

# Ancilla Iuris

*Herrschaftssicherung durch Recht -  
am Beispiel Paschukanis*

*Securing Power through Law -  
On the example of Pashukanis*

Daria Bayer\*

Das 1924 erschienene Buch *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus von Jewgenij B. Paschukanis* gilt als zentraler Ausgangspunkt für die materialistische Rechtskritik. Dabei konzentrieren sich aktuelle Betrachtungen seiner Thesen oft auf die beiden Methodenkapitel „Verhältnis und Norm“ und „Ware und Subjekt“ sowie Paschukanis’ dort entwickelte Zivilrechtskritik. Dieser Beitrag beleuchtet dagegen zwei in Vergessenheit geratene Kapitel von Paschukanis’ Buch: den Zusammenhang von „Recht und Staat“ (Kapitel 5) und „Recht und Sittlichkeit“ (Kapitel 6). Dabei versteht sich der Beitrag nicht als eine Rekonstruktion dieser beiden assoziativen und in sich widersprüchlichen Kapitel. Vielmehr versucht er zu zeigen, dass die in diesen Kapiteln enthaltenen Ambivalenzen just jene Ambivalenzen der modernen, demokratisch verfassten Gesellschaft widerspiegeln und das Recht als politisches Herrschaftsinstrument (mit-)konstituieren.

## I. EINFÜHRUNG<sup>1</sup>

Das 1924 erschienene Buch *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*<sup>2</sup> von Jewgenij B. Paschukanis bildet bis heute einen maßgeblichen Anknüpfungspunkt für die Kritik des Rechts aus materialistischer Perspektive. Das Buch ist und bleibt der elaborierteste Versuch, die fragmentarischen Thesen von Karl Marx und Friedrich Engels zum Recht systematisch zu rekonstruieren und das Recht in seiner Gesamtheit, als soziales Konstrukt, auf seinen materialistischen Ursprung zurückzuführen.<sup>3</sup> Paschukanis vertritt dort die zentrale These, dass Recht und Staat, als Herrschaftsinstrumente der besitzenden Klasse, in einer vollentwickelten kommunistischen Gesellschaft *absterben* müssen.<sup>4</sup>

Diese provokante These lässt sich nicht ohne einen kurzen Blick auf das Leben des Autors und die historischen Hintergründe seines Werkes verstehen:<sup>5</sup>

\* Dr. Daria Bayer ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

1 Der Text ist die überarbeitete Version eines Vortrages, den die Verfasserin am 2. Juni 2021 im Rahmen der vierteiligen Vortragsreihe „Patriarchale Gewalt“, organisiert vom Asta der Universität Hannover, gehalten hat.

2 *Jewgenij B. Paschukanis, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus: Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe*; mit einer Rezension von Karl Korsch, 3. Aufl. (1970).

3 *Jochen Bung, Geheimnisse der gesellschaftlichen Formen*, in: Steinberg (Hg.), *Sozialistische Strafrechtstheorie und -praxis in Europa* (2018), 41–64, 41.

4 *Paschukanis* (Fn. 2), 81.

5 So die überwiegende Tendenz aktueller Texte, die sich mit Paschukanis’ Werk auseinandersetzen, bezeichnend Michael Head, S. 1: „Among Western legal scholars, one tragic expression of that supposed misguided Marxist utopianism is often said to be the plight of Paschukanis.“; vgl. auch *Andreas Harms, Warenform und Rechtsform* (2009), 15ff.; *Andreas Fisahn, Paschukanis versus Bloch – Sozialutopie und Rechtsform*, PROKLA 2009, 597–617, 601; *Bung* (Fn. 3), 42; allein *Sonja Buckel, Subjektivierung und Kohäsion*, 2. Aufl. (2015), 94 ff. verzichtet in ihrer Rekonstruktion von Paschukanis’ Theorie auf weitreichendere biographische Hinweise.

The General Theory of Law and Marxism by Evgeny B. Pashukanis, published in 1924, is considered until today as central starting point for materialist legal criticism. Current reflections on Pashukanis’ theses often focus on the two methodological chapters “Relation and Norm” and “Commodity and Subject” as well as Pashukanis’ critique of civil law developed there. This contribution, on the other hand, highlights two forgotten chapters of Pashukanis’ book: the connection between “Law and the State” (chapter 5) and “Law and Morality” (chapter 6). In doing so, it does not aim to meticulously reconstruct these two associative and inherently contradictory chapters. Rather, it attempts to show that the ambivalence contained in these chapters reflects precisely the ambivalence of modern society and (co-)constitutes law as an instrument of political power.

## I. INTRODUCTION<sup>1</sup>

The book *The General Theory of Law and Marxism*<sup>2</sup> by Evgeny B. Pashukanis, published in 1924, remains an authoritative reference for the critique of law from a materialist perspective. The book remains the most elaborate attempt to systematically reconstruct Karl Marx’ and Friedrich Engels’ fragmentary theses on law and to trace law in its entirety, as a social construct, back to its materialist origins.<sup>3</sup> Pashukanis’ core thesis is that law and the state as instruments of power by the owner class *will eventually wither away* in a fully developed communist society.<sup>4</sup>

This provocative thesis cannot be understood without a brief look at the author’s life and the historical background of his work:<sup>5</sup> Pashukanis, born

\* Dr. Daria Bayer is a research associate at the Faculty of Law at the University of Hamburg.

1 This text is a revised version of a lecture given by the author on 2 June 2021, as part of the four-part lecture series “Patriarchal Violence,” organized by the General Students’ Committee of the University of Hannover.

2 *Evgeny B. Pashukanis, The General Theory of Law and Marxism: Attempt at a Critique of Basic Legal Concepts*; with a review by Karl Korsch, 3rd ed. (1970). Unless otherwise indicated English translations by Peter B. Maggs from P. Beirne & R. Sharlet (eds.) *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, London & New York 1980. Available at <https://www.marxists.org/archive/pashukanis/1924/law/index.htm> (last accessed: April 2022).

3 *Jochen Bung, Geheimnisse der gesellschaftlichen Formen*, in: Steinberg (ed.), *Sozialistische Strafrechtstheorie und -praxis in Europa* (2018), 41–64, 41.

4 *Pashukanis* (fn. 2), 81.

5 This is the predominant tendency of current texts dealing with Pashukanis’ work, characteristically Michael Head, p. 1: “Among Western legal scholars, one tragic expression of that supposed misguided Marxist utopianism is often said to be the plight of Pashukanis.”; see also *Andreas Harms, Warenform und Rechtsform* (2009), 15 et seq; *Andreas Fisahn, Paschukanis versus Bloch – Sozialutopie und Rechtsform*, PROKLA 2009, 597–617, 601; *Bung* (fn. 3), 42; allein *Sonja Buckel, Subjektivierung und Kohäsion*, 2nd ed. (2015), 94 et seq. refrains from more far-reaching biographical references in her reconstruction of Pashukanis’ theory.

Paschukanis, 1891 in Stariza geboren, war einst der berühmteste Rechtstheoretiker der frühen Sowjetunion. Mit dem Erscheinen seines Buches tauchte er „wie ein Komet“<sup>6</sup> am Rechtshimmel der sowjetischen Rechtstheorie auf. Diese war nach den Revolutionen von 1917 energisch auf der Suche nach einem neuen, theoretischen Fundament, auf dem die kommunistische Gesellschaftsordnung errichtet werden konnte. Paschukanis bekleidete hohe bürokratische Posten. So war er zum Beispiel juristischer Berater des Vertreters der UdSSR in Berlin und Direktor des Instituts der Roten Professoren in St. Petersburg, einer Kaderschmiede für die bolschewistische Elite. Ab 1929 aber, mit der Verfestigung Stalins an der Spitze des Parteiapparats, wurde er zunehmend zum Widerruf seiner Thesen gezwungen und schließlich 1937 „als Volksschädling“ prozesslos liquidiert.<sup>7</sup>

Paschukanis hat in seinem Buch den Begriff der *Rechtsform* geprägt und ihn in einen engen Zusammenhang mit dem der *Warenform* gestellt. An diese Engführung von Rechts- und Warenform<sup>8</sup> knüpfen aktuelle Abhandlungen zur materialistischen Rechtstheorie oft an.<sup>9</sup> Dabei wird verstärkt ein Fokus auf die subjektiven Rechte gelegt<sup>10</sup> und Paschukanis mitunter ein „Zivilrechtszentrismus“<sup>11</sup> vorgeworfen. Dieser Eindruck entsteht auch dadurch, dass sich aktuelle Bücher, die sich mit einer materialistischen Rechtskritik im Anschluss an Paschukanis auseinandersetzen, meistens auf die beiden „Methodenkapitel“ – nämlich die Kapitel 3 „Verhältnis und Norm“ und 4 „Ware und Subjekt“<sup>12</sup> oder zumindest auf das letzte Kapitel „Recht und Rechtsbruch“<sup>13</sup> von *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* beziehen. Dagegen finden zwei Kapitel des Buches, nämlich Kapitel 5 „Recht und Staat“ und Kapitel 6 „Recht und Sittlichkeit“, seit der Staatsableitungsdebatte<sup>14</sup> der 1970er Jahre wenig Beachtung. Dies könnte daran liegen, dass sie ambivalent und nicht einfach zu rekonstruieren

in Staritsa in 1891, was once the most famous legal theorist of the early Soviet Union. With the publishing of his book he emerged “like a comet”<sup>6</sup> in the legal sky of Soviet legal theory vigorously searching for a new, theoretical foundation on which to build the communist social order in the wake of the 1917 revolutions. Pashukanis held high bureaucratic posts. For example, he was legal advisor to the representative of the USSR in Berlin and director of the Institute of Red Professors in St. Petersburg, a cadre school for the Bolshevik elite. From 1929 on, however, as Stalin consolidated his power at the top of the party apparatus, he was increasingly forced to recant his theses and was summarily liquidated “as an enemy of the people” without trial in 1937.<sup>7</sup>

In his book, Pashukanis coined the term *legal form* and correlated it closely to the term *commodity form*. Current treatises on the materialist theory of law often tie in<sup>8</sup> with this narrowing of the form of law and the form of commodities.<sup>9</sup> They focus increasingly on subjective rights,<sup>10</sup> and Pashukanis is sometimes accused of “civil rights centrism.”<sup>11</sup> This impression is also created by the fact that current works dealing with a materialist critique of law following Pashukanis mostly refer to the two “methodological chapters” – namely chapters 3 “Relation and the Norm” and 4 “Commodity and the Subject”<sup>12</sup> or at least to the last chapter “Law and Violation of Law”<sup>13</sup> of *The General Theory of Law and Marxism*. In contrast, two chapters of the book, namely Chapter 5 “Law and the State” and Chapter 6 “Law and Morality,” have received little attention since the state derivation debate<sup>14</sup> of the 1970s. This could be due to the fact that they are highly ambivalent and not easy to reconstruct. Moreover, they are full of preconditions, as they build upon the contents of the previous chapters.

6 Norbert Reich, *Marxistische Rechtstheorie zwischen Revolution und Stalinismus. Das Beispiel Paschukanis*, Kritische Justiz (1972), 154–162, 155.

7 Zum historischen Hintergrund ausführlich *Daria Bayer*, *Tragödie des Rechts*, 2021, 210 ff. m.w.N.

8 Kritisch zur Verknüpfung von objektiver Wertlehre und materialistischer Rechtstheorie *Daniel Uhlig*, *Das Recht bei Marx und im Materialismus* (2020), 214f.; hierzu auch *Daria Bayer*, *Die kritische Kraft aufgeklärter Rechtswissenschaft. Rezension zu Daniel Uhlig: Das Recht bei Marx und im Materialismus, Aufklärung & Kritik* (2021), 253–259, 255f.

9 Vgl. nur den Titel von *Harms* (Fn. 5).

10 Prominentestes Beispiel, wenn auch ohne direkten Bezug auf Paschukanis, *Christoph Menke*, *Kritik der Rechte* (2015). Zur (alleinigen) Konzentration auf die subjektiven Rechte kritisch *Sonja Buckel*, *Die Bürde der subjektiven Rechte*, Kritische Justiz 50 (2017), 461–474, 462 und *Daria Bayer*, *Die Rechtstodmetapher*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 106 (2020), 44–54, 45.

11 Zum weit verbreiteten Vorurteil des Zivilrechtszentrismus bei Paschukanis und dessen Widerlegung ausführlich *Bayer* (Fn. 7), 106ff.

12 So etwa *Harms* (Fn. 5), 50.

13 *Bung* (Fn. 3).

14 *John Kannankulam*, *Materialistische Staatstheorie*, in: Voigt, Rüdiger (Hrsg.), *Handbuch Staat* (2018), 199–209 und *Sonja Buckel* / *John Kannankulam*, *Von der Staatsableitung zur Formanalyse. Zur formalanalytischen Begründung des Staates bei Joachim Hirsch–und der Notwendigkeit einer rechtsformanalytischen Erweiterung*, in: Brand, Ulrich / Görg, Christoph (Hrsg.), *Zur Aktualität der Staatsform. Die materialistische Staatstheorie von Joachim Hirsch* (2018), 49–70.

6 Norbert Reich, *Marxistische Rechtstheorie zwischen Revolution und Stalinismus. Das Beispiel Paschukanis*, Kritische Justiz (1972), 154–162, 155.

7 On the historical background in detail, see *Daria Bayer*, *Tragödie des Rechts*, 2021, 210 et seq. with further references.

8 Critically on the linkage of objective value theory and materialist legal theory *Daniel Uhlig*, *Das Recht bei Marx und im Materialismus* (2020), 214 et seq; on this also *Daria Bayer*, *Die kritische Kraft aufgeklärter Rechtswissenschaft. Review of Daniel Uhlig: Das Recht bei Marx und im Materialismus, Aufklärung & Kritik* (2021), 253–259, 255 et seq.

9 Cf. just the title of *Harms* (fn. 5).

10 Most prominent example, though without direct reference to Paschukanis, *Christoph Menke*, *Kritik der Rechte* (2015). On the (sole) focus on subjective rights, critically *Sonja Buckel*, *Die Bürde der subjektiven Rechte*, Kritische Justiz 50 (2017), 461–474, 462 and *Daria Bayer*, *Die Rechtstodmetapher*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 106 (2020), 44–54, 45.

11 On the widespread prejudice of civil law centrism in Paschukanis and its refutation in detail *Bayer* (fn. 7), 106 et seq.

12 For example, *Harms* (fn. 5), 50.

13 *Bung* (fn. 3).

14 *John Kannankulam*, *Materialistische Staatstheorie*, in: Voigt, Rüdiger (ed.), *Handbuch Staat* (2018), 199–209 and *Sonja Buckel* / *John Kannankulam*, *Von der Staatsableitung zur Formanalyse. Zur formalanalytischen Begründung des Staates bei Joachim Hirsch–und der Notwendigkeit einer rechtsformanalytischen Erweiterung*, in: Brand, Ulrich / Görg, Christoph (eds.), *Zur Aktualität der Staatsform. Die materialistische Staatstheorie von Joachim Hirsch* (2018), 49–70.

sind, zudem voraussetzungsreich, weil sie auf dem Inhalt der vorangegangenen Kapitel aufbauen. Der folgende Beitrag versteht sich daher nicht als eine in sich geschlossene Rekonstruktion der beiden Kapitel, was aufgrund der Vielzahl der darin aufgestellten, teils widersprüchlichen, Gedanken ein fruchtloses Unterfangen zu sein scheint. Vielmehr versucht er, durch die Herausstellung einiger der in diesen Kapiteln enthaltenen Ambivalenzen, die eben die Ambivalenzen der modernen, demokratisch verfassten Gesellschaft sind,<sup>15</sup> die noch heute aktuelle Dimension des Rechts als politisches Herrschaftsinstrument aufzuzeigen.

II.  
VORSPRUCH:  
JURISTISCHE ABSTRAKTIONEN UND  
MATERIELLE ABHÄNGIGKEIT

Alle Kapitel von Paschukanis' Buch lassen sich als eine Gegenthese zur innerhalb und außerhalb der Rechtswissenschaft verbreiteten Annahme verstehen, dass das Recht ein vollkommen neutrales Medium zur Regelung der gesellschaftlichen Verhältnisse in einer kapitalistischen Gesellschaft ist. In den verschiedenen Kapiteln versucht Paschukanis, das Phänomen des Rechts von materialistischen Standpunkten aus zu betrachten und stellt es jeweils mit einem anderen gesellschaftlichen Phänomen in Zusammenhang. Paschukanis weist selbst in seinem Buch mehrmals und ausdrücklich darauf hin, dass sein Buch weder einen Anspruch auf Vollständigkeit noch auf Richtigkeit erhebe, sondern in erster Linie zur „Selbstverständigung“ geschrieben worden sei.<sup>16</sup> Er betrachtet sein Buch nicht als Lehrbuch im klassischen Sinne, sondern lediglich als Grundlage für weitergehende Reflexionen.<sup>17</sup>

Ausgangspunkt aller Kapitel ist dabei die zentrale These von Paschukanis, dass die abstrakten Begriffe des Rechts die tatsächlich bestehenden Unterschiede zwischen den Menschen ausblenden. Wir begegnen uns in der Sprache des Rechts nicht als konkrete Menschen, sondern als abstrahierte Subjekte, als A und B.<sup>18</sup> A und B sind im Recht und an Rechten vollkommen gleich – auch wenn sie es im wahren Leben nicht sind. Paschukanis bestimmt das Gleichheitsversprechen des Rechts als einen in der bürgerlichen Gesellschaft notwen-

The following article is therefore not intended as a self-contained reconstruction of the two chapters, which seems to be a fruitless endeavor due to the multitude of partly contradictory thoughts presented therein. Rather, by highlighting some of the ambivalences contained in these chapters, which are precisely the ambivalences of modern, democratically constituted society,<sup>15</sup> it attempts to show the dimension of law as an instrument of political domination that is still relevant today.

II.  
PREFACE:  
LEGAL ABSTRACTIONS AND  
MATERIAL DEPENDENCE

Each chapter of Paschukanis' book can be understood as a counterthesis to the assumption, widespread within and outside legal scholarship, that law is a completely neutral medium for regulating social relations in a capitalist society. In the various chapters, Paschukanis attempts to look at the phenomenon of law from materialist points of view, each relating it to a different social phenomenon. Paschukanis himself explicitly points out several times that his book makes no claim to completeness or accuracy; rather, it was written primarily for “the clarification of the author's own ideas.”<sup>16</sup> He does not regard it as a textbook in the classical sense, but merely as a basis for further reflection.<sup>17</sup>

The starting point of all chapters is Paschukanis' central thesis that the abstract concepts of law hide the differences that actually exist between people. We encounter each other in the language of law not as concrete human beings, but as abstracted subjects, as A and B.<sup>18</sup> A and B are completely equal under the law and in rights – even if they are not so in real life. Paschukanis determines the promise of equality in law as a mechanism necessary in bourgeois society by which inherently different people become comparable.

<sup>15</sup> *Fisahn* (Fn. 5), 597ff.; *Bayer* (Fn. 7), 69f.

<sup>16</sup> *Paschukanis* (Fn. 2), 8.

<sup>17</sup> *Paschukanis* (Fn. 2), 9.

<sup>18</sup> *Buckel* (Fn. 5), 9.

<sup>15</sup> *Fisahn* (fn. 5), 597 et seq.; *Bayer* (fn. 7), 69 et seq.

<sup>16</sup> *Paschukanis* (fn. 2), 8 (Translation from „The General Theory of Law & Marxism - Evgeny Bronislavovich Paschukanis - With a new introduction by Dragan Milovanovic, Transaction Publishers, Second Printing 2003“, p. 38).

<sup>17</sup> *Paschukanis* (fn. 2), 9.

<sup>18</sup> *Buckel* (fn. 5), 9.

digen Mechanismus, durch den die von Natur aus verschiedenen Menschen vergleichbar werden.

„Die freien und gleichen Warenbesitzer, die sich auf dem Markte treffen, sind es nur im abstrakten Verhältnis der Aneignung und Veräußerung. Im wirklichen Leben sind sie durch mancherlei Bande gegenseitiger Abhängigkeit miteinander verbunden. So z.B. der Krämer und Großhändler, der Bauer und der Grundbesitzer, der ruinierte Schuldner und sein Gläubiger, der Proletarier und der Kapitalist. Alle diese zahlreichen Beziehungen faktischer Abhängigkeit bilden die wirkliche Grundlage der staatlichen Organisation. Für die juristische Staatstheorie sind sie indessen so, als ob sie gar nicht vorhanden wären.“<sup>19</sup>

Diese Auflistung von Paschukanis ließe sich heute auch so fortführen: Der Mieter und die Vermieterin, der Sekretär und die Partnerin in einer Großkanzlei, die wissenschaftliche Hilfskraft und der Professor. Das Recht bildet nach Paschukanis also den Rahmen, in dem sich die im wirklichen Leben durch verschiedene Abhängigkeitsverhältnisse verbundenen Warenbesitzenden als freie und gleiche Subjekte, auf Augenhöhe, *anerkennen* können.

### III. KAPITEL 6: NUR SCHEINBARE ANERKENNUNG

Dieses gegenseitige *Anerkennen* als gleiche Rechts-subjekte aber ist Paschukanis zufolge, anders als etwa bei Hegel, nur ein *Anerkennen der Form* nach. Es ist kein wirkliches, echtes *Anerkennen*, weil die Rechtsform von ihren Subjekten nicht ernsthaft einfordern könne, dass diese sich auch *tatsächlich*–jenseits des Rechts–als ebenbürtig anerkennen und dementsprechend behandeln.<sup>20</sup> Sie könne vielmehr nur ein Minimum der Anerkennung einfordern: eben das Minimum, das für das Funktionieren des gegenwärtigen gesellschaftlichen Zusammenlebens im Kapitalismus notwendig ist. Hierzu reicht es Paschukanis zufolge aber aus, dass sich die Subjekte „so *benehmen, als ob* sie einander gegenseitig als [Gleiche] anerkennen“ würden.<sup>21</sup> Mit anderen Worten: Das Recht verlangt von uns nicht, Andere tatsächlich als unsere ebenbürtigen Gleichen anzuerkennen. Es kann von uns nur verlangen, nichts zu tun, was dieser Annahme entgegenstehen würde. Es kann von uns nur verlangen, den Gleichheitsanspruch der anderen Per-

19 *Pashukanis* (Fn. 2), 127.

20 Der folgende Abschnitt stellt einige Grundgedanken der Argumentation dar, die Paschukanis im Kapitel 6 „Recht und Sittlichkeit“ entwickelt, *Pashukanis* (Fn. 2), 132ff. Es handelt sich hierbei meines Erachtens um das komplizierteste und am schwierigsten zu rekonstruierende Kapitel von *Allgemeinen Rechtslehre und Marxismus*, was wohl auch ein Grund dafür sein dürfte, das es im aktuellen Diskurs kaum Beachtung findet.

21 *Pashukanis* (Fn. 2), 144.

“Free and equal commodity owners meeting in the market are free and equal only in the abstract relationship between buyer and seller. In actual life they are tied to each other by many relationships of dependence. These are the shopkeepers and the large wholesaler, the peasant and the estate owner, the ruined debtor and his creditor, the proletarian and the capitalist. These countless relations of real dependence constitute the true basis of state organization. However, for the juridic theory of the state it is as if they do not exist.”<sup>19</sup>

This list by Pashukanis could be continued in the same way today: The tenant and the landlady, the secretary and the partner in a large law firm, the research assistant and the professor. Law, then, according to Pashukanis, provides the framework within which commodity owners, bound in real life by various relations of dependence, can *recognize* each other as free and equal subjects, on an equal footing.

### III. CHAPTER 6: ONLY APPARENT RECOGNITION

According to Pashukanis, however, this mutual *recognition* as equal legal subjects is, in contrast to Hegel, for example, only a *recognition of form*. It is not a real, genuine recognition, because the legal form cannot truly demand of its subjects that they *actually* recognize each other–beyond the law–as equals and indeed treat each other accordingly.<sup>20</sup> Rather, it is only able to demand a minimum of recognition: precisely the minimum necessary for the functioning of contemporary social coexistence under capitalism. For this, however, according to Pashukanis, it is sufficient that subjects “*behave as if they recognize themselves as [moral equals].*”<sup>21</sup> In other words, the law does not require us to actually recognize others as our worthy equals; it can only require us to do nothing that would contradict such acceptance. It can only require us not to violate the other person’s claim to equality. Therefore, the legal form must enforce this recognition through external coercion, through prohibitions. Therefore, both the “*idea of external coercion*” and the “*organiza-*

19 *Pashukanis* (fn. 2), 127.

20 The following section presents some basic ideas of the argument that Pashukanis develops in chapter 6, “Law and Morality,” *Pashukanis* (fn. 2), 132 et seq. In my opinion, this is the most complicated and difficult chapter of *General Theory of Law and Marxism* to reconstruct, which is probably also a reason why it hardly receives any attention in current discourse.

21 *Pashukanis* (fn. 2), 144.

son nicht zu verletzen. Daher muss die Rechtsform dieses Anerkenntnis durch äußeren Zwang, durch Verbote, erzwingen. Deshalb seien sowohl die „*Idee* des äußeren Zwanges“ als auch die „*Organisation* des äußeren Zwanges“ wesentliche Aspekte der Rechtsform.<sup>22</sup> Die Rechtsform, anders als die Religion, kann ihren Herrschaftsanspruch nicht mehr durch Appell an eine höhere Moral begründen, sondern nur auf das absolute Minimum der formalen Anerkennung stützen. Dieses Minimum aber ist gesellschaftlich konstruiert und wird deshalb nicht automatisch von seinen Subjekten befolgt, sondern nur deshalb, weil die Nichtbefolgung mit Strafe bedroht ist. Schon an dieser Stelle zeigt sich, dass das Strafrecht ein essenzieller Teil des bürgerlichen Rechtssystems ist, denn nur aufgrund der Strafandrohung sieht Paschukanis die Einhaltung von Rechtsregeln im gegenwärtigen System begründet.<sup>23</sup>

Im Gegenzug geht Paschukanis davon aus, dass in einer vollentwickelten kommunistischen Gemeinschaft, in der die Menschen sich tatsächlich als Gleiche anerkennen, in der statt des egoistischen Interesses eine Ausrichtung am Kollektivinteresse vorherrscht, die Befolgung der dort erlassenen Regeln nicht mehr mit Zwang durchgesetzt werden muss. Im vollentwickelten Kommunismus, in dem Individual- und Kollektivinteresse verschmelzen, reichen sogenannte „technische Regeln“, die automatisch deshalb befolgt werden sollen, weil die Zweckmäßigkeit ihres Inhalts von allen vernünftigen Wesen eingesehen wird.<sup>24</sup> Diese Vorstellung ist natürlich idealisierend und kann sowohl als utopisch als auch als dystopisch gedeutet werden. Sie zeigt aber plastisch auf, in welchem konstanten Dilemma sich das liberale Recht befindet, das eine vollkommene Harmonisierung von Individual- und Kollektivinteresse nicht kennt: nämlich im Dilemma zwischen Herrschaftsanspruch und Gleichheitsversprechen.<sup>25</sup> Hier liegt eine der fundamentalen Fragen der bürgerlichen Rechtsphilosophie begründet, die sich sowohl im Verhältnis Recht–Staat als auch im Verhältnis Recht–Moral manifestiert. Denn im Falle der vollständigen Trennung von Recht und Moral „verschmilzt“, so Paschukanis, „infolge der starken Betonung des Moments des äußeren Zwanges das Recht mit dem Staat.“<sup>26</sup> Wenn das Recht dem Staat und damit dem faktischen Zwang entgegengestellt würde, so ergäbe sich eine „Einheitsfront von Recht und Sittlichkeit“.<sup>27</sup> Solange die Herrschaft der bür-

tion of external coercion” are essential aspects of the legal form.<sup>22</sup> The legal form, unlike religion, can no longer justify its claim to rule by appealing to a higher morality, but can only base it on the absolute minimum of formal recognition. This minimum, however, is socially constructed and therefore is not obeyed by its subjects as a matter of course. It is obeyed, rather, only because non-compliance is threatened with punishment. It should be clear by now that criminal law is an essential part of the civil legal system, because Paschukanis sees the observance of legal rules in the present system being rooted solely in the threat of punishment.<sup>23</sup>

In turn, Paschukanis assumes that in a fully developed communist community, where people actually recognize each other as equals, where an orientation toward the collective interest prevails instead of selfish interest, compliance with its rules need no longer be enforced by coercion. In fully developed communism, where individual and collective interest merge completely, so-called “technical rules” should suffice. These would be followed as a matter of course because the appropriateness of their contents would be evident to any rational being.<sup>24</sup> This conception is, of course, idealistic and is open to both utopian and dystopian interpretations. It does reveal, however, the dilemma constantly facing liberal law, which knows no perfect harmonization of individual and collective interest: namely, the dilemma between the claim to rule of law and the promise of equality under it.<sup>25</sup> Here lies one of the fundamental questions of bourgeois legal philosophy, which manifests itself both in the relationship of law to the state and in the relationship of law to morality. For in the case of the complete separation of law and morality, Paschukanis says, “law is merged with the state because of the increased emphasis upon the element of external authoritative coercion.”<sup>26</sup> If law were opposed to the state and thus to de facto coercion, the result would be a “united front of law and morality.”<sup>27</sup> As long as the rule of bourgeois society is secured, “[t]he legal obligation ... wavers eternally between two extreme limits: external coerciveness and ‘free’ moral duty.”<sup>28</sup>

22 Paschukanis (Fn. 2), 144.

23 So beginnt Paschukanis sein letztes Kapitel „Recht und Rechtsbruch“ mit der These, dass der Normbruch historisch und begrifflich vor der Norm existiere, Paschukanis (Fn. 2), 149f.

24 Paschukanis (Fn. 2), 55.

25 Paschukanis (Fn. 2), 138.

26 Paschukanis (Fn. 2), 146.

27 Paschukanis (Fn. 2), 146.

22 Paschukanis (fn. 2), 144.

23 Paschukanis thus begins his final chapter, “Law and Violation of the Law,” with the thesis that the breaching of a norm pre-existed the norm itself, both historically and conceptually, Paschukanis (fn. 2), 149 et seq.

24 Paschukanis (fn. 2), 55.

25 Paschukanis (fn. 2), 138.

26 Paschukanis (fn. 2), 146.

27 Paschukanis (fn. 2), 146.

28 Paschukanis (fn. 2), 147 (trans. J. Watson).

gerlichen Gesellschaft gesichert ist, schwankt „[d]ie Rechtsverpflichtung [...] ewig zwischen zwei extremen Grenzen: der äußeren Zwangsmäßigkeit und der ‚freien‘ moralischen Pflicht.“<sup>28</sup>

IV.  
KAPITEL 5:  
SOZIALSTAAT ALS ELABORiertes  
HERRSCHAFTSSICHERUNGS-  
INSTRUMENT

Die bürgerliche Gesellschaft ist grundsätzlich, so Paschukanis, auf Befriedung der sozialen Konflikte bedacht, weil stabile Verhältnisse die Voraussetzungen eines elaborierten marktwirtschaftlichen Austauschs sind.<sup>29</sup> Zum Funktionieren der liberalen Marktwirtschaft bedarf es sowohl innerhalb eines nationalen Wirtschaftssystems als auch in den internationalen Beziehungen, einer gewissen Stabilität.<sup>30</sup> Diese Stabilität stellt der Sozialstaat her: Indem nämlich Menschen nicht nur das Versprechen gleicher Rechte, sondern auch soziale Leistungen wie einen Mindestlohn oder eine Grundsicherung erhalten, werden sie ruhig gestellt und so kommt es nie zu einem Aufstand gegen die gegenwärtigen (ausbeuterischen) Zustände.<sup>31</sup> In Zeiten, in denen diese Stabilität hergestellt und die staatliche Herrschaft gesichert ist, in Zeiten des ökonomischen Wohlstandes, kann es sich die bürgerliche Gesellschaft nicht nur leisten, soziale Leistungen zu gewähren, sondern auch, Normbrüche milde zu bestrafen, weil sie keine „Angst vor dem Anwachsen der Arbeiterbewegung“<sup>32</sup> haben muss.

Interessant ist an dieser Stelle folgende Bemerkung von Paschukanis aus dem letzten Kapitel „Recht und Rechtsbruch“: Nachdem seit der Aufklärung Strafmethoden der bürgerlichen Gesellschaft zunächst „humaner“ geworden seien, was in der Strafrechtstheorie allgemein als Fortschritt angesehen werde,<sup>33</sup> sei es

„bemerkenswert, dass gerade die letzten Jahrzehnte des 19. Jahrhunderts und ersten Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts in einer ganzen Reihe bürgerlicher Staaten eine merkbare Tendenz zur Wiedereinführung der abschreckenden, qualvollen und beschämenden Strafen ge-

IV.  
CHAPTER 5:  
THE WELFARE STATE AS AN  
ELABORATE INSTRUMENT  
FOR SECURING POWER

Bourgeois society is fundamentally concerned with pacifying social conflicts, according to Paschukanis, because stable conditions are the prerequisites of elaborate market economic exchange.<sup>29</sup> For the liberal market economy to function, a certain stability is required both within a national economic system and in international relations.<sup>30</sup> The welfare state provides this stability: In fact, by giving people not only the promise of equal rights, but also social benefits such as a minimum wage or basic security, they are kept quiet and so there is never an uprising against the present (exploitative) conditions.<sup>31</sup> In times when this stability is established and state rule is secured, often in times of economic prosperity, bourgeois society can afford not only to grant social benefits but also to punish breaches of norms leniently because it does not need to “fear the growth of the labor movement.”<sup>32</sup>

Interesting at this point is the following remark by Paschukanis from the last chapter “Law and the Violation of Law”: After methods of punishment in bourgeois society had initially become ‘more humane’ since the Enlightenment, which is generally regarded as progress in criminal law theory,<sup>33</sup> it is

“remarkable that just the last decades of the 19th century and first decades of the 20th century have brought in a whole series of bourgeois states a clear tendency to reintroduce the deterrent, torturous and shameful punishments. In place of the humanism of the bourgeoisie is the

28 *Paschukanis* (Fn. 2), 147.

29 Vgl. *Harms* (Fn. 5), 57ff.; der folgende Abschnitt stellt einige Grundgedanken der Argumentation dar, die Paschukanis im Kapitel 5 „Recht und Staat“ entwickelt, *Paschukanis* (Fn. 2), 114ff.

30 *Paschukanis* (Fn. 2), 115.

31 Nach *Herbert Marcuse*, *Der eindimensionale Mensch*, 3. Aufl. (1998), 25 passiert dies heute mit den Mitteln der Werbe- und Konsumtionslogik. Die revolutionären Kräfte werden durch die (kurzfristige) Erfüllung „falscher“ Bedürfnisse (wie etwa das Kaufen des neuesten iPhones, den mir die Werbeindustrie signalisiert, dass ich haben muss) narkotisiert und unterdrückt.

32 *Paschukanis* (Fn. 2), 159.

33 *Paschukanis* (Fn. 2), 158.

29 See *Harms* (fn. 5), 57 et seq.; the following section presents some basic ideas of the argumentation that Paschukanis develops in chapter 5 “Law and the State,” *Paschukanis* (fn. 3), 114 et seq.

30 *Paschukanis* (fn. 2), 115.

31 According to *Herbert Marcuse*, *Der eindimensionale Mensch*, 3rd ed. (1998), 25, this occurs today by means of advertising and consumer logic. The revolutionary forces are anesthetized and suppressed by the (short-term) fulfillment of “false” needs (such as buying the latest iPhone that the advertising industry signals I must have).

32 *Paschukanis* (fn. 2), 159.

33 *Paschukanis* (fn. 2), 158.

bracht haben. An Stelle des Humanismus der Bourgeoisie tritt die Aufforderung zur Strenge und zur reichlicheren Anwendung der Todesstrafe.“<sup>34</sup>

In Krisenzeiten nämlich, so Paschukanis, beginne die Fassade zu bröckeln und der Rechtsstaat setze sich, aus Angst vor dem Verlust seiner durch materielle Ressourcen vermittelten Herrschaft, offen als der „politische[...] Machtstaat in Szene“<sup>35</sup>, der er eigentlich ist. Sobald die ökonomischen Interessen der herrschenden Klasse bedroht sind, sei sie jederzeit dazu bereit, just jene „Allgemeinheit des Gesetzes“ zu opfern, die ihr „ethisches Moment“ ausmacht.<sup>36</sup> Dann werde Herrschaftssicherung immer über Humanitätsversprechen, Autorität über Sozialstaatlichkeit und Funktionalität über Inklusion gestellt. In solchen Zeiten sehne sich die bürgerliche Gesellschaft nach „Stabilisierung und einer starken Hand.“<sup>37</sup> In diesen Phasen sei sie jederzeit dazu bereit, ihr Gleichheitsprinzip aufzugeben und stattdessen hart durchzugreifen. Die Gesellschaft schotte sich dann ab, sowohl nach innen als auch nach außen, ziehe sich auf ihre ureigenste Grundlage – die organisierte Klassenherrschaft – in Staatsform zurück. Der Rechtsstaat werde dann zum Machtstaat, zur leeren Hülle, die nicht mehr ist als nackte Gewalt.

„Der Staat als Kraftfaktor in der Innen- und Außenpolitik–dies ist die Korrektur, die die Bourgeoisie an ihrer Theorie und Praxis des ‚Rechtsstaates‘ vornehmen musste. Je mehr die Herrschaft der Bourgeoisie erschüttert wurde, desto kompromittierender wurden diese Korrekturen, desto schneller verwandelte sich der ‚Rechtsstaat‘ in einen körperlosen Schatten, bis endlich die außerordentliche Verschärfung des Klassenkampfes die Bourgeoisie zwang, die Maske des Rechtsstaats ganz abzuwerfen und das Wesen der Staatsmacht als der organisierten Gewalt der einen Klasse über die andere zu entlarven.“<sup>38</sup>

#### V. NACHSPRUCH: RACHE DER VERNACHLÄSSIGTEN RECHTSFORMANALYSE

In späteren Texten wird Paschukanis in Bezug auf den bürgerlichen Staat als reines Herrschaftsinstrument noch deutlicher: Es sei kein Zufall, dass gerade die „sozialen Faschisten“ – als welche in

call for severity and the more widespread use of capital punishment.”<sup>34</sup>

In times of crisis, according to Paschukanis, the façade begins to crumble and the constitutional state, fearing the loss of its rule mediated by material resources, openly presents itself as the “political ... power state”<sup>35</sup> that it actually is. Once the economic interests of the ruling class come under threat, it will readily sacrifice precisely the “generality of law” which constitutes its “ethical moment.”<sup>36</sup> Then securing power always takes precedence over promises of humanity, authority over the welfare state and functionality over inclusion. In such times, he said, bourgeois society craves “stabilization and a strong hand.”<sup>37</sup> In these phases, it is ready at any time to abandon its promise of equality and humanity and instead crack down with a heavy hand. Society then closes itself off, he says, both internally and externally, retreating to its very own basis – organized class power – in the form of the state. The rule of law then becomes a power state, an empty shell that is nothing more than naked violence.

“The state as a force factor in domestic and foreign policy–this is the correction that the bourgeoisie had to make to its theory and practice of the ‘rule of law.’ The more the rule of the bourgeoisie was shaken, the more compromising these corrections became, the more rapidly the ‘rule of law’ was transformed into a disembodied shadow, until at last the extraordinary aggravation of the class struggle forced the bourgeoisie to cast off the mask of the rule of law altogether and to expose the nature of state power as the organized violence of one class over another.”<sup>38</sup>

#### V. POSTSCRIPT: REVENGE OF THE NEGLECTED LEGAL FORM ANALYSIS

In later texts, Paschukanis is even more explicit about the bourgeois state as a mere instrument of domination: It was no coincidence that the “social fascists”–the Soviet Union’s derogatory epithet for

34 Paschukanis (Fn. 2), 159.

35 Bung (Fn. 3), 54.

36 Buckel (Fn. 5), 84.

37 Paschukanis (Fn. 2), 43.

38 Paschukanis (Fn. 2), 131.

34 Paschukanis (fn. 2), 159. (trans. J. Watson).

35 Bung (fn. 3), 54.

36 Buckel (fn. 5), 84.

37 Paschukanis (fn. 2), 43. (trans. J. Watson).

38 Paschukanis (fn. 2), 131. (trans. J. Watson).



der Sowjetunion ab 1928 die Sozialdemokrat:innen abfällig bezeichnet wurden –<sup>39</sup> solch vehemente Fürsprecher:innen des neukantianischen Positivismus seien.<sup>40</sup> Gerade das Völkerrecht, das dogmatisch noch am wenigsten entwickelt sei, in dem also die politischen Interessen der verschiedenen Staaten noch am unverhohlenen zum Ausdruck kommen, offenbare die reine Machtdemonstration am Ursprung des Rechts.<sup>41</sup> Dass das Recht allerdings nicht nur von bürgerlicher Seite aus instrumentalisiert werden kann, sondern auch von sozialistischer Seite, schien Paschukanis in einer intuitiven Weise zu spüren: Bereits 1927 schrieb Paschukanis in seinem Aufsatz *Marxistische Rechtstheorie und der Aufbau des Sozialismus*: “Die extreme Vernachlässigung der [Analyse der] Rechtsform [durch die Sowjetische Rechtstheorie] – sie existiert noch unter zahlreichen Juristen – rächt sich an uns und zwar in der dialektischsten Art und Weise durch die Entwicklung eines sinnlosen Formalismus und Bürokratismus.”<sup>42</sup>

Die Rache der vernachlässigten Rechtsformanalyse sollte weit größer werden, als Paschukanis dies 1927 ahnte und schließlich dazu führen, dass das Recht zum Instrument des Terrors gemacht werden konnte. Stalin bediente sich zur Errichtung seiner (bzw. der angeblich proletarischen) Diktatur nicht nur der bürgerlichen Rechtsform, sondern, wie Kelsen hervorhebt, auch einer der charakteristischen ideologischen Figuren dieser Rechtsform: nämlich der Verherrlichung des Staates als „Vaterland“.<sup>43</sup> Staat und Recht, die in dem Niederschreiben einer Verfassung eine einmalige Symbiose erfahren, wurden benutzt, um die sozialistische Herrschaft zu sichern, genauso wie es nach Paschukanis’ Analyse die bürgerliche Gesellschaft nach ihrer Revolution gegen den Feudalismus tat. Die verfassungsgebende Gesellschaft – egal ob sozialistische oder bürgerliche – sichert sich gegen ihren Umsturz, aus Angst vor einer möglichen Revolution, ab. Hierdurch wird, was vorher als „Befreiung“, als „objektiver Zweck“, als „Gerechtigkeit“ betitelt wurde, zur Einengung, Überwachung und Exklusion. Das Recht hat *for-*

social democrats from 1928 onwards –<sup>39</sup> were such vehement advocates of New Kantian positivism.<sup>40</sup> It is precisely international law that reveals the pure demonstration of power at the origin of law, as it remains the least dogmatically refined, i.e. the political interests of the various states get expressed most blatantly.<sup>41</sup> However, Pashukanis seemed to sense intuitively that law can be instrumentalized not only from the bourgeois side but from the socialist side as well: As early as 1927, Pashukanis wrote in his essay *The Marxist Theory of Law and the Construction of Socialism*: “Extreme disregard for legal form – it still exists among many [jurists] – takes vengeance on us and takes vengeance in the most dialectical manner by the development of senseless formalism and bureaucratism.”<sup>42</sup>

The neglected analysis of the legal form resulted in revenge far greater than Pashukanis had suspected in 1927 and would eventually lead to the law being turned into an instrument of terror. Stalin did not stop at deploying the bourgeois legal form to establish his (or the allegedly proletarian) dictatorship. As Kelsen points out, he also used one of the characteristic ideological figures of this legal form: namely, the glorification of the state as the “fatherland.”<sup>43</sup> State and law, which experience a unique symbiosis in the writing of a constitution, were thus used to secure socialist rule, just as, according to Pashukanis’ analysis, bourgeois society did after its revolution against feudalism. The constitutional society – whether socialist or bourgeois – safeguards itself against overthrow, for fear of a possible revolution. What was previously deemed “liberation,” “objective purpose,” “justice” becomes constriction, surveillance, and exclusion in the process. The law *formally* continued to exist under Stalin, even though the independence of the law had been abandoned and only “dummies of legality”<sup>44</sup> were kept around.

39 Vgl. Bernhard H. Bayerlein, Abschied von einem Mythos: Die UdSSR, die „Komintern“ und der Antifaschismus 1930- 1941, Osteuropa 59 (2009), 125-147, 130.

40 Evgeny B. Pashukanis, The Marxist Theory of State and Law, in: Beirne/Sharlet (Hg), Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law (1980), 273-301, 284: „It is not without reason that the social fascists speak out as such zealous exponents of neo-kantianism [...]“.

41 Evgeny B. Pashukanis, International Law, in: Beirne/Sharlet (Hg), Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law (1980), 168-183, 179: „In critical periods, when the balance of forces has fluctuated seriously, when „vital interests“ or even the very existence of a state are on the agenda, the force of the norms of international law becomes extremely problematic.“. Hierzu auch Pashukanis (Fn. 2), 145, wonach das Völkerrecht auf einem sehr unsicheren Gleichgewicht der Kräfte basiere.

42 Evgeny B. Pashukanis, The Marxist Theory of Law and the Construction of Socialism, in: Beirne/Sharlet (Hg), Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law (1980), 186-199, 193: “Extreme disregard for legal form – it still exists among many [jurists] – takes vengeance on us and takes vengeance in the most dialectical manner by the development of senseless formalism and bureaucratism.”

43 Hans Kelsen, The Communist Theory of Law, Reprint von 1955 (1976), 114 f.

39 See Bernhard H. Bayerlein, Abschied von einem Mythos: Die UdSSR, die „Komintern“ und der Antifaschismus 1930- 1941, Osteuropa 59 (2009), 125-147, 130.

40 Evgeny B. Pashukanis, The Marxist Theory of State and Law, in: Beirne/Sharlet (eds.), Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law (1980), 273-301, 284: “It is not without reason that the social fascists speak out as such zealous exponents of neo-kantianism ...”

41 Evgeny B. Pashukanis, International Law, in: Beirne/Sharlet (ed), Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law (1980), 168-183, 179: “In critical periods, when the balance of forces has fluctuated seriously, when ‘vital interests’ or even the very existence of a state are on the agenda, the force of the norms of international law becomes extremely problematic.” On this point also Pashukanis (fn. 2), 145, according to which international law is based on a very uncertain balance of power.

42 Evgeny B. Pashukanis, The Marxist Theory of Law and the Construction of Socialism, in: Beirne/Sharlet (eds), Peter B. Maggs (trans.), Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law (1980), 186-199, 193.

43 Hans Kelsen, The Communist Theory of Law, Reprint von 1955 (1976), 114 et seq.

44 Buckel (fn. 5), 21.

*mal* unter Stalin weiter existiert, auch wenn die Eigenständigkeit des Rechts aufgegeben und nur noch an „Attrappen der Rechtlichkeit“<sup>44</sup> festgehalten worden ist.

So brauchte es auch unter Stalin noch immer eines (wenn auch im Vorhinein erzwungenen) formalen Geständnisses der Angeklagten im Prozess. Im Prozess selbst musste es aber so scheinen, als würden die Angeklagten „freiwillig“ gestehen. Sollten sie dies aller Drohungen und Folter zum Trotz im Vorfeld des Prozesses im Prozess selbst nicht tun, konnten sie offiziell nicht verurteilt werden. Die Angeklagten hatten also im Moment des Prozesses selbst eine gewisse Freiheit, trotzdem nicht zu gestehen, auch wenn sie diese später, jenseits der Inszenierung von Schauprozessen, mit dem eigenen Leben oder dem ihrer Angehörigen bezahlen sollten.<sup>45</sup> Das Nicht-Geständnis eines Angeklagten galt als großer Misserfolg für die Anklage. Auch deshalb ist die Rolle des Generalstaatsanwalts in der UdSSR, die maßgeblich durch Andrej J. Wyshinskij geprägt wurde, zentral für das Rechtssystem unter Stalin. Das Recht übt also, solange es in einem öffentlichen Schauprozess inszeniert wird, noch einen minimalen Schutzstandard aus, der auf die Forderung nach Konsistenz und Formalität zurückgeht.

Pashukanis selbst, der 1937 als „Volksfeind“ hingerichtet wurde, erhielt noch nicht einmal einen solchen Schauprozess. Er wurde in der Haft zweimal verhört, beim zweiten Mal gestand er. Er wurde, am selben Tag als das knappe Urteil durch das Militärgericht erging, ohne Möglichkeit zur Verteidigung erschossen. Die prozesslose Verurteilung als „Volksfeind“ und die sofortige Vollstreckung des Urteils waren nach dem geltenden sowjetischen Recht „rechtmäßig“.<sup>46</sup>

## VI. AUSBLICK

Die prozesslose Ermordung von Pashukanis illustriert die notwendige Schutzfunktion subjektiver Rechte als Verteidigungsmittel des Individuums

<sup>44</sup> *Buckel* (Fn. 5), 21.

<sup>45</sup> So etwa im Fall von Karl Radek, der es schaffte, Andrej Wyshinskij im Prozess ein Schnippchen zu schlagen und der Todesstrafe zu entgehen. Er wurde „nur“ zu zehn Jahren Zwangsarbeit verurteilt, um dann kurz nach seiner Verurteilung von einem (vermutlich von der Partei beauftragten) Mithäftling erstochen zu werden. Zur ambivalenten Figur von Karl Radek, der im Übrigen auch Geliebter von Larissa Reissner während ihrer Zeit in Berlin war, vgl. näher *Joachim Steffen/Adalbert Wiemers*, Auf zum letzten Verhör: Erkenntnisse des verantwortlichen Hofnarren der Revolution Karl Radek (1977).

<sup>46</sup> *Robert S. Sharlet/Piers Beirne*, Chapter 6: In Search of Vyshinsky: The Paradox of Law and Terror, in: Beirne (Hg.), *Revolution in law* (1990), 136-156, 152: „According to Hazard [*John N. Hazard*, Pashukanis is No Traitor, *The American Journal of International Law* (1957), 385-388], Vyshinsky later said that Pashukanis had violated an article of the criminal code requiring that ‘a person accused under its provisions be found guilty of criminal intent to overthrow the Soviet regime.’ Pashukanis was therefore purged lawfully.”

Thus, even under Stalin, a formal confession (albeit forced in advance) was still needed from the accused at trial. In the trial itself, however, it had to seem as if the defendants were confessing “voluntarily.” If they failed to do so in the trial itself, despite all threats and torture in the run-up to the trial, they could not officially be convicted. Thus, at the moment of the trial itself, the defendants had a certain freedom to not confess nevertheless, even if they must pay for it later, beyond the staging of show trials, with their own lives or those of their relatives.<sup>45</sup> If the defendant did not confess, this was considered a major failure for the prosecution. This is another reason why the role of the Prosecutor General in the USSR, which was largely shaped by Andrei J. Vyshinsky, was central to the legal system under Stalin. Thus, as long as it was staged in a public show trial, the law still exercised a minimal standard of protection based on the requirement of consistency and formality.

Pashukanis himself, who was executed as an “enemy of the people” in 1937, did not even receive such a show trial. He was interrogated twice in custody. The second time he confessed. He was shot on the same day that the military court handed down the rushed verdict, without the opportunity to defend himself. The conviction without trial as an “enemy of the people” and the immediate execution of the sentence were “lawful” under the applicable Soviet law.<sup>46</sup>

## VI. OUTLOOK

Pashukanis’ murder without trial illustrates the necessary protective function of subjective rights as a means of defense of the individual against

<sup>45</sup> For example, in the case of Karl Radek, who managed to outwit Andrei Vyshinsky in the trial and escape the death penalty. He was “only” sentenced to ten years of hard labor, only to be stabbed to death by a fellow inmate (presumably hired by the Party) shortly after his sentencing. On Karl Radek as an ambivalent figure, who incidentally was also Larissa Reissner’s lover during her time in Berlin, see in more detail *Joachim Steffen/Adalbert Wiemers*, Auf zum letzten Verhör: Erkenntnisse des verantwortlichen Hofnarren der Revolution Karl Radek (1977).

<sup>46</sup> *Robert S. Sharlet/Piers Beirne*, Chapter 6: In Search of Vyshinsky: The Paradox of Law and Terror, in: Beirne (ed.), *Revolution in law* (1990), 136-156, 152: “According to Hazard [*John N. Hazard*, Pashukanis is No Traitor, *The American Journal of International Law* (1957), 385-388], Vyshinsky later said that Pashukanis had violated an article of the criminal code requiring that ‘a person accused under its provisions be found guilty of criminal intent to overthrow the Soviet regime.’ Pashukanis was therefore purged lawfully.”

gegen den Zugriff des Kollektivs. Dieses Schutzinstrument ist bislang alternativlos geblieben. Paschukanis wirft im letzten, hier nicht näher betrachteten Kapitel „Recht und Rechtsbruch“ die Frage auf, wie mit Delinquenz in einer vollentwickelten kommunistischen Gemeinschaft, die Staat und Recht überwunden hat, umgegangen werden kann. Er lässt diese Frage – jenseits der je nach Deutung utopischen oder dystopischen Vorstellung, dass es dann gar keinen Normbruch mehr geben wird – letztlich unbeantwortet.<sup>47</sup> Es bleibt damit, auch in einem hypothetischen Kommunismus, das zentrale Problem einer durch verschiedene Individuen konstituierten Gesellschaft bestehen: Wie nämlich, im Falle des Konflikts, individuelles und kollektives Interesse in Ausgleich zu bringen sind. Ob sich dieser Widerspruch jemals auflösen lässt? Wahrscheinlich nicht. Paschukanis’ These vom Absterben des Rechts lässt sich damit vor dem Hintergrund seines eigenen, tragischen Beispiels auch so formulieren:

*Das Recht stirbt ab. Es lebt das Recht.*<sup>48</sup>

the grasp of the collective. There has never been a suitable substitute for this protective instrument. In his final chapter, “Law and the Violation of Law,” Pashukanis does raise the question of how to deal with delinquency in a fully developed communist community that has overcome state and law, which is not considered in detail here. He ultimately leaves this question unanswered – beyond the utopian or dystopian idea, depending on the interpretation – that there will then be no more norm-breaking at all.<sup>47</sup> Thus, even in hypothetical communism, the central problem of a society constituted by different individuals remains: Namely, how to balance individual and collective interest in case of conflict. Will this contradiction ever be resolved? Probably not. Against the background of his own tragic example, Pashukanis’ death of law thesis can thus also be formulated:

*The law is dead. The law lives on.*<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Bung (Fn. 3), 57 f.

<sup>48</sup> Bayer (Fn. 7), 61.

<sup>47</sup> Bung (fn. 3), 57 et seq.

<sup>48</sup> Bayer (fn. 7), 61.