wladimir Iljitsch Lenins oder Pjotr Stutschkas Theorie des Rechts als bloßem Instrument der Klassenherrschaft ab.

4. Von der Gleichursprünglichkeit von Warenform und Rechtsform ...

Auf die Frage, worin die Besonderheit der modernen bürgerlichen Rechtsform nun liegt, antwortet Paschukanis mit der Rechtssubjektivität. Die spezifische Rechtsform besteht darin, sich *als* Rechtssubjekte aufeinander zu beziehen und genau dieser Bezug ist die Rechtsform. Wenn wir die naturrechtliche Fiktion einer uns von Natur aus zukommenden, ja daher immer schon bei uns seienden Rechtssubjektivität ausklammern, stellt sich die weitere Frage nach der Ursache oder den sozioökonomischen Bedingungen der Rechtssubjektivität. Die erste mögliche Antwort lautet, dass sie den bürgerlichen Revolutionen bzw. Kämpfen um bürgerliche Rechte entspringt und also eine erkämpfte und dann staatlich gesetzte Eigenschaft oder, wie z. B. Hans Kelsen schreibt, ein Bündel von subjektiven Rechten und Rechtspflichten ist. Die zweite Antwort gibt Paschukanis: Er geht davon aus, dass die Rechtssubjektivität *nicht* – oder zumindest nicht primär – durch den Staat verliehen ist,¹⁶ und uns auch nicht von Natur aus zukommt, sondern im Gegenteil der Sphäre der bürgerlichen Gesellschaft, genauer: dem Warentausch entspringt.

Die Rechtsform gebiert den Begriff des Rechtssubjektes, des *Freien* und *Gleichen* oder, wie Paschukanis schreibt, der „unabhängige[n] und gleiche[n] Persönlichkeit[en]“¹⁷. Als solche ist die Rechtssubjektivität „unausbleiblicher Reflex“¹⁸ der Warenform, das heißt Rechtsform und Warenform stehen in einem notwendigen Verhältnis zueinander. Entgegen der intuitiven Konnotation des *Reflexes* als einseitiges Bedin-

16 Paschukanis (2003) 90 [66], wo er den Staat als „sekundäres, abgeleitetes Moment“ beschreibt.

17 Paschukanis (2003), 151 [132].

18 Paschukanis (2003), 81 [57].

gungsverhältnis – Warenform verursacht Rechtsform – denkt Paschukanis Rechtsform und Warenform in einem *wechselseitigen* Bedingungsverhältnis, welches mit dem schon bei Jürgen Habermas auftauchenden Begriff der Gleichursprünglichkeit fassbar wird.¹⁹ Werfen wir einen näheren Blick in Marx' *Kritik der politischen Ökonomie*, so sind wir in der Lage, den Punkt zu identifizieren, an dem Paschukanis Theorie ansetzt.

Nach der sogenannten Wertformanalyse, dem ersten Kapitel der *Kritik der politischen Ökonomie*, steht Marx vor einem Problem: „Die Waren können nicht selbst zu Märkte gehen und sich nicht selbst austauschen.“²⁰ Der Warentausch als ökonomische Beziehung setzt ein Verhältnis voraus, in dem sich die Warenbesitzer zueinander in einer gewissen Abstraktion aufeinander beziehen: Unter Absehung von jedweder Besonderheit gelten sie einander ausschließlich als Warenbesitzer und sind in dieser Hinsicht *Gleiche*;²¹ außerdem sind sie *Freie*, denn sie *tauschen* ihre Waren, nehmen sich diese einander also nicht gewaltvoll ab. Dieses Verhältnis ist das Rechtsverhältnis, das gerade in diesem „Bezug auf privat-isolierte Akteure“²², eben den Rechtssubjekten, besteht. Das Rechtsverhältnis ist damit nicht das Verhältnis zweier normativer Zurechnungspunkte von Rechten und Pflichten, sondern entspringt dem ökonomischen Tausch selbst. In der der bürgerlichen Gesellschaft inhärenten Idee eines abstrakten Rechtssubjektes, eines „allgemeine[n] abstrakte[n] Träger[s] aller denkbaren Rechtsansprüche“²³, liegt zudem der Unterschied zur Feudalgesellschaft, in der lediglich Inhaber konkreter Privilegien existieren.

Damit ist die Rechtssubjektivität sowohl die Freiheit und Gleichheit, die den Warentausch vermittelt, indem sie ihn ermöglicht, wie auch die Freiheit und Gleichheit, die erst durch den Warentausch vermittelt ist, indem sie aus diesem hervorgeht. Die Rechtssubjektivität ist in dieser Gedoppeltheit das Scharnier zwischen bürgerlicher Gesellschaft und bürgerlichem Staat, zwischen Ökonomie und Politik. In einem solchen gleichursprünglichen Verhältnis von Warenform und Rechtsform stellt sich auch die Metapher von Basis (Warentausch) und Überbau (Recht) in der orthodox-marxistischen Einseitigkeit als falsch heraus. Paschukanis distanziert sich von einem oberflächlichen Ideologiebegriff, der Ideologie als das bloß geistige Phänomen falschen Bewusstseins begreift,²⁴ wenn er das Recht in seiner Eigenständigkeit und Materialität im Verhältnis zur Produktionsweise denkt. Paschukanis hat im Tauschverhältnis jedoch nicht das sich intuitiv einstellende Bild eines Austausches von z. B. 1 Kg Äpfel gegen 2 Kg Kartoffeln vor Augen, sondern den spezifischen Tausch zwischen Kapital und Lohnarbeit bzw. zwischen Lohn und Arbeitskraft. Indem die Arbeitskraft des Lohn-

19 Den Begriff der Gleichursprünglichkeit in Zusammenhang mit Paschukanis' Rechtsformtheorie zieht auch Kistner (2017), 26 heran.

20 Marx (1968), Bd. 23, 99.

21 Marx (1968), Bd. 23, 99 f.; vgl. auch Hegel (1989), 98, § 40.

22 Elbe (Zugriff: 05.03.21).

23 Paschukanis (2003), 119 [98].

24 So etwa prominent Kelsen (1967), 72.

arbeiters dessen einziges Eigentum ist, ist dieser *doppelt frei*: Frei, als freie Person über seine Arbeitskraft zu verfügen, und zugleich frei *von* Eigentum an Produktionsmitteln jenseits seiner eigenen Arbeitskraft.²⁵ Im Arbeitsvertrag begegnen sich Kapital und Lohnarbeit genau in dieser Abstraktion, das heißt ausschließlich als die Besitzer ihrer Ware, als Freie und Gleiche, als Rechtssubjekte. Damit ist die Rechtssubjektivität entgegen der traditionellen Auffassung kein apriorischer, transzendentaler Bezugspunkt und auch kein Bündel von Rechtsnormen, sondern die Kehrseite eines unmittelbar gesellschaftlichen, das heißt auch geschichtlichen Verhältnisses.

5. ... zur Dialektik von Freiheit und Herrschaft

Die politische Erklärung von Freiheit und Gleichheit in den bürgerlichen Revolutionen stellt für sich genommen ebenfalls ein dialektisches Verhältnis dar: Denn einerseits erklärt der politische Akt die Freiheit und Gleichheit aller, zieht sich jedoch in einem zweiten Schritt aus eben dieser Freiheit und Gleichheit zurück, weist also deren Ausgestaltung dem egoistisch wirtschaftenden Subjekt, dem bourgeois, dem Privatmensch zu. Auf das Eigentum bezogen bedeutet das: Zwar *gilt* die allgemeine Eigentumsfreiheit – und die Betätigung der Freiheit ist auf eben diese Eigentumsform beschränkt –, gleichzeitig ist die konkrete Ausgestaltung der Eigentumsfreiheit aber Privatsache. Der Staat mischt sich dadurch ein, dass er sich herausnimmt, oder, wie Menke sagt, es ist „die Preisgabe der Macht der Politik durch die Politik – Politik zum letzten Mal“²⁶.

Entscheidend ist nun, sich dieser Einsicht nicht zu verschließen, sondern den Widerspruch zu denken: Freiheit und Gleichheit stehen nicht nur in einem kontingenten, sondern in einem notwendigen Verhältnis zu gesellschaftlicher Unfreiheit und Ungleichheit. Den Widerspruch denken, heißt hier, gerade *nicht* einen Begriff (bloß) formeller Freiheit und Gleichheit einzuführen, denn darin würden die bürgerliche Freiheit und Gleichheit als nicht vollständig oder nur mangelhaft verwirklicht erscheinen. Die Pointe besteht darin, Freiheit und Gleichheit als vollständig verwirklichte und *zugleich* die *dadurch* vermittelte Unfreiheit und Ungleichheit zu denken. Bürgerliche Freiheit und Gleichheit existieren überhaupt nur *als* Unfreiheit und Ungleichheit. Die spezifisch bürgerliche Herrschaft ist daher der Inhalt der im Rechtssubjekt kulminierenden Freiheit und Gleichheit und umgekehrt ist die im Rechtssubjekt kulminierende Freiheit und Gleichheit die Form der bürgerlichen Herrschaft.²⁷

25 Siehe insbesondere Marx (1968), Bd. 23, 183.

26 Menke (2018), 8.

27 Menke (2018), 268 f.

6. Rechtsfetisch und Verblendungszusammenhang I: Schein und Wirklichkeit

Nun verschleiert jedoch die Rechtsform ihre herrschaftsvermittelnde und -reproduzierende Funktion selbst, das heißt sie verdeckt *als* Form ihre Beziehung zum Klassegegensatz. Die Beteiligung realer Akteure am gesellschaftlichen Verblendungszusammenhang ist unzweifelhaft, ist doch das Recht als positiviertes bzw. gesetztes *menschen-gemacht* – nicht zuletzt liegt darin die ideologiekritische Einsicht des Rechtspositivismus gegenüber der Naturrechtslehre. Jedoch interessiert Paschukanis allem voran der *notwendige* Verschleierungszusammenhang zwischen dem bürgerlichen Recht als *Form* und eines daraus emergierenden, von konkreten Personen und einer konkreten inhaltlichen Ausgestaltung unabhängigen ideologischen Schleiers. Dieser „Rechtsfetischismus“²⁸ besteht darin, dass die Rechtssubjektivität als natürliche, universale Eigenschaft des Menschen qua Menschseins erscheint. Und so lautet auch die natur- und vernunftrechtliche Formel, die etwa im § 16 ABGB positiviert ist: „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten“. Diese Fiktion verschleiert, dass die Rechtssubjektivität ein gesellschaftliches und das heißt insbesondere ein geschichtliches, also kontingentes Phänomen ist, das mit der bürgerlichen als einer warenproduzierenden Gesellschaft verknüpft ist.

Allerdings ist der Rechtsfetischismus nicht auf eine ideologische Fiktion im Sinne eines *bloßen* Scheins zu reduzieren. Der Rechtsfetischismus ist nicht nur in der Psychologie des bürgerlichen Individuums angelegt, so als bestünde er in einem reinen Denkfehler. Paschukanis schreibt dazu: „Die ideologische Natur des Begriffs schafft die Realität und Materialität der Verhältnisse, die er ausdrückt, nicht aus der Welt.“²⁹ Das Gegenteil ist der Fall, denn der ideologische Charakter besteht genau darin, dass der Rechtsfetisch wahr und falsch *zugleich* ist, wohingegen die Reduktion auf die Seite des Scheines übersieht, dass dem Schein selbst eine faktische Wirklichkeit entspricht. Die Wahrheit und Falschheit in Bezug auf die Rechtssubjektivität zeigen sich wie folgt: Die Abstraktion der freien und gleichen Rechtssubjekte ist ideologische Fiktion, denn sie erfasst die realen Eigentumsunterschiede sowie jegliche andere menschliche Besonderheit (Geschlecht, Herkunft, Sprache, Religion, ...) nicht. Die Abstraktion vom Lohnarbeiter zum Rechtssubjekt verschleiert den bloßen *Möglichkeits*charakter der Eigentumsfreiheit. Zugleich aber vermittelt sich das Ausbeutungsverhältnis zwischen Lohnarbeit und Kapital tatsächlich über den Vertrag als freie Willensübereinkunft zwischen Freien und Gleichen, zwischen Rechtssubjekten in genau dieser Abstraktion. Denn im Vertrag begegnen sich Lohnarbeit und Kapital wirklich als Freie und Gleiche: Als Freie, weil der Lohnarbeiter persönlich frei ist und der Vertragsabschluss

28 Paschukanis (2003), 117 [96].

29 Paschukanis (2003), 73 [48 f.].

seinem freien Willen entspricht (Privatautonomie), und als Gleiche, weil sie sich lediglich in ihrer Funktion als Repräsentanten der zu tauschenden Ware, als Warenbesitzer begegnen. Es ist folglich nicht nur verkehrt, in der Freiheit und Gleichheit bzw. in der Rechtssubjektivität eine bloße Ideologie zu sehen, sondern darüber hinaus wäre damit das dialektische Kippen der Widersprüche ineinander, die Struktur der bürgerlichen als einer warenproduzierenden Gesellschaft insgesamt nicht erkannt. Die Form des Rechts ist nicht einfach der Schleier vor der Herrschaft, sondern die bürgerliche Herrschaft *bedarf* der rechtlichen Form, um sich zu verwirklichen. Die Rechtsform ist daher neutral gegenüber den Eigentumsunterschieden dieser Gesellschaft – also nicht auf die Funktion, Instrument des Interesses der herrschenden Klasse zu sein, zu reduzieren – und genau dadurch positioniert sie sich im Klassengegensatz. Erneut ist auf die der Rechtsform immanente Dialektik hinzuweisen: Die Positionierung im Klassengegensatz erfolgt *nicht* durch ein bestimmtes, sich gegen ein Allgemeininteresse durchsetzendes Partikularinteresse (wie etwa im Lobbying), sondern durch die tatsächliche Allgemeinheit und Neutralität des bürgerlichen Rechts.

7. **Rechtsfetisch und Verblendungszusammenhang II: Gegen die Ideologie des Rechts als Regelungsinstrument**

Wenn die bürgerliche Rechtsform aber in einem gleichursprünglichen Wechselverhältnis zur Warenform bzw. zum materiellen Sein einer Gesellschaft im Sinne ihrer Produktionsweise steht, dann löst sich die gewöhnliche Vorstellung vom Recht als Regelungsinstrument ihr gegenüber unabhängiger und unabhängig existierender Konflikte – allen voran der bereits weiter oben reflektierte Konflikt *par excellence* zwischen Individuum und Gesellschaft – ebenfalls in einen ideologischen Schein auf. Wird das Recht in dieser gewöhnlichen Vorstellung vom Regelungsinstrument als normative und äußere Reflexion der Wirklichkeit gedacht, so entspringt der Gleichursprünglichkeitsthese die Einsicht, dass das Recht immer schon die Wirklichkeit wesentlich gestaltet, indem es Ausbeutung und Klassenantagonismus rechtsförmig vermittelt und reproduziert. Es ist daher nicht so, dass das Recht die gesellschaftlichen Konflikte, die vor ihm, d. h. auch außerhalb von ihm als naturwüchsige Notwendigkeit menschlichen Zusammenlebens existieren, regelt, sondern das Recht produziert diese Konflikte überhaupt erst.

Die Pointe besteht abermals darin, beide Seiten, das heißt Schein und Wirklichkeit zusammenzudenken: Recht *ist* Regelungsinstrument, doch täuscht es über seinen eigenen Ursprung hinweg, wenn es sich als Sekundäres, als sich zu einem ihm äußeren, natürlichen Konflikt bloß nachträglich Regulierendes stilisiert. Vielmehr ist das Recht zugleich die schöpferische Kraft, die diese Konflikte zuallererst in die Welt setzt, selbst wenn es sich wiederum nachträglich regulierend auf diese bezieht. Paschukanis zufolge geht die Charakterisierung des Rechts als Regelungsinstrument am Kern der Sache

vorbei, weil darin nicht einmal angedacht wird, unter welchen Bedingungen soziale Beziehungen *überhaupt* rechtlich geregelt werden.³⁰

8. Ausblick: Absterbethese, Utopie, Kritik

Verbleibt die Rechtskritik auf der Ebene des Inhalts oder dessen, auf welche Weise das Recht erzeugt wird (z. B. durch einen demokratischen Gesetzgebungsprozess), und hält diese daher fest am Ideal eines in sich vernünftigen Rechts, ist sie nicht imstande, die Grenzen des Bestehenden zu überwinden. Wenn Paschukanis sich daher explizit von einer inhaltlichen Rechtskritik Leninistischer Spielart abhebt, so distanziert er sich damit zugleich von der Vorstellung eines proletarischen Rechts; eine Haltung, die ihm 1936 zum Verhängnis wird.³¹ So zieht Paschukanis aus der Rechtsformkritik die radikale Konsequenz eines *rechtsfreien* – und ebenso staatsfreien – Kommunismus und postuliert das „Absterben der Rechtsform“³². Schon Lenin, der wiederum an Friedrich Engels Metapher vom Absterben des Staates anknüpft, problematisiert eine banale geschichtsdeterministische Deutung dieser Metapher und weist darauf hin, dass sich das Absterben auf die *nach* der revolutionären Überwindung von bürgerlicher Gesellschaft und bürgerlichem Staat verbleibenden „Überreste des *proletarischen* Staatswesens“³³ bezieht. Auch bei Paschukanis ist die Überwindung und Aufhebung der Rechtsform nicht einem schicksalhaften Gang der Geschichte überlassen, der das (aktive) Erkämpfen einer anderen Gesellschaftsordnung ersetzen würde.

Zum Erkämpfen zählt jedoch auch das Erdenken. Und so hängt die Überwindung des Bestehenden ganz fundamental von seiner darstellenden Kritik bzw. kritischen Darstellung ab.³⁴ So muss das gegenwärtige Recht *als solches*, jenseits einer Messung an normativen Idealen, auf den Begriff gebracht werden und das heißt insbesondere auf die der bürgerlichen Rechtsform immanente Dialektik von Herrschaft und Freiheit, auf seine innere Widersprüchlichkeit reflektiert werden. So muss auch entgegen der sich unmittelbar aufdrängenden Frage nach den Möglichkeitsbedingungen einer rechtsfreien Gesellschaft oder der konkreten Ausgestaltung einer rechtsfreien Utopie, die Funktion der Utopie für die Rechtsformkritik insgesamt hinterfragt werden. Letztlich kann die materialistische Kritik am Recht nicht davon abhängen, eine alternative Gesellschaftsordnung in ihrer Gesamtheit zu entwerfen; dies ist und war auch nie ihr Anspruch.

30 Paschukanis (2003), 139 [120].

31 Paschukanis fällt 1936 den Stalinistischen Säuberungen zum Opfer; vgl dazu insbesondere Walloschke (2003), 202.

32 Paschukanis (2003), 132 [112], vgl. auch 59 ff. [34 ff.], 190 [174].

33 Lenin (2001), 21.

34 Vgl zur Einheit von Kritik und Darstellung Marx, (1968), Bd. 29, 550 oder auch Theunissen (1980), 16.

Literaturverzeichnis

- Elbe, Ingo (2021): „(K)ein Staat zu machen? Die sowjetische Rechts- und Staatsdebatte auf dem Weg zum adjektivistischen Sozialismus“. In: http://www.rote-ruhr-uni.com/texte/elbe_marxismus_und_recht.pdf, Stand: 05.03.2021.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1989): Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, in: Werke in 20 Bänden, auf Grundlage der Werke von 1832–1845 neu editierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel. Frankfurt am Main: Suhrkamp, Band 7.
- Kelsen, Hans (1967): „Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung“. In: Leser, Norbert (Hg.): Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 69–137.
- Kistner, André (2017): „Karl Marx – Kritik des Rechts als Kritik der politischen Form“. In: AG Rechtskritik (Hg.): Rechts- und Staatskritik nach Marx und Paschukanis. Berlin: Bertz & Fischer, 20–30.
- Lenin, Wladimir Iljitsch (2001): Staat und Revolution. Die Lehre des Marxismus vom Staat und die Aufgaben des Proletariats in der Revolution. München: Das freie Buch.
- Lukács, Georg (1983): Geschichte und Klassenbewußtsein. Studien über marxistische Dialektik. Darmstadt und Neuwied: Hermann Luchterhand.
- Marx, Karl (1968): Zur Judenfrage. Marx-Engels-Werke (MEW). Berlin: Dietz, Band 1, 347–377.
- Marx, Karl (1968): Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie. Erster Band, Marx-Engels-Werke. Berlin: Dietz, Band 23.
- Marx, Karl / Engels, Friedrich (1968): Briefe. Januar 1856 – Dezember 1859. Marx an Ferdinand Lassalle. 22. Februar, Marx-Engels-Werke. Berlin: Dietz, Band 29.
- Menke, Christoph (2017): „Die ‚andre Form‘ der Herrschaft. Marx’ Kritik des Rechts“. In: Jaeggi, Rahel / Loick, Daniel (Hg.): Nach Marx. Philosophie, Kritik, Praxis. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 273–295.
- Menke, Christoph (2018): Kritik der Rechte. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Obermayr, Linda Lilith (2022): Die Kritik der marxistischen Rechtstheorie. Zu Paschukanis’ Begriff der Rechtsform. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft.
- Paschukanis, Eugen (2003): Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe. Aus dem Russischen von Edith Hajós. Eingeleitet von Alex Gruber und Tobias Ofenbauer. Mit einer biographischen Notiz von Tanja Walloschke. Freiburg/Wien: Ça ira.
- Theunissen, Michael (1980): Sein und Schein. Die kritische Funktion der Hegelschen Logik. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Walloschke, Tanja (2003): Eugen Paschukanis. Eine biographische Notiz, in: Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe. Aus dem Russischen von Edith Hajós. Eingeleitet von Alex Gruber und Tobias Ofenbauer. Mit einer biographischen Notiz von Tanja Walloschke. Freiburg/Wien: Ça ira, 195–204.

Dr.in Linda Lilith Obermayr, BA, ist Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Wien und forscht zu materialistischer Rechts- und Gesellschaftskritik, kritischer Theorie sowie zur Philosophie G. W. F. Hegels.

Das Verhältnis von Zeit und Recht im Lichte von Rezeptionen*

SABINE KLOSTERMANN

The Relationship between Time and Law in the Light of Receptions

Abstract: This article examines the relationship between time and law from the perspective of receptions. Receptions are often made for reasons of saving time, but at the same time, they raise new temporal problems. The theoretical and normative investigation of the phenomenon shows the legal possibilities and limits of law to receive past or future intellectual entities and proposes solutions to cope with the increase in complexity caused by receptions. Finally, it addresses reception processes on the temporal axis and elaborates how and why intellectual entities change after the act of reception and what this means for the use of the reception technique.

Keywords: Receptions, legal transplants, interdisciplinary transplants, references, reception as a process

Schlagworte: Rezeption, Rechtstransplantationen, interdisziplinäre Transplantationen, Verweisungen, Rezeptionen als Prozess

Das Verhältnis des Rechts zur Zeit wird in der rechtswissenschaftlichen Rezeptionsliteratur immer wieder thematisiert: Es wird von der Rezeption „vergängerer“, „gegenwärtig“ geltender und „künftiger“ Normen und damit verbundenen Problemen,¹ von bestimmten „Zeitpunkten“ der Rezeption,² „Zeitdruck“,³ der Ersparnis von „Zeit“ und

* Für Diskussionen, Anregungen und Unterstützung möchte die Verfasserin Prof. Dr. Matthias Jestaedt, Rodrigo Cadore, Lucas Hartmann, Claudia Wittl und den Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl ganz herzlich danken.

1 Rheinstein (1956), 31 (32); Ossenbühl (1967), 401 (404); Karpen (1970), 66 f.; Fedtke (2000), 22; Guckelberger, (2004), 62 (64, 76 f.). Von „zukunftsorientierten Rezeptionen“ spricht: Heiss (2006), 137 (151 f.).

2 Hirsch (1968), 182 (183). Von „Zeitfaktoren“ sprechen: Häberle (1992), 1033, 1041; Kramer (2017), 1 (5).

3 Häberle (1992), 1034; Kramer (2017), 5. Ähnlich: Rehm (2008), 1 (10).

Kosten,⁴ aber auch von der „Zeit“ oder „Zeitspanne“⁵ des Rezeptionsprozesses gesprochen.

Unter Rezeption (lat. *recipere* = aufnehmen/annehmen) kann im weitesten Sinne die Aufnahme einer geistigen Entität aus einem fremden Kontext in den eigenen (Rechts-)Kontext verstanden werden.⁶ Rezeptionen können als konstituierender Faktor des modernen kontinentaleuropäischen Rechts(denkens) beschrieben werden⁷ und sind heute Gegenstand vieler rechtswissenschaftlicher Diskurse. In der Rechtsvergleichung wird unter den Begriffen der Rezeption bzw. der *legal transplants* die Übernahme von Begriffen, Normen, Instituten oder gar ganzen Gesetzbüchern aus anderen Rechtsordnungen untersucht.⁸ Im Staatsrecht sind die über Art. 140 GG erfolgende Rezeption der Weimarer Kirchenartikel oder die über Art. 25 GG erfolgende Rezeption des Völkerrechts in das Grundgesetz Klassiker.⁹ Im Verwaltungsrecht wird die Rezeption technischer Normen privater Normungsverbände und interdisziplinären Wissens bzw. Expertenwissens aus anderen Fachdisziplinen diskutiert.¹⁰ Die Rechtswissenschaftstheorie versteht sich schließlich als die zentrale Disziplin, die Rezeptionsprobleme fassen und adressieren kann.¹¹ Ein diskursübergreifendes Rezeptionskonzept wurde bisher noch nicht entwickelt.¹² Im Folgenden bezeichnet Rezeption das Ingelungsetzen einer geistigen Entität einer anderen Rechtsordnung oder Wissenschaftsdisziplin in der eigenen Rechtsordnung.¹³ Der Beitrag wählt damit eine rechtstheoretische und rechtsnormative Perspektive auf Rezeptionen.

Rezeptionen werden nicht ausschließlich aus zeitlichen Gründen vorgenommen¹⁴ und auch die mit ihnen verbundenen Probleme sind nicht rein zeitlicher Natur. Dennoch eröffnet die Auseinandersetzung mit ihnen eine interessante Perspektive auf das

4 Miller (2003), 839 (845 f.); Bahke (2006), 13 (14); Mues (2015), 55.

5 Hirsch (1968), 222; Nelken (2001), 349 (363); Rehm (2008), 31; Cohn (2010), 583 (597 ff.). Von dem „Zeitfaktor“ von Rezeptionen spricht: Häberle (1992), 1035.

6 Mit den Begriffen der geistigen Entität und des Kontexts soll auf die potenzielle Vielfalt der möglichen Rezeptionskonstellationen aufmerksam gemacht werden. Dazu vertiefend die folgenden Verweise auf verschiedene rechtswissenschaftliche Diskurse.

7 Der Begriff Rezeption wurde im Jahr 1643 von *Hermann Conring* geprägt, der damit das in Gebrauch kommen des Römischen Rechts im Heiligen Römischen Reich deutscher Nation bezeichnete. Dazu und vertiefend: Stolleis (2012), 72.

8 Graziadei (2006), 441 (443 f.); Kischel (2015), 63 ff.

9 Isensee (2013), 325 (335 ff., 345 ff.).

10 Lüdemann (2007), 266 ff.; Voßkuhle (2012), Rn. 1 ff., insb. Rn. 37 ff.; Augsberg (Hrsg.) (2013); Münkler (2020), 475 ff.

11 Jestaedt (2008), 183 (191 ff., insbs. 202 ff.); Lüdemann (2007), 121 (144 ff.).

12 Eine solche Untersuchung kann in diesem Rahmen auch nicht stattfinden, sie wird einer späteren Arbeit vorbehalten.

13 Ähnlich: Grabenwarter (2010), § 11, 391 (411 f.); Lohse (2017), 106. Von „interdisciplinary transplants“ und „legal transplants“ spricht: Fehling (2017), 65 (82).

14 Dazu vertiefend: Kocourek (1935–1936), 209 (218 ff.); Epstein/Knight (2003), 193 ff.; Rosenkrantz (2003), 269 (277 ff.); Likhovski (2009), 619 ff.

Verhältnis von Zeit¹⁵ und Recht: Auf tatsächlicher Ebene werden Rezeptionen oft auch aus Gründen der Zeitersparnis vorgenommen, ihr Einsatz kann aber auch das genaue Gegenteil bewirken (1.). Auf rechtstheoretischer und rechtsnormativer Ebene offenbaren sich eine Reihe von Rezeptionstechniken, aber auch spezifische Grenzen des Rechts im Umgang mit der Zeit (2.). Rezipierte Gegenstände können schließlich nicht nur zu einem bestimmten Zeitpunkt, sondern auch über einen längeren Zeitraum beobachtet werden und dadurch einen neuen Blick für die Spezifika der Entwicklung des Rechts in der Zeit eröffnen (3.).

1. Rezeption als Chance und Gefahr im Verhältnis von Zeit und Recht

Die Rechtserzeugung¹⁶ ist in vielfältiger Weise durch zeitliche Herausforderungen geprägt. Rezeptionen können hier zunächst als ein Mittel der Abkürzung dienen, die Entscheidungen innerhalb kurzer Zeit ermöglichen. So wird im Zuge der Etablierung einer neuen Rechtsordnung nach einer Revolution, für die sich regelmäßig nur ein kurzes Zeitfenster öffnet, regelmäßig auch Recht der vorherigen Rechtsordnung rezipiert, da für umfassende Innovationen nicht die Zeit bleibt.¹⁷ Auch in einer geltenden Rechtsordnung können bei (akuten) gesellschaftlichen oder technischen Problemen rechtsvergleichend¹⁸ oder interdisziplinär¹⁹ Lösungsmöglichkeiten rezipiert werden und dadurch eine zeitaufwändige Erarbeitung eigener Lösungen und Experimente bei deren Umsetzung entbehrlich werden.²⁰ Eine Rechtsordnung hält sich so zugleich auf dem Stand des Wissens der Zeit und bleibt damit anschlussfähig. Auf internationaler Ebene können Rezeptionen schließlich zur Schaffung des Europarechts, der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte oder harmonisierender privatrechtlicher Standards genutzt²¹ und dadurch zeitaufwändige Neukreationen vermieden werden. Sukzessiv vorgenommen können Rezeptionen auch Ergebnisse ermöglichen, die zu einem vorherigen Zeitpunkt politisch noch nicht durchsetzbar waren. Rezeptionen ermöglichen also Entscheidungen, führen aber – jedenfalls auf den ers-

15 Zeit wird hier als die natürliche, von Menschen erlebbare Bewegung verstanden, die rechtlich auf einer Zeitachse in Tagen, Monaten und Jahren gemessen wird, vgl. Winkler (1995), 325 f.

16 Begriffsverwendung nach: Merkl (1993), 227 ff.; aufgegriffen und vertieft durch: Jestaedt (1999), 307 ff.

17 Häberle (1992), 1034; Rehm (2008), 10; Kramer (2017), 5. Kritisch zum Rezeptionsbegriff bei intertemporalen Transfers innerhalb einer Gemeinschaft: Fedtke (2000), 22.

18 Häberle (1992), 1034; Heiss (2006), 147 ff.; Kischel (2015), 60; Martini (2018), 386 ff.

19 Karpen (1970), 15; Breuer (1976), 46, (49 f.); Marburger (1979), 379 ff.; Hoffmann-Riem (2004), 9 (58 ff.).

20 Miller (2003), 845 f.; Debus (2008), 100; Bahke (2006), 14; Mues (2015), 55.

21 Dazu Kischel (2015), 68 ff.

ten Blick – zugleich dazu, dass im Recht strukturell Kontinuitäten häufiger vorkommen als Innovationen.²²

Ist das Ziel der Rezeption nicht nur eine Inspiration, sondern eine möglichst originalgetreue Übernahme, kann sie aber auch zu einer fachlichen und damit zeitlichen Überforderung der rechtserzeugenden Organe führen.²³ Denn Rezeptionen bedürfen dann eines Hineindenkens in einen fremden Kontext, das erhebliche Kontextualisierungs- und Übersetzungsleistungen erfordert und umfassende Einpassungsarbeiten mit sich bringen kann.²⁴ Die Standards des fremden Kontextes können sich überdies ändern und müssen dann im Recht jedes Mal in aufwendigen Verfahren umgesetzt werden.²⁵ Als Beispiel kann hier das Technikrecht genannt werden, in dem die Fachpraxis in hoher Geschwindigkeit neue Standards entwickelt, die das Recht erfassen muss, will es seine Steuerungsfunktion nicht verlieren.²⁶ Das Recht muss Techniken entwickeln, um trotz dieser Herausforderungen in angemessener Zeit zu einer Entscheidung zu kommen.

2. Rezeptionen als Technik des Rechts im Umgang mit der Zeit

Von diesen Chancen und Risiken der Rezeption als Mittel des Rechts im Umgang mit der Zeit ausgehend soll nun der Blick auf die rechtstheoretische und rechtsnormative Ebene gerichtet und herausgearbeitet werden, (2.1) ob und (2.2) inwieweit Rezeptionen technisch möglich sind und (2.3) erste Ideen zur Bewältigung der Frage des Wie der Rezeption vorgestellt werden.

2.1 Grundparameter der Rezeptionen

Unter dem Grundgesetz werden Rezeptionen auf allen Ebenen der Normenhierarchie durch alle rechtserzeugenden Organe durchgeführt²⁷ und sind damit von alltäglicher Relevanz. Sie *müssen* durchgeführt werden, wenn die jeweils höhere Rechtsschicht dies rechtlich auferlegt, wie es in Art. 23 f. GG gegenüber allen Rechtsorganen hinsichtlich des Unionsrechts und in gesetzlichen Technikklauseln wie § 6 Abs. 2 Nr. 2 AtG („nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlich“) betreffend die

22 Dazu relativierend der folgende Absatz und unten III.

23 Lüdemann (2007), 131.

24 Für internationale Rezeptionen: Legrand (1997), 111 ff.; Kischel (2015), 188 ff.; Foljanty (2015), 89 ff. Für interdisziplinäre Übernahmen: Denninger (1990), 31 f.; Hoffmann-Riem (2004), 58 ff., 67 ff.; Voßkuhle (2012), 33 ff.; Augsberg (2013), 3 (16 ff.).

25 Appel (2004), 327 (329 f.).

26 Marburger (1979), 379 ff.; Debus (2008), 101 f.

27 Häberle (1992), 1036 f.; Kramer (2017), 7 ff.

Genehmigung der Aufbewahrung von Kernbrennstoffen gegenüber der Administrative und Judikative geschieht. Sie *können* durchgeführt werden, soweit den rechtserzeugenden Organen innerhalb des ihnen gesteckten normativen Rahmens Spielräume bleiben.²⁸ Dabei ist der Rezeptionsspielraum des Gesetzgebers deutlich größer als etwa der von Gerichten, denn er kann jederzeit auf eigene Initiative (Art. 76 GG) und nicht nur auf eine Klage hin tätig werden, den Inhalt und Umfang der Rezeption unabhängig von einem bestimmten Streitgegenstand frei wählen und ist ausschließlich durch die Verfassung gebunden, Art. 20 Abs. 3 GG.

Grundsätzlich eignen sich geistige Entitäten aus jeglichem rechtsordnungsfremden Kontext für eine Rezeption: Normen anderer Rechtsordnungen, supra- und internationales Recht sowie Wissensbestände oder Normen anderer Disziplinen,²⁹ etwa berufliche oder technische Standards, moralische oder religiöse Normen. Sie können teilweise oder vollständig, wörtlich oder durch Verweisungen integriert werden.³⁰ In zeitlicher Hinsicht ist für eine Rezeption nicht von Belang, ob die zu rezipierende Entität in ihrem Ursprungssystem gegenwärtig gilt, in der Vergangenheit gegolten hat oder in der Zukunft gelten soll³¹ oder gar das Ursprungssystem untergegangen ist.³² Denn sie führt nicht dazu, dass das Rezeptionsobjekt aus seinem Ursprungskontext entnommen und in die aufnehmende Rechtsordnung implantiert wird, wie es die Begriffe *Übernahme* oder *legal transplant* insinuieren.³³ Vielmehr kopiert die rezipierende Rechtsordnung das Rezeptionsobjekt und setzt es eigenständig in Geltung.³⁴ Dabei nimmt das Rezeptionsobjekt in der Regel die Rechtsnatur der aufnehmenden Rechtsnorm an;³⁵ es findet eine Transformation und kein Transfer statt.³⁶ So sind die kirchenrechtlichen Normen der Weimarer Reichsverfassung infolge ihrer Rezeption durch Art. 140 GG vollgültiges deutsches Verfassungsrecht geworden.³⁷ Die im Zuge

28 Jestaedt (2012), Rn. 5 f., Fn. 25.

29 Begriff nach: Luhmann (1995), 15 ff.

30 Verweisungen gehen als Technik über Rezeptionen im hier verstandenen Sinne hinaus, vgl. Debus (2008), 35 ff. Mit den hier behandelten Rezeptionen fallen sie zusammen, wenn sie konstitutiver, d. h. geltungsbegründender Natur sind.

31 Als Beispiel für eine Übernahme künftiger Normen wird die Rezeption der Normen der deutschen Schuldrechtsreform in Estland vor deren Ingeltungsetzung in Deutschland genannt, vgl. Heiss (2006), 151 f. Rechtstheoretisch ist fraglich, ob man bei noch nicht geltenden Normen schon von Normen sprechen kann, vgl. Kelsen (2017), 35.

32 Karpen (1970), 70 ff.; Debus (2008), 43 ff.

33 Kahn-Freud (1974), 1 (5 f.); Nelken (2002), 19 (29 ff.).

34 Karpen (1970), 30 ff.; Debus (2008), 45; Lohse (2017), 105. Das BVerfG formuliert in ständiger Rechtsprechung, dass eine Verweisung rechtlich lediglich den Verzicht darstelle, den Text der in Bezug genommenen Vorschriften in vollem Wortlaut in die Verweisungsnorm aufzunehmen, BVerfGE 47, 285 (312) [1978]; 143, 38 (55) [2017]; 153, 310 juris-Rn. 78 [2020].

35 Guckelberger (2004), 64; Debus (2008), 90 ff.

36 Begrifflichkeit angelehnt an: Luhmann (1995), 85. Für rechtsvergleichende Rezeptionen: Teubner (1998), 11 (12); für interdisziplinäre Rezeptionen: Brugger (1987), 1 (4); Hoffmann-Riem (2004), 59.

37 BVerfGE 19, 206 (219) [1965]; 19, 226 (236) [1995]; 53, 366 (400) [1980]; 111, 10 (50) [2004].

von strafrechtlichen Blankettverweisungen (z. B. in § 10 Abs. 1, 3 RiFiEtikettG a. F.) rezipierten unionsrechtlichen Ge- und Verbote werden ganz unabhängig von ihrer (strafrechtlichen) Natur im unionsrechtlichen Kontext zu deutschen Strafnormen, die am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG zu messen sind.³⁸ Die Technik der Rezeption ermöglicht es also, Recht entgegen dem linearen Zeitlauf aus einer (ggf. weit) zurückliegenden Zeit³⁹ in die Gegenwart zu holen und dort als künftigen Verhaltensmaßstab in Geltung zu setzen. Die Rezeptionstechnik ist damit eine besondere Ausprägung der Positivität des Rechts: Das Recht kann kraft Setzung auf geistige Entitäten aus jeder Zeitepoche zugreifen und sich dadurch zu einem gewissen Grad unabhängig von dem linearen Ablauf der Zeit machen.

2.2 Zeitliche Kopplungen an rechtsordnungsfremde geistige Entitäten

Rezeptionen können einmalig (statisch) oder antizipierend (dynamisch) angeordnet werden. Während bei statischen Rezeptionen eine bestimmte Fassung eines Verweisungsobjekts zu einem feststehenden Zeitpunkt rezipiert wird,⁴⁰ spätere Änderungen des Verweisungsobjekts damit nur kraft eines weiteren Rechtserzeugungsakts in Geltung treten können,⁴¹ ermöglicht die Rezeption mittels dynamischer Verweisungen, neben der Rezeption des unmittelbar benannten Verweisungsobjekts antizipierend auch das Ingeltungtreten aller künftigen Änderungen des Verweisungsobjekts anzuordnen.⁴² Diese Form wird beispielsweise in Art. 25 GG zur Übernahme der jeweils aktuell geltenden allgemeinen Regeln des Völkerrechts gewählt. Rechtsordnungen können sich auf diese Art ohne weiteren Zeitaufwand dauerhaft an die – im Ausgangspunkt zeitlich versetzte – Produktion von geistigen Entitäten in anderen Kontexten ankoppeln und dadurch die oben erwähnte zeitliche Entlastungsfunktion der Rezeption nutzen.

In der Normenordnung Recht werfen insbesondere zeitliche Kopplungen an rechtsordnungsfremde geistige Entitäten vielfältige Rechtsprobleme auf. Unter dem Grundgesetz betrifft dies vor allem die Grundsätze der Demokratie- und Rechtsstaatlichkeit⁴³, worauf im Folgenden kurz eingegangen werden soll.⁴⁴ Problematisiert wird

38 BVerfGE 5, 25 [1956]; 110, 33 [2004]; 143, 38 (53 ff.) [2017]; 153, 310 juris-Rn. 74 ff. [2020].

39 Rheinstein (1956), 32.

40 Diese Terminologie geht zurück auf: Ossenbühl (1967), 401; Karpen (1970), 69.

41 Debus (2008), 60.

42 Ossenbühl (1967), 401; Karpen (1970), 69.

43 Nicht eigens eingegangen wird hier auf die Grenzen des Bundesstaatsprinzips, des Grundsatzes der Gewaltenteilung, Art. 80 GG und auf unionsrechtliche Vorgaben. Dazu vertiefend: Guckelberger (2004), 62 ff.; Debus (2008), 106 ff.

44 Diese Grenzen sind bereits Gegenstand einer Vielzahl von Untersuchungen, sie können hier nur kurz dargestellt werden, vertiefend: Debus (2008) m. w. N.

zunächst, dass der Gesetzgeber mittels der dynamischen Verweisungen antizipierend geistige Entitäten rezipiere, ohne diese in einem Gesetzgebungsverfahren diskutiert und sich zu eigen gemacht zu haben. Es liege ein parlamentsloses Parlamentsgesetz, ein blinder und damit verfassungswidriger Wille vor.⁴⁵ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) sind solche dynamischen Verweisungen demgegenüber nicht schlechthin ausgeschlossen.⁴⁶ Der Bürger dürfe zwar nicht schrankenlos der normsetzenden Gewalt anderer Normenordnungen (hier Tarifvertragsparteien) ausgeliefert sein, die ihm gegenüber weder staatlich-demokratisch noch mitgliederschaflich legitimiert seien. Vielmehr verlange das Demokratieprinzip, dass die Sätze des objektiven Rechts auf eine Willensentschließung der vom Volke bestellten Gesetzgebungsorgane zurückführbar sein müssen. Ein unzulässiger Verzicht des Gesetzgebers auf seine Rechtsetzungsbefugnisse liege aber dann nicht vor, wenn der Inhalt der in Bezug genommenen Regelungen im Wesentlichen feststehe.⁴⁷ Dieser Ansicht folgen zahlreiche Stimmen in der Literatur.⁴⁸

Die Ansicht, dass jegliche dynamische Verweisung auf fremde geistige Entitäten gegen das Demokratieprinzip verstößt, kann nicht überzeugen. Sie basiert auf der Annahme, dass allein der Gesetzgeber und – in den Grenzen des Art. 80 Abs. 1 GG – die Exekutive rechtserzeugend tätig werden können und tätig werden müssen, eine darüber hinausgehende Ermächtigung zur Normerzeugung anderer Akteure demgegenüber verfassungswidrig sei.⁴⁹ Dieses Alternativitätstheorem von Rechtsetzung und Rechtserzeugung verkennt das rechtserzeugende Element, das jedem Konkretisierungsakt im Stufenbau der Rechtsordnung immanent ist und führt zu einer einseitigen Gesetzesfixierung, die die arbeitsteilige Funktionsweise von Rechtsordnungen ausblendet.⁵⁰ Wäre jegliche Normerzeugung durch andere Organe als den Gesetz- und Verordnungsgeber verfassungswidrig, müsste dies wegen des immanenten Erzeugungsanteils jeglichen Konkretisierungsakts auch für den gesamten Rechtserzeugungsprozess im Stufenbau der Rechtsordnung gelten.⁵¹ Überzeugender scheint daher, die Verfassungsmäßigkeit von dynamischen Verweisungen entsprechend der in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht anhand der Art und des Ausmaßes der Verweisung zu bewerten und die Grenze zur Verfassungswidrigkeit anhand der Wesentlichkeitslehre zu zie-

45 So Ossenbühl (1967), 402; Karpen (1970), 177 f.

46 BVerfGE 26, 338 (366) [1970]; 47, 285 (312) [1978]; 143, 38 (56) [2017]; 153, 310 juris-Rn. 79 [2020].

47 BVerfGE 26, 338 (367) [1970]; BVerfGE 47, 285 (317) [1978]; BVerfGE 64, 208 (214 f.) [1984]. Hinsichtlich des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots: BVerfGE 143, 38 (53 ff.) [2017]; 153, 310 juris-Rn. 74 ff. [2020].

48 Brugger (1987), 24 ff.; Guckelberger (2004), 76 ff.; Debus (2008), 232 ff.; Clemens (1986), 63 (103 ff.) alle m. w. N.; rekonstruiert über Art. 103 Abs. 2, 104 Abs. 1 S. 1 GG, i. E. aber ebenso: Ernst (2018), 80 ff., 114.

49 Ossenbühl (1967), 402 ff.; Karpen (1970), 172 ff. Diese Ansicht wird daher auch die „demokratiemaximierende Auffassung“ genannt, vgl. Brugger (1987), 22 ff.

50 Dazu vertiefend: Jestaedt (1999), 307 ff.

51 Wie hier und umfassender zum Rollenwandel des parlamentarischen Gesetzgebers: Schulze-Fielitz (1994), 139 (168 ff.).

hen.⁵² Zeitliche Kopplungen an fremde geistige Entitäten sind demnach verfassungskonform, wenn der Gesetzgeber die grundrechtswesentlichen Fragen selbst klärt und damit einen Rahmen für die zu rezipierenden künftigen Inhalte schafft.

Vor diesem Hintergrund überzeugt auch, dynamische Verweisungen für vereinbar mit dem Bestimmtheitsgebot zu sehen.⁵³ Die Bestimmtheitsanforderungen richten sich bei Verweisungen auf fachsprachliche Texte nach dem jeweiligen Adressatenkreis der Norm.⁵⁴ Bei Verweisungen auf ausschließlich fremdsprachlich verfügbare Texte sind zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten Übersetzungen erforderlich. Sog. Kettenverweisungen, bei denen mehrere (statische und/oder dynamische) Verweisungen nacheinander geschaltet werden,⁵⁵ tragen zwar zu einer zeitlichen Optimierung der Verweisungen bei, unterliegen mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot aber der Grenze der Unübersichtlichkeit.⁵⁶

Schließlich wird hinsichtlich des in Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG verankerten Publikationsgebots vorgetragen, dass die in Gesetzen und Rechtsverordnungen antizipiert in Geltung gesetzten Verweisungsobjekte nicht eigens im Gesetzesblatt bekanntgegeben und dieses dadurch in verfassungswidriger Weise in eine bloße Gesetzesbibliographie umfunktioniert werde.⁵⁷ Eine solch strenge Handhabung des Publikationsgebots würde jedoch zu einer Überfrachtung des Bundesgesetzblatts führen, dessen Übersichtlichkeit gefährden und die Verweisung in ihrer Funktion als Mittel der gesetzestechnischen Vereinfachung obsolet machen.⁵⁸ Überzeugender ist, bei der Auslegung des Art. 82 Abs. 1 GG auf den Zweck der Rechtssicherheit abzustellen⁵⁹ und mit der Rechtsprechung als ausreichend anzuerkennen, wenn das Verweisungsobjekt hinreichend klar bezeichnet, für den Betroffenen zugänglich und seiner Art nach für amtliche An-

52 Vgl. Verweise in Fn. 50 und 51.

53 So schon BVerfGE 26, 338 (367) [1970]. Zur Literatur siehe Debus (2008), 144 ff. m. w. N. Grenzen hat das BVerfG demgegenüber immer wieder in Bezug auf Art. 103 Abs. 2 GG gesetzt: BVerfGE 5, 25 [1956]; 110, 33 [2004]; BVerfGE 143, 38 (53 ff.) [2017]; hingegen: BVerfGE 153, 310 juris-Rn. 74 ff. [2020]. Zu Art. 103 Abs. 2 GG vertiefend: Ernst (2018), 63 ff.

54 Ernst (2018), 96 ff.

55 Zu dem Begriff siehe: Debus (2008), 50 f. Ein strittiges Beispiel stellen die Blankettstrafnormen der §§ 95, 96 AMG dar, die über § 2 AMG auf zahlreiche unionsrechtliche Verordnungen verweisen, vgl. Ernst (2018), 137 ff.

56 Dazu vertiefend: Debus (2008), 153 ff. Als Verständnisgrenze nennt er Kettenverweisungen mit mehr als fünf Gliedern oder bei komplexen Bezugnahmen mit mehr als drei Gliedern. Relevante Komplexitätssteigerungen lägen u. a. bei hohen Änderungsraten des Verweisungsobjekts, bei rechtssystematischen Entfernungen des Verweisungsobjekts von der Verweisungsnorm (z. B. Verweisungen auf internationales Recht) sowie Verweisungen in Bereichen, in denen unter großem Zeitdruck entschieden werden müsse, vor, ebd., 154 ff. Auf die Regelungsmaterie und die von der Verweisung adressierten Kreise stellt hinsichtlich der zumutbaren Komplexität ab: Ernst (2018), 104 ff.

57 Ossenbühl (1967), 406; Karpen (1970), 141 ff. So jedenfalls bei gesetzlichen Verweisungen auf nicht amtlich publizierte Normen: Clemens (1986), 93 f.

58 Brugger (1987), 13 f.; Marburger (1979), 410; Debus (2008), 119; Butzer (2021), Rn. 238.

59 Guckelberger (2004), 71 f.

ordnungen geeignet ist.⁶⁰ Die Zugänglichkeit kann in der Regel bejaht werden, wenn das Verweisungsobjekt im Internet über geeignete Suchmaschinen auf amtlichen oder sonst offiziellen Seiten einsehbar ist.⁶¹ Bei Inbezugnahmen auf fremdsprachige Normen sollte jedoch eine zugängliche amtliche Übersetzung der Norm in die deutsche Sprache vorliegen.⁶² Zur Identitätssicherung scheint eine amtliche Hinterlegung der Norm sinnvoll, anhand derer im Streitfalle die Richtigkeit der Norm geprüft werden kann.⁶³

Zusammenfassend erweisen sich statische und dynamische Verweisungen als ein wesentlich vereinfachendes und zeitökonomisches Mittel, das unter dem Grundgesetz in den Grenzen der Wesentlichkeit, Bestimmbarkeit und Rechtssicherheit eingesetzt werden kann.

2.3 Umgang des Rechts mit durch Rezeptionen verursachten zeitlichen Überforderungen

Weiter soll nun noch auf die Frage des Wie die Rezeption eingegangen werden. Denn wie eingangs herausgearbeitet, bieten Rezeptionen nicht nur die Chance der Zeitersparnis, sondern können aufgrund der Komplexität ihrer Umsetzung auch erhebliche Zeitprobleme aufwerfen.⁶⁴ In der Rezeptionsliteratur wird bezüglich des Wie der Rezeptionen erheblicher Forschungsbedarf konstatiert.⁶⁵ Angesichts der Komplexität des Problems, dessen umfassende Analyse den Rahmen der Untersuchung sprengen würden, beschränkt sich diese im Folgenden darauf, drei Lösungsansätze kurz vorzustellen.

Eine Komplexitätsreduktion könnte erstens durch eine Prozeduralisierung des Rezeptionsverfahrens erreicht werden, wie sie in Konstellationen des sog. Nichtwissens bereits umfassend praktiziert wird. Danach könnten Rezeptionsentscheidungen verschiedenen Ebenen der Rechtserzeugung zugewiesen⁶⁶ und auf den jeweiligen Ebenen in mehreren Verfahrensschritten angeordnet werden.⁶⁷ Dadurch könnten sie auf mehrere Köpfe verteilt, der jeweilige Untersuchungsumfang beschränkt und dieser

⁶⁰ BVerwG, Urteil vom 29.8.1961 – I C 14/61 = NJW 1962, 506. Zu den Anforderungen bei der Publikation von Karten: BVerwG, Urteil vom 27.1.1967 – IV C 105/65, 1244 f.

⁶¹ Butzer (2021), Rn. 239. Zugänglichkeit kann auch über Publikationen im Buchhandel, über die Pflichtexemplarabgabe in Bibliotheken oder über amtliche Hinterlegung und Einsehbarkeit hergestellt werden, Marburger (1979), 409 ff.; Brugger (1987), 12 ff.; Denninger (1990), 163 ff.; Debus (2008), 116 ff.

⁶² Debus (2008), 121 f.

⁶³ Brugger (1987), 16; Denninger (1990), 165; Guckelberger (2004), 72 f.

⁶⁴ Dazu oben I.

⁶⁵ Von Aaken (2008), 79 (87); Lüdemann (2007), 145 ff.

⁶⁶ Grundlegend zur Arbeitsteilung zwischen den Gewalten: Jestaedt (2006), 22 ff. Zur Wissenseinbindung zwischen den Gewalten: Möllers (2010), 113 ff.; Frenzel (2013), 179 ff.

⁶⁷ Appel (2004), 337 ff.; Wollenschläger (2009), 69 ff.

dadurch handhabbar gemacht werden. Ein Beispiel für ein zeitlich gestrecktes Verfahren administrativer Wissensrezeption unter Beteiligung einer Vielzahl von Akteuren findet sich in §§ 21 ff. AMG, die neben der Einreichung von Unterlagen und Sachverständigengutachten seitens der Antragsteller:innen deren Beurteilung anhand von Arzneimittelrichtlinien, die Hinzuziehung externen Sachverständigen und Entscheidungen durch Zulassungskommissionen vorsehen.⁶⁸ Aufgrund der mit dieser Lösung verbundenen zeitlichen Streckung der Rezeption, wäre deren zeitliche Entlastungsfunktion aber eingeschränkt.

Eine zusätzliche Entlastungsfunktion könnte zweitens eine gezielte Arbeitsteilung zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis bringen. Erstere unterliegt keinen institutionellen Entscheidungszwängen und hat daher weit mehr Zeit und Ressourcen, sich mit Rezeptionen zu befassen.⁶⁹ Gebraucht würden ebenso allgemeine methodische Maßstäbe im Umgang mit Rezeptionen wie Lösungsvorschläge mit Blick auf konkrete Rezeptionskonstellationen.

Komplexitätsreduzierend und damit in angemessener Zeit entscheidbar können Rezeptionen drittens auch durch die Etablierung sogenannter Stoppregeln werden. Dabei handelt es sich um Mechanismen, die den Prozess der Wahrheitsfindung abschneiden und zu einer Entscheidung führen, obwohl noch nicht alle Informationen erhoben, evaluiert oder über diese entschieden wurden.⁷⁰ Bekannt ist diese Technik zum Beispiel aus dem Zivilprozessrecht, in dem prozessuale Beibringungs- und Beweislastregeln eine weitere richterliche Ermittlung des Sachverhalts entbehrlich machen.⁷¹ Vergleichbare Regelungen könnten auch für Rezeptionskonstellationen geschaffen und dadurch der Umfang der durchzuführenden Untersuchung beschränkt werden.⁷²

2.4 Fazit zur Rezeptionstechnik im Umgang mit der Zeit

Zusammenfassend kann das Recht als eine Normenordnung beschrieben werden, die sich kraft ihrer Positivität von dem linearen Zeitablauf zu einem gewissen Grad lösen und geistige Entitäten aus der Vergangenheit in die Gegenwart holen oder sich in der Gegenwart an künftige geistige Entitäten antizipierend binden kann. Die Öffnung des Rechts gegenüber fremden Rezeptionsgegenständen wird durch das Grundgesetz umso stärker beschränkt, je zukunftsöffnender die Öffnung ausgestaltet ist. Hinsichtlich des Wie der Rezeption kann für komplexe Rezeptionsprozesse an eine Prozeduralisie-

⁶⁸ Dazu Wollenschläger (2009), 74 f.

⁶⁹ Hoffmann-Riem (2004), 68 f.; Lüdemann (2007), 141 ff.

⁷⁰ Hoffmann-Riem (2004), 64 ff.; Guckelberger (2017), 1 (7).

⁷¹ Hoffmann-Riem (2004), 64 ff.

⁷² *Ibidem*.

zung des Rezeptionsvorgangs, eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis und die Etablierung sog. Stoppregeln gedacht werden. Die zeitliche Entlastungsfunktion von Rezeptionen kann dennoch beschränkt bleiben.

3. Die Betrachtung von Recht und Zeit unter dem Blickwinkel der Rezeptionsprozesse

In einem dritten Teil soll nun der Blick weg von dem Zeitpunkt des Rezeptionsaktes hin zu dem prozessualen Charakter des gesamten Rezeptionsvorgangs gewendet und der Frage nachgegangen werden, was sich aus diesem für die Rezeptionstechnik und das Verhältnis von Zeit und Recht erlernen lässt. Rezipierte Entitäten werden, wie alle rechtseigenen Normen, im Stufenbau der Rechtsordnung sukzessive verarbeitet und unterliegen dabei endogenen wie exogenen Einflussfaktoren.⁷³ Die Perspektive der Rezeption eröffnet einen neuen Blick auf diesen Wandel des Rechts in der Zeit. Denn sie bietet mit der geistigen Entität in ihrem Ursprungskontext und ihrem rezipierten Äquivalent im Zielkontext einen Vergleichsmaßstab für die Erfassung der konkreten Einflussfaktoren des rechtlichen Wandels.

In der Rezeptionsliteratur werden zur Erfassung dieses Wandels mehrere Stufen der Rezeption unterschieden, die zunächst vorgestellt und anhand zweier Beispiele erläutert werden sollen (3.1). Vor diesem Hintergrund sind dann die im ersten Teil gemachten Beobachtungen zum Verhältnis von Zeit, Recht und Rezeptionen zu evaluieren (3.2).⁷⁴

3.1 Besonderheiten der Zeitspanne von Rezeptionsprozessen

Anhand der Rezeptionsliteratur können Rezeptionsprozesse idealtypisch in bis zu vier Stufen beschrieben werden: Erstens die Entscheidung eines rechtserzeugenden Organs, eine fremde geistige Entität zu rezipieren, zweitens die Auswahl, Übersetzung und Anpassung dieser Entität im Rechtserzeugungsprozess, drittens der ingeltungsetzende Rechtsakt, viertens der Prozess der Einfügung und Bedeutungsfüllung der rezipierten Entität im Stufenbau der Rechtsordnung.⁷⁵ Exemplarisch können diese Stufen am Beispiel der Rezeption der Weimarer Kirchenartikel in das Grundgesetz aufgezeigt

⁷³ Zu diesen Begriffen: Lepsius (2016), 13 f.

⁷⁴ Im Folgenden nicht thematisiert, aber in zeitlicher Hinsicht ebenfalls interessant: Davis (2003), 181 ff.

⁷⁵ Vgl. Lohse (2017), 109 f.; Fedtke (2000), 51 ff.; Hirsch (1968), passim.; Lüdemann (2007), 279. Wohl in die zweite Stufe einzuordnen ist die bei interdisziplinären Rezeptionen vorzunehmende Selektion von Informationen anhand des juristischen Filters der Verwendungstauglichkeit, vgl. dazu Hoffmann-Riem (2004), 59 f.

werden. Das Beispiel soll hier zunächst ohne Analyseraster und dann anhand des Analyserasters vorgestellt werden.

Nachdem in den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates 1948 einhellig der frühere Art. 135 S. 1, 2 WRV zur individuellen Religionsfreiheit unter Streichung seines Gesetzesvorbehalts wortlautidentisch in Art. 4 Abs. 1, 2 GG übernommen wurde, wurde der Antrag gestellt, auch eine Neuregelung des Verhältnisses von Staat und Kirche unter dem Grundgesetz vorzunehmen.⁷⁶ Der Antrag wurde nach intensiver Diskussion abgelehnt, denn man befürchtete, dadurch unabsehbare rechtliche Folgewirkungen für das Verhältnis von Staat und Kirche herbeizuführen. Stattdessen entschieden die Abgeordneten, die Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung unter Ausschluss nur des Art. 140 WRV *tel quel* zu übernehmen⁷⁷ und damit auf Kontinuität zu setzen. Die Bestimmung des Art. 140 GG lautet nunmehr: „Die Bestimmungen der Artikel 136, 137, 138, 139 und 141 der deutschen Verfassung vom 11. August 1919 sind Bestandteil dieses Grundgesetzes.“ Kontinuität war gewollt. „Aber wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, so ist es nicht dasselbe,“ formulierte Smend schon zwei Jahre nach der Verabschiedung des Grundgesetzes mit Blick auf die inkorporierten Normen weitsichtig.⁷⁸ Tatsächlich begegneten der Anwendung der Kirchenartikel unter dem Grundgesetz nicht nur neue soziale Herausforderungen,⁷⁹ auch führten der neue normative Kontext und die gesetzgeberischen Anpassungen der Kirchenartikel zu einer grundsätzlichen Neuinterpretation der Kirchenartikel; Änderungen, die maßgeblich auf einen Akteur zurückzuführen sind, dessen Rolle zum Zeitpunkt des Erlasses des Grundgesetzes noch weitgehend unklar war: das BVerfG.⁸⁰ Unter seiner Ägide nahmen die Kirchenartikel eine Bedeutung an, die mit ihren textlichen Vorbildern heute kaum noch etwas gemeinsam hat, hier beispielhaft genannt: die Auslegung des Schutzbereichs des Art. 4 Abs. 1, 2 GG als einheitliches Grundrecht,⁸¹ die intensiv geführte Debatte um die Schranke des Art. 136 Abs. 1 WRV,⁸² die grundrechtliche Überformung

76 Vgl. Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 5/II, Ausschuß für Grundsatzfragen, 1993, 24. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen, 621 ff., 633 ff.

77 Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 14, Hauptausschuß, Tbd. 1, 2009, 22. Sitzung des Hauptausschusses, S. 641 ff. Zu den Verhandlungen über den Umfang der Verweisung im Einzelnen: Häberle (2010), 899 ff.

78 Smend (1951), 4.

79 Kästner (2010), Rn. 147 f. Die ersten drei Jahrzehnte nach Inkrafttreten des Grundgesetzes blieben hinsichtlich der bestehenden religiösen Gruppierungen vergleichsweise stabil, Mückel (2021), Rn. 74 ff.

80 Zur Rolle und Entwicklung des BVerfG: Collings (2015).

81 Siehe zur klaren Auftrennung der Schutzgewährleistungen unter der WRV: Anschütz (1933), Art. 135 WRV, 619. Demgegenüber: BVerfGE 24, 236 (246) [1968]; 83, 341 (354) [1991]; 108, 282 (297) [2003]. Mit der Interpretation als einheitliches Grundrecht verbindet das BVerfG auch eine Schutzbereichsausdehnung gegenüber dem historischen Gehalt der Norm, BVerfGE 24, 236 (246) [1968]; 35, 366 (376) [1973].

82 Das BVerfG verneint eine Übertragung der Schranke, BVerfGE 33, 23 (30 f.) [1972], die Literatur widerspricht dem, siehe u. a. Ehlers (2021), Rn. 4.; Starck (2018), Rn. 87 ff., beide m. w. N. Unter der WRV stellte sich dieses Problem nicht, da der damalige Art. 135 WRV in S. 3 eine eigene Schrankenbestimmung enthielt, vgl. Anschütz (1933), Art. 136 WRV, 623.