

Schriften zur Rechtslehre

Heft 9

Das positive Recht und seine Funktion

Kategoriale und methodologische Überlegungen
zu einer funktionalen Rechtslehre

Von

Dr. Dr. Werner Krawietz



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

WERNER KRAWIETZ

Das positive Recht und seine Funktion

Schriften zur Rechtstheorie

Heft 9

Das positive Recht und seine Funktion

**Kategoriale und methodologische Überlegungen
zu einer funktionalen Rechtstheorie**

Von

Dr. Dr. Werner Krawietz



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Meiner Frau

„Es ist unzweifelhaft, daß wir das, was ist, erst ganz verstehen, wenn wir erkennen und uns klarmachen, wie es geworden ist. Aber wie es geworden ist, erkennen wir nur, wenn wir möglichst genau erforschen und verstehen, wie es ist.“

Johannes Gustav Droysen,
Vorlesungen über Enzyklopädie und Methodologie der Geschichte, 2. Aufl., 1943 § 37 S. 151.

Vorwort

Unter den Bedingungen der industriellen Gesellschaft haben sich Staat und Gesellschaft im Gefolge zweier Weltkriege in ihren Grundlagen gewandelt. Angesichts dieses sozialen Wandels, der zugleich das Verhältnis von Staat und Gesellschaft tiefgreifend verändert hat, muß auch die Frage nach dem vom Staat gesetzten Recht und seiner Funktion unter den sozialen Bedingungen der Gegenwart neu gestellt werden.

In einer Gesellschaft, in der die Beeinflussung und Umgestaltung der sozialen Wirklichkeit durch wissenschaftlich orientierte Praxis zu den alltäglichen Erscheinungen gehört, ist auch der Staat zur aktiven Sozialgestaltung mit Mitteln des Rechts übergegangen, die sich in der Regel als Abfolge pragmatischer Interventionen und koordinierter Lenkungsanordnungen mit begrenzter Zielsetzung darstellt. Die Rechtswissenschaft sieht sich damit vor eine Fülle von Problemen gestellt, die sie allein kaum zu bewältigen vermag.

Dieses Unvermögen ist freilich nicht ausschließlich in dem Umstand begründet, daß es sich um Fragestellungen fachsystematisch mehrdeutiger Art handelt, die in interdisziplinärer Zusammenarbeit zu lösen sind. Bedingt durch die ständig fortschreitende Verwissenschaftlichung aller Rechtspraxis und unter dem Druck der täglich anfallenden aktuellen Rechtsfragen ist die Rechtswissenschaft auf zahlreichen Rechtsgebieten der Versuchung erlegen, ihre Aufmerksamkeit hauptsächlich auf rechtsdogmatische Fragen zu richten, während sich nur verhältnismäßig wenige Autoren der rechtstheoretischen Grundlagenforschung widmen. Angesichts dieser einseitigen Bevorzugung rechtsdogmatischer Details ist zu befürchten, daß die Vernachlässigung rechtstheoretischer Fragestellungen auf die Dauer zu einem Rückstand in der Erforschung der Grundlagen des positiven Rechts führen könnte. Die Rechtswissenschaft kann sich eine derartige Entwicklung nicht leisten, ohne letztlich selbst Schaden zu nehmen. Die vorliegende

Untersuchung macht es sich deshalb zur Aufgabe, aus dem Gesichtswinkel der Rechtstheorie die Frage nach der sozialen Funktion des positiven Rechts in der Gegenwart aufzunehmen und damit einen — wenn auch bescheidenen — rechtstheoretischen Beitrag zu leisten.

Die Arbeit hat der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster im Winter-Semester 1965/66 als Dissertation vorgelegen. Die ersten Anregungen zu diesem Thema verdanke ich einem rechts- und staatsphilosophischen Seminar, das von Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Scupin gemeinsam mit Herrn Prof. Dr. Hans Freyer im Sommer-Semester 1958 an der Universität Münster veranstaltet wurde und mir die Notwendigkeit vor Augen führte, die Ansätze einer auf die Funktion des Rechts abstellenden Theorie in Auseinandersetzung mit der von der sozialwissenschaftlichen Theorie der Gegenwart begriffenen Rechtswirklichkeit zu suchen. Herr Prof. Scupin hat außerdem den Fortgang der Arbeit durch zahlreiche weiterführende Gespräche unterstützt und durch seinen wertvollen Rat gefördert.

Außerdem gilt mein besonderer Dank meinen verehrten Lehrern Herrn Prof. Dr. Hans J. Wolff und Herrn Prof. Dr. Friedrich Klein. Sie haben mich nicht nur in die rechtswissenschaftlichen Methoden und Probleme eingeführt, sondern darüber hinaus durch ihr persönliches Beispiel gelehrt, den Umfang und die Grenzen rechtsdogmatischer Fragestellungen kritisch zu betrachten. Durch das strenge Herausarbeiten der durch das Recht aufgegebenen Probleme haben sie zugleich den Blick geöffnet und geschärft für die darüber hinausweisenden Fragestellungen, die gerade im Bereich der staatlichen Sozialgestaltung mit Mitteln des Rechts den eher zufälligen und allzu engen, durch die Fakultätsgrenzen gezogenen Rahmen sprengen.

Die Abhandlung ist nicht nur in ihren gedanklichen Ansätzen, sondern auch in deren Durchführung vor allem soziologischen und philosophischen Gedankengängen verpflichtet, wenn auch das Ausmaß dieser gedanklichen Verpflichtung nicht immer auf den ersten Blick in vollem Umfange deutlich werden mag. Wegen der durch das Thema gebotenen notwendigen Beschränkung auf die rechtstheoretische Fragestellung mußte jedoch eine eingehende soziologische und philosophische Grundlegung unterbleiben, nicht zuletzt auch deswegen, weil die diesen Disziplinen eigene Problematik das verfolgte Thema zu überlagern drohte. Auf diese Grundlegung durfte der Verfasser verzichten in der Hoffnung, daß der kundige Leser ohnehin den von ihm eingenommenen Standort erkennen werde. Nur dort, wo dieser Standort nicht ohne weiteres ersichtlich war — wie z. B. bei der Erörterung der durch das Thema aufgeworfenen werttheoretischen Problematik —, wurde die

soziologische bzw. philosophische Ausgangslage im Text kurz skizziert oder zumindest in den Anmerkungen angedeutet.

Mein aufrichtiger Dank gilt vor allem Herrn Prof. Dr. Helmut Schelsky, der in seinen soziologischen Vorlesungen und Seminaren zahlreiche Anregungen gegeben hat, welche dem hier verfolgten rechtstheoretischen Anliegen sehr förderlich gewesen sind. Prof. Schelsky hat außerdem die Dissertation als Korreferent betreut. Besonders zu danken habe ich ferner Herrn Prof. Dr. Joachim Ritter, der dem jungen Juristen den Blick für die philosophischen Probleme von Recht, Staat und Gesellschaft geöffnet hat. Zwar habe ich bei der Verfolgung des rechtstheoretischen Anliegens dieser Untersuchung mit Kategorien und Methoden gearbeitet, die den sachlichen Forderungen der durch das positive Recht gegebenen Probleme angepaßt sind und sich ganz bewußt diesseits jener letzten Fragen zu halten suchen, welche das Recht uns aufgibt. Gleichwohl bin ich mir ständig der drängenden philosophischen Problematik bewußt gewesen, die sich gerade wegen der methodisch begründeten Selbstbeschränkung auf die rechtswissenschaftliche Fragestellung um so nachdrücklicher erhebt. Ohne die vielfältigen Anregungen und Einsichten, die ich Herrn Prof. Ritter verdanke, wäre meine Arbeit nicht in dieser Form zustande gekommen.

Schließlich danke ich Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann für die bereitwillige Aufnahme dieser Abhandlung in seine Schriftenreihe.

Münster/Westf., November 1966

Werner Krawietz

Inhaltsverzeichnis

Erster Abschnitt

Die Neuorientierung der Rechtstheorie	13
§ 1 Die Gegenwartssituation	13
§ 2 Die Aufgabe der Rechtstheorie	18
§ 3 Das Erfordernis einer dynamisch-funktionalen Analyse	28

Zweiter Abschnitt

Ansätze eines dynamisch-funktionalen Denkens	39
§ 4 Der Begriff der Funktion	39
§ 5 Eigentum und Enteignung als rechtliche Funktionsbegriffe	47
§ 6 Die Staatsfunktionen und ihre Gliederung	53
§ 7 Funktionales Denken in der Rechtspraxis	58

Dritter Abschnitt

Die soziale Funktion des positiven Rechts	64
§ 8 Das Recht als vorgedachter Ablauf des Rechtsgeschehens	64
§ 9 Der funktionale Aspekt der Rechtsgeltung	70
§ 10 Die Finaldetermination des Rechtsgeschehens	76
§ 11 Teleologisches Denken als Voraussetzung finaler Lenkung	83
§ 12 Die Axiologie der Rechtsetzung	86
§ 13 Die sachgesetzliche Bedingtheit der Norminhalte	98
§ 14 Grenzen rechtstheoretischer Erkenntnis	110

Schrifttumsverzeichnis	122
-------------------------------------	------------

Abkürzungsverzeichnis

- AcP = Archiv für civilistische Praxis, Neue Folge, Tübingen
- ARSP = Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Neuwied/Rh. und Berlin
- ARWP = Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Berlin
- ASR = American Sociological Review, New York
- BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft, Berlin—Köln
- DJZ = Deutsche Juristen-Zeitung, München und Berlin
- DRZ = Deutsche Rechts-Zeitschrift, Tübingen
- DÖV = Die Öffentliche Verwaltung, Stuttgart
- HDSW = Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, zugleich Neuauflage des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften, hrsg. von Erwin von Beckerath u. a., Stuttgart—Tübingen—Göttingen 1959 ff.
- IJP = International Journal of Psycho-Analysis, London
- JNS = Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Jena
- JR = Juristische Rundschau, Berlin
- JSW = Jahrbuch für Sozialwissenschaft, Göttingen
- JZ = Juristenzeitung, Tübingen
- KZS = Kölner Zeitschrift für Soziologie, ab 1954: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Köln
- Me = Merkur, Deutsche Zeitschrift für Europäisches Denken, Stuttgart
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift, München und Berlin
- ÖHZ = Österreichische Hochschulzeitung, Wien
- ÖZÖR = Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht, Neue Folge, Wien
- RuS = Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Tübingen
- SchJ = Schmollers Jahrbuch, Berlin
- SchweizZVS = Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, Bern
- SEJ = Southern Economic Journal, Chapel Hill, N. C.
- StG = Studium Generale, Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden, Berlin—Göttingen—Heidelberg
- SVS = Schriften des Vereins für Socialpolitik, Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Neue Folge, Berlin
- Th = Theoria, Lund
- Us = Universitas, Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur, Stuttgart
- VVDStL = Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin
- ZgStW = Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Tübingen
- ZSR = Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel

Die Neuorientierung der Rechtstheorie

§ 1 Die Gegenwartssituation

Das Dasein des Menschen steht in der Gegenwart unter den Bedingungen der industriellen Gesellschaft, deren spezifische Struktur sich seit der Wende zum zwanzigsten Jahrhundert in den entwickelteren Industrieländern im Gefolge zweier Weltkriege entfaltet hat¹. In dieser Industriegesellschaft hat das positive Recht — neben anderen Faktoren — die Aufgabe, den praktischen Bedürfnissen des Lebens zu dienen². Der Anteil des Rechts an den zu bewältigenden Ordnungsaufgaben wird deutlich, wenn man sich seine Leistung als ausgeschaltet vorstellt³.

Für die Rechtstheorie ist damit das Verhältnis zwischen dem positiven Recht und der sozialen Wirklichkeit in den Vordergrund der Betrachtung gerückt. Zutreffend betont *Dabin* „la liaison essentielle qui unit les deux notions de droit et de société“. Das positive Recht ist immer zugleich auch „règle sociétaire“⁴. Es stellt Verhaltensmuster auf, an denen sich menschliches Verhalten in der sozialen Wirklichkeit orientieren soll. Gegenstand der Rechtstheorie⁵ ist jedoch nicht das rechtlich relevante, an positiven Verhaltensmustern orientierte tatsächliche Verhalten. Rechtstheorie ist nicht auf die Erforschung von Tatsachen, sondern auf die Erforschung von Rechtsnormen gerichtet. Als Ver-

¹ Vgl. dazu: *Forsthoff*, Ernst, Strukturwandlungen der modernen Demokratie, 1964, S. 8 ff.; *Freyer*, Hans, Gesellschaft und Kultur, in: Propyläen-Weltgeschichte, 10. Bd., 1961, S. 501—91; ds., Die Probleme der Gesellschaftsordnung, in: Die Struktur der europäischen Wirklichkeit, 1960, S. 81—101; ds., Das industrielle Zeitalter und die Kulturkritik, in: Wo stehen wir heute?, 1960, S. 197—206; *Jaspers*, Karl, Wo stehen wir heute?, Us 1960, S. 473—86. — Bezüglich der den Wandel bewirkenden Faktoren im demokratisch verfaßten Staat vgl. *Scupin*, Hans Ulrich, Über den Wandel der Wesensbestimmung der Demokratie in Deutschland während des letzten Jahrhunderts, in: Festschrift für Herbert Kraus, 1964, S. 313—30, bes. 313 f.

² *Forsthoff*, Ernst, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft, NJW 1960, S. 1273—77, 1273.

³ Dazu: *Horváth*, Barna, Recht und Wirtschaft, ÖZÖR 1951, S. 357.

⁴ *Dabin*, Jean, Théorie Générale du Droit, 2^{me} ed., 1953, S. 5.

⁵ Hierzu: *Bierling*, Ernst Rudolf, Juristische Prinzipienlehre, 5. Bd., 1917, S. 4 ff.; *Somló*, Felix, Juristische Grundlehre, 1917, S. 8 ff.; *Baumgarten*, Arthur, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, 1. Bd., 1920, S. 9 ff.; *Stammler*, Rudolf, Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1923, S. 14 ff.; *Burckhardt*,

haltensmuster stellen die Rechtsnormen die Sinngehalte empirischer, von den Menschen in der sozialen Wirklichkeit gesetzter Akte dar. In diesen Sinngehalten hat die Rechtstheorie nicht Tatsachen, sondern Normen für soziales Verhalten zum Gegenstand.

Betrachtet man das positive Recht in seinen jeweiligen Erscheinungsformen und seiner Geschichte in den unterschiedlichen sozialen Räumen einzelner Staaten, so erweist es sich — jedenfalls in der für uns überschaubaren geschichtlichen Zeit — als mächtiger Integrationsfaktor des gesellschaftlichen Lebens⁶. Recht und soziale Wirklichkeit sind wechselseitig aufeinander bezogen⁷.

Der Umstand, daß das positive Recht in einem bestimmten sozialen Raum zu einer bestimmten Zeit jeweils in spezifischen Gesamtanschauungen von der sozialen, geschichtlichen Welt wurzelt, ist heute eine durchaus gesicherte Einsicht. Auch ein vorwiegend dogmatisches Rechtsdenken und seine Objektivationen werden maßgeblich durch diese Gesamtanschauungen bestimmt. Mit Recht weist *Viehweg* darauf hin, daß der „soziale, historische und geistige Raum, aus dem sich jeweils eine Rechtsdogmatik abhebt“, heute als so kompliziert durchschaut ist, daß die Dogmatik „nicht mehr ohne eine genügend breit und tief angelegte Forschung wissenschaftlich beraten werden kann“⁸. Hier ist es Aufgabe der dem positiven Recht zugewandten Rechtstheorie (Allgemeinen Rechtslehre), das jeweils vorhandene positivrechtliche Material gedanklich zu durchdringen und eine Rechtsformen- und Rechtsinhaltslehre zu erarbeiten, welche der jeweiligen Rechtswirklichkeit entspricht⁹. Diese Rechtstheorie ist rechtswissenschaftliche Theorie im engeren Sinne. Als diese betrachtet und analysiert sie die gesetzten

Walther, *Methode und System des Rechts*, 1936, S. 13 ff.; *Cairns*, *Huntington*, *The Theory of Legal Science*, 1941, S. 79 f. — Die heutige rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung, die unabhängig von der traditionellen Rechtsphilosophie betrieben wird, bringt diese Unabhängigkeit bereits in ihrer Bezeichnung als Rechtstheorie zum Ausdruck. Vgl. z. B. *Carnelutti*, *Francesco*, *Teoria generale del diritto*, 1951; *Cossio*, *Carlos*, *La Teoria egológica del derecho y el concepto juridico de libertad*, 1944; *Haesaert*, *Jean*, *Théorie générale du droit*, 1948; *Kelsen*, *Hans*, *General Theory of Law and State*, 1945; *Levi*, *Alessandro*, *Teoria generale del diritto*, 1950; *Roubier*, *Paul*, *Théorie générale du droit, histoires des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 1946.

⁶ Vgl. *Seagle*, *William*, *Weltgeschichte des Rechts*, 2. Aufl., 1958, *passim*.

⁷ *Funke*, *G.*, *Grundlagenforschung, Weltanschauung, Gesetzgebung*, *StG* 1963, S. 16—35, 18 bemerkt zutreffend, „daß im gelebten Gesellschaftszusammenhang die Rechtssysteme auf bestimmten Sozialsystemen aufruhnen und mit ihnen in Verbindung stehen“.

⁸ *Viehweg*, *Theodor*, *Zur Geisteswissenschaftlichkeit der Rechtsdisziplin*, *StG* 1958, S. 334—40, 339; vgl. auch: *Thul*, *Ewald J.*, *Die Denkform der Rechtsdogmatik*, *ARSP XLVI* (1960), S. 241—60.

⁹ *Nawiascky*, *Hans*, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2. Aufl., 1948, S. 2 ff.

Normen „einer Mehrzahl konkreter Rechtsordnungen“, um ein „System der rechtlichen Grundbegriffe“ zu schaffen. Als rechtswissenschaftliche Theorie steht sie zwischen der Rechtsphilosophie und der Rechtsdogmatik¹⁰. Damit gewinnt sie zugleich einen durchaus pragmatischen — nicht pragmatistischen — Zug¹¹. Insofern Rechtstheorie auf die existentielle und normative Situation des menschlichen Daseins gerichtet ist, bedient sie sich bei der gedanklichen Durchdringung der aus pragmatischen Zusammenhängen auftauchenden Rechtsprobleme einer pragmatischen Hermeneutik, die dem rechtlichen Verhalten die Orientierung in der gesellschaftlichen Ordnung sichert.

Angesichts des tiefgreifenden Wandels im Sozialgefüge, der vor allem durch die neuzeitliche Wissenschaft und ihre technische Anwendung ausgelöst und gefördert wird¹², darf angenommen werden, daß auch das Recht als eine Kulturerscheinung unter vielen anderen nicht unberührt geblieben ist. Die Anzeichen hierfür sind vielfältig.

Ein derartiger Wandel im positiven Recht der Gegenwart muß auch Folgen für die zugehörige Rechtstheorie haben. Zwar kann dieser Wandel für eine gewisse Zeit verborgen bleiben oder ignoriert werden, vor allem angesichts der hochabstrakten Gesetzessprache, die von den tatsächlichen Gegebenheiten in der sozialen Wirklichkeit weitgehend absieht¹³. Die Disparität zwischen einer gegebenen, in ständiger Entwicklung begriffenen Rechtswirklichkeit und der zugehörigen Rechtstheorie wird sich jedoch mit wachsendem zeitlichen Abstand immer störender bemerkbar machen. Dabei können allzu starre, überkommene Lehrmeinungen einem wirklichkeitsnahen Rechtsverständnis als Hindernis entgegenstehen. Gestern noch gern akzeptierte radikale Doktrinen erweisen sich dann als reaktionäre Dogmen von heute.

Es hat den Anschein, daß die tradierte Rechtstheorie die Bezogenheit des positiven Rechts auf die soziale Wirklichkeit bislang stark vernachlässigt hat. Ihr statisches Verharren in den überlieferten Denkschemata und Begriffen steht in Gegensatz zu ihrem Anspruch, eine allgemeine Rechtslehre zu sein, d. h. das allen Rechtsordnungen Gemeinsame auszusagen. Das gilt auch dann, wenn man ihren Anspruch im Sinne relativer Allgemeinheit¹⁴ versteht, die sich nur auf die Mehrzahl konkreter Rechtsordnungen des abendländischen Kulturkreises beschränkt.

¹⁰ *Nawiasky*, S. 4.

¹¹ Vgl. *Dabin*, S. 6: „... la théorie du droit est utile ... à tous ceux qui ... pratiquent le droit, n'est rien d'autre que l'étude raisonnée de cette pratique.“

¹² Dazu: *Dampier*, William Cecil, *Kurze Geschichte der Wissenschaft in ihren Beziehungen zur Philosophie und Religion*, 1946, bes. S. 144 ff.

¹³ Vgl. *Wolff*, Karl, *Die Gesetzessprache*, 1952, S. 103: Gesetzesbegriffe sind „nur unvollkommene Versuche, eine nicht genau begrenzte und begrenzbare Menge von Erscheinungen zu umfassen“.

¹⁴ *Nawiasky*, S. 3.