

Traditionelle und kritische Rechtstheorie

Bettina Rentsch¹

Ist die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft? Der nachfolgende Text geht dieser Frage von einer ganz bestimmten Warte aus nach. Er fragt, ob Rechtswissenschaft die Anforderungen an eine „kritische Theorie“ erfüllen kann. Das setzt Klarheit über deren wissenschaftstheoretische Anforderungen und Programmatik voraus. Auf dieser Grundlage unternimmt der Beitrag einen Streifzug durch die rechtswissenschaftliche Denklandschaft und fragt nach Ansätzen „kritischer Theoriepraxis“.

I. Was ist „traditionelle“, was „kritische“ Theorie?

„Kritische Theorie“ wird nicht selten historisch mit der Zeit der Studentenbewegung, ideologisch mit der politischen Linken und räumlich mit dem Frankfurter Institut für Sozialforschung gleichgesetzt. Schon ihre wichtigsten zeitgenössischen Vertreter würden gegen diese Zuschreibung protestieren, da sie selbst mit der Bewegung im Konflikt standen und Zielscheibe ihrer Aktionen wurden.² Bei allen drei Feststellungen handelt es sich außerdem um Zuschreibungen. Wäre die Kritische Theorie ein Mensch, würde sie gegen sie aufbegehren, weil sie zu einfach und wahrscheinlich unter falschen Annahmen gewonnen wurden. Nun soll es hier nicht um „Kritische Theorie“ gehen, sondern um „kritische Rechtstheorie“.

Was ist also „kritische Theorie“, was unterscheidet sie von der „Kritischen Theorie“? Sind „kritische“ und „Kritische“ Rechtswissenschaft möglich? Verleiht „kritische Theorie“ der Rechts„wissenschaft“, sogar wissenschaftstheoretisch die Weihen der Wissenschaft?

1 Die Verf. dankt den Herausgeberinnen und Eike Hosemann für wertvolle Anmerkungen sowie Laureen Balz und Frederik Jaeger für die Manuskriptdurchsicht.

2 Erwähnt seien rein exemplarisch und ohne den an sich gebotenen Kontext die als „Busenattentat“ bekannte Aktion in der Vorlesung Theodor W. Adornos am 22.4.1969 und die Reaktionen der Studentenbewegung auf die Warnung Jürgen Habermas' vor „linkem Faschismus“ der APO.

Diesen Fragen wird sich der nachfolgende Beitrag nähern. Er geht notwendig exemplarisch und eklektisch vor und blendet vor allen Dingen den reichen Bestand an rechtswissenschaftlicher Literatur aus, die sich zur Tradition „Kritischer Theorie“ bekennt. Das hat vor allem den Grund, dass er seine wissenschaftstheoretischen Vorannahmen weit überwiegend aus einem Text entwickelt, der dem Frühwerk *Max Horkheimers* zuzuordnen ist, der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie. Diese Abhandlung legt Teile des Fundaments der heute als „Kritische Theorie“ bekannten Denkschule, enthält aber auch Gedanken, von denen sich das Programm Kritischer Theorie gelöst hat. Wenn die nachfolgenden Überlegungen sich auf die wissenschaftstheoretischen Skizzen der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie konzentrieren, ist das nicht als Ablehnung Kritischer Theorie aktueller Prägung zu deuten, sondern als Zugeständnis, dass ein kurzer Beitrag wie dieser sich nicht gleichzeitig zum einen und zum anderen verhalten kann.

1. „Traditionelle und kritische Theorie“ – Kontext und gegenwärtige Bedeutung

Traditionelle und kritische Theorie ist sowohl was seine Entstehung als auch sein gedankliches Fundament anbelangt eng verbunden mit dem Schicksal des Instituts für Sozialforschung. Diese Einrichtung war 1923 durch *Felix Weil* gegründet worden, *Max Horkheimer* trat 1930 als Nachfolger von *Carl Grünberg* die Stelle des Direktors an. 1933 emigrierte das Institut über die Schweiz in die Vereinigten Staaten. Ebenso wie das Institut erhält auch das Dokument, das den nachfolgenden Überlegungen Pate steht, hierdurch eine Exilbiographie. Es erscheint 1937 in der mit dem Institut emigrierten, in New York herausgegebenen „Zeitschrift für Sozialforschung“. Über viele Jahre ist der Text schwer zugänglich. Erst in den 1960er Jahren legt *Horkheimer* Traditionelle und kritische Theorie gemeinsam mit einem Nachtrag und zwei weiteren zwischenzeitlich verfassten Aufsätzen neu auf. Dieser nach seinem wichtigsten Text benannte Sammelband, der sich bereits vorher über Raubkopien verbreitet und auf großes Interesse stößt, avanciert rasch zu einer tragenden Säule der Studentenbewegung.³ Das bleibt nicht ohne Folgen für die Rezeption des Textes, um den es nachfolgend vorrangig gehen wird: Die Ansätze des wissenschaftstheoretischen

3 Für einen Überblick siehe *Vogelmann*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 94 ff.

Gebildes „Kritische Theorie“ treten zurück hinter die freilich eng damit verbundenen Beobachtungen zu den Mängeln des Wissenschaftsbetriebs, die sich wissenschaftstheoretisch in Schwächen der traditionellen Theorie fortsetzen sollen. Die Studentenbewegung entwickelt hieraus die Forderung nach einer grundlegenden Reform des Universitätsbetriebs, die in einzelnen Ausprägungen weder mit der Frankfurter Schule noch mit dem hier besprochenen Text noch etwas zu tun hat. Sie speist sich aber aus Beobachtungen, die sich in Traditionelle und kritische Theorie durchaus angelegt finden. Erstens demaskiert *Horkheimer* die „deduktive Methode“, die er traditioneller Theorie zuschreibt, als epistemisch falsch, da sie ungeachtet des gewählten Begründungsweges an Hypothesen anknüpft anstatt an real existierende Zustände (nachfolgend 2. a.). Zweitens identifiziert Horkheimer hinter diesem wissenschaftlichen Positivismus „Ideologie“ (ebenfalls nachfolgend 2. a. sowie c.). Zumindest in der Rezeption des Textes wird damit einerseits die wissenschaftstheoretische Forderung nach einer reflexiven Wissenschaft und andererseits die wissenschaftspolitische oder -programmatische Forderung verbunden, das Ziel wissenschaftlicher Praxis müsse die Emanzipation des Individuums von den Bedingungen sein, die einer vollständigen Entfaltung seiner (materialen) Freiheit entgegenstehen.

a. Basisprogramm statt erkenntnistheoretischem Fundament

Aus heutiger Sicht lieferte Traditionelle und kritische Theorie nicht nur den Namen einer Denkschule, die sich „Kritische Theorie“ nennt, sondern auch deren gedanklichen wie politischen Kompass.⁴ Auch wenn Traditionelle und kritische Theorie auch insoweit Überlegungen anstellt, gilt sie dagegen zumindest in der Außensicht⁵ nicht als erkenntnistheoretisches Fundament Kritischer Theorie. Das leistet die von *Max Horkheimer* und *Theodor W. Adorno* im kalifornischen Exil verfasste, 1947 erstveröffentlichte „Dialektik der Aufklärung“ durch eine Dekonstruktion der durch das Zusammenspiel von Aufklärung und Industrialisierung denaturierten „instrumentellen Vernunft“.⁶

4 Tendenziell *Vogelmann*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 94 f.; vorsichtiger *Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, S. 61 ff. (Schwerpunkt auf Philosophie und kritischer Theorie).

5 Innerhalb der Frankfurter Schule gilt die Dialektik der Aufklärung als „Außenposten“, vgl. *von Redecker*, Dialektik der Aufklärung, S. XIV.

6 *von Redecker*, Dialektik der Aufklärung, S. XX.

b. (Historischer) Materialismus – oder einfach „Kritische Theorie“?

Ebenso wäre es schon aus chronologischen Gründen verfehlt, Traditionelle und kritische Theorie als Gründungsdokument des Instituts für Sozialforschung zu bezeichnen: Wenn dieser Titel überhaupt vergeben werden sollte, beansprucht ihn die am 24. Januar 1931 gehaltene Antrittsrede *Max Horkheimers*.⁷ Sie skizziert, was später als Markenkern des Instituts für Sozialforschung bekannt sein wird: Ein arbeitsteiliges „Nebeneinander von philosophischer Konstruktion und Empirie in der Gesellschaftslehre“.⁸ *Horkheimer* sieht dieses institutionelle Design offenbar als Voraussetzung für gesellschaftskritische Forschung insgesamt. Jedes abstrakte Nachsinnen riskiere Unschärfe und führe in eine gedankliche Selbstisolation: „Alle haben es unterschiedslos leicht, immer recht zu behalten.“⁹ Das wiederum soll zu einem Kontrollverlust führen, der dem Ziel des Rechtbehaltens keineswegs abträglich ist und den man daher als gewollt unterstellen darf. Gesellschaftstheorie wird mit anderen Worten falsch, wenn sie nicht in ihrem Wirken auf die Gesellschaft und deren Akteure erfasst und betrieben wird. Hierin – insoweit distanziert sich *Horkheimer* von seinem Vorgänger *Max Grünberg*¹⁰ – stehe ein schlecht verstandener *Marx* einem schlecht verstandenen *Hegel* in nichts nach.

Traditionelle und kritische Theorie setzt das fort, steht dabei aber zwischen zwei Phasen im *Horkheimer'schen* Gesamtwerk: Einer als interdisziplinärer Materialismus bekannten frühen Periode und dem Zeitraum, in dem er vor allem in Zusammenarbeit mit *Theodor W. Adorno* und vor allem mit der Dialektik der Aufklärung das Fundament Kritischer Theorie legt.¹¹

Traditionelle und kritische Theorie weist deutliche Züge beider Denkrichtungen auf: Sie fußt auf den Basisannahmen des historischen Materialismus und reichert diese um Elemente an, die zu späterer Zeit in der Dialektik der Aufklärung weiterentwickelt werden. Mit etwas Phantasie kann man den späteren Umbruch im hier besprochenen Text bereits angedeutet sehen und darauf auch den Vorwurf der Inkonsequenz zurückführen, dem

7 *Horkheimer*, Sozialphilosophische Studien; Einschätzung bei *Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, S. 9.

8 *Horkheimer*, Sozialphilosophische Studien, S. 41.

9 *Horkheimer*, Sozialphilosophische Studien, S. 43.

10 Grünberg betrieb nicht-empirische marxistische Gesellschaftsforschung und bekannte sich im Gegensatz zu *Horkheimer* ausdrücklich zum Marxismus; *Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, S. 12.

11 *Vogelmann* Traditionelle und kritische Theorie, S. 99.

sich der Text ausgesetzt sah: Einerseits arbeitet Traditionelle und kritische Theorie nämlich mit materialistischen Grundannahmen. Andererseits entwickelt *Horkheimer* eine Programmatik, die der negativen Dialektik bereits nahesteht.¹² Zudem macht sich der Text an vielen Stellen die Reduktionen des Materialismus zu eigen. Wenn *Horkheimer*, um ein Beispiel vorwegzunehmen, „Herrschaft“ als Triebfeder für aufgezwungene soziale Praxis und „Ideologie“ mitunter mit Kaufkraft identifiziert (ausführlicher unter 2. c.), folgt er dem Ideologiebegriff *Marx*‘ und *Engels*: „Die Gedanken der herrschenden Klasse sind in jeder Epoche die herrschenden Gedanken, d.h. die Klasse, welche die herrschende materielle Macht der Gesellschaft ist, ist zugleich ihre herrschende geistige Macht.“¹³ Ideologiekritik ist damit Machtkritik und Machtkritik ist Kapitalismuskritik – auch, wenn es um wissenschaftliche Praxis geht.

Gleichzeitig klingt in Traditionelle und kritische Theorie bereits ein wissenschaftstheoretisches Programm an, das eben diese Reduktionen durch radikale Reflexion, die man stark verkürzt als Kern dialektischen Arbeitens bezeichnen könnte, überwinden soll. Dass *Horkheimer* diesen gedanklichen Faden weiterverfolgt und sich zunehmend vom Materialismus löst, deutet sich in der Neuauflage der Traditionellen und kritischen Theorie an. *Horkheimer* fügt dem Text hier einen Nachtrag hinzu, in dem er klarstellt: „Es wäre mechanistisches, nicht dialektisches Denken, auch die Formen der zukünftigen Gesellschaft einzig nach ihrer Wirtschaft zu beurteilen.“¹⁴

Wenn die nachfolgenden Überlegungen zwar nicht ohne Anleihen bei anderen Grundlagenwerken auskommen, Traditionelle und kritische Theorie ihnen aber dennoch nicht als zentraler Referenzpunkt dienen soll, liegt das zunächst an seinen gerade cursorisch dargestellten Entstehungs- und Verbreitungsbedingungen. So urteilt ein Rezensent: „Die Umstände dieser Publikation sind bemerkenswert und verdienen wegen des entscheidenden sachlichen Problems, das am Schicksal dieser Philosophie paradigmatisch deutlich wird, mitgeteilt zu werden.“¹⁵

Weiter wirbt der Bekanntheitsgrad des Textes dafür, ihn im Rahmen des vorliegenden Sammelwerks zu besprechen: Allein die politische Schlagkraft und die Verbreitung der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie werben dafür, sie als Referenzrahmen für Überlegungen zu den Bedingun-

12 *Vogelmann*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 99.

13 *Marx/Engels*, Die deutsche Ideologie, zit. Nach *Vogelmann*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 104.

14 *Horkheimer*, Vier Aufsätze, S. 57.

15 *Bubner*, Philosophische Rundschau 1969, 213, 214.

gen einer das Frühwerk der Frankfurter Schule beleuchtenden „kritischen“ und eben nicht „Kritischen Rechtstheorie“ zu nutzen. Der Text wird so zum Sockel einer stark ausdifferenzierten, zum Eigennamen „Kritische Theorie“ erstarkten Gruppe gesellschaftskritischer Ansätze. Er bildet in dieser Funktion weiter die Grundlegung für Theorieangebote, die in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts die Entstehung und Entwicklung dieser Ansätze prägen. Traditionelle und kritische Theorie ist daneben aber auch ein textgewordenes Hybridgebilde, das zwischen Wissenschaftstheorie und Wissenschaftspolitik siedelt, und den Wissenschaftsbetrieb, gegen den sich Kritische Theorie wendet, wie kaum ein anderer Text einfängt. Genau dieser Umstand lässt die darin enthaltenen Überlegungen als Anknüpfungspunkte für ein Nachdenken über die Möglichkeit Kritischer Rechtstheorie attraktiv werden: Traditionelle und kritische Theorie ist damit ein Sockelwerk oder kleinster gemeinsamer Nenner, auf den sich alle heutigen Ströme Kritischer Theorie berufen können.

2. Wissenschaftstheoretisch relevante Elemente Kritischer Theorie

a. Positivismus als versteckte Ideologie

Traditionelle und kritische Theorie ist in erster Linie als eine wissenschaftstheoretische wie wissenschaftspolitische Abrechnung mit dem Istzustand der (nicht-experimentellen) deutschen Wissenschaft und Universitätskultur bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts zu verstehen. Die Missstände, die *Max Horkheimer* dort zu identifizieren meint, decken sich mit einer Tolstoj'schen Parodie auf das deutsche Selbstbewusstsein:

„Pfuhl gehörte zu den Theoretikern, die in ihre Theorie so verliebt sind, dass sie den Zweck der Theorie, ihre Anwendung auf die Praxis, vergessen. In seiner Liebe zur Theorie hasste er jede Praxis und wollte von ihr nichts wissen. Er freute sich sogar über einen Misserfolg. Denn der Misserfolg, da er von den Abweichungen herrührte, die man sich in der Praxis von der Theorie erlaubt hatte, bewies ihm lediglich die Richtigkeit seiner Theorie.“¹⁶

An späterer Stelle reduziert der benannte Pfuhl die Niederlage des preußischen Heeres im Russlandfeldzug wortreich auf den Umstand, seine Pläne

16 *Tolstoj*, Krieg und Frieden, Band II, Kapitel 10.

seien nicht befolgt worden. Dass diese Pläne möglicherweise auf Annahmen aufbauen, die sich nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten decken und dass darin ein Grund für das Scheitern der Pläne liegen könnte, wird als Möglichkeit ausgeschlossen. Die Kritik, die sich hinter dieser Romanpassage verbirgt, deckt sich nun weitgehend mit der *Max Horkheimers* an der „traditionellen Theorie“. Mit traditioneller Theorie spricht der Autor wohl alle Denkrichtungen an, die ihren Gegenstand in Abgrenzung zur Praxis beschreiben.¹⁷ „Traditionelle Theorie“ ist also „Nicht-Praxistheorie“. Traditionelle Theorie ist zunächst *hypothetisch*, da sie ihre Modelle nicht an der Außenwelt verifiziert. Weiter spricht sie sich selbst einen *kontextunabhängigen Geltungsanspruch* zu und wird hierdurch *ahistorisch*. Durch diese drei Wesensmerkmale wird traditionelle Theorie *epistemisch und epistemologisch falsch*, denn: „Soweit der Begriff der Theorie [...] verselbstständigt wird, als ob er aus dem inneren Wesen der Erkenntnis oder sonstwie unhistorisch zu begründen sei, verwandelt er sich in eine verdinglichte, ideologische Kategorie.“¹⁸

An dieser Stelle wird aus Positivismuskritik Ideologiekritik. Mit Ideologie meint *Horkheimer* ein Modell der Wirklichkeit, das nicht auf Irrtum, sondern auf „aufgezwungenen“, das heißt heteronom vorgegebenen sozialen Praktiken beruht.¹⁹ Ideologie ist mit anderen Worten ein hegemoniales Bild der Wirklichkeit. In diesem Wirklichkeitsbild sind die Dinge so, wie sie sind, weil sie so sind, wie sie sein sollen – ein Programmspruch, der uns im Ringen um die wissenschaftstheoretische Möglichkeit kritischer Rechtstheorie noch ausführlicher beschäftigen wird (nachfolgend unter II. 3.). Traditionelle Theorie begeht, gerade weil sie hypothetisch arbeitet, den Fehler, die Entstehungsbedingungen dieser Wirklichkeitshypothese nicht aufzuarbeiten und hierdurch Missstände in der Gesellschaft als vernachlässigungswürdige Randphänomene abzutun, anstatt sich mit ihrer Aufarbeitung zu befassen. Genau in dieser Aufarbeitung sieht die Kritische Theorie ihr eigentliches Aktionsfeld: „Kritische Theorie erschöpft sich nicht im Aufstapeln von Wissen, sie ist die kontinuierliche Arbeit an unserer Befreiung, die sich jede Zeit von Neuem stellen muss.“²⁰

17 So die Deutung bei *Bubner*, Philosophische Rundschau 1969, 213, 214.

18 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 13 f.

19 *Vogelmann*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 104.

20 *Vogelmann*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 151.

b. Vom Kontingenzbewusstsein über Reflexion zur Dialektik

Mit diesem letzten Satz ist ein weiteres Wesensmerkmal des wissenschaftstheoretischen Programms der später zum Eigennamen erstarkten Kritischen Theorie angesprochen. Sie erhebt in radikaler Abkehr von der wissenschaftlichen Praxis traditioneller Theorie das Bewusstsein ihrer sozialen wie historischen Kontingenz zum Ausgangspunkt ihrer Überlegungen. Das setzt das Eingeständnis einer „Diskrepanz zwischen Tatsache und Theorie“ voraus.²¹ Die Erkenntnis einer tieferen Einheit hinter dieser Diskrepanz erkennt *Horkheimer* schon bei *Hegel*.²² Er schreibt diese Grundeinsicht lediglich logisch fort, wenn er in einem weiteren Schritt die Erkenntnis generierende gesellschaftliche Aktivität vom Modell einer monolithischen und überzeitlichen Gesellschaft löst oder besser das Modell „Gesellschaft“ als historisch und sozial kontingent demaskiert. Im Ausgangspunkt steht dabei die folgende Erkenntnis: „Man muss alle Theorien, die vorkommen, den praktischen Stellungnahmen, den sozialen Schichten zuordnen, die damit zusammenhängen.“²³ Die „Gesellschaft“ wird auf diese Weise von einer „transzendente[n] Macht, das heißt [vom] Inbegriff geistiger Faktoren“²⁴ zu einem historisch wie sozial bedingten, man könnte auch sagen, kontextualisierten, Gebilde.

Im Ausgangspunkt wird hier eine Gemeinsamkeit zwischen traditioneller und kritischer Theorie deutlich: Ebenso wie kritische Theorie (gemeint ist das Programm, das *Horkheimer* in Traditionelle und kritische Theorie zeichnet) die Emanzipation des Individuums aus den Zwängen des Spätkapitalismus fördern will (zu den Problemen unter c.), ist *Horkheimer* zufolge das Programm traditioneller Theorie das Ergebnis eines Emanzipationsprozesses der bürgerlichen Klasse gegen das Feudalsystem.²⁵ Die kritische Theorie greift, so könnte man folgern, also unter anderen historischen und sozialen Vorzeichen eine Programmatik wieder auf, aus der ihr Gegenspieler entstanden ist. Sie reformiert und aktualisiert dieses Programm aber lediglich, soweit sie sich auf den Hinweis auf die historische Kontingenz von Theorieentstehung beschränkt.

21 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 22 ff.

22 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 27.

23 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 64.

24 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 26.

25 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 27 f.

Ihren eigentlichen Bruch mit traditioneller Theorie vollzieht die kritische Theorie dann auf der methodischen Ebene. Das historisch-soziale Kontingenzbewusstsein kritischer Theorie verpflichtet sie insoweit zu radikaler Reflexion. Das ist wieder nicht neu: „Kritik“ meint gerade Reflexion; so betrachtet ist kritisches Denken im Programm der Aufklärung enthalten. Kritische Theorie im Gepräge der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie geht aber wesentlich weiter: Es reicht nicht hin, sich über die Kontingenz des eigenen Verstandes im Klaren zu sein. Vielmehr muss jedes Nachsinnen über Mensch, Welt und Gesellschaft in der Einsicht seinen Ausgangspunkt nehmen, dass Denkfiguren, die eine frühere Gesellschaft transformiert haben, in der Jetzt-Gesellschaft anders wirken und ideologisch, das heißt im vorstehenden Sinn: hegemonial, begründet sein können.²⁶ Führt man dieses Programm fort, mündet es in eine allgemeine Skepsis gegenüber nicht-kontingenten Aussagen und so wird aus Reflexion (historische) Dialektik.²⁷

Bereits durch das Bekenntnis zu sozialer Kontingenz wird das reflexive Programm der kritischen Theorie so zur Grundlage einer wissenschaftstheoretischen wie -politischen Revolution. Denn sowohl der Wissenschaftsbetrieb als auch die durch ihn generierte traditionelle Theorie wurzeln ausschließlich im bürgerlichen Milieu. Da die traditionelle Theorie sich der Rückanbindung an die tatsächlichen sozialen Gegebenheiten verweigert, sind auch die Diskurse, Modelle und Leitbilder traditioneller Theorie milieuspezifisch verengt. Dadurch wird traditionelle Theorie aus Sicht der kritischen Theorie erstens epistemisch falsch. Die Lebensbedingungen einer statistisch für die Gesamtbevölkerung unbedeutenden Bevölkerungsgruppe sind als Grundlage für Modelle mit gesamtgesellschaftlichem Erklärungsanspruch ungeeignet. Zweitens wird traditionelle Theorie zum Werkzeug der Beibehaltung oder Vertiefung hegemonialer Strukturen, denn die statistisch unbedeutende Elite, die sie hervorbringt, verfügt über soziales Kapital. Wenn die kritische Theorie diesen Mangel überwinden will, muss sie anpassungsfähig sein und vor allem auf praktische Erprobung abheben. Das bloße Ausrufen einer Revolution genügt hierfür nicht, wenn nicht auch ihre Operabilität in der Gesellschaft erprobt wird, auf die die Theorie

26 “In contrast to traditional concepts, which presuppose the existing form of society as a given, dialectical concepts grasp the given form of society as historical and subject to transformation in the future.” *Abromeit*, Companion to the Frankfurt School, 152, 158.

27 Editor’s Introduction, Companion to the Frankfurt School, S. xix.

stößt. „Die Konstruktion der Gesellschaft unter dem Bilde einer radikalen Umwandlung, das die Probe seiner realen Möglichkeit noch gar nicht bestanden hat, ermangelt (...) des Vorzugs, vielen Subjekten gemeinsam zu sein.“²⁸

Man kann der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie freilich vorwerfen, sie halte ihr Reflexionsprogramm in zeitlicher Hinsicht selbst nicht durch.²⁹ Immerhin entwickelt der Text eine begründete Skepsis gegenüber allem „überzeitlich Gültigen“. Gleichzeitig richtet sich der Text selbst gegen andere Umstände als die, die in der Rezeption des Textes auf seiner Grundlage als umstürzwürdig erachtet werden. Die später in der Kritischen Theorie weiterentwickelten Gedanken knüpfen an die gesellschaftlichen und vor allem politischen Gegebenheiten der 1930/40er Jahre an. Sie schreiben hierdurch die Chronik einer Zeit mit, in der Denkende nicht nur von ihren Lehrstühlen entfernt werden und Flucht- und Vertreibungserfahrungen machen, sondern in der sie auch beobachten müssen, wie Wissenschaft als Mittel zum Zweck in eine Bewegung eingegliedert wird und hierdurch die zum Markenkern traditioneller Theorie zählende Zweckfreiheit einbüßt.

Im Zeitpunkt, in dem Kritische Theorie (gemeint ist die Denkschule) im akademischen Betrieb Fuß fasst, herrschen andere gesellschaftliche und politische Vorbedingungen. Einerseits geht es nach wie vor um die Bewältigung des Erbes des Totalitarismus und um die Aufarbeitung des Nationalsozialismus, dessen Akzeptanz die Traditionelle Theorie *Horkheimer* zufolge zumindest nicht gebremst haben soll. Andererseits hat der Wissenschaftsbetrieb unter dem Grundgesetz in den Zustand vor seiner Instrumentalisierung durch den Nationalsozialismus zurückgefunden: An den Universitäten werden nicht deren Inhalte gelehrt, sondern wird (wieder) traditionelle Theorie betrieben. Kann ein Theorieangebot sich nun kontingenzsensibel nennen, wenn zwischen seinem Entstehungs- und Rezeptionszeitpunkt ein Zeitraum von weltgeschichtlich nicht irrelevanten dreißig Jahren liegt? Die Einleitung zur Dialektik der Aufklärung legt den Verdacht nahe, dass die Autoren auch ihren eigenen Gedanken überzeitliche Gültigkeit zusprechen wollen, wenn sie meinen: „Wenn wir den Band nach mehr als zwanzig Jahren jetzt wieder herausbringen, so bewegt uns nicht allein vielfaches Drängen, sondern die Vorstellung, daß nicht wenige

28 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 75.

29 So *Bubner*, Philosophische Rundschau 1969, 213, 214.

der Gedanken auch heute noch an der Zeit sind und unsere späteren theoretischen Bemühungen weitgehend bestimmt haben.“³⁰

Auch eine in sozialer Hinsicht reflexive kritische Theorie leidet an Mängeln. Vor allem muss sie eine an Konturarmut grenzende Flexibilität in Kauf nehmen. Sie „vollzieht sich nicht auf dem festen Grund einer eingeschliffenen Praxis und fixierten Verhaltensweisen, sondern vermittelt des Strebens nach Transformation, das sich zwar mit der herrschenden Ungerechtigkeit notwendig reproduziert, aber durch die Theorie selbst geformt und gelenkt werden soll und gleichzeitig auf sie zurückwirkt.“³¹ Traditionelle und kritische Theorie löst dieses Problem, indem sie das wissenschaftstheoretische Programm (Reflexion) vom wissenschaftspolitischen Programm (Transformation) trennt. So sieht *Horkheimer* trotz sozialer und persönlicher Diskontinuitäten in eben diesem Willen zur Transformation das Generationen und Akteursgruppen überspannende Bindeglied, das kritische Theoriearbeit trotz Diskontinuität als methodisch homogene und zeitlich kontinuierliche wissenschaftliche Praxis ausmachen soll. Das Kontingenzbewusstsein Kritischer Theorie ist also richtigerweise unter Ausschuss ihres programmatischen Kerns zu verstehen: Dieser liegt in der Erzeugung materialer Freiheit. Und so erledigen sich zwar die zeitlichen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, in denen Kritische Theorie wirkt, fortlaufend, und bedürfen der Aktualisierung. Sie selbst wird sich demgegenüber erst erledigen, wenn ihr Anliegen realisiert ist. Bis dahin wird Jede:r Kritische Theorie unterschiedlich, aber mit identischem Anspruch, betreiben.

Hierdurch handelt sich die Traditionelle und kritische Theorie zwei ihrerseits problembehaftete Reduktionen ein, die uns an späterer Stelle eingehender beschäftigen werden (unter d.): Erstens definiert sie als Ziel der Transformation die Befreiung des Individuums von den Ketten der arbeitsteiligen Produktion und vollzieht dadurch eine materialistische Reduktion, die mit dem Reflexionsprogramm, das sie selbst ausruft, in einem schwer auflösbaren Spannungsverhältnis steht. Zweitens reduziert sie zu diesem Zweck das Individuum auf seinen Beitrag in Wertschöpfungsketten, anstatt Modelle und Methoden zu entwickeln, die es erlauben, die Bedürfnisse und das Transformationsziel einer Gesellschaft aus ihr heraus reflexiv zu entwickeln.

30 *Horkheimer/Adorno*, Dialektik der Aufklärung, S. XXX.

31 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 76.

Eine dritte Inkonsequenz sozial reflexiver Wissenschaft im Gepräge der traditionellen und kritischen Theorie liegt in der Kontinuität ihrer Akteure im Verhältnis zur traditionellen Theorie. Das Institut für Sozialforschung ist in seinen Gründungsjahren ebenso wie *Max Horkheimer* selbst von Personen besetzt, die männlich, kaukasisch und wohlhabend sind. Traditionelle und kritische Theorie verhält sich nicht zur Frage, die sich aus heutiger Sicht aufdrängt: Wie wollen Akteure, die zwar politische Verfolgung erleiden müssen, aber zu Beginn ihres Wirkens als Wissenschaftler sowohl über wirtschaftliches als auch soziales Kapital verfügen, eine in sozialer Hinsicht reflexive und in ihrer Programmatik transformative Wissenschaft betreiben, ohne dabei ein ihnen vertrautes, für die Gesamtgesellschaft aber „ideologisches“, da hegemoniales Gesellschaftsmodell zu unterstellen? Perpetuiert, anders formuliert, Kritische Theorie die hegemonialen Strukturen traditioneller Theorie, wenn sie nicht Erkenntniswege öffnet, die einen radikal anderen Blick auf die Welt ermöglichen als den der Beobachter?

c. Dekonstruktion oder Negation?

In der Konkretisierung und Aktualisierung des ihre Daseinsberechtigung begründenden Programms vollzieht sich das eigentliche wissenschaftstheoretische wie wissenschaftspolitische Programm der traditionellen und kritischen Theorie. Dieses Vorhaben verwirklicht sich in mehreren Schritten. In einem ersten überprüft *Horkheimer* schlicht die Übereinstimmung des Gesellschaftsmodells traditioneller Theorie mit den aktuell gegebenen Umständen. Besondere Aufmerksamkeit gilt dabei dem Freiheitsbegriff des bürgerlichen Idealismus: „Die Vorstellung der Freiheit als einer, die immer schon da ist, auch wenn die Menschen in Ketten liegen, also einer bloß inneren Freiheit, gehört der idealistischen Denkweise an.“³² Kritische Theorie sieht ihre Aufgabe folglich in der fortlaufenden Prüfung, ob die Freiheit, die der philosophische Idealismus voraussetzt, in der gesellschaftlichen Realität überhaupt verwirklicht ist.

An dieser Stelle tut sich allerdings ein erstes Problem auf: „Die Kritische Theorie hat zum Gegenstand, dass keine Theorie mit Wahrheitsanspruch auftreten könne, und ist darin auch hinsichtlich ihrer selbst konsequent, insofern sie sich strikt an der Aussage durch philosophische Sätze im traditionellen Sinne hindert, und vielmehr, was sie meint, nur an anderen

32 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 62.

Gegenständen sichtbar zu machen versteht, indem sie *deren* Unwahrheit zum Ausdruck bringt.“³³

In dieser Aussage ist ein allgegenwärtiger Vorwurf gegen die Kritische Theorie enthalten. Die ihr eigentümliche Grundskepsis gegen die Wahrheiten traditioneller Theorie soll in eine Negationsschleife führen, an deren Ende keine Aussage mehr mit Wahrheitsanspruch formuliert werden kann.

Diese Beobachtung ist zu gleichen Teilen richtig und falsch. Richtig ist, dass die Kritische Theorie nicht ohne Anleihen an den Paradigmen traditioneller Theorie auskommt. Sie setzt diese aber als realisierungsbedürftige Ziele in die Welt, anstatt sie als modellgebende Hypothesen zu unterstellen. Kritische Theorie arbeitet sich also *an* Kategorien traditioneller Theorie ab, anstatt *mit* ihnen zu arbeiten. Wer darin einen Mangel Kritischer Theorie erkennen will, unterschlägt, dass gerade der Negationsprozess Raum eröffnen soll, um belastbare Wahrheiten zu erzeugen. In der Negation liegt „auf einen abstrakten Ausdruck gebracht, der materialistische Inhalt des idealistischen Begriffs der Vernunft.“³⁴

d. (Materialistische) Emanzipation oder Fortschrittsskepsis?

Die vorstehenden Überlegungen erlauben es bereits, den eigentlichen Arbeitsgegenstand Kritischer Theorie einzugrenzen. Denn Kritische Theorie emanzipiert sich zwar von der traditionellen Theorie, indem sie ihren Aussagen einen *über der Zeit* stehenden, „freischwebend[en]“ Geltungsanspruch abspricht. Sie will aber auch und gerade nicht zeitlich kontingent und damit *in der Zeit* „verwurzelt“ sein, eine Eigenschaft, die totalitärer Propaganda zugeschrieben wird. Ihr Anspruch lautet vielmehr, danach zu urteilen, „was an der Zeit ist.“³⁵ Kritische Theorie im Gepräge der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie sieht ihre Kernaufgabe also in der Operationalisierung derjenigen Kategorien, die der bürgerliche Liberalismus als gegeben voraussetzt.

Erkennen, was an der Zeit ist, setzt zweierlei voraus: Erstens eine Analyse dessen, was ist, zweitens eine Vorstellung darüber, was wie sein soll. Infolgedessen wird auf zwei Ebenen, nämlich auf der des Ist- und der des zu erreichenden Sollzustands, Definitionsarbeit erforderlich.

33 Bubner, Philosophische Rundschau 1969, 213, 216.

34 Horkheimer, Traditionelle und kritische Theorie, S. 77 f.

35 Horkheimer/Marcuse, Zeitschrift für Sozialwissenschaft 1937, 625 ff.

Bereits gegen die Beschreibung des Istzustands, an dem das Transformationsprogramm Kritischer Theorie ansetzen will, drängen sich bereits zwei Einwände auf (zum Sollzustand unter d.)).

Der erste betrifft den Inhalt der Bestandsaufnahme und liegt im Verdacht eines historischen Reduktionismus. Wenn *Horkheimer* meint, „die Beziehung von Hypothesen auf Tatsachen vollzieh[e] sich schließlich nicht im Kopf der Gelehrten, sondern in der Industrie“³⁶, redet er einem historischen Materialismus das Wort, der die Gesellschaft auf ökonomische Zusammenhänge und gesellschaftliche Kräfte auf Produktionskräfte reduziert. Vor allem *Seyla Benhabib* hat die Probleme beschrieben, die sich an diese verengende Modellierung anschließen.³⁷ Ihr Ausgangsbefund lautet, Kritische Theorie bleibe verhaftet in Gesellschaftsbegriffen und -idealen der klassischen Moderne. Ihr Bild der Wirklichkeit sei daher durchwoben von zuschreibenden Begriffen, die zu ihrer – für die Theoriebildung eminent wichtigen – Entstehungszeit bereits im Begriff waren, historisch überholt zu werden. *Benhabib* identifiziert dabei zwei miteinander verwobene Probleme. Erstens skizziert die Kritische Theorie das unterkomplexe Bild einer in Arbeiter- und Kapitalinhaber zerfallenden Gesellschaft, deren Transformation in eine Freiheit von den Ketten des Kapitalismus man schon 1937 als überholt ansehen dürfte. Zweitens weist sie eine deutliche Tendenz zur Gleichsetzung von menschlicher Interaktion mit (industrieller) Produktion auf.

Horkheimer selbst hat in diesem Sinne an früherer Stelle auf die Gefahr plakativer Zuschreibungen hingewiesen: Eine Theorie, die das Übel erkläre, gestatte, sich damit abzufinden. Vor allem Marxisten gingen dagegen „angesichts des Elends rasch dazu [über], es zu deduzieren.“³⁸ Offen bleibt, ob *Horkheimer* nun selbst diesen Fehler begeht oder ob er mit der Identifikation von spätmoderner Gesellschaft und Kapitalismus lediglich einen Platzhalter setzen möchte, der anstatt einer Deduktion von abstrakten Sätzen auf eine ideologische Wahrheit eine Dekonstruktion der Wirklichkeit nach dialektischem Programm ermöglichen soll.

Traditionelle und kritische Theorie löst diese Spannung nicht auf. Vielmehr zeichnet sie ein ambivalentes Bild des Individuums als autonomem Akteur und Produktionsmittel in einer auf ihre ökonomischen Zustände re-

36 *Horkheimer*, Traditionelle und kritische Theorie, S. 15 f.

37 *Benhabib*, Critique, Norm, and Utopia, S. 79 f.

38 *Horkheimer*, Gesammelte Schriften, S. 327; Nachweis bei *Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, S. 15.

duzierten Gesellschaft. Hieraus entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen Individuum und Gesellschaft, das zwar durchaus im Programm der negativen Dialektik angelegt ist, das diese aber nicht auflösen kann.

Abhilfe schafft die wiederum im Programm der Traditionellen und kritischen Theorie angelegte Kontextualisierung, in diesem Fall in einer Innenschau. Zwar liegt in der gerade geschilderten Bestandsaufnahme eine Reduktion, die an den interdisziplinären Materialismus erinnert. Sie sollte aber nicht mit einem Bekenntnis zu diesem gleichgesetzt werden, sondern als Fortschrittsskepsis verstanden werden. Gemessen an *Horkheimers* Gesamtwerk ist das durchaus plausibel,³⁹ erzeugt aber ein Folgeproblem: Die Reflexionsschwächen Kritischer Theorie setzen sich im Beharren auf traditionellen Idealen wie Vernunft und Freiheit fort. So meint ein Rezensent der Neuauflage der traditionellen und kritischen Theorie, „es [sei] [...] erstaunlich, wie nahe die Vertreter der ‚Kritischen Theorie‘ dem klassischen Wissenschafts- und Bildungsbegriff des deutschen Idealismus kommen“⁴⁰.

Muss sich Traditionelle und kritische Theorie also den Einwand gefallen lassen, sie kopiere die weder verifizierten noch auf ihre Realisierbarkeit hin überprüften Utopien liberaler Denktraditionen? Gegen diesen Verdacht lässt sich unter Verweis auf bereits angestellte Überlegungen (oben c.) kontern, dass die „Utopie“ in der Kritischen Tradition in Abkehr vom Idealismus Bestandteil einer Programmatik ist: „Es geht nicht darum, eine künftige Welt zu antizipieren, sondern darum, sie mittels einer Kritik der bestehenden zu konzipieren.“⁴¹ Ihr Ziel als reflexive Wissenschaft liegt darin, Tendenzen zur Weiterentwicklung der Gesellschaft auszumachen. Damit ist ihr Ausgangspunkt ein anderer als der der traditionellen Theorie: Es interessiert, was in der Gesellschaft tatsächlich stattfindet – nicht, was dort stattfinden sollte.

39 *Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, S. 15.

40 *Apel*, Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie 1970, 173, 176; Niklas Luhmann schlägt in dieselbe Kerbe, wenn er der Kritischen Theorie vorhält, „sie sei eigentlich weder „kritisch“ noch „Theorie“, solange sie nur auf das Einlösen angeblicher Verheißungen der bürgerlichen Revolution warte“, *Luhmann*, Die Zukunft der Demokratie, S. 126, 132; Nachweis bei *Guski*, Kritische Justiz 2019, 435, 439.

41 *Wiggershaus*, Die Frankfurter Schule, S. 62.

II. Traditionelle und kritische Rechtswissenschaft

1. These: Dogmatische Rechtswissenschaft ist traditionelle Theorie

Nach den vorstehenden Überlegungen muss „kritische“ Rechtswissenschaft vor allem eines können: Sie muss „die Verheißungen der Theorie der bürgerlichen Gesellschaft gegen deren Wirklichkeit und praktisch-gesellschaftlichen Verwirklichungsbedingungen aus[spielen]“⁴² können. Sie muss also nicht nur responsiv für gesellschaftliche Entwicklungen sein, sondern ein reflexives Programm vorhalten, das sich potentiell zur dialektischen Rechtserkenntnis verdichten kann.

Man findet auf Anhieb viele Gründe, um praktischer Rechtserkenntnis ein nur unzureichendes Reflexionspotential zuzuerkennen. Eine wichtige Stellschraube liegt sicher in der Formalisierung der Rechtserkenntnis durch rechtsförmige Verfahren. Hierdurch wird – je nach Verfahrensart und Gerichtsbarkeit in unterschiedlicher Intensität – die Suche nach einer „natürlichen“ Wahrheit zwar nie ganz aufgegeben; sie bildet aber mit normativen Desideraten ein Amalgam, das mit dem Konzept der „prozessualen“ Wahrheit ein Wirklichkeitsmodell auswirft, das den tatsächlichen Umständen nicht unbedingt entsprechen muss.⁴³ Darum soll es hier nicht gehen. Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist doch vielmehr die Frage nach dem kritischen Potential der *Rechtswissenschaft*, die nachfolgend rein technisch verstanden werden soll als Gegenstand universitärer Lehre und Forschung.

So wie sich die Rechtswissenschaft an deutschen Universitäten darstellt, spricht einiges dafür, ihr die Fähigkeit, kritische Theorie zu sein, abzuspochen. So meint *Roman Guski*, „noch immer versteh[e] sich die gängige Jurisprudenz als systematisch und methodologisch geschulte Dogmatik. Noch immer glaub[e] sie an wissenschaftlich begründbare, von politischen Desideraten emanzipierte Rechtsregeln.“⁴⁴ Läge in der Hinwendung zum politischen Prozess und im Anerkenntnis von Rechtsnormen als Ergebnisse derartiger Prozesse aber eine Hinwendung zur Kritischen Theorie? Kurz gesagt, kann nur eine politische Rechtswissenschaft eine Kritische sein?⁴⁵

Das unterstellt, hätte das folgende Konsequenz: Theorie, die im Bewusstsein der sozialen und historischen Kontingenz ihrer Entstehungsbedingun-

42 *Joerges*, Kritische Justiz 1989, 184 ff.

43 *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, S. 13 ff., v.a. S. 20 ff.

44 *Guski*, Kritische Justiz 2019, 435.

45 In diese Richtung *Joerges*, Kritische Justiz 1989, 184 ff.

gen entsteht, ist zerfallsfreudig. Theoriebildung, die sich das Programm reflexiver Wahrheitsfindung auferlegt, endet in einer für die dogmatische Rechtswissenschaft schlicht unbrauchbaren Negationsschleife. Wenn *Rudolf Wiethölter* schreibt: „Für unsere Probleme mag es keine Lösungen geben, aber es gibt wenigstens Problemantworten auf Problemfragen“⁴⁶, entbindet er die Kritische Rechtswissenschaft von der zentralen Aufgabe dogmatischer Rechtswissenschaft. Eben deren Fundament legt er im zitierten Text, wenngleich die wissenschaftstheoretische Grundlage nicht immer explizit aufscheint.⁴⁷

Aus Sicht der Rechtspraxis liegt diese Aufgabe in der Vermittlung zwischen Rechtswissenschaft und -praxis durch Ordnung, Systematisierung und Modellierung. Aus Sicht der Rechtswissenschaft liegt sie in der Komplexitätsreduktion der Rechtspraxis durch die Identifikation von Mustern, Modellen und Linien. Auf beiden Seiten geht es um die konstruktive Erarbeitung praxistauglicher Leitfäden unter ständiger Rückanbindung an Grundprinzipien des jeweiligen Rechtsgebiets. Eine Rechtsdogmatik, die sich in diesem Sinne als „Gebrauchsdogmatik“⁴⁸ selbst beschreibt, muss auch gebrauchsfertige Lösungen liefern. Sie kann sich keine „Problemantworten“ leisten. Umgekehrt kann eine kritische Rechtswissenschaft sich das Kardinalziel der „Entzauberung“ nur setzen, wenn sie die Aufgaben der dogmatischen Rechtswissenschaft beherzt ablehnt und „Dogmatik“ als „Politik“ neu erzählt.

Jedenfalls die dogmatische Rechtswissenschaft verschreibt sich der Hypothese eines Mehrwerts von Ordnung.⁴⁹ Ordnung ist die Voraussetzung für die Unterstellung, Recht lasse sich als System begreifen und nicht als zufällige Masse. Jede Ordnung, so könnte man meinen, ist aber anfällig für Ideologie, da Ordnung mit Kategorienbildung einhergeht, Einzelfallgerechtigkeit mit der Folgerichtigkeit einen Gegenspieler erhält und das Endziel Systemkohärenz exkludierend wirken kann. Ordnung, so könnte man behaupten, lässt sich nur erreichen, wenn die Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen des Systems, als das sich Rechtswissenschaft selbst beschreibt, nicht laufend überprüft werden. Täte man eben das, würde jede Rechts„ordnung“ ihren sofortigen Zerfall in Kauf nehmen, weil sie als

46 *Wiethölter*, FS Raiser, 645, 696.

47 So meint Christian Joerges: „Wiethölter's eigene Positionsbestimmungen haben jedenfalls Denkmuster der Kritischen Theorie herangezogen“; *Joerges*, Kritische Justiz 1989, 184, 185.

48 *Stürner*, JuristenZeitung 2012, 10 ff.

49 Dazu grundlegend *Bachmann*, Private Ordnung, S. 3.

gerade historisch und sozial bedingtes Gebilde instabil wäre. Das Kernprogramm Kritischer Rechtstheorie läge also darin, Rechtsordnung als Rechtsunordnung neu zu erzählen – und eben das als gegeben zu akzeptieren. Eine so verstandene Kritische Rechtstheorie muss sich schon deshalb als radikaler Alternativentwurf zu Rechtswissenschaft, wie sie aktuell betrieben wird, verstehen, weil ihr Ziel nicht im Schaffen von Ordnung, sondern in deren Dekonstruktion ohne besseres Angebot besteht.

2. Gegenthese: Rechtstheorie ist potentiell kritische Rechtswissenschaftstheorie

Auch wenn die vorstehenden Überlegungen den status quo Kritischer Rechtswissenschaft wiedergeben, erscheint es den Zielen des vorliegenden Beitrags nur dienlich, auch die Gegenthese zu skizzieren. Das funktioniert am besten über Falsifikation. Gibt es also eine Rechtswissenschaft jenseits der dogmatischen, die das wissenschaftstheoretische Programm kritischer Theorie absorbieren könnte? Schnell wird man in der Rechtstheorie fündig. Selbst eine positivistische Rechtstheorie *Kelsen'scher* Prägung beschreibt sich als ideologiekritisch. Sie tut dies in Abgrenzung von der Naturrechtslehre, deren Ziel darin liege, „[d]ie Geltung des positiven Rechts dadurch in Frage zu stellen, dass sie dessen Widerspruch zu einer irgendwie vorausgesetzten absoluten Ordnung behauptet.“⁵⁰ *Kelsen* bescheinigt diesem Ansinnen „ideologisch[e] Tendenzen, deren machtpolitische Absichten oder Wirkungen auf der Hand liegen“⁵¹ und schließt: „gegen sie ist die Reine Rechtslehre gerichtet.“⁵² Auch die Reine Rechtslehre als Anführerin des normativen Rechtspositivismus ist also ideologiekritisch. Was ihr fehlt, ist die für Traditionelle und kritische Theorie charakteristische Positivismuskritik, die erst den Weg zur Ideologiekritik ebnet (oben I. 2. a.). Dafür werden aus der Reinen Rechtslehre selbst zwei Gründe sichtbar: Erstens konzentriert sie ihren Ideologieverdacht auf einen konkreten Gegner, nämlich die Naturrechtslehre.⁵³ Zweitens beschreibt sie sich selbst als Normwissenschaft und damit grundsätzlich unter Ausgrenzung der ge-

50 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 16.

51 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 16.

52 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 16 f.

53 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 2 f.

sellschaftlichen Vorgänge, die Normen erzeugen.⁵⁴ In den Worten *Kelsens* „betrachtet [sie] sich als Wissenschaft zu nichts anderem verpflichtet, als das positive Recht seinem Wesen nach zu begreifen und durch eine Analyse seiner Struktur zu verstehen“⁵⁵.

Die Reine Rechtslehre hilft durch diese bewusste Verengung einer Spannung ab, mit der auch die Kritische Theorie in Anschluss an Traditionelle und kritische Theorie zu kämpfen hat, nämlich dem Verhältnis von Theorie und Sozialforschung (oben I. 2. e.). Trotzdem lässt sich festhalten, dass sich selbst eine die Rechtswissenschaft auf eine Normwissenschaft reduzierende Rechtslehre im Ausgangspunkt dieselben Fragen stellt wie Traditionelle und kritische Theorie – sie aber freilich anders beantwortet und dementsprechend „anders abbiegt“. Das zeigt, dass Rechtstheorie, die die Notwendigkeit von Normen nicht in Abrede stellt, grundsätzlich Elemente einer kritischen Theorie nach dem in Traditionelle und kritische Theorie skizzierten Modell annehmen *kann* – es aber in aller Regel nicht tut.

3. Was macht kritische Rechtswissenschaft aus?

Lassen sich zwischen den beiden Extrempositionen der radikalen Normskepsis und der reduktionistischen Normwissenschaft weitere Spuren kritischer Theoriearbeit ausmachen? Um mit einem derart losen Suchraster Elemente „kritischer“ (nicht Kritischer) Theorie in der Rechtswissenschaft und -theorie auszumachen, sind vorab mehrere Einschränkungen und Freizeichnungen erforderlich. Zunächst muss die Suche notwendig eklektisch und an vielen Stellen anekdotisch bleiben. Weiter muss sie viele Fragen offenlassen, die eigentlich zu beantworten wären, wenn die Suche belastbare Ergebnisse erzeugen soll. Vor allem aber sollen Kernpositionen Kritischer Rechtswissenschaft unwidersprochen bleiben; schon deswegen, weil das Ziel des vorliegenden Beitrags nicht darin liegt, eine „neue Kritische Rechtswissenschaft“ auszuloten, sondern die reichhaltigen Bestände kritischen Rechtsdenkens an ein wichtiges textförmiges Zeugnis kritischer Wissenschaft anzubinden. Es geht nachfolgend also, zugegebenermaßen reduktionistisch, zunächst nur um „kritische Rechts-Theorie“; nicht um „Kritische Rechtstheorie“ (unter a.) und dann, skizzenförmig, um das kritische Potential praxisorientierter Rechtswissenschaft (unter b.).

54 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 9 f.

55 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 17.

a. Positivismuskritik: Legitimationsbedürftigkeit positiven Rechts

Aus den vorstehenden Überlegungen dürfte deutlich geworden sein, dass der Argwohn gegenüber dem Abstrakten, Geronnenen und „Kategorischen“ einen nicht unwesentlichen Teil der Selbstbeschreibung kritischer Theorie ausmacht (oben I. 2. a.). Ebenso könnten sie offengelegt haben, dass eine in der Tradition der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie in Positivismuskritik überführte Ideologiekritik kritischer Rechtswissenschaft die Rolle eines stets verneinenden Geistes zuweist, der zur dogmatischen Rechtswissenschaft nichts als Fundamentalkritik an ihrem Arbeitsgegenstand „Rechtspraxis“ und ihrer Arbeitsweise „Ordnen“ beizutragen hat (oben II. 1.). Ist umgekehrt eine kritische Rechtstheorie denkbar, die Ideologiekritik anders als über grundlegende Positivismuskritik deutlich macht?

Mit etwas Phantasie lassen sich die Umriss eines „modifiziert kritischen Rechtswissenschaftens“ hinter historischen und aktuellen Diskussionen um das Verhältnis von Kodifikation und Reform, oder genauer: um die Legitimität von Kodifikation, ausmachen. Das sei nachfolgend an einem Beispiel verdeutlicht: *Anton Menger* erhebt in seiner 1890 erschienenen Schrift „Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen“⁵⁶ gegen den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs den Einwand, er ver helfe liberalen Prinzipien wie dem der Vertragsfreiheit und des Erbrechts unzureichend zur Geltung, weil er einen nicht unerheblichen Teil der Bevölkerung, nämlich jene „besitzlosen Volksklassen“, ohne Not benachteilige und auf diese Weise die besitzende Klasse einseitig begünstige.⁵⁷ Ein Rezensent hält diesem Vorwurf entgegen, er ignoriere das Mandat der Kommission, die den Entwurf ausgearbeitet hat. Wolle der Gesetzgeber dem Vorwurf abhelfen und das Bürgerliche Gesetzbuch als Mittel zur Herstellung sozialer Gerechtigkeit einsetzen, müsse er sich „als Erzieher der Nation [...] fühlen“⁵⁸ und „sich über den Wust des seit Jahrtausenden angesammelten Rechtsstoffs erheben.“⁵⁹ Darin schwingt die in der Pandektistik verbreitete⁶⁰ Unterstellung mit, eine große Privatrechtskodifikation wie die des Bürgerlichen Rechts müsse normförmige Praxis als gegeben akzeptieren, anstatt sie, sei es auch noch so sanft, zu reformieren. *Menger* hingegen vertritt offenbar den Standpunkt, das Bürgerliche Gesetzbuch könne nicht mit dem Prinzip gleicher

56 *Menger*, Das bürgerliche Recht.

57 *Menger*, Das bürgerliche Recht, S. 62 ff., S. 76 ff.

58 *Loening*, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 392, 393.

59 *Loening*, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 392, 393.

60 Einschätzung bei *Spellenberg*, Recht im sozialen Rechtsstaat, 23 ff., 28.

Freiheit arbeiten, ohne sich auch um seine Verwirklichung zu bemühen. Das setzt einen Abgleich von (liberalem) Modell und Praxis voraus, der den ersten Schritt der in Traditionelle und kritische Theorie entfaltenen Positivismuskritik ausmacht. Verallgemeinernd gesprochen ist positives Recht nicht allein deswegen legitim, weil es für sich beanspruchen kann, auf nicht positivem Recht wie Gewohnheitsrecht oder gesellschaftlicher Praxis aufzubauen. Seine Legitimität setzt vielmehr die gesonderte Feststellung voraus, dass ihre Modelle die gesellschaftliche Realität abbilden oder dass sie, verneinendenfalls, Mechanismen einsetzt, die diese Modelle realisieren sollen. Privatrechtskodifikationen sind damit nur legitim, wenn es ihnen um die Herstellung materialer Freiheit geht.

b. Reflexivität: Akteurssensibilität

Woraus aber schöpft die Positivismuskritik ihr Leitbild? *Anton Menger* wird zugeschrieben, er habe das seine ebenso wie andere Kritiker der Entwürfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus einer Denkschule geschöpft, die von der Kritischen Theorie nicht weiter entfernt sein könnte, nämlich der Naturrechtslehre.⁶¹ Versucht man nach dem Vorbild der Traditionelle[n] und kritische[n] Theorie den Programmern einer kritischen Rechtstheorie zu identifizieren, führt das rasch zur Herstellung materialer Freiheit.

Kann eine Rechtstheorie überhaupt emanzipieren? Um das zu leisten, muss sie zunächst Recht in all seinen Dimensionen erfassen können. Dazu gehört vor allem die Einsicht, dass Recht nicht nur ein Konfliktlösungsmechanismus, sondern auch ein Konfliktherd sein kann; ebenso, dass es Ungleichheiten nicht nur beseitigen, sondern sie auch vertiefen kann.⁶² Das erfordert eine gewisse Skepsis gegenüber Recht als Kommunikationsinstrument, die aber nicht unbedingt das Gepräge einer Rechtskritik annehmen muss.

Kritische Rechtstheorie muss außerdem akteurssensibel arbeiten. Wer, muss sie fragen, entwickelt das Gebilde „Recht“ also auf welchem Weg und mit welchem Erfolg weiter, welche sozialen Praktiken werden zu Recht und welche nicht? Das dient dem Ziel, die Vorhersehbarkeit einer fehlenden Zielkompatibilität im Gebrauch von Recht zu steigern.⁶³ Verfährt man nach

61 *Spellenberg*, *Recht im sozialen Rechtsstaat*, 23, 34.

62 Statt vieler *Tushnet*, *SMU Law Review* 1994, 23, 26.

63 *Tushnet*, *SMU Law Review* 1994, 23, 26.

diesem Programm, kann sich beispielsweise die Einsicht einstellen, dass gesellschaftlicher Wandel sich auf dem Klageweg oft, aber längst nicht immer, erreichen lässt.⁶⁴ Der Schlüssel zur Realisierung materialer Freiheit liegt freilich nicht im Design von Normen und Prozessen, sondern in der Integration der darauf aufbauenden Praxis in die Beschreibung von Rechtswissenschaft. Die Einsicht in die Entwicklungsoffenheit von Rechtsnormen legt umgekehrt das Fundament einer reflexiven Rechtswissenschaft, die Recht nicht mechanisch, sondern als sich dynamisch verändernde und deshalb zwingend änderungsoffene gesellschaftliche Interaktionsform beschreibt.⁶⁵

c. Dekonstruktion liberaler Rechtsinstitute

Kritische Rechtswissenschaft erreicht Positivismuskritik aber nicht nur, indem sie akteurssensibel ist. Sie muss auch den Schluss von der formalen Kontinuität kodifizierten Rechts auf die der Gesellschaft, die es mit Leben füllt, hinterfragen. Eben diese Einsicht findet sich beispielsweise in der Feststellung *Franz Wieackers*, es „[...] kann sich eine Gesellschaft von Grund auf geändert haben, ohne daß sich die äußere Gestalt und die juristische Technik einer Kodifikation mit ihnen (gemeint sind ihre formalen Eigenschaften) verwandelte.“⁶⁶ Wenn er weiter meint, „am Ende kann der gleiche Kodifikationstyp, selbst das gleiche Gesetzbuch von vornherein entgegengesetzten Lebensbedingungen oder Weltanschauungen gleich gute Dienste leisten.“⁶⁷, verweigert er sich freilich der Dekonstruktion, die für kritische Rechtswissenschaft ebenso charakteristisch wie notwendig ist.

Horkheimer selbst führt am Beispiel der Kapitalgesellschaft aus, wie eine solche Dekonstruktion aussehen kann. Er stellt im Ausgangspunkt fest, „in der liberalistischen Periode war die ökonomische Herrschaft weitgehend mit dem juristischen Eigentum an den Produktionsmitteln verknüpft.“ Das soll sich durch die mit der Industrialisierung einhergehende Kapitalkonzentration verändert haben, „wobei sich die Leitung gegenüber dem juristischen Eigentumstitel verselbstständigt [habe]“. Damit büße das „Eigentum“

64 “The long-term ideological consequences of winning victories in courts are almost certainly going to be adverse to progressive change.” *Tushnet*, *SMU Law Review* 1994, 23, 26.

65 Eine reflexive Vertragstheorie findet sich bspw. bei *Lomfeld*, *Die Gründe des Vertrages*.

66 *Wieacker*, *Sozialmodell*, S. 3.

67 *Wieacker*, *Sozialmodell*, S. 3.

an Gesellschaftsanteilen seine ihm ursprünglich zgedachte Funktion ein: „Ohne dass etwa an der juristischen Definition des Eigentums im geringsten etwas geändert wird, werden die Eigentümer gegenüber den Leitern und ihrem Stab zunehmend ohnmächtig.“⁶⁸

Die zitierte Passage führt zunächst zu einem der zentralen Einwände gegen Traditionelle und kritische Theorie zurück. Denn *Horkheimer* kritisiert zwar den Funktionswandel der Kapitalgesellschaft, nicht aber die Kapitalgesellschaft an sich; er wendet sich gegen die Trennung von Anteilseigentum und Unternehmensleitung, nicht aber gegen den Umstand, dass auch im Urzustand die mit dem Anteilseigentum verbundenen Privilegien weiten Teilen der Gesamtgesellschaft vorbehalten geblieben sind. Ebenso wie von ihm entworfene kritische Wissenschaftstheorie sich nicht von den Utopien des bürgerlichen Liberalismus löst (oben 2. d.), ist auch im beschriebenen Urzustand die bürgerliche Eigentumsordnung keineswegs überwunden; *Horkheimer* wendet sich vielmehr lediglich gegen die Aufteilung von Kapital und Mitspracherechten. Dieselbe Forderung erheben übrigens Vertreter der libertären (Rechts-)ökonomik der Vereinigten Staaten, wenn sie meinen, die Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft seien Souverän, die Unternehmensleitung dagegen ihr zu fremdnützigem Handeln verpflichteter Treuhänder. Dass diese Konvergenz kritischer und libertärer Organisationskritik bizarre Folgen haben kann, zeigt erst die Konsequenz, der als Friedman Doctrine bekannten Rechnung: Die Legitimität der privat(wirtschaftlich)en Organisation erschöpft sich in der Ertragssteigerung: „The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits.“⁶⁹ Aktuelle, in kritischer Denktradition verhaftete Forderungen nach einer stärkeren Einbeziehung derjenigen, die die negativen Externalitäten von Unternehmensaktivität zu tragen haben, beispielsweise in Form von Umweltschäden, laufen dem diametral zuwider.⁷⁰ Wir können festhalten, dass „Dekonstruktion“ nicht zwingend mit einer Ablehnung bürgerlich-liberaler Prinzipien einhergehen muss, auf denen große Privatrechtskodifikationen wie das Bürgerliche Recht aufbauen. Um transformativ wirken zu können, bedarf es aber in einem weiteren Schritt der kritischen Aufarbeitung eben dieser Prinzipien.

68 *Horkheimer*, Traditionelle und Kritische Theorie, S. 68.

69 *Friedman*, The New York Times Magazine 13.9.1970.

70 *Jackson*, Corporate Autonomy.

d. Emanzipation durch Rechtswissenschaft – nicht an ihr vorbei

Die vorstehenden Überlegungen führen zu einer notwendigen Einsicht, die auf die Leitfrage des vorliegenden Sammelbandes zurückführen: Ist die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft? Aus Sicht der kritischen Theorie lautet die Antwort: Sie muss es sein. Denn kritische Rechtswissenschaft muss die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft ernstnehmen, um ihr Ziel einer Transformation der Gesellschaft hin zu materialer Freiheit zu erreichen. Sie darf sich nicht auf Theoriearbeit beschränken, sondern muss vielmehr etablierte rechtswissenschaftliche Denkvorgänge kontextualisieren, hinterfragen, sie aber vor allem im Ausgangspunkt ernstnehmen. Damit ist selbstverständlich das Eingeständnis verbunden, dass die Skepsis an der Wissenschaftlichkeit juristischer Kommunikation – und vor allem der dogmatischen Rechtswissenschaft – nicht zu einer Abkehr von dieser führen darf. Kritische Rechtswissenschaft erreicht ihr Ziel einer Materialisierung der Modelle, die dogmatische Rechtswissenschaft mitunter als gegeben voraussetzt, nur durch dieses Eingeständnis. Sie muss in einen Austausch mit denjenigen treten, die Recht tatsächlich gestalten und entwickeln – der Rechtspraxis. Genau das gelingt der Rechtsdogmatik; genau darin ist sie der gegenwärtigen Kritischen Rechtstheorie (noch) voraus. Für die kritische Rechtstheorie ist das Grund genug, sich um das Gehör der Rechtsdogmatik zu bemühen.

Literaturverzeichnis

- Abromeit, John: Revisiting Max Horkheimer's Early Critical Theory, in: Gordon, Peter/Hammer, Espen/Honneth, Axel (Hrsg.): *The Routledge Companion to the Frankfurt School*, London 2019, S. 152–162 (zitiert als: *Companion to the Frankfurt School*).
- Apel, Karl-Otto: Wissenschaft als Emanzipation? Eine Auseinandersetzung mit der Wissenschaftskonzeption der „Kritischen Theorie“, *Zeitschrift für Allgemeine Wissenschaftstheorie*, 1970, S. 173–195.
- Bachmann, Gregor: *Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung*, Tübingen 2006.
- Benhabib, Seyla: *Critique, Norm, and Utopia. A Study of the Foundations of Critical Theory*, New York City 1987 (zitiert als: *Cirtique, Norm, and Utopia*).
- Bubner, Rüdiger: Was ist Kritische Theorie?, *Philosophische Rundschau* 1969, S. 213–249.

- Friedman, Milton: A Friedman doctrine – The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits, in : The New York Times Magazine, September 13, 1970, Section SM, Page 17 (online verfügbar auf: <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>, zuletzt aufgerufen am 16.3.2023).
- Guski, Roman: Die Einheit der Gegensätze: Politische Rechtstheorie, Systemtheorie und Dogmatik, *Kritische Justiz* 2019, S. 435–448.
- Horkheimer, Max: Die gegenwärtige Lage der Sozialphilosophie und die Aufgaben eines Instituts für Sozialforschung, in: Brede, Werner (Hrsg.): Max Horkheimer. Sozialphilosophische Studien. Aufsätze, Reden und Vorträge 1930–1972, Frankfurt am Main 1972, S. 33–46 (zitiert als: Sozialphilosophische Studien).
- Horkheimer, Max: Nachtrag, in: Max Horkheimer: Traditionelle und kritische Theorie. Vier Aufsätze, Frankfurt am Main 1970, S. 57–65 (zitiert als: Vier Aufsätze).
- Horkheimer, Max: Gesammelte Schriften. Band 2: Philosophische Frühschriften 1922–1932, Frankfurt am Main 1987.
- Horkheimer, Max: Traditionelle und kritische Theorie, in: Vogelmann, Frieder (Hrsg.): Max Horkheimer. Traditionelle und kritische Theorie, Frankfurt am Main 2020, S. 5–78 (zitiert als: Traditionelle und kritische Theorie).
- Horkheimer, Max/Marcuse, Herbert: Philosophie und kritische Theorie, *Zeitschrift für Sozialforschung* 1937, S. 625–647.
- Horkheimer, Max/Adorno, Theodor W.: Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente, Nachdruck der Ausgabe von 1969, Frankfurt am Main 2022 (zitiert als: Dialektik der Aufklärung).
- Jackson, Katharine: Corporate Autonomy: Law, Constitutional Democracy, and the Rights of Big Business, 2019, <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-mq0s-2j67> (zitiert als: Corporate Autonomy; zuletzt aufgerufen am 16.3.2023).
- Joerges, Christian: Politische Rechtstheorie – Impulse und Suchbewegungen, *Kritische Justiz* 1989, S. 184–193.
- Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre, 1. Auflage 1934, zitiert nach der Studienausgabe 2008, hrsg. von Matthias Jestaedt.
- Loening, Edgar: Rezension zu Menger, Anton: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 1890, S. 392–401.
- Lomfeld, Bertram: Die Gründe des Vertrages. Eine Diskurstheorie der Vertragsrechte, Tübingen 2015.
- Luhmann, Niklas: Die Zukunft der Demokratie, in: *Soziologische Aufklärung* 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft, Opladen 1987, S. 126–132.
- Marx, Karl/Engels, Friedrich: Die deutsche Ideologie. Eine Auswahl, Stuttgart 2018.
- Menger, Anton: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen: eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Tübingen 1890 (zitiert als: Das bürgerliche Recht).

- Redecker, Eva von: Vorwort, in: Horkheimer, Max/ Adorno, Theodor W.: Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente, Nachdruck der Ausgabe von 1969, Frankfurt am Main 2022 (zitiert als: Dialektik der Aufklärung).
- Spellenberg, Ulrich: Vom liberalen zum sozialen Privatrecht?, in: Reh binder, Manfred (Hrsg.): Recht im sozialen Rechtsstaat, Wiesbaden 1973, S. 23–67.
- Stürner, Rolf: Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, in: JuristenZeitung 2012, S. 10–24.
- Tolstoj, Lev N.: Krieg und Frieden. Band II, 3. Auflage, Berlin 1969.
- Tushnet, Mark: The Critique of Rights, SMU Law Review 1994, S. 23–34.
- Vogelmann, Frieder: Kritische Theorie: Die Idee einer emanzipatorischen Wissenschaft, in: Vogelmann, Frieder (Hrsg.): Max Horkheimer. Traditionelle und kritische Theorie, Frankfurt am Main 2020, S. 94–151 (zitiert als: Traditionelle und kritische Theorie).
- Wieacker, Franz: Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft: Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 12. Dezember 1952, Karlsruhe 1953 (zitiert als: Sozialmodell).
- Wiethölter, Rudolf: Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1968.
- Wiethölter, Rudolf: Privatrecht als Gesellschaftstheorie?, in: Baur, Fritz/Esser, Josef/Kübler, Friedrich/Steindorff, Ernst (Hrsg.): Funktionswandel der Privatrechtseinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 645–696 (zitiert als: FS Raiser).
- Wiggershaus, Rolf: Die Frankfurter Schule, Reinbek bei Hamburg 2010.