

VERÖFFENTLICHUNGEN
DES INSTITUTS FÜR INTERNATIONALES RECHT
AN DER UNIVERSITÄT KIEL

77

JOACHIM WEGE

**Positives Recht und sozialer
Wandel im demokratischen
und sozialen Rechtsstaat**



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Joachim Wege

Positives Recht und sozialer Wandel
im demokratischen und sozialen Rechtsstaat

**VERÖFFENTLICHUNGEN
DES INSTITUTS FÜR INTERNATIONALES RECHT
AN DER UNIVERSITÄT KIEL**

Herausgegeben von Prof. Dr. Wilhelm A. Kewenig

Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat

Von

Dr. Joachim Wege



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Erstellt mit Förderung der Friedrich-Ebert-Stiftung
Gedruckt mit Unterstützung des Landes Schleswig-Holstein

Alle Rechte, einschließlich das der Übersetzung, vorbehalten.
Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch
oder Teile daraus in irgendeiner Weise zu vervielfältigen.
© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41
Satz und Druck: Vollbehr u. Strobel, Kiel. Printed in Germany

ISBN 3 428 03920 3

*Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort,
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage;
Weh Dir, daß du ein Enkel bist!*

(Goethe, Faust I. Teil)

Keine Rechtsordnung kann jemals abgeschlossen und fertig sein. Alles Leben geht weiter. Deshalb muß unsere Rechtsordnung sich ständig den neuen Entwicklungen in Technik und Wirtschaft, aber auch den allgemeinen Auffassungen von Recht und Gesellschaft anpassen. Zudem soll das Recht nicht nur Spiegel, sondern auch Antrieb zur Gestaltung einer besseren, an den Rechts- und Sozialstaatsprinzipien unseres Grundgesetzes orientierten Ordnung sein.

(Gustav W. Heinemann,
Geleitwort ZRP 1968, 1. Jg., 1. H., S. 1)

Inhaltsverzeichnis

KAPITEL 1

Erkenntnisinteresse 15

I. Skepsis gegenüber der Wandlungsfähigkeit des Rechts . . .	15
II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	19
III. Der Begriff des „positiven Rechts“	20
IV. Überblick	24

KAPITEL 2

Historischer Abriss 25

I. Funktion eines historischen Rückblicks	25
II. Vorsokratiker	25
III. Platon	26
IV. Aristoteles	27
V. Griechisches Rechtsdenken (Zusammenfassung)	29
VI. Römisches Recht	29
VII. Von Augustinus bis Thomas von Aquin	31
VIII. Renaissance	32
IX. Montesquieu	33
X. Kant	33
XI. Hegel	34
XII. Historische Rechtsschule	35
XIII. Gesetzespositivismus	36
XIV. Kritiker eines formalistischen Rechtsdenkens	39
XV. Französische Rechtstheorie im 19. Jahrhundert	40

XVI. Institutionelles Rechtsdenken (Hauriou)	41
XVII. Freirechtslehre	42
XVIII. Interessenjurisprudenz	45
XIX. Resümee	46

KAPITEL 3

Gesellschaftliche und rechtliche Wandlungen in marxistischer Sicht und sowjetischer Praxis	47
---	----

KAPITEL 4

Die Kategorie des „sozialen Wandels“	57
---	----

I. Begriff und Ausmaß	57
II. Stimulierende und retardierende Faktoren sozialen Wandels	60
III. Perspektiven für Theorie und Praxis	65

KAPITEL 5

Positives Recht im sozialen Wandel (Funktionsanalyse)	67
--	----

I. Methodische Vorbemerkung	67
II. Der historisch-soziale Kontext des positiven Rechts	67
III. Soziologische und ideologische Differenzen zwischen Recht und Gesellschaft	70
1. Begriff und Möglichkeit	70
2. Differenzen infolge gebotener Standfestigkeit des Rechts gegenüber normwidriger Praxis	74
3. Differenzen trotz und wegen des abstrakt-generellen Geltungsanspruchs der Gesetze: Das Problem der Billigkeit und sozialstaatlichen Gleichheit	79
4. Differenzen infolge der Antizipation sozialen Wandels durch das positive Recht	88
a) Das die technische Entwicklung antizipierende Recht (soziologische Differenz)	92
b) Das utopische Leitbilder formulierende (Verfassungs-) Recht (soziologische und ideologische Differenz)	93
c) Das Recht als Vorläufer des gesellschaftlichen Bewußtseins (ideologische Differenz)	96
d) Die Inadäquanz des antizipatorischen Rechts gegenüber dem gesellschaftlichen Substrat (primär: soziologische Differenz)	98

5. Differenzen infolge der Rückständigkeit des positiven Rechts gegenüber dem politisch-sozialen Prozeß	102
a) Wesen und Ursachen	102
b) Nachweis der Rückständigkeit in einzelnen Rechtsgebieten	110
IV. Durch positives Recht gesteuerter sozialer Wandel	117
1. Der Einwand fehlender Verallgemeinerungsfähigkeit	118
2. Die Behauptung der „normativen Kraft des Faktischen“ als weiterer Einwand	118
3. Das rechtliche Potential zur Steuerung sozialen Wandels über Sozialisation und Bewußtseinswandel	122
4. Das Recht als Instrument eines „peaceful change“	127
V. Blockierung sozialen Wandels durch das den Status quo konservierende positive Recht	132

KAPITEL 6

Die Bedeutung der grundgesetzlichen Entscheidung zum „demokratischen und sozialen Rechtsstaat“ für den Problembereich „Positives Recht und sozialer Wandel“ 137

I. Das Rechtsstaatsprinzip im Wandel	138
1. Der materielle Rechtsstaat liberaler Prägung	138
2. Der formale Rechtsstaat	141
3. Die grundgesetzliche Rechtsstaatlichkeit	146
a) Grundgesetz und formaler Rechtsstaat	146
b) Grundgesetz und materialer Rechtsstaat	148
c) Demokratischer Rechtsstaat	151
II. Das Sozialstaatsprinzip	156
1. Die Geschichte des Sozialstaats	157
2. Die grundgesetzliche Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips	159
3. Entstehungszeitliche Deutung	161
4. Wandlungen der Sozialstaatsinterpretation seit 1949	164
a) Erste Interpretationsversuche (1949—1953)	165
b) Restaurative bzw. integrative Sozialstaatsdeutung (1953 bis Mitte der Sechziger Jahre)	166
aa) Restaurative Sozialstaatsdeutung	166
bb) Integrative Sozialstaatsdeutung	169
cc) Die Sozialstaatsdeutung der Rechtsprechung	176

c) Evolutionäre Sozialstaatsdeutung (seit Mitte der Sechziger Jahre)	184
d) Neuerliche restaurative Sozialstaatsinterpretationen — Tendenzwende in den Siebziger Jahren?	193
e) Resümee	195
5. Zusammenfassende Sozialstaatsdeutung	196
III. Rechts- und Sozialstaat	204
1. Behauptung eines antinomischen Gegensatzes	205
2. These eines partiell antinomischen Spannungsverhältnisses	209
3. Annahme wechselseitiger Bedingtheit und Ergänzung	212
a) Darstellung einzelner Kombinationsversuche	212
b) Synthese	218
IV. Soziale Demokratie	227
V. Demokratischer und sozialer Rechtsstaat	235
VI. Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat	243
1. Die durch sozialen Wandel bedingte Maßnahmegesetzgebung als Ausdruck demokratischer und sozialer Rechtsstaatlichkeit	251
2. Der überkommene Gewaltenteilungsgrundsatz und das Problem des Gesetzesvorbehalts und der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	257
a) Die Forderung nach einem totalen bzw. ausgedehnten Gesetzesvorbehalt	263
b) Die Orientierung am klassischen „Vorbehalt des Gesetzes“	273
c) Preisgabe eines allgemeinen Gesetzesvorbehalts zugunsten der im Grundgesetz enthaltenen Spezialvorbehalte	280
d) Die Problematik des Art. 80 Abs. 1 GG	286
3. Flexible Gesetzgebungstechnik: Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensspielräume	294
4. Zukunftsorientierte Planung und die Rückkoppelung der Gesetzgebung an die sich wandelnde Wirklichkeit	308
Resümee	315
Schrifttumsverzeichnis	318

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
ALR	Allgemeines (preußisches) Landrecht von 1794
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv für öffentliches Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BArbBl	Bundesarbeitsblatt
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß
BfdiP	Blätter für deutsche und internationale Politik
BFinanzH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Strafsachen)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Zivilsachen)
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSG	Bundessozialgericht
Bspr.	Besprechung
BStBl	Bundessteuerblatt
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DDR	Deutsche Demokratische Republik
Diss.	Dissertation
DOV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DuR	Demokratie und Recht
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DZ	Deutsche Zeitung
EA	Europa-Archiv
ebs.	ebenso
Einl.	Einleitung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn	Fußnote
FR	Frankfurter Rundschau
GG	Grundgesetz
HessStGH	Hessischer Staatsgerichtshof
h. L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber

ibd.	ibidem
i. d. R.	in der Regel
i. e.	im einzelnen
i. e. S.	im engeren Sinne
i. f. S.	im formellen Sinne
i. G.	im Gegensatz
i. m. S.	im materiellen Sinne
i. S.	im Sinne
JbRR	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
Jh.	Jahrhundert
JÖR	Jahrbuch für öffentliches Recht
JR	Juristische Rundschau
JurJb	Juristen-Jahrbuch
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
krit.	kritisch
KZSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
LS	Leitsatz
m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MEW	Karl Marx / Friedrich Engels: Werke
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines BGB, 5 Bände 1888
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NpL	Neue politische Literatur
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts (Strafsachen)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts (Zivilsachen)
RN	Randnote
Rspr.	Rechtsprechung
RuP	Recht und Politik
S.	Seite
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte(r)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StuW	Steuer und Wirtschaft. Zeitschrift für die gesamte Steuerwissenschaft
s. u.	siehe unten
SuR	Staat und Recht; hrsgg. von der Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR
u. a.	unter anderem; und andernorts
Übers.	Übersetzer; Übersetzung
Urt.	Urteil

VerwArch	Verwaltungs-Archiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VfZ	Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfParlF	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZLW	Zeitschrift für Luftrecht und Weltraumrechtsfragen
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

KAPITEL 1

Erkenntnisinteresse

I. Skepsis gegenüber der Wandlungsfähigkeit des Rechts

Solange es Rechtsnormen gibt, stellt sich — den Zeitgenossen mehr oder weniger bewußt — das Problem des Verhältnisses zwischen dem Recht und der sich verändernden Wirklichkeit. Meist mündet diese Frage in der (jedenfalls außerhalb der Rechtswissenschaft) teilweise schon zum Gemeinplatz gewordenen Feststellung, das als Mittel sozialer Regulation eingesetzte Recht sei infolge der ihm inhärenten Statik nicht einmal in der Lage, mit dem dynamischen Gesellschaftsprozeß Schritt zu halten, geschweige denn diesen zielgerichtet zu lenken oder gar zu beschleunigen.

Hieraus resultieren sowohl der weitverbreitete Vorwurf gegen das Recht, es stabilisiere den Status quo, indem es mangels hinreichender Flexibilität den notwendigen Wandlungen zugunsten größerer politischer und sozialer Gerechtigkeit im Wege stehe¹, wie auch die Protesthaltung gegen den Juristen als Hüter überkommener Ordnungsvorstellungen². *Luhmann*³ konstatiert, daß das Vertrauen in die soziale und politische Ordnungsmacht des Rechts in den letzten 200 Jahren sich auffällig verringert habe. Exemplarisch ist die Bemerkung *Kaupens*⁴, unser Rechtssystem sei „nicht einmal Spiegel der heutigen, sondern eher Abziehbild einer bereits vergangenen Gesellschaft.“

Die härtesten Angriffe gegen den „unverwechselbaren legalistischen Grundcharakter . . . der okzidentalen Welt“⁵ werden dabei nicht erst in jüngster Zeit von Soziologen, soweit sie sich überhaupt mit dem Recht

¹ Z. B. Schubert, 58 ff. — *Kaupen*, Bedeutung, 369 ff, kann für seine These, das Recht, unfähig zur Anpassung an die gesellschaftliche Dynamik, sei als Übergangserscheinung zu bewerten, auf Saint-Simon rekurrieren. Vgl. auch *Delbrück*, Probleme, 150 ff; *Kewenig*, Contribution, 227; *Krüger*, Verfassungswandlung, 164 f m. w. N.

² *Kaupen*, Hüter, passim, Standort, passim, und Bedeutung, 373 ff; *Hagen*, ARSP 60, 128; differenzierter *Tóth*, 79 f; *Stone*, 473 ff, und *Oppermann*, JZ 1967, 724, weisen auf die höchst inhomogene Ahnenreihe der Juristenfeindlichkeit hin.

³ *Luhmann*, ARSP 53, 531; ähnl. *Ogburn*, Kultur, 88 f, und *Kägi*, Verfassung, 26 ff.

⁴ *Kaupen*, Standort, 101.

⁵ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, 441.

befassen, geführt oder inspiriert⁶. Seit jeher gestaltete sich das Verhältnis zwischen Sozial- und Rechtswissenschaft eher gespannt denn kooperativ⁷. Teils wird das Recht unter Berufung auf die marxistische Basis-Überbau-Lehre zum dialektisch wirkenden Machtinstrument der herrschenden Klasse zur Festigung ihrer Privilegien abgestempelt⁸, teils wird es als bloßer Reflex der realen gesellschaftlichen Verhältnisse gewertet, ihm also jede eigene Wirklichkeit abgesprochen⁹. Hieraus legitimieren viele empirische Sozialwissenschaftler ihre Abneigung, die Rolle des Rechts für den gesellschaftlichen Wandel genauer zu untersuchen, was zudem infolge der damit verbundenen Notwendigkeit, in die komplexe Rechtsmaterie einzudringen, auch erhebliche Mühe erfordern würde¹⁰. Schelsky¹¹ vermutet hinter einer solchen, das Recht als soziales Handlungsmittel ausblendenden Betrachtungsweise zumindest implizit die Empfehlung zu Machtauseinandersetzungen bis hin zur Revolution.

Jedenfalls stellt — unabhängig von ihrer Motivation — die fundamentale Kritik an der tradierten Rechtsstaatlichkeit, die nicht nur außerparlamentarischen Ursprungs ist¹², Anlaß genug dar, die Leistungsfähigkeit des Rechts einer kritischen und fundierten Analyse zu unterziehen und nach Möglichkeiten zu suchen, das Recht von einem rein bewahrenden Element der Machterhaltung zu einem dynamischen Instrument der Machtkontrolle und bewußten Gesellschaftssteuerung aufzuwerten; dies erscheint umso notwendiger, je schneller sich der soziale Wandel in technologischer, wirtschaftlicher und kultureller Hinsicht vollzieht. Aber

⁶ So attackiert Geiger, 44, den „Normen-Fetischismus der juristischen Doktrin“. König (in: Rehbinder, Begründung, 5) konstatiert einen „merkwürdigen cultural lag bei allem, was das Phänomen Recht betrifft“. Aehn. Kaupen, KZSS 18, 115, und Römer, NpL 1970, 300. — E. E. Hirsch, Rechtssoziologie, 881, und Kininger, 13, sehen die rechtsfeindliche Haltung geradezu als den Entstehungsgrund der Soziologie an.

⁷ Vgl. Ryffel, Grundprobleme, 69; Noll, Gesetzgebungslehre, 38 f.; Kininger, 13 ff. Gegen Lautmann, Soziologie, passim, wendet sich Schelsky, Bemerkungen, 609 ff., der die Juristen gegen die „sattsam bekannten Stereotypen“ verteidigt und die Arroganz und „modische . . . Aggressivität der Soziologen“ auf fehlende Einsicht in den notwendigen Ordnungscharakter des Rechts zurückführt.

⁸ Vgl. Beyer, passim.

⁹ Für E. E. Hirsch, Recht, 55 ff, ist das Recht „nichts anderes als der Ausdruck der faktischen Machtverhältnisse“, weshalb die Frage nach der Zeitadäquanz „in Wirklichkeit kein Problem“ (63) sei; differenzierter ders., ibd. 25 ff, und ders., Vorwort zu Winter. Bekanntlich negieren auch andere Rechtssoziologen Eigenbedeutung und Effizienz der Rechtsnormen völlig und sprechen deshalb der Jurisprudenz die Wissenschaftlichkeit ab; vgl. dazu Ryffel, Grundprobleme, 67 ff, Th. Raiser, 409 ff, und Rehbinder, Rechtskenntnis, 26.

¹⁰ Ebenso Luhmann, Grundrechte, 7, und Rechtssoziologie 1, 6.

¹¹ Schelsky, Modell, 84 f; ebenso Stammen, 7 f. Auch für Jenks, 77, führt die Meinung, die Zukunft nur schaffen zu können, wenn man alle Spuren des Rechts beseitige, zum Chaos.

¹² So sieht Wehner, Die neue Gesellschaft 1974, 95, ein Bedürfnis für „frische Luftzufuhr“, um aus dem „ideologisch verknorpelten Begriff“ des „Rechtsstaates“ herauszukommen.

nicht nur das Tempo des sozialen Umbruchs beschleunigt sich, sondern auch die Nachfrage nach verlässlichen Lenkungsinstrumentarien wird, will man die soziale Wirklichkeit aktiv beeinflussen, den Veränderungsprozeß also planvoll gestalten, parallel zur Komplexität der Sozialstrukturen anwachsen, ihre Erfüllung geradezu zur Kernfrage der Zukunftsbewältigung. Insofern hat die Frage nach den Funktionen des Rechts in der sich verändernden Umwelt nicht nur unvergleichlich an Bedeutung gewonnen, vielmehr muß sie ständig neu gestellt werden.

Erst neuerdings beginnen die Juristen, die sich lange Zeit von den Forschungsergebnissen der Nachbardisziplinen abgekapselt hielten und sich allenfalls auf eine expansive „Konjunktur des Rechts“¹³ einstellten, die Isolation zu verlassen und auf diese Infragestellung, auf die „Kampfpapieren einer ‚kritischen‘ Diffamierungssoziologie“¹⁴ zu reagieren¹⁵. Dabei erscheint es jedoch als grotesk, wenn Römer¹⁶ die „Befreiung der Rechtswissenschaft aus selbstverschuldeter Unmündigkeit“ gerade von einer stärkeren Besinnung auf *Kelsen* erhofft, also dem Hauptvertreter der strikten Scheidung von Seins- und Sollenswissenschaft¹⁷. Ob sich die westdeutsche Rechtswissenschaft bereits in einer „Krise des Selbstvertrauens“¹⁸ befindet, mag bezweifelt werden, zu hoffen ist jedoch, daß die von gegenseitiger Aggressivität getragene Kontroverse zwischen Juristen und Soziologen das Vorstadium einer produktiven interdisziplinären Zusammenarbeit darstellt¹⁹.

Dabei sollte mehr als bisher von kleinkariertem Disziplinegoismus und Standesdenken Abstand genommen werden, stattdessen sollten neben den Sozial- und Rechtswissenschaftlern auch Politologen, Historiker und Sozialpsychologen den ihnen möglichen Beitrag leisten²⁰. Daß

¹³ Werner, Funktion, 161, und Tendenzen, 23, sowie Rehbinder, Recht, 13. — Wurzel, 1, Marcic, 111, Jahrreiß, 20 f, und Kägi, Verfassung, 32 f, werten die Massenproduktion an Gesetzen dagegen als Krisensymptom.

¹⁴ So Rehbinder, JuS 1973, 272; ähnl. Schelsky, Bemerkungen, passim.

¹⁵ Z. B. Wittkämper, Theorie, passim; Grimmer, passim; Krawietz, passim; Fabricius, passim; Fiedler, passim; Delbrück, Probleme, 150 ff; Kewenig, Contribution, 227 ff. Über den anglo-amerikanischen Rechtskreis hinaus hat besondere Beachtung gefunden Friedmann, Law and Social Change in Contemporary Britain (1951) und darauf aufbauend: Law in a Changing Society (1959); 2. Aufl. 1972; dt. Ausgabe: Recht und sozialer Wandel, Frankfurt/M. 1969. Krit. dazu Römer, NpL 1970, 300 ff.

¹⁶ Römer, NpL 1970, 306 ff (313).

¹⁷ Vgl. zu Kelsen unten S. 46, Fn 147.

¹⁸ Rüthers, 10, 62.

¹⁹ Vgl. hierzu Opp, passim; Noll, Gesetzgebungslehre, 38; Kaupen, Observations, 143 ff; Ryffel, Faktoren, 232: „Wenn die Gesellschaft verändert werden soll, müssen sich Juristen und Soziologen verbünden.“ Ähnl. Ranaivoarivony, 43.

²⁰ Daß selbst die Kirchen und Theologen angesprochen sind, beweist der von Chr. Walther hrsgg. Sammelband, dort insbes. die Beiträge T. R. Webers und Rankes. Vgl. auch Tödt, passim.