

RECHTSPHILOSOPHISCHE AUFSÄTZE

CSABA VARGA

Publications
of the Project on Comparative Legal Cultures
of the Faculty of Law of Loránd Eötvös University
in Budapest

(H-1364 Budapest V, Egyetem-tér 1-3)

PHILOSOPHIAE IURIS

redigit

Csaba Varga

RECHTSPHILOSOPHISCHE AUFSÄTZE

CSABA VARGA

Budapest

1994

ISBN 963 - 462 - 865 - 6

ISSN 1218 - 0610

© Csaba Varga & original holders

For the realisation of the tasks defined in and thanks to the finances granted by
a number of projects, including the ones offered by
EC PHARE and TEMPUS

AUFSÄTZE

Vorwort	3
[in <i>Rechtsgelung</i> hrsg. Csaba Varga und Ota Weinberger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1986), S. 10-14 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 27)]	
Beiträge zu den Beziehungen zwischen Gustav Radbruch und Georg Lukács	8
[Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, LXVII (1981) 2, S. 253-259]	
Die Entwicklung des rechtstheoretischen Denkens in der Ungarischen Räterepublik	15
1. Die revolutionäre Praxis und ihre Theorie 15 2. Verschmelzung bürgerlicher Traditionen und linksgerichteter Utopismen in der Rechtstheorie der Revolution 17 3. Charakteristika der revolutionären Theorie 26 Anmerkungen 28	
[in <i>Der Kampf der politisch-rechtlichen Auffassungen in der Geschichte und Gegenwart</i> Materialien des multilateralen Symposiums vom 16. bis 18. September 1986 (Berlin/Ost: Institut für die Theorie des Staates und des Rechts 1988), S. 122-136 (Konferenz-Materialien 8)]	
Die Kodifikation und ihr Verfall in der Entwicklungsgeschichte der bürgerlichen Demokratie	30
Anmerkungen 37	
[in <i>Die Krise der bürgerlichen Demokratie und der bürgerlichen Demokratielehren in der Gegenwart</i> 2 (Berlin/Ost: Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR 1978), S. 104-111]	
Rationalitet och rättsens objektifiering Rationaliteten och dess plats i den sociala och den juridiska utvecklingen	38
[„Rationalitet“ och „rationalisering“ är relativt nya begrepp] 38 Rationalitet som mål för rättsobjektifiering 48 Noter 58	
[in <i>Rationalitet i rättsystemet</i> hrsg. Ulla Bondeson (Stockholm: LiberFörlag 1979), S. 84-103 und 221-223]	
Utopi og Kodifikation Utopier om rationaliteten under udviklingen af kodifikationsideen	61
Bentham 64 Den franske revolution 66 Socialistiske kodifikationer 68 Afslutning 71	
[Refsaerd (Århus), (1978) No. 8, S. 72-85]	
Historisches Wesen und aktuelle Bedeutung der Kodifikation	75
[Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, 21 (1979) 1-2, S. 184-190]	
Rechtssetzung als Objektivationsprozesses	82
1. Das Wesen der rechtlichen Objektivation und ihre gesellschaftliche Bedeutung 82 2. Norminhalt und wertender Inhalt in der rechtlichen Objektivation 84 3. Das Problem des Niveaus der rechtlichen Regelung 88 4. Die rechtliche Objektivation als sprachliche Objektivation: Ihre Gebundenheiten und deren Folgen 92	
[in <i>Filosofía del Derecho y Problemas de Filosofía Social IV</i> (México: Universidad Nacional Autónoma de México 1984), S. 91-103 (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios doctrinales Núm. 57)]	
Die ministerielle Begründung in rechtsphilosophischer Sicht	95
I. Die prinzipiellen und geschichtlichen Grundlagen der Herausforderung der ministeriellen Begründungen 96 II. Die möglichen und erwünschten Funktionen der ministeriellen Begründung im sozialistischen Recht 104 III. Die ministerielle Begründung und ihr Wert in der Auslegung der Rechtsnormen 108	

Moderne Staatlichkeit und modernes formales Recht	116
1. Die Klassifizierung als logisches und als gesellschaftswissenschaftliches Verfahren 117	
2. Typologie der staatlichen und rechtlichen Erscheinungen 117	
3. Der moderne Staat und das moderne formale Recht: Frage der Zusammenhänge und Entwicklungsalternativen 119	
[<i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , 26 (1984) 1-2, S. 235-241]	
Leibniz und die Frage der rechtlichen Systembildung	123
1. Aktualität von Leibniz 123	
2. Der Gedanke der universalen mathematischen Methode 125	
3. Die logische Konzeption der Rechtswissenschaft 128	
4. Die geometrische Vision der rechtlichen Systembildung 131	
5. Das Scheitern der Leibnizschen Idee und seine Lehre 134	
[in <i>Materialismus und Idealismus im Rechtsdenken</i> Geschichte und Gegenwart, hrsg. Karl A. Mollnau (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1987), S. 114-127 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 31)]	
Leibniz und die Frage der juristischen System-Gestaltung	137
[<i>Jogtudományi Közlemények</i> , XXVIII (1973) 11, S. 600-608]	
Der Systemcharacter des Rechts	138
I. 1. [Das Recht als ein Mittel zur Vermittlung] 138	
2. [Das Recht als eine praktische Objektivation] 139	
II. 1. [Das Recht als ein dynamisches, praktisches System] 142	
2. [Die Einheit des Rechts] 144	
3. [Die Organisation des Rechts zum System] 145	
III. [Die Entwicklung des Rechtssystems] 146	
IV. 1. [Die systematisch-logische Bearbeitung des Rechts] 147	
2. [Die Gliederung des Rechtssystems] 148	
3. [Das Rechts als ein außerordentlich zusammengesetztes Kontinuum] 148	
[in <i>Struktur- und Systemgestaltung des sozialistischen Rechts und ihr Einfluss auf dessen Effektivität</i> Materialien des V. Berliner rechtstheoretischen Symposiums, hrsg. Karl A. Mollnau (Berlin/Ost: Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR 1984), S. 372-383]	
Die grundlegende Gesellschaftlichkeit der Rechtsanwendung Rechts-schöpfung und Rechtsanwendung im gesellschaftlichen Komplex	150
I. Die Rechtsanwendung als komplexer gesellschaftlich-rechtlicher Prozeß 1. Die Rechtsanwendung als Konfliktlösung und als Realisierung des Rechts 150	
2. Die rechtlichen und nichtrechtlichen Faktoren der Rechtsanwendung 153	
3. Die Dialektik des Allgemeinen und Einzelnen in der Rechtsanwendung 157	
II. Die dialektische Verflechtung der Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung 1. Die gemeinsame Wurzel und gesellschaftliche Determinierung der Normschöpfungs- und Normanwendungsprozesse 159	
2. Das dialektische Zusammenspiel der rechtsschöpferischen und rechtsanwendenden Rechtsentwicklung 162	
3. Der funktionelle Zusammenhang zwischen Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung 163	
[in <i>Einflüsse des Wirkens des Rechts und seiner gesellschaftlichen Wirksamkeit auf den sozialistischen Rechtsbildungsprozess</i> Materialien des IV. Berliner rechtstheoretischen Symposiums, hrsg. Karl A. Mollnau (Berlin/Ost: Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR 1982), S. 288-302]	
Die Rechtsanwendung und ihre theoretische Konzeption	164
[<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i> , LXVII (1981) 4, S. 462-479]	
Über die Rechtsanwendung Ontologische Überlegungen	165
Anmerkungen 172	
[in <i>Die eigenverantwortlich-schöpferische Komponente in der Rechtsanwendung und ihr Einfluß auf die gesellschaftliche Wirksamkeit des sozialistischen Rechts</i> Materialien des VI. Berliner rechtstheoretischen Symposiums, hrsg. Karl A. Mollnau (Berlin/Ost: Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR 1986), S. 376-383 (Konferenz-Materialien, Protokolle, Informationen 1)]	
Rechts und Rechtsverwirklichung "Juristischer Weltbild", Subsumption und Manipulation	173
1. Die Faktoren der Rechtsverwirklichung 173	
2. Recht und Logik: Das Problem der Subsumption und die Manipulation 178	
3. "Juristische Weltanschauung" und die fachliche Ideologie der Juristen 184	
[<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i> , LXX (1984) 2, S. 173-188]	

Hans Kelsens Rechtsanwendungslehre Entwicklung, Mehrdeutigkeiten, offene Probleme, Perspektiven	189
1. Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 189 2. Allgemeine Staatslehre 191 3. Reine Rechtslehre 193 Stufenbautheorie 194 Der konstitutive Charakter der Rechtsanwendung 196 Theoretische Fragezeichen 198 Interpretationslehre 200 Prozedurale Rechtsanschauung? 201 Selbstüberwindung der Reinen Rechtslehre? 204 Und wer wacht über die Bewacher? 206 Die Quellen 207 <i>[Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, LXXVI (1990) 3, S. 348-366]</i>	
Geltung des Rechts -- Wirksamkeit des Rechts	208
Anmerkungen 214 <i>[in Die gesellschaftliche Wirksamkeit des sozialistischen Rechts Probleme ihrer Begriffsbestimmung und Messung, hrsg. Karl A. Mollnau (Berlin/Ost: Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR 1978), S. 138-145]</i>	
Heterogenität und Geltung des Rechts Ontologische Überlegungen zu ihrer Begründung	216
Noten 224 Fußnoten 225 <i>[(Budapest: Institut für Staats- und Rechtswissenschaften der Ungarischen Akademie der Wissenschaften 1985) 10 + 2 Seiten (Ungarisch-Österreichisches Symposium der IVR, "Theorien und Probleme der Rechtsgeltung", Schloß Retzhof/Graz, 3. bis 4. Mai 1985)]</i>	
Hans Kelsens' Reine Rechtslehre -- gestern, heute, morgen	226
<i>[Manuskript, Vorwort aus Hans Kelsen Reine Rechtslehre (1934) in István Bibó's Übersetzung (1937): Tiszta Jogtan (Budapest: Eötvös Loránd Tudományegyetem Bibó István Szakkollégium 1988), S. IX-XVI (Jogfilozófiák/Philosophiae Juris)]</i>	
Für die Selbstständigkeit der Rechtspolitik	232
1. Zusammenhang zwischen Politik und Recht 232 2. Die Rechtspolitik als Vermittler im Verhältnis zwischen Politik und Recht 235 3. Rechtswissenschaft, Rechtspolitik und das Recht des Rechtes 237 4. Erfordernis einer selbständigen Rechtspolitik 242 <i>[in Die rechtstheoretischen Probleme von der wissenschaftlichen Grundlegung der Rechtspolitik hrsg. Mihály Samu (Budapest: Igazságügyi Minisztérium Tudományos és Tájékoztatási Főosztály 1986), S. 283-294]</i>	
Die Gewaltenteilung Ideologie und Utopie im politischen Denken	244
Anmerkungen 250 <i>[in Die bürgerliche Gewaltenteilung Theorie, Gesetzgebung und Praxis, hrsg. Karl-Heinz Röder (Berlin/Ost: Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR 1985), S. 143-149]</i>	
Rechtskultur -- Denkkultur Einführung zum Thema	253
<i>[in Rechtskultur -- Denkkultur hrsg. Erhard Mock und Csaba Varga (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1989), S. 9-13 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 35)]</i>	
[...]	258
<i>[in Zwischen Integration und nationaler Eigenständigkeit Wie findet Europa Zusammen? 96 Bergedorfer Gesprächskreis am 30. und 31. Mai 1992 im Schwarzhäupterhaus in Tallinn (Hamburg: Körber-Stiftung 1992), S. 40 und 83-84 (bergedorfer gesprächskreis zu Fragen der freien industriellen Gesellschaft, Protokoll -- Nr. 96)]</i>	

ZUSAMMENFASSUNGEN / REZENSIONEN

Kodifikationstendenzen im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus	261
<i>[Jogtudományi Közlöny, XXXI (1976) 2, S. 70-80]</i>	
Die späten Kodexe der bürgerlichen Umwandlung und ihre Kodifikationsproblematik	262
<i>[Jogtudományi Közlöny, XXXII (1977) 6, S. 320-329]</i>	

Modernization of Law and Its Codificational Trends in the Afro-Asiatic Legal Development	263
[(Budapest: Institute for World Economics of the Hungarian Academy of Sciences 1976) 45 Seiten]	
[Braun: Otto Broyde <i>Rebels Zeitschrift für ausländischen Privatrecht</i> , 42 (1978) 3, S. 587-588]	263
[Karl Eckhardt <i>Heinz Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i> , LXV (1979) 1, S. 146-148]	265
Die Entstehung der sozialistischen Kodifikation in der Sowjetunion	265
[<i>Jogiudományi Közlöny</i> , XXIX (1974) 10, S. 359-367]	
Das Allseitig-Werden der sozialistischen Kodifikation	265
[<i>Jogiudományi Közlöny</i> , XXX (1975) 1, S. 11-20]	
Die Problematik der Kodifizierung des Rechts	266
[in <i>Rozvoj teorij o sudu a pravu a soucasnost</i> hrsg. J. Blahoz, V. S. Neresjane (Praga: Academia 1988), I. Teil, IV. Kapitel, S. 68-84, S. 304]	
Illusionen in der Entwicklung des Kodifikationsgedanken	267
[<i>Jogiudományi Közlöny</i> , XXXI (1976) 8, S. 434-441]	
Utopien der Rationalität in der Entwicklung des Kodifikationsbegriffs	267
[in <i>Law and the Future of Society</i> ed. P. C. Huley, Eugene Kamenka, Alice Erb-Soon Tay (Wiesbaden: Franz Steiner Verlag 1979), S. 27-41 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 11)]	
Die Kodifikation als gesellschaftlich-historisches Phänomen	267
[(Budapest: Akadémiai Kiadó 1979) 351 Seiten]	
[József Szabó <i>Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht</i> , 32 (1981) 1, S. 123-128]	273
[Georg Brunner <i>Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i> , 46 (1982) 3, S. 579-580]	275
Das Recht und seine Annäherung als System	275
[<i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , 21 (1979) 3-4, S. 295-319]	
Die Heterogenität und Validität des Rechts Versuch einer ontologischen Rekonstruktion	276
[in <i>Rechtsgehung</i> hrsg. Csaba Varga und Ota Weinberger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1986), S. 88-100 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 27)]	
Der "Äussere" und das "Innere" im Recht	277
[<i>Jogiudományi Közlöny</i> , XXXVIII (1983) 11, S. 683-688]	
The Place of Law in Lukács' World Concept	277
[(Budapest: Akadémiai Kiadó 1985) 193 Seiten]	
[Rüdiger Dannemann <i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i> , LXXIII (1987) 2, S. 286-288]	280
[Frank Bruns <i>Zeitschrift für Rechtssoziologie</i> (Berlin/West), 8 (1987) 2, S. 302-304]	282
[Bo Carlsson <i>Tidskrift för Rättssociologi</i> (Lund), 4 (1987) 1, S. 72-75]	285
[Werner Grahn und Irina Lewitschenko <i>Deutsche Literaturzeitung</i> (Dresden), 109 (1988) 1-2, S. 89-92]	287
Anschauungsrahmen der Rechtsanwendungs-forschung -- heute	287
[<i>Jogiudományi Közlöny</i> , 47 (1992) 9, S. 389-394]	
Deskriptivität, Normativität und Askriptivität Ein Beitrag zur Subsumtions/Subordinations-Debatte	287
[in <i>Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik</i> Ungarisch-österreichisches Symposium der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1990, hrsg. Peter Kolter, Csaba Varga und Ota Weinberger (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden GmbH 1992), S. 162-172 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 54)]	
Die nicht-kognitive Natur der richterlichen Tatbestandsfestlegung	288
[<i>Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae</i> , 32 (1990) 3-4, S. 247-261]	
Die europäische Integration und die Selbstständigkeit der nationalen Rechtskulturen	288
[<i>Jogiudományi Közlöny</i> , 47 (1992) 10, S. 442-447]	
Index	289
VIII	

Prof. Dr. Csaba VARGA
Institut für Staats- und Rechtswissenschaften der Akademie der Wissenschaften von Ungarn
(H-1250 Budapest, Postfach 25)
Juristische Fakultät, Loránd Eötvös Universität
(H-1364 Budapest, Egyetem-tér 1-3)

Bibliographie

- A felsőfokú jogi oktatás főbb mai rendszerei* [The main systems of higher legal education today] (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete 1967) 210 Seiten
- A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1979) 351 Seiten;
Codification As A Socio-historical Phenomenon (Budapest: Akadémiai Kiadó 1991) VIII + 391 Seiten
- A jog helye Lukács György világképében* (Budapest: Magvető 1981) 287 Seiten [Gyorsuló Idő]; *The Place of Law in Lukács' World Concept* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1985) 193 Seiten
- Politikum és logikum a jogban A jog társadalomelmélete felé* [Politics and logics in law: Towards a social science theory of law] (Budapest: Magvető 1987) 502 Seiten [Elvek és Utak]
- A bírói ténymegállapítási folyamat természete* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1992) 269 Seiten; *A Theory of the Judicial Process The Establishment of Facts* (Budapest: Akadémiai Kiadó) im Druck
- A jogi gondolkodás paradigmái* Tudományfilozófiai és nyelvfilozófiai bevezetés (Budapest: Századvég) cca. 200 Seiten [Jogfilozófiák]; *Paradigms of Legal Thinking Philosophy of Science and Philosophy of Language Considerations to Law* (Budapest: Eötvös Loránd University "Comparative Legal Cultures" Project) [Philosophiae Iuris]
- Jogantropológia* Két tanulmány [Legal anthropology: Two papers] (Budapest 1993) 68 Seiten
- Law and Philosophy Selected Papers in Legal Theory* (Budapest: Eötvös Loránd University "Comparative Legal Cultures" Project 1994) XV + 530 Seiten [Philosophiae Iuris]
- Etudes en philosophie du droit / Estudios de filosofía del derecho* (Budapest: Eötvös Loránd University "Comparative Legal Cultures" Project 1994) XII + 332 Seiten [Philosophiae Iuris]
- Pravo Teoriya i filozofiya [Law: Theory and philosophy]* (Budapest: Eötvös Loránd University "Comparative Legal Cultures" Project 1994) XV + 281 Seiten [Philosophiae Iuris]
- Összehasonlító jog* Cikk, megközelítések [Comparative law: Articles and approaches] (Budapest: Eötvös Loránd Tudományegyetem "Összehasonlító Jogi Kultúrák" Projektum 1994) cca. 260 Seiten [Jogfilozófiák]
- Transition to Rule of Law Hungary from Communism to Democracy* (Budapest: Eötvös Loránd University "Comparative Legal Cultures" Project) cca. 100 Seiten [Philosophiae Iuris]
-
- Modern polgári jogelméleti tanulmányok* [Studies in contemporary western theories in law] hrsg. – (Budapest: Magyar Tudományos Akadémia Állam- és Jogtudományi Intézete 1977) 145 Seiten

Jog és filozófia Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből [Law and philosophy: Anthology of western theories of law from the first half of the 20th century] hrsg. -- (Budapest: Akadémiai Kiadó 1981) 383 Seiten

Tradition und Fortschritt in der modernen Rechtskulturen IVR 11. Weltkongress, Helsinki 1983, Verhandlungen, hrsg. Stig Jørgensen, Yuha Pöyhönen und -- (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1985) 258 Seiten [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 23]

Rechtsgeltung Ergebnisse des Ungarisch-österreichischen Symposiums der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1985, hrsg. Ota Weinberger und -- (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1986) 136 Seiten [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 27]

Hans Kelsen *Tiszta jogtan* [Reine Rechtslehre, 1934] übersetzt von István Bibó [1937] hrsg. und Vorwort von -- (Budapest: Eötvös Loránd Tudományegyetem Bibó István Szakkollégium 1988) XXII + 106 Seiten [Jogfilozófiák]

Rechtskultur - Denkkultur Ergebnisse des Ungarisch-österreichischen Symposiums der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1987, hrsg. Erhard Mock und --, Vorwort von -- (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1989) 175 Seiten [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 35]

Biotechnologie, Ethik und Recht im wissenschaftlichen Zeitalter IVR 13. Weltkongress, Kobe 1987, Verhandlungen, hrsg. Tom D. Campbell, Robert C. L. Moffat, Setsuko Sato und -- (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1991) 180 Seiten [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 39]

A világ főbb jogrendszerei Jogcsoporthok [Main systems of law of the world: Families of law] hrsg. Gábor Hamza, Pál Horváth, Gábor Bánfalvi, Katalin Szegvári Nagy, Mihály T. Révész und -- (Budapest: Eötvös Loránd Tudományegyetem 1991) 369 Seiten [Összehasonlító Jogtörténeti Tanulmányok]

Carl Schmitt *Politikai teológia* [Politische Theologie, 1922] hrsg. -- (Budapest: ELTE Állam- és Jogtudományi Kar TEMPUS "Összehasonlító Jogi Kultúrák" 1992) xx + 41 Seiten [Jogfilozófiák]

Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik Ungarisch-österreichisches Symposium der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie 1990, hrsg. Peter Koller, Ota Weinberger und -- (Stuttgart: Franz Steiner Verlag Wiesbaden 1992) 185 Seiten [Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 54]

Comparative Legal Cultures hrsg. und Vorwort von -- (Aldershot, Hong Kong, Singapore & Sydney: Dartmouth 1992) xxiv + 614 Seiten [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Series ed. Tom D. Campbell, Legal Cultures 1]

Marxian Legal Theory hrsg. und Vorwort von -- (Aldershot, Hong Kong, Singapore & Sydney: Dartmouth 1993) xxvii + 530 Seiten [The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Series ed. Tom D. Campbell, Schools 9]

Coming to Terms with the Past under the Rule of Law The German Model [advanced edition] hrsg. und Vorwort von -- (Budapest 1994) xiii + 136 Seiten [Windsor Klub]; *Igazságtétel jogállamban* Német dokumentumok, hrsg. und Vorwort von -- (Budapest: Századvég 1994) cca. 80 Seiten [Windsor Klub]

István Losonczy *Egy realiztikus jogfilozófia vázlata / Abriss einer realistischen Rechtstheorie* [1948] hrsg. und Vorwort von -- (Budapest: Századvég 1994) cca. 200 Seiten [Jogfilozófiák]

European Legal Cultures hrsg. Volkmar Gessner, Armin Höland und -- (Aldershot, Hong Kong, Singapore & Sydney: Dartmouth 1994) cca. 500 Seiten [European Law Textbook Series]

AUFSÄTZE

VORWORT

„Rechtsgeltung“ ist ein abstrakter Begriff, der ausschließlich in gewissen Kulturkreisen einen interpretierbaren Sinn, eine praktische Bedeutung hat. Die Begriffswelt der Rechtsgeltung entfaltet sich in Rechtskulturen, in denen das Recht als ein im voraus fixierter Bestand von Normen aufgefaßt und auf geschriebene Texte mit bestimmten Formeigenschaften zurückgeführt wurde. Eine solche Reduktion setzt die Begrifflichkeit des Rechts notwendig voraus, d.h. daß das Recht in Begriffen gefaßt eine abstrakte Form haben muß, durch die es zum Gegenstand von logischen Operationen, Bearbeitungen und auch Weiterentwicklungen gemacht werden kann. Diese Reduktion setzt ferner die Entstehung des Anspruchs voraus, daß alles, was im Namen des Rechts praktisch geschieht, aus diesen Texten mit logischer Notwendigkeit folgen oder zumindest mit Bezug auf eine solche Notwendigkeit ableitbar sein muß. Eine derartige formal-logische Behandlung des Rechts kann nur durch Formalisierung, d.h. durch Einführung bestimmter Formen in das Rechtsleben und durch Verknüpfung des Rechts mit bestimmten Formen der Rechtserzeugung verwirklicht werden. Die Problematik der Rechtsgeltung bleibt daher bei der Mehrzahl der auf nicht-europäischen Boden entstandenen Rechtskulturen sowie beim größten Teil der älteren Entwicklung der europäischen Rechtskulturen von vornherein außer Betracht. Außer den genannten Elementen der rechtlichen Institutionalisierung ist auch eine bestimmte Betrachtungsweise des Rechts nötig, um den Begriff der Rechtsgeltung bei der Absonderung des Rechts von anderen Erscheinungen, bei der Erfassung seiner begrifflichen Identität vernünftig anwenden zu können. Überall also, wo das Recht als eine abstrakt-begriffliche Quelle aufgefaßt wird, wo die systematisch-dogmatische Bearbeitung des Rechts erfolgt, werden die rechtlichen Texte von den nicht-rechtlichen durch – und nur durch – den Begriff der Rechtsgeltung unterschieden. Wo dagegen das Recht als ein konkretes Ergebnis einer gewissen Praxis angesehen wird (z.B. in der englisch-amerikanischen Rechtstradition), hätte es kaum einen Sinn, die Qualität des spezifisch Rechtlichen in Begriffen der Rechtsgeltung erfassen zu wollen.

Es wäre eine besondere Untersuchung nötig, um feststellen zu können, wie der Begriffskult der Rechtsgeltung aus der klassischen deutschen philosophischen Tradition entsprang und wie die Erneuerung der letzteren durch die neukantianische methodologische Richtung die Umgestaltung der Rechtsgeltung zu einem selbstständigen, beinahe fetischartigen Begriff zur Folge hatte.

Wir wissen jedoch: Solange die institutionelle Einrichtung des modernen formalen Rechts und eine Ideologie der juristischen Praxis bestehen, die die inneren Erfordernisse dieser Einrichtung als wirkliche Folgen und geforderte Wirklichkeit verfassen, stellt die Rechtsgeltung den axiomatischen Grundbegriff dieses Systems und seiner Ideologie dar. Sie bildet also den entscheidenden Ausgangspunkt, der es erst ermöglicht, dieses System logisch aufzubauen, als Rechtssystem zu identifizieren und die Erfordernisse und Grenzen seines gesetzmäßigen Funktionierens zu bestimmen. D.h. die Rechtsgeltung hat einen begrifflichen Inhalt, der innerhalb dieses Systems und dieser Ideologie einen Sinn hat. Sie hat dagegen keinen Inhalt, der auch selbständig, unabhängig vom menschlichen Denken existieren würde. So war etwa der skandinavische Realismus bestrebt, gerade diese Mystifikation der Rechtsgeltung als eines angeblich real Existierenden aufzulösen, indem er zeigte, daß dieser 3

Begriff eine logisch leere Klasse darstellt, und indem er versuchte, den Aufbau und die Funktion der Erscheinung des Rechts ohne die Rechtsgeltung und andere wissenschaftlich „kompromittierte“ Begriffe (wie z.B. legislatorischer Wille, subjektives Recht, usw.) vollständig, zusammenhängend und auch theoretisch adäquat zu beschreiben.

Wir können also feststellen: Die Rechtsgeltung ist ein grundlegender systembildender Begriff in Rechtskulturen, zu deren Juristenbildung und ideologischer Tradition die Doktrin des Rechtspositivismus, und zwar besonders die normativistische Variante desselben gehört. Das trifft vor allem für jene Regionen zu, innerhalb welcher das philosophische Denken durch einen Begriffskult gekennzeichnet war, wie er vor allem für die Tradition der klassischen deutschen Philosophie typisch ist. Das sind der europäische Kontinent, Südamerika und große Gebiete Asiens und eine gewisse Ausstrahlung hatten die dafür charakteristischen Fragestellungen auch auf andere Rechtskulturen, so auf England und Amerika. Das erklärt vielleicht auch die starke Verbreitung, die Hans Kelsen in Österreich und – wenngleich auf eine andere Art und Weise – in Ungarn gefunden hat, wobei man wissen muß, daß Kelsens bürgerliches rechtswissenschaftliches Denken auf neukantianischen methodologischen Grundlagen beruhte, deren ungelöste Dilemmas er zu beantworten suchte.

Angeichts der grundlegenden Bedeutung der Rechtsgeltung für unser rechtswissenschaftliches Denken vor dem Hintergrund der für die mitteleuropäische Region typischen philosophischen Tradition war es vielleicht keine unglückliche Wahl, die rechtsphilosophische Zusammenarbeit zwischen Österreich und Ungarn, zweier befreundeter Nachbarländer, die historisch-kulturell eng miteinander verbunden sind, gegenwärtig aber verschiedene Gesellschaftssysteme aufweisen und damit zum Teil auch verschiedene Ideale verfolgen, mit einer Diskussion über Probleme der Rechtsgeltung zu beginnen (vgl. Vilmos Peschka, *Le développement de la théorie du droit en Hongrie après la deuxième guerre mondiale*, in: *Archives de Philosophie du Droit*, 1971, Band XVI, S. 247–254; Csaba Varga, *Current legal theory in Hungary*, in: *Current Legal Theory* 1986, in Druck, und im Spiegel der Bibliographie, vgl. *Hungarian literature of theory of state and law: 1950–1980*, hrsg. Lajos Nagy, Szeged 1980, 202 S.). Es handelt sich hier um eine Zusammenarbeit, die dem offenen Ideenaustausch dient und dadurch auch die wechselseitige Kritik und Überprüfung unserer unterschiedlichen Positionen ermöglicht. Ich betrachte es dabei als eine besondere Ehre, daß der Partner dieser Zusammenarbeit Professor Ota Weinberger, der vormalige Präsident der österreichischen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), ist, der nicht nur ein souveräner Vertreter einer führenden rechtsphilosophischen Richtung unserer Zeit, sondern auch ein charakteristischer Repräsentant der mitteleuropäischen Intellektualität ist, dessen Denken neben der Wiener Schule der Reinen Rechtslehre auch durch die ähnlich orientierte Brünner Schule beeinflusst ist.

Es muß aber darauf hingewiesen werden, daß unsere Diskussion über „Rechtsgeltung in Theorie und Praxis“ nicht darauf abzielt, dem Œuvre von Kelsen Ehre zu erweisen – wie das auch die nachstehenden, für diesen Band umgearbeiteten Studien zeigen. Ebenso wenig wird versucht, die früher virulenten neukantianischen Fragen erneut zu diskutieren. Es ging in unserer Diskussion vielmehr vor allem darum, die heutigen Inhalte, Bedeutungen und Funktionen des Begriffs der Rechtsgeltung durch ontologische, wissenschaftsphilosophische und gesellschaftstheoretische Rekonstruktionen zu klären. Das Hervortreten von soziologischen und politischen Gesichtspunkten weist zugleich auf eine starke Auflösung dieses Begriffs hin.

Denn sowohl die These des fiktiven Charakters der Rechtsgeltung als auch der Versuch, sie durch Termini wie Gesellschaftlichkeit und politische Institution, Zusammenhang mit gesellschaftlichen Werten und nicht-rechtlichen Normensystemen, Legitimation, Partizipation oder Demokratie zu erfassen, enthüllen wirkliche Dilemmas und Schwierigkeiten, die die zukünftige Entwicklung ahnen lassen. Diese Dilemmas bestehen wirklich, weil sie nicht einfach aus der Form der wissenschaftlichen Untersuchung erwachsen. Zahlreiche Indizien weisen darauf hin, daß wir uns in der Rechtsentwicklung einem Typenwechsel nähern, nämlich der allmählichen und zumindest partiellen Überwindung jener Rechtsvorstellung, die von einer rein formalen Bestimmtheit des Rechts und einer strikten Absonderung desselben vom Nicht-Rechtlichen ausgeht und für die die Reduktion des gesellschaftlichen Beziehungssystems des Rechts auf einen formellen Regelkonformismus charakteristisch ist. Durch diese Entwicklung werden aber auch die institutionellen und ideologischen Grundlagen erschüttert, die die Begriffskultur der Rechtsgeltung in ihrer ursprünglichen Form historisch hervorgebracht haben.

Die Wissenschaftler kleiner Länder, die verhältnismäßig geschlossene Traditionen haben, brauchen m.E. in besonderem Maße einen äußeren Ideenaustausch. Zur Zeit der Monarchie waren die Voraussetzungen für einen solchen Gedankenaustausch zwischen Österreich und Ungarn natürlicherweise gegeben. So konnte es innerhalb des Gebietes der Monarchie so verschiedene Denker wie Baltasar Bogi-šić (Zagreb) und Eugen Ehrlich (Czernowitz) geben, um nur zwei charakteristische Denker zu erwähnen. Aus Pozsony (Preßburg, heute Bratislava, Tschechoslowakei), der ehemaligen ungarischen Krönungshauptstadt, deren Universität nach dem ersten Weltkrieg nach Pécs übersiedelte, konnte man noch im Laufe eines Tages mit der Lokalbahn nach Wien und zurück fahren. Wir wissen aus dem uns erhaltenen Tagebuch von Bódog (Felix) Somló (1873–1920), des Verfassers der „Juristischen Grundlehre“ (Leipzig 1917), daß man auch aus einer anderen großen Universitätsstadt, Kolozsvár (Klausenburg, heute Cluj-Napoca, Rumänien), von heute auf morgen sorglos nach Wien fahren konnte, ohne eine Staatsgrenze zu überschreiten, um mit Wiener Kollegen Gespräche zu führen. Obwohl die Neugestaltung der Staaten nach dem ersten Weltkrieg auf die Zerstörung des bestehenden Systems abzielte, wirkte sich das auf die geistigen Beziehungen so aus, daß sie dadurch zwar eingeschränkt, jedoch nicht aufgehoben wurden. So hielt etwa Hans Kelsen, der noch als Wiener Professor tätig war, am 18. November 1929 eine Vorlesung vor der Rechts- und Sozialwissenschaftlichen Sektion des Wissenschaftlichen Verbands der Freunde der Elisabeth-Universität zu Pécs; auch wurden aus seinen Werken mehrere selbständige Schriften sowie Studien in Zeitschriften publiziert. Wie ferner die ganze ungarische Fachliteratur dieser Zeit, die Korrespondenz zwischen führenden Rechtsphilosophen und sehr viele dedizierte Exemplare in ihren nachgelassenen Bibliotheken bezeugen, waren österreichische Gelehrte – wie z.B. Karl Petraschek, M. Stockhammer, Rudolf Aladár Métall, Adolf Merkl oder Alfred Verdross – durch ihre Werke und ihre intellektuelle Wirkung im ungarischen rechtsphilosophischen Denken gegenwärtig. Auf der anderen Seite kann man feststellen, daß auch die zwei führenden ungarischen Rechtsphilosophen, Gyula (Julius) Moór (1888–1950), der Schüler und Nachfolger von Somló, und auch der zur Emigration gezwungene und als Professor an der New School of Social Research in New York verstorbene Barna Horváth (1896–1973), nahezu alljährlich Arbeiten in der Wiener „Zeitschrift für öffentliches Recht“ publizierten und außerdem für die Festschriften zu Ehren von Kelsen (1931) und für Verdross (1959) Beiträge lieferten. Auch von zwei Schülern Horváths, die ebenfalls in der genannten Zeitschrift veröffentlicht haben,

ist zu sagen, daß sie während ihrer Wiener Lehrjahre als Teilnehmer an den Seminaren von Verdross eine für ihr ganzes Leben prägende intellektuelle Beeinflussung erfahren haben: das waren István Bibó (1911–1979), der nach dem zweiten Weltkrieg die bis heute aktuellen Fragen des ungarischen politologischen Denkens in klassischer Weise formulierte, und József Szabó (geb. 1909), dessen Lebenswerk infolge seiner Zwangspensionierung leider ein Torso bleiben mußte (vgl. Barna Horváth, Die ungarische Rechtsphilosophie, in: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 1930, Band XXIV, Heft 1, S. 38–85; Imre Szabó, *A burzsoáz állam-és jogbölcsélet Magyarországon* [Die bürgerliche Staats- und Rechtsphilosophie in Ungarn], Budapest 1955, Kap. IX, S. 414–493; Tibor Hanák, *Az elfelejtett reneszánsz: A magyar filozófiai gondolkodás századunk első felében* [Die vergessene Renaissance: Das ungarische philosophische Denken in der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts], Bern 1981, S. 225–232).

Die ungarische Sektion der IVR möchte diese und andere Fäden der vielfältigen fachlichen Verbindungen zwischen Österreich und Ungarn nicht aus den Augen verlieren. Es ist daher geradezu von symbolischer Bedeutung, daß es ihr bei ihrer Suche nach den unter den gegenwärtigen Bedingungen überhaupt erstreichbaren Formen der Zusammenarbeit gelungen ist, gerade mit der Österreichischen Sektion in Verbindung zu treten und es ist zu hoffen, daß sich diese Zusammenarbeit über den Rahmen rein persönlicher oder universitärer Beziehungen, über die Übersetzung klassischer Werke, die zum gemeinsamen geistigen Erbe unserer Länder gehören, und über den gelegentlichen Austausch von Publikationen hinaus fortsetzen und institutionalisieren läßt. Ich bin der Meinung, daß diese Zusammenarbeit und ähnliche Formen der bilateralen Kooperation im Rahmen der IVR viele weitere, wenn vielleicht auch vorläufig noch nicht sichtbare Möglichkeiten enthalten. Sie können zwar sicherlich nicht mit den ordentlichen und außerordentlichen Weltkongressen und gelegentlichen internationalen Veranstaltungen der IVR konkurrieren; aber gerade weil sie die Möglichkeit von Diskussionen schaffen, die infolge der verhältnismäßig geringen Zahl von Teilnehmern einen persönlichen, kollegialen Charakter haben und somit vielseitige Überlegungen und einen wirklichen Ideenaustausch ermöglichen, stellen sie eine wichtige Ergänzung der übrigen Veranstaltungen dar.

Das diesem Sammelband zugrundeliegende Symposium hat bewiesen, daß der Dialog zwischen philosophischen Traditionen mit verschiedenem ideologischen Hintergrund und zum Teil auch mit verschiedenen wissenschaftsphilosophischen und methodologischen Voraussetzungen im Falle einer wirklichen Diskussion nicht zur bloßen Proklamation einseitiger Standpunkte führt. Ein solcher Dialog verlangt aber von jedem Teilnehmer, die Grundelemente seines Gedankensystems offen darzulegen und die Kette seiner Beweisführungen, Rechtfertigungen und Argumentationen in jedem Segment logisch lückenlos aufzubauen. Denn gerade bei solchen Auseinandersetzungen stellt es sich heraus, daß unsere Evidenzen nur für uns selbst auf der Hand liegen und genau besehen eigentlich geschichtsphilosophische Voraussetzungen sind, daß unsere Gedankengänge vielfach durch Vereinfachungen gekennzeichnet sind, die sich vielleicht aus einem ideologischen oder wunschgeleiteten Denken heraus ergeben und daher von anderen Ausgangspunkten aus gesehen möglicherweise als unbegründet erscheinen. Gelingt es dagegen im Zuge des gemeinsamen Nachdenkens, der Erörterung von Problemen und der philosophiegeschichtlichen Rekonstruktion zu Ergebnissen von universeller Allgemeinheit zu gelangen, so kann man den Dialog als erfolgreich betrachten und das menschliche Denken wurde bereichert.

6 An dieser Stelle möchte ich der Österreichischen Sektion der IVR, insbesondere

aber der Grazer Sektion und vor allem Professor Weinberger, der eine in der Sache unerbittliche wissenschaftliche Strenge mit einem Sinn für Humor harmonisch in sich vereinigt, dafür danken, daß sie uns in und um Schloß Retzhof bei Leibnitz ideale Bedingungen für die Diskussion, für das Weiterdenken von Problemen und unserer persönlichen Standpunkte, für die Steigerung der Problemsensibilität bei uns allen und für die Erweiterung unseres Horizonts geschaffen haben. Ich danke auch dem Franz Steiner Verlag, Wiesbaden, dafür, daß er die Veröffentlichung der Akten dieser Veranstaltung, die zwar vielleicht als ein lokales Ereignis erscheinen mag, die aber dennoch die grundlegende Zielsetzung der IVR in idealer Weise verwirklicht hat, im Rahmen der Beihefte des ARSP ermöglicht hat.

Budapest, im Juli 1985

Csaba Varga
Sekretär der Ungarischen
Sektion der IVR

Beiträge zu den Beziehungen zwischen Gustav Radbruch und Georg Lukács

VON CSABA VARGA, BUDAPEST

Heute ist es bereits wohl bekannt, welch gärende Wirkung das Studium in Deutschland und seine dortigen Begegnungen in der denkerischen Entwicklung des 1885 geborenen *Georg Lukács* gespielt haben. Ab 1906 verweilt er hauptsächlich in Berlin, wo auf ihn *Georg Simmel* und sein Aussprachezirkel einen entscheidenden Einfluß ausübt. Hier lernt er auch *Ernst Bloch* kennen, der ihn im Winter 1911/12, gelegentlich ihrer Begegnung in Florenz, überredet, seine Studien in Heidelberg fortzusetzen. Ab 1912 verbringt *Lukács* tatsächlich zwei Jahre in Heidelberg und setzt seine dortigen Besuche auch nach dem Krieg fort. Sein größtes Erlebnis ist *Max Weber* und jene Denker, mit denen er – hauptsächlich durch *Weber* – Bekanntschaft macht. Einer von ihnen ist *Gustav Radbruch*. Vorliegende Abhandlung befaßt sich – aufgrund der im *Lukács-Archiv* und Bibliothek (betreut durch das Philosophische Institut der Ungarischen Akademie der Wissenschaften) verwahrten, in der Bundesrepublik Deutschland wie auch auf dem Gebiete der mit *Radbruch* zusammenhängenden Forschungen bislang unbekannten Dokumente – mit der Wirkung, die *Radbruch* auf *Lukács* ausgeübt hat¹.

Unter den Freundschaftsbeziehungen von *Lukács* war seine Beziehung zu dem sieben Jahre älteren *Radbruch* vielleicht die markanteste, jedoch ihrem späteren Verlauf nach die am meisten widerspruchsvolle. *Radbruch* war ein Denker, der in evangelischer Umgebung aufgewachsen ist und bekannt als einer, der sich zur Sozialdemokratie angezogen fühlte und sich zur relativistischen Rechtsphilosophie bekannte. Er war einer der ersten, der nach der Nazi-Machtübernahme seinen Lehrstuhl verloren hatte. Doch fühlte er sich persönlich betroffen und auch theoretisch verantwortlich dafür, daß sich der Juristenstand so bedingungslos und ohne jedweden Anstoß dem neuen Regim anpaßte. Dies war der Umstand, der *Radbruch* mit *Lukács* zusammenbrachte und für die Entwicklung dieser beiden auch separat voneinander bestimmend war. „Denn damals war in Heidelberg ein Kreis gleichgesinnter Gelehrter tätig, der seinesgleichen nicht oft findet: Windelband (später Rickert), Jellinek, Max Weber, Gothein, Troeltsch, Lask“².

Ihre Verbindung ist im Vorwort des ersten wirklich selbständigen rechtsphilosophischen Werkes von *Radbruch*, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (Leipzig,

¹ Die publizierten Briefe kamen im vergangenen Jahrzehnt aus dem sogenannten „Heidelberger Koffer“ zutage und gelangten in den Besitz des *Lukács-Archivs* und Bibliothek (LAK). Für die mit denselben zusammenhängende Forschungsarbeit schulde ich der früheren Leiterin des *Lukács-Archivs* und Bibliothek, Frau Katarine Lakos, für die Genehmigung der Verwendung derselben dem urheberrechtlichen Rechtsnachfolger von *Lukács*, Herrn Professor *Ferenc Jánossy* Dank.

² Lebensbeschreibung von Dr. Gustav Radbruch. . . (1945), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, hrsg. v. Arthur Kaufmann, Göttingen, 1968, S. 22.

1914), verewigt. *Radbruch* schreibt hier folgendes: „Daß sein Verfasser sich entschloß, seine Gedanken schon jetzt in skizzenhafter Form vorläufig festzulegen, hat er an erster Stelle dem ermutigenden und anregenden Zuspruch des Herrn Dr. Georg v. Lukács in Heidelberg zu danken“.

Einige in der letzten Zeit aufgetauchte Stücke ihrer Korrespondenz gewähren von dieser Wirkung ein sehr klares und vertrautes Bild.

Ein Brief aus Bellaria, datiert um den 10–12. September 1913, weist bereits auf ein gutes Verhältnis hin, das schon auf eine gewisse Vergangenheit zurückblickt:

„Lieber Herr Radbruch,

...

Besten Dank für Ihre Nachrichten. Es freute mich, daß Sie einen guten Anfang der Sommer hatten. Hoffentlich geht es weiter auch gut; sowohl für Sie, wie für das Buch, dem gegenüber ich eine fast persönliche Teilnahme empfinde.

...

Mit herzlichen Grüßen

Ihr

G. v. Lukács“

Der nächste Brief – dem Poststempel nach vom April 1914 – läßt darauf folgen, daß *Lukács* „eine faßt persönliche Teilnahme empfindet“, die seiner, den philosophischen Relativismus bereits in sich bergenden, einer eingehenderen Untersuchung würdigen, denkerischen Entwicklung zugeschrieben werden kann.

„Lieber Herr Radbruch,

bitte fassen Sie es nicht als Interesselosigkeit von mir auf, daß ich Ihnen so lange nicht schrieb; zuerst wollte ich Ihre Buch lesen, dann kamen die verschiedenartigsten Hindernisse . . . dazwischen.

Ihr Buch habe ich mit sehr viel Freude und Belehrung gelesen. Ich finde, daß alle Ihre Bedenken gegen die Herausgabe des Buches gänzlich unbegründet waren. Alle Hauptgedanken kommen in großer Klarheit und Reinheit heraus – und wenn Sie vielleicht weniger auf „*Liberatus*“ eingehen, als Sie es wollten, wenn einige Darstellungen fremder Systeme (z. B. Hegels) auch tiefer gefaßt werden könnten, so sind das Sachen die in einer zweiten Auflage spielend ergänzt werden könnten. Das Wichtigste ist, daß das Buch in seinen originellen Gedanken auf sehr festen Füßen steht. Was mich methodisch am meisten interessiert hat – Sie entsinnen sich noch aus der Vorlesungszeit – die verschiedenen, gleichwertigen Systeme der Rechtsphilosophischen Orientierung und der Rechtsgestaltung gefallen mir jetzt vielleicht noch mehr wie in den Vorlesungen. Es wäre ein Privatwunsch von mir (der sich garnicht auf Ihr Buch bezieht, ja dessen seine Oekonomie sprengen würde) daß Sie einmal, vielleicht essayistisch – diese verschiedene Systeme noch ausführlicher darstellen, damit bei verschiedenen Axiomen, Maximen und dementsprechenden verschiedener Subaltlichkeit, die Gleichheit und Gleichwertigkeit ihrer letzten Grundlage ganz sichtbar an Tage träte und damit die absolute Notwendigkeit Ihrer Relativismus und dessen Folge der metaforistischen Entscheidung offenbar werde. Freilich ist dies in dem Buche selbst hinreichend überzeugend gestaltet; es ist dies nur ein Privatwunsch von mir – zur eigenen Belehrung; und zur Förderung meiner methodischen Untersuchungen. Über den Rest

zur des Buches haben wir ja vor den Vorlesungen ausführlich gesprochen. Der Schluß, den ich aus den Vorlesungen nicht kannte, gefiel mir sehr gut.

...

Mit herzlichen Grüßen

Ihr freundschaftlichst ergebener

Georg von Lukács"

Nicht bloß diese Briefe³, aber — in indirekter Weise — auch jene Zeilen sprechen über die gärende Wirkung, die Lukács auf die geistige Entwicklung Radbruchs ausübte, mit denen sich Radbruch am 7. Juni 1914 aus Königsberg an Karl Jaspers wandte: „Ich wünsche mir sehr ein Wort von Ihnen über meine Rechtsphilosophie. Ich fürchte: Ihr Schweigen ist eine schweigende Kritik. ... Auch Max Webers Schweigen beunruhigt schon. Ebenso schweigt Lukács, Frau Staudinger, schweigt Windelband. ...“⁴. Ob dieses Schweigen tatsächlich als Kritik aufzufassen ist und inwieweit diese begründet ist, darüber hier zu entscheiden kann nicht meine Aufgabe sein. Jedenfalls ist es interessant, daß die einzige Stelle, wo Felix Somló, Lukács's Professor in Klausenburg (Siebenbürgen), Rechtsphilosoph und Soziologe, in den 1910er Jahren Lukács Freund, in seinem handschriftlichen Tagebuch den Namen Lukács's überhaupt erwähnt, verurteilenden Charakters ist, und vor allem in Hinsicht auf Radbruch. Unter der Jahreszahl 1914 ist nämlich folgende Eintragung zu lesen: „8. Nov. Die neueste deutsche Rechtsphilosophie ist auch angekommen: Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie. ... Es ist sonderbar, daß, laut des Vorwortes, Radbruch seine Gedanken in dieser skizzenhaften Form noch nicht dargeboten hätte, hätte ihn dazu in erster Linie Herr Georg Lukács nicht ermuntert. Die Verantwortung für die Veröffentlichung kann nicht dem Ermunterer zugeschoben werden. Wenn ich mein Werk nicht zur Publikation reif empfinde, würde ich es nicht nur nicht auf Ermunterung von Gyuri Lukács, sondern keines anderen herausgeben. Das Werk ist tatsächlich nicht reif. Erstens ist es in seinem Problemenkreis zu eng. Aber auch in der Ausarbeitung dieser Probleme nicht umfassend genug. Es will auch übertrieben geistreich sein. Es will Probleme durch Esprit lösen. Es werden Widersprüche leichtfertig stehen gelassen. Das ist keine gute Idee. Das ist nicht die Rechtsphilosophie, mit der die deutsche Rechtswissenschaft seit langem schwanger war. Das ist bloß ein Fehlgeburt der Mutter, die einen Messias zur Welt bringen wollte“⁵.

Was die Wirkung Radbruchs auf Lukács betrifft, müssen wir von einer wenn auch nur vorübergehenden, jedoch nicht gering zu schätzenden Rolle berichten. Aus seinen autobiographischen Skizzen⁶ ist es uns bekannt, daß Lukács bereits während seiner Gymnasialzeit mit mehreren Werken der Klassiker des Marxismus Bekanntschaft machte. Diese Bekanntschaft wurde später mehrmals erneuert und vertieft. Solange er aber die philosophische Bedeutung Hegels nicht erkannt-

³ LAK M/307.

⁴ Gustav Radbruch, *Briefe*, hrsg. v. Erik Wolf, Göttingen, 1968, S. 53.

⁵ *Tagebuch* von Felix Somló, 1914–1917, S. 34 f. Országos Széchényi Könyvtár (Nationalbibliothek Széchényi), Handschriftenarchiv, Quart. Hung. 3038/III.

te, wirkte auf ihn auch *Marx*, vor allem als Volkswirt und Soziologe, durch *Simmel* und *Weber* vermittelt. Die marxistische Wirkung war also einstweilen gering und bezog sich auf solche Gebiete des gesellschaftswissenschaftlichen Denkens, deren Rolle zu dieser Zeit noch kaum mehr sein durfte als Zusatzmaterial. Ebendeshalb verdient der Umstand besondere Aufmerksamkeit, daß die erste Schrift von *Lukács*, in der *Marx* meritorisch erwähnt wird, die Kritik der Geschichtsphilosophie von *Benedetto Croce* ist. Sie ist eine soziologisierend vereinfachte Abfassung des Programms des Marxismus, wo *Lukács* die *Radbruch*-Methode als Beispiel hinstellt.

Lukács wünschte in diesem seinem Artikel, mit der neokantianischen Präsupposition der Immanenz des Bewußtseins ringend, zu beweisen: „daß dies vom Inhalt der axiomatischen Setzung der Geschichtswissenschaft abhängt, haben wir oben zu zeigen versucht; wie auch darauf hingewiesen wurde, daß deren Inhalte bei wirklich eingehender, unbefangener und sorgfältiger Analyse eine merkwürdige Parallelität und Beziehung zu gesellschaftlichen Schichtungsverhältnissen, Verschiebungen, äußeren wie inneren Änderungen aufweisen, daß sie sich also zum Gegenstand der Wissenschaft, deren konstituierendes Objekt die Formen der menschlichen Gesellschaft sind, eignen. Daß der historische Materialismus, die bisher bedeutendste soziologische Methode, fast immer zur geschichtsphilosophischen Metaphysik wurde, darf nicht den epochemachenden Wert der ihm zugrundeliegenden, nur bis jetzt noch nicht klar herausgearbeiteten Methode vergessen lassen. In dem, was *Marx* das Ideologienproblem nennt, liegt – freilich seiner metaphysischen Begriffsbildung entkleidet und methodisch reingemacht – der Weg zur Lösung des Problems, das ich hier angedeutet habe: die Erkenntnis, was die durch ihre eigene Axiomatik formell bedingten Setzungen der Wissenschaften des objektiven Geistes notwendig mit konkreten Inhalten erfüllt. Ich verweise hier auf die sehr interessanten Ausführungen *Radbruchs*, der die mögliche Typik der Wertstruktur, das Fundament rechtsphilosophischer Systeme mit der Typologie der parteipolitischen Stellungnahmen in Beziehung bringt und so, bei Beibehaltung der juristischen Immanenz und Allgemeingültigkeit juristischer Kategorien, ihre konkrete Erfüllbarkeit nicht nur aus metajuristischen Quellen herleitet, sondern auch den Punkt aufweist, von dem aus sie begriffen werden kann (Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 96 ff.). Ich muß betonen, daß *Radbruch* das Problem nur von der Seite der Rechtsphilosophie aufwirft und auf seine soziologische Diskussion nicht näher eingeht. Für seine Problemstellung mit Recht; aber mir scheint dennoch, daß er den methodischen Ort, wo dieses Problem liegt, am deutlichsten aufgewiesen hat“⁶.

Wie aus diesen Darlegungen hervorgeht, verwandelte sich dieselbe *Radbrucher* Typologie, die in dem Brief aus dem Jahr 1914 noch als Beweis der „absoluten

⁶ Georg Lukács, *Mein Weg zu Marx*, *Internationale Literatur*, III (1933) 2, S. 178 ff.; Georg Lukács, Vorwort, *Geschichte und Klassenbewußtsein*, Neuwied und Berlin, 1968, S. 11.

⁷ Georg v. Lukács, Croce, Benedetto: Zur Theorie und Geschichte der Historiographie. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1915, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIX (1914), S. 884.

Notwendigkeit“ des Relativismus diene, nunmehr in das Vorgefühl der gesellschaftlichen Determiniertheit der darin enthaltenen konkreten Bewußtseinsinhalte. Die aus der Erkennung der Untersuchung der gesellschaftlichen Zusammenhänge als grundlegendes methodisches Prinzip stammende Anschauungsänderung – zumindest auf der Ebene der Problembestimmung – strahlte auch auf andere Gebiete aus. Sich dieser Periode erinnernd schreibt Lukács: „Die karge und formelle Gegenüberstellung der Legalität und der Moralität wirkte durch Kants Vermittlung . . . lange Zeit hindurch stark auf mich, hat mich aber nie befriedigt“. Es ist klar, daß es sich hier um die gesellschaftliche Gebundenheit gewisser – in einer gegebenen Art objektivierter – Bewußtseinsimmanenzen handelt. Das aber bedeutet nichts anderes, als daß die Inbetrachtnahme des gesellschaftlichen Gesichtspunktes die Kant'sche Methodenlehre – die auf rein logische Unterscheidungen baut – auseinandersprengt. „Der untrennbare Zusammenhang der rein formellen Pflichtmoral mit den praktischen Anforderungen der jeweils herrschenden gesellschaftlichen Lage und Entwicklung, hauptsächlich mit dem jeweiligen Rechtssystem war für mich nur zu klar“⁸. Deshalb widmet er jetzt der Solowjeff'schen Auffassung der gegenseitigen Voraussetzung des Verhältnisses des Rechts und der Moral Aufmerksamkeit genauso, wie auch dem durch Georg Jellinek vertretenen ethischen Minimum⁹. Das ist die Erklärung dafür, daß Lukács bei der Analyse der philosophischen Leistung von Emil Lask jenem Experiment weitgehende theoretische Bedeutung zuspricht, in dem Lask den spezifischen Geltungscharakter des Rechts ausgearbeitet und sein Verhältnis zu den übrigen Sphären festgestellt hat¹⁰.

Die in Heidelberg verbrachten Jahre weisen noch ein bemerkenswertes Moment auf. Dieses Moment wirft nicht bloß auf die damalige ideologische und moralische Gemeinschaft von Lukács und Radbruch Licht, es gibt auch der unmißverständlichen Verurteilung des Krieges auf moralischer Basis ein Gewicht, das mitgespielt haben mag, daß die Ereignisse Lukács binnen eines Jahres zur kommunistischen Partei getrieben haben. Was ich meine ist, daß Radbruch ein kämpferischer Pazifist gewesen ist; seine Taten wurden durch sein „soziales Grundgefühl“ gelenkt¹¹. Ihn sehen wir „als freiwilligen Krankenpfleger im Dienste des Roten Kreuzes, später als Soldaten und schließlich als Offizier an der Westfront“¹², der sein denkendes Ich in den Dienst der Kriegsfeindlichkeit stellte und die Philosophie des Krieges in einer einen entscheidenden Widerhall auslösenden Studie erörterte¹³.

⁸ György Lukács, Előszó (Vorwort), *Utam Marxhoz: Valogatott filozófiai tanulmányok* (Mein Weg zu Marx: Ausgewählte philosophische Aufsätze), Bd. I, Budapest, 1971, S. 14.

⁹ Georg Lukács, Solowjeff, Wladimir: Die Rechtfertigung des Guten. Ausgewählte Werke, Bd. II, Jena 1916, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XLII (1916–1917), S. 978 ff.

¹⁰ Georg Lukács, Emil Lask, *Kant-Studien*, XXII (1918) 4, S. 349 ff.

¹¹ Gustav Radbruch, *Der innere Weg. Aufriß meines Lebens*, Göttingen, 1961, S. 107 ff.

¹² Günter Spindel, *Gustav Radbruch. Lebensbild eines Juristen*, Hamburg, 1967, S. 8.

¹³ Gustav Radbruch, Zur Philosophie dieses Krieges, *Archiv für Sozialwissenschaft*, XLIV (1918).

Kaum hatte *Lukács* diese Schrift gelesen, als er seine völlige Identifizierung ausdrückend schon antwortete:

„Heidelberg, Keplerstraße 28.
11/III. 1917.

Lieber Herr Professor,

...

Ihr Aufsatz hat mich sehr interessiert. Ihnen und darüber zu schreiben ist mir darum nicht leicht, weil ich mit den meisten Ihrer Ausführungen ganz einverstanden bin. Einzelne Sachen wollte ich im Sommer 1915 bevor ich einrücken müsste, in einem unvollendet gebliebenen Aufsatz „Die Intellektuellen und der Krieg“ schreiben. So vor allem, den mir sehr wichtig erscheinenden Gedanken, daß das ganze Problem der „Macht“ eine hypostasierte methodologische Voraussetzung der politischen Geschichtswissenschaft ist; auch Ihre Unterscheidung von „Sinn“ und „Bedeutung“ ist mir vertraut und gehört zu meinen Überzeugungen. Für sehr wichtig halte ich Ihre Auffassung der „Schuld“-Frage und die symptomatische Bedeutung der gegenseitigen Ablehnung der Verantwortung für den Krieg (die durch die Analyse des Zusammenhanges von Krieg und Diplomatie gut vorbereitet ist). Hier liegt in der Tat etwas, das nur diesem Kriege zukommt.

Doch ich sehe: ich schreibe keine Bemerkungen sondern einen Auszug: daraus können Sie ersehen, daß Ihr Aufsatz mir sehr gut gefallen hat. Jetzt, nach einer langen, harten mir liegenden Lektüre ist es mir sogar schwer Differenzpunkte aufzufinden. Doch wenn Sie doch nach Heidelberg kommen, wird ja alles sich im Gespräch anders machen?

...

Ihr

G. v. Lukács“

Radbruchs Antwort hat einen ähnlich warmen und gleichzeitig dankbaren Ton. Auf einer Feldpost-Karte schreibt er am 3. April 1917:

„Lieber Herr v. Lukács,

vielen Dank für Ihren freundlichen Brief. Ihre Bemerkungen zu meinem Aufsatz freuen mich sehr. Man kann für derartige Gesinnungen ja . . . kaum irgendwo Zustimmung finden. Sie kann sich selbst ohne allerlei inneren Widerstand abgewinnen. Nähme nur diese Zeit, die einen zu solcher seelisch zermürbenden Zwiespältigkeit, zu lauten halben Stellungnahmen ständiger reservatio mentalis und protestatio facto contrario nötigt, endlich ein Ende!

...

Allen Heidelbergern herzlichen Grüße, besonders Ihnen
von Ihrem

Gustav Radbruch“

Nach einer solchen Vorgeschichte und einem solchen Briefwechsel¹⁴ wirkt es überraschend – in Kenntnis der Persönlichkeit der Personen und Auseinanderzweigung ihrer Wege aber vielleicht doch auch charakteristisch –, daß danach die ehemaligen Freunde aufhören füreinander zu existieren. Der Name *Lukács* erscheint nachher weder in den zahlreichen Werken *Radbruchs* noch in seinen umfangreichen biographischen Schriften. Dasselbe gilt für *Lukács*. Er erwähnt

¹⁴ LAK M/246/1.

nicht nur nicht mehr *Radbruchs* Namen, er hat nicht einmal soviel für den ehemaligen Berufsgenossen übrig, daß er mit dem bis 1949 lebenden und wirkenden – dazu noch als ein *zuhaus*e gebliebener und *zuhaus*e kämpfender Märtyrer des Faschismus gepriesenen – deutschen Rechtsgelehrten mit encyklopädischem Wissen, mit dem großen rechtsphilosophischen Erzieher von Generationen wieder in Verbindung tritt. Er nahm sich auch nicht die Mühe, daß er nach seiner Rückkehr nach Ungarn, bei der Ersetzung und Entwicklung seiner viel gelittenen Privatbibliothek, die er zielbewußt, durch Inanspruchnahme seiner privilegiert guten Antiquariatsbeziehungen herzustellen versuchte, auch nur eines von *Radbruchs* Werken aufs neue anschaffte.

Csaba Varga
(Budapest)

Die Entwicklung des rechtstheoretischen Denkens in der Ungarischen Räterepublik

1. Die revolutionäre Praxis und ihre Theorie

In allen Revolutionen wird in erster Linie der Kampf um die politische Macht geführt; sie werden entscheidend mit der Waffe der Taten ausgefochten. Gleichzeitig kann im Laufe des revolutionären Kampfes das Wort, die Idee, auch die wissenschaftliche These zur politischen Tat werden, die in der gegebenen Situation als voranbringende oder hemmende politische Tat eingeschätzt wird. Die rechtswissenschaftliche Fachzeitschrift der Räterepublik "Proletárvjag" (im folgenden auch: PJ) drückt das gleich zu Anfang in der Devise aus: "Die Revolution läßt sich mit ihren Gegnern in keine Diskussionen ein, sondern vernichtet sie." (PJ, Heft 2, S. 14)

Die Tatsache, daß auch die engagierten Wissenschaftler während der Kämpfe wichtige praktische Aufgaben übernehmen und daß die revolutionäre politische Atmosphäre fundamentale gesellschaftswissenschaftliche Diskussionen weniger begünstigt, ist sicherlich der Grund dafür, daß im Verlauf des revolutionären Kampfes meistens keine fachwissenschaftliche Begründung und Darlegung der dem Klassencharakter und dem Geist der revolutionären Ideologie entsprechenden gesellschaftswissenschaftlichen Auffassungen erfolgt. Das bedeutet natürlich nicht, daß sich während des revolutionären Kampfes keine Bestrebungen in Richtung auf eine theoretische Darstellung und Konkretisierung der den revolutionären Lehren entspringenden Thesen zeigen. Da aber in der Revolution alles der revolutionären Praxis untergeordnet ist, kommen auch die theoretischen Auffassungen und Bestrebungen zwangsläufig in ihrer praktischen Form - in ihrer unmittelbaren praktischen Realisierung und ihren Konsequenzen - zum Ausdruck.

Erst nach dem Sieg der Revolution können also die revolutionären Lehren zur Fachwissenschaft werden und in neuen theoretischen Systemen wissenschaftlich zum Ausdruck kommen. Dieser Entwicklungsprozeß hat auch einen wissenschaftstheoretischen Grund,

den Engels in einem Brief an Conrad Schmidt vom 27. Oktober 1890 so formulierte: "Aber als bestimmtes Gebiet der Arbeitsteilung hat die Philosophie jeder Epoche ein bestimmtes Gedankenmaterial zur Voraussetzung, das ihr von ihren Vorgängern überliefert worden und wovon sie ausgeht." (MEW, Bd. 37, S. 493)

Jede neue Wissenschaft übernimmt vor allem in der ersten Phase ihrer Entstehung die Terminologie, die Begriffe und Kategorien und nicht selten sogar einen Teil der Problemstellungen und allgemeineren Thesen ihres Vorgängers. Wenn auch die grundlegenden Gedanken neu sind, das Material, mit dem sie arbeitet und mit dessen Hilfe sie sich artikuliert, ist oft das alte. Es ist eine der kritischsten Phasen der Entwicklung der Wissenschaft, wenn sie in der neuen Gesellschaft ihren formellen Ausdruck finden, sich von den früheren Anschauungen distanzieren und das von ihren Vorgängern hinterlassene Erbe überprüfen muß. Diese keineswegs einfache Aufgabe geht mit zahlreichen Risiken, mit der Akzeptierung von Halblösungen einher, bis sich schließlich die neue Theorie entfaltet und ihre eigenen Konturen annimmt.

Da sich die Ungarische Räterepublik nicht konsolidieren konnte, war auch eine Darstellung der revolutionären Lehren auf fachwissenschaftlichem Niveau und mit hohem Anspruch nicht realisierbar.

Das bedeutet jedoch nicht, daß keine Versuche unternommen wurden, die rechtstheoretischen Gedanken fachwissenschaftlich darzulegen. Die Praxis der Räterepublik beanspruchte eine solche Unterstützung, und die sozialistischen Rechtswissenschaftler versuchten dem Genüge zu leisten. Das Forum dieser Versuche war die an die Stelle der "Jogtudományi Közlöny" getretene, ab 29. März 1919 insgesamt in vierzehn Nummern und im Umfang von mehreren hundert großformatigen Seiten erschienene "Proletárjog" die offizielle Wochenzeitung des Sozialistischen Juristenverbandes. Sie wurde anfangs durch einen Ausschuß unter der Leitung von László Zilahy und ab Juni durch die Propagandaabteilung des Volkskommissariats unter Zoltán Rónai redigiert. Die in der "Proletárjog" veröffentlichten Artikel dienten mit den Tagesereignissen zusammenhängenden propagandistisch-agitatorischen Zielen, machten mit den staatlichen und rechtlichen Institutionen und Gesetzen des jungen Sowjetstaates bekannt, diskutierte rechtliche Probleme sowohl unter dem Gesichtspunkt des geltenden Rechts (de lege lata) als auch der an das zukünftige Recht gestellten gesellschaftlichen

Anforderungen (de lege ferenda). Gleichzeitig behandelten sie auch wissenschaftliche Fragen: Sie versuchten, die Konturen der Rechtstheorie der siegreichen proletarischen Revolution zu klären; und sie versuchten gleichzeitig, die Keime der fachwissenschaftlichen Theorie zu entfalten, die dem neuen Recht entsprach, dessen Grundlagen die Räterepublik im Laufe der 133 Tage ihres Bestehens schuf.

2. Verschmelzung bürgerlicher Traditionen und linkergerichteter Utopismen in der Rechtstheorie der Revolution

Von den ersten Tagen der Räterepublik an war die Frage des Verhältnisses von Demokratie und Diktatur und - damit verbunden - des Klassenwesens des Rechts ein ständig wiederkehrendes Problem. Schon im Geleitwort der "Proletärjog" wurde festgestellt: "Der Terror ist nur ein Zwangsmittel der proletarischen Diktatur, der Macht der Räte, des Willens der werktätigen Millionen, des proletarischen Rechts, das Ziel aber ist die Schaffung der neuen Weltordnung." Ein weiterer Artikel des ersten Hefts mit dem Titel "Demokratie oder Diktatur?" behandelte dasselbe Problem in mitreißender agitatorischer Form und etwas nuancierter (PJ, Heft 1, S. 12). Wir begegnen hier jedoch nicht einer so definitiven Formulierung der Dialektik von Demokratie und Diktatur wie in der damals in Ungarn schon bekannten Leninschen Schrift "Staat und Revolution". Es gab zwar eine einheitliche Auffassung darüber, daß das proletarische Recht der Wille der Arbeiterklasse, des Proletariats, bzw. der werktätigen Millionen ist (PJ, Heft 3, S. 17; PJ, Heft 4, S. 26, usw.). Hinsichtlich des Verhältnisses von Demokratie und Diktatur kam es jedoch zu keiner Klärung. Vielleicht kommt dieses Problem in der folgenden Zusammenfassung zum Ausdruck, die in der "Proletärjog" als Leitgedanke figurierte: "Die Räteregierung ist keine demokratische Regierungsform, sondern die Form der Arbeiterregierung, die ihren Klassencharakter offen zum Ausdruck bringt, ihn mit keinen demokratischen Phrasen verhüllt - aber gleichzeitig ist sie auch eine Regierungsart, in welcher die revolutionäre Arbeiterklasse ihren Willen klar, deutlich und schonungslos gelten läßt." (PJ, Heft 2, S. 16)

Hinsichtlich des Klassenwesens des neuen Rechts wird deutlich gemacht, daß von einer Kontinuität zwischen dem Recht alten und

neuen Typs keine Rede sein kann. Das ist auch in der Nummer von Anfang April zu lesen: "Es gibt keine Rechtskontinuität! Es gibt die proletarische Diktatur!" (PJ, Heft 2, S. 14) Diese Meinung bekräftigt auch der spätere Leitartikel "Das Gestern und das Morgen": "Einen Übergang, eine Rechtskontinuität, gibt es in der revolutionären Umwälzung nicht ..." (PJ, Heft 4, S. 25) Interessanterweise hat Kálmán Földesi in seinem Artikel über die Konturen des Strafrechts des Staates der Proletarier die Diskontinuität bezüglich des politischen Inhalts des Rechts früher und zugleich auch differenzierter als die Verfasser der vorstehend genannten Beiträge aufgeworfen. Er stellte hier fest, daß das differenzierende Grundprinzip des neuen Strafrechts die Verteidigung einerseits der Klassenmacht der Proletarier und andererseits der Wirtschaftsordnung neuen Typs bedeutet. In der Frage der Kontinuität auf den vom Klassenaspekt aus scheinbar neutralen Gebieten war er jedoch verunsichert: "Auf den vom Strafrecht betroffenen anderen Rechtsgebieten, z. B. im Hinblick auf Strafhandlungen gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit und auf Sittlichkeitsdelikte, ist es im großen und ganzen mit dem alten Strafrecht identisch." (PJ, Heft 1, S. 6) In der Fortsetzung seines Artikels versuchte er aber bereits zu beweisen, daß eine solche Kontinuität nur die Ausnahme sein kann. Die vorgeschlagene Abschaffung der Strafbarkeit von Abtreibungen hat er z. B. mit der forcierten Gegenüberstellung bekräftigt, daß "der wahre Grund der früheren Bestrafung ... eminentes Interesse der kapitalistischen Klasse war, damit das Angebot auf dem 'Arbeitnehmermarkt' größer wird und dadurch die Arbeitslöhne um so mehr beschränkt werden" (PJ, Heft 3, S. 20).

In den ersten, theoretisch weniger anspruchsvollen, eher propagandistischen, auf die elementaren Richtungen der Suche nach Wegen hinweisenden (und aus diesem Grunde zahlreiche heute bereits naiv erscheinende Problemstellungen enthaltenden¹) Nummern der "Proletárvjag" finden wir nur einen Artikel, der ausdrücklich auf die Theorie Anspruch erhebt: die kurze zusammenfassende Abhandlung von Pál Rott über den "Staat der Arbeit". Er stellt in diesem Beitrag fest, daß "die Veränderung des Wirtschaftssystems die Umgestaltung des ganzen Rechtssystems und der Gesamtheit der moralischen Gesetze nach sich zieht", und ist sich auch dessen bewußt, daß die wirtschaftliche Determination nicht Passivität

des Oberbaus bedeutet. In diesem Zusammenhang verweist er richtig darauf, daß das Wirtschaftssystem neuen Typs eine qualitativ neue Rechtswissenschaft erfordert. Trotz dieser richtigen Folgerungen schließt der Verfasser die Beziehung von Basis und Oberbau kurz: Seiner Meinung nach hat der März, d. h. die Proklamierung der Kommune, "das vorher geltende alte Rechtssystem in Trümmer gelegt und die jahrhundertelange, weitverzweigte Klassenmoral mit einem Schlag zerstört" (PJ, Heft 4, S. 26). Diese illusionistische Meinung, die auch Földesi in seinem obengenannten Artikel teilt (PJ, Heft 2, S. 13), und die ihr entsprechenden politischen Bewertungen² haben jedoch fälschlich die Moral mit den institutionalisierten geltenden Normsystemen identifiziert. Andererseits zeugten sie von einer heftigen Ungeduld.

In der "Proletärjog" war der Kampf gegen die bürgerliche Rechtswissenschaft ein häufig wiederkehrendes Thema. "In der Deutung der mystischen Zeichen des juristischen Abrakadabras bestand das Handwerk des Juristen", lesen wir im Zusammenhang mit der "Liquidierung der alten Organisation der Gerichtsbarkeit" (PJ, Heft 8, S. 55). Dem entsprach auch die summarische Einschätzung von Andor Ustreicher über den "Rechtsschutz", demzufolge "die juristische Arbeit charakteristische Konsequenz der Klassenmacht der Ausbeuter und des anarchistischen Produktionssystems des Kapitalismus war und mit dem Zusammenbruch dieses Systems als Beruf verfällt" (PJ, Heft 1, S. 8). Die Kritik richtete sich gegen die positivistisch-bürokratischen rechtlichen Offenbarungen der ausbeutenden bürgerlichen Klassenmacht und war insofern berechtigt. In ihrer vereinfachten Form führte sie jedoch zu nur oberflächlichen Schlußfolgerungen. Der allgemeinen Auffassung nach war es "die anarchistische Produktionsordnung", die in der Vergangenheit die Entstehung von "komplizierten Rechtsverhältnissen" und eines "verwickelten" Rechtssystems zeitigte (István Földes, "Laienhafte Gerichtsbarkeit und materielle Gesetze", PJ, Heft 7, S. 50). Die revolutionären Rechtswissenschaftler haben also die Kompliziertheit des als Erbe übernommenen rechtlichen Institutionensystems ausschließlich aus der anarchistischen wirtschaftlichen Basis und aus der Absicht, den Klassencharakter des bürgerlichen Rechts zu verschleiern, erklärt.³

Bei der Analyse der juristischen Fachpresse der Ungarischen Räterepublik fällt ins Auge, daß sich ab Heft 6, das am 7. Juni

erschien, der Ton der "Proletärjog" verändert hat. Es begann ein neuer Entwicklungsabschnitt. Um diese Zeit übernahm die Propagandaabteilung des Volkskommissariats für Rechtsfragen unter der Leitung von Zoltán Rónai die Arbeit der Redaktion. Von dieser Zeit an wurden in der "Proletärjog" vor allem theoretische Studien veröffentlicht. Aus dem erst vor kurzem entdeckten Archivmaterial des Volkskommissariats für Rechtsfragen geht hervor,⁴ daß frühere Einschätzungen der Tätigkeit dieses Volkskommissariats als rechtgerichteter Sozialdemokratismus und als Sabotage gegen die Diktatur des Proletariats⁵ heute unbegründet erscheinen. Meines Erachtens fällt in diese Periode der mit vielen Schwierigkeiten einhergehende Versuch, eine neue, sozialistische Theorie zu umreißen. Die Gründe für diese Entwicklung sind vor allem in den der Wissenschaft eigenen Gesetzmäßigkeiten zu suchen.

Der erste und vielleicht bedeutendste Artikel zu theoretischen Problemen, "Rechtswissenschaft in der sozialistischen Gesellschaft" von Zoltán Rónai, enthält gleich zu Beginn die Feststellung: Früher haben die bürgerlichen Rechtswissenschaftler "den Gesichtspunkt ziemlich vernachlässigt: Welche ist die praktischste, welche die zweckmäßigste Lösung. Die juristischen Erklärungen gingen überwiegend nicht vom Ziel des Gesetzes, sondern von dessen sogenanntem Wesen aus." Der Grund war, daß der "alte Richter großenteils positives Recht angewandt hat, während der neue Richter meistens Recht schaffen soll. Der alte Richter war ein die Gesetze anwendender Handwerker. Der neue Richter ist ein wahrhafter Gesetzgeber ... Die als freie Rechtsfindung bezeichnete Richtung wird in der heutigen Justiz in vollem Umfang verwirklicht. Ebendeshalb wird die Frage, was der Inhalt des Gesetzes ist, in ihrer Bedeutung zweifelsohne durch eine andere Frage in den Hintergrund gedrängt: Was soll der Inhalt des Gesetzes sein, was sind die Ziele der sozialistischen rechtlichen Regelung, welche Rechtspolitik müssen wir verfolgen." (PJ, Heft 6, S. 41) Es steht wissenschaftsgeschichtlich außer Zweifel, daß hier von bürgerlichen Richtungen übernommene Kategorien neu formuliert und in neue Zusammenhänge gestellt wurden. Was nun die scheinbare Wiederkehr der zweckforschenden Richtung betrifft, so darf nicht außer acht gelassen werden, daß Rónai die damals aktuellen, im revolutionären Prozeß entstandenen Aufgaben der Rechtswissenschaft berührte und, historisch gesehen, insofern recht hatte,

als in einer Zeit, wo die funktionelle Rolle des Rechts in entscheidendem Maße in den Vordergrund tritt, die Rechtswissenschaft vor allem die unmittelbar durch die Praxis drängend aufgeworfenen Fragen beantworten sollte.

Was hingegen die sogenannte freie Rechtsfindung, d. h. die relative undefinierbarkeit des im Entscheidungsprozeß des Richters anzuwendenden Rechts betrifft, war die Auffassung Rónais für die Rechtsliteratur der Räterepublik im allgemeinen charakteristisch. Bis zum Ende blieb jedoch die schon im März kategorisch formulierte Meinung vorherrschend: "Das heutige Strafrecht ... arbeitet mit möglichst vereinfachten, breite Rahmen garantierenden Tatbeständen; denn die mit minuziöser Genauigkeit durchgeführte Feststellung der Strafhandlungen ... ist überflüssig geworden, bieten ja die Solidarität und das Selbstbewußtsein ... entsprechende Garantien für die Proletarier." (Földesi, PJ, Heft 1, S. 6) Demzufolge "genügt es auch, wenn das neue Strafgesetzbuch sagt: Töte nicht!" (Földesi, PJ, Heft 3, S. 20) Auf diese Weise ist es auch keine Überraschung, wenn bei Sándor Fáti (PJ, Heft 9 - 10, S. 69) von einem "in keine schriftlichen Gesetze gegossenen proletarischen Recht" die Rede ist.

In seinem bereits zitierten Artikel "Laienhafte Gerichtsbarkeit und materielle Gesetze" stellte István Földes von der Propagandaabteilung des Volkskommissariats für Rechtsfragen fest: "Die materiellen Gesetze sind vor allem nicht für die Richter, sondern für die Öffentlichkeit gedacht", und führt dann aus, daß die Produktionsordnung der kommunistischen Gesellschaft planmäßig, einfach und natürlich sein wird und ihr auch eine deutliche und kristallklare Rechtsordnung entsprechen wird. Man wird nicht mehr umfangreiche, talmudistische Kodizes, sondern nur für jeden klar und verständlich formulierte Grundsätze brauchen, deren Konsequenzen ein jeder in den Einzelheiten ziehen kann, und zwar sowohl bei der Lenkung seiner eigenen Handlungen als auch bei der Beurteilung der Angelegenheiten anderer Proletarier. Auf diese Weise wird sich die allgemeine Rechtskenntnisverpflichtung in lebendige Wirklichkeit verwandeln, und es wird keine besondere Juristenkaste, also Fachrichter, vonnöten sein (PJ, Heft 7, S. 50). Ein anderer Artikel vom Juni, der den Standpunkt der Redaktion im Zusammenhang mit der "Liquidierung der alten Organisation der Gerichtsbarkeit" widerspiegelt (PJ, Heft 7, S. 55), bringt die

gleiche Meinung zum Ausdruck. Hier erscheint das Ideal der Gesetzlichkeit als eine bürgerliche Praktik. Das sollte aber vermutlich nicht eine vollständige Mißachtung des Rechts bedeuten, sondern zeigt die Wirkung des damals bereits in ungarisch erschienenen Buches "Der gute Richter" von Magrand, der bei seinen Urteilverkündungen die Gesetze außer acht ließ, wenn z. B. ein Arbeitsloser vor ihm stand, den der Hunger getrieben hatte, Brot zu stehlen. Hieraus folgt natürlich nicht, daß Rónai die in Deutschland und Frankreich wurzelnde, über einen bestimmten politischen und ideologischen Hintergrund verfügende Richtung der freien Rechtsfindung in der Rechtsanwendungspolitik der Ungarischen Räterepublik hätte institutionalisieren wollen. Eher wollte er auf diese Weise unter Verwendung der radikalen Lösungen der Bewegung der freien Rechtsfindung die Eigenarten der bestehenden - und damals für richtig gehaltenen - Praxis charakterisieren. Bleibt anzumerken, daß Rónai in seiner praktischen Tätigkeit der inhaltlichen Genauigkeit und Bestimmtheit der veröffentlichten Gesetze sowie der auch sprachlich neuen Form größte Aufmerksamkeit widmete.

Über Fragen der Rechtsetzung erschienen auch mehrere andere Artikel. Im Beitrag "Rechtsnorm der sozialistischen Gesellschaft" schreibt Andor Hámor (PJ, Heft 6, S. 42), daß "die soziale Aufgabe der Rechtsnorm ... darin besteht, in allen Lebensverhältnissen die besten, fruchtbarsten, wirtschaftlichsten Formen der menschlichen Handlung zustande zu bringen". Dieser Artikel steht in der rechtlichen Literatur der Räterepublik insofern allein da, als er der einzige ist, der die Frage der Rechtssystembildung aufwirft. Seiner Formulierung nach ist das Rechtssystem eine geregelte Gesamtheit der Normen, auf Grund dessen diese "als Bestandteile einer vollkommenen Maschinerie" fungieren können. Der Beitrag von Ernő Kende untersucht im Fragenkomplex "Erziehende Wirkung des Rechts" (PJ, Heft 7, S. 53) die erziehende Funktion im Verhältnis von Recht und Gesellschaft. Seinen interessanten Ausführungen zufolge "sind die Rechtsnormen kausale Bänder, die Tatbestände zusammenschmieden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die verbundenen Tatbestände im Leben zueinander im Verhältnis stehen. Im Gegenteil", so fährt er unter Hinweis auf den künstlichen, rein konstruierten Charakter der Einmischung mit Rechtsnormen in die gesellschaftlichen Prozesse fort, "der

Grund für die Schaffung der Rechtsnorm kann nur darin gesucht werden, daß die Tatbestände sich nicht aus sich selbst ergeben und aus diesem Grunde, um die sozialen Ziele zu erreichen, die sich spontan ergebenden Beziehungen gewährleistet werden müssen." Daraus folgt, daß eine Rechtsnorm, die zu natürlichen Handlungen anregt, eigentlich überflüssig ist und nur die Rechtsnorm einen Sinn hat, die zur Erreichung bestimmter Ziele keine natürlichen Handlungen vorschreibt. Kende zufolge hat also die erziehende Rolle die Funktion, daß sie bei Tatbeständen "quasi natürliche Beziehungen" herstellt, deren Spitze sich "immer auf die Konser-vierung der gegebenen Rechtsordnung" richtet. Die neue Funktion des neuen Rechts wurde auch im Zusammenhang mit der Wirklichkeit der Rechtskenntnis untersucht. Man verwies darauf, daß der bürgerliche "Gesetzgeber die Fiktion aufgestellt hat ..., daß ein jeder den Geist des Gesetzes kennt, obwohl nur jene Klassen die Gesetze und deren Geist kennenlernen, also 'ihr Rechtegefühl' entwickeln konnten, in deren Interesse diese erlassen wurden und deren Interessen und Geist sie entsprungen sind"(Andor Klein "Die Arbeit des Notars", PJ, Heft 2, S. 15). Der früher fiktiven Vermutung der Rechtskenntnis stellten sie deren allgemeine Verwirklichung und idyllische Tatsächlichkeit entgegen (Földes, a. a. O., S. 50).

Im Zusammenhang mit der Rechtsetzung ist auch interessant, daß bereits Anfang April die Frage gestellt wurde, in welchem Maße es angebracht wäre, beim Aufbau neuer Institutionen das sowjetische Beispiel zu beachten. Sollen wir z. B. bei der Schaffung der "Organisation für das Rechtswesen der Räterepublik", so fragt Jenő Kelenyi (PJ, Heft 2, S. 14), die sowjetische Lösung "verwirklichen, oder sind wir imstande, eine dem Geist der Diktatur des Proletariats genauso entsprechende, für die Zwecke der revolutionären Gerichtsbarkeit hingegen vielleicht noch besser geeignete Organisation zu schaffen?" In der Antwort spiegelte sich die soziologische Betrachtungsweise der Rechtsetzung wider, z. B. in der Erkenntnis, daß man die Rechtsetzung von der gesellschaftlichen Wirklichkeit nicht losrennen könne, folglich also nicht nur mit der wirtschaftlich-politischen Lage, sondern auch mit der langsameren Entwicklung des gesellschaftlichen Bewußtseins und sogar mit Überresten des bürgerlichen Bewußtseins rechnen müsse. Im Zusammenhang mit der "Scheidung von Ehen gemäß der neuen Verordnung des Revolutionären Regierenden Rates" konnte

deshalb József Engel schreiben (PJ, Heft 6, S. 43 u. 44), daß bei der provisorischen Regelung "auch berücksichtigt werden soll, daß die ideologische Unterdrückung in der kapitalistischen Produktionsordnung die Hirne auch bezüglich der Institution der Ehe mit einer bestimmten moralischen Auffassung durchdrungen hat, was die Realpolitik nicht außer acht lassen darf". Deshalb "erkennt die Verordnung die einseitige Lösung ... zu Recht nicht an. Die einseitige Lösung würde zwar der sozialistischen Auffassung entsprechen, aber ... es fehlen die wirtschaftlichen Voraussetzungen, die als Grundlage für die Geltendmachung des sozialistischen Standpunktes dienen können." Auf ähnliche Weise zeugt auch die Erkenntnis der Verbindung zwischen der Stabilität des Rechts und der Rechtsbefolgung von einer soziologischen Betrachtungsweise. Seitens der Abteilung für die Vorbereitung der Gesetze weist István Suliky Ende Juni (PJ, Heft 8, S. 59) vermutlich nicht zufällig darauf hin, daß Gesetze erst dann erlassen werden können, wenn die verfügende Macht klare Vorstellungen über deren Grundsätze entwickelt habe. Denn gefährlicher als das Fehlen einer Regelung könne eine wesentliche Veränderung der Normen sein, die das Vertrauen in ihre relative Beständigkeit erschüttere.

Es ist eine beinahe gesetzmäßige Begleiterscheinung des revolutionären Überschwanges, daß auch die Vorstellungen über die unmittelbare Zukunft der Gesellschaft vom Geist der Utopie durchdrungen sind. Ein Leitartikel vom April über den "Willen des Proletariats" (PJ, Heft 3, S. 18) formulierte z. B. das Absterben des Staates als praktische Aufgabe der nahen Zukunft.

Diesen Fragenkomplex berührte auch ein späterer Artikel von Ferencz Szlezák "Über die Erneuerung des Rechts" (PJ, Heft 9 - 10, S. 68 - 69). Er schickt voraus, daß "der Grundsatz der Tätigkeit der neuen Gesellschaft die Freiwilligkeit der menschlichen Handlungen ist" und daß "das Recht durch die Moral begründet werden und Inhalt und Bedeutung gewinnen soll". Die utopistische Denkweise Szlezáks zeigt sich auch dort, wo er den Unterschied zwischen individueller und gesellschaftlicher Nützlichkeit und Interesse in der neuen Moral abgeschafft wissen will. Die seltsamste und komplexeste Publikation in der gesamten rechtlichen Literatur der Ungarischen Räterepublik war der Mitte Juli vom Mitarbeiter der Abteilung für die Vorbereitung der Gesetze des Volkskommissariats für Rechtsfragen Ernő Kende veröffentlichte Artikel "Die Wissen-

schaft der rechtlichen Grundlehren und die Rechtsphilosophie" (PJ, Heft 12, S. 88 - 89). Sein theoretischer Versuch ist insofern interessant, als er offensichtlich die Problemstellung der bekannten juristischen Grundlehre von Felix Somló (Juristische Grundlehre, Leipzig 1917) von der methodologischen Grundlage des Neokantianismus ins Gedankengut des Marxismus hinüberzueretten sucht. Kende stellt fest, daß in der bürgerlichen Rechtsphilosophie schon die Formulierung der Frage nach einem ewig geltenden stabilen Kern im Recht falsch war, denn es kann kein ewig geltendes inhaltliches Ideal in Politik und Rechtsetzung existieren. Andererseits ist hingegen "das Recht nur ein Mittel, das der Sicherung der angestrebten Norm des Zusammenlebens dient". Die Schlußfolgerung kann also nur sehr dürftig sein: "Das einzige, was für den Rechtsetzer ... ein Ideal von ewiger Geltung darstellt, ist die Möglichkeit der Sicherung des sozialen Zusammenlebens - jedoch völlig unabhängig davon, auf welche Weise, mit Institutionen welchen Inhalts dieses Zusammenleben gewährleistet wird." In der Arbeit Kendes fällt die seltsame Mischung des Anspruchs auf Distanzierung von den vorangegangenen theoretischen Auffassungen mit einer beinahe kritiklosen Übernahme der bürgerlichen Fragestellung auf. Man kann einwenden, daß zu einem Zeitpunkt, als sich die Ungarische Räterepublik gerade in ihrer Krise befand, als der Angriff von außen und die innere Konterrevolution die Existenz der proletarischen Macht bedrohten, eine Untersuchung des Weiterlebens der "Rechtsidee", der Frage der "ewigen" Elemente politisch fragwürdig ist. Als eine andere Möglichkeit muß aber angenommen werden, daß die Denkweise Kendes nicht nur als politische Betonung der relativen formellen Kontinuität gedeutet werden kann. Man sollte auch die Vermutung nicht ausschließen, daß der Artikel vielleicht die bestürzte Erkenntnis des normativ-verbindlichen Charakters des sozialistischen Rechts ausdrückte. Seine Aussagen sind auch deshalb von Interesse, weil die praktischen Erfahrungen des sowjetischen Rechts zur Zeit der Kommune in Ungarn ziemlich unbekannt waren. Auf theoretischem Gebiet kämpfte jedoch die sowjetische Revolution um die Lösung desselben Problems wie ihr ungarisches Pendant. Zeitweilig verkündete man hier wie dort im Namen des Marxismus, daß das Absterben des Staates und des Rechts nur eine Frage des Sieges, d. h. die Hoffnung der nächsten Zukunft sei.

3. Charakteristika der revolutionären Theorie

"Das Proletariat kritisiert alles, was sonst kein Gegenstand der Kritik zu sein pflegt, und zusammen mit sich selbst befreit es die Menschheit, die auf Grund der Traditionen das Gewohnte, das Veraltete und gleichzeitig die ewige Sklaverei anstrebt." Diese optimistische und begeisterte Feststellung (PJ, Heft 5, S. 35) kann vielleicht die zerstörende und die konstruktive Arbeit veranschaulichen, die die Ungarische Räterepublik übernommen hatte und die sie in den von politischen und militärischen Kämpfen geprägten 133 Tagen, die ihr zur Verfügung standen, auch größtenteils durchgeführt hat. Es mag wie ein Paradoxon klingen, daß die Räterepublik in der Arbeit der Zerstörung und des Aufbaus den durchschlagendsten Erfolg auf dem Gebiet des Rechts, genauer der Rechtsetzung, erzielt hat. Es ist paradox, weil zur selben Zeit, wo sie in der Ideologie und Theorie das nahe Absterben des Rechts voraussetzte und nach sowjetischem Beispiel das alte Recht verbannte, fast achthundert Rechtsregeln geschaffen und erlassen wurden. Das kann - sogar gemessen am heutigen Überfluß an Rechtsregeln - als eine beträchtliche, einer bürokratischen Betrachtungsweise gar nicht fremde Leistung bezeichnet werden.

Auf dem Gebiet der Theorie sah die Lage anders aus. "Zur Aufklärung des theoretischen Kampfes stand keine Zeit mehr zur Verfügung. Viele nicht diskutierte Vorstellungen, viele bürgerliche soziologische Traditionen und die tiefgreifenden Wurzeln der an bürgerlichen Universitäten erworbenen rechtlichen Betrachtungsweise haben die Entfaltung des Neuen behindert. Das Neue trat nicht glänzend, ausgeglichen und in voller Rüstung wie Pallas Athene auf die Bühne."⁶ Wenn wir die in der "Proletárjog" erschienenen Äußerungen überblicken, bemerken wir, daß sich die Verfasser auf Menger, auf von Liszt, Nietzsche, Bechterew oder auf den von Lenin 1908 im "Materialismus und Empirio-kritizismus" scharf verurteilten Ernst Mach als Quellen beriefen. Und wenn wir die Frage der Terminologie, der Problemstellungen untersuchen, erfahren wir, daß beinahe alle bedeutenderen bürgerlichen Richtungen der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts vertreten waren - mehrfach wurden auch radikalere Gedanken mit bürgerlicher Terminologie zum Ausdruck gebracht. Auch ist selten, daß der Volkskommissar Rónai, der für die Erarbeitung des

im Entstehen begriffenen Rechtssystems der Räterepublik so viel getan hat, in seiner theoretischen Tätigkeit zu überlebten bürgerlichen Richtungen zurückzukehren scheint und in ihnen die Lösung einzelner Probleme der sozialistischen Entwicklung zu entdecken wähnt. Schließlich stellt sich auch die Frage, ob über die Aufnahme politischer Kontakte und die Hoffnung der gegenseitigen Unterstützung hinaus zwischen der sowjetischen Praxis und den ungarischen Improvisationen eine konkrete Wirkung als erwiesen angesehen werden kann. Wir haben keine Angaben, ob in Ungarn die sowjetischen Versuche bekannt waren. Gleichzeitig ist es eine Tatsache, daß auch die Juristen der jungen Sowjetmacht im wesentlichen die gleichen Probleme zu lösen hatten wie ihre ungarischen Genossen. Denn zur schöpferischen Arbeit sind auch entsprechende Bedingungen - reale Möglichkeit der wissenschaftlichen Diskussion, ständige Konfrontation und vor allem Zeit - notwendig. Eine wissenschaftliche Revolution kann nicht allein mit einem Machtwechsel, dem Erlaß von Rechtsakten, spontanen Initiativen der die Revolution tragenden gesellschaftlichen Kräfte vor sich gehen. Infolgedessen kann sie auch nicht allein an der gesellschaftlichen Revolution gemessen werden.

Einerseits ist es ein Faktum, daß die sich in den Spalten der "Proletárjog" äußernden Rechtswissenschaftler im politischen und ideologischen Sinne bei weitem keine homogene Gruppe waren. Außer den Kommunisten spielten auch sozialdemokratische und radikale bürgerliche Rechtswissenschaftler eine Rolle, die der Sache der Räterepublik dienten, jedoch die Grenzen ihres juristischen Denkens nicht überwinden konnten und vielleicht auch gar nicht wollten.

Die Trennung von alten Problemstellungen, der Ausdruck neuer Gedanken auf eine neue Weise kann jedoch nur als Ergebnis eines langwierigen Entwicklungsprozesses gelingen. Der neue Gedanke sucht zuerst - ins Prokrustesbett der alten Kategorien gezwängt - seinen provisorischen Platz, und so kann es auch vorkommen, daß in annähernd gleichen oder ähnlichen Kategoriensystemen gegensätzliche theoretische Auffassungen, Ideologien gegeneinander kämpfen. Die ständige Konfrontation der neuen Gedanken mit den alten Kategorien, dem provisorischen theoretischen System führt langsam zur Entstehung neuer Kategorien und als Rückwirkung zur Modifizierung des Systems und darin des

ursprünglichen Gedankens. All dies ist natürlich nicht nur ein reines Spiel der Gedanken: Ihre Gestaltung wird durch die Konfrontation mit den Tatsachen, den neuen Erfahrungen der Praxis grundlegend geformt. Das theoretische System besteht nicht bloß aus einem Konglomerat von Erkenntnissen, Behauptungen und Äußerungen, sondern aus deren zusammenhängender, logisch geregelter und im Licht der Tatsachen in ihrer Gesamtheit und in Details vielfach kontrollierter, eine bestimmte Qualität bildender Menge. Und dieses System kann nur auf Grund der kontinuierlichen Konfrontation der theoretischen Gedanken miteinander und mit den Fakten der Praxis im Verlauf eines Prozesses entstehen, in dem isolierte Erkenntnisse, fallweise und partielle Behauptungen zu theoretischen Thesen, provisorische Ausdrucksformen zu systembildenden Kategorien, durch diese Kategorien vermittelte theoretische Thesen hingegen zum theoretischen System werden.

Anmerkungen

- 1 Bereits in der ersten Nummer schlug Zsigmond Engel in seinem Artikel "Familienrecht des kommunistischen Staates" unter den "dringendsten und allgemeinsten" Maßnahmen z.B. vor: die Aufhebung des Zölibats - was in einem laizistischen Staat einer Rechtsregelung oder Maßnahme des Staates nicht bedarf (S. 6); die Erzwingung der Stillpflicht beim eigenen Kind durch Androhung von Strafe; die Sozialisierung der Haushalte. Dieser Fragenkomplex breitete sich später auch auf die ausführliche Überlegung technischer Lösungen für die Sozialisierung einzelner Arten der Haushaltsarbeit aus, z.B. Vergesellschaftung der Reinigung der Bekleidung und der Schuhe (S. 30 u. 36-37). Andere traten gegen die Mode, die Unnatürlichkeit, gegen alle für zwecklos gehaltenen Gewohnheiten ein (S. 31), wir begegnen sogar Bestrebungen, das provisorisch begründete Alkoholverbot im Interesse der Beseitigung der mentalen Beschwerden aufrechtzuerhalten (S. 61) oder durch die Auflösung der Großstädte Siedlungen mit höchstens einstöckigen Einfamilienhäusern mit Gärten zu schaffen und diese Siedlungen im Lande möglichst gleichmäßig zu verteilen (S. 87).
- 2 Vgl. z.B. das Material der Enquêtes über den Entwurf zum Familienrecht, besonders zur Frage der Aktualität der einseitigen Scheidung.
- 3 Aus diesem Grunde konnte Földesi (PJ, Heft 2, S. 13) auch im formell-technischen Sinne im neuen Strafrecht eine Entwicklung verzeichnen: Es war in Form allgemeinerer Direktiven abgefaßt und bot so dem Richter großen Entscheidungsspielraum.

- 4 B. Sarló, A Tanácsköztársaság jogrendszerének kialakulása (Entstehung des Rechtssystems der Räterepublik), Budapest 1969, besonders S. 13-51 ff.
- 5 Vgl. vor allem I. Szabó, A burzsoá állam- és jogbölcselet Magyarországon (Die bürgerliche Staats- und Rechtsphilosophie in Ungarn), Budapest 1955, S. 504-507 (und genauso in der zweiten, verbesserten Ausgabe: Budapest 1980, S. 447-450).
- 6 P. Halász, A jogi gondolkodás alakulása a Tanácsköztársaságban (Entwicklung des juristischen Denkens in der Räterepublik), in: Jogtudományi Közlöny, XIV (1959) 2-3, S. 60.

Czaba Varga

Die Kodifikation und ihr Verfall in der Entwicklungsgeschichte der bürgerlichen Demokratie

Die rechtsvereinheitlichende und rechtserneuernde Kodifikation verbreitete sich im Prozeß der bürgerlichen Revolution in all jenen Ländern, in denen die Bourgeoisie über bedeutenden politischen und kulturellen Einfluß verfügte. Trotzdem die Kodifikationsbewegung nahezu Weltausmaß erlangte, reichte ihre Dynamik bloß zu ihrer Verbreitung, aber nicht zu ihrer Selbsterneuerung. Die Kodifikation - mag sie einen revolutionären, die bevorstehende Entwicklung vorwegnehmenden, oder einen lediglich die Früchte der Vergangenheit systematisierend summarisierenden Charakter gehabt haben - versteinerte sich. Das Kodifikationsfieber wurde von einer zweideutigen Nüchternheit abgelöst, und der Schwung der Kodifikation mündete in Enttäuschung.

Was Frankreich, den Träger des klassischen Typs der bürgerlichen Kodifikation, betrifft, so ist bekannt, daß die Entstehung des Code civil als die Apotheose des Rechts gefeiert wurde und deshalb gleichsam als kanonisierter Text zur Anwendung gelangte. Es war dann eine gesetzmäßige Folge, daß in der praktischen Anwendung eine Gesetzesexegese entstand. Der Versuch, das Recht in seiner Gesamtheit und Unmittelbarkeit in die Praxis zu übertragen, setzte die Übereinstimmung der gesellschaftlichen Realität und der zu ihrer Beeinflussung geschaffenen Normenstrukturen voraus, was zumindest von einem utopischen Anspruch zeugte. So wurde die von der aufstrebenden Bourgeoisie proklamierte Gleichheit der Bürger schon durch den Lyoner Arbeiteraufstand von 1831, den Aufstieg der Großindustrie und die Zunahme des beweglichen Eigentums erschüttert. Ferner fügte der Umstand, daß die Arbeiterfrage zu einem akuten sozialen Problem wurde, dem Normenmaterial des Code civil an mehreren Stellen Wunden zu und legte es bloß.

"Die Gesetzlichkeit tötet uns!" - dieser Ausruf der Angst und der Erkenntnis machte nicht nur mit den Gesetzlichkeitsillu-

sionen der Vergangenheit schluß, sondern brachte auch die künftige Entwicklung zum Ausdruck. Die sich in der gesellschaftlichen Realität vollziehende "Auflösung der Allgemeinheit"¹ führte auch zur völligen Rücknahme der im Kodex garantierten Allgemeinheit. Der Klassenkampf, der die zum Imperialismus führende Entwicklung begleitete, bestimmte die Praxis und Realität des Code civil. Der Monopolisierungsprozeß vollzog sich ebenso wie die "Sozialisierung" des Rechts außerhalb des Kodexes, eigentlich im Widerspruch zu ihm. Die Stimmen, die die Revision des Kodexes forderten, mehrten sich. Gerade in der betäubenden Atmosphäre der Jahrhundertfeierlichkeiten wurde als dissonanter Ton der bittere Ruf laut: "Wir haben keinen Code civil mehr"². Gleichzeitig wurde befürchtet, daß eine Rekodifikation infolge des politischen Vorstoßes der Linken und der ständigen politischen Krise leicht zu einer Abrechnung mit der ganzen bürgerlichen Erbschaft des Code civil und zum Mittel des Klassenkampfes werden könnte. Dessen bewußt, betonten die konservativen Kräfte die Bedeutung der "unpersönlichen und von allen tendenziösen Ideen freien", also den verschiedenen Gesellschaftsverhältnissen gleichsam anpaßbaren, Kodifikation und die "Jugendlichkeit" des Kodexes.

Die neuen politischen Kräfte des XIX. Jahrhunderts, die Arbeiterklasse und die Bourgeoisie, waren sich, wenn auch unter antagonistischem Gesichtspunkt, darüber einig, daß der Geist und das Normenmaterial des Code civil infolge der gesellschaftlichen Entwicklung längst überholt waren. Die Spitzenvertreter dieser Überzeugung waren natürlich die, die eine Rekodifikation forderten. Das änderte aber nichts an dem Ergebnis, denn in Frankreich wie in den übrigen Staaten blieb der Kodex unverändert, während die Erosion durch die Rechtspraxis sich fortsetzte. Anstelle der Rechtsschöpfung wurde nun die Gesetzesauslegung zum "Heiligtum". Der Kodex bot dem Richter bis dahin klare Entscheidungskriterien, jetzt aber büßte das kontinentale Recht sein allgemeinstes Merkmal ein. Die Rechtspraxis wurde zum immer ausgedehnteren und selbständigeren Mittel der Rechtsentwicklung, was, als natürliche Folge, die Möglichkeit der Anerkennung kontinentaler Präzedenzfälle als

Rechtsquelle nach sich zog. Dem folgte bald die Erkenntnis, daß die Besonderheit der kontinentalen und angelsächsischen Rechtsinstitutionen relativ ist. Es wurde offen erklärt, daß in der Praxis der Anwendung der Präzedenzfälle die französische und übrige westeuropäische Praxis der orthodoxen englischen Praxis näher stehe als die amerikanische, obgleich die letztere aus dem englischen Recht hervorgegangen ist.³

Nach einer längeren Periode derartiger "Rechtsanwendung" konnte man schließlich nicht mehr umhin, von einer richterlichen Rechtsschöpfung zu reden. Dementsprechend wurde es zur Notwendigkeit, das kodifizierte Recht und das praktizierte Recht als Einheit zu betrachten. Damit verloren die Kodexe aus der Zeit der revolutionären bürgerlichen Umwandlungen die Herrschaft über das Recht und wurden zu Rahmen des Rechts herabgesetzt, die primär einen methodischen Wert hatten. Sie sind nicht mehr die Verkörperung des Rechts, sondern eher seine Einfassung.

Es steht uns fern, diese Erscheinung gleichzeitig auch als Degradierung oder als Ergebnis einer Krise aufzufassen. Dies könnte nur dann berechtigt sein, wenn wir von der Grundlage der klassischen Kodifikation als ausschließlichem und absolutem Wert aus jene Vorgänge betrachten würden. Die Lage ist aber nicht ganz so einfach.

In der gesellschaftlichen Entwicklung des Kapitalismus im XIX. Jahrhundert ist die Kodifikation wie auch seine Überholung in der Rechtspraxis gesetzmäßig, denn beides sind adäquate Ausprägungen verschiedener Perioden einer identischen Entwicklungslinie. Nicht die Verzerrung der bürgerlichen Gesellschaft, sondern deren unablässig logische Weiterentwicklung zum Imperialismus zog die Notwendigkeit nach sich, daß die zu jener Zeit adäquaten rechtlichen Ideale und deren Objektivierung revidiert und den neuen Ansprüchen angepaßt wurden. In dem im wesentlichen bis heute währenden Entwicklungsvorgang, in welchem die Zurücknahme der revolutionären Allgemeinheit als "Abschluß" der Revolution nur den Anfangspunkt setzte, kam notwendigerweise die Tendenz der "Abschaffung-Bewahrung" zustande, die hin-

sichtlich des Kodexes einen "weder mit ihm noch ohne ihn"-Zustand zum Ergebnis hatte.

Die Kodifikation und der Gesetzlichkeitsanspruch waren unzweifelhaft geschichtlich bedingt. Sie waren etwas, das sich an dem revolutionären Allgemeinen beteiligte, ohne selbst allgemein zu sein, was aber auch in dieser allgemeinen Form die Verkörperung einer Partikularität darstellte. Damit stellt sich die Frage, ob die Formel von Marx und Engels, gemäß der "jede neue Klasse genötigt ist ... ihren Gedanken die Form der Allgemeinheit zu geben, sie als die einzig vernünftigen, allgemeingültigen darzustellen"⁴, nicht auch hinsichtlich der rechtlichen Mittel gilt. Bedeutet denn der Gedanke der Gesetzlichkeit und der in der Geschichte wurzelnde Kodifikationsanspruch nicht eben, daß diese Ideale an die geschichtlich umgrenzten Bedingungen gebunden sind? War denn all das, was im XIX. Jahrhundert vor sich gegangen ist, nämlich die Krise der bürgerlichen Gesetzlichkeit und die Auflösung der Kodifikationsfunktion, nicht eine Kausalität? (Wenn auch die Auflösung der Kodifikationsfunktion durch die Krise der Gesetzlichkeit herbeigeführt wurde).

Die Demonstration der geschichtlichen Determiniertheit der Relativität von Ideen und Erscheinungen an dem hier dargelegten Beispiel geschieht nicht zum Zweck der "Begrabung" progressiver Überlieferungen. Die geschichtliche Analyse dient vielmehr dazu, daß sie die Entfaltung dieser Ideen und ihren Umschlag in die entgegengesetzte Richtung in den gesellschaftlichen Zusammenhängen erschließt, um gleichzeitig auch die Bedingungen zu erarbeiten, unter denen diese wieder lebendig werden und als Motore der Weiterentwicklung wirken können. Eben im Interesse einer derartigen richtigen Interpretation müssen wir uns darüber im klaren sein, daß das, was mit dem Rückzug der revolutionären Allgemeinheit stufenweise verschwand, nicht die Gesetzlichkeit selbst gewesen ist, sondern bloß eine Möglichkeit derselben. Das heißt, sie war auch in ihrer ursprünglichen, "reinen" und radikalen Form, in ihrer Eingebürgertheit als universal geltendes Ideal nichts anderes

als eine geschichtliche Partikularität. Da das Recht der gesellschaftlichen Gesamtentwicklung unterliegt, muß es - dem Grad seiner gesellschaftlichen Determination entsprechend - adäquate Ideale und Mittel finden und die alten kontinuierlich abbauend den neuen Bedingungen anpassen. Die Ideale und Mittel der Vergangenheit sollen nicht neu bestätigt, sondern mit der Wirklichkeit konfrontiert, fortlaufend neu kategorisiert und/oder erneuert werden. Wenn dies nicht geschieht, ist auch die fortlaufende Kategorisierung nichts anderes als die Geltendmachung einer abstrakten Forderung und in ihrer letzten Konsequenz eine Sterilisierung der Rechtsentwicklung.

Was im Ergebnis der gemeinsamen Wirkung der Strukturveränderung der bürgerlichen Gesellschaft, der Monopolisierung und der Verschärfung des Klassenkampfes im XIX. Jahrhundert vor sich ging, war auch trotz der Auflösung der bis dahin für ausschließlich gehaltenen Form der Gesetzlichkeit nicht die Aufgabe der "Vernünftigkeit", sondern das zwangsläufige Eingeständnis dessen, daß das Festhalten an dem Text der Kodexe die gesellschaftliche Weiterentwicklung nicht mehr fördert.

Mit der Umwandlung der Kodifikationsfunktion scheint es, als wäre heute eher seine Aufgabe, die Entscheidung, die inhaltliche und formale Organisation zu formen: "Die Paragraphen-Nummern der Kodexe sind oft nur systematische Stellen, wo später dann abgeheftet wird, was die richterliche Praxis schuf, um es später wiederzufinden."⁵ Es möchte scheinen, als herrsche heute in der Praxis der Kodexe die Orientierung, die Andeutung der Richtung der Lösungen, die begriffliche und systematische Umgrenzung, das heißt, als hätten sie eine primär methodische Bedeutung. Die im Textzusammenhang der Kodexe abgefaßten Thesen, die einst die Endpunkte der rechtlichen Regelung gewesen sind, scheinen heute eher Anfangspunkte in der Rechtsfindung zu sein.

Der klassische Kodifikationsbegriff hat sich dahingehend verändert, daß er abgebaut erhalten blieb. Der Einbruch der richterlichen Praxis in den Rahmen des bürgerlichen Kodexrechts hat dabei den Kodex selbst noch nicht ausgeschaltet, hat seine

Existenz nicht aufgehoben. Die im Kodex verkörperten Begriffe, strukturellen und methodischen Oberbauten bilden heute die grundlegende Bewegungsephäre der bürgerlichen Rechtspraxis. Alles geschieht im Rahmen dieser, geht formell von hier aus und kehrt hierher zurück. Die organisierende und orientierende Funktion der Kodexe, ihre Rolle auf dem Gebiet der Methodik ist auch dann keine inhaltslos gewordene Tradition oder ein leeres Ritual, wenn die Readaptation und Reinterpretation der Rechtspraxis eigentlich eine Verletzung, Einschränkung oder Änderung des Kodexrechts bedeutet. Es ist immer der Begriffsvorrat des Kodexes, den das Medium der effektiven Rechtspraxis bildet, von wo aus sie Inspiration schöpft.

Die "Unverwüstbarkeit" der klassischen bürgerlichen Kodexe, das Fortdauern des "weder mit noch ohne"-Zustandes, d. h. die geschichtliche Einmaligkeit der bürgerlichen Kodifikation kann am besten mit jener Unerschütterlichkeit demonstriert werden, mit der diese den verschiedensten politischen und rechtlichen Kataklysmen widerstanden. Vor allem damit, daß seine Daseinsberechtigung nur dort in Zweifel gezogen wurde, wo mit dem Anspruch auf eine gesellschaftliche Umgestaltung oder einem politischen Kurswechsel sein geschichtlicher Ursprung, seine Berechtigung und seine Kontinuität in Frage gestellt wurde, nämlich bei der Errichtung der faschistischen Diktatur.

Die klassische bürgerliche Kodifikation entstand einerseits als Fortsetzung - auf höherer Ebene - der Legiferisation des feudalen Absolutismus und andererseits im Zeichen des Kampfes gegen den Feudalismus im Interesse der Verwirklichung bürgerlicher Ideale. Sie war einer der Triebkräfte und Maßstab der bürgerlichen Revolution, in ihr fand die Umwandlung ihren rechtlichen Ausdruck. Ihre Entstehung war vor allem dem unaufschiebbaren Grundbedürfnis der Rechtserneuerung und Rechtsvereinigung zu verdanken. Sie wuchs gleichzeitig über ihre eigenen inneren Werte hinaus, wurde in verschiedenen Ländern zum Medium der Verbürgerlichung, der Europäisierung, der radikalen gesellschaftlichen und rechtlichen Umwandlung. Einer-

seits trug sie zur massenhaften Übernahme des französischen Modells der bürgerlichen Umgestaltung und zur Verbreitung ihrer Mittel bei, und andererseits erschien sie bald als eine geschichtliche Schranke der gesellschaftlichen Entwicklung des Kapitalismus. Das nämlich, was im Kapitalismus des freien Wettbewerbs noch adäquat gewesen ist, wurde in der monopolistischen Struktur zu einem inadäquaten Requisit, in einer Situation also, als die Bourgeoisie sich selbst schon überholt hatte, wenn auch sich selbst noch nicht verleugnete. Die immer drohendere Entwicklung der Arbeiterklasse, ja sogar auch ihre eigenen Traditionen zwangen die imperialistische Bourgeoisie zum Konservatismus zu einem Zeitpunkt, wo die explosionsartige Entwicklung der Produktivkräfte zur Erneuerung, zur fortlaufenden Diskontinuität der Anpassung zwang. Der Spiegel dieses Paradoxons ist, daß die klassische Kodifikation vor der Abschaffung bewahrt wurde. Da der Kodifikation trotz der in der bürgerlichen Gesellschaft vor sich gehenden wirtschaftlichen und politischen Veränderungen keine Rekodifikation folgte, ging die Anpassung in der täglichen Umdeutung mit ihrer deformierenden Wirkung vor sich. Die Aktualisierung des Kodex selbst erfolgte auf künstlichem Weg und nicht "von selbst", dadurch wurde er aber zugleich auch seiner ursprünglichen Funktion beraubt. Der Kodex, der einst die Rechtspraxis beherrschte, wurde nun durch die Rechtspraxis beherrscht. Ein Bildnis, das die bestehenden Verhältnisse nicht mehr in sich hat, sondern durch seine Interpretation widerspiegelt. Was sich also änderte, was scheinbar für ewig verloren gegangen ist, ist nicht die Rechtssicherheit der alltäglichen Unternehmungen, die Thesenhaftigkeit der Verhaltens- und Entscheidungsregeln, die Standardisierung der Rechtspraxis, sondern die Ausschließung der Möglichkeit, daß diese im Kodextext verkörpert erscheinen, durch den Kodex vermittelt und bestimmt werden. Gerade diese gelösten, die klassischen Gesetzmäßigkeits- und Kodifikationsideale zugleich in Utopien verwandelnde Auffassung der Gesetzmäßigkeit und des Kodifikationsanspruchs nähert das kontinentale bürgerliche Rechtssystem der Gegenwart am meisten der anglo-amerikanischen Rechtsentwick-

lung. Gerade diese Änderung gibt die Erklärung dafür, daß - im Gegensatz zu den sozialistischen Kodifikationen unserer Zeit - die kontinentale bürgerliche Kodifikation eine geschichtlich abgeschlossene Bewegung ist.

Anmerkungen

- 1 Szabo, I., Les problèmes de la codification à la lumière des expériences acquises dans les conditions actuelles, in: Etudes juridiques pour le sixième Congrès international de droit comparé, Akademiai Kiado, Budapest 1962, S. 14
- 2 Larnaude, F., Le Code civil et la nécessité de sa Revision, in: Le Code civil, 1804 - 1904, Livre du centenaire, II, 909
- 3 Tunc, A. u. S., Le droit des Etats-Unis d'Amerique: Sources et techniques, Paris, Dalloz, 1955, S. 179 - 181
- 4 Marx, K., Engels, F., Die deutsche Ideologie, Dietz Verlag, in: Werke, Bd. 3, Berlin 1973, S. 47
- 5 Die Feststellung Weitnauers über das Bürgerliche Gesetzbuch wird auch seitens Robert A. Riegert zitiert, The West German Civil Code: Its Origin and its Contract Provisions, Tulane Law Review, VL (1970) 1, S. 70

Rationalitet och rättens objektifiering

Rationaliteten och dess plats i den sociala och den juridiska utvecklingen

Csaba Varga

”Rationalitet” och ”rationalisering” är relativt nya begrepp. Vår tid har övertagit dem båda i den tolkning Max Weber gav dem. Han var den vetenskapsman som med en blick mot framtiden gav den första utförliga teoretiska utläggningen av dessa begrepp.

Webers sociala verklighet var som bekant det slutande 1800-talets verklighet. I motsats till Marx kunde han studera kapitalismen på ett högt utvecklat stadium och med dess inneboende administrativa komplexitet fullt uppenbar.¹ Webers samtliga kritiker är eniga om att de båda ifrågavarande begreppen har utgjort ett slags organisatoriskt centrum i hans sociologiska åskådning. Så är fallet både när han betecknar rationaliteten som det västerländska levnadssättets ethos (och ett svar på frågan ”på vilken serie omständigheter beror det att det just ur Västerlandets jord och bara ur den har sprungit fram kulturyttringar som, åtminstone enligt vårt önsketänkande, pekar mot en utvecklingsriktning av universellt värde”²) och när han ger bevis för vilken kausal roll de ideologiska former spelar vilka är jämbördiga med, ja överlägsna det ekonomiska livet, och gör en serie slutledningar där inte heller kapitalismens substans är någonting annat än en rationalisering av det ekonomiska och det sociala livet, alla fenomens rationella förutsägbarhet.³ I varje fall kvarstår det faktum att eljest så olika kvaliteter som det kapitalistiska produktionssättet, legalt styre (till skillnad från karismatiskt och traditionellt), eller den västerländska utvecklingen i stort, i Webers teori äger samma specifikt gemensamma motiv, nämligen ett rationellt organisationstillstånd.

Liksom produktens framträdande som en kraft vilken styr och hotar producenten, alltså alienationsfenomenet, var det centrala problemet för Marx, så såg Weber det centrala problemet i rationaliseringen, dvs i det faktum att de strukturer som innebar utvidgad

frihet blev oberoende och förvandlades till en kraft som begränsade denna samma frihet.⁴ Webers tidsålder präglar inte uppfattningen om rationaliteten i form av någon förvrängning av dess identifikation, utan framför allt däri att den tillmäts en sådan dominerande, rent av överdriven betydelse. "Upplevelsen av det kapitalistiska samhällets byråkratiska maskineris tillkomst... kom hos Weber att avspeglas i bilden av rationalismens dominans, som för övrigt är historisk."⁵ Detta i förening med "något av den preussiska entusiassen över en organisation av militär typ"⁶ kom Weber att upptäcka den byråkratiska organisationen som grundvalen för den moderna ekonomiska och sociala utvecklingen; i den universella utvecklingen hade den även småningom kommit att utgöra grunden för den ecklesiastiska, militära och politiska organisationen samt för partiernas organisation.

En sådan begreppslig intensifiering väcker misstankar om att rationalitet och rationalisering långtifrån är några uniforma, homogena begrepp, med identisk innebörd i Webers skrifter. I en av sina djärvaste och kanske mest missförstådda skrifter (där han ville belysa vissa korrelationer mellan det kapitalistiska produktionssättet, den religiösa utvecklingen och förändringarna i livsstilen) påpekade han själv möjligheten till dubbeltydning. Med hans egna ord: "Livet kan rationaliseras så att det tjänar många sinsemellan mycket olika syften. Rationalismen är ett historiskt begrepp som innefattar en hel värld av kontraster."⁷ Samtidigt gjorde han emellertid inte mycket för att sammanjämka innebörden av rationalitet sådant ordet användes i olika sammanhang.

Om vi nu jämför de element som döljer sig bakom olika sätt att tillämpa begreppet rationalitet så finner vi att Weber i sista hand, i fråga om både den ekonomiska, den byråkratiska och den juridiska organisationen, drar en skiljelinje mellan den formella och den substantiva innebörden av ordet rationalitet. Ekonomiska och byråkratisk-juridiska typer av rationalitet uppvisar faktiskt gemensamma drag, ty de har vissa gemensamma rötter. De är i själva verket en och samma substans tillämpad på olika sätt på olika områden. Å ena sidan förefaller den formella och den substantiva innebörden av rationalitet att vara homonymer som teoretiskt sett inte har någonting gemensamt. Relationen dem emellan påminner ofta om sinsemellan oberoende trender som då och då antinomiskt bryts mot varandra. Å andra sidan kan de historiskt uppträda både alternerande och på så sätt att de ömsesidigt stärker varandra. Deras

uppträdande tillsammans är emellertid aldrig a priori absolut nödvändigt; det är i samtliga fall en produkt av en konkret historisk situation.

Formell rationalitet i ekonomisk verksamhet innebär "kvalitativ kalkylering eller redovisning" där "tillgodoseendet av behov, vilket är väsentligt för varje rationell ekonomi, kan uttryckas i numeriska, kalkylerbara termer". Å andra sidan är substantiv rationalitet någonting vars innebörd är svår att avgränsa: "begreppet . . . är fullt av svårigheter". Här är det "inte tillräckligt att beakta enbart det formella faktum att kalkyler utförs . . . man måste därtill komma ihåg att ekonomisk verksamhet syftar till något mål, tex etiska, politiska, utilitaristiska eller hedonistiska mål, erhållandet av social utmärkelse, jämlikhet eller någonting annat. Substantiv rationalitet kan inte mätas enbart med hjälp av formella kalkyler, utan den måste också ställas i relation till de absoluta värdena eller innebörden hos de särskilda, givna mål mot vilka den är orienterad."⁸ Både i byråkratisk och i juridisk organisation innebär rationalitet även "att det i särskild hög grad är möjligt att beräkna resultaten"⁹ vilket en byråkratisk administration översätter till verklighet genom att etablera "en opersonlig ordning" med hjälp av "gränser fastlagda genom laga föreskrifter",¹⁰ medan lagen gör detsamma genom att formalisera sig själv,¹¹ alltså genom att ordna abstrakta normer, tidigare konkretiserade i regelsamlingar, i ett system å ena sidan, och å andra sidan genom att i samband med konkreta fakta besluta med hjälp av strikt logisk tillämpning av abstrakta normer sådana de uppfattas i ett dylikt slutet system. Substantiv rationalitet kan här accepteras som rationalitet "i bemärkelsen iakttagande av bestående, grundläggande principer" eller av de substantiva principerna i den sociala ordningen, vare sig de har politisk, välfärdsutilitaristisk eller etisk innebörd.¹² I denna mening kan lag och administration, i vars organisation formell rationalitet saknas, ändå vara rationella.

Om vi vill klargöra begreppet rationalitet sådant det har utvecklats av Weber kan vi utgå från att kärnan ligger i beräkneligheten (Berechenbarkeit).¹³ Den formella rationaliteten värderades på ett liknande sätt av Karl Mannheim när han tillämpade Webers begrepp på sitt eget idésystem. Som han uttrycker saken, består funktionell rationalitet i "en serie handlingar . . . organiserade på ett sätt som leder till uppnåendet av ett tidigare bestämt mål, varvid varje element i denna serie handlingar får en funktionell ställning och roll. Den funktionella rationaliteten når sitt bästa resultat när den "så

effektivt som möjligt koordinerar medlen". Samtidigt är det inte nödvändigt att målet nås eller att målet i sig själv är rationellt. "... detta beteende bör vi kalla rationellt därför att det är organiserat, därför att varje handling har en funktionell roll vid uppnåendet av målet." Därför föreligger här en dualitet mellan kriterier: "(a) Funktionell organisation med tanke på ett bestämt mål, och (b) en därav följande beräknelighet ur en iakttagares eller en tredje persons synvinkel, vilken söker anpassa sig härtill."¹⁴

Skillnaden i tänkesättet visar att Weber har definierat detta slag av rationalisering formellt, alltså som ett medel i sig, i motsats till Mannheims funktionella definition, alltså som organisationsmässig verksamhet riktad mot ett mål. Samtidigt är skillnaden dock bara skenbar: den funktionella uppfattningen innebär i själva verket ingenting annat än Webers determinerade formalism. Kärnan är gemensam: både den formella och den funktionella rationaliteten är i sig själva neutrala medier som är utbytbara sinsemellan; deras obestämda innebörd understryks ytterligare när Weber säger att de "formellt kan tillämpas på administrativa uppdrag av alla slag",¹⁵ medan Mannheim strävar efter att segregera den funktionella rationaliseringen från den substantiva.¹⁶

Av detta kan vi dra slutsatsen att i Webers teori den formella rationaliteten inte är annat än ren instrumentalitet. Detta förklarar den substantiva rationalitetens påtagliga, men ändå måttfulla roll: när allt kommer omkring är dess roll att bli den formella rationalitetens motpol. Därför anser Weber att dess roll är nödvändig men ändå saknar autonom existens. Och det krävs verkligen en motvikt mot den formella rationalitetens värdeneutralitet. Samtidigt lever den substantiva rationaliteten som motviktsmotiv inte något självständigt liv i Webers skrifter. Han sträcker sig knappast längre än till att understryka att den formella rationaliteten helt saknar innehåll. Här kan vi dra ytterligare en slutsats, nämligen att Weber ser den substantiva rationaliteten enbart som bärare av den formella rationalitetens ändamålsenlighet, ett uttryck för innebörden av dess funktion. Denna sista slutledning är emellertid endast partiell.

Den formella och den substantiva rationaliteten behöver inte nödvändigtvis vara enbart alternativt uppträdande företeelser. Som vi har sett kan båda förekomma oberoende av varandra, vidare kan de utesluta och rent av ödelägga varandra. Å ena sidan är substantiv rationalitet inte enbart en beskrivning av ekonomisk, juridisk och annan organisatorisk verksamhet som är genomsyrad av formell

rationalitet. Å andra sidan var Weber tvungen att, eftersom de formellt rationaliserade strukturernas rent tekniska natur och universella tillämplighet så kraftigt betonades, även räkna med fall av formell rationalitet där det inte förekom någon som helst substantiv rationalitet såsom ekvivalent.¹⁷

Samtidigt kan vi inte dra den slutsatsen att den formella rationaliteten skulle sakna innebörd på ett historiskt generellt sätt. Begreppet sammanhänger ju med givna organisatoriska processers tekniska aspekter, och då är det riktigt att den formella rationaliteten rent begreppsmässigt saknar innebörd. För att en formalisering skall kunna bli rationell måste man först undersöka de ifrågavarande processernas inneboende egenskaper och lagbundenheter.

Lukács skriver: "Den rationella beräkningens väsen baserar sig i sista hand på att man i sina kalkyler erkänner och tar i betraktande den oundvikliga kedjan av orsaker och verkningar i vissa förlopp – oberoende av personliga nycker."¹⁸ Därför införde Lukács ett enda, uniformt rationalitetsbegrepp. Han räknade visserligen med en viss preliminär förnimmelse i början av varje operation, men ställde inte upp denna som ett separat begrepp.

Det var monopolkapitalismen och dess byråkratiska maskineris kraftiga tillväxt i slutet på 1800-talet som inspirerade Weber i hans teoretiska begreppsbildning. I sin strävan att framställa kapitalismen och dess byråkrati som idealtyper absolutiserade Weber emellertid dessa historiskt sett mer eller mindre fristående tendenser. Under den formella rationalitetens täckmantel generaliserade han sin tids dominerande riktningar. Samtidigt ville han lämna universellt giltiga definitioner på sina idealtyper. Det är inom ramen för en sådan ahistorisk historicitet som vi måste läsa dessa epistemologiskt skeptiska rader av hans hand: "Den växande intellektualiseringen och rationaliseringen . . . pekar inte mot någon ökad, allmän kunskap om de villkor under vilka människan lever. Den innebär någonting annat, nämligen vetenskapen om eller tron att ifall människan blott önskade det, så skulle hon kunna lära sig någonting när som helst. Därför finns det i princip inga mystiska oberäknliga krafter som kan spela in, utan man kan behärska allting med hjälp av beräkning. Detta innebär att förtrollningen är bruten, att världen har vaknat."¹⁹ På de historiska processernas totalitetsplan har han alltså insett att den formella rationaliseringen gör det möjligt att erövra världen mer medvetet och effektivt.

Lukács, som såg den formella rationaliseringen i relation till orga-

niserandet av ekonomiska processer och arbetsoperationer och ansåg att den baserade sig på faktisk förnimmelse och hade alienerande effekt, behandlade å andra sidan inte förnimmelsen eller inläringen enbart som ett naturligt förlopp, utan upptäckte även att en av alienationens rötter låg just i den specialisering som inläringen möjliggjorde. "Om vi följer arbetets utveckling", skriver han, "från hantverk till maskinell produktion så kan vi iaktta en kontinuerlig tendens mot allt mer utpräglad rationalisering, ett progressivt undertryckande av arbetarens kvalitativa, mänskliga och individuella drag." "Rationalisering i betydelsen möjlighet att med allt större exakthet förutse resultaten kan endast förverkligas så att man bryter ned varje komplex i dess enkla beståndsdelar och studerar de särskilda lagar som styr produktionen. Därför måste rationaliseringen förklara krig mot den organiska tillverkningen av hela produkter som bygger på den traditionella kombinationen av empiriska yrkeserfarenheter: rationalisering är otänkbar utan specialisering." Formell standardisering av rättskipningen, staten, ämbetsverken och annat innebär objektivt och faktiskt sett att man på motsvarande sätt bryter ned alla sociala funktioner i deras enkla beståndsdelar och på motsvarande sätt söker komma underfund med de rationella formella lagar som styr dessa omsorgsfullt segregerade delsystem. Subjektivt medför splittringen mellan arbetet och arbetarens individuella färdigheter och behov liknande effekter på medvetandet. Resultatet blir en inhuman, standardiserad arbetsfördelning av samma slag som vi har bevittnat inom industrin på det tekniska och mekaniska planet."²⁰

De weberska typernas förankring i sin epok kan vi manifestera på två punkter, vilka för Weber representerade ett nytt, akut sociopolitiskt problem. De äger aktualitet ännu i dag.

Den första punkten gäller de formellt rationaliserade strukturerernas universella tillämplighet. Detta innebär att de ifrågavarande strukturerna, skapade och förverkligade på ett formellt sätt,²¹ kan fungera på olika vis och tjäna sinsemellan motsatta funktioner. Trots att en formell definition i samtliga fall är en definition av konkreta innehåll, koncentrerar den sig på formella drag och upptar dessa endast sådana de gavs vid dess tillkomst. Under sitt liv förvärvade den formella definitionen därför gradvis större självständighet. Dess självständighet är naturligtvis inte bara en börda utan själva dess grundläggande funktion. Den formella definitionen objektifieras eller konkretiseras enbart därför att man genom att gripa tag i

fenomenen med hjälp av dessas formella drag kanske kan vända definitionen mot dess ursprungliga innehåll och ge den herravälde häröver.

Den andra punkten gäller det faktum att, historiskt sett, massutnyttjandet av dessa strukturer har gett upphov till en praktiskt taget oförstörbar form, vars objektiva oumbärlighet och opersonlighet har lett till att dessa strukturer trots betydande politisk-ekonomiska förändringar fortfarande fungerar formellt oskadda. "Ett rationellt ordnat tjänstemannasystem... behöver endast byta ut toptjänstemännen", skriver Weber. Som precedensfall behövde han bara tänka på de franska statskupperna och den byråkrati som Bismarck hade skapat, som undanröjde Bismarck, överlevde honom och fortsatte att leva sitt eget liv.²²

Universell tillämplighet härledd ur en formell definition är självfallet en polariserad term: den sammanhänger med den tvetydighet i det rent formella som blir ett resultat av varje obestämdhet hos innehållet. I alla händelser tycks universell tillämplighet vara en oskiljaktig egenskap hos den formella rationaliteten, en egenskap som kan övergå i substantiv irrationalitet.

Strukturer som har formellt rationaliserats på detta sätt är fenomen som öppnar många möjligheter till användning såsom kontinuerliga element i den socioekonomiska utvecklingens diskontinuitet. Samtidigt är dessa strukturer, även om de i ett givet ögonblick är historiskt adekvata, endast statiska avspeglingar av verkligheten: de petrifierar verkligheten och hämmar den i dess utveckling. Det ligger i dessa strukturers statiska natur och den adekvans de en gång har ägt störtas ned i den säkra inadekvansens avgrund.

Det förvånande förhållandet att formellt rationaliserade strukturer började växa över sina ursprungliga villkor och inte bara spela en förmedlande roll, utan även påverka realiteten med alla den tidens socio-ekonomiska krav och tendenser, gjorde att Weber upptäckte rationalitetens ambivalens, alltså slutsatsen att rationaliseringsprocesser "förenar den moderna världens specifika framsteg med dessa framstegs hela tvivelaktighet".²³ Därför ansåg Lukács den formella rationaliseringen vara ett konstgjort skapande av verkligheter vilkas oberoende, endast delvis begränsat av den socio-ekonomiska verkligheten, är deras karakteristiska inneboende egenskap. Den förekommer för övrigt uttalad endast i extrema situationer, då dessa strukturer splittras. "Denna rationalisering av världen... begränsas emellertid av sin egen formalism. Detta vill säga att rationalisering-

en av isolerade aspekter av livet leder till skapandet av formella – lagar. Alla dessa ting sammangår visserligen till något som för den ytlige betraktaren ter sig som ett förenhetligat system av allmänna lagar. Man bortser emellertid från de konkreta aspekterna på dessa lagar, vilket utgör grunden för deras auktoritet som lagar, och detta gör sig påmint i systemets inkonsekvens. Denna inkonsekvens blir särskilt uppenbar i kristider. Under sådana perioder kan vi se hur det omedelbara sambandet mellan två delsystem bryts och alla plötsligt blir medvetna om deras oberoende av varandra.”²⁴ På samma sätt har rationaliseringsprocesserna framkallat situationer där enligt Lukács ”människorna hela tiden bryter, byter och lämnar efter sig de naturliga, irrationella och faktiskt existerande banden samtidigt som de, i den verklighet de har skapat, omger sig med ett slags andra natur vilken utvecklas med precis samma obeveklighet som naturens irrationella krafter tidigare (närmare bestämt de sociala relationer som uppträder i denna form). Dessa människors egen sociala aktion tar, säger Marx, formen av handlingar hos föremål som styr sina tillverkare i stället för att låta sig styras av dem.”²⁵ På så sätt har man vänt ut och in på den formella rationaliseringen. Den blir ett tveeggat svärd, ett paradoxalt fenomen. Den har utarbetats för att fylla nödvändiga socio-ekonomiska funktioner. Dess praktiska tillämpning leder emellertid med obönhörlig regelbundenhet till en dysfunktionalitet som begränsar själva det socio-ekonomiska behovet.

Weber underströk att den formella rationaliseringen av den privata ekonomin, den byråkratiska administrationen och rättsväsendet var en produkt av modernt feodalt envælde. Detta var den epok då den kapitalistiska produktionens och den statliga byråkratins frammarsch (alltså intressegemenskapen mellan den feodale härskaren, armén av karriärtjänstemännen och de uppåtsträvande borgerliga skikten) gjorde regeln om formellt rationaliserade strukturer till en absolut nödvändig förutsättning för fortsatt utveckling.²⁶

I vilken form den formella rationalitetens problem än framträdde på Webers tid, låg det nya inte helt enkelt i förekomsten av formellt rationaliserade strukturer utan däri att de utvecklades till exklusiv validitet: de delsystem, som de formellt rationaliserade strukturerna innebar, integrerades med själva grundvalarna för det socio-ekonomiska systemet.

Vad beträffar det formella rationalitetsproblemets framträdande och betydelse inom rättsväsendet bör man lägga märke till att

olika tendenser har talat emot att behovet av beräknelighet skulle vara historiskt betingat. Dessa tendenser har haft sitt ursprung i förutfattade ideologier eller filosofiska system.

Så var fallet framför allt i Nazityskland, där man hade förkastat de demokratiska institutionerna, parlamentarismen, konstitutionalismen och legaliteten, och till förmån för ett politiskt styre byggt på Führerprincipen likviderat alla de begränsningar den formella lagen hade uppsatt. För det Nationalsocialistiska Tyska Arbetarpartiet och Reichsfürern blev den formellt rationaliserade lagen helt oacceptabel just därför att den tyglade makten och stegrade godtycket till systematiskt förtryck. Detta förklarar varför nazisterna redan år 1933 framlade pseudohistoriska ideologiska skäl för avskaffandet av lagen: "Liberalismen ser i lagen huvudsakligen en serie legala normer... för beskrivning av individens handlingsfrihet... Individualismen eftersträvar en klar gränsdragning för handlingsfriheten... För individualisten synes rättssäkerheten innebära en garanti för 'inbyggd' rättvisa, det viktiga för honom är den yttre beräkneligheten hos de enskildas förehavanden... För detta slags rättssäkerhet behövs det klara lagbestämmelser och reglerade rättsområden, ja, liberalismens främsta mål är kodifikation, reglering och konsolidering av ett folks alla yttre rättigheter."²⁷

Märkligt nog, var nazisternas kullkastande av lagen ingen isolerad företeelse, och det bottnade i en tendens som hade varit allmän i hela Västeuropa alltsedan 1800-talets sista år. Det är välkänt att den monopolkapitalistiska utvecklingen gjorde det ofrånkomligt att man gradvis började anpassa den lag som en gång hade kodifierats i liberal anda. Ett grundläggande medel härtill blev likvideringen av den exegetiska lagtillämpning som hade byggt på att lagens ordalydelse noga följdes och som hade inneburit att domarna degraderades till deduktiva maskiner. Nu uppstod frirättsrörelsen, en motpol till exegetiken, vars historiska begränsning inte hade insetts ens av tidens sociologer. De flesta av dessa såg rörelsen inte bara som ett nytt framsteg, utan såsom någonting vilket skulle komma att fortbestå. Så här skrev Karl Mannheim: "Den fundamentala principen om en formell rätt enligt vilken varje fall måste dömas i överensstämmelse med allmänna, rationella regler vilka har så få undantag som möjligt och är grundade på logiska överväganden, gäller bara för kapitalismens liberal-kompetitiva fas och inte, som Weber förmodade, för kapitalismen i största allmänhet." Ty "korrelationerna mellan liberal-kompetitiv kapitalism och formell rätt, och mellan

monopolkapitalism och växande juridisk irrationalism är... historiskt begränsade *principia media*.”²⁸

Utvecklingen, sådan den illustrerades av monopolkapitalismens frirättsliga rättskipning, var emellertid oåterkallelig endast vad beträffade exegetiken som en typ av formell rationalisering vilken gav extremt dysfunktionella och i allt väsentligt irrationella resultat. Tidvis förnekade utvecklingen den formella rationaliteten endast för att möjliggöra avsteg från exegetiken och en kontinuerlig anpassning av lagen efter de nya kraven. Det som härvid syntes som en upplösning av legaliteten gällde bara en historiskt begränsad uppfattning av legaliteten. Det som befann sig i upplösning var den för de borgerliga revolutionerna karakteristiska rättsuppfattningen. När den frirättsliga rörelsen hade upphört, ledde utvecklingen småningom fram till en relativt stabiliserad ny, om än lösare, uppfattning om rätten – den ledde alltså inte till ett anarkistiskt intet.

Om vi skärskådar den legala utvecklingen i hela dess komplexitet blir det uppenbart att en av dess avgörande tendenser är den formella rationalitetens allt effektivare och mer optimala expansion. I motsats till reifikationsprocesserna är det här inte frågan om självutveckling hos formen. Rent allmänt kan vi konstatera att formaliteterna (sådana de manifesterar sig i institutionaliserade funktioner som gäller säkerhet, trygghet, entydighet och kontrollmöjlighet) i det sociala umgänget har sin upprinnelse i behovet av att samordna och övervaka det sociala beteendet.²⁹

Man bör komma ihåg att trots att den politiska maktutövningsorganisationen och dess lag har kommit till först efter det att samhället spjälkats upp i klasser med motstridiga intressen, så tillkom själva den regulativa funktion, som senare i lag har institutionaliserats som det specifika medlet för klassfunktionen, betydligt tidigare än lagen etablerades som lag. Om man ”närmare betraktar det komplex som antas utföra den legala regleringen av social verksamhet” blir det uppenbart att ”detta behov skulle uppstå på ett relativt tidigt stadium av den sociala arbetsfördelningens utveckling. Även vid ett enkelt samarbete, tex mellan jägare och drevkarl, måste varje deltagares skyldigheter vara mycket exakt reglerade på basis av den konkreta arbetsprocessen och av den därav föranledda konkreta arbetsfördelningen. Man måste emellertid hålla i minnet att... regleringen består i att man påverkar deltagarna så att de var för sig utför de teleologiska postuleringar som har fallit på deras lott i den övergripande samarbetsplanen.”³⁰ Det är denna regulativa funktion

som snabbt har nått sitt formellt mest rationaliserade uttryck i lagen. I processen från förnimmandet av effekterna av sociala handlingar till den formella reglering, som sker genom att man skapar beteendemönster, har lagen nått längst. Det är lagen som har satt in de beteendemönster, i vilka "den uppmätte själv förvandlas till måttstock" och alltså "uppställer instrumentell aktivitet såsom mål för människan", i ett formellt postulerat system av normer.³¹

Därför uppträdde å ena sidan ett minimum av formell rationalitet, standardisering, redan i prototyperna till lagar, medan det å andra sidan inte kan råda något tvivel om att denna kvasilag i sin formellt rationaliserade struktur kommer att överleva staten och lagen sedd som klassfunktion. Det är nämligen otvivelaktigt så att vi, vilken uppfattning vi än har om det kommunistiska samhället sådant marxismens klassiker tänkte sig det, inte kan föreställa oss det utan något slags objektifierat eller konkretiserat system av sociala normer, något slags strukturer av formell rationalitet. Just i detta sammanhang är det skäl att erinra om att man i Sovjetunionen har frångått försöken att i kölvattnet av det program som antogs vid det kommunistiska partiets 22:a kongress göra prognoser för framtidens samhälle och utropa moraliska normer till arvtagare efter samhällets legala organisation.³² Man anser nu att den formella rationaliteten bör bibehållas enkannerligen på basis av historiska erfarenheter. Man har nämligen insett att normerna för social samexistens i allmänhet inte kan inskränka sig till moraliska normer. Man har framhållit att de "social-organisatoriska" och "teknisk-organisatoriska" normerna måste kontrollera beteendet med normativ kraft; deras skriftliga gestaltning i den formella objektifikationen är bindande för alla.³³

Rationalitet som mål för rättsobjektifiering

En av de mest genomgripande förändringarna i den legala utvecklingen inträdde när lagen skildes från den sociala praxis, med vilken den dittills hade varit förenad, och undergick formell objektifiering, fick skriftlig form.³⁴ Övergången från sedvänja till regel³⁵ är den linje som skiljer rättens förhistoria från dess egentliga historia och utgör startlinje för en märklig legal-formell process vilken med statens expanderande roll har lett fram till en allt exaktare normativ form.³⁶ En verklig reglerare av livet blir lagen först när den har blivit objekti-

fierad med en autonom "bör"-struktur som ett begrepp inkilat mellan sociala mål och verklig social praxis.³⁷ Genom att reglera det dagliga beteendet får lagen självständig existens. Härvid upphör den att vara en ren avspiegling av det sociala livets villkor.

Detta har kommit till uttryck däri, att den kausala relationen mellan det sociala beteendet och dess resultat försvinner genom objektifieringsprocessen. Handlingen, normativt bedömd som ett lämpligt medel att nå resultatet, kommer att framstå som det av normen postulerade målet, vilket alltså inte består i det socialt sett önskvärda resultatet av handlingen.

I överensstämmelse härmed är lagen bara en samling av instrumentella handlingar, postulerade som mål. Här uppfattas faktiskt någonting såsom ägande existens ehuru det ännu inte är verklighet.³⁸ Som mediator, vilken omformar det till verklighet, måste strukturen vara avskild från verkligheten, vilken samtidigt blott är en transformerad verklighet som inte direkt finns. Å andra sidan avslöjar det faktum att vi på basis av en serie teleologiska postuleringar gör de beteenden, som har en instrumentell roll bara i verklighetens interrelationer, till fristående normativa mål, att vi genom upprättandet av normstrukturer redan har gett upphov till en formellt rationaliserad struktur. Konstruktionen av normstrukturer skapar nämligen en normativ relation mellan ting eller förhållanden, som annars inte uppvisar någon öppen interrelation, och gör dem beräknliga. Genom att undersöka verklighetens lagbundenheter kan man skapa en andra, inbyggd verklighet. Denna andra verklighet baseras på verkligheten som ett referenssystem, vilket genom att omforma sociala beteenden till en serie positiva eller negativa förverkliganden av det normativa systemet ger möjligheter att beräkna de normativa följderna av varje beteende som överensstämmer med (eller avviker från) det normativt sett önskvärda beteendet.

Vad beträffar möjligheterna till formell rationalitet inom den legala utvecklingen måste vi först rikta blicken mot Webers idealtypologi.³⁹ Det finns två substantiva typer, den irrationell-substantiva (som knappast kan iakttagas i rättens historiska former utan främst sammanhänge med despotens rena godtycke) samt den rationell-substantiva (här möter vi de tidiga heliga skrifterna, hinduernas, muhammedanernas m fl, samt de traditionella kinesiska, japanska, afrikanska och andra försoningslärorerna dessutom försöken att omforma politisk vilja direkt till lag, tex en rättskipning som enbart tyr sig till "revolutionär legalitet"). Samtidigt kan det inte råda något

tvivel om att även Weber räknade den formella lagen som den egentliga lagen, tillkommen som ett resultat av utvecklingen. Det finns även två idealtyper för formell rätt, den irrationell-formella (formellt bunden irrationalitet sådan den förekommer i rättskipning på basis av gudomliga uppenbarelser, profetior osv) och den rationell-formella (till exempel den franska Code civil jämte den exegetiska praxis som har vuxit upp kring denna).

Den logiska ekvivalensen mellan idealtyperna är endast en skenbarhet, infogad i en begreppsmässig klassificering vilken täcker verkligheter som långtifrån kan jämföras med varandra. Realiteter i samband med idealtyperna har inte något direkt samband med faktiska realiteter. Därför avslöjar de bara att lagen har andra möjligheter utöver den rationell-formella typen. De säger ingenting om dessa möjligheters sanna historiska väsen eller om det faktum att det bland dem fanns en som steg för steg genomträngde alla de andra tills den nådde optimal exklusivitet. Redan i utvecklingen under antiken och medeltiden var varje steg mot objektivisering av rätten, alltså mot dess förvandling till skrivna regler eller en förvandling av *ius* till *lex*, ägnat att bereda vägen för formellt alltmer rationella lagstrukturer. Vi kan fråga oss om de höga kulturer som uppstod i Mellanöstern verkligen inte hade haft några föregångare, men hur som helst kvarstår faktum att de första formellt rationaliserade lagstrukturerna samtidigt var de äldsta bevarade relikterna av någon skriven lag, reformkodexar vilka såsom resultat av den allt snabbare ekonomiska utvecklingen vittnar om de rättscentraliserande strävandena i gamla riken stadda i territorial tillväxt där man transformerade de förändrade rättsuppfattningarna till verklighet genom att införa skrivna lagar vid sidan av sedvanerätten.⁴⁰ Under den följande utvecklingens gång skedde objektiviseringen av rätten med rationaliserande verkningar huvudsakligen under liknande förhållanden, alltså som framgångsrikt verkställda åtgärder av starkt centraliserade, konsoliderade, absolutistiska regimer. Man måste självfallet hålla i minnet att det i dessa regimer var viktigt att behovet av enhetlig administration och rättskipning definierades politiskt och ekonomiskt. I dessa regimer blev det även nödvändigt att organisera en armé av tjänstemän som behövde och ivrade för sådana rationaliserade strukturer. Samtidigt bör vi dock komma ihåg att skapandet av formellt rationaliserade lagstrukturer varken under gamla tiden eller under medeltiden var ett exklusivt privilegium för absolutistiska regimer. Trots att det fanns ett ekonomiskt

eller politiskt behov av sådana strukturer fanns det långtifrån överallt någon makt som kunde skapa dem, och då kunde de bara läggas fram som doktriner. Detta skedde med många privata kodifikationer av feodalt självstyre, många inofficiella utkast som hade utarbetats på kunglig order men aldrig försetts med kungligt sigill, olika juristers försök till begreppsanalys och systematisering, kort sagt med alla kvasikoder som saknade formell giltighet.⁴¹ I likhet med 1800-talets läroböcker och andra teoretiska kodifikationer inom civilrätten⁴² fyllde dessa skrifter ett kodifikationsvakuum med de till buds stående teoretiska objektifikationer som bäst lämpade sig för användning som kvasikodifikationer.

Gamla tidens och medeltidens kodifikationsarbete var betydelsefullt i två avseenden. För det första var det en frukt av, och samtidigt upphovet till, den medvetna lagstiftningens frammarsch mot en dominerande ställning, dess skapande kraft gav härvid en föraning om den formella rationaliseringens seger. För det andra innebar det i och för sig en kvalitativ process. Även för de tidigaste av dessa kodexar var det nämligen karakteristiskt att de hade organiserat de normstrukturer, som dithills hade ägt formell rationalitet endast såsom från varandra fristående strukturer, i ömsesidigt interrelaterade system. System av denna karaktär kunde, möjligen rent tillfälligt, manifesteras i en serie historiskt ovanpålagda system, en kasuistisk sekvens av tillfälliga arrangemang, en rent kvantitativ kombination utan något synbart "system"; de pekade dock framåt mot kvalitativ progress. Karaktären av "system" yttrade sig åtminstone i att man objektivet syntetiserade de normer som dithills hade varit atomiserade i och med att de var ömsesidigt isolerade från varandra.

Den rationaliserande effekten av dessa tidigare kodexar, vilka även Weber beaktade,⁴³ bör emellertid inte överskattas. På sina egna villkor fyllde de kodifieringsfunktioner och beredde vägen för den moderna kodifikationen å ena sidan, medan de å andra sidan undersökte elementet av formell rationalitet i lagen såsom absolut oundgänglig förutsättning för varje medveten, planerad, avsiktlig, kontrollerad social påverkan. Det var först under loppet av den borgerliga utvecklingen som den formella rationaliteten förvärvade självständig existens, koncentrerad på beräknelighet av ett nytt slag.

Begreppet formell rationalitet har blivit dominerande sedan historien gjort dess kärna, beräkneligheten, till ett praktiskt taget oersättligt strukturellt element i den ekonomiska utvecklingen.

Därför kan man säga att utvecklingen inom den professionella rationaliseringen av lagen bara är en av följderna av "den ekonomiska rationalisering som vilar på den konkurrenspräglade marknadens och kontraktfrihetens jord".⁴⁴

För att uttrycka det exaktare: på samma sätt som inte bara det uppåtsträvande borgerskapet var intresserat av den ekonomiska organisationens kalkylatoriska former utan de sociala rörelserna i stort var instrumentella långt innan borgerskapet fick sin politiska makt, så var inte heller den legala organisationens kalkylatoriska form enbart ett klassintresse för borgarna. För det första krävde "de borgerliga intressena en lag... som fungerade beräknligt... befriad från irrationellt administrativt godtycke och från den irrationalitet som ligger i konkreta privilegier. För det andra sammanföll uppkomsten av formell jämställdhet i fråga om rättigheter och av positiva formella lagar med härskarens intressen i motsats till de feodala privilegierna", och därför "var intressealliansen mellan härskaren och det borgerliga skiktet den starkaste drivkraften för formell rättsrationalisering". Ytterligare ett motiv låg däri, att härskaren ville att tjänstemannakåren skulle arbeta enhetligt medan den sistnämnda önskade "hanterliga" lagar och "tekniska hjälpmedel för administrationen". Härmed förstod Weber det perfektionsorienterade, opersonliga normsystemet hos ett byråkratiskt Herrschaft i tämligen generaliserad form.⁴⁵ Trots allt dukade det feodala enväldet ändå under. Ehuru enväldet delvis gagnade borgerliga intressen var det nämligen ett svårt hinder på den kapitalistiska utvecklingens väg och avslöjade sin historiska begränsning i rationaliseringen dikterad av dess egna intressen. Tack vare kunglig välvilja och självbelåten upplysning hade det uppstått extrema rationaliseringar som var symboliska för "de legala förpliktelseernas kosmos: de utdömda plikternas och skyldigheternas universalitet" och vände ut och in på beräknlighetsrationalismen.⁴⁶

Sådana intresseallianser låg i själva verket bakom alla förberedelser till kodifikation. Den moderna kodificeringen som en ny typ av formell rättsrationalisering var en följd av den borgerliga revolutionen, det nya politiska ledarskiktet tillät upprättandet av en överbyggnad som avspeglade det ekonomiska systemets behov.

Vad beträffar den moderna kodifikationens ideologiska och tekniska bakgrund, så låg även denna i borgerskapets behov. Den moderna kodifikationen införde någonting kvalitativt nytt i själva kodifieringsbegreppet i det att den betonade vikten av att man

ordnade in de legala normerna i ett sammanhängande, interrelaterat system i stället för att helt enkelt syntetisera dem kvantitativt. Till bakgrunden för den moderna kodifieringen hörde den universella matematiken, de axiomatiska tendenserna inom naturrätten, det begreppsanalytiska klassificeringsarbete som bedrevs av forskare i den romerska rätten – kort sagt ett teoretiskt föregripande av den systemidé som senare skulle manifesteras i lagböckerna.⁴⁷

Bakom de moderna lagböckerna ligger ett tänkande som även representerade de kalkylatoriska strukturer, tankemönster och ideologier vilka låg bakom borgerskapets ekonomisk-politiska kamp. Dessa tankeformer begränsades själva av samma ekonomisk-sociala faktorer vilka inom den övergripande processen gav dem uppdraget att skapa formellt rationaliserade strukturer i lagen. På så sätt uppstår det kortslutning i Webers tes att "det är (materiella och ideella) intressen och inte idéer som direkt kontrollerar den mänskliga verksamheten. Men som växelkarlar vid ett järnvägsspår bestämmer ändå ofta världsbilderna, skapade av idéer, på vilka banor den av intressedynamiken motiverade verksamheten skall fortsätta."⁴⁸

Avgörande världsbilder, skapade av idéer, har i sin tur bestämts av gemensamma rötter.

"Det är en ren tillfällighet", skriver Lukács, "att kunskapsidealet vid början av den moderna filosofins utveckling tog formen av universell matematik: det var ett försök att ställa upp ett rationellt system av relationer vilket inbegrep totaliteten av de formella möjligheterna, proportionerna hos en rationaliserad existens med hjälp av vilken varje fenomen – oavsett dess reella och materiella särart – kunde göras till föremål för en exakt kalkyl." Detta förklarar varför matematiken och inom denna det axiomatiska systemets idé har blivit det metodologiska mönstret för det moderna tänkandet. "Det sätt, varpå axiomen står i relation till delsystemen och till resultat härledda ur dessa, motsvarar exakt det postulat som den systematiska rationalismen själv uppställer, nämligen att varje given aspekt av systemet bör kunna härledas ur dess grundprincip, att den bör vara exakt förutsägbar och beräknelig."⁴⁹

Den teoretiska möjligheten att lagen skulle behandlas som föremål för exakt logisk kalkylering, och att logiska operationer med juridiska bestämmelser och faktiskt beteende skulle utgöra både ramen och språngbrädan för allt juridiskt resonemang, bör ses på två sätt vilka vardera har anknytning till borgerliga tendenser. Historiskt framträdde möjligheten till en logisk syn på lagen vid en tid

då den romerska rätten hade mist sin nationella karaktär och genom rättsforskarnas begreppsanalys och systematiseringsarbete erhållit en vad innehållet beträffar förnyad, vad formen beträffar i sig själv konsekvent struktur så att den kunde anpassas efter olika förhållanden och såsom ett slags allmänneuropeisk rätt tillämpas på de utbytesrelationer som kännetecknade den borgerliga utvecklingen.⁵⁰ Å andra sidan började man konstruera lagar som enbart mentala anticipationer, lagar som hade sin bakgrund i den universella matematikens och naturrättens metodologiska och ideologiska postulat. På så sätt byggdes hela system av doktrinära lagar utgående från allmänna principer och utmynnande i detaljbestämmelser.

Den förhärskande doktrinen gick ut på att naturrätten var originellare och hade större universell giltighet än den positiva rätten; dess rationalistiska variant tenderade faktiskt att ideologiskt stöda borgerskapets politiska kamp i det att den härledde den för borgerskapet önskvärda sociala ordningen ur några artificiellt konstruerade grundprinciper. Formellt rationaliserade strukturer antogs ge en garanterad bas för kalkylering. Det förelåg ett formellt-tekniskt behov av en självständig ideologi om de subjektiva rättigheterna och om utvecklingen av jämlikhet i fråga om rättigheter, med spetsen riktad mot feodalismen och dess privilegier. Hur starkt naturrätten var genomsyrad av den universella matematikens tänkesätt framgår därav, att naturrättens metodologiska konklusion undkom helskinad när själva naturrätten gick i kvav som ideologi. "Den enda av naturrättens lärosatser som överlevde var föreställningen om det formella rättssystemets obrutna kontinuitet", skriver Lukács i samband med borgerskapets missräkning när positivismen trängde ut naturrätten.⁵¹

Vad beträffar den konkreta sociala bakgrunden och den formella rättsrationaliseringens historiska nödvändighet – alltså behovet av kodifiering – kom även Weber till den slutsatsen att levnadsvillkoren och den av borgerskapet eftertraktade "beräkneliga" rätten lika väl och ofta bättre garanteras av en formellt empirisk rätt byggd på prejudikat.⁵² Häri har Weber otvivelaktigt rätt. Det engelsk-amerikanska och det mellaneuropeiska borgerskapets transformationer, som dock skedde på olika sätt vid olika tider, framkallade nämligen inte någon förändring i det grundläggande borgerliga kravet på beräknelighet i ekonomisk och annan organisation. Trots detta måste den historiska kontinuitet som kännetecknar civilrättens utveckling ha haft någon fördold kvalitet som gjorde att den inte

följde den mellaneuropeiska modellen.

Det förefaller alltså som om allt det vi har talat om, det ekonomiska och sociala kravet på beräkneliga ideologiska former m m, inte i och för sig förslog för skapande av verkligt rationella former av rationalisering.⁵³

Man kan dock knappast godta Webers förklaring att den avgörande drivfjädern både till omformning av lagen genom logik och till systematisering av den genom kodifiering låg i "rättsteoretikerns inneboende intellektuella behov och den inom juridiken förhärskande litterära 'lärdomen'".⁵⁴ Speciellt kännetecknande för den juridiska utvecklingen just i Europa var nämligen en rad reliker av den feodala partikularismen, en strävan att spjälka upp rätten på ett sätt som mer och mer hindrade borgarkulturens ekonomisk-sociala frammarsch. Det var denna miljö som gjorde det både möjligt och önskvärt att "avnationalisera" den klassiska romerska rätten, alltså det specifika dogmatiska arbete genom vilket rätten blev vad formen beträffar en uppsättning normer, som hade ordnats i ett logiskt system, och vad innehållet beträffar en allmän europeisk rätt som reglerade villkoren för varuutbytet mer ändamålsenligt och förutsägbart än vad någonsin tidigare hade varit fallet. Det var detta enhetlighetskrav som redan under den europeiska feodala monarkins tidevarv ledde till experiment med lagförnyelse genom kodifikation och senare, som resultat av franska revolutionen, till skapandet av den idealiska och grundläggande typen av formell rättsrationalisering.⁵⁵

Samma process hade skapat formellt rationaliserade strukturer och styrt dem in på en bana där deras utveckling småningom började gå sin egen väg. Då det var önskvärt att den formella rationaliteten skulle konsolideras uppstod det ett krav på en ideologi enligt vilken "rätten härnäst skall betraktas som en formell kalkyl med vars hjälp man så exakt som möjligt kan bestämma de juridiska konsekvenserna av särskilda handlingar (rebus sic stantibus)". Behovet av exakt beräkning ledde till ytterligare ett ideologiskt krav, nämligen att "rättssystemet skall betrakta de individuella tilldragelserna i den sociala tillvaron såsom någonting permanent etablerat och exakt definierat, alltså som ett system präglad av rigiditet".⁵⁶

Och här ser vi framför oss, i fullt utvecklad och fullbordad form, den klassiska rätten i den klassiska formella rationalitetens samhälle, en rätt som just därför att den är en formellt rationaliserad struktur avskiljer sig från de socio-ekonomiska förhållanden som

har gett upphov åt den och som avspeglas i den; som en andra verklighet lever den sitt eget liv. Den formella, rigida strukturen under den exakta kalkylen syftar nämligen till exklusivitet och fullständighet. Beräkneligheten innebär universell tillämplighet: den kan inte ha några gränser. På varje tänkbar relevant fråga måste den kunna ge ett slutgiltigt svar. Å ena sidan är det uppenbart att en struktur som skall avspegla behoven i en komplicerad verklighet, vilken rör sig dynamiskt och aldrig är identisk med sig själv, inte kan vara enbart formell, orörligt rigid, och uppvisa både exklusivitet och fullständighet. Med tanke på den exakta beräkningen måste strukturen å andra sidan ha just de egenskaperna för att kunna ligga till grund för kalkylen. Det som faktiskt sett är omöjligt kommer ändå att bli normativt möjligt. Trots att juristerna är medvetna om att rätten inte äger dessa egenskaper handlar de som om strukturerna i fråga verkligen ägde dem. Strukturernas fiktivitet kommer att framgå både av deras praktiska tillämpning och av deras bakgrundsideologi. Som en följd av att deras tillämpning stöds av reell praxis uppstår en separat verklighet, vilken framför allt tar formen av postulat. Weber skriver: "Det juridiska arbete som i dag når högst i fråga om metodologisk logisk rationalitet utgår från följande postulat: (1) Varje konkret juridiskt beslut kan bara vara en 'tillämpning' av någon abstrakt lagbestämmelse på en konkret 'samling fakta'. (2) Ur de abstrakta bestämmelserna i den gällande lagen måste man med hjälp av juridisk logik härleda beslutet för varje konkret samling fakta. (3) Gällande positiv rätt måste vara ett system av lagbestämmelser 'utan luckor', latent måste den inbegripa ett sådant system, eller åtminstone för tillämpningen måste den betraktas som om den gjorde det. (4) Ingenting, som juridiskt inte kan 'konstrueras' rationellt, kan vara juridiskt relevant. (5) Allmänt taget måste människornas sociala handlingar betraktas som antingen 'efterlevnad av' eller 'brott mot' lagbestämmelserna."⁵⁷

Det intressanta med dessa strukturer är framför allt att deras existens inte bara är en ideologisk orimlighet. De är inte bara postulerade som något slags separat, andra verklighet, utan tillämpas också mer eller mindre konsekvent just som en sådan. Deras transplantation i social praxis medför att de själva blir sociala fakta, de blir agerande och reagerande element i sociala processer. På så sätt får även rättens sociala existens en speciell dualitet vilken bottenar i en dubbelhet i själva begreppet rätt.⁵⁸

Som en sammanfattning av föreliggande uppsats vill jag framhålla

att skapandet av formellt rationaliserade strukturer som medel för social transmission och förmedling är en oundgänglig förutsättning för varje medvetet, planerat, avsikligt, kontrollerat utövande av social påverkan – en påverkan av ett slag som uppstod under tidiga faser av mänsklighetens historia men först under loppet av den kapitalistiska utvecklingen fick en avgörande, självständig och karakteristisk signifikans. Som medel för styrning av det sociala livet förekommer sådana strukturer i ytterst elementär form redan i de tidigaste kända fragmenten av skriven lag. Trots detta har formell rationalisering av rättssystemet i striktare mening skett vid en tid när lagstiftarna i Europa, som arvingar till både det matematisk-axiomatiska tänkesättet och erfarenheterna av systemskapandet inom naturrätten, ordnat in den positiva rätten i ett logiskt system.

Bakom följande konklusion ligger erfarenheten från alla delar av världen: "Lagstiftning är ... ett särdrag hos ett moget juridiskt system, sista steget i utvecklingen av hjälpmedel för skapande av rätt."⁵⁹ Nu har kodifieringen tillkommit som det tekniskt högst utvecklade hjälpmedlet för legislativt skapande av rätt. Kodifieringen i dess klassiska, moderna form har återinsatt lagen som grundelement i ett relativt autonomt system. Den är en objektivisering av rätten genom en systemstruktur som är förutsägbar i linje med kravet på beräknelighet; den förverkligar därigenom den formella rationaliseringen i dess högsta form. Detta är en iakttagelse som, klart grundad på det praktiska behovet av både legalitet och kännedom om lagen hos medborgarna, underförstått har accepterats även inom den socialistiska rättsteorin vilken erkänner kodifieringen som den ändamålsenligaste rättsformen. På den jämförande historiens plan och med hänvisning till Eörsi⁶¹ kan vi även tillägga att målet mellan domarlagar och kodexlagar år 1970 endast genom några strukturella egenskaper hos tvistefrågan påminner om målet mellan domarlagar och kodexlagar år 1500. Sedan dess har nämligen många av de sociala och andra komponenterna förändrats och kodexlagen har av allt att döma avgått med segern. Ändå kan inte något av dessa påståenden göras absolut. Föreliggande framställning bygger nämligen i princip på det metodologiska postulatet om formell rationalitet, och dess sociala validitet är därför begränsad. Den är en funktion av det nämnda postulatet och dess konsekvensers konkreta sociala och historiska adekvans.⁶²

Rationalitet och rättens objektifiering

- 1 Mayer, J P, Max Weber and German Politics: A Study in Political Sociology, London, 1944, 43–44.
- 2 Weber, Max, Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie, 2nd ed, I, Tübingen, Mohr, 1922, I.
- 3 Lukács, Georg, La destruction de la Raison (Die Zerstörung der Vernunft), II, Paris, L'Arche, 1959, 186.
- 4 Löwith, Karl, Max Weber und Karl Marx, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, LXVII (1932), 77–90.
- 5 Kulcsár, Kálmán, A szociológiai gondolkodás fejlődése (Det sociologiska tänkandets utveckling), Budapest, Akadémiai Kiadó, 1956, 383.
- 6 Friedrich, Carl J, Some Observations on Weber's Analysis in Bureaucracy, i Reader in Bureaucracy, red Robert K Merton–Ailsa P Gray–Barbara Hockey–Hanan C Selvin, New York, The Free Press, 1952, 31.
- 7 Weber, Max, Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus (1904–1905), i Weber, Max Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie, I, 2:a uppl, Tübingen. Mohr, 1922, 62.
- 8 Weber, Max, The Theory of Social and Economic Organization, translated by A R Henderson–Talcott Parsons, London etc Hodge, 1947, 170.
- 9 Ibid, 309.
- 10 Ibid, 302.
- 11 "Formally every formal law is at least relatively rational. Law is 'formal' in so far as externally unequivocal general signs of facts at issue are observed in substantive and procedural law." Weber, Max, Rechtssoziologie, red Johannes Winckelmann, Neuwied, Luchterhand, 1960, 102.
- 12 Ibid, 247.
- 13 Dieckmann, J, Max Webers Begriff des "modernen okzidentalen Rationalismus", Düsseldorf, 1961.

- 14 Mannheim, Karl, *Man and Society in an Age of Reconstruction*, London, Kegan Paul-Trench-Trubner, 1940, 53.
- 15 Weber, The Theory of Economic and Social Organization, 309.
- 16 Mannheim, 58–59.
- 17 Man kan fråga sig om det är detta som avses med den irrationell-formella typen i den weberska idealiska rättstypologin sådan den framställs hos Freund, Julien, *Sociologie de Max Weber*, 2:a uppl, Paris, Presses Universitaires de France, 1968, 223, där denna typ beskrivs som kännetecknad av formaliserad irrationalitet, liksom den rättsskipning som vilar på rena gudsuppenbarelser eller profetior.
- 18 Lukács, George, *Reification and the Consciousness of the Proletariat* (Die Verdinglichung und das Bewusstsein des Proletariats, 1923), i Lukács, George, *History and Class Consciousness: Studies in Marxist Dialectics*, translated by R Livingstone, Cambridge (Mass), The MIT Press, 1971, 98.
- 19 Weber, Max, *Science as Vocation*, in: Weber, Max *Essays in Sociology*, translated by H H Gerth-C Wright Mills, London, Kegan Paul, etc, 1947, 139.
- 20 Lukács, Reification and the Consciousness of the Proletariat, 88 och 98–99.
- 21 I detta sammanhang skriver han: "de breda styrda massorna förvärvat endast yttre, tekniska insikter vilka kan gagna deras intressen och efter vilka den anpassa sig (på samma sätt som vi lär oss matematikens grunder eller så många jurister lär sig rättsvetenskapen) medan idéinnehållet förblir irrelevant för dem. Detta är vad tesen vill understryka: rationalisering och rationell ordning revolutionerar utifrån, medan charisma gör tvärtom, revolutionerar inifrån." Weber, Max *Wirtschaft und Gesellschaft*, Studienausgabe herausgegeben von Johannes Winckelmann, zweiter Halbband, Köln-Berlin, Kiepenhauser und Witsch, 1964, 837.
- 22 Weber, *Essays in Sociology*, 229.
- 23 Löwith, 88.
- 24 Lukács, Reification and the Consciousness of the Proletariat, 101.
- 25 Ibid, 128.
- 26 E. G. Weber, *Rechtssoziologie*, 249.
- 27 Lange, Heinrich, *Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht*, Tübingen, 1933, 5. Man bör observera att trots att Langes teser praktiskt taget aldrig har bestridits så måste de ha betraktats som en för nyfrälsta typisk överdrift. När den nationalsocialistiska grundlagen formulerade denna tes manipulerade den nämligen frågan om hur man skall erbjuda en lösning på konflikterna mellan staten och rätten. "I den folkligt (völkisch) konstitutionella staten . . . måste utövandet av rättigheterna utgå från fasta normer inom gränserna för den nationella livsordningen, och de juridiska reglerna för varje enskild 'Volksgenosse' kommer att kunna beräknas därifrån. "Alla i den formella standardiseringen inbyggda garantier upplöses emellertid genom det faktum att "I en nationalsocialistisk konstitutionell stat kommer lagens idé, inte dess form att bli avgörande." Köllreutter, Otto, *Deutsches Verfassungsrecht: Ein Grundriss*, 2nd ed, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1936, 14–15.
- 28 Mannheim, 180, 181.
- 29 Ch Lévy-Bruhl, Henri, *Réflexions sur le formalisme social*, *Cahiers internationaux de Sociologie*, XV (1953), 53 et seq.
- 30 Lukács, György, A társadalmi lét ontológiájáról (Om den sociala tillvarons ontologi), 11, Budapest, Magvető, 1976, 208.
- 31 Makai, Mária, Az erkölcsi tudat dialektikája (Det moraliska medvetandets dialektik), Budapest, Kossuth, 1966, 136 och 153. Se även Varga, Csaba. The Preamble: A Question of Jurisprudence, *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, XIII (1971) 1–2, 108 et seq.
- 32 E G Vilnyanskiy, S I, Pravoye normy i inye sotsialnye normy v period razvernutogo stroitelstva kommunizma (Juridiska normer och andra sociala normer under tiden för uppbyggnad av en kommunism i utveckling), In: Sovetskoe gosudarstvo i pravo v period razvernutogo stroitelstva kommunizma, Char'kov, 1962, 16, Alekseev, S. S., O pererastanii sovetskogo prava va sisteme norm kommunisticheskogo obshtchezhitia (Sovjeträttens övergång i ett normsystem under tiden för kommunistisk samexistens), *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, 1962/5, 21, Mitskevitch, A V, Nekotorye tcherty vzaimodeystviya prava i npravstvennosti v period perekhoda k kommunizmu (Några mönster för korrelationerna mellan lag och moral under tiden för övergång till kommunism), *Pravovedenie*, 1962/3, 21 et seq.
- 33 E g Leyst, O E Normy prava i pravila kommunisticheskogo obshtchezhitia (Juridiska normer och reglerna för kommunistisk samexistens), i: Razvitiye marksistkoleninskoy teorii gosudarstva i prava XXII s'yezdom KPSS, red N G Aleksandrov-S N Bratus, Moscow, Gosizdat. Yuridicheskoy Literatury, 1963, 136, Krasavtchikov, O A, Yuridicheskaya nauka i kommunizm (Rättsvetenskap och kommunism), i: Pravo i kommunizm, red D A Kerimov, Moscow, Yuridicheskaya Literatura, 1965, 178–179.
- 34 Cf Varga, Csaba, Kodifikációs előformák az ókori jogfejlődésben (Primitiva kodifikationsformer under gamla tidens juridiska utveck-

ling), Állam- és Jogtudomány, XVII (1974) 1, 83–100.

35 På ett givet, mycket tidigt stadium av social utveckling uppstår ett behov att ställa dagligen återkommande handlingar i samband med produktion, distribution och utbyte under en gemensam regel så att individen underkastar sig de gemensamma villkoren för produktion och utbyte. Denna regel är först en sedvänja och utvecklas snabbt till lag." Engels, Friedrich, Zur Wohnungsfrage (1872–1873), i: Marx, – Karl-Engels, Friedrich, Ausgewählte Schriften, I, Moskau Verlag für fremdsprachige Literatur, 1951, 592.

36 Szabó, Imre, Les fondements de la théorie du droit, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1973, 109.

37 Peschka, Vilmos, Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1974, 46 et seq.

38 Hegel, George Wilhelm Friedrich, Die Phänomenologie des Geistes (1807), Leipzig, 1949, 426.

39 Idealtyperna för lagen uppräknas här på basis av Friends (223) tolkning. Naturligtvis kan man lika väl utläsa en annan typologi ur Webers verk. Se t ex Grosclaude, Jacques, La sociologie du droit de Max Weber: Introduction et traduction, Strasbourg, 1973, 57–98, Denna tycks emellertid vara mindre övertygande och uppfyller inte ens alla krav på logik.

40 Se not 34.

41 Cf Varga, Csaba, Kodifikációs megnyilvánulások a középkori jogfejlődésben (Manifestationer av kodifiering i medeltidens juridiska utveckling), Állam- és Jogtudomány XVIII (1975) 1, 135–158.

42 Varga, Csaba, Kodifikáció az angloszász rendszerekben (Kodifiering i civilrättssystemen), Állam- és Jogtudomány, XVI (1973) 4, 611–634, in particular sections 3–4 and 7–8.

43 T ex Weber, Rechtssoziologie, 253.

44 Ibid, 100.

45 Ibid, 249 o 250.

46 Här beskriver Weber den preussiska Allgemeines Landrecht. Ibid, 259.

47 Cf Varga, Csaba, A kodifikáció klasszikus típusának születése Franciaországban (Den klassiska kodifieringstypens uppkomst i Frankrike), Állam- és Jogtudomány, XVII (1974) 3, 457–479, fr a avsnitt 2/a. Beträffande vissa preliminära frågor se Varga, Csaba, Leibniz és a jogi rendszerképzés kérdése (Leibniz och frågan om formationssystemet i lagen), Jogtudományi Közlöny, XXVIII (1973) 11, 600–608.

48 Weber, Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie, I, 252.

49 Lukács, Reification and the Consciousness of the Proletariat, 129 and 117.

50 Weber, Rechtssoziologie, 101 and 256–257.

51 Lukács, Reification and the Consciousness of the Proletariat, 108.

52 Weber, Rechtssoziologie, 257–258.

53 Man bör observera att detta behov även har tillgodosetts inom civilrätten, men detta har skett genom tradition, på omvägar, till större kostnader men mindre effektivt. Som Weber uttrycker det: "in England, die praktische Gestaltung des Rechts tatsächlich in den Händen der Advokaten lag, welche im Dienste ihrer Kundschaft: der kapitalistischen Interessenten also, die geeigneten Geschäftsformen erkannten, und aus deren Mitte dann die streng an 'Präzedenzfälle', also an berechenbare Schemata gebundenen Richter hervorgingen" (Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, zweiter Halbband, 1049). Detta var emellertid på sin höjd möjligheten att beräkna resultat nådda med hjälp av irrationella strukturer och metoder.

54 Weber, Rechtssoziologie, 258.

55 Varga, Csaba, Kodifikációs megnyilvánulások a feudális abszolutizmus korában (Manifestationer av kodifiering under den feodala monarkins (tidevarv), Jogtudományi Közlöny, XXXI (1976) 2, 70–80.

56 Lukács, Reification and the Consciousness of the Proletariat, 108 and 97.

57 Weber, Rechtssoziologie, 103.

58 Allen, Sir Carleton Kemp, Law in the Making, 6th ed, Oxford, Clarendon Press, 1958, 410.

59 Se fr a Szabó, Imre, Les problèmes de la codification à la lumière des expériences acquises dans les conditions actuelles, i: Studies in Jurisprudence for the 6th International Congress of Comparative Law, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1966, 18 et seq.

60 Eörsi, Gyula Comparative Civil Law, Budapest, Akadémiai Kiadó, under tryckning, Kap X.

61 Concerning some further question of the conclusive illusions as well as the sociopolitical contents of the core of formal rationalization in codification cf. Varga, Csaba, Rational Utopias in the Development of the Idea of Codification, paper No 13 presented at the 1977 Sydney-Canberra World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy, 1–23, vidare Varga, Csaba, Types of Codification in Codificational Development, Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XIX (1977) 1–2, 31–54.

Utopi og Kodifikation

Utopier om rationalitet under udviklingen af kodifikationsideen

Csaba Varga

I kodifikationernes udviklingshistorie har idealet om det fuldkomne vist sig på mange forskellige måder. Når man skal beskrive de mest karakteristiske varianter, må man først og fremmest skelne mellem de kvantitative og de kvalitative typer på idealet om det fuldkomne.

Det *kvantitative* ideal foreligger, når en kodifikation antages at dække det pågældende område for regulering på en omhyggeligt gennemarbejdet såvel som fuldstændig måde uden huller. Det kvantitative ideal gennemsyrrer tillige begrebet om eller den praktiske udformning af en kodifikation i en anden historisk form, når kodifikationen er båret af en tro på – og et håb om – dens eviggyldighed, idet man ønsker, at kodifikationen ikke i tidens løb skal blive forældet eller ikke dækkende, et ønske der udtrykkes i form af et forbud.

Det *kvalitative* ideal om det fuldkomne med hensyn til en kodifikation angår ikke eksistensen (eller tilstedeværelsen) af et fuldstændigt sæt af normer, men angår normernes re-organisering på en ny måde, som antages at ville resultere i nye virkninger. – Forklædt i idealet om det fuldkomne viser der sig ofte en kodifikation, der nok er i stand til at dække hele det pågældende retsområde, men som dog ikke er andet end en samling af regler i *én* bog, som i kraft af dens enkelthed og utvetydighed populariserer loven, d.v.s. orienterer borgerne om, hvordan de kan ordne deres egne forhold, og om hvordan man juridisk korrekt skal bedømme andre folks forhold.

En grund til at bore i illusionerne om at kunne realisere idealet om det fuldkomne inden for en kodifikation er, at disse illusioner såvel indeholder som afklarere og fuldbyrder tendenser, som er indeholdt i og aktive under kodifikationernes historiske udvikling. Analysen af disse illusioner kan derfor give en bedre forståelse af nogle faser i kodifikationshistorien, da de afspejler denne på en kompromisløs og uhæmmet måde med en ekstrem konsistens.

Det *kvantitative* ideal om det fuldkomne er ikke blot uvirkelig spekulation. Det har fungeret som den væsentligste løftestang for udførte forsøg på kodifikation. Reguleringens fuldstændighed og dens eviggyldighed kan

i historien vise sig sammen eller adskilt som et krav fra et abstrakt ideal om det fuldkomne. *Justinians* forenede krav om reguleringens fuldstændighed såvel som eviggyldighed udsprang af en overdreven imperatorisk vilje til at tilegne sig beherskelsen og opretholdelsen af loven. Kravet var yderligere øget af – bortset fra personlig prestige – at det stammede fra et imperium, der økonomisk og politisk var i opløsning¹. Den præjssiske »*Allgemeines Landrecht*« indeholdt en illusorisk, men normativt og ideologisk understøttet forestilling om reguleringens fuldstændighed. Denne var vokset ud af den patriarkalske despotisme og gav den lokale præjssiske absolutisme dens særlige træk, ligesom den fulgte af Frederik den Stores ønske om at have kontrol med alt². Hvad angår den franske »*Code Civil*« var troen på lovens eviggyldighed et resultat af den rationalistiske naturrets ideologi bag kodifikationen, som konsoliderede den borgerlige omformning af samfundet, og denne tro kunne næres af euforien over den sejrige revolution og af tilliden til det universelle i den nyskabte sociale orden³.

Eksemplerne på det kvantitative ideal om det fuldkomne med hensyn til kodifikation, herunder de ovenfor omtalte eksempler, har vist sig som de mest ekstreme historiske kodifikationsforsøg. Det måtte således være tilstrækkeligt at analysere dem i deres konkrete historiske sammenhæng. Det kvalitative ideal synes at adskille sig herfra på et væsentligt punkt. Det kvalitative ideal ser nemlig ikke ud til at materialisere sig – ikke engang som et mislykket forsøg. Det bliver ikke virkelighed som sådan: Det forbliver en drøm, en mental drivkraft, der blot understøtter forventninger om en kodifikation, men som ikke bliver til forsøgte eller gennemførte kodifikationsarbejder. Dets fremtræden er kun en mental forventning, dets eksistensform er utopisk. Forskningen i kodifikationernes historie har derfor heller ikke boret i den sidste type på et ideal om det fuldkomne. Det er vores opgave at analysere det nu.

Under studiet af vores emne skal vi se, at denne utopi som ethvert andet mentalt produkt ikke er et eller andet abstrakt, som er skabt af sig selv og som udvikler sig af sig selv. Det er en drøm om noget der skal realiseres, og det har derfor en tendens til som regel at forbinde sig med historiske bestræbelser på eller forslag om kodifikation. Dette ideal er både bekvemmeligt og populært, universelt og utopisk, og det understøtter derfor intellektuelt på en let forståelig måde de aktuelle bevægelser for kodifika-

1) Se Cs. Varga, *Kodifikációs előformák az ókori jogfejlődésben* (primitive former for kodifikation i oldtidens retsudvikling), i *Allam- és Jogtudomány*, XVII, [1974] 1, s. 92 ff.

2) Se Cs. Varga, *Kodifikációs tendenciák a felvilágosult abszolutizmus korában*, (kodifikationstendenser på den oplyste enevældes tid), *Jogtudományi Közöny*, XXXI [1976] 2, s. 73 ff.

3) Se Cs. Varga, *A kodifikáció klasszikus típusának születése Franciaországban*, (den klassiske form for enevældes tilblivelse i Frankrig), i *Allam- és Jogtudomány*, XVII [1974] 3, s. 466 ff.

tion. Men når en kodifikationsbevægelse når sit mål, lider idealet nederlag, når det bliver konfronteret med virkeligheden, og det bliver således tvunget til at optræde ideologisk som den uforklærede utopi.

Det kvalitative ideal om det fuldkomne inden for kodifikationerne danner således en ensartet gruppe i sig selv, som er forskellige fra det kvantitative ideal. Dets udtryk er ikke selvtilstrækkelige, det bliver ikke objektiveret, det antager ikke en ydre autonom eksistensform. På den anden side synes de at bære på i det væsentlige fælles, strukturelle egenskaber. Deres indhold er naturligvis i almindelighed relativt. Dette er et tilfælde af den almindelige instrumentale bestemmelse, hvorefter en ramme og struktur afhængig af de forskellige socio-økonomiske faktorer lægger grundlaget for de mentale fænomener, som kan være af vidt forskellig social karakter, men som stadig kan have en masse fælles i andre henseender. Det instrumentalt-strukturelle fællesskab mellem de forskellige udtryk for det kvalitative ideal vedrører i hovedsagen problemet om rettens rationalitet: som illusioner om den fuldkomne rationalitet indeholder det en ekstremt konsistent (og derfor utopisk) type af retlig rationalitet. Det vil derfor være muligt ved analyse af utopierne om den retlige rationalitet at vise de væsentlige elementer i bestræbelserne på at indføre rationalitet i loven såvel som de indre modsigelser i disse. Med hensyn til de utopiske kodifikationer, som omfattes af vores analyse, forbliver det magiske tal *en* ved med at dukke op, nemlig som en forløsning i en let forståelig samling af regler, dækkende hele det gældende retssystem. I andre sammenhæng ser man, hvordan den klassiske romerske kodifikation på grund af sin fjerne ophøjethed kom til at stå som et lysende eksempel for England, ikke blot på en kodifikation som sådan, men også på skreven lovgivning overhovedet⁴. Det er ikke udelukket, at netop denne tradition i forbindelse med mangel på erfaring med en praktisk kodifikation har betydet, at angelsaksere betragter kodifikation som en sammenfatning af hele det retlige system i en enkelt lov. Denne kodifikation som sådan – kaldet »Loven« – er for angelsaksisk tænkemåde stadig et eneste lovgivningsarbejde, nemlig en Lov der sammenfatter den gældende ret i Justinians imperium. Dette bekræftes af de mest almindelige definitioner af begrebet. De siger f.eks., at man ved kodifikation forstår »den proces at samle og arrangere reglerne i et land eller en stat i en lov«, eller »en samling af alle principperne i et retssystem i en enkelt bog i lighed med Codex Justinianus«⁵.

4) Ca. år 731 skrev Bede om »*exempla Romanorum*« i forbindelse med Aethelberts love (Hist. Eccl., 11, 5), skønt der ikke var væsentlige fælles træk, og Bede heller ikke havde direkte kendskab til romersk kodifikation. Se Cs. Varga, *Kodifikációs megnyilvánulások a középkori jogfejlődésben*, (kodifikationsfænomener i middelalderens retsudvikling) ; *Allam- és Jogtudomány*, XVIII [1975] 1, s. 139-140.

5) *Black's Law Dictionary* [1891], 4. udg., St. Paul, West Publishing Co., 1951, s. 324, og *The Dictionary of English Law*, udg. af K. Jowitt, I, London, Sweet and Maxwell, 1959, s. 400.

At dette ideal om »en lovbog« havde indflydelse på tanken om retlig kodifikation bekræftes af, at den beslutning, som House of Commons traf den 21. juni 1650, krævede en kodifikation »som skal være indbundet i ét bind«⁶. Endnu i Frankrig i midten af det 19. århundrede, d.v.s. et halvt århundrede efter afslutningen af den klassiske kodifikation, der indeholdt loven i en serie af ligestillede Love, var der retsteoretikere, som sagde: »Men efter alle disse anstrengelser står arbejdet med den enkeltstående kodifikation stadig tilbage at udføre«, fordi »den fuldstændige sammenstilling af retten, som til stadighed var ønsket men aldrig opnået«, den var ikke engang skabt af Napoleon⁷.

Denne »et-binds« karakter af retten kan ikke fungere som en tilstrækkelig forklaring på det kvalitative ideal om den fuldkomne kodifikation. Den kan kun være en slags arketype baseret på numerologi eller en tradition, som symboliserer og samtidig indeholder enkeltheden på en folkelig måde. Denne tradition er gennem tiden blevet det stadige objekt for forestillinger om kodifikation, siden Livius beskrev oprindelsen til De Tolv Tavler med udtrykket »corpus omnis Romani Juris«⁸.

Vi skal i det følgende se på 3 karakteristiske grupper af utopiske kodifikationer. Vi skal se på grundlaget for deres tilblivelse, deres rolle i samfundet, ligesom vi skal se på, hvilke erfaringer de kan give med hensyn til retlig rationalitet.

Bentham

Den første gruppe, som vi skal behandle her, omfatter den utopiske kodifikation i Bentham's teori og de tidlige kodifikations-bevægelser i USA.

Bentham, som var en næsten fanatisk tilhænger af kodifikationssagen, opfordrede regeringer og nationer til at kodificere, uden at han selv havde nogen praktisk erfaring med kodifikation. Hans budskaber til den vide verden var fulde af entusiasme og en forsonende tillid, og de blev derfor gunstigt modtaget i mange lande, navnlig i de lande, som ikke selv havde nogen viden om eller erfaring med kodifikation. Bentham fik en vis indflydelse i USA, som ellers traditionelt kun kendte det antikodifikatoriske præjudikatsystem, som var importeret af de engelske immigranter. I USA bestræbte man sig imidlertid på at institutionalisere et retssystem, som

6) *Journals of the House of Commons*, 1650, s. 427. J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle*, Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967, s. 358.

7) M.P.A.J. Malapert, *Remarques historiques sur la codification*, Paris, Cotillon, 1861, s. 13.

8) Sml. Varga, *Kodifikációs előformák az ókori jogfejlődésben*, s. 96. T. Livius, *Rerum Romanorum ab Urbe condita libri*, III, 34.

kunne adskilles fra den engelske ret med dennes gennem historien udviklede tekniske forfinethed, og man søgte at tilpasse de puritanske sekters fællesskabstraditioner til de økonomiske krav, som var knyttet til etableringen af en selvstændig stat. De luftige utopier hvilede dels på naive forventninger, dels på mangel på erfaring på kodifikation⁹. Idealet om kodifikationen vandt en særegen fuldkommenhed på grund af det fuldstændige fravær af forudsætninger for en kodifikation og på grund af en sammenblanding af tiltroen til skabelsen af noget nyt med illusoriske forventninger.

Jeremy Bentham udtalte den smukke profeti: »Borger – siger lovgiver – hvad er din situation? Er du en far? Se da kapitlet Om Fædre. Er du en landmand? Søg da råd i kapitlet Om Landmænd«. ¹⁰

I Montana bestræbte man sig på at erstatte den oprindelige ret, som var udviklet af Sioux-indianerne, pelsjægere og guldgravere, med et retssystem af et mere civiliseret, puritansk udseende. Etableringen af et retssystem krævede tilsyneladende en kodifikation – eller rettere sagt – krævede overførelsen af de erfaringer, som mere avancerede stater havde opnået under etableringen af deres eget retssystem, og en vis tilpasning til og accept i landet selv¹¹. Den ideale tilstand skulle da kunne beskrives således: »En borger i Montana, som kun har få penge til bøger, behøver kun at have 3 bøger på sit bord: et engelsk leksikon, lovbogen, og en god, gammel familiebibel«. ¹²

Et år før staten Californien antog Field's civilproceslov havde en State Senate Committee forkastet, hvad den betegnede som »kimærer af uvidenhed og galskab«, nemlig det almindelige synspunkt, at loven kan sammenfattes »inden for et omfang som en almindelig læsebog – således at enhver kan blive sin egen sagfører og dommer – således at landmanden, håndværkeren, den handlende, med denne »vade mecum« i sin lomme, ved ploven, i værkstedet, eller i forretningen, kan med et øjebliks varsel åbne bogen og pege på netop den side, det afsnit og den linie, som ville afklare den dunkleste sag, løse det mest uforståelige juridiske problem, definere hans rettigheder og foreskrive midlet til genoprettelse af en uret«. ¹³

9) Se Cs. Varga: *A kodifikációs kísérletek alakulása az Egyesült Államokban* (kodifikationsforsøg i U.S.A.), i *Allam- és Jogtudomány*, XV [1972] 2, s. 305 ff.

10) F. Bentham, i: W. Seagle, *The Quest for Law*, New York, Knopf, 1941.

11) *Massachusetts House of Representatives*, Report No. 17, 1836.

12) H.M. Field, *The Life of David Dudley Field*, New York, 1898, s. 92. Cit. af M.E. Lang, *Codification in the British Empire and America*, Amsterdam, H.J. Paris, 1924, s. 161.

13) *Report on Civil and Common Law*, 27. Februar, 1850, i Appendix, I Cal. 588-604, 591 [1850]. Cit. af D. Melinkoff, *The Language of the Law*, Boston-Toronto, Little, Brown and Co., 1963, s. 263.

Den franske revolution

I Frankrig opstod de utopiske ideer i revolutionens opstigende periode, d.v.s. i rækken af begivenheder fra revolutionens sejr til det jacobinske diktatur. Det var en periode, som komparative revolutions-teoretikere betegner »revolutioners hvedebrødsdage«. ¹⁴ Dette udtryk beskriver den euforiske tilstand efter den sejrriige magtovertagelse, når radikale ideer om at *starte på en frisk* og illusioner om, at *alting er muligt*, gør sådanne perioder så ekstreme, at det – som Marx udtrykte det – er som om mennesker og ting er indfattet i lysende briller, og ekstasen er hver dags stemning ¹⁵. Denne illusoriske radikalitet er til dels uundgåelig i revolutionens opstigende perioder, til dels er det ikke andet end en mulighed i sig selv, som konkretiseres af aktuelle socialpolitiske og ideologiske tendenser.

Disse tendenser er overordentlig komplicerede. Den fælles kerne bag disse tendenser var en overbevisning om, at man umiddelbart ville være i stand til at realisere rationalismens ideer. »Vi vil realisere filosofiens løfter«, sagde Robespierre ¹⁶. Og han mente det bogstaveligt. De mente, at de var ved at realisere et »Fornuftens rige«, som ikke blot skulle befri samfundet fra dets indbyggede love, men samtidig omforme den menneskelige natur. »Frankrig står på toppen af dets gyldne timer, og den menneskelige natur synes født igen«, skrev Wordsworth, en samtidig, der dermed beskrev idealismens sejr i den revolutionære periodes utopi. Vi kan afslutte med at sige med Hegel, at »det menneskelige hoved og dets tanker gjorde krav på at gælde som grundlag for enhver menneskelig handling og samfundsdannelse«. ¹⁷ Men, fortsætter Hegel, »så længe solen står på himlen og planeterne drejer sig om den, er det aldrig set, at mennesket står på hovedet, d.v.s. på sine tanker, og opbygger virkeligheden efter dette«. ¹⁸

Elementerne i den franske revolutions kodifikationsbegreb må eftersøges forskellige steder. Først og fremmest er det ment som en lidenskabelig forkastelse af den retlige struktur under Ancien Régime. Man identificerede – som det er sket i mange revolutioner – en retlig teknik med under-

14) C. Brinton, *The Anatomy of Revolution*, New York, Norton, 1938, s. 111.

15) K. Marx, *Die Achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte* [1852], i: K. Marx og F. Engels, *Ausgewählte Schriften in zwei Bänden, I*, Moskau, Verlag für fremdsprachige Literatur, 1951, s. 229.

16) *Sur les principes de morale politique qui doivent guider la Convention nationale dans l'administration intérieure de la République* [5 février 1794], i: Robespierre, *Textes choisis, III*, Paris, Editions Sociales, 1958, s. 113.

17) F. Engels, *Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft* [1800], i: Marx und Engels, *II*, 1950, ss. 107-108.

18) G.W.F. Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte* [1840], IV, Berlin, Akademie-Verlag, 1970, s. 926.

trykkelsen, og følgelig satte man sig i sin revolutionære iver netop det mål at fjerne teknikken. Man gik ind for en begrænsning af lovfortolkningen og krævede en fjernelse af den særlige, professionelle domstolsfortolkning. Med forbilledet i absolutismen indførte man en lov om det såkaldte »legislative referendum«, hvorefter dommerne skulle forelægge fortolknings-spørgsmål for lovgivningsorganet. Der viste sig i mellemtiden et krav om fuldstændigt at popularisere loven. Dette krav skulle realiseres ved en oversættelse til enkle retsregler af »den fornuftige lov«, og disse regler skulle på grund af deres enkelhed kunne administreres af læge uden deltagelse af karrieredommere eller advokater. Den 8. april 1790 krævede Siey , at lovene skulle være almindeligt forståelige, og at almindelige juryer også skulle kunne afsige domme om retssp rgsm l¹⁹. Dette udtrykkes i hans udkast, nemlig i kravet om den yderste enkelhed og i hans påpegning af behovet for, at alle borgere skulle være »lovens mænd«. (§32 og §86). Den 17. juni dekreterede Chabot i samme åndedrag, at det var slut med juristen såvel som med despoters og aristokraters regimenter. Han g r så vidt som at forlange forbud mod judiciel lovfortolkning: »Det skal bestemmes, at på en dag, hvor folket har fri fra arbejde, skal alle anliggender diskuteres og bedømmes af opm nd i et almindeligt borgermøde«. Grundlaget for en l g administration af retten kan kun være en l g lov. Og dette er en lov, som er forståelig for enhver. »Et stort folks love kan ikke være enkle«, sagde Robespierre, »men jeg mener, at naturens hovedværk er denne enhed, denne enkelhed i de forskellige bevægelser. Dette naturlige princip om lovenes enhed for alle nationer er udtrykt i denne enkle maxime: g r ikke mod en anden, hvad du ikke ønsker, at man g r mod dig. Hvis der var grundlag for Robespierre's opfattelse, måtte man opgive republikken«.²⁰

Som man ser, er denne utopiske kodifikations-teori baseret på postulater om »den rene fornuft«. Dette er ikke blot udtrykt i den hidtil usete enkelhed i bestræbelserne på en kodifikation, men følger også af deres grænseløse universalitet. Chabot's bidrag klargjorde, at af naturen følger såvel enkelhed som enhed. Emperiets love byggede på »fornuftens love« og skal ikke begrænses i tid eller rum: det er netop dets universalitet, som viser, at det er baseret på naturen.

Da Robespierre talte om at realisere filosofiens løfter, hævdede han ikke, at dette var det eneste mål. Han sagde også, at »vi ønsker, at

19) *S ance du 8 avril 1790, R impression de l'Ancien Moniteur, IV, s. 74. Cit. af A. Esmein, L'originalit  du Code civil – Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire, I, Paris, Rousseau, 1904, s. 6.*

20) *S ance du 17 juin 1793, R impression de l'Ancien Moniteur, XVI, s. 677 i: Esmein, s. 7. Det er værd at bemærke, at Robespierre var realist med hensyn til kodifikation, til trods for at han var utopist på andre områder. Han svarede Chabot således: »Nous faisons des lois pour un peuple dont les m eurs sont loin de cette simplicit  qui rapproche l'homme de la nature; son Code civil ne peut  tre que tr s compliqu «. Ibid., Cit. af Esmein, s. 8.*

Frankrig skal blive model for alle nationer«. I Canbacérès's lovudkast af 9. august 1793 blev kravet om universalitet for første gang gjort gældende i loven. »Man må betragte den civile lovbog, som konventet har forberedt for den store familie af nationer, som et resultat af friheden. Nationen skal modtage den som garantien for dens lykke. Og den skal en dag tilbyde den til alle folk«.²¹

Revolutionære illusioner blev konfronteret med virkeligheden. Ekstremerne bliver skrækket af utopierne. Når således under konsolideringen det virkelige og endelige resultat af revolutionen bliver høstet, må man igen erkende med resigneret mådehold rettens kompleksitet, ligesom man må indse nødvendigheden af en professionel lovfortolkning og dennes kreative bidrag til retsudviklingen, som ikke blot kan fjernes ved et lovbud. Sidst men ikke mindst må man erkende, hvordan rettens tekniske elementer er indpodet i den nationale tradition²². Portalis, som udformede Napoleons code civile, tog afstand fra den revolutionære tanke om loven som simpel, læg og universel, som udtryk for en barnlig illusion, med følgende udtryk: »Vi har i vor, moderne tid holdt for meget af forandring og reform. Hvad angår institutioner og love har uvidenhedens århundreder nok været forum for misbrug, men filosofiens og oplysningens århundrede har kun alt for ofte været forum for overdrivelser«.²³

Socialistiske kodifikationer

Den sejrtrige socialistiske revolution er ikke fri for i dens optimistiske start at producere illusioner med hensyn til kodifikation. I eksemplet fra den franske revolution så vi den åbenbare modsætning mellem den retlige realitet og de illusioner, som samtidig udviklede sig. Det må gøres klart, at også ved proletariske revolutioner har næsten fra begyndelsen projekter om kodifikationer været under behandling²⁴.

Vi betragter her et særligt ideologisk aspekt af den revolutionære proces' begyndelse, et fantastisk spring fremad. Igen er illusionen om den

21) F.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, I, Paris, Au Dépot, 1827*, s. 11.

22) Det er værd at bemærke, at drømmen om en verdensomspændende kodifikation af naturretten – om en fælles europæisk lovbog – skulle genopstå med Napoleon. *Las Cases: Memorial de Sainte Hélène, 1840, III*, s. 298; *IV*, s. 153, 297. Denne idé om universalitet var dog langt fra en idé om en utopianisme, der skulle forbedre verden, men den skulle dække over ambitioner om at dominere verden. J. Limpens: *Territorial Expansion of the Code*, i: *The Code Napoleon and the Common-Law World*, udg. af B. Schwartz, New York, University Press, 1956, s. 93 ff.

23) J. Fenet, s. 482.

24) Cs. Varga, *The Formation of a New, Socialist Type of Codification, Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XIII (1975) 1-2*, s. 112 ff. B. Sarló: *A Tanácsköztársaság jogrendszerének kialakulása*, Budapest, *Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó*, 1969, især Kapitel II (retssystemets dannelse i den ungarske sovjetrepublik).

perfekte kodifikation forklædt i en forkastelse af den ældre periodes retlige teknik. Der optræder igen en forenkling, og denne afslører på den ene side den objektive, institutionelle retsstruktur som et middel til klasseundertrykkelse. På den anden side sættes denne retsstruktur i forbindelse med den forgangne sociale ordens anarki.

Når man negerer den formelle, retlige teknik og forkaster den særlige judicielle lovfortolkning med professionelle dommere og advokater, er dette imidlertid ikke – som i det franske eksempel – en simpel følge af en utopi om et nyt samfund eller af dette samfunds nye, indre lov.

Det er her vigtigt at bemærke, at de utopiske forestillinger om en kodifikation har forkastet den foregående kodifikation. Utopien om en kodifikation er opstået som en reaktion på den tidlige kodifikation. Det mest typiske eksempel på en ældre »realitet« var den tyske Bürgerliches Gesetzbuch et al. Med dens komplicerede tekniske opsætning og dens uigennemskuelige generalklausulerende retspraksis, der udviklede sig med stadigt stigende selvstændighed. Denne praksis bevirkede, at den pågældende lov kunne tilpasse sig de stadigt skiftende omstændigheder, som fulgte af monopolkapitalismens og klassekampens udvikling.

Den socialistiske revolution udviklede en kodifikationsutopi, som ville tage afstand fra denne tilstand. Mens det under den franske revolution gjaldt om at knuse feudalismens privilegier og ulighed for at give plads for fornuftens herredømme, var den drivende kraft under den proletariske revolution ønsket om at fjerne den tidligere sociale ordens og produktionsmådes anarki, idet man optimistisk håbede på, at man ved at fjerne en klasseundertrykkelse ville reducere rettens betydning. Jo mere loven kunne frigøre sig for former og teknik, desto mere umiddelbart folkelig ville en kodifikation og dens praktiske gennemførelse kunne blive. Næppe en uge efter magtovertagelsen udtalte en jurist i den ungarske sovjetrepublik: »Juristens arbejde for at det karakteristiske resultat af undertrykkelsens klasselov og af kapitalismens anarkistiske produktionsmåde, og sammen med dette system skal denne profession også gå til grunde.«²⁵ Da intervention og indre konflikter i midten af juni 1919 truede den ungarske sovjetrepublikks eksistens, gav den samme gruppe af revolutionære jurister, der overraskende hurtigt var begyndt på en kodifikation og allerede havde nogle udkast færdige, en teoretisk beskrivelse af illusionen om en kodifikation, som byggede på overforenklede sammenhænge. De startede med at beskrive, at det var »den anarkistiske produktionsmåde« i det kapitalistiske samfund, som havde skabt de »komplicerede retlige relationer« og det hertil hørende »indviklede« retssystem. I modsætning hertil havde man »det kommunistiske samfunds produktionsmåde, som vil være planlagt og enkelt, og som følgelig vil have et krystalklart retssystem. Omfattende Talmud-lignende lovtekster vil være overflødige, og kun klare

25) A. Östreicher, *A jogvédelemről* (om retshjælp), *Proletárjog* 1919, I [29. Marts], s. 8.

principper, som er forståelige for enhver, vil være nødvendige. De nærmere konsekvenser kan let ses af enhver, der søger vejledning for sin adfærd, eller som skal bedømme andre proletarers sager. Den almindelige forpligtelse til at kende loven vil blive en realitet, og der vil ikke mere være behov for en kaste af jurister eller professionelle dommere«. ²⁶ Lignende synspunkter blev udbredt i Sovjetrusland, navnlig af de såkaldte venstre-radikale, som krævede mere og mere radikale omformninger, og som opponerede mod Lenins taktik – omend de fulgte hans strategi. I en af de mest populære propagandahæfter fra tyverne hed det: »Den proletariske stats love er indtil nu kun skitseret, og de vil aldrig blive nedskrevet i deres helhed. Arbejderne ønsker ikke at forevige deres herredømme, og de behøver derfor ikke endeløse bind af skreven ret. Når de har udtrykt deres vilje i et af de fundamentale dekretter, kan de – for så vidt angår de praktiske detaljer – overlade fortolkningen og anvendelsen af disse dekretter til folkedomstolene, hvis dommere vælges af arbejderne«. ²⁷

Da Sovjetrusland begyndte på NEP-perioden, udgjorde disse synspunkter en fare for revolutionens resultater, og deres uholdbarhed blev åbenbar. Det blev da en overlevelsesbetingelse, at legaliteten blev garanteret, og at der blev udarbejdet en socialistisk ret i en egnet form og med et egnet teknisk apparat. Modstand mod, ja den totale forkastelse af de ovenfor nævnte radikale synspunkter blev bydende nødvendig og mere og mere udbredt. Det var ikke tilfældigt, at Visjinski, som samtidig gennemførte det nye retssystem i overensstemmelse med de teoretiske behov i Stalins struktur, så rødt, når han i sine nedgørende arbejder citerede ældre sovjetiske teoretikere: »Idet lovgivning og administration bliver til tekniske opgaver, bevarer de i deres struktur kun en lille andel af retlige, d.v.s. formelle elementer«. ²⁸ »Der er røde Speranski'er blandt os, som gennemfører love. Hvornår dukker der nogle røde Voltaire'er op og brænder dem?« ²⁹

26) I. Földes, *Laikus bírások és anyagi jogszabályok* [Lægdommere og materielle retsregler], *Proletárjog*, 1919 [7/14 Juni] s. 50.

27) N. Bukharin og E. Preobrazhensky, *The ABC of Communism* [*Azhuka kommunizma*, Peterburg, 1920], udg. af E.H. Carr, Harmondsworth, Penguin, 1969, ss. 273-274.

28) E.B. Pashukanis, citeret fra et ikke-identificeret værk af forfatteren. A.J. Vishinsky, *Voprosy prava i gosudarstva v Markhe*, i: A.J. Vishinsky, *Voprosy teorii gosudarstva i prava*, 2. udg. Moskva, Gosudarstvennoe Izdatelstvo Juridicheskoi Literaturi, 1949, s. 27.

29) P.I. Stuchka, citeret fra et ikke-identificeret værk af forfatteren. A.J. Vishinsky, *O nekotorykh voprosakh teorii gosudarstva i prava*, i: A.J. Vishinsky, *Voprosy teorii gosudarstva i prava*, s. 404.

Afslutning

Når man skal se på, hvilke erfaringer, der kan drages af disse kodifikations-utopier, kan det være hensigtsmæssigt at se dem i lyset af filosofiske og sociologiske teorier om utopier. Landauer's synspunkt synes at pege på noget meget vigtigt i den historiske udviklings dialektik og i forholdet mellem ideologi og virkelighed. Efter hans opfattelse dukker der altid en utopi op, repræsenteret af revolutionen, når den sociale status quo rystes. Revolutionen udvikler uundgåeligt nye utopier, og således fremdeles i en uendelig cyklisk rotation³⁰. Denne forklaring kan imidlertid ikke redegøre for, at det centrale i utopierne netop er, at de ikke bliver realiseret, og at de ikke blot er afhængige af deres umiddelbare socioideologiske grundlag, men at kodifikations-utopier i forskellige historiske perioder har en masse til fælles. Efter Mannheim's berømte definition er der blandt de ideologiske tankeprocesser, der beror på begreber om noget ikke-eksisterende, dels dem, som er *ideologiske* i snæver forstand, nemlig dem, der har til formål at dække over eller stabilisere den eksisterende sociale virkelighed, og dem, der er *utopiske*, nemlig dem, der inspirerer til kollektiv handling med det formål at forandre³¹. Den slags virkelighed, som transcenderer virkeligheden, kan utvivlsomt angive noget om de kodifikatoriske utopiers sociale funktioner, men giver ikke mere viden om dens særlige træk.

Med henblik på modstanden mod den etablerede orden, er der grund til at bemærke, at utopiske intentioner ikke klart materialiserer sig i en positiv definition af, hvad de virkelig ønsker, men snarere bliver konkrete ved at negere, hvad de forkaster³². Der er en åbenbar sammenhæng mellem bekræftelse og benægtelse. Og derigennem netop den sammenhæng, at de forskellige kodifikatoriske utopier har et fælles træk, ikke blot med det socio-legale grundlag, som fremavler dem, men også med hinanden indbyrdes. Generelle teorier om utopier kaster imidlertid ikke noget lys på det essentielle i denne sammenhæng. Lamartine's sætning om, at »utopierne ofte kun er ikke-modnede sandheder« er nok poetisk, men indeholder kun en begrænset sandhed. Forklaringen må findes i de pågældende utopiers specifikke kodifikatoriske elementer.

Løsningen synes at ligge i det element af formel rationalitet, som findes om det abstrakte mål med kodifikation af loven. En social organisations virksomhed kræver formningen af formelt rationelle strukturer, som mentalt foregriber på en formelt rationaliseret måde det socialt organiserede indhold. Kodifikation – og navnlig den kvalitative udformning, der organi-

30) G. Landauer, *Die Revolution*, Frankfurt am Main, 1907, s. 16.

31) K. Mannheim, *Ideology and Utopia* [*Ideologie und Utopie*, 1929], London, Routledge, 1954, s. 173 ff; K. Mannheim, *Utopia*, i: *Encyclopaedia of the Social Sciences* [1934], udg. af E. R. A. Seligman, XV, New York, Macmillan, 1959, s. 201.

32) *Utopie: Begriff und Phänomen der Utopischen*, herausgegeben von A. Neusüss, Neuwied, Luchterhand, 1968.

serer retten i et sammenhængende regelsystem – er kun et forsøg på at udfylde formelrationelle strukturer i netop den retlige objektivering³³.

De kodifikatoriske utopiers karakter af utopi viser sig klart i det forhold, at tendenserne i det formelle krav om rationalitet dukker op i en fuldstændig ren form under omstændigheder, som har fjernet alle hindringer for den *eventuelle*, men utopiske forløsning af den formelle rationalitet. Sådanne omstændigheder har vi set, ved den fuldstændige mangel på erfaring med hensyn til gennemførelse af kodifikation (det engelske og amerikanske eksempel) eller under den revolutionære sejrstrus rationalistiske illusioner (det franske eksempel) eller ved sammenstødet af de revolutionære illusioner med den tidligere kodifikations overforfinede og komplicerede kriseskabende natur (eksemplet med den socialistiske revolutionære samfundsforandring). Denne renfærdige og kompromisløse gøre sig selv gældende fører til utopisme i kraft af dens egen ensidighed.

Teoretisk kan denne formelle rationalitet føre forskellige steder hen. På den ene side kan den føre til en endeløs vej af forudseenhed og tagen højde for alt, en tendens, der kan gå over til sin modsætning på et givet punkt og således tilintetgøre sig selv som formel rationalitet. Denne vej kan, som vi allerede har set, kun friste absolutistiske politiske bevægelser. I sin mest ekstreme form straffes den ved at være dømt til fiasko.

På den anden side er de ideologier, som vi har undersøgt, til stadighed udtryk for utopiske sociale og historiske omstændigheder, som udgør en baggrund for ønsket om at omforme det særlige til det generelle: man vil fjerne sociale institutioner og processer som afsondrede, ydre systemer og overføre dem direkte til folket for at gøre dem virkelig folkelige. Dette kompromisløse og upraktiske krav om at fjerne afsondretheden leder den formelle rationalitet i en anden retning. »For større velvære og bedre forståelse hos folket« – som det blev erklæret i the House of Commons på den ovennævnte dag under den engelske borgerlige revolution. Man tænkte da på en lov, som var befriet for de hidtil eksisterende hindringer for en formel rationalitet, og som muliggjorde udviklingen af en krystallklar og enkel rationalitet. Med denne rationalitet ville man befri sig selv fra den tidligere mangel på organisation (det engelske og amerikanske eksempel) fra de forviklinger, som var knyttet til de feudale privilegier (det franske eksempel) eller fra det tidligere samfunds anarkistiske produktionsmådes indflydelse på overbygningen (eksemplet fra den socialistiske revolution). Men det ender nødvendigvis med negationen af selve retfærdigheden, af lovens objektiverede og institutionelle karakter. Dette finder også udtryk i modstanden mod den retlige profession og mod den retlige teknik.

Disse tanker er utopiske, fordi de ikke indeholder en *afvejet* udformning af kravene om formel rationalitet. De tager ikke højde for, at den formelle

33) Se Cs. Varga: *Racionalitás és jogkodifikáció* (Rationalitet og kodifikation), *Szociológia*, 1975/3, s. 368 ff. og på samme måde af Cs. Varga: *Law and the Historicity of Its Formal Relatedness*, i: *Festschrift Legaz y Lacambra*, Madrid, under trykning.

rationalitet kun er funktionel i det rette mål, idet det ikke blot er mangel på rationalitet, men også dets overflod som kan hindre den praktiske efterlevelse af en given regulering.

Eller med andre ord, man opfattede rationaliteten i sig selv som noget abstrakt, der var funktionel under alle omstændigheder. Disse utopier anerkendte ikke, at den formelle rationalitet kun er en organisationsmåde med et givet indhold under givne omstændigheder. Det er den rene formalitet, som imidlertid kun kan spille en underordnet rolle i den komplicerede sammenhæng af sociale og retlige faktorer. Den utopiske illusion om den formelle rationalitet tager altid udgangspunkt i den falske forestilling om dens egen selvtilstrækkelighed og magtfuldkommenhed. Dette er forklaringen på, at man er villig til indenfor denne rationalitets rammer at reducere eller fjerne formaliteterne, de tekniske elementer, objektiveringen og den institutionelle karakter af retten, ligesom man som den mest iøjnefaldende konsekvens vil fjerne den særlige professionelle judicielle rets anvendelse assisteret af advokater.

Disse utopisters måde at omforme loven på forekommer yderst subjektiv og doktrinær. Det er det punkt, som de konservative revolutionskritikere peger på, når de betegner den franske revolution, hvor disse flammande idealer søges realiseret, som »den teoretiske doktrins revolution« eller som »ideokrati«³⁴. En funktionel begrænsning af de utopiske ideer vil i et givet samfund følge af senere udvikling, når idealerne som daglige praktiske problemer konfronteres med aktuelle muligheder og vanskeligheder. I kraft af praktiske kompromiser bliver utopien omformet til aktuelle sociale kendsgerninger af relevans for praksis.

Vi kan konkludere, at kodifikatoriske illusioner er falske og fordrejede refleksioner. Men de er *refleksioner af noget*. De bærer i sig visse tendenser og karakteristiske træk. Kodifikatoriske illusioner har et falsk og fordrejet forhold til virkeligheden, netop fordi de viste sig at være yderst afgørende ved fastsættelsen af eksisterende tendenser. Det utopiske skyldes deres genspejling af de tekniske muligheder, som ligger i gennemførelsen af en formel rationalisering, og ved at de går ud over den historiske virkelighed ved at presse de roller, som de skulle spille, til det yderste.

34) E. Burke, *Reflections of the French Revolution and Other Essays*, London, Everyman's Library No. 460, 1955, s. 288, og H. Leo, *Studien und Skizzen zu einer Naturlehre des Staates*, Halle, Anton, 1833.

Man kan ikke gøre gældende, at disse illusioner ubevidst gør krav på en egen eksistens. Om sådanne forestillinger skrev Marx: »Det vil da vise sig, at verden længst besidder drømmen om den ting, som den kun behøver at besidde bevidstheden om for virkeligt at besidde den«³⁵. I begge tilfælde er der tale om ikke-virkelige ting. Men Marx talte om motiver, som ubevidst formede og foregreb virkeligheden, mens de kodifikatoriske utopier, som jeg har behandlet, nok er baseret på visse virkelige elementer, men dog stadig negerer virkeligheden og derfor er domineret af deres ideologiske element.

Også Adorno kan have tænkt på disse gennemsigtige, dialektiske om-dannelser mellem det virkelige og det ikke-virkelige og om muligheden for på denne måde at begribe virkeligheden, da han i mere generelle, filosofiske sammenhæng sagde: »Zu reflektieren wäre über die in Rede stehenden Gegenstände nicht derart, das man über sie als ein Seiendes oder ein Nicht-seiendes urteilt, sondern indem man die Unmöglichkeit, sie dingfest zu machen, ebenso wie die Nötigung, sie zu denken, in ihre eigene Bestimmung hinein nimmt«³⁶.

Hvadenten der er tale om lov-kodifikation eller anden slags menneskelig objektivering, kan utopier og illusioner om rationalitet være lærerige for den marxistiske retsteori, som pr. definition må betragtes som en samlet teori, skønt den får bidrag fra såvel socialistisk retsvidenskab som fra vestlig og ikke-vestlig marxistisk tænkning.

35) K. Marx's brev til Ruge, September 1843 [fra: *Deutsch-Französichen Jahrbüchern*, 1844], i: K. Marx og F. Engels, *Werke*, I, Berlin, Dietz, 1957, s. 343.

36) T.W. Adorno, *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1966, s. 209-210.

Historisches Wesen und aktuelle Bedeutung der Kodifikation*

Das *schriftliche Festsetzen und Zusammenfassen des Rechts*, — d. h. jenes differenzierte Eigentümlichkeiten tragende Objektivations- und Institutionssystem, das man die Erscheinung der Kodifikation nennen kann — entstand historisch und gewann eine immer entwickeltere Form und umfassendere Bedeutung zur Zeit, als das Recht als ein das *Verhalten formierender Faktor* in den Vordergrund trat. Ihr Auftreten in der gesellschaftlichen und rechtlichen Praxis bedeutet schon in ihren elementaren Formen zweierlei Sachen. Einerseits, daß sich das Recht als *standardisiertes Verhaltens- und Entscheidungsmodell objektiviert*: es wird an eine gegebene Objektivationsform gebunden. Andererseits, daß seine so erhaltene, veräußerlichte Form nicht allein seine herausgegriffenen Teile betrifft: Das Recht erhält dadurch eine grundlegende, seine Eigenartigkeit bestimmende *Daseinsform*. Zum Mittel der gesellschaftlichen Vermittlung und Beeinflussung wird das Recht wirklich dadurch, daß es sich von der Faktizität der gesellschaftlichen Praxis löst, sich als für die ganze Gesellschaft geltende Objektivation, dieser entgegenwendend, zu ihrem Maßstab, zum *normativen Modell* wird. Unter dem Aspekt der Beeinflußten gesehen, ist das ein Verhaltensmodell, das vorhergehend gesetzt und *festgesetzt* wurde, und welches daher für die *Modellierung des* zu verfolgenden *Verhaltens* (zur Auswahl der Alternative des tatsächlichen Verhaltens, zum Voraussehen der Folgen) wahrhaftig eine Grundlage schafft. Von der Seite des Beeinflussenden her gesehen ist es aber eine Objektivation, die an eine *formelle Setzung gebunden* — also formbar

ist, das es bloß vom *Setzungsakt* des Einfluß Ausübenden abhängt.

Diese kurze Charakterisierung der rechtlichen Erscheinung genügt natürlich keineswegs zur Versinnlichung ihrer Gesellschaftlichkeit. Es wurden bloß auf ihre Eigenschaften als Form und spezifisches Mittel hingewiesen. Ihre sich in bestimmter Weise, Form, Struktur usw. vollziehende Objektivierung ist also ein wesentlicher Komponente ihrer Qualität, als Mittel und ihrer Funktion, als gesellschaftlichen Vermittlung.

Das Recht ist vor allem die Ausprägung des jeweiligen Standes der Wirtschaftsverhältnisse und des Klassenkampfes. Infolgedessen ist seine Entwicklung in erster Linie die Entwicklung gegebener Inhalte, genauer gesagt jener Wirkung, die diese Inhalte ausüben, indem sie diese gesamte, gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung bremsen oder beschleunigen. Da jedoch in der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Gesamtentwicklung das Recht nicht einfach Spiegelbild, kein als abstraktes Abbild der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Totalität auftretender Inhalt, sondern ein *Mittel der Vermittlung* ist — dessen *eigentümliche Funktion seiner eigentümlichen Organisation benötigt* —, ist auch seine formelle Entwicklung, wenn auch der inhaltlichen Entwicklung unterworfen, bedeutungsvoll.

Unter *formeller Entwicklung* verstehen wir die technische Bearbeitung von Verhältnissen die den Inhalt des Rechts ausmachen, ihre Transformierung zu Verhaltens- und Entscheidungsmodellen als Instrument der Vermittlung und schließlich die Organisation letzterer zu einem zusammenhängenden Objektivationssystem.

Das allgemeinste Kennzeichen der formalen Entwicklung ist das Erhöhen der *formellen Rationalität* der Modelle. Dies bedeutet die Sicherung auf immer höherer Stufe ihrer Behandelbarkeit, Überschaubarkeit die Vorausschbarkeit und Ausrechenbarkeit ihrer Folgen in der stets zuneh-

* Referat vorbereitet für das internationale rechtstheoretische Symposium „Die gesellschaftliche Wirksamkeit des sozialistischen Rechts (Probleme ihrer Begriffsbestimmung und Messung)“ des Instituts für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR vom 29. 11. bis 1. 12. 1977 in Berlin.

menden Masse der sich auch untereinander differenzierenden rechtlichen Mittel der gesellschaftlichen Vermittlung. Die formelle Rationalisierung ist weder in Anbetracht ihrer Entstehung noch in der ihrer weiteren Herausbildung Selbstzweck. Sie unterstützt die Wirksamkeit des tatsächlichen gesellschaftlichen Einflusses der jeweiligen *politischen Gewalt*. Dies ist jener Zusammenhang, der die eigentümliche Funktion der formellen Rationalität bestimmt: nämlich, daß die gegebene Inhaltlichkeit der Gewalt *an sich* nie genügend ist. Genau ihre formale Rationalität, d. h. ihre Herausbildung als formell rationalisiertes Objektivations- und Institutionssystem und ihre Funktionalität sind dazu nötig, um dieser Gewalt gesellschaftlich eine andauernde Wirkung zu sichern.

Was das Recht in seiner Funktion als Mittel betrifft, schreitet seine Entwicklung in zwei Richtungen vorwärts. Um tatsächlich als äußerer Maßstab, als Modell, als ein Verhaltensstandard dienen zu können wird es *in der Form der Sprache* festgesetzt. Die sprachliche Form ist kein eventueller Inhaltsträger. Diese Form wird in ihrer im weiteren gegebenen Funktion als Text so angesehen, wie etwas, das *das Recht selbst verkörperlicht*. Diese Betonung der Form kommt auch aus äußeren Zeichen erkennbar zum Ausdruck dadurch, daß man das Recht formal als gesetzt auffaßt und zur Geltung verhilft. Andererseits wird diese Form strukturiert und organisiert, um dadurch die *formelle Rationalität* gesichert zu haben. Es wird in der von den jeweiligen gesellschaftlichen Bedingungen bestimmten Weise und in dem Maße bestrebt, daß das Recht in dieser Form praktisch gut zu handhaben sei, ja sogar bei massenhaften Anwendung eine einheitliche Praxis erbringe.

Dies kann einerseits dadurch verwirklicht werden, daß *die das Recht verkörperlichtende gesetzte Form selbst* eine formell rationalisierte Struktur gewinnt. Aufgrund der allgemeinen Erfahrungen und Tendenzen der Rechtsentwicklung kann man

sagen, daß diese Alternative die in erster Linie erwünschte ist. Bei einer solchen Lösung ist die formal rationalisierte Struktur kein äußeres, zufälliges Akzessorium, sondern es ist die gesetzte, normative, anzuwendende, als Verhaltens- und Entscheidungsmodell dienende rechtliche Objektivation selbst, die eine formal rationalisierte, organisierte Form erhält. Weiterhin kann sich das so verwirklichen, daß neben der eigentlichen (gesetzten, normativen, anzuwendenden, als Verhaltens- und Entscheidungsmodell dienenden) rechtlichen Objektivation *derer Organisation formeller Rationalität als eine Objektivation für sich entsteht*. Die rechtliche Objektivation und die formelle Rationalisierung ihres Inhalts trennen sich in diesem Falle voneinander. Letztere besitzt überhaupt keine formale Rechtskraft und Geltung, sie knüpft sich bloß durch ihre inhaltliche Beziehung an die rechtliche Objektivation und erhält eine überzeugende Kraft, sogar manchmal gesellschaftliche Geltung. Zu einer solchen eine Verdoppelung ergebende formellen Rationalisierung des Rechts kommt es historisch vor allem zu einem Zeitpunkt, wenn (1) die das Recht objektivierende oder rationalisiert setzende Gewalt fehlt (z. B. feudaler Partikularismus); (2) es wegen historischen, traditionellen usw. Gründen eine zu große Gebundenheit an schon gegebene Formen die Ablösung mit einer rationalisierten Form nicht ermöglicht (z. B. anglosächsisches Präzedenzrecht) oder wenn (3) infolge Unfähigkeit oder wegen aus verschiedenen Überlegungen entstehenden Fehlen einer Entscheidung das Überholen der alten Form verhindert (z. B. Stagnieren der Kodifikation, Stillstand oder Halbheit in den Lösungen der Modernisierung des afro-asiatischen Rechts oder die Wahl eines doktrinären Weges im zeitgenössischen skandinavischen System). Drittens kann sich dies durch einen zwischen den zwei ersten Formen vormittlenden *Kompromiß* realisieren. Im allgemeinsten so, daß die *alte Form* in ihrer Geltung *weiterbesteht*, ihre Funktion als Text unberührt

bleibt, doch erscheint sie *als Element eines umfassenderen Systems*: dadurch wird zugleich schon ein bestimmter Grad der formellen Rationalität vorherrschen (z. B. kontinentale und anglo-amerikanische Konsolidation, Kompilation usw.).

Nach einem einfachen Überblick der verschiedenen Wege der formellen Rationalisierung, wird es klar, daß das Bedürfnis der Gesellschaft auf die formelle Rationalität des Rechts bedeutend größer ist, als die Möglichkeit des Gesetzgebers, durch die Strukturänderung des Rechts die Rationalisierung selbst durchzuführen. Besteht keine konkrete Möglichkeit zu einer derartigen Gestaltung des Rechts, bahnt sich die objektive Notwendigkeit in anderer Richtung und Weise ihren Weg. Dann kommen jene »formlosen« — *verdoppelten, sekundären* — Formen zustande, die mit verschiedenen Mitteln, auf Umwegen, durch »Ersatzmittel« aber doch zur Erfüllung derselben Funktion dienen.

So wurde durch die Dialektik der historischen Bedürfnissen und Möglichkeiten die Kodifikationsfunktion und ihre Erfüllung mit verschiedenen Mitteln und Formen geschaffen.

Historisch entwickelten sich zwei Alternativen der aus der Rationalisierung des Rechts durch Kodifikation. Die eine ist die *objektive Zusammenfassung* der kleinsten — an sich noch sinnreichen und über eine relative selbständigkeit verfügenden — Elemente des Rechts, der Normenstrukturen. Es handelt sich um die Herausbildung einer objektiven, normativ gesetzten Einheit der bis dahin an sich isolierten Normenstrukturen; also um eine *Neusetzung* der bis dahin unabhängigen und zersplitterten Normenstrukturen zu *Teilen einer objektiven Gesamtheit von Normen*, um die Darstellung dieser Normenstrukturen als Elemente einer gemeinsamen Objektivierung. Diese Zusammenfassung des gesamten Rechts ist bloß ein *quantitatives* Ergebnis, in dem die verschiedenen Normenstrukturen zwar zusammen gesetzt, nebeneinander eingereiht sind, aber dadurch noch keine neue Quali-

tät erhalten. Daß die Inhalte, die sich widersprechen, wiederholen bloß eine zeremonielle Bedeutung haben usw. nicht neu gesetzt werden, und daher die Qualität des Rechts gewissermaßen reduziert wird, ist nur ein eventueller, zufälliger (zwar keinesfalls exzeptioneller) Effekt. Die andere Alternative ist die Organisation der rechtlichen Objektivierung als einer neuen Qualität: *als hierarchisch geordneter Elemente eines an sich zusammenhängender strukturierten Systems*. Das bedeutet das Überholen der früheren quantitativen Konzeption, des einfachen Nebeneinanders. Die Objektivierung des Rechts als eines an sich existenzfähigen Systems setzt eine vollständige technologische Umstrukturierung voraus — mit all ihren institutionellen, ideologischen usw. Folgen. Die so entstehende *neue Qualität* bedeutet unverändert die Setzung der Normenstrukturen als objektiver, normativer Einheit. Aufgehoben enthält sie also auch das Moment der quantitativen Reduktion des Rechtsmaterials. All dies realisiert sich jedoch auf einer bedeutend höheren Stufe so, daß gleichzeitig zur Objektivierung des Rechts als Systems und zu seiner praktischen Geltendmachung die Möglichkeit geschaffen wird.

Historisch wirkten bei der Entstehung der in der neuen, qualitativen Sinne aufgefaßten Kodifikation besonders zwei gesellschaftliche Kräfte mit. Eine der beiden war die *emporstrebende Bourgeoisie*, die für die bestimmenden, sich immer erweiternden Warenbeziehungen, für die auf eine rationelle Kapitalkalkulation gegründete Wirtschaftsorganisation von dem Recht garantierte, rationell kalkulierbare — d. h. hinsichtlich der Resultate voraussehbare und ausrechenbare — Strukturen forderte. Die andere Kraft war der absolutistische, sich über den feudalen Partikularismus erhebende Monarch, der unvermeidlich einen riesigen, qualifizierten bürokratischen Apparat ins Leben rief, um durch die einheitliche Bewegung dieses Apparates, sowohl seine eigene Macht wie die Lösung seiner angewachsenen Aufgaben

(finanzielle, militärische, wirtschaftliche usw.) zu sichern.

Die neuzeitliche Entwicklung forderte ansonsten auch formelle Änderungen vom Recht. Einerseits stand eine *nationale Rechtsvereinheitlichung* im Interesse sowohl der noch Sicherheit der Handelstransaktionen strebenden bürgerlichen Schichten, wie auch des auf die Vertiefung der zentralisierten Macht absehbenden Monarchen. Andererseits forderte die explosionsartige gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung in der Neuzeit die *Vertiefung der rechtlichen Regelung und ihre Ausbreitung auf neue Gebiete*, woraus sich wieder eine riesenhafte Anschwellung des Rechtsmaterials ergab. Die alten, ausschließlich auf arithmetischer Konzeption beruhenden Methoden der formellen Rationalisierung konnten auf diese Masse von Regeln wirklich keine rationalisierende Wirkung mehr ausüben. Es bedarf neuer Wege, um das in neuer Qualität auftretende gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedürfnis zur formalen Rationalisierung in diesem übermäßig großem Rechtsmaterial befriedigen zu können. Dies waren jene grundlegenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bestimmungen — bekräftigt vom Weltbild des *Kartesianismus*, vom methodischen Aspekt des *universalen Mathematismus*, von der axiomatischen Tendenz des Naturrechts und von der anspruchsvollen Systembildung bei *doktrinärer Konstruktion und Bearbeitung des Rechts* —, die zum für klassisch anerkannten Typ der Kodifikation führten.

Aus dieser Kodifikation entstanden auch in der praktischen Anwendung des Rechts neue Forderungen, institutionelle und ideologische Hintergründe. Der Grund dafür ist unter anderem auch die neue Art und Qualität einer *kompletten Regelung*, die die Objektivation des Rechts als Systems vorsieht. Das allgemeinste Kennzeichen dessen ist das Verzichten auf die frühere mechanische Betrachtungsweise in der Rechtsanwendung, auf die Unmittelbarkeit der Regelung und ihrer praktischen Anwendung; dies war noch für

die quantitative Konzeption der Kodifikation charakteristisch. (Deswegen erwies sich also im XIX. Jahrhundert die *exegetische Rechtsanwendung* für das große Paradox des Übergangs auf den neuen Typ — für das Verspotten Letzteren im Lichte des Alten —, weil sie eine der quantitativen Konzeption der Exegese entsprungene mechanische Rechtsanwendung war. Ein Typ von einst, der historisch aktualisiert bei jenem Kodex den Höhepunkt erreichte, der in seinem systemverwirklichenden Charakter den Sieg der neuen Qualität repräsentierte, ihre Höchstentwicklung darstellte.)

Die klassische bürgerliche Kodifikation sicherte zwischen der *Geschlossenheit und Offenheit des Regelungssystems* einen entsprechenden dialektischen Übergang und Spielraum, wodurch sie ihre innere Entwicklung und ihre Anpassung an die sich ändernden Verhältnisse gewissermaßen ermöglichte. Doch mit der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung — insbesondere mit jener tiefgreifenden Umwandlung, die aus der Entwicklung des auf freiem Wettbewerb beruhenden Kapitalismus zum Monopolkapitalismus erfolgte — konnte sie, sich bloß auf diese Dialektik verlassend und ohne Modifizierung des Textes der Kodexe nicht Schritt halten. Die *bürgerliche Kodifikation* blieb aber in der Geschichte eine *einmalige Bewegung*. Die in den gesellschaftlichen Bedingungen eingetretenen Änderungen wurden weder durch eine Neukodifikation, noch durch bedeutende Reformen rechtlich anerkannt. Die neuen Bedingungen bahnten sich den Weg außerhalb des Kodexes, durch seine praktische Auflösung, in der Rechtspraxis.

Die *sozialistische Kodifikation* entstand nach dem Muster der klassischen bürgerlichen Kodifikation, doch als *selbständige* Qualität. Über ihre unmittelbare Gesellschaftlichkeit, die eigentümliche Herausbildung ihrer diese Gesellschaftlichkeit spiegelnde Struktur, weiterhin die Konzentrierung ihrer Regeln auf das Typische usw. hinaus ergibt sich das qualitativ

Neue in ihr daraus, daß sie ein Produkt einer den Dynamismus bewußt akzeptierenden gesellschaftlichen Revolution ist. Ihr Ziel ist nicht die Verewigung der bestehenden Verhältnisse und das versteifende Abschließen derer. Sie will viel mehr ein sich stets erneuerndes Produkt und zugleich Mittel der sich mit einer dynamischen Entwicklung stets ändernden gesellschaftlichen Bestrebung und Beeinflussung sein. Ihre Erneuerung, das Akzeptieren ihrer Rekodifikation ist also nicht zwangsläufig. Sie ist nicht die Begrabung einer für ewig angesehenen Vergangenheit, sondern ein im vorhinein geplantes Programm, das der Teil jeder sozialistischen Kodifikationskonzeption ist.

Bezieht man also die allgemeinsten Lehren des Werdegangs der Kodifikation auf die Entwicklungstendenzen unserer Zeit, kann folgendes festgestellt werden. Die gesellschaftliche Entwicklung, die die über einen relativ selbständigen Spielraum verfügende Folge der wirtschaftlichen Entwicklung ist, folgt mit dieser zusammen den Weg zu einer stets anwachsenden Komplexität. Innerhalb der wirtschaftlichen Organisierung — und auch in rein gesellschaftlichen Beziehungen erfüllt die rechtliche Vermittlung eine immer differenziertere Funktion. In ihrer vielfältigen Rolle wird sie immer mehr zu einem eigentümlich organisierenden und beeinflussenden gesellschaftlichen Faktor. Daraus folgt ihre Abgesondertheit als relativ selbständiger Komplex, ihre eigenartige Besonderheit und die Verstärkung ihrer strukturellen Differenziertheit. Die rechtliche Vermittlung erstreckt sich nämlich auf ein immer weiteres und tieferes Gebiet der gesellschaftlichen Verhältnisse. Von der Seite seiner Mittel her gesehen ist das ein Zeichen der immer wachsenden Vergesellschaftlichung des Rechts. Diese Vergesellschaftlichung bedeutet die Entfaltung seiner eigentümlichen Funktion und Struktur und das immer dringender auftretende, tief gesellschaftliche Bedürfnis, das Recht als System zu organisieren und zur Geltung zu verhelfen.

Scheinbar ist das ein Widerspruch. Doch aus der Komplexität, der immer stärkeren Differenzierung und Vergesellschaftlichung des Rechts und der ihm zur Grundlage dienenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse folgt, daß mit der Zunahme der relativen Selbständigkeit des Rechts als Objektivations- und Institutionssystems zugleich der gesellschaftliche Anspruch auf eine unmittelbare, flexiblere Gestaltung des Rechts wächst. In der immer mehr dynamischen Entwicklung kann das Recht zu keiner entfremdeten Gewalt werden, da die Verhältnisse auf die es angewandt wird, viel weniger steif sind und eine mit ihrer Bewegungsrichtung entgegengesetzte Beeinflussung viel weniger ertragen. In der heutigen Entwicklung gibt es also einerseits die Tendenz einer immer stärkeren Absonderung und Differenzierung des Rechts, andererseits aber die Tendenz der erhöhten Elastizität, Flexibilität, Beeinflussung und der Einfluß von der zu regelnden Inhalte.

In Anbetracht dieser Bedingungen können die allgemeinsten Folgerungen über die Kodifikation im folgenden zusammengefaßt werden:

1. Obwohl die Kodifikation als Mittel schließlich ein Produkt der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung ist, haftet sie auf derer keiner Entwicklungsstufe mit einer unmittelbaren Ausschließlichkeit an diese Entwicklung.

2. Das Ideal eines allgemeinen, kompletten, das Recht in seiner Gänze umfassenden, d. h. eines das Recht als eine einzige Objektivation verkörperlichen Kodexes — wie dieses Ideal in der emporsteigenden Etappe der gesellschaftlichen Revolutionen in der Neuzeit und allerjüngsten Zeit so oft formuliert wurde — ist nichts anderes wie eine Utopie. Das Recht, diese vermittelnde, den Dynamismus der gesellschaftlichen Prozesse widerspiegelnde und zugleich antizipierende Kategorie kann in keinem kristallinen System, mit axiomatischen Organisiertheit und Unbeweglichkeit aufgebaut werden.

3. Das Recht soll doch mit einer ra-

tionalen Struktur herausgebildet werden. Und das es sich um eine eigentümliche gesellschaftliche Objektivation handelt, ist es zugleich erwünscht, daß sich selbst dieser Aufbau mit rationaler Struktur durch die rechtlichen Objektivation verkörperlicht wird.

4. Die Kodifikation ist ein erfolgreiches Mittel, um die *zusammenhängenden* Einheiten des Rechtssystems — eines gegebenen Rechts oder seiner Teile — zusammenzufassen. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen der Rechtsentwicklung ist sie in Hinblick auf die praktische Bewegung des Rechts nicht die ausschließliche Verkörperlichung, *nur der Rahmen* (oder aber das Skelett) dessen; sie ist nicht seine ausschließliche Daseinsform, sondern bloß die *Erscheinungsmöglichkeit* des Rechts, der rechtlichen Objektivation.

5. Infolgedessen kann nicht das ganze Recht, sondern nur seine dazu spezifisch geeignete Probleme kodifiziert werden. Der Umstand an sich, daß im gegebenen Rechtssystem auf gegebenem Gebiet schon kodifiziert wurde, schließt also auf anderen Gebieten die Begründetheit von Formen der *Quasi-Kodifikation* (Konsolidierung, Revision usw.) oder anderer *Rationalisierungsformen* bei weitem nicht aus.

6. Im Prinzip hat die Kodifikation nur innerhalb des akzeptierten *Dynamismus* einen Sinn und kann auch nur so haben. Der Zweck der sich nach dem klassischen Typ verbreiteten Kodifikation ist durchaus nicht die Versteifung, sondern die Schaffung einer *festgelegten Struktur*. Sie will also die Prinzipien, Regeln, Institutionen usw., aus denen sich das Recht zusammensetzt, aus dem zufälligen Nebeneinander der verschiedenen Normen auf das *Niveau eines Systems* erheben.

7. Nach der übersichtbaren Tendenz der Entwicklung gibt es daher keinen harten Kampf zwischen *kodifiziertem Recht* und *Richterrecht*. Die Klarheit der in der Rechtsentwicklung des XIX. Jahrhunderts entstandenen Alternativen von kontinentalem und anglosächsischem Recht ist längst

vertrag, wo den klassisch reinen Gegensatz zwischen wirtschaftlicher Anarchie und Planung eine viel differenziertere, zusammengesetzte Rückkoppelungsmechanismen sichernde Form ablöste. Was also die Kodifikation betrifft, ist es bewiesen, daß die Schaffung eines Kodexes unter den gegebenen Bedingungen heute noch *das meist entwickelte Mittel* der formellen Rechtsrationalisierung ist. Sie ist aber *durchaus keine Panacea*, keine theoretische Reduktion des Rechts auf ein auch in der praktischen Rechtsanwendung derart zur Geltung verholenes, logisch organisiertes und mit einem Kodifikationsakt gesetztes Normensystem. Das kodifizierte positive Recht und das kasuelle Richterrecht als überwiegende Komponenten eines gegebenen Rechtssystems weisen auch im weiteren die grundlegende Tendenz des kontinentalen und anglosächsischen Rechts. In der ursprünglichen Reinheit jedoch kommen weder das Kodex-Recht, noch das Präzedenzrecht zur Geltung. Bedeutender ist aber, daß zwischen ihnen keinen Kampf auf die Ausschließlichkeit mehr gibt, sondern — wie es scheint — eine Rivalität besteht, die auf die *Priorität in der gegenseitigen Beeinflussung* abzielt. Insofern also die Tendenz der Gegenwart — über ihre eigene Partikularitäten hinaus — das Moment des Allgemeinen in sich erfaßt, scheint dies darauf hinzuweisen, daß die große Alternative des XIX. Jahrhunderts — die *damals* die ausschließende Wahl zwischen dem des sich gegenseitig negierenden positiven Recht und richterlichem Fallrecht zu sein schien — auf der Ebene des Allgemeinen nicht allein das Element des Gegensatzes, sondern auch das der *gegenseitigen Ergänzung* enthält. Dies ist jenes Zeichen, das in den Kodifikationen der Gegenwart —, also die bürgerlichen kontinentalen und anglosächsischen, die afro-asiatischen rechtsmodernisierenden, sowie auch die sozialistischen Kodexe — gemeinsam ist. Darin überholen sie die ursprünglichen Ansprüche der klassischen bürgerlichen Kodifikation und ihre doktrinaire Reinheit.

80 überholt. Genauso, wie im Wirtschafts-

In ihrer Unmittelbarkeit ist die Kodifikation nichts anderes als eine *Form*: ein Mittel zur Organisierung und Objektivierung gegebener Inhalte. Daher ist ihr Gesicht durch die gesellschaftlich konkrete Notwendigkeit immer *bestimmt*. Ihre Ty-

pen, und Mitteln *hängen* also immer von der Notwendigkeit der Erfüllung ihrer Funktion, letzten Endes *von der determinierenden gesellschaftlichen Gesamtbewegung* ab.

CS. VARGA

RECHTSSETZUNG ALS OBJEKTIVATIONSPROZESS

(Rechtsphilosophische Fragen vom sozialphilosophischen Sicht)

CSABA VARGA
Hungria

1. *Das Wesen der rechtlichen Objektivation und ihre gesellschaftliche Bedeutung*

In seinem der Begründung der Ontologie des gesellschaftlichen Seins gewidmeten Werk analysierte Georg Lukacs die Gesellschaft *als einen Komplex aus Komplexen*. Demgemäß setzt sich das gesellschaftliche Sein aus Komplexen zusammen, unter denen die Funktion der Vermittlung notwendig ist. Der Zwang der Erfüllung dieser Funktion ruft verschiedene *vermittelnde Seinkomplexe* ins Leben. Unter diesen nimmt das Recht also eine zwischen der gesellschaftlichen *Zielsetzung* und der effektiven gesellschaftlichen *Handlung* vermittelnde Kategorie, einen besonderen Platz ein. Im gesellschaftlichen Sein als in einem Komplex aus Komplexen stehen sowohl die Teilkomplexe miteinander, wie der Gesamtkomplex mit seinen Teilen in ununterbrochenen Wechselwirkung.

Es ist klar, daß der Komplex, der für die spezifische Funktion der Vermittlung zwischen den einzelnen Komplexen entsteht, seine eigenartige Funktion nur dann erfüllen kann, wenn er selbst *seinhaftigen Charakter* annimmt. In dem Recht als in einer vermittelnden Kategorie also, in dem die Vermittlung aus *Regulierung*, d.h. aus der Gestaltung des gesellschaftlichen Verhaltens nach im voraus bestimmten Mustern besteht, wird es auf einer gewissen Stufe der Gesellschaftsentwicklung, auf einem gewissen Niveau der Komplexität der gesellschaftlichen Verhältnisse und gesellschaftlichen Regelungen unumgänglich wichtig, daß dieses Muster eine auch *äußerlich wahrnehmbare, selbständige*, auch in seiner Förmlichkeit *erfaßbare* Gestalt gewinnt. Um also seine seinhaftige Funktion —die Funktion der Vermittlung zwischen anderen Komplexen und die Funktion der Gestaltung ihrer Verbindungen— erfüllen zu können, muß es seinhaftigen

Charakter haben: das ist es, was unter *Objektiviertheit* zu verstehen ist. Die rechtliche Objektivation war in seiner Entstehung nichts anderes, als die Trennung des Rechts als Nomenstruktur von der ungeteilten Einheit der gesellschaftlichen Praxis, seine Fixierung als Verhaltensmuster, seine begriffliche Erfassung, seine Verbindung mit einem schriftlich niedergelegten und gesetzten Text.

Der Charakter des Rechts als eines spezifischen, vermittelnden Seinkomplexes wird vor allem dadurch bestimmt, daß sein Wesensinhalt, seine Richtung, Qualität — usw. — durch den Gesamtkomplex, das heißt durch die gesellschaftliche — wirtschaftliche, politische — Bewegung also Gesamtprozeß, grundlegend determiniert wird, jedoch innerhalb der somit gesetzten Grenzen — eben im Interesse der die einzelnen Komplexe beeinflussenden, ihre Bewegung standardisierenden Funktionierung — autonom ist. Dies — das heißt die Bestimmung durch die Bestimmung — offenbart sich ganz charakteristisch darin, daß die Wirtschaftsverhältnisse, und als deren konzentrierter Ausdruck die politischen Verhältnisse das Recht einerseits in letzter Instanz determinieren, andererseits aber bildet die Rückwirkung auf diese, die Lenkung ihrer Bewegung auf eine gegebene Laufbahn die speziellste Aufgabe des Rechts.

Was bedeutet das?

Zum Teil bedeutet es, daß das Recht zu einer Art *äußerer Kraft*, zu einer nach der Alltagspraxis abgebildete, gleichzeitig aber von dieser abgetrennte und mit ihr konfrontierte Objektivation geworden ist. Es bedeutet gleichzeitig auch, daß diese Abbildung oder Widerspiegelung in ihrer Eigenart das Ergebnis einer nicht einfach erkennenden sondern vor allem einer auf Erkenntnis beruhender und sie anwendenden *unmittelbar praktischen Tätigkeit* ist. Folglich kann die Adäquation des Rechts mit den es erzeugenden und konditionierenden gesellschaftlichen Bedingungen nicht bloß und nicht einfach auf erkenntnistheoretischer Basis erklärt werden, sondern nur unter Inachtnahme dessen, daß diese Adäquation sich vor allem aus der unvermittelt seinhaftigen Funktion des Rechts, ferner aus seiner Verwendbarkeit zur Erfüllung dieser Funktion, weiters aus der eigenartigen gesellschaftlich-geschichtlichen Dialektik seiner Funktionierung ergibt.

In der fundamentalen These der marxistischen Rechtstheorie also demgemäß das Wesen des Rechts in seiner Gesellschaftlichkeit offenbar wird und erfaßt werden kann, bedeutet die Gesellschaftlichkeit vor allem einen unmittelbar praktischen Charakter und eine Determiniertheit. In der das Recht schaffenden und durch dieses zu formenden *gesellschaftlichen Praxis* liegt das Wesen des Rechts. Folg-

lich besteht die Rolle des Staates in der Formung des geschriebenen-gesetzten Rechts nicht bloß darin, daß eine versteifende Abbildung der Praxis einfach in objektivierte Form gefaßt wird, sondern —aufgrund der Erkenntnis der Bewegung und Entwicklungstendenz der gesellschaftlichen Verhältnisse,— vor allem in der *Transformation* der verschiedenen Momente der gesellschaftlichen Verhältnisse in eine zur Gestaltung der fraglichen gesellschaftlichen Verhältnisse geeignete *praktische Kategorie*. Diese Transformierung zu Recht ist es, in welcher die eigenartige rechtliche Abbildung der zugrunde liegenden —bestimmenden und zur bestimmenden— gesellschaftlichen Verhältnisse richtigerweise nicht so sehr durch erkenntnistheoretische Verstelltheit, als eher durch praktische Manipuliertheit charakterisierbar ist.

2. Norminhalt und wertender Inhalt in der rechtlichen Objektivation

Das Recht ist —wie wir oben sahen— eine sich zwischen der gesellschaftlichen Zielsetzung und der effektiven gesellschaftlichen Handlung vermittelnde Kategorie. Im Laufe der Erfüllung seiner *regulativen* und *Klassenfunktion* gestaltet sich die gesellschaftlichen Verhältnisse durch die Regelung menschlichen Verhaltens. Die Regelung der menschlichen Verhalten realisiert sich über teleologische Setzungen. Wenn wir nun den Vorgang der *Vermittlung* näher ins Auge fassen, in welchem zwischen die gesellschaftliche Zielsetzung und die effektive gesellschaftliche Handlung eine teleologisch ausgearbeitete Objektivation gestellt wird, die Träger der Vermittlung ist —so sehen wir folgendes:

In der erkennenden Tätigkeit des Menschen wird in ihm das kausale Verhältnis zwischen Handlung und Wirkung der Handlung in einem kausalen Urteil bewußt.

Er erkennt gleichfalls, und wird dessen bewußt, welche Wirkungen aus dem Gesichtspunkt seiner individuellen und gesellschaftlichen Reproduktion wünschenswert sind. Aufgrund dessen faßt er seine in seiner verschiedenen individuellen und gesellschaftlichen Qualitäten erkannten Interessen, als erwünschte Wirkung, als zu *erreichende Ziele* ab.

Auf diese Weise koppelt sich jener bedingte kausale Urteil, demgemäß; wenn ich die Handlung *X* durchführe, sich das Ergebnis *Y* einstellt, an jenen Werturteil, der die Nützlichkeit und Erwünschtheit der Wirkung *Y* feststellt.

Aus diesen beiden Urteilen ergibt sich —als Konklusion— ein wei-

terer Werturteil, der die Nützlichkeit und Erwünschtheit der Wirkung *Y* nunmehr in Bezug auf die Handlung *X* feststellt.

Nun in dieser Konstruktion fällt auf, daß der Mensch das Ergebnis der Erkennung in Hinsicht auf das menschliche Bedürfnis hin verallgemeinert: er drückt die Wirkung der Handlung, und dann, aus dem kausalen Verhältnis rückfolgernd, die Handlung selbst auf die Bedürfnisse der Gemeinschaft *projiziert* aus. Diese Konstruktion ist aber gleichzeitig eine Verallgemeinerung, die die *Organisierung* der gesellschaftlichen Handlungen ermöglicht. Es ist doch auffallend, daß in keinem der in Rede stehenden Urteile das Sein von *X* oder *Y* festgestellt wird: in ihnen sind nur die Zusammenhänge zwischen der gesellschaftlichen Handlung und derer Wirkung, bzw. dem gesellschaftlichen Bedürfnis als existent vorausgesetzt. Auf diese Weise ermöglicht diese Struktur die *Projizierung* der kausalen Zusammenhänge *auf die Zukunft*, den Ausdruck der auf dem Gebiet der Möglichkeiten vorausgeplanten Zusammenhänge, das bereits unmittelbar zur Planung des gesellschaftlichen Verhaltens auf teleologischer Basis, zu dessen *Organisierung* und zur *Regulierung* der menschlichen Handlungen führt.

Die Beeinflussung des gesellschaftlichen Verhaltens geht dadurch vor sich, daß wir an die —in ihrer Wirkung positiv oder negativ beurteilten— Handlung normativ positive oder negative *Konsequenzen* knüpfen. Die Erwägung und Feststellung des gesellschaftlichen Wertes der fraglichen Handlungen ist folglich kein zu erreichendes Ziel der gesellschaftlichen Regulierung, sondern dessen bereits realisierte Grundlage. Jene regulative Form die an die einzelnen Handlungen positive oder negative Konsequenzen knüpft, ist durch die Anordnung der entsprechenden Konsequenzen bereits die aufgehobene, d.h. transformierte Form des die Nützlichkeit der gegebenen gesellschaftlichen Wirkung und der diese hervorrufenden Handlung betreffenden Werturteils. Das ist also der Moment, wo der den gesellschaftlichen Zusammenhang zwischen der Handlung und ihrer Wirkung feststellende bedingte kausale Urteil, sowie der diese auf die gesellschaftlichen Bedürfnisse projizierende Werturteil zur Norm wird. Auf diesen Urteilen beruht und diese Urteile formt zu unmittelbar praktischen Mitteln der gesellschaftlichen Beeinflussung die Normenstruktur.

In der Normenstruktur ist in seiner Unvermitteltheit weder der Kausalurteil, noch der Werturteil enthalten. Was aus diesen noch erhalten bleibt, ist die im Dienste der praktischen Regulierung des gesellschaftlichen Verhaltens stehende Form, was nichts anders ist, als die *Spezifikation* der —kausal zu dem erwünschten oder uner-

wünschten Ergebnis führenden— *Handlung* und der zur deren Ausübung normativ zugeordneten —zu deren Ausübung oder nicht Ausübung anregenden— positiven oder negativen *Folge*. Die Norm ist also eine regulative Form, in der die, in Abhängigkeit von dem für wünschenswert erkannten Ziel für wünschenswert erkannte Handlung zum *selbständigen Ziel* wird: das heißt, die Norm ist eine Form, in der das Ermessene selbst zum Maßstab wird.

In dieser Umwandlung steckt die verhältnismäßige Selbständigkeit des Rechts, als einer das selbständige Sein erlangten Objektivation, einer zwischen der gesellschaftlichen Zielsetzungen und der effektiven gesellschaftlichen Praxis vermittelnden Kategorie. Nur durch diese Metamorphose wird es möglich, daß sich das Recht von der gesellschaftlichen Praxis abgesondert, um sich auch der gesellschaftlichen Praxis abgesondert, um sich auch der gesellschaftlichen Praxis zuwidersetzen.

Was die erkenntnistheoretische-logische Begründung der Normenstruktur betrifft, erlangt der den kausalen Zusammenhang zwischen Handlung und deren Resultat festhaltende kausale Urteil dadurch eine spezielle Bedeutung, daß zwischen dem die gesellschaftliche Nützlichkeit der Wirkung *Y* festhaltenden Werturteil und der die Handlung *X* vorschreibenden Norm keine einbahnige, direkte und notwendige Übereinstimmung besteht. Es ist bekannt, und kann in dem gegenwärtigen Zusammenhang als keine weitere Beweisführung beanspruchende Tatsache gelten, daß die Ziele und die Mittel miteinander nie in einem einander äquivalent bestimmenden, substituierbaren Verhältnis stehen. Daraus folgt aber, daß die Aufgabe der Normenstruktur —falls sie die gesellschaftliche Planung, die Regulierung der gesellschaftlichen Handlungen, die nicht mehr bestreitbare Lösung der zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft aufgetauchten Konflikte verwirklichen will— die Spezifikation, die begriffliche Erfassung und die Bestimmung der in ihrem System vorgeschriebenen, gestatteten oder verbotenen Verhalten ist. Das eigenartige Ziel der Rechtssetzung, als einer spezifischen regulierenden Tätigkeit, ist also bei weitem nicht die zu beschützenden Werte zu bestimmen und zu realisierende Resultate gedanklich vorauszunehmen, daß heißt Zielsetzungen abzufassen, sondern die aus dem Gesichtspunkt der Realisierung derselben relevanten Verhalten auszuwählen, diese ihrer Anwendbarkeit entsprechend einzureihen und dann, aufgrund des das Resultat dieser Erwägung ausdrückenden bedingten Kausalurteils das für das geeignetste erachtete Verhalten zu bestimmen, welches dann in einer in bestimmter Form und durch

bestimmte Technik geschaffenen Norm als *zum Ziel transformierte Instrumentaltätigkeit abgefaßt wird*.

Dementsprechend sind die eigentlichen schaffenden Etappen der Rechtssetzung jene der Bildung der Normenstruktur notwendigerweise vorangehenden Perioden, in denen aus der Unzahl der möglichen Ziele und Tätigkeiten die Auswahl und die Bestimmung der durch den Gesetzgeber bevorzugten begehrenswerten und geeigneten Ziele und Tätigkeiten erfolgt, und dadurch die funktionale Verkopplung eines gegebenen Zieles und mit einer gegebenen Tätigkeit, d.h. die Erhebung einer Tätigkeit als Instrumentaltätigkeit zum selbständigen Ziel vor sich geht. Die Transformierung einer gesellschaftlichen Zielsetzung zur Norm setzt derweise immer die autoritative Auswahl einer Instrumentaltätigkeit, deren normativen Ausdruck als Ziel, ihre Verselbständigung voraus.

Im allgemeinen kann festgestellt werden, daß die typischen und wünschenswerten Inhalte der rechtlichen Objektivation die Normen sind. Doch infolge der Bindung der rechtlichen *Geltung* an *formelle* Kriterien —dadurch also, daß als Resultat der neuzeitlichen Entwicklung, in einem bedeutenden Teil der gegenwärtigen Rechtssystemen der durch das entsprechende staatliche Organ, im Laufe eines entsprechenden Verfahrens *gesetzte* und *als Recht* schriftlich niedergelegte und herausgegebene Text in seiner Ganzheit rechtliche Gültigkeit erlangt— verfügen über eine Normativität nicht bloß und nicht notwendigerweise nur Normeninhalte. Die Texte der Rechtsnormen beinhalten, über ihre unmittelbaren regulativen Normeinhalte hinaus, häufig auch verschiedene *Wert*inhalte. Diese können sich im Text der Bestimmungen aufgelöst melden, und können als ein verhältnismäßig selbständiger Teil der Rechtsnormentexte, so auch —vom Altertum bis in die Gegenwart— in Form eines den Gesetzten Bestimmungen vorangehenden Präambels oder —hauptsächlich in der altertümlichen und mittelalterlichen Entwicklung— als ein die gesetzten Bestimmungen abschließender Epilog erscheinen.

Wenn wir einmal die Gebundenheit der Geltung des Rechts an formelle Kriterien —an der die Gesamtheit des rechtlichen Lebens der Gegenwart, dieses außerordentlich verwickelte, komplizierte Verbindungen aufweisenden, auch selbst aus äußerst zusammengesetzten Teilkomplexen bestehenden Komplexes beruht— akzeptieren, können wir in Ermangelung abweichender Bestimmungen nicht bestreiten, daß die Gesamtheit der als Recht erlassenen Texte —ungeachtet deren Normen oder Wertinhalts— über *Normativität* verfügt. Wir sahen zwar, daß es, in Ermangelung einer Normenstruktur, keine regulierende Funktion versehen kann, dadurch ist es aber noch bei weitem

nicht ausgeschlossen, daß eine in einem normativen Text erscheinende bewertende Struktur, an die Normenstruktur gebunden, über eine *prinzipielle Normativität*, und darüber hinaus über eine effektive, praktische *normative Bedeutung* verfügt.

Für die geschichtliche Entfaltung des Rechts als des bewußt geschaffenen Mittels der gesellschaftlichen Beeinflussung und Vermittlung ist es bezeichnend, daß derartige Wertinhalte anfangs zur ideologischen Verschleierung der effektiven Rechtssetzung – zum Beweis der Kontinuität, zur Restitution –, heutzutage aber hauptsächlich zur Festhaltung der den Gesetzgeber leitenden gesellschaftlichen Zielsetzungen dienen. Ein gemeinsames Moment ist, daß in beiden Fällen der bewertende Inhalt auf die Überzeugung der Adressaten abzielt – in einer den jeweiligen Bedingungen entsprechenden Form und Art. Auch das Instrument ist gemeinsam. Das aber ist nichts anders als die Annäherung der abstrahierten Normenstruktur an das sie konditionierende gesellschaftliche Moment.

Darüber hinaus kennen wir auch eine neuere Verwendung des Wertinhalts, und zwar vor allem in den Verfassungen. In solchen Fällen ist die mit Hilfe des Wertinhalts im Präambel durchgeführte Quasi-Regulierung der Ausdruck eines politischen Kompromisses, namentlich: es ist eine Scheinregelung der Fragen, die entweder ungeeignet sind durch die Normenstruktur geregelt zu werden, oder welche man tatsächlich nicht zu regeln wünschte.

3. Das Problem des Niveaus der rechtlichen Regelung

Im allgemeinen ist das Recht nichts anders, als eine Widerspiegelung von gesellschaftlichen Verhältnissen in einer Reihe von spezifischen Normenstrukturen und ihre Rückprojizierung auf diese Verhältnisse zwecks Beeinflussung der Gestaltung dieser Verhältnisse. Die gesellschaftlichen Verhältnisse können also in der rechtlichen Objektivation erscheinen – jedoch aufgehoben, zu Normenstrukturen transformiert.

Wir haben auch gesehen, daß die Normenstruktur nicht erkennend ist, sondern einen über die Erkenntnis hinausweisenden, diese zum Instrument formenden und derweise einen bewußten Willen, eine unmittelbar praktische Handlung, eine Wahl und Beeinflussung representierenden Akt darstellt. Dieser *unvermittelt praktische* Charakter und Bedeutung ist die Erklärung dafür, daß bei der Beurteilung der Funktionserfüllung des Rechts als regulierenden und vermittelnden Instruments im gesellschaftlichen Prozeß und bei der Untersuchung dessen, ob es seinen geschichtlichen Bedingungen entspricht, primär nicht aus erkenntnistheoretischen Überlegungen ausgegangen werden

darf, sondern aus den Tatsachen der Erfüllung seiner praktischen Rolle.

Das eigenartige Sein der rechtlichen Objektivation besteht eben darin, daß es sich durch seine Setzung, d.h. dadurch, daß es als eine eigenartige Objektivation zustande kommt, von dem vorangegangenen Erkenntnisprozeß trennt, und als ein verhältnismäßig selbständiger Seinkomplex, ein verhältnismäßig selbständiges Leben führt. Gleichzeitig aber muß den fraglichen Erkenntnisprozessen doch entscheidende Bedeutung beigemessen werden, die bei der Ausarbeitung der Normenstruktur zur prinzipiellen Grundlage dienen, und so —letzten Endes, durch mehrmalige instrumentale Transmission— auch die praktische Adäquation des Rechts mit den konditionierenden geschichtlichen Bedingungen begründen.

In der Rechtsschaffung spielen sich die Erkenntnisprozesse in Einheit mit sonstigen Willens— usw. Vorgängen ab. Theoretisch müssen aber ihre diversen Momente als ermittelbar aufgefaßt werden, —so besonders jene ihrer Beziehungen, die mit der Adäquation der gesellschaftlichen Verhältnisse, und derer rechtlichen Abbildung verbunden sind.

Das erste Problem der Transformierung der gesellschaftlichen Verhältnisse zum Recht ist, daß jene Verhältnisse, die im Recht erscheinen, —d.h. die Komplexe zwischen den das Recht vermittelt—, durchaus nicht gleichartig, gleichen Gewichts oder gleicher Bedeutung sind. Innerhalb des Gesamtkomplexes des gesellschaftlichen Seins stehen nämlich die einzelnen Komplexe sowohl untereinander, als auch mit dem Gesamtkomplex in verschiedener Verbindung. Die diversen Komplexe und diese ausdrückenden diversen gesellschaftlichen Verhältnisse werden —zumindest in der abstrahierenden theoretischen Analyse— in eine *hierarchische Ordnung* gefaßt, an deren Gipfel die an letzter Instanz determinierenden Produktionsverhältnisse stehen. Das Recht aber —ebendeshalb, weil es ein eigenartig transformierter und manipulierter Ausdruck ist— spiegelt die Verschiedenheiten der verschiedenen gesellschaftlichen Komplexe weder einander gegenüber, noch gegenüber der rechtlichen Vermittlung wider.

Das Recht projiziert den vollen inhaltlichen Reichtum dieser in ihrem Charakter und Bedeutung so verschiedenen gesellschaftlichen Komplexe auf eine bestimmte Ebene: *auf die Ebene der Normenstrukturen*. Nun, eine Struktur deren Spezialität eben darin besteht, daß sie durch Spezifizierung der Instrumentalverhalten und der zu diesen normativ bestimmten Folgen, durch Beeinflussung der menschlichen Verhalten, zwischen sonstigen Komplexen vermittelt und diese

auf diese Weise formt, kann die inneren Eigenheiten der durch sie widerspiegelten Komplexe nicht zum Ausdruck bringen.

Der für die Rechtssetzung bezeichnende gesellschaftlich-rechtliche Prozeß, der aus verschiedenartigen und hierarchischen Gesellschaftskomplexen ausgeht, um schließlich zu den Rechtsnormen, zu deren Setzung zu gelangen, ist eine Bewegung zwischen Endpunkten, die an verschiedenen Ebenen der Verallgemeinerung liegen. Die den Ausgangspunkt der Rechtssetzung bildenden Verhältnisse stellen eine Totalität der verschiedenen konkreten, empirischen Kennzeichen, —die konkrete Individualität dar. Diese konkrete Individualität umfaßt aber gleichzeitig auch das in der in Rede stehenden Totalität verborgene und darin ermittelbare Moment der Wesensallgemeinheit. Was aber die Allgemeinheit der rechtlichen Norm betrifft, kann festgestellt werden, daß nur das zwischen dem Individuellen und dem Allgemeinen liegende, zwischen diesen vermittelnde Niveau der *Besonderheit* dazu geeignet erscheint den Bezug der Normenstruktur auf den konkreten Fall in der Rechtsanwendung zu sichern, der, über die Individualität des Falles hinaus, auch zu dem gesellschaftlichen Wesen —und der Allgemeinheit— des berührten Komplexes Vermittlung herstellt.

Im Zuge der Rechtssetzung wird demzufolge vorerst das in den betreffenden gesellschaftlichen Komplexen, als in der Totalität der konkreten individuellen Erscheinungen verborgene *allgemeine Wesensmoment* durch die menschliche Erkenntnis ermittelt, welches dann zur Schaffung einer Normenstruktur führt, die nunmehr die Herstellung der Verbindung zwischen dem wesentlichen Allgemeinen und dem konkreten Individuellen auf der Ebene des *besonderen* ermöglicht, durch Festlegung der *typischen* Elemente der aus den individuellen Erscheinungen gebildeten konkreten Totalität.

Der Umstand, daß sich in der rechtlichen Objektivation die Verschiedenheiten der gesellschaftlichen Komplexe verschiedenen hierarchischen Niveaus und verschiedenen Gewichts nicht widerspiegeln, ist eine strukturelle Eigenartigkeit der normenstrukturmäßigen Abbildung. Der Umstand jedoch, daß in der regulativen Form das Niveau der Allgemeinheit der Widerspiegelung und der Regelung derweise bestimmt wird, daß es dadurch möglich wird von der konkreten Individualität der gesellschaftlichen Komplexe bis zu dem in diesen verborgenen Allgemeinen alles zu erfassen, das ist bereits ein Produkt der geschichtlichen Entwicklung der Rechtssetzung.

Die Rechtssetzung hat nämlich doppelte Wurzel. In ihrer geschichtlichen Entwicklung spiegelt sie einerseits ihre eigenen konditionierenden gesellschaftlichen Bedingungen wider, andererseits aber auch

jene Erfahrungen instrumental und technischen Charakters, die sich in der formativen Periode der Rechtssetzung, d.h. in der Transformierung der Ergebnisse des Erkenntnisprozesses zu Normenstruktur, ihrer Manipulierung zum praktischen Mittel aufgehäuft hatten. Das ist die Erklärung dafür, daß die Regulierung auf der Ebene des Besonderen das Produkt einer verhältnismäßig späten Entwicklung ist. Während die rechtliche Normenstruktur in ihrer dreifaltigen Gliederung —Hypothese, Disposition und Sanktion— bereits in den frühesten geschriebenen rechtlichen Formen überraschend klar vor unseren Augen steht, war für das Niveau ihrer Regelung bloß die *Kasuistik*, die Annäherung zum Individuellen bezeichnend.

Das Niveau der kasuistischen Regelung hängt mit der *quantitativen Auffassung der Regelungsvollständigkeit* zusammen. Eine derartige Technik der rechtlichen Regelung, die darauf abzielt, die möglichen Fälle, in ihrer konkreten Erscheinung nebeneinanderzustellen, war vor allem für die alte, primitive, sowie für die aus dem Feudalismus herauswachsende absolutistische Regelungen charakteristisch. Beide waren durch die nackte *quantitative* —man könnte sagen, primitiv *arithmetisierenden* Auffassung durchdrungen. Sie unterscheiden sich voneinander jedoch insofern, daß während der kasuistische Charakter der alten rechtlichen Formen durch die Systemlosigkeit der Regelung und die zufällige Übereinanderhäufung erklärt werden kann, bei den absolutistischen Regelungen gerade die unzulässig vereinfachende, quantitativ summierende Auffassung des Systemgedankens die ideologische Grundlage der Kasuistik war.

Die kasuistische Regelung lenkt die Normenstruktur extrem den individuellen Determiniertheiten zu. Demgegenüber verschiebt die Regelung, die —mangels eines besseren Ausdrucks— Regelung durch *allgemeine Prinzipien* genannt werden kann, die Normenstrukturen nach der Allgemeinheit. Ebenso wie die kasuistische Regelung, war auch die prinzipielle Regelung vorerst für die primitivsten rechtlichen Formen charakteristisch. Abweichend aber von der kasuistischen, war es in erster Linie nicht für das geschriebene Recht charakteristisch, sondern für die ungeschriebenen, noch genauer für die in mündlicher Überlieferung aufrechterhaltenen, im Gedächtnis der beruflichen Urteilsprecher —die *lag saga* usw.— aufbewahrten Gewohnheitsrechte. Es weist auf eine Verflechtung der Extremitäten hin, daß genauso, wie die kasuistische Regelungsart durch die richterliche Rechtsentwicklung gefördert worden ist, —als die in dieser Beziehung meist charakteristische frühen Strömungen sollen z.B. die rabbinische Praxis des alten jüdischen Rechts, oder die diesem in vieler Hinsicht ähnliche scholastische Praxis des Mittelalters erwähnt

werden—, stützen sich zahlreiche überlebende Formen der prinzipiellen Regelung auf religiöse, ausdrücklich biblische, oder im allgemeinen auf naturrechtliche Quellen, (wie z.B. das biblische Recht verschiedener protestantischer Gemeinschaften in Nord-Amerika zur Zeit des Kolonialismus). Die prinzipielle Regelung erwies sich aber in ihrer äussersten Extremität doch dauerhafter.

Soll auch die kasuistische Regelung ein noch so dichtes quantitatives Nebeneinanderstehen zur Folge haben, kann es doch notwendigerweise bloß eine *Scheinvollständigkeit* aufweisen, da es ja sämtliche überhaupt möglichen Fälle nicht zu umfassen vermag. Nun ist aber die Vollständigkeit der prinzipiellen Regelung ebenfalls eine Scheinvollständigkeit, denn wenn auch ihre Normenstruktur irgend einen beliebigen Fall prinzipiell erfaßt, regelt sie es nicht hinreichend tief. Der sogenannten *äußeren* Lückenhaftigkeit der kasuistischen Methode steht derweise die *innere* Lückenhaftigkeit der prinzipiellen Regelungsmethode gegenüber. In einer derartigen Regelung kommt ebenso ein Kompromiß zwischen Regelung und Nicht-Regelung zum Ausdruck, wie z.B. die in einem Präambel mittels Wertinhalte durchgeführte Quasi-Regelung. Diese ihre Eigenschaft, daß nämlich der richterlichen Rechtsentwicklung die Tore geöffnet werden, ist die Erklärung für ihre Häufigkeit in der zivilrechtlichen Gesetzgebung des XX. Jahrhunderts. Diese Eigenschaft ist auch der Grund dafür, daß sowohl die prinzipielle, als auch die wertende Regelung in der sozialistischen revolutionären Rechtssetzung mit Vorliebe angewendet wurde.

In der neuzeitlichen Entwicklung finden wir den ersten Keim der dem Typischen angepaßten Rechtssetzung, die dann in einigen klassischen Zivilkodexen ihre volle Entfaltung erlebte. Die universelle weltgeschichtliche Bedeutung des Ergebnisses der bürgerlichen Entwicklung ändert aber nichts an der Tatsache, daß das sozialistische Recht das erste gewesen ist, welches dadurch, daß es den Aufbau des Rechtssystems auf konsolidierte Geleise lenkte, die Formen sowohl der kasuistischen, als auch der prinzipiellen Regelung aufgab und bis zur Grenze des Möglichen vermied, und welches die auf das Typische konzentrierte Regelung zur bewußt gewählten, auch theoretisch ausgearbeiteten, prinzipiell ausschließlichen Form entwickelte.

4. Die Rechtliche Objektivation als sprachliche

Objektivation: Ihre Gebundenheiten und deren Folgen

Ahnlich dem Recht, ist auch die Sprache ein selbständiger Komplex im gesellschaftlichen Sein. Ihr Merkmal, welches sie von allen anderen Komplexen unterscheidet, ist ihre Universalität, Allgegenwärtig-

keit. Es gibt keinen Komplex, der ohne die vermittelnde Funktion der Sprache bestehen und sich weiterentwickeln könnte, —keinen Komplex, in welchem nicht die Sprache das Organ und das Medium der Kontinuität der Entwicklung, der Aufhebung wäre.

Was den Zusammenhang des Rechts und der Sprache anbelangt, geht es schon aus der universellen Vermittlungsfunktion der Sprache hervor, daß sich die rechtliche Vermittlung mit unumgänglicher Notwendigkeit mittels *sprachlicher Vermittlung* realisiert. Diese —auch für sämtliche andere Komplexe charakteristische— Verbindung wird aber gleichzeitig dadurch in ein besonderes Licht gestellt, daß der Sprache bereits bei ihrer Entstehung, ihrer gesellschaftlichen Genese gewisse regulierende, organisierende Funktionen zufallen. Es ist doch bekannt, daß die gedankliche Vermittlung und Vorwegnahme kausaler Zusammenhänge im Laufe der Arbeitsverrichtung, im Interesse der Organisation der menschlichen Kooperation, zum Mittel teleologischer Setzungen wird.

Der Zusammenhang des Rechts und der Sprache erlangt in der geschichtlichen Entwicklung dieser beiden Komplexe einen spezifischen Charakter und eine spezifische Bedeutung.

Mit dem Entstehen und der steigenden Ausschließlichkeit des gesetzten-geschriebenen Rechts —wie das in einem anderen Zusammenhang bereits erwähnt wurde— kommt die Veräußerlichung des Rechts, seine Verbindung mit formellen Merkmalen zustande. Dessen Resultat ist, daß die schriftliche Festlegung der Normenstruktur in ihrer sprachlichen Formung, das bei ihrer Entstehung noch zum Mittel der Gedächtnishilfe, und zum bescheidenen Beweis über das geschaffenen Rechts diente, nunmehr zu ihrem eigentlichen Träger, zu ihrer Verkörperung, zur Erscheinungsform der Objektivation selbst wird. Die entwickelte rechtliche Form kann demnach durch ihren festgelegten sprachlichen Ausdruck bloß sekundäre Entwicklungsmerkmale tragen.

Die Verbindung der rechtlichen Objektivation mit der Sprache bedeutet, daß das objektivierte Recht gleichzeitig auch eine *sprachliche Form* ist und als solche an die Semantik und Syntaktik der natürlichen Sprache gebunden ist. Das objektivierte rechtliche Komplex ist demzufolge mit sprachlichen Komplexen, mit seiner grammatikalischen und Satzlehrenstruktur durchwoben. Dieser Umstand ist an sich schon mit bedeutenden Folgen bezüglich der Herausformung der Normenstruktur verbunden.

Diese gestaltende, in engem Sinne schöpfende objektivierende Rolle der sprachlichen Formung ist die Erklärung für den *technisierenden Charakter* der rechtlichen Widerspiegelung in der recht-

lichen Transformation der gesellschaftlichen Verhältnisse, die die hinter den rechtlichen Kategorien verborgenen erkennenden Kategorien zu Kategorien der *praktischen Manipulation* gestaltet.

Noch wichtiger ist aber, daß sie unvermeidlich die semantischen Eigenheiten der Sprache teilt. Worum handelt es sich eigentlich? Es handelt sich darum, daß die Sprache die Individualität der durch sie bezeichneten konkreten Totalität nie erfaßt. Sie kann bestenfalls zu einer *Annäherung kommen*, und auch das nur durch Bestimmung der kleinen Einheiten innerhalb der großen konzentrischen Einheiten — Gattung innerhalb des Geschlechts, usw., — also — auch bei einer maximalen Annäherung des Individuellen — bloß durch eine bestimmte Art der *einreihenden Verallgemeinerung*.

Andererseits sind aber jene Bezeichnungen, die das Individuelle immer bloß vom gegebenen Niveau der Allgemeinen annähern, keine in sich unbewegliche, durch scharfe Linien umrissene Kategorien. Die Einheiten des sprachlichen Ausdrucks — sowohl die Wörter, als auch die aus deren Kombination entstehenden Sätzen — sind mehr oder weniger durch *Mehrdeutigkeit* gekennzeichnet.

Da im Recht — dessen objektivierte Form selbst die sprachliche Form ist — die als Ziel geltende regulierende Wirkung bereits durch die bloße Möglichkeit der Mehrdeutigkeit gestört ist, wurde immer zielbewußter und immer stärker versucht, die Vielsinnigkeit der Sprache auszuschalten oder zumindest möglichst zurückzudrängen. In einer maximalistischen Form sind aber — da es letzten Endes zum Verzicht auf die sprachliche Mitteilung, zur Vernichtung der Sprache selbst führt, — alle derartigen Bestrebungen notgezwungen Illusionen. Ein bescheideneres Resultat, oder Nebenprodukt, das überhaupt noch erwartet werden kann, ist höchstens, die Entwicklung der rechtlichen Sprache zu einer von der natürlichen Sprache abweichenden, aber auch so nicht völlig befriedigenden künstlichen Fachsprache.

Zusammengefaßt scheint folgende Folgerung gezogen werden zu können: das Recht als objektivierte Menge von Normenstrukturen wird durch die sprachliche Vermittlung infolge deren Fixiertheit *stabilisiert*, zugleich aber infolge ihrer strukturellen Eigenschaften *labilisiert*. Einerseits ist es, als Objektivation, durch die sprachliche Vermittlung an einen gegebenen Text gebunden, andererseits aber wird es von der Interpretation — daß heißt von der konkreten fallweisen Anwendung der zu abweichenden Resultate führenden semantischen, syntaktischen usw. Regeln — abhängig gemacht. Der sprachliche Ausdruck des Rechts gelangt derweise — gesellschaftlich — vor allem in der dialektischen Einheit der Fixiertheit und der Elastizität zum Ausdruck.

DIE MINISTERIELLE BEGRÜNDUNG IN RECHTSPHILOSOPHISCHER SICHT

Von Csaba Varga, Budapest

Es ist ein ständiges Problem der Gesetzgebung, wie der Widerspruch, der sich zwischen der auf bewußten Wertauswahlen beruhenden gesellschaftlichen Regelung und dem ausschließlich in Normenstrukturen realisierten Ausdruck spannt, aufgehoben werden soll. Es gehört zu den formellen Eigenheiten des Rechts, daß es sich — im Interesse der eindeutigen Standardisierung der als Instrumentverhalten qualifizierten gesellschaftlichen Verhalten und der Ausschließung der Streitbarmachung überhaupt — in normativen Normenstrukturen ausdrückt. Je mehr sich aber diese formelle Eigenart geschichtlich entfaltet, desto unvermeidlicher wird es, daß der Gesetzgeber diese Rahmen — zwar informell — zwecks Erschließung des in den Normenstrukturen verborgenen Inhalts durchbricht. In seinen primitiven Vorformen tauscht dieses Bedürfnis in zahlreichen altertümlichen und mittelalterlichen Rechtsschöpfungen auf, das seinerzeit durch den Anspruch auf die Legitimierung des Herrschers und seines Werkes diktiert wurde. Diese Notwendigkeit meldete sich — gleichfalls in primitiver Form — auch in zahlreichen Beispielen der Rechtsschöpfung der Neuzeit, das aber bereits in steigendem Maß durch die Eigenart der Durchführung mittels der sich entfaltenden Staatsorganisation und der Bürokratie bedingt ist. Später, bei dem bürgerlichen Parlamentarismus, dessen Grundlage die organisatorische und politische Expansion der Arbeitsteilung in der Rechtsschöpfung war, instituierte sich die informelle Durchbrechung der Formalität des Rechts. Diese Institutioniertheit wurde dann in der sozialistischen Rechtsschöpfung — entsprechend ihren prinzipiellen Ansprüchen — Träger der Bewußtheit und des Demokratismus der rechtlichen Beeinflussung der Gesellschaft.

Dank ihrer bürgerlichen Vergangenheit übernahm dann die Mehrzahl der sozialistischen Länder dieses geschichtlich traditionell gewordene Instrument der Aufhebung der Formalität des Rechts, d. h. die institutionell gewordene Form der auf Gesetzesmaterialien gründenden ministeriellen Begründung. Es wurde infolge eines erfreulichen Trägheitsmoments einfach adaptiert, ohne vorher seine frühere Funktion geklärt, das notwendigerweise eingetretene Aufhören dieser Funktion erkannt und die unter den Bedingungen der sozialistischen Umstellung erwünschte neue Funktion beschrieben zu haben. Dieser Umstand zog eine große Unebenmäßigkeit der Praxis und das Vorrücken der individuell gefärbten verschiedenen subjektiven Präferenzen nach sich. Die

Gestaltung der Institution der ministeriellen Begründung ist aber aus dem Gesichtspunkt der Steigerung der verantwortlichen Bewußtheit der sozialistischen Rechtsschöpfung, und innerhalb dessen der gesellschaftlichen Bewußtmachung der den Rechtsschöpfer leitenden Wertauswahl gar nicht indifferent. Die erste Fassung dieser Abhandlung wurde als Gutachten im Auftrag der Kodifikationssektion des ungarischen Justizministeriums verfertigt. Das Ziel war zu versuchen, im Interesse der Herausforderung einer begründeten und ständigen künftigen Praxis, die prinzipielle und geschichtliche Grundlage der bestehenden Systeme der ministeriellen Begründung, ihre Funktion, ihre institutionelle und verfahrensmäßige Lösung zu umreißen, und in Kenntnis derselben jene möglichen Funktionen, technische Komponenten und Inhalte zu entwerfen, die nach Beurteilung des Verfassers zur Ausnützung der in der Institution der ministeriellen Begründung verborgenen Möglichkeiten wünschenswert erscheinen. Der gegenwärtige Beitrag ist eine abgekürzte und umgearbeitete Version der ursprünglichen Fassung, von dem vor allem der vergleichende Überblick und die die konkreten Züge und die Zukunft der Institution betreffenden rechtspolitischen Überlegungen weggelassen wurden, um auf die Momente von prinzipieller und theoretischer Wichtigkeit konzentrieren zu können.

I. Die prinzipiellen und geschichtlichen Grundlagen der Herausforderung der ministeriellen Begründungen

Die ministerielle Begründung ist in allgemeinster Fassung *ein beim Gesetzgeber eingereichtes, den Textentwurf der Gesetzesvorlage begleitendes Dokument, das im Vortrag des Verfassers der Vorlage* (bei einem Regierungsantrag im Vortrage des später für die Durchführung verantwortlichen Fachministers) *die gesellschaftlichen Gründe, die allgemeinen und besonderen rechtlichen Gründe, die allgemeinen und besonderen rechtlichen Motive, die zu erwartenden wirtschaftlichen Auswirkungen der Gesetzesvorlage darlegt.* Schon aus dieser skizzenhaften Definition stechen zwei Bedeutungssphären der ministeriellen Begründungen ins Auge. Demgemäß ist die ministerielle Begründung nichts anderes als 1. *die Ergänzung des in Normenstrukturen ausgedrückten Textes der Rechtsnorm durch einen in nicht Normenstrukturen ausgedrückten Text zur Unterstützung der Rechtsnorm und zur politischen und rechtlichen Überzeugung über deren Notwendigkeit, wobei 2. diese Ergänzung in dem Prozeß der Rechtschaffung einen bestimmten Platz, im Verfahren eine bestimmte Rolle und eine gebundene Form hat.* Diese zwei Bedeutungssphären stehen miteinander begrifflich und auch geschichtlich im Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen.

Die Bestrebung, daß die Annahme des in Form von Verhaltensregeln festgesetzten Rechts durch verschiedene prinzipielle und praktische (politische, ideologische, fachliche) Überlegungen und eine die

Überzeugung zum Ziele habende Argumentation unterstützt wird ist im wesentlichen gleichen Alters mit dem geschriebenen Recht, das heißt damit, daß das Recht in Objektivationsformen: geschriebene Normenstrukturen reduziert erscheint. Demgegenüber ist ihr Erscheinen in bestimmter Form, ihre verfahrensmäßige Bedeutung ein verhältnismäßig späteres Produkt der Rechtsentwicklung, der einen gegebenen Zustand der Wirtschafts- und Klassenverhältnisse der Gesellschaft, den Einbruch der gesellschaftlichen Arbeitsteilung in die politische, staatliche und juristische Tätigkeit, die formelle rechtliche Regelung des Mechanismus der Rechtsschaffung selbst voraussetzt. Dessen (A) prinzipielle und (B) geschichtliche Grundlagen müssen getrennt erörtert werden.

(A) Das Recht in seiner entwickelten, in einer Reihe von Normenstrukturen objektivierten Form betrachtet ist bloß ein künstlich abgegrenztes Segment eines außerordentlich komplizierten, mit der Gesamtheit der gesellschaftlichen Praxis in Beziehung stehenden erkennendzielsetzenden-regelnden Verfahrens. Etwas das weder den Beweggrund, noch den Sinn seiner Existenz in sich selbst trägt¹. Ein bloßes *Instrument*, das sich von den *naturwüchsigen kausalen, wertenden und teleologischen Verbindungen der menschlichen-gesellschaftlichen Praxis künstlich losmacht*, um das, was an sich, von dem Gesamtvorgang der gesellschaftlichen Beeinflussung aus betrachtet, bloß ein *Mittel ist, zum selbständigen Ziel zu machen*. Aus dieser Betrachtungsweise ist das Recht nichts anderes, als die *Auffassung eines gegebenen Verhaltens als selbständig gewordenen Ziel*, und zwar aufgrund nicht eingestandener Zusammenhänge (in bezug auf das Verhältnis zwischen Verhalten und seiner gesellschaftlichen Wirkung), und im Interesse nicht eingestandener Ziele (in bezug auf die erwünschte gesellschaftliche Wirkung)².

Der Ausdruck des Rechts in derartigen reinen und dem Schein nach selbständig gewordenen Normenstrukturen ist das Produkt der altertümlichen Rechtsentwicklung. Im großen und ganzen hat es seinen Ursprung dort, wo das Recht geschriebenes Recht wurde, das in der Entwicklung des Rechts als Instrument die je dagewesene größte Wendung bedeutete. In seiner reinsten Form ging das in den Reichen des altertümlichen Ostens vor sich, als sich die auf dem zur Tradition gewordenen gewohnheitsmäßigen Verhalten und dessen Erzwingung gründende uralte Normativität als ungenügend erwies. In den zu Reichen angewachsenen Staatsformationen des Altertums trafen sich nämlich einerseits verschiedene Volksstämme und gewohnheitsrechtliche Traditionen, deren Vereinheitlichung, wenigstens bis zu einem gewissen Grad, unvermeidlich war, andererseits setzten ihr wirtschaftlicher Aufschwung die dahinter stehende militärische Organisation, die staatlichen öffentlichen Arbeiten und Finanzen, samt dem zu deren Be-

¹ Vilmos Peschka, Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie, Budapest 1976, 1. Kap. und 4. Kap.

² Csaba Varga, The Preamble: A Question of Jurisprudence, Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XIII (1971) 1 - 2, S. 114 - 119. 97

lebung ins Lebens gerufenen Beamtenapparat teils die Reform des bestehenden Gewohnheitsrechts, teils neue Regelungen voraus, mit einer derartigen, sich über das ganze Reich ausstrahlenden Wirksamkeit, der die für das Gewohnheitsrecht charakteristische, organische Entwicklung in ihrer Spontaneität nicht mehr entsprechen konnte. Zu dieser Zeit erschienen zur Befriedigung verschiedener konkreter Bedürfnisse (Gewohnheitsreformung, neue Regelung, die Sammlung seitens des Herrschers gefällter Urteile aus dialektischen Gründen oder zwecks Vereinheitlichung, die eine Selbsteinschränkung ergebende Festlegung der Prinzipien der Rechtspflege usw.) jene aus geschriebenen Normenstrukturen bestehenden Rechtsquellentexte, die zwar mit kasuistischer Konkretheit und Aufeinanderfolge, jedoch in der heutigen Struktur der Rechtsnormen ihre ordnende Rolle erfüllten³.

In der marxistischen Wissenschaft unserer Zeit ist allgemein bekannt, daß das gesellschaftliche Dasein in seiner Totalität gleichzeitig ein *Ergebnis*, aber auch eine *Quelle* der gesellschaftlichen Vorgänge ist. Das jeweilige gesellschaftliche Sein ist, mit seinen wirtschaftlichen, politischen, ideologischen usw. Determinanten, mit seinem institutionellen Organisationssystem, mit deren Bewegungstendenzen, dringlichen und bewußtheitlichen Gegebenheiten, einerseits *Ausdruck* eines geschichtlich-gesellschaftlich bedingten Zustandes, andererseits ist es aber gleichzeitig auch sein *Regulator*, der seine künftige Bewegungsrichtung bis zu einem gewissen Grad vorausbestimmt, bzw. den Einfluß der Determinanten in gegebene Rahmen zwingt. In seinem jeweiligen Inhalt und seiner konkreten Form ist auch das Recht selbst ein geschichtlich determiniertes Gebilde. Andererseits wirken dieselben gesellschaftlichen Verhältnisse, die auf das Recht eine Wirkung haben, auch auf das jeweilige Verhalten und bestimmen derart letzten Endes auch die effektive praktische Durchsetzung des Rechts⁴.

Auf der Ebene der totalen Bestimmtheit der Gesellschaft ist deshalb die Selbständigkeit oder Besonderheit des Rechts ein äußerlicher Schein. In seiner „Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins“ drückte Lukács diesen Zusammenhang in folgender Gedankenreihe aus: in der Gesellschaft (und besonders in den entwickelten, stark differenzierten Formen der Gesellschaft), die er als einen aus Teilkomplexen bestehenden Gesamtkomplex auffaßte, so die Teilkomplexe verschiedene, relativ selbständig gewordene Betätigungssphären, institutionelle Funktionen, Tätigkeitsarten und Tätigkeitsverhältnisse usw. in sich fassen, bildet — „die Reproduktion des jeweiligen Ganzen (worunter die gesellschaftliche Totalität, der Gesamtkomplex zu verstehen ist — Verf.) das übergreifende Moment in diesem vielfältigen System von Wechselwirkun-

³ Csaba Varga, Kodifikációs előformák az ókori jogfejlődésben (Kodifikations-Vorformen in der altertümlichen Rechtsentwicklung), Állam- és Jogtudomány, XVII (1974) 1, S. 83 ff.

⁴ Kálmán Kulcsár, A jog nevelő szerepe a szocialista társadalomban (Die 98 erzieherische Rolle des Rechts in der sozialistischen Gesellschaft), Budapest 1961, S. 76 f.

gen“⁵. Das Ganze wirkt dem Teil gegenüber unbedingt determinierend — so aber, daß die fortdauernde Reproduktion des Ganzen, in ununterbrochener Wechselwirkung zwischen dem Ganzen und der Teile, die Reproduktion der Teilkomplexe in ihrer verhältnismäßigen Selbstständigkeit voraussetzt und in sich faßt. Gerade die Wechselwirkung zwischen diesen Komplexen ergibt die Notwendigkeit derartiger Komplexe, deren alleinige Aufgabe die *Vermittlung* ist. Es ist scheinbar eine paradoxe Situation — es folgt jedoch aus dem Wesen der Vermittlung —, daß diese vermittelnden Teilkomplexe *ihre Rolle innerhalb des Gesamtvorganges* — getrennt von den durch die vermittelten Komplexe — *um so leichter erfüllen können, je größer ihre relative Autonomie ist*⁶. Demzufolge ist die verhältnismäßige Gesondertheit des Rechts kein Produkt der selbstverheerenden Bewegung eines seiner Flasche entwichenen Geistes: sie entspringt eben seinem Wesen, seinem vermittelnden Daseinskomplexcharakter.

Die Eigenartigkeit des Rechts ergibt sich also aus der Notwendigkeit *seiner Funktionierung als verhältnismäßig autonomer vermittelnder Komplex*. Dies erblickten wir vorhin in der Projizierung des Rechts als formalisierend objektivierte Normenstruktur und in der dem entsprechenden, diese formelle Anwendung anstrebenden geschichtlichen Kraftanstrengung⁷. In dieser techniziert-formalisierten Gestalt ist das Recht nicht nur ein *künstliches Gebilde*, sondern durch sein Categoriesystem auf die Wirklichkeit gebaute, ideologisch postulierte *sekundäre Wirklichkeit*. Einerseits *definiert es Verhalten, enthält aber die damit zusammenhängenden kausalen Wirkungen* und die *mit dem fraglichen Verhalten zusammenhängenden zielsetzenden Thesen nicht mehr* in ausdrücklicher Form, — andererseits läßt es den Definierungen des Verhaltens dadurch praktische Bedeutung zukommen, daß es diese mit den verschiedensten *künstlichen Qualifikationen des Verbots, der Zulassung oder Verpflichtung verbindet*. Diese Qualifizierungen bilden, zusammen mit den qualifizierten Verhaltensdefinitionen solange eine ideologische Scheinwirklichkeit, bis sie sich, in gesellschaftliche Tatsachen geworden, in der gesellschaftlichen Praxis realisieren.

Was folgt daraus?

Vor allem die Tatsache, daß das Recht funktionell geeignet ist seine Vermittlerrolle zu versehen. Dadurch daß es *ausschließlich auf das*

⁵ György Lukács, *A társadalmi lét ontológiájáról*, II. Bd., Budapest 1976, S. 140 (bzw. Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins, letztes Manuskript in Maschinenschrift mit autographen Korrekturen [Lukács-Archiv und Bibliothek, Budapest]).

⁶ Lukács, S. 225 - 228.

⁷ Im Zusammenhang mit dem Experiment, das Recht als ein vollständiges und lückenloses formelles System aufzufassen und gelten zu lassen siehe Csaba Varga, *Rationality and the Objectification of Law*, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LVI (1979) 4, S. 695 ff., und *ders.*, *Law and Its Approach as a System*, *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, XXI (1979) 3 - 4, S. 301 ff.

Instrumentverhalten konzentriert, ermöglicht es klar und eindeutig die Standardisierung der gesellschaftlichen Praxis; dadurch, daß es die Voraussehbarkeit der zu erwartenden Folgen sichert, motiviert es das künftige Verhalten; schließlich schaffte es zur Abwägung der Rechtmäßigkeit des Verhaltens eine sichere Grundlage, da es die formelle Beurteilung aufgrund der äußeren Kennzeichen des Verhaltens ermöglicht. Gleichzeitig hat aber die Konzentrierung auf das Instrumentverhalten eine innere Selbstverteidigungsfunktion. In den komplexen Zusammenhängen der gesellschaftlichen Praxis entspricht nämlich den mehr oder minder als allgemeine Werte geltenden Zielen nicht eine Art ausschließliches Instrumentverhalten; zwischen den Zielen und den diesen (mit minderer oder größerer Wirksamkeit) verwirklichenden Verhalten gibt es keine unmittelbare und enge Entsprechung, Äquivalenz. Eine Regelung durch das Mittel der Normenstruktur, in dem es Instrumentverhalten zu selbständigen Zielen erklärt, liefert das Endresultat eines langen Wertungsvorganges (welcher letztere aber aus abweichenden Gesichtspunkten betrachtet jeder Zeit fraglich gemacht werden kann). *Es konzentriert deshalb auf das Instrumentverhalten, weil es autoritativ ist*: es deckt eine von sämtlichen vorangegangenen Beweggründen oder Überlegungen unabhängig gemachte behördliche Entscheidung. Die Norm fordert den Adressaten nicht zur neuen Durchlenkung der den Normenschöpfer geschichtlich leitenden Überlegungen auf, sondern zum *Verhalten*, zu *Handeln* in einer seitens des Normenschöpfers als wünschenswert erachteten Weise.

Aus dem vorangegangenen folgt zweitens auch, daß das Recht eine *verzerrte, einseitige, in ihren künstlich herausgerissenen Beziehungen bestehende* Widerspiegelung der Wahrheit ist. Wie darauf Lukács aufmerksam machte, die rechtliche Widerspiegelung „nicht eine Erkenntnis des objektiven Ansichseins des gesellschaftlichen Prozesses selbst reproduziert“: „die Feststellung der Tatsachen, ihr einordnen in ein System ist nicht in der gesellschaftlichen Realität selbst verankert, sondern bloß in dem Willen der jeweils herrschenden Klasse, die gesellschaftliche Praxis ihren Intentionen gemäß zuordnen“⁸.

Aus dem Gesichtspunkt der Ontologie des gesellschaftlichen Seins war das eine entscheidende Folgerung, da das Lukács-Werk unter anderen gerade die Demonstration dessen zum Ziele hatte, daß unter gegebenen Bedingungen auch die „bewußtseinshaften Reproduktionen“ (Glauben und Irrglauben, die verschiedensten ideologischen Formen usw.) seinhaftigen Charakter und Bedeutung: „seinhaftige Funktion“ haben. Das ist aber gleichbedeutend damit, daß *das Prinzip der primär erkenntnistheoretischen Annäherung bei zahlreichen Formen der Widerspiegelung vorweg unrichtig ist*. Es handelt sich hier um bewußtseinhaftige Reproduktionen des Seins, die nicht auf seine erkennende Abbildung, sondern auf seine Abänderung, auf eine *praktische Wirkung* auf das Sein abzielen. *Die Adäquation der praktischen Widerspiegelung*

⁸ Lukács, S. 217 und 218.

hängt also vor allem von ihrer funktionellen Wirksamkeit, von ihrer seinhaftigen Funktion, das heißt *von ihrem ontischen Status* ab.

Der eigenartige Anlitz des künstlichen Charakters des Rechts — womit sich Lukács weiter nicht befaßte — hat in seiner spezifischen Objektivationsform seinen Ursprung: darin nämlich, daß es seine Aufgabe durch Normenstrukturen — mit Hilfe der Auswahl von Instrumentverhalten und deren Qualifizierung in gegebenen rechtlichen Konstruktionen derselben — versieht. Nun, stellen wir uns einen Mathematiker vor, der auf die Reize der Außenwelt bloß in Zahlenreihen und Formeln reagiert. Stellen wir uns einen Strategen vor, dessen ausschließliche Reaktion in Truppenbewegungsbefehlen besteht. Oder vergegenwärtigen wir uns einen Monarchen, dessen einzige Ausdrucksform ist, seine Untertanen zu blinden Mitteln seines eigenen Willens zu machen. Es ist möglich, daß alle diese Äußerungen adäquat sind, aber wir können uns davon kaum in direkter Weise überzeugen. Die für den Mathematiker, Strategen und Tyrannen *par excellence* charakteristischen Äußerungen sind zweifellos Reaktionen auf die Wirklichkeit, aber nicht in sich. Sie sind bis zum Äußersten entblößte Endfolgerungen eines erkennenden, das Moment der Entscheidung in sich fassenden Vorgangs, dessen Daseinssinn gerade in der mannigfachen wechselseitigen Verbindung mit der Wirklichkeit besteht.

Diese Äußerungen sind *in sich nicht überzeugend*, da das Fehlen ihrer natürlichen (kausalen, wertenden, zielsetzenden) Umgebung ihnen den Schein der Eventualität verleiht. *Zum Gegenstand eines gedanklichen Diskurses und Bestätigung können sie nur in Einheit mit diesen Zusammenhängen werden.* Auch hinsichtlich des geschaffenen Rechts ist jede intellektuelle Tätigkeit nur dann vorstellbar, wenn wir der in den rechtlichen Normenstrukturen vorhandenen Instrumentverhalten-Auswahlen und der im Hintergrund ihrer Qualifikation stehenden kausalen, wertenden und teleologischen Inhalte bewußt werden.

Aus seiner bloßen Instrumenthaftigkeit herausgehoben kann das Recht nur dann zum gesellschaftlich bewußten Instrument der gesellschaftlichen Beeinflussung werden, wenn es in das Netz der kausalen und wertenden Zusammenhänge rückversetzt wird, aus dem es zwecks Vergegenwärtigung als Instrument herausgerissen wurde. Das rechtliche Instrument als Ding für sich kann nur im Zuge dieser intellektuellen Rekonstruktion behoben werden, daß dann — dadurch daß wir die Bewußtheit des Normenschöpfers zum Ding für uns machen — auch das Recht *zum Ding für uns* wird.

Im allgemeinsten Sinne aufgefaßt ist dies die prinzipielle Grundlage der Herausformung der in der ministeriellen Begründung steckenden Funktion. Deshalb kann behauptet werden, daß seit das geschriebene Recht mit seiner in Normenstrukturen zum Ausdruck kommenden Objektiviertheit herausgeformt wurde, die Rückversetzung der Normenstrukturen in ihre natürliche sprachliche und intellektuelle Zu-

sammenhänge eine Vorbedingung jeder mit dem Recht zusammenhängenden bewußten intellektuellen Tätigkeit ist.

(B) Die moderne, *auf bürokratischem Weg vorbereitete Gesetzgebung ist ein Produkt des feudalen Absolutismus*. Die allmählich immer umfassender und intensiver werdende militärische, finanzielle, wirtschaftliche usw. Tätigkeit des Staates bringt zur Erfüllung der qualitativ angewachsenen und veränderten Aufgaben eine neue Organisation zustande, die nicht auf priesterlicher Würde, auch nicht auf Vorrechte des Adels, sondern *auf fachkenntnisbedingten Beamtenkarrieren* beruht. Dieser bürokratische Apparat ist im Interesse dessen, daß seine Tätigkeit durch uniformisierte Kanäle läuft, einerseits Beanspruchter, andererseits *Hersteller* der neuen umfassenden rechtlichen Regelung. Der Absolutismus *erstrebt also eine als Aktionsprogramm aufgefaßte, umfassende und vorwärtsblickende rechtliche Regelung*, an deren Vorbereitung Philosophen, Juristen, Wirtschafts- und Finanzfachleute teilnehmen⁹.

Es darf aber nicht außer acht gelassen werden, daß diese Systeme *aufgeklärte Despotismen* waren, sie enteigneten die im bürokratischen Apparat vorhandenen Fachkenntnisse für sich, gewährten aber zu deren Entfaltung keinen genügenden Spielraum. Sie benutzten diesen Apparat auch nicht als Gegengewicht und konfrontierten ihn mit keinem anderen Willen, — *er war doch nur die „Verlängerung des Kopfes“ des Monarchen*, der gemäß der Logik des Systems nicht als Wille galt.

Unter solchen Umständen konnte die die Gesetzgebung und Vorbereitung betreffende Arbeitsteilung bloß eine *Scheinarbeitsteilung* sein, *da keine miteinander mehr oder minder koordinierte Teile einander gegenüber standen, sondern nur das Ganze und dessen Omnipotenz galten*, wo das Ganze ausschließlicher Schaffer, nach Belieben Nützer, ja auch potenzieller Vernichter der durch ihm ins Leben gerufenen Teile gewesen ist.

Der durch den revolutionären Sieg und die liberale Staatseinrichtung der Bourgeoisie ins Leben gerufene *moderne Parlamentarismus brachte dagegen eine echte Arbeitsteilung zustande*.

Im Laufe der Gesetzgebung kommt tatsächlich eine Arbeitsteilung zustande, deren zwei Pole die beiden, auch verfassungsrechtlich und politisch einander gegenübergestellten, oder zumindest miteinander wetteifernden Staatsgewalte sind, und zwar: Die Exekutivgewalt und der hinterstehende bürokratische Sachverständigenapparat einerseits, und die Gesetzgebungsgewalt andererseits. Die Arbeit der Gesetzesvorbereitung wird durch einen Regierungsapparat vorgenommen, der einen meritorisch fertiggestellten Textentwurf einreicht, der nur angenommen zu werden braucht (Bill-System). Am anderen Pol steht die Gesetz-

⁹ Csaba Varga, *Kodifikációs tendenciák a felvilágosult abszolútizmus korában* (Kodifikationstendenzen im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus), *Jogtudományi Közlöny*, XXXI (1976) 2, S. 70 ff., besonders S. 73 ff.

geber-Körperschaft und fällt jene politisch-rechtliche Entscheidung, die den formell jeden normativen Wert entbehrenden Text zu geltender Rechtsquelle transformiert.

„Da die beiden Häuser ausschließlich über den fertigen Text debattieren, trennt sich in unserem heutigen Verfahren die Kodifikations-tätigkeit von der Gesetzgebungstätigkeit. Ebenso trennen sich infolge des Verbotes der Begründung der Stimmen die Beratung und die Entscheidung¹⁰.“ Deshalb wird es unumgänglich notwendig, daß die *vorbereitende, fachmäßig kompetente Regierungskörperschaft die annehmende, formelle Entscheidung fällende politische Körperschaft zu beeinflussen trachtet, dessen Mittel die Überzeugung und das Medium die Gesetzesvorlage begleitende ministerielle Begründung ist.*

Bedenken wir nun: in den europäischen parlamentarischen Ländern wird in der zweiten Hälfte des XIX. Jahrhunderts im Rahmen des Regierungsapparates eine separate Sektion¹¹ zur Ausarbeitung der Regierungsgesetzesvorlagen aufgestellt. Die bürokratische Vorbereitung tritt dermaßen in den Vordergrund, daß John Stuart Mill bereits in den 1860er Jahren für notwendig hält, die „doing the work“ und „causing it to be done“ zu trennen¹². In einem derartigen Medium muß die ministerielle Begründung instituiert werden, *die eine — Überzeugung, Neuüberlegung und gleichzeitig Selbstrechtfertigung enthaltende — Erklärung der Regierung* war, adressiert an das über die Gesetzesvorlage verhandelnde und über deren Schicksal formell entscheidende Parlament, um darzulegen, aus welchen Gründen, von welchen Zielen geleitet, welche rechtstechnischen Überlegungen in Betracht ziehend die die gegebenen Verhalten als Instrumentverhalten definierende und dieselben in der gegebenen Weise qualifizierende Normenstrukturen sie konstruiert hat.

Zusammengefaßt: in dem der Herrschaft des Bürgertums vorangegangenen paternalistischen oder despotischen monarchistischen Absolutismus war die bürokratische Vorbereitung des Gesetzgebungsvorganges bloß eine Scheinarbeitsteilung, weil der politisch entscheidende Faktor, der Monarch auf sämtlichen Ebenen und sämtlichen Phasen der Gesetzgebung anwesend war und mitredete. Eine echte Arbeitsteilung kam erst zustande, als — im Zeichen der Trennung der Staatsgewalt — die die Gesetzesvorlage *vorbereitende* Regierungsbürokratie und das das Gesetz *schaffende* Parlament getrennt wurden. *Die ministerielle Begründung kam in dieser Arbeitsteilung als Instrument der Vermittlung von einem Pol zum anderen zustande.* Zu diesem grundlegend wichti-

¹⁰ István Ereky, A közigazgatási jog kútfoi (Quellen des Verwaltungsrechts), in: István Ereky, Jogtörténelmi és közigazgatási jogi tanulmányok (Studien über Rechtsgeschichte und Verwaltungsrecht), II. Bd., Eperjes 1918, S. 349.

¹¹ In Ungarn ab 1. Mai 1895 als Sektion Nr. IV. des Ministeriums für Justizwesen, die Kodifikationsabteilung.

¹² John Stuart Mill, Autobiography, S. 264. Zitiert von Robert Luce, Legislative Procedure, Cambridge (Mass.) 1922, S. 564.

gen Grund gesellten sich auch andere ergänzende Bedingungen, die deren Anlitz weiter gefärbt haben mögen: (a) die Regierung hätte die *Gesamtheit des Parlaments* darüber zu überzeugen, daß die Vorlage wohlbegründet, aktuell und zur Erreichung des gesetzten Zieles geeignet ist; (b) mit Hinsicht auf das Mehrparteiensystem der liberalen Regime mußte die regierende Mehrheit innerhalb des Parlaments die Oppositionen auch extra überzeugen; (c) die ministerielle Begründung *diente als Grundlage* und Rahmen von *Parlamentsdebatten*, die das Schicksal der Gesetzesvorlage meritorisch entschieden und die prinzipiellen, sowie Teillösungen gleicherart berührten; schließlich (d) es muß bemerkt werden, daß der liberale Parlamentarismus nicht auf die Volksvertretung aufgebaut war, sondern überwiegend die Vertretung der herrschenden gesellschaftlichen Schichten gewesen ist. Darin spielten die *Juristen* in einem ihr Zahlenverhältnis weit übersteigendem Maße eine Rolle, *denen nie ministerielle Begründung, deren politische und rechtliche Teile gleicherart, ein vertrautes Spielfeld zu Argumentierungen und Debatten war.*

II. Die möglichen und erwünschten Funktionen der ministeriellen Begründung im sozialistischen Recht

Wie an einer anderen Stelle die konkreten Formen in vergleichender Art analysierend, demonstriert wurden, verbreitete sich die ministerielle Begründung nicht nur in einer großen Zahl der kapitalistischen Systeme, sondern — die Sowjetunion und die Deutsche Demokratische Republik ausgenommen — ist sie auch in den europäischen sozialistischen Ländern eine allgemeinen anerkannte Institution¹³. Es ist aber anzunehmen, daß es sich hier *nicht um eine neue* Institution handelt, die durch die sozialistische Entwicklung selbst erarbeitet worden war, um den eigenen Bedürfnissen entsprechen zu können. In ihrer Aufrechterhaltung und Anpassung an die neuen Bedingungen des Sozialismus hatte auch der Umstand, daß sie als *Errungenschaft der Zivilisation gewertet wurde*, ja sogar solche Zufallsfaktoren, wie das Beharrungsvermögen Wort mitzureden.

Der sozialistische Typ der ministeriellen Begründung ist nicht einheitlich. In seiner inhaltlichen Funktion zeigen sich starke Unebenmäßigkeiten, innerhalb deren formelle Verfahrensbedingungen, die Erfüllung aus früheren Zeiten geerbte Verfahrensbedingungen mit sozialistischem Inhalt und die unmittelbare politische Schattierung der gesetzlichen Regelung vorkommen. Andererseits hat die ministerielle Begründung im Sozialismus gemeinsam etwas eigenartig Neues an sich: *es fehlt ihr jene grundlegend entscheidende Funktion, die die ministerielle Begründung im bürgerlichen Parlamentarismus je und überhaupt zu-*

¹³ Csaba Varga, A törvényhozás és felelős tudatossága (Die Gesetzgebung und ihre verantwortliche Bewußtheit), Állam- és Jogtudomány, XX (1977) 3, 2. Kap.

stande brachte. Die Institution der ministeriellen Begründung verdankt doch ihr Sein dem Umstand, daß in der Periode der bürgerlichen Umstellung in Europa das Prinzip der Gewaltentrennung, im Interesse der Abrechnung mit der Willkür des feudalen Absolutismus, ernst genommen wurde, demzufolge verschob sich in der Gesetzgebung der auf diese Weise zustande gekommenen liberalen Parlamentarismen mit Mehrparteiensystem die meritokratische Vorbereitung und die zum Gesetz Erhebung zu verfassungsrechtlich und politisch entgegengesetzten Polen.

Im System des Sozialismus herrscht die politische Einheit — nicht notwendigerweise wegen des Einparteiensystems, grundlegend aber aus der allgemeinen führenden Rolle der marxistisch-leninistischen Partei folgend — eine überwiegende, oft völlig *politische Einheit* zwischen der Vorbereitung und der Annahme des Gesetzes. Die sozialistische Staatstheorie weist das Prinzip der Trennung der Staatsgewalten zurück, da sie die Staatsgewalt als grundlegend einheitlich postuliert. Innerhalb dieser Einheit ist die Unterscheidung der Gesetzgebungs-, Exekutiv- und Justizgewalt nichts anderes, als eine die grundlegenden staatlichen Funktionen im Rahmen von relativ selbständig gewordenen Organsystemen instituierende *Arbeitsteilung*. Die neueren sozialistischen Verfassungen legen auch kategorisch die jede staatliche Funktion durchdringende führende Rolle der Partei fest. Im Zuge des auch die Vorbereitung seitens der Regierung in sich fassenden Gesetzgebungsprozesse wird die herauszuformende Regelung, bereits vor der Vorlegung zur formellen Entscheidung durch eine Reihe von informellen Entscheidungen inhaltlich und formell umschränkt, deren alle letzten Endes identisch determiniert sind, sie repräsentieren nämlich die politische Einheit der in der Gesellschaft zur Geltung kommenden Staatsgewalt. Die Realität jener Funktion also, die im liberalen Parlamentarismus durch das einander gegenübergestellte Institutionssystem des politischen *check and balance* durch die Verschiebung der Gesetzvorbereitung und der Annahme des Gesetzes auf die politisch entgegengesetzten Pole ausgebaut wurde, ist im Gesellschaftssystem des Sozialismus nicht gegeben.

Hinsichtlich der eigenen möglichen und erwünschten Funktionen verhält es sich folgendermaßen:

1. Als prinzipielle Grundlage kann festgestellt werden, daß in unserer Zivilisation die Eigenartigkeit des Rechts nach wie vor unvermeidlich erfordert seine in *gesetzten Normenstrukturen objektivierte* Erscheinung. Hinsichtlich der Reinheit dieser Normenstrukturen müssen wir der Taktik von Bentham zustimmen¹⁴, im Bewußtsein dessen, daß

¹⁴ „Es ist geziemend sich an den Ausdruck eines klaren, einfachen Willens zu halten, ohne irgendwelche Beweggründe, Meinungen oder Gefühle, die von diesem Willen abweichen, beizumischen. Die Beweggründe eines Gesetzes anzugeben ist eine völlig verschiedene Arbeit, das mit dem Gesetz selbst nicht zusammengemischt werden darf. Wenn es nötig erscheint die Bevölkerung diesbezüglich zu unterrichten, kann das durch eine Einleitung oder einem Vorwort geschehen, oder in einer Erklärung, die den Text des Gesetzes

die Mischung der für das Recht *par excellence* charakteristischen Objektivationsformen mit sonstigen Formen oder die Auflösung derselben in diesen, trotz der eventuell erhofften partikularen Vorteile, unumgänglich die Zerrüttung der Eigenartigkeit des Rechts nach sich zieht, das die Verringerung oder Vernichtung der Wirksamkeit des Rechts, als abgesonderten Instruments der gesellschaftlichen Regelung zur Folge hat.

2. Dieses Grundprinzip spricht aber nur gegen die Verschmelzung der beiden verschiedenartigen Ausdrücke — nämlich der erkennenden-wertenden-zielsetzenden überzeugenden Tätigkeit und deren in beschreibenden sprachlichen Strukturen erscheinenden Objektivationsformen, beziehungsweise der regelnden-vorschreibenden Tätigkeit und deren zu Normenstrukturen transformierten sprachlichen Objektivationsformen — und bedeutet bei weitem nicht, daß die *theoretische Unterstützung der Normenstrukturen mit Nicht-Normenstrukturen*, das heißt die Reproduktion oder Rekonstruktion eines zu Normenstrukturen transformierten Argumentationsvorganges in seiner ursprünglichen Form nicht erwünscht wäre. In der Politiktheorie gilt das Axiom: „Der Befehl ist kein jede Begründung entbehrendes fiat, keine blinde Kraft, die auf keine Vernunft folgern ließe, und auch kein absoluter Anfang, da die durch ihn geschaffene Ordnung in eine bereits bestehende Ordnung eingefügt werden muß¹⁵.“

3. Zu der prinzipiellen Notwendigkeit der Unterstützung der Normenstrukturen durch Nicht-Normenstrukturen, und — besonders in der sozialistischen Gesellschaft — zum politischen Anspruch auf die gesellschaftliche Bewußtmachung des Rechts gesellt sich ein drittes Element, das bereits bei der Herausformung des Systems der ministeriellen Begründungen eine gewisse Rolle gespielt haben mag. Dieses Element ist gemäß einer französischen Bearbeitung aus dem vorigen Jahrhundert jene dem Schein nach rein praktische Funktion der ministeriellen Begründung, daß die beiden Häuser des Parlaments „von den Unbequemlichkeiten des vorschnellen, nicht in genügendem Maß ausgearbeiteten Vorlagen“ verschont werden¹⁶.

Der tiefer liegende sekundäre Inhalt dieser Überlegung ist aber in dem Moment der Rationalisierung der in Normenstrukturen ausgedrückten Regelung zu erblicken, und zwar in zwei Richtungen. Der

begleitet. Aber ein befehlendes Gesetz soll nichts anderes beinhalten, als den Ausdruck des klaren Willens des Gesetzgebers. Dieser enthält nämlich die Regel des Verhaltens, und kann nie einfach und klar genug, und in genügendem Maß über den Einwendungen stehend sein.“ *Jeremy Bentham, An Essay on Political Tactics, etc.*, in: *Jeremy Bentham, The works...*, hrsg. John Bowring, II. Bd., Edinburgh 1843, S. 356.

¹⁵ *Julien Freund, L'essence du politique*, Paris 1965, S. 269.

¹⁶ In Frankreich muß z. B. der Begründungspflicht formell nachgekommen werden, im Notfall nimmt aber der Vorsitzende des Parlaments eine in einigen Zeilen abgefaßte Begründung hinweg. *Eugène Pierre, De la procédure parlementaire*, Paris 1887, S. 62.

Vorbereiter der Gesetzgebung, wenn er die in Normenstrukturen ausgedrückte Entscheidungsvorlage begründen muß, ist einerseits gezwungen, dieselbe wiederholt durchzudenken, da er ja nicht bloß von den effektiven gesellschaftlichen Vorgängen abstrahierte Normenstrukturen unterbreitet, sondern *seine Wahl durch die Aufdeckung der in diesen Normenstrukturen steckenden kausalen und bewertenden Zusammenhänge auch für andere rationell dokumentieren muß*. Dessen Wirkung meldet sich auch im weiteren Leben der Normenstrukturen, in dem sie *einer solchen Interpretation der Normenstrukturen widersteht*, die den im Zuge der Rationalisierung dargelegten Argumenten und praktischen Überlegungen *dermaßen widersprechen würde, daß einen derartigen offenen Konflikt das Rechtssystem nicht mehr dulden könnte*.

Insofern ist also die ministerielle Begründung eine Institution der Rationalisierung der Gesetzgebung, die vor allem dem Gesetzgeber moralisch-politisch bindet, seine Wahl vor der Öffentlichkeit der Adressierten zu rationalisieren; die Bindung des Gesetzes selbst liegt darin, daß es einer Rechtsanwendung, die den ursprünglichen Bedingungen offen widerspricht, hemmend im Wege steht. Diese letztere Wirkung kann auf dem Gebiete der behördlichen Rechtsanwendung und auf dem der Justizverwaltung gleicherart geltend werden.

4. Die ministerielle Begründung ist (a) vor allem ein grundlegender Motivenbericht des das Gesetz vorbereitenden und später für dessen Durchführung verantwortlichen Regierungsapparates zwecks Überzeugung der Gesamtheit und einzelnen Mitglieder der über die Vorlage Entscheidungsbefugnis ausübenden Körperschaft der Staatsgewalt; (b) im Zusammenhang mit dem Volksvertretungscharakter der Staatsgewaltsorgane spricht sie auch gleichzeitig zur Gesamtheit der Gesellschaft als dem späteren Adressaten der unterbreiteten Gesetzesvorlage, gegenüber der sie die Aufgabe hat, die Möglichkeit der auf Überzeugung gründenden freiwilligen Gesetzbefolgung Grundlage zu schaffen; (c) notwendigerweise muß sie auch zu den späteren Anwendern des Gesetzes, zu den für dessen Vollstreckung verantwortlichen Funktionalen der Verwaltung und der Justizpflege sprechen; (d) und spricht sie auch zu sich selbst, indem sie sich selbst auffordert sich selbst Rechenschaft zu erstatten, das heißt, die in der Regelung verkörperte Rationalität neu zu durchdenken.

5. Es ist evident, daß die verschiedenen Adressaten bezüglich der Begründung bei weitem nicht dieselben Ansprüche erheben. Einerseits beanspruchen alle Adressaten eine die in Normenstrukturen realisierte Regelung in ihrer vollen Tiefe und in allen Zusammenhängen aufdeckende komplexe gesellschaftlich-politische und rechtliche Begründung, sie werden aber davon in verschiedenem Ausmaß und verschiedener Tiefe Gebrauch machen. Damit sie diesem komplexen Anspruch entsprechen kann, scheint es auch in der ungarischen Praxis optimale Lösung zu sein, daß die ministerielle Begründung traditionsmäßig in zwei Teile gegliedert ist, nämlich in einen allgemeinen Teil und einen

kategorisch detaillierten *besonderen Teil*, und zwar so, daß in der Darlegung des Hintergrunds, der Beweggründe, der äußeren und inneren Zusammenhänge der gesellschaftlich-politische und der rechtliche Moment immer in *einer aufeinander bezogenen Einheit* aufscheint, wobei es selbstverständlich ist, daß im allgemeinen Teil die gesellschaftliche politische Seite, im besonderen Teil die rechtliche Seite Betonung bekommt.

Die Darlegung der gesellschaftlich-politischen Zusammenhänge kann prinzipiell nur im Interesse der Begründung der fraglichen Regelung geschehen: — aus unserer ersten These folgend ist eine Rechtfertigung dessen, daß die ministerielle Begründung neue Normenstrukturen, oder Normenstrukturen mit modifizierter Bedeutung enthält, kaum möglich. Durch die Erschließung der in den sozialistischen Ländern, den allgemeinen rechtspolitischen Überlegungen entsprechend¹⁷, in Normenstrukturen „aufgehobenen“ echten gesellschaftlichen usw. Zusammenhänge läßt die ministerielle Begründung die Normenstrukturen in ihrer inneren Rationalität sehen. *Sie kann aber keine Ergänzung, kein Ersatz der Regelung, oder — falls die Regelung über etwas zielbewußt schweigt — kein Inspirator irgendeiner offiziellen oder halboffiziellen Lösungsart oder Lösungsform sein*¹⁸.

6. Schließlich muß — im Interesse der Betonung das nicht Rechtsquellen-, sondern Gesetzesmaterialiencharakter (*travaux préparatoires, legislative materials*) der ministeriellen Begründung — auch jenen rechtspolitischen Erfordernis Bedeutung beigemessen werden, daß *sie von der offiziellen Veröffentlichung der in Rede stehenden Rechtsquelle getrennt veröffentlicht werden soll* (in den sekundären Publikationsformen, usw.). Dies sehen wir an einer Reihe von Beispielen in den westeuropäischen Ländern, und dies ist der Fall — mit Ausnahme Rumäniens — auch in der Praxis der sozialistischen Länder.

III. Die ministerielle Begründung und ihr Wert in der Auslegung der Rechtsnormen

In Schweden, wo die Repräsentanten der Rechtspflege in der Ausarbeitung der Gesetzvorlagen eine entscheidende Rolle spielen, trifft sich die Wirkung der Gerichte auf dem Gesetzgeber notwendigerweise mit der Rückwirkung desselben auf die Gerichte. Es entsteht die Situation, daß nicht nur die Gesetzvorlagen, sondern auch deren Vorbereitungsmaterial, die *Begründung der Vorlagen, mit Rücksicht auf ihre künftige Rechtsanwendungstätigkeit herausgeformt werden*. Auf diese Weise können die Vorbereitungskommissionen „für natürlich erachten,

¹⁷ Vgl. Imre Szabó, A jogszabályok értelmezése (Die Auslegung der Rechtsnormen), Budapest 1960, S. 219, Fn. 84; Jon Deleanu, Preambulul si exunerea de motive — ca precedes ale tehnicii legislative, Studia Universitatis Babes-Bolyai: Iurisprudentia, XXI (1976), S. 17, Fn. 20 - 21.

¹⁸ Varga, The Preamble, S. 126.

daß es in ihrer Macht steht auch die Mitglieder der Gerichte anzusprechen“¹⁹, was die Art der Zusammenstellung der in Rede stehenden Dokumente im vorhinein schon beeinflusst, werden diese doch „im vollen Bewußtsein dessen verfertigt, daß die Gerichte und Juristen diese Dokumente zwecks Anwendung derselben studieren werden“²⁰.

Nun ist für uns im Moment folgendes Problem von Interesse: die ministeriellen Begründungen — einerlei ob sie unter Beachtung der späteren Berücksichtigung seitens der Gerichte, oder bloß an den Gesetzgeber adressiert abgefaßt werden — werden in mit der Rechtsanwendung zusammenhängenden Zweifelsfällen die Aufmerksamkeit der Rechtsanwender früher oder später zwangsläufig erwecken, die zur Lösung ihrer Probleme irgendeinen Leitfaden haben möchten.

Bezüglich der durch rechtliche Objektivationen getragenen oder sich auf diese beziehenden Informationen kann einerseits zwischen Informationen mit *normativer* und mit *nicht normativer Kraft*, andererseits solchen mit *Norminhalt* und mit *wertendem Inhalt* unterschieden werden. Nun ist aber (a) der typische Inhalt der Rechtsnormentexte die *normative Norminformation*, da sie aus mit Normativität ausgestatteten Normenstrukturen besteht; (b) der typische Text der Einleitungen der Rechtsnormen (Präambeln) ist hingegen die *normativ wertende Information*, da sie aus Nicht-Normenstrukturen besteht, die aber normativ sind; (c) die *nicht-normative Normformation* ist der typische Inhalt der rechtsdogmatischen Texte, da sie Träger von nicht-normativen Normenstrukturen ist; und zum Abschluß (d) *nicht-normativ wertende Information* ist der typische Inhalt der ministeriellen Begründungen, da sie nicht aus Normenstrukturen bestehen, und auch nicht normativ sind²¹.

Schon durch diese Einstufung selbst liegt die Folgerung an der Hand, daß die *ministerielle Begründung weder ihrer Form noch ihrem Inhalt nach geeignet ist als aktiver Faktor in der Beeinflussung der Gesellschaft durch das Instrument des Rechts mitzuwirken*. Diese Folgerung, so kategorisch, erweist sich doch nicht standhaltig.

Jener, keine Normenstrukturen tragende über keine Normativität verfügende Inhalt, der der ministeriellen Begründung typischerweise eigen ist, kann in der Wirklichkeit den *praktischen* Verlauf der Rechtsanwendung *vielfach und wirksam beeinflussen*. Die Ansichten von Marx, Engels und Gramsci über die menschliche Praxis als grundlegende Kategorie des gesellschaftlichen Seins durchdenkend war es Lukács, der zur Folgerung gelangte, daß die Praxis eine grundlegende, mit den Kennzeichen der Seinhaftigkeit ausgestattete gesellschaftsontologische Bedeutung hat. Die Praxis und die durch sie zustandegebrachten künstlichen menschlichen Konstruktionen und Objektiva-

¹⁹ Folke Schmidt, *Construction of Statutes*, in: *Scandinavian Studies in Law*, I. Bd., Stockholm 1957, S. 169.

²⁰ Stig Strömholm, *Legislative Material and Construction of Statutes*, in: *Scandinavian Studies in Law*, X. Bd., Stockholm 1966, S. 192.

109

²¹ Varga, *The Preamble*, S. 110 ff.

tionsformen sind gesellschaftsontologische Kategorien, die in der gesellschaftlichen Dialektik ihrer jeweiligen seinhaftigen Funktionierung und nicht aufgrund ihrer erkenntnistheoretischen Richtigkeit, Adäquatheit usw. zu beurteilen sind. Die gesellschaftliche Praxis und ihre Objektivationsformen bilden einen Komplex, dessen entsprechende Funktionierung letzten Endes auf der erkenntnistheoretisch adäquaten Erkenntnis der Wirklichkeit gründet, — als gesellschaftliche Kategorie ist aber das übergewichtige Moment nicht der erkenntnistheoretischen, sondern der ontischen Züge entscheidend²².

Wie bekannt muß das Recht, als eine zwischen anderen Seinkomplexen vermittelnde Kategorie, im Interesse der Wirksamkeit der Vermittlung von den anderen Komplexen getrennt werden und über eine verhältnismäßige Autonomie und selbständige Bewegungssphäre verfügen. Dies hat eine erkenntnistheoretische Entstellung zur Folge, da doch das, was das Recht widerspiegelt, nicht unmittelbar und nicht theoretisch gespiegelt wird, sondern geleitet durch praktisch-zielmäßigen Überlegungen, durchfiltert durch seine instrumenthaften inneren Gegebenheiten, Bedürfnisse und Möglichkeiten. Es mag diese Form erkenntnistheoretisch entstellt anmuten, wenn aber sie die zwischen dem Rechtskomplex und den durch ihn vermittelten Komplexen bzw. die zwischen diesen und dem gesellschaftlichen Gesamtkomplex bestehenden wechselseitig bestimmenden Vorgänge (innerhalb deren der gesellschaftliche Gesamtvorgang letztbestimmend ist) befriedigt, dann ist sie funktionell.

Das Recht ist eine grundlegend praktische Kategorie — nicht nur in seiner von den gesellschaftlichen Verhältnissen trennenden Objektivation, sondern auch in seiner diese auf die gesellschaftlichen Verhältnisse rückprojizierenden Realisation. Der grundlegende innere Widerspruch des Rechts ist, daß es in seiner Objektivationsform (im Interesse der Lieferung eines objektiv und formell unanfechtbaren Wertmessers zur Ermessung der gesellschaftlichen Verhalten) formelle Standardisiertheit, das heißt eine fixe, geschriebene, formell statische Ausdrucksform anstrebt, die wird aber (im Interesse der dem jeweiligen gesellschaftlichen Geradesosein entsprechenden Funktionierung) durch die Praxis manipuliert. Die Rechtsrealisierungsvorgänge sind vorweg doppelt determiniert: sie werden einerseits durch die geschichtlich normativ kategorisierten Normenstrukturen, andererseits durch die im Zuge der jeweiligen Realisierung dieser Normenstrukturen aktuell wirkenden unmittelbaren gesellschaftlichen Faktoren beeinflusst²³.

Prinzipiell kann also gesagt werden: es gibt ausschließlich nur manipuliertes Recht. Das Recht kann nur dann eine mit sich selbst identische

²² Lukács, II. Bd., 2. Kap., S. 135 ff.

²³ Weitere Zusammenhänge siehe: Csaba Varga, Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques, Archives de Philosophie du Droit, XVIII (1973), S. 224 ff., und ders., On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning, Logique et Analyse, 61 - 62 (1973), S. 21 ff.

vermittelnde Kategorie bleiben, wenn es in seiner Ausübung in seinem zur seinhaftigen Funktionierung notwendigen Maß in einer dementsprechenden Art laufend manipuliert wird. Trotz seiner relativen Identität mit sich selbst ist das Recht — aus einer entsprechenden Entfernung betrachtet — ein sich fortdauernd bewegendes Kontinuum, innerhalb dessen das Maß und die Art seiner inneren Bewegung, seiner Manipuliertheit von den wechselseitigen Verhältnissen des Rechtskomplexes mit den durch ihn vermittelten sonstigen Komplexen abhängig ist, in denen der letzte Bestimmungsfaktor der gesellschaftliche Gesamtvorgang ist.

Das Recht wird also im Interesse seiner seinhaftigen Funktionierung praktisch manipuliert, wobei das Maß und die Art, die Richtung und der Inhalt dieser Manipulierung von geschichtlich konkret bestimmten politischen, rechtlichen usw. Bedingungen abhängt. Nichtsdestoweniger ist das Recht eine die formelle Rationalität anstrebende Struktur, deshalb wird der Anspruch geschichtlich geltend, daß auch seine *praktische Manipulation* — soweit es möglich ist — *formell rationalisiert wird*. Nun, das ist der Punkt, wo die *Rolle der ministeriellen Begründung* in den Vordergrund tritt. Es ist wahr, daß es sich hier nicht um einen normativen Text, auch nicht um einen Text mit Normeninhalt handelt, es ist aber dennoch ein Text, der *mit der gesetzlichen Regelung verbunden ist*, und, dank seiner offiziellen Herkunft, irgendwie auch *offiziell gefärbt ist*. Anbetracht ihrer inhaltlichen Zusammengehörigkeit besitzt sie große Chancen die Quelle der manipulierenden Auslegung zu sein.

Bezüglich der gesellschaftlichen Bedingtheit dieser Erscheinung ist die im Laufe des XIX. und XX. Jahrhunderts eingetretene Wendung äußerst aufschlußreich. Dank der Adäquatheit der rechtlichen Einrichtung der Bürgerschaft entsprach dem Kapitalismus der freien Konkurrenz des XIX. Jahrhunderts eine geschichtliche, das Recht bei seiner Entstehung in gegebenem Zustand versteifende Auslegung, die als theoretische Basis die Harmonie mit dem geschichtlichen Willen des Gesetzgebers verkündende *Willenstheorie* akzeptierte und sich deshalb im Zuge der Auslegung dem Vorbereitungsmaterial (so auch der ministeriellen Begründung) gerne zuwandte. Als dies aber den Bedürfnissen der monopolistischen Umstellung nicht mehr entsprach und die Wege einer Auflockerung gesucht wurden, war die Erforschung der jeweiligen wirtschaftlichen usw. *Interessen* jene theoretische Stütze, die zur *leidenschaftlichen Abweisung der Vorbereitungsmateriale führte*. Im Gegensatz zu ihren Vorgängern glorifizierten sie also die geschichtlichen Quellen nicht, sondern wiesen darauf hin, daß die Festlegung des Sinns einer Gesetzstelle aufgrund der Begründung ein Mißbrauch ist²⁴; daß dies so weit getrieben wurde, daß bereits als angenommen galt was das Parlament im Laufe der Debatte über den Gesetzantrag nicht beanstandet hatte²⁵; ja es war gerade der erste Präsident des *Cour de Cassation*,

²⁴ Ferdinand Regelsberger, Pandekten, I. Bd., Leipzig 1893, S. 150 - 151.

der an der Jahrhundertfeier des *Code civil* erklärte: „Die Aufgabe des Richters ist nicht hartnäckig zu forschen, was der Gedanke des Verfassers des Kodexes vor hundert Jahren gewesen ist. Er muß sich viel mehr darum bemühen, was es sein würde, wenn er den Artikel heute hätte abfassen müssen“²⁶.

Die Bestrebung sich von den geschichtlichen Bindungen des Rechts loszumachen setzt also die Befreiungsabsicht von den übermäßig gewordenen Mißbräuchen in der Verwendung der ministeriellen Begründung bei der Auslegung der Gesetze voraus. „Letzten Endes würde — klingt die *mea culpa* — die Auslegung der Gesetze an Gewißheit und Ansehen gewinnen, wenn sie von den Vorbereitungsmaterialien unabhängig gemacht werden könnte“²⁷.

Nun, eben zu dessen Verwirklichung wurde im englischen Recht ein Versuch unternommen. Zwar spricht die die Prinzipien der Gesetzauslegung festlegende Entscheidung aus dem XVI. Jahrhundert²⁸ noch von einem durch das *common law* nicht remedierten Problem und von der richtigen Inachtnahme der seitens des Parlaments diesbezüglich erlassenen Lösung, die Rechtsentwicklung des XIX. Jahrhunderts verschließt sich aber steif davor und nimmt derweise Stellung, daß die „Parlamentsdebatten“ und die „Referate der Kommissionen“ vor dem Gericht „unannehmbar und als Beweise bezüglich der Absicht des Gesetzgebers völlig wertlos sind“²⁹. Das Verbot ist derart kategorisch, daß es dem Richter sogar zugesprochen wird zu erklären, die fragliche Lösung konnte nicht die Absicht der Gesetzgebung gewesen sein, — obwohl aus dem zur Verfügung stehenden Vorbereitungsmaterial eindeutig hervorging, daß der Gesetzgeber eben daran gedacht hatte³⁰;

Trotzdem werden die Vorbereitungsmaterialie latent verwendet, was in der Rechtsanwendungsideologie selbst Unaufrichtigkeiten verursacht. Darauf spielt Lord MacMillans Äußerung ab: „zumindest können diese nicht vor dem Gericht angerufen werden“³¹.

Laut eines allgemeinen Prinzips des englischen Rechts muß *jedes geschriebene Dokument aufgrund seines Wortlauts ausgelegt werden*³².

²⁵ Joseph Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd., Berlin 1904, S. 130 - 131.

²⁶ Ballott-Beauprès, Behauptung zitiert von Henri Capitant, Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois, in: Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Paris o. J., S. 206.

²⁷ Capitant, S. 214.

²⁸ Heydon's Case (1584), 3 Co. Rep. 7 a.

²⁹ Craies on Statute Law (1907), 7. Aufl., hrsg. S. G. G. Edgar, London 1971, S. 129. Der das am ausgeprägtesten festhaltende Rechtsfall in England war Salked v. Johnson, 2 Exch., S. 256.

³⁰ Murphy v. N. Irel and Transport Board (1937) N. I. Vgl. Julius Stone, The Province and Function of Law, Sydney 1950, S. 200.

³¹ Lord MacMillan, Law and Other Things, 1937, S. 164, zitiert von Stone, S. 200, Fn. 292.

Der entscheidende Beweggrund der gegen die richterliche Verwendung der Vorbereitungsmateriale bestehenden Folie ist in der traditionellen Konkurrenz zwischen den Gerichten und dem Parlament zu suchen. Es handelt sich vermutlich darum, daß sich *das Gericht von dem Gesetzgeber losmacht, damit es, nur auf die Normenstrukturen des Gesetzgebers gestützt, das Gesetz je freier interpretieren kann*³³.

Nun, bezüglich der prinzipiell bestätigten Möglichkeiten in der Rolle der ministeriellen Begründungen und deren Aufhebung in der Praxis beweisen die semantischen Forschungen, daß *die Bedeutung der geschriebenen Texte, von dem Verfasser unabhängig wird; es wird durch die sprachliche Objektivierung getragen*. Die sprachliche Bedeutung ist in erster Linie traditionell und kontextuell bedingt: die sprachlichen Zeichen gewinnen, entsprechend den jeweiligen sprachgebräuchlichen Konventionen, bei ihrer Anwendung ein *traditionelles Bedeutungsfeld*, dem durch den sprachlichen Kontext eingeengt und beschränkt, eine konkrete Bedeutung verliehen wird³⁴. Demzufolge ist es falsch, die Bedeutung eines geschriebenen Textes durch die Absicht des Kodifikators ermitteln zu wollen³⁵. In dem Moment jedoch, als die „traditionelle“ und „kontextuelle“ Definition die Bedeutung nicht entsprechend konkret, eindeutig und klar umschreibt, müssen offensichtlich Aushilfsstützen gesucht werden. Wir müssen auch vor Augen halten, worauf Lukács aufmerksam macht: *die Sprache als vermittelnde Kategorie kann nicht auch durch die stärkste sprachliche Einengung solche Bedeutung haben, die mit dem konkreten Individuellen identisch ist: — die sprachliche Bedeutung verfügt höchstens über eine einreihende Allgemeinheit*³⁶.

Unsere Folgerung ist deshalb zweifach. *Einerseits muß die Bedeutung der Normenstruktur (mit den allgemeinen und professionellen sprachgebräuchlichen Konventionen zusammen) durch die Normenstruktur selbst bestimmt werden*. Die Normativität der durch den Gesetzgeber erlassenen Normenstrukturen bedeutet auch sonst nichts anderes, als daß es von deren Adressaten gerade ein darin enthaltenen Instruktionen entsprechendes, und kein anderes Verhalten fordert. Andererseits aber, *wenn der in den Normenstrukturen enthaltene Ausdruck aus dem Gesichtspunkt der praktischen Anwendung nicht genügend ein-*

³² „Es ist eine Grundregel im englischen Recht, daß die Dokumente entsprechend den Absichten der Parteien, wie das im fraglichen Dokument zum Ausdruck kam, oder wie aus dessen Terminologie gefolgert werden kann, auszulegen sind — und diese Regel bezieht sich sowohl auf die Gesetzgebungsakte, als auch auf jeden beliebigen Vertrag oder Abkommen.“ *Sir Douglas Hogg*, am 25. Oktober 1925, vor dem International Court of Justice. Siehe Publication de la Cour, Séries C, No. 10, 1925.

³³ *Henri Lévy-Ulmann*, Cours de Droit civil comparé, 1930 - 1931, Manuskript, zitiert von *Capitant*, S. 215, Fn. 6.

³⁴ Vgl. *A. H. Gardinger*, Theorie of Speech and Language, 2. Aufl., 1951, S. 35.

³⁵ In der Literatur heißt diese Erscheinung *intentionalist fallacy*. Siehe z. B. *W. K. Wimsatt / M. C. Beardsley*, The Verbal Icon, 1958.

³⁶ *Lukács*, II. Bd., 2. Kap., 2 §., besonders S. 198.

deutig ist, sucht der praktische Rechtsanwender zwecks Wahl zwischen den gegebenen Deutungsmöglichkeiten, auch aus sonstigen Quellen Unterstützung. Sollte er es gegebenenfalls „in dem Willen“ oder „in der Absicht“ des Gesetzgebers entdeckt haben, so ist das eine *verbale* Praxis, birgt aber gleichzeitig einen *realen* Kern. Denn dies ist in den meisten Fällen „fiktiv oder rituell, und verdeckt bloß jene unvermeidlichen schöpferischen Wahlen, die im Falle jedweder Schwierigkeiten der Auslegung getroffen werden müssen“³⁷.

Wenn die Audierung der ministeriellen Begründung nutzvoll ist, so „kann die Absicht prinzipiell von Belang sein, *nicht* aber deshalb, weil es als solche den Richter bindet, oder weil es bei der Feststellung der Bedeutung der Worte Beweiskraft hat, sondern deshalb, weil es des Richters Pflicht ist, jede mögliche Mittel zur Feststellung der genauen Bedeutung des für ihn zweifelhaft anmutenden Wortlautes zu ergreifen“³⁸. In diese — richtige — Lösungsrichtung weist auch die schwedische Literatur hin. Die dort herrschende Lage charakterisierend, faßt sie die Vorbereitungsmaterialie als „sekundäre Rechtsquellen“³⁹, „sekundäre Direktiven“⁴⁰, als die Wahrscheinlichkeit der Billigung seitens des Obersten Gerichts steigernde, eben deshalb beachtenswerte, gebundene Argumente⁴¹ auf. Ihre theoretische Auffassung tritt nicht mit dem Anspruch auf, irgendeine Scheinnormativität zu konstruieren. Der Richter sucht ja bei der Studierung der Vorbereitungsmaterialie auch sonst nicht auf die dogmatische Frage Antwort: „Was ist das Recht?“, sondern möchte, zur Entscheidung gezwungen, nach *weiteren Anhaltspunkten* forschend, die Frage beantworten: „Wo finde ich weitere Direktiven“⁴²?

*Auch im Falle ihrer eventuellen Instituierung wird die ministerielle Begründung durch diese praktische Bedeutung nicht mit Normativität ausgestattet*⁴³. In der Literatur wurde es schon längst geklärt, daß es auch nicht als authentische Auslegung betrachtet werden kann⁴⁴. Daraus folgt es, daß die ministerielle Begründung weder in gesellschaftlich-politischer, noch in juristischer Hinsicht die *Gesetzesauslegung* — *rechtlich versteifen kann*. Sie kann nicht mit dem Anspruch auftreten, eine Auslegung auszuschließen, die, sei es aus ihren Argumenten folgend, sei es wegen ihrer konkreten Bedeutungsfeststellung, eine direkte oder in-

³⁷ Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, London 1964, S. 35.

³⁸ Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, S. 392.

³⁹ Strömholm, S. 211.

⁴⁰ Schmidt, S. 166.

⁴¹ Alexander Peczenik, *The Structure of a Legal System*, RECHTSTHEORIE, VI (1975) 1, S. 8.

⁴² Schmidt, S. 158.

⁴³ In Schweden kommt es trotzdem häufig vor, daß die Festlegung und Umschreibung der gezielten Bedeutung der im Gesetztext angewendeten Begriffe oder die Unterstützung der Grenzfälle mit Beispielen die Vorbereitungsmaterialie enthalten — in der Annahme, daß diese durch die Gerichte später doch in acht genommen werden. Strömholm, S. 200.

⁴⁴ Szabó, S. 217.

direkte Widerlegung dessen wäre, was in der ministeriellen Begründung enthalten ist.

Ihren Auslegungswert betrachtet ist die ministerielle Begründung nichts anderes, als *eine mögliche Quelle* der sogenannten geschichtlichen Methode der *Gesetzesauslegung*, die, *gestützt auf ihren eigenen inhaltlichen Wert*, mehr oder minder *relevant* und *überzeugend* sein mag, — ist aber keinesfalls ein Faktor, der über ein Monopol verfügen würde zur Festlegung der Bedeutung der Gesetze, oder die in der Argumentation zur Festlegung der Bedeutung der Gesetze in acht zu nehmenden sonstigen Gesichtspunkte ausschließen (oder — rechtlich — sich unterstellen) würde.

Es kann selbstredend vorkommen, daß der die Vorbereitung der Gesetze vornehmende Regierungsapparat Anstrengungen macht, die die behördlichen Gesetzesauslegung vollziehenden Verwaltungs- oder Gerichtsbarkeitsorgans zu einem größeren *Konformismus* zu den *geschichtlichen* Beweggründen, Überlegungen und Zielsetzungen der ministeriellen Begründung *zu zwingen*. Die Beurteilung derartiger Vorgänge ist aber prinzipiellen Charakters und übersteigt die Rahmen unserer Abhandlung. Die Beurteilung ihrer konkreten Formen gehört in den Bereich der Rechtspolitik, ihre Beschreibung kann die Aufgabe der den Wirkungsmechanismus der verschiedenen Komponenten innerhalb Organisationsrahmen getroffenen Entscheidungen behandelnden Soziologie bilden.

Moderne Staatlichkeit und modernes formales Recht

Das Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR veranstaltete im Oktober 1981 in Neubrandenburg eine internationale wissenschaftliche Beratung über die Staatsformen des Imperialismus. Die zahlreichen Teilnehmer aus der DDR, der Sowjetunion, aus Polen, der Tschechoslowakei, Ungarn und Bulgarien versuchten — hauptsächlich mit staats-theoretischer und politologischer Annäherung — in kleinerem Teil in allgemeinen theoretischen Abhandlungen, in größerem Teil hingegen durch Fallstudien, welche die Staatsformentwicklung und Entwicklungsproblematik der einzelnen bedeutenden, repräsentativen Staaten überblickten, das Thema zu umreißen. Die Untersuchung und kritische Bewertung der gegenwärtigen bürgerlichen Entwicklung ist natürlich eine unverzügliche Aufgabe für die marxistische Wissenschaftlichkeit. Das gilt auch für die Staatsform; und an der Aktualität der Aufgabe der Erschließung und theoretischen Klärung ändert es auch nichts, daß es sich im Zusammenhang mit der Staatsform in der marxistischen Staatstheorie um eine grundlegende, aber der genauen Bestimmung des Inhalts und Umfangs, und sogar der konzeptionellen Ergreifung nach in der Literatur umstrittene, und in entsprechend beruhigender Tiefe bis heute nicht abgeschlossene Kategorie handelt. Die Tatsache, daß bei dieser Beratung ausschließlich von der Problematik der Entwicklung der gegenwärtigen bürgerlichen Staatsform und nur davon die Rede war, wird durch die Richtung des praktischen Interesses und zahlreiche wissenschaftliche Überlegungen entsprechend erklärt. Es spielt jedoch auch ein scheinbar zu vernachlässigendes, aber in der Organisierung der wissenschaftlichen Untersuchung doch motivierendes Moment eine Rolle, nämlich, daß in den Instituten der Akademie in Berlin und Moskau, die sich mit Fragen des Staates und des Rechts beschäf-

tigen, sich besondere organisatorische Einheiten mit dem sozialistischen Staat, bzw. Recht einerseits, und der Theorie, Analyse der Entwicklungsproblematik des nicht-sozialistischen Staats, bzw. Rechts befassen. Die Arbeitsteilung ist auch für den Fortschritt der wissenschaftlichen Untersuchung ein allgemein bekannter Motor, so kann ein jeder Schritt in dieser Richtung verteidigt werden. Gleichzeitig kann eine solche Untersuchung der Logik der Dinge nach in Richtung und Betonung, sogar Überakzentuierung der sich sowieso absondernden, distinkten, nur für den zur Frage stehenden Forschungsbereich charakteristischen Merkmale, Züge auswirken. Wenn also die gegenseitige Beeinflussung, die Konfrontation mit den Untersuchungsangaben der anderen Bereiche, in diesem Falle der Vergleich mit der nicht-jetztzeitlichen bzw. nicht-bürgerlichen Staatsformentwicklung und Entwicklungsproblematik ausbleibt, geht auch die Stellung der (hervorgehoben eventuell in keiner aufgeworfenen, weil gerade strukturellen oder in einer anderen Gemeinschaft interessanten) Fragen gemeinsamer Affinität verloren. Das gilt für jede wissenschaftliche Untersuchung, auch die gesellschaftswissenschaftliche Analyse kann ihm nicht umgehen. Umso weniger, wenn die Untersuchung einen solchen Begriff zum Gegenstand hat, der in mehrerer Hinsicht auch selbst umstritten ist. Um für die Bestätigung der oben dargestellten Gedanken ein Beispiel zu geben und von Seite der Rechtstheorie etwas zu lösen, hielt ich mein Referat unter dem obigen Titel, das ich im weiteren veröffentlichen möchte.

•

Die Untersuchung der Staatsformen des Imperialismus kann nur im Rahmen eines vielseitigen Untersuchungsprozesses in entsprechender Tiefe zum Erfolg führen. Einerseits setzt sie beruhigende

Ergebnisse in zahlreichen noch streitbaren Fragen der Staatsformlehre voraus, andererseits nimmt sie in der allgemeinen Typologie der staatlichen und rechtlichen Erscheinungen als einer der möglichen, in den theoretischen und praktischen Konsequenzen aktuellen Faktoren Platz. Die vorliegende Erläuterung versucht zur Klärung dieses letzteren beizutragen, mehr mit dem Anspruch auf das Aufwerfen des Problems, als auf seine Lösung. Ihr Ausgangspunkt ist die allgemeine Problematik der Typologie, ihre Schlußfolgerung ist hingegen nur ein Fragezeichen, das bis zur Durchführung von tieferen Untersuchungen in dieser Richtung vermutlich offen bleibt — sowohl im Hinblick auf die mögliche Beurteilung der zu den gegenwärtigen staatlichen und rechtlichen Einrichtungen führenden Entwicklungsphase von einem spezifischen Gesichtspunkt aus, als auch auf die Einschätzung der Entwicklungsperspektive dieser Einrichtungen. Nachdem sie aber den Staat und das Recht in einer historischen Einheit sehen läßt, während sie auch die Eigenartigkeit der instrumentalisierten Seiten derselben veranschaulicht, kann sie durch die Charakterisierung gewisser Momente der Entwicklung als eigenartiger Entwicklungsweg auch zur Analyse und zum Verständnis der Staatsformen des Imperialismus Gesichtspunkte und Beiträge leisten.

1. Die Klassifizierung als logisches und als gesellschaftswissenschaftliches Verfahren

Ähnlich zu den anderen Operationen des Denkens ist auch die Klassifizierung ein scheinbar problemloses, mit klaren Regeln zu kennzeichnendes Verfahren. Soll es jedoch noch so leicht zu sein, über triviale Beispiele den Gang, die Struktur und das Wesen der Klassifizierung auf der Ebene der Logik vorzustellen, um so schwieriger ist es, dies im Kreis der Erscheinungen unerhört komplexen Verbindungssystems, auf eine, die Erkenntnis der Erscheinungen selbst entsprechend ausdrückende und unterstützende Weise, schöpferisch anzuwenden.

Die gesellschaftlichen Erscheinungen sind von Anfang an sehr zusammengesetzt — wir möchten nur daran erinnern, daß unter den von uns bekannten Formen des Seins gerade das gesellschaftliche Sein die größte Komplexität hat. Sie werden ferner immer komplexer im Laufe des irreversibel fort-

schreitenden (in der Entfaltung der Eigenarten und im direkter — weil vermittelter — Werden der Beziehungen zum Ausdruck kommenden) Prozeß, den Georg Lukács in seiner Ontologie Sozialisierung nennt.¹

Offenbar gilt dies in erhöhten Grade für den Staat und das Recht, als für eine Totalität von Institutionen, die sich in ihrer Bewegung-Funktionierung zu einem bestimmten System organisieren, die nicht nur die sich historisch aufeinander lagernden Traditionen und die hinter diesen Stehenden Ideologien der gesellschaftlichen Objektivationen, der menschlichen Praxis, des fachlichen Wissens umfassen, sondern als institutionalisierte Formen der gesellschaftlichen Macht und der Ausübung der Gewalt gleichzeitig auch umfassenden Charakter und Bedeutung erlangen — als solch Eigenschaft, die im Prozeß der Sozialisierung historisch immer neue Gestalten annimmt, sich in der prinzipiellen Möglichkeit und in den möglichen Auswirkungen immer umfassender entfaltet und irreversibel vorwärts kommt.

2. Typologie der staatlichen und rechtlichen Erscheinungen

Der Fall des Staates und rechtes kann entsprechendes Beispiel dafür liefern, welche kaum aufzulösenden Probleme die Klassifizierung der gesellschaftlichen Gebilde aufwirft.

Wie die marxistische Literatur als grundlegende Erkenntnis betont, sind der Staat und das Recht historisch, funktionell und instrumental gleichfalls verbundene Erscheinungen. Gleichzeitig ist hinsichtlich der wesentlichen Bestimmung sowohl der Staat, als auch das Recht ab ovo ein Gebilde instrumentalisierten Charakters: sie haben den Sinn ihrer Existenz in der Fassung des gesellschaftlichen Komplexes und seiner Bewegung in bestimmten Rahmen, in der Organisation, Beeinflussung und Mobilisierung dieser Rahmen. Diese Instrumentalität erscheint auch in ihrer gegenseitigen Beziehung: ihr funktionelles Aufeinanderangewiesensein schließt nicht aus, sondern setzt gerade die Entfal-

¹ Lukács, Gy.: *A társadalmi léti ontológiájáról* (Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins), I—III. Band. Budapest, Magvető, 1976. Cf. VARGA, Cs.: *Toward a Sociological Concept of Law. An Analysis of Lukács' Ontology. International Journal of the Sociology of Law*, 9 (May 1981) 2. part, 11/f. p. 164.

tung der relativen Selbständigkeit, Eigenart des instrumental-analitischen Voraussetzungen.

Staat und Recht tragen also instrumentale Eigenarten, dabei besitzt jedes außerhalb der funktionellen und instrumental-Verknüpfung eigene charakterisierenden Techniken, Wirkungsweisen, Funktionsformen. Dadurch ergibt sich gleich die Frage, ob sich ihre Einheit und ihre relative Unterschiedlichkeit widerspiegelt, und wenn ja, auf welche Weise und in welchem Maße im Zuge der Schaffung ihrer Typologie?

a) Nun, unter diesen Umständen ist es beachtenswert, daß in der Typologie des Staates und Rechtes die einzige Klassifizierung, die im Hinblick auf die staatliche und rechtliche Erscheinung gemeinsam ist, beide völlig von außen, unabhängig von der eigenartigen instrumental-Einrichtung, von der Grundlage des die jeweilige Totalität verkörpernden gesellschaftlichen Gesamtkomplexes klassifiziert. Dies drückt der Begriff des Staatstypes und des Rechtstypes aus — die fraglichen Erscheinungen jenen gesellschaftlichen Kräften nach typisierend, in derer Hand und entscheidendem Interesse die Ausübung der Macht und Gewalt geschieht. Eine solche Charakterisierung, die auf die im gesellschaftlichen Komplex gespielte gesellschaftlich-politische Rolle konzentriert, ist für die äußere Annäherung wesentlich, für den Staat oder das Recht aber bei weitem nicht spezifisch: sie bringt weder zum Charakter ihrer Beziehung, noch zu ihrem instrumental-analitischen näher.

Die in den Begriffen des Staatstyps und Rechtstyps zum Ausdruck kommende Typologie ist konsequent und ausreichend insofern, als sie eine, die historische Einheit des Staates und Rechtes zur Geltung bringende Parallele zeigt, und der übernommenen Aufgabe, der von der Grundlage des gesellschaftlichen Komplexes geschehenden Charakterisierung beide einheitlich, dem gleichen Gesichtspunkt nach entsprechen. Die Typologie aber, die dazu berufen ist, die von außen erfolgende Charakterisierung.

b) Durch eine Charakterisierung von innen abzulösen, ist durch die Aufhebung in hegelschen Sinne der Ergebnisse der Typisierung allgemein gesellschaftswissenschaftlicher Relevanz, das Suchen nun mehr nach solchen, zur Klassifizierung geeigneten Merkmalen, die für die Staats- und Rechtswissenschaft spezifisch relevante instrumen-

tal-eigenarten aufweisen,² bereits in mehrerer Hinsicht problematisch. Die in den Kategorien der Staatsform und der Familie des Rechts zum Ausdruck kommende Typologie zeigt einerseits keinerlei Parallele, und trennt dadurch die historische Einheit des Staates und Rechtes, andererseits verwirklicht sie keine auf gleicher oder koordinierter Grundlage geschehende Klassifizierung, und daher sind die zwei, voneinander sozusagen völlig unabhängigen Typologien nicht dazu geeignet, einander aufeinander projiziert zu ergänzen.

Diese Bemerkungen tragen natürlich bei weitem nicht zwangsmäßig eine kritische Schärfe. Was die erste Bemerkung anbelangt, umfaßt die Umkehrung der äußeren Annäherung in innere auch das Moment der aufhebenden Bewahrung, und die Konzentrierung auf die instrumental (wir könnten auch sagen: technologischen) Belange der gesellschaftlich-politischen Funktionserfüllung kann auf diesem Niveau der Analyse die äußeren Entsprechungen usw. Vorübergehend offensichtlich in Klammern setzen. Was jedoch die zweite Bemerkung anbelangt, kann die Untersuchung vom instrumental-technologischen Gesichtspunkt aus wirklich zu solchen Typologien führen, die in ihrer theoretischen Entfaltung, Begründung und Anwendung voneinander in großem Maße unabhängig sind. Es handelt sich um einen natürlich verfechtbaren Standpunkt, aber seine Aufrechterhaltung müßte zum prinzipiellen Durchdenken seiner Konsequenzen anzuregen — nämlich zum Abzug jener Konsequenz, daß die historische Einheit des Staates und Rechtes nur eine Abstraktion, d. h. Produkt einer theoretischen Verallgemeinerung sei, dessen Konkretisierung in entsprechenden Tiefe nur inhistorische Perspektive eventuell in Kreis umfangreicher, auch mehrere gesellschaftlich-wirtschaftliche Formationen überspannender Entwicklungsphasen geschehen kann.

Die Kategorie der Staatsform und der Familie des Rechts ist insofern doch einheitlich, daß die beiden — auf ihre Art — auf die instrumental-technologischen Eigenarten des Staates bzw. des Rechtes konzentrieren, und all dies auf eine Weise erfassen, daß sie die institutionelle Erscheinung und tatsächliche

² Zum rechtstheoretischen Nutzen der Schlüsselbegriffe „außerhalb des Rechtes“ und „innerhalb des Rechtes“ s. EÖRSI, Gy.: Jogelméleti torzó (Rechtstheoretischer Torso), *Állam- és Jogtudomány*, 3/1980

che praktische Tätigkeit des Staates bzw. des Rechts gleichermaßen umfassen.

Darüber hinaus zeigen sich zwischen ihnen bedeutende Unterschiede. Bei dieser Gelegenheit möchte ich nur auf einen — vielleicht entscheidenden — Unterschied hinweisen. Nämlich, wie die marxistische Literatur allgemein angenommen betont, umfaßt die Kategorie der Staatsform die (instrumental-technologischen) Eigenartigkeiten innerhalb eines gegebenen Staatstyps, die keinen abweichenden Staatstypen angehören, von ihnen geerbt werden können. Und noch mehr, die gegebene Staatsform ist auch innerhalb des entsprechenden Staatstyps nicht unbedingt kontinuierlich: die Veränderung des politischen Regimes kann sogar leicht zum brutal schnellen Wechsel der Staatsform führen. Demgegenüber bildet die Vererbung der traditionellen Momente den entscheidenden Inhalt der Kategorie der Familie des Rechts. Die sich in der Ideologie, im Ausbildungssystem, in der Kultur, in der professionellen-fachlichen Erbe und den Arbeitsmethoden, den zu erreichenden Vorbildern des juristischen Berufes, usw. verkörpernden (instrumental-technologischen) Züge zeigen sowohl im Kreis der gleichen, als auch der abweichenden Staatstypen Kontinuität; die auf dem Gebiet der Politik, oder sogar im Kreis des Staats- und Rechtstyps eintretenden Veränderungen bringen nicht unbedingt den Wechsel der Familie des Rechts mit sich.³

Diese Probleme verweisen zumindest darauf, daß die bisher erarbeitete doppelte Ideologie zur umfassenden, vollständigen, auch miteinander zusammenhängenden Charakterisierung der verschiedenen staatlichen und rechtlichen Einrichtungen keine befriedigende Grundlage sichert. Es ist fraglich, ob

in dieser Situation die typologische Anwendung und Weiterentwicklung der begrifflichen Trennung, deren Grundlagen unter anderen gerade Marx und Engels gesetzt haben, einen neuen Aspekt, oder zumindest einen, den Entwicklungsweg erläutern- den neuen Beitrag bilden kann.

3. Der moderne Staat und das moderne formale Recht: Frage der Zusammenhänge und Entwicklungsalternativen

Auch Marx und Engels haben in der Entwicklung des Staates und Rechts die, den Gang der Entwicklung entscheidend von der technologischen Seite der Einrichtung, des Aufbaus und der Funktionierung des Staates und Rechts betreffende Veränderung wahrgenommen, die in Europa zur Zeit der Entstehung der absoluten Monarchie erfolgte. Vom Gesichtspunkt ihrer eigenen Untersuchung aus war vor allem die Registrierung der sozusagen einen vollständigen Wechsel bedeutende Veränderung im Hinblick auf die Struktur, Methoden, persönliche und institutionelle Sphäre und Ausdehnung der staatlichen Organisation vorrangig interessant.⁴ Aber bei der Betrachtung ihrer gesellschaftlichen Auswirkungen oder im Fall des Auftauchens der juristischen Problematik haben sie nicht versäumt, all dies mit den im Recht vor sich gegangenen ähnlichen und parallelen Veränderungen in einer Einheit unter die Lupe zu stellen.⁵

Die Entstehung der *modernen Staatlichkeit* und des *modernen formalen Rechts* und die Erkenntnis deren zusammengesetzten Verknüpfung, Folgen- und Wirkungssystems hat die Gesamtheit des gesellschaftswissenschaftlichen Denkens unserer Zeit geprägt: die Geschichtsanschauung von Max Weber, und als deren organisatorische Sphäre, die in den Mittelpunkt-Stellung des Gedanken der Rationalität, wurde zu großem Teil dadurch inspiriert und gestaltet,⁶ infolgedessen ist es auch nicht bewundernswert, wenn man Verständnis und zur Rekonstruktion des institutionellen Hintergrundes

³ Z. B. MARX, K.: *Aus der Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*. In: MEW I. Berlin, Dietz, 1957. p. 234.

⁴ Z. B. Brief von Friedrich Engels an K. Schmidt (London, d. 27. Oktober 1890). In: MEW 37. Berlin, Dietz, 1974. S. 491.

⁵ Cf.: BENDIX, R.: *Max Weber — An Intellectual Portrait*. London, Methuen, 1966. Kap. XI—XIV.

der Geschichte der Letzten Jahrhunderte nunmehr auch die Staatswissenschaft oder die Geschichtswissenschaft als Schlüsselbegriff zur Erscheinung greift, die moderner Staat genannt wird.⁷ Dafür, um welche instrumental-technologischen Formationen, staatlich-rechtliche Einrichtung von den aufklärten Absolutismen bis zu den Gesellschaften auf dem Wege des Sozialismus es sich handelt, und welchen weiten Weg die Erkenntnis der Präsenz, des Zusammenhanges, der Notwendigkeit derselben in der Geschichte des Marxismus zurückgelegt hat, kann vielleicht die philosophische Entwicklung von Lukács ein gutes Beispiel liefern.⁸ Wir denken nämlich an den Weg, den er von der Diskussion mit dem Weberschen Begriff und der Anwendung der formalen Rationalität, diese im wesentlichen leugnend, von den unter dem Titel „Geschichte und Klassenbewußtsein“ veröffentlichten Studien innerhalb eines halben Jahrhunderts bis zur Ontologie getan hat, heute als posthumus Botschaft auch seinerseits feststellen, daß das moderne formale Recht mit ontologischer Seinhaftigkeit das notwendige Korrelat, Äquivalent des modernen formalen Rechts ist.⁹

Der begriffliche Inhalt der modernen Staatlichkeit und des modernen formalen Rechts setzt sich aus zahlreichen Bestandteilen zusammen. Unter diesen heben wir nur einige, ihr ihrer historischen Tendenz am meisten allgemeinen, beide gemeinsam durchdringenden und bestimmenden Prinzipien hervor. Nun, gemeinsamer Kern ist (1) die bürokratische Organisation, die auf der Arbeit professionell ausgebildeter und karrieremäßig beschäftigter Fachleute beruht. (2) Der Inhalt und die Formen werden gleichermaßen durch das System bestimmter und gesetzter formaler Regeln und Verfahren verschanzt. Es ergibt sich vom institutionellen Aufbau der Organisation und von der Mobili-

sierung nach formellen Mustern, daß (3) das Ergebnis, das amtliche Benehmen letzten Endes und vor allem in Konfliktsituation zugespitzt durch ein Verhalten charakterisiert wird, das eher auf den Regeln-Konformismus, als auf die Zielverwirklichung orientiert ist, (4) in der Sphäre einer solchen Anschauung, Arbeitsmethode, die Gesamtheit der Ausübung des Berufes durchdringenden Ideologie, in der ein auf die Art und Weise des Verfahrens konzentrierende formelle Denken und Zielverwirklichung kraftvoller zur Geltung kommt, als die Erzielung eines in jedem Augenblick und in jeder Hinsicht auch meritorisch motivierten und justifizierten Ergebnisses.

Der Begriff der modernen Staatlichkeit und des modernen formalen Rechts wird dadurch zur typologischen Kategorie, daß es sich in ihrem Falle — wie wir gesehen haben — um kein Ergebnis ohne Voraussetzungen handelt; beide sind relativ sehr späte Produkte der universellen Staats- und Rechtsentwicklung. Seine Aktualität kann er hingegen der Tatsache verdanken, daß es in den letzten Jahrzehnten immer häufigere und entschiedenere Zeichen dafür gibt, daß die mit diesem Namen bezeichnete Möglichkeit der staatlichen und rechtlichen Einrichtung auf dem heutigen Niveau der gesellschaftlichen Reproduktion und Sozialisierung bereits problematisch ist, sie ist am Endpunkt ihrer Entwicklung angelangt, und daß der Anspruch auf die Beseitigung der hervorstehenden Distinktionen immer eindeutiger in eine Richtung weist, die die Überwindung der Gesamtheit der Einrichtung, die Eröffnung einer neuen Alternative voraussetzt.

Was die allgemeine Bewertung der bisherigen Ergebnisse und der Richtung der Rechtsentwicklung anbelangt, wurden warnende Worte bereits vor anderthalb Jahrzehnten gegen jene falsche Aktualisierung formuliert, derzufolge das kontinentale Recht seinen nur logisch anzuwendenden allgemein-abstrakten Regelsystem-Charakter von der klassischen römischen Rechtauffassung ableite. Dieser Charakter ist gerade Produkt der zum modernen formalen Recht führenden neuzeitlichen europäischen Entwicklung. Was das griechisch-römische Ideal charakterisiert hat, war eben die Anknüpfung des Rechts einem gegebenen Inhalt: die Auffassung als gerechtfällweise konkrete Lösung.¹⁰

⁷ Z. B. MACIVER, R. M.: *The Modern State*, London, Oxford University Press, 1964, oder STRAYER, JOSEPH R.: *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, University Press, 1970.

⁸ Vgl. VARGA, Cs.: *Lukács's „History and Class Consciousness“ and its Dramatized Conception of Law — A Contribution to the Development of Marxist Legal Thinking*, Basel, 1979. IVR World Congress Paper No. 994.

⁹ Vgl. VARGA, Cs.: *Rationality and the Objectification of Law*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, LVI (1979) 4 und VARGA, Cs.: *The Concept of Law in Lukács's Ontology*, Rechtslehre, 10 (1979) 3. besonders die Punkte 4—10.

¹⁰ VILLEY, M.: *Histoire de la logique juridique*, *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse*, XV (1967) 1.

Was nun den Entwurf der neuen institutionellen Lösung, der neuen Einrichtung für die Abschaffung der wahrgenommenen Disfunktionen betrifft, werden seit zwei Jahrzehnten verschiedene Vorschläge formuliert. Es gibt einen solchen, der ins angelsächsische Recht ein Rechtsfertungsverfahren auf zwei Ebenen einleiten will — bei der Entscheidung des Rechtsanwenders eine solche Begründung also, die sich einerseits auf die Entsprechung einer im voraus gesetzten Regel, andererseits auf die konkrete gesellschaftliche Nützlichkeit der fraglichen Regel stützen würde, die gerade auf den fraglichen Beschluß bezogen wurde.¹¹ Und es gibt einen solchen, der das Modell des Adjudikative mit dem als erwünschter betrachteten Modell der offenen Diskussion auf dem Boden des skandinavischen Rechts konfrontiert. In diesem letzteren würde die optimale Variante der Entscheidung zuerst auf Grund gewisser offener, die gesellschaftlich-wirtschaftlichen Fakten und die absehbare Reaktion der Öffentlichkeit widerspiegelnden Argumentes erarbeitet, dann würde die endgültige Entscheidung im Vergleich dieser Variante mit dem gültigen Recht, der Tatsachen der Jurisprudenz, den Gesetzesmaterialien usw. entstehen.¹² Es kann leicht erkannt werden, daß der wesentliche Kern in beiden Vorschlägen gerade die Überwindung der als modernes formales Recht bekannten Konstruktion ist. Die mit par excellence juristischen Mitteln vor sich gehende, also den Charakter eines formalen Verfahrens annehmende Bestätigung wird nunmehr in beiden an sich selbst unzulänglich: in dem einen wird sie durch Justifikation der konkreten gesellschaftlichen Notwendigkeit der konkreten Entscheidung ergänzt, in dem anderen kann es überhaupt zur rechtlichen Justifikation kommen, wenn die vorgeschlagene Entscheidung in offener Diskussion, im Laufe einer konkreten gesellschaftlich-wirtschaftlichen Argumentation schon gerechtfertigt wurde.

Der typologische Charakter wird noch auffällender, als die moderne Staatlichkeit und das moderne formale Recht Gegenstand einer vergleichenden

entwicklungshistorischen Analyse wird, und als bestehend, aber überwunden verurteilt wird. Ein Beispiel dafür ist die Untersuchung die die Entwicklungsalternativen des Rechts überprüfend in der Reihe der möglichen Institutionalisierungen des Rechts zwischen dem Wohnheitsrecht, dem bürokratischen regulierenden Recht und die Rechtsordnung schaffenden Recht einen Unterschied macht.¹³ Und so ist die Analyse, die bereits mit dem Zweck, die zur Gegenwart führenden Wege vom Gesichtspunkt der Möglichkeiten der Überwindung aus zu bewerten, auch ausgesprochen die Umreibung einer eigenen Typologie angestrebt, wobei sie in der Staats- und Rechtsentwicklung solche Zeichen sucht, die von Seite des Mittelsarsenals des Aufbaus und der Betätigung her die einzelnen Gruppen der staatlichen und der juristischen Einrichtung entsprechend umreißen. Die aus den Bestandteilen der prebürokratischen Organisation (repressives Recht), der bürokratischen Organisation (autonomes Recht) und der postbürokratischen Organisation (verantwortliches Recht) bestehende Typologie¹⁴ läßt nicht nur große Übereinstimmung zwischen den Idealen, der Technik, usw. der mit Hilfe des Staates und des Rechts vor sich gehenden Gesellschaftsorganisation erblicken, aber liefert gleichzeitig eine solche Entwicklungstypologie, deren mittleres Glied im wesentlichen Charakteristika der als bestehend bezeichneten modernen Staatlichkeit und des modernen formalen Rechts trägt, und deren drittes Glied jene Charakterzüge aufweist, die die Verfasser etwa als Idealtyp des zu Erreichenden vorstellen.¹⁵

Nun, all dies, was wir im vorhinein darstellten, gewinnt dadurch gesteigerte Aktualität und auch im Hinblick auf die Einrichtung völlig neuen Inhalts des Sozialismus der Überlegung wert Bezüge dadurch, daß ähnliche Fragen als Problem der staatlichen und rechtlichen Organisationstechnik auch auf dem Boden des Sozialismus aufgeworfen werden. Die reiche Reihe der Teilfeststellungen der

¹¹ UNGER, R. M.: *Law in Modern Society — Toward a Criticism of Social Theory*. New York, The Free Press, 1977. Kap. II.

¹² NONET, P. und SELZNICK, Ph.: *Law and Society in Transition — Toward Responsive Law*. New York etc., Harper and Row, 1978.

¹³ S. ausführlicher: VARGA, Cs.: *Átalakulóban a jog? (Ist das Recht in Übergang?) Állam- és Jogtudomány*, 4/1980.

¹¹ WASSERSTROM, R. A.: *The Judicial Decision — Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford, University Press, 1961. Kap. 7.

¹² BOLDING, P. O.: *Reliance on Authorities or Open Debate? Two Models of Legal Argumentation*. Scandinavian Studies in Law 13 (1969).

politologischen Literatur und die Ergebnisse auf den Foren der Telekommunikation durchgeführten Diskussionen jetzt außer acht lassend möchte ich nur auf eine einzige maßgebende Konsequenz hinweisen — auf die, die bei der gemeinsamen wissenschaftlichen Sitzung der gesellschaftswissenschaftlichen Abteilungen der Ungarischen Akademie der Wissenschaften bei der Generalversammlung im Jahre 1980 formuliert wurde. Wie bekannt, wurde die strukturelle Umgestaltung der ungarischen Wirtschaft durch den 12. Parteitag der Ungarischen Sozialistischen Arbeiterpartei auf den Rang der nationalen Handlung erhoben. Daraus ergab sich der der ungarischen Wissenschaft würdige Auftrag, zur Vorbereitung des Wechsels durch die Zusammenfassung der Lehren der vergangenen Entwicklung beizutragen. Als eine der hervorgehobenen Feststellung der Sitzung wurde formuliert, daß das für die moderne Staatlichkeit und das moderne formale Recht charakteristische regelorientierte Verhalten im Laufe der vergangenen Zeiten stufenweise zum Verhaltensmuster der gesellschaftlichen Kräfte (Bewegungen, Institutionen, Organisationen, usw.) wurde, die für die Lenkung der gesellschaftlichen Gesamtbewegung (auch die Gesamtheit des staatlichen und Rechtsleben inbegriffen) verantwortlich sind. Die eigenartigen formalen Zeichen der spezifisch rechtlichen Tätigkeit erlangten also auch die Funktionierung der verschiedenen gesellschaftlichen Organisationen umfassende Verallgemeinerung, anstatt sie ausschließlich als Spezi-

fika ihres eigenen Gebietes zur Geltung gekommen wären. Diese Entwicklung mit umgekehrten Wirkungssystem zeitigte offensichtlich auch Disfunktionen — in einer solchen gesellschaftlich-wirtschaftlichen Situation, als es in mehrerer Hinsicht nunmehr fraglich ist, ob die Geltung dieser Zeichen auf ihrem eigenen Gebiet noch erwünscht wäre.¹⁶

Was die Typologie der staatlichen und rechtlichen Einrichtungen anbelangt, bleibt auf diese Weise die Frage offen, ob wir auf diese oder ähnliche Weise zur Klassifizierung, die den Staat und das Recht einheitlich, von Seite des Arsenal und der Technik der Organisation her charakterisiert, näher kommen können. Und was den Ausweg aus den nunmehr auch Disfunktionalität zeigenden Definitionen des mit der modernen Staatlichkeit verbundenen modernen formalen Rechts betrifft, kann offenbar nur die dialektische Überwindung, die das Moment der vernichtenden Bewahrung enthält, das Ziel sein. Das heißt den Wiederaufbau und die Betätigung des Rechts in einem solchen System, das hinsichtlich jedes rechtlichen Beschlusses die Konkretisierung der eine Rolle spielenden Interessen und der Verantwortung für die Entscheidung und dadurch die Erfüllung mit Inhalt des Begriffes und der Erfordernungen des Gesetzmäßigkeit mit der jeweiligen konkreten gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Bedeutung bietet.

Cs. Varga

LEIBNIZ UND DIE FRAGE DER RECHTLICHEN SYSTEMBILDUNG

Csaba Varga (Budapest)

1. Aktualität von Leibniz

Von dem nach dem Tod von Gottfried Wilhelm Leibniz der Menschheit zugefallenen Erbe fordern zahlreiche Wissenschaften ihren Anteil, und zahlreiche Wissenschaften zählen Leibniz zu ihren großen Meistern, ja sogar zu den Pionieren der Vergangenheit. Die Beurteilung des Lebenswerkes von Leibniz, seine Aktualität und sein Wert, bietet aber auch innerhalb der einzelnen Phasen seiner Tätigkeit historisch betrachtet ein mannigfaltiges Bild. Unter Bezugnahme auf einen sich mit Shakespeares Aktualität befassenden englischen Studienband¹ könnten die Änderungen in dieser Beurteilung im Lauf der Zeit eine Forschung berechtigt erscheinen lassen, die sich mit dem Thema „Leibniz in der wechselnden Welt“ befaßt.

Die allgemeinen Gründe des geschichtlichen Rollenwechsels in einem theoretischen oder praktischen Lebenswerk sind – insbesondere in der marxistischen Wissenschaft – wohl bekannt. Bei Leibniz gibt es aber einen besonderen Umstand, eine sich in ihrer reinen Form nur in theoretischen Lebenswerken ergebende Möglichkeit, die die Gründe des Rollenwechsels in unterschiedlichem Licht erscheinen läßt: jenen Umstand nämlich, daß Leibniz ein Denker mit Januskopf gewesen ist. „Seine besten Gedanken“, schreibt von ihm einer seiner späten Würdiger², „waren nicht solche, die ihm Popularität hätten einbringen können, und diese überlieferte er ohne Publikation seinem Schreibtisch. Was er publiziert hatte, diente der Er kämpfung der Billigung der Fürsten und der Fürstinnen. Daraus folgt, daß es zwei philosophische Systeme gibt, die als Vertreter des Leibnizschen Gedankens aufgefaßt werden können . . .“ Das eine System wurde uns also ausgearbeitet überliefert, in zeitgenössischen Publikationen – das andere (ursprünglichere, in mancher Hinsicht wertvollere) ist in zerfallenen, unsystematischen Manuskripten erhalten geblieben, was auch Hegel, einen seiner Zeitgenossen zitierend, zu der maliziösen Bemerkung veranlaßte, daß es sich um nichts anderes handelt als um „desultorische Bearbeitung der Philosophie in Briefen“.³ Ein bedeutender Teil der rechtlichen Ideen von Leibniz ist der Nachwelt in letzterer Form überliefert, was einen bestimmten Rollenwechsel schon vorwegnimmt, da diese doch nur durch ausdauernde Forschungsarbeit und eine kritische Textausgabe der Wissenschaft zugänglich gemacht werden konnten. Daß sich aber das Interesse erneut zuwandte, und zwar besonders unter dem Gesichtspunkt unseres Themas (der Problematik der rechtlichen Systembildung und im besonderen des logischen Aufbaus des Rechtes), ist einer autonomen Richtung der wissenschaftlichen Entwicklung der Gegenwart zu danken. Die akut gewordene

1 A. Kettle (Hrsg.), *Shakespeare in a changing world*, London 1964.

2 „His best thought was not such as would win him popularity, and he left his records of it unpublished in his desk. What he published was designed to win the approbation of princes and princesses. The consequence is that there are two systems of philosophy which may be regarded as representing Leibniz.“ In: B. Russell, *History of Western Philosophy*, 2nd ed., London 1961, S. 563.

3 J. G. Buhle, *Geschichte der neueren Philosophie*, Bd. IV, S. 131, in: G. W. F. Hegel, *Sämtl. Werke*, Bd. III, Stuttgart 1959, S. 453.

Aktualität eines Problems machte ihn, als dessen klassischen Abfasser, selbst aktuell.

Um den erwähnten Rollenwechsel zu demonstrieren, kann die Feststellung interessant sein, daß die früheren Bearbeitungen⁴ die rechtlich-logischen Lehren des Lebenswerkes von Leibniz völlig außer Acht ließen. Der Grundton einer anlässlich seines 200. Todestages erschienen umfassenden rechtsphilosophischen Abhandlung wurde sogar von einer solchen Behauptung bestimmt, deren Gegenteil zu beweisen – zumindest im Rahmen unseres Themas – weiter unter versucht werden soll. Es wurde nämlich hier dargelegt: „Leibniz ist der einzige unter den großen Philosophen, der in erster Linie ein Jurist gewesen ist und sein philosophisches System als Jurist aufbaute . . . Er ist vielleicht der einzige große Rechtsphilosoph, der die Rechtswissenschaft als Ausgangspunkt und gleichzeitig als Bindeglied sämtlicher Wissenschaften betrachtet . . . Diese juristische Grundauffassung Leibniz's, sowie der Umstand, daß er ein praktischer Politiker und Berufsdiplomate gewesen ist . . ., ist eine Erklärung für seine praktische Auffassung, die . . . für seine ganze wissenschaftliche Tätigkeit kennzeichnend ist. Als Rechtsphilosoph und wissenschaftlicher Politiker sondert sich Leibniz von den naturrechtlichen und vernunftrechtlichen Verfassern eben durch seinen rechten praktischen Sinn ab.“⁵ Wie aber neben dem relativen Zurücktreten der Ergebnisse seiner metaphysischen, theologischen und sonstigen Tätigkeit über die mathematischen Elemente seines Lebenswerkes hinaus vor allem seine logischen Gedanken in den Vordergrund traten und als Wegbereiter der modernen Mathematik immer größere Anerkennung fanden⁶, so ist auch die naturrechtliche Determiniertheit und Konzeption seiner juristischen Arbeiten nur als ein Kapitel der Geschichte der Rechtsphilosophie interessant. Aktuell und von wahrhaft elementarer Kraft ist aber der früher mitunter vernachlässigte methodische Zug seines Werkes, nämlich der Anspruch auf die grundlegend logische Betrachtung des Rechts – der Anspruch auf die deduktive Systembildung.

Gemeinsame Wurzel all dessen die mit verschiedenen interdisziplinären Ansätzen verbundene methodische Annäherung der Wissenschaften und ihre immer größer werdende Exaktheit zu sein; hierher gehört auch die mathematische Logik sowie die Herausbildung der allgemeinen Wissenschaftstheorie und Methodik – und damit gemeinsam ein immer stärkerer Anspruch auf den formalisierten Ausdruck der Wissenschaften (was eigenartigerweise in unserem Jahrhundert auch im Bereich der Rechtswissenschaften Einzug hielt). Die Parallelität zwischen den in diesem Jahrhundert sichtbar gewordenen Bestrebungen zur Axiomatisierung, zum formallogischen Ausdruck des Rechts und der Rechtswissenschaften einerseits sowie dem Leibnizschen Ideen-Bereich andererseits wurde übrigens zum ersten Mal von dem bekannten französischen Rechtsphilosophen Villey konstatiert, indem er „die im XVII. Jahrhundert, vor allem in Deutschland bekannte Klasse der *Mathematiker-*

4 Z. B. R. Werner, *A bölcsészeti jogtudomány történelme* (Die Geschichte der philosophischen Rechtswissenschaft), Budapest 1875, S. 70; auch *Aperçues*, wie W. Sauer, *System der Rechts- und Sozialphilosophie*, 2. Aufl., Basel 1949, S. 314–318; G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, Paris 1953, S. 93 f.; A. Verdross, *Abendländische Rechtsphilosophie*, Wien 1958, S. 129–132.

5 F. Finkey, *Leibniz jogbölcsészeti és politikai eszméi* (Leibniz's rechtsphilosophische und politische Ideen), in: *Leibniz halálának kétszázadik évfordulója alkalmából*, Budapest 1917, S. 152 f.

6 Siehe beides: Russell, a. a. O., S. 576.

Juristen“ vorstellte, „deren Hauptambition die Rekonstruktion der Gesamtheit der Rechtswissenschaft mit mathematischen Methoden gewesen ist“⁷; diese Bewertung kam dann später auch in anderen Werken vor.⁸

2. Der Gedanke der universalen mathematischen Methode

Der karthesianische Rationalismus – diese weitreichende, die Interessen des liberalen Bürgertums ausdrückende Philosophie des XVII. Jahrhunderts – wollte das begriffliche Denken auf neue Grundlagen stellen und hob zum Zweck der Ordnung, der Rigorosität der Beweisführungen und der Sicherheit der Ergebnisse die Mathematik auf ein Piedestal, betrachtete die mathematisch-geometrischen Darlegungen als den Höhepunkt der Methoden, als eine Annäherungsmöglichkeit, die geeignet ist, dem Denken ideale Klarheit und unerschütterliche Sicherheit zu verleihen. Der Grundgedanke erwies sich nicht nur als fruchtbar, sondern gleichzeitig als äußerst befruchtend. Neben Descartes – und zum Teil gleichzeitig mit ihm – gab es zahlreiche Denker, die, sich von der Erfahrung in nicht geringem Maße losmachend und mit der Mathematik verschmolzen, von einer universalen mathematischen Idee träumten und in ihren enzyklopädischen Werken versuchten, diese zu verwirklichen. Erwähnt werden sollen die Werke von: Alsted, *Panacea philosophica* (1610); Lobkowitz, *Rationalis et realis philosophia* (1642); Hobbes, *Leviathan* (1651); Sturm, *Universalis Euclidea* (1651); Weigel, *Analysis Aristotelica ex Euclide restituta* (1658) und Spinoza, *Ethica ordine geometrico demonstrata* (1677).⁹

In diesem Kreis setzte sich Leibniz zum Ziel, eine universale Sprache zu schaffen und im Interesse dessen (etwa als Vorarbeit) ein universales Charakteristikum und eine Enzyklopädie zu entwickeln. Diese Werke sollten einheitlich *more geometrico* aufgebaut werden. Bereits an der elementaren Stufe seiner Forschungen, im Laufe der Entwicklung der Grundlagen der Kombinatorik, entdeckte er nämlich, daß durch die Kombination der Grundbegriffe alles möglich ist – d.h. das wahre Urteil ausgedrückt werden kann. Davon ausgehend konzipierte er dann die *Logik der Erfindung* – das heißt die Konstruktion von *Urteilsapparaten*, durch die die Abfassung sämtlicher überhaupt möglichen Urteile mechanisiert und die Arbeit der Erfindung (Findung?) sozusagen dem Apparat übertragen wird. Diese Aufgabe kam nämlich nach Auffassung von Leibniz der Bestimmung sämtlicher möglichen (d.h. zum wahren Urteil führenden) Prädikate zum gegebenen Subjekt und sämtlicher möglichen (d.h. zum wahren Urteil führenden) Subjekte zum gegebenen Prädikat gleich.¹⁰

Die Idee der universalen Sprache ist nun auf dem Gedanken der Kombinatorik begründet. Diese Sprache hätte sämtliche Verbindungen sämtlicher existierenden Begriffe, ihr Verhältnis zu anderen Begriffen und deren Verbindungen in sich gefaßt und formal ausgedrückt. Eine Vorbedingung dafür wäre natürlich die Ausarbei-

7 „Le XVII^{ème} a connu, surtout en Allemagne, une classe des *mathématiciens-juristes*, dont l'ambition fut de reconstruire l'ensemble de la science du droit sur le mode mathématique.“ In: M. Villey, *Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit*, in: *Etudes de logique juridique*, Bd. II, Bruxelles 1967, S. 7.

8 W. Röb, *Geometrischer Geist und Naturrecht*, München 1970, Kap. IV.

9 Vgl. G. Grua, *Jurisprudence universelle et Theodicée selon Leibniz*, Paris 1953, S. 25 f.

10 Die philosophischen Schriften von G. W. Leibniz, Bd. IV, Berlin 1875–1890, S. 61, in: P. Dienes, *Leibniz logikai és matematikai eszméi* (Leibniz's logische und mathematische Ideen), Leibniz halálának kétszázadik évfordulója alkalmából, S. 113 f.

tung des gesamten Inventars sowohl der Begriffe wie auch der Kenntnisse. Die Analyse der Begriffe und ihre Zerlegung in Komponenten mit Hilfe von Definitionen erfordert nämlich eine umfassende Analyse der Kenntnisse selbst, ihre Reduktion auf einfache und evidente Prinzipien im Zuge einer Beweisführung. Die rationalistische Idee von der universalen Sprache hatte die Behebung sämtlicher, die Begriffe und die sich in Urteilen offenbarenden Verbindungen der Begriffe berührenden Mehrdeutigkeiten und Zweifel, den Ersatz der natürlichen Sprache durch eine künstliche zum Ziel. Dabei wäre diese Sprache eine symbolische gewesen – aber nicht nur und auch nicht primär wegen ihres formalen Charakters, sondern vor allem deshalb, weil sie das echte logische Bild ihrer Elemente bildenden Begriffe, ihren im System der Begriffe eingenommenen Platz und ihre Verbindungen gespiegelt und diese eindeutig und leicht überblickbar auszudrücken vermocht hätte. Und da die Gesamtheit des Werkes in einem von der Mathematik geliehenen logischen System aufgebaut worden wäre, hätte es zum formalisierten Ausdruck der Begriffsverhältnisse der Ausarbeitung eines *Calculus ratiocinatoris* bedurft, der den elementaren Kombinationen der mathematischen Zeichen – der Addition und der Multiplikation – entsprechende elementare Begriffskombinationen beinhaltet hätte und dadurch die rein mechanische Zusammenstellung sämtlicher möglichen Begriffskopulationen im voraus (bestimmten Regeln gemäß) hätte sichern können.¹¹

Die *Characteristica universalis* strebt demnach zur logischen Kettenbildung sämtlicher Begriffe – die *Encyclopaedia* aber zur Erschließung der systematisierten Begriffe; das heißt, durch die Definierung von zahlenmäßig wenigen Grundbegriffen und durch die Reduzierung der Begriffe auf diese hätten sie ähnlich einer geometrischen Demonstration entfaltet werden sollen. Eine derart umfassende, sämtliche möglichen Zusammenhänge erschließende Zusammenfassung mit einheitlicher Methode weist in sich schon auf eine einheitliche Betrachtung der Wissenschaften hin. Und tatsächlich (beim Entwurf der *Scientia generalis*) gelangte Leibniz zu der Erkenntnis, daß das mathematische Denken letzten Endes nichts anderes sei als eine durch eine bestimmte Kombination von Zeichen durchgeführte Formelbildung, um dann (durch Umstellung der Formeln) in eine andere Formel überzugehen – und zwar durch Substitutionen aufgrund gegebener Regeln. Und diese Denkart zeigt, wie er es darlegte, bei allen Wissenschaften dieselbe Konstruktion. Jede Wissenschaft ist nämlich die Wissenschaft der Verhältnisse (die Aristotelische Logik z. B. der Verhältnisse von Identität und Beinhaltung), wenn auch über die Grundverhältnisse hinaus auch spezifische Verhältnisse den Gegenstand der einzelnen Wissenschaften bilden können, was über den gemeinsamen Algorithmus hinaus selbstverständlich auch spezifische Verfahrensmethoden bedeuten mag.¹²

Dieses mächtige, in seinem Umfang und seiner analytischen Tiefe gleichermaßen überwältigende System, das als alle inneren Zusammenhänge und Verhältnisse ausdrücklicher einheitlicher logischer Rahmen des kompletten Vorrats an Begriffen und Kenntnissen sämtlicher Wissenschaften gedacht war, hätte gemäß der Vorstellung von Leibniz hervorragenden praktischen Zielen dienen sollen; es hätte ein für allemal die Umstände der Debatten noch vor dem als Abschluß dieser Epoche erhofften Sieg des Rationalismus umgestaltet. „Die Menschen würden darin bei ihrem Debatten einen nahezu unbeirrbaren Schiedsrichter finden“, schrieb er um das Jahr

11 Vgl. Dienes a.a.O., S. 115 f. und 137 f.; L. Couturat, *La logique de Leibniz d'après des documents inédits*, Paris 1901, S. 79 f.

12 Vgl. Dienes, a.a.O., S. 139 f.

1690 dem Prinzen von Hannover.¹³ Und später äußerte er, in seinem festen Glauben an den Endsieg der Vernunft und die Allmächtigkeit des mathematischen Denkens sich Illusionen hingebend, die kaum mehr hätten gesteigert werden können, noch utopischer: „Sollten Kontroversen entstehen, bedürfte es nicht mehr der Diskussion zwischen zwei Philosophen, sondern bloß zweier Kalkulatoren. Es würde hinreichen, wenn sie mit dem Griffek in der Hand sich zur Schiefertafel setzen und (wenn es ihnen beliebt, einen Freund als Zeugen herbeigezogen) einander sagen würden: Nun, lasset uns rechnen!“¹⁴

Dieser grandiose Plan beschäftigte Leibniz bis zu seinem Lebensende. Er war der Meinung, daß sein großartiges, unvergängliches, weltgestaltendes Werk dessen Verwirklichung gewesen wäre.¹⁵ Die ähnlich kühne Ziele verfolgenden Unternehmungen des Zeitalters des Rationalismus (und innerhalb dessen der Ehrgeiz von Leibniz) sind für den Rationalismus sehr charakteristisch. Da gibt es, wie wir sahen, schon einen Punkt, wo der stolze bürgerliche Glaube an die Macht der Vernunft und an die Universalität und Verlässlichkeit der mathematischen Darlegung in die Illusion der Endlichkeit der menschlichen Erkenntnis und des menschlichen Wissens und damit der Endlichkeit der Wissenschaften überhaupt umschlägt. In einem derartigen Traumbild von wissenschaftlicher Entwicklung kann aber die Mechanisierung der Erfindung und die Beschränkung von Diskussionen auf Berechnungen (mit anderen Worten: das Ideal der Vergegenwärtigung der Wissenschaften durch universal anwendbare Formeln, etwa als verbale Mathematik) nur als tautologische Behauptung, als ein immanentes Ergebnis existieren. Im Fall des Urteilsapparates muß der Zusammenstellung der zum wahren Urteil führenden Kombinationen der Subjekte und Prädikate die Programmierung des Apparats, vor allem die Ausmerzung der nicht möglichen (also Fehlurteile ergebenden) Kombinationen vorangehen. Und der nach der Methode des *Calculus* zu führenden Diskussion muß die Schaffung einer einheitlichen Sprache — d.h. die Zusammenfassung der Gesamtheit des menschlichen Wissens — vorangehen. Auf diese Weise sind aber Vorbedingungen für die Lösung des Problems gestellt, die in verdeckter Form die Aufhebung des Problems selbst (seine Umwandlung in ein Scheinproblem) in sich bergen. Eine Bedingung jedoch, die die Konsequenz von vornherein in sich trägt — d.h. eine Folgerung analytisch gestaltet, die keine neue Feststellung enthält —, kann gewiß nicht als reell gelten.

13 „Les hommes trouveroient par là un juge des controverses veritablement infallible.“ Die philosophischen Schriften . . . a.a.O., Bd. VII, S. 26.

14 „Quo facto, quando orientur controversiae, non magis disputatione opus erit inter duos philosophos, quam inter duos Computistas. Sufficiet enim, calamos in manus sumere, sedereque ad abacos, et sibi mutuo (accito si placet amico) dicere: calculemus.“ In: G. W. Leibniz, Die scientia universali seu calculo philosophico, in: God. Guil. Leibnitii Opera philosophica qua extant latina gallica germanica omnia, Berlin 1840, S. 84.

15 Vgl. Couturat, a.a.O., S. 119.

3. Die logische Konzeption der Rechtswissenschaft

Die ersten juristischen Aufsätze von Leibniz hatten merkwürdigerweise schon logischen Charakter, sie stellten Probleme dar, die streng durch das Instrument der Beweisführung gelöst wurden. *Specimen difficultatis in jure* (1664), *Specimen certitudinis seu demonstrationum in jure* (1665), *De casibus perplexis in jure* (1666): in diesen und anderen vor seinem 20. Lebensjahr entstandenen Werken erscheint gleichzeitig auch die Aufhebung der Eigenart des Rechts, die Zuweisung der Rechtswissenschaft an die Sphäre der Logik. In seinem Aufsatz *De arte combinatoria* vergleicht er die Rechtswissenschaft noch mit der Geometrie, weil er die Fälle bei beiden durch Kombination einfacher Elemente löst und die Ordnung der Demonstration zugrundelegt.¹⁶ Vier Jahre später jedoch erklärt er in einem an Conring geschriebenen Brief ausdrücklich, daß die Rechtswissenschaft eine auf moralische Fragen adaptierte Logik sei, so wie z.B. auch eine mathematische, theologische oder gar ärztliche Logik existiere.¹⁷

In seinen darauf folgenden Werken beginnt Leibniz bald, seine programmatischen Thesen zu entwickeln. In seiner 1665 entstandenen bereits erwähnten Arbeit legt er die auf das Recht adaptierte Theorie der hypothetischen Urteile dar, bei deren Theoremen als *Conditio* die Hypothese oder die faktische Bedeutung des Rechts, als *Conditionatum* aber die Rechtsfolge oder das Recht selbst erscheint. In seinem Werk *Nova Methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae* (1667), das unter dem Aspekt des uns beschäftigenden Problems grundlegend ist, versucht er dann die spezifisch rechtliche Adaption der Aristotelischen Logik. In seiner oben erwähnten Arbeit *De casibus perplexis in jure* machte er zwar einen Versuch zur Lösung der bei der Adaption dieser Logik auf die Grenzfälle entstandenen gesetzlichen Konflikte, verkündet aber gegenüber den rechtlichen Methoden eindeutig den Sieg der logischen Mittel. „Die Kunst der Auflösung der Antinomien besteht darin“, schreibt er¹⁸, „daß aufgepaßt werden muß, ob hier ein anderes Subjekt oder Prädikat steht, und wieder ein anderes in dem fraglichen Gesetz oder These, oder diese in beiden identisch sind. Genauso, wie Aristoteles die Identität und die Verschiedenheit erklärt, können auch die Antinomien aufgelöst werden.“ Vier bis fünf Jahre später gelangte er in einer im Manuskript erhalten gebliebenen und später *Definitio justitiae universalis* benannten und publizierten Arbeit so weit, daß er die Entsprechungen zwischen der Logik und den Kategorien, Urteilstypen und Folgeungsformen des Rechts Punkt für Punkt nachweist. In der logischen Abbildung der rechtlichen Beweisführung mögen zahlreiche, späteren Erkenntnissen vorausgehende Thesen eine bedeutsame Rolle gespielt haben, gemäß denen die rechtlichen Qualifikationen logischen Modalitäten entsprechen:

„Justum, licitum		possibile	
Injustum, illicitum	est quicquid	impossibile	est fieri a viro
Aequum, debitum		necessarium	bono.“ ¹⁹
Indifferens		contingens	

16 Sämtliche Schriften und Briefe von G. W. Leibniz, Darmstadt 1930 (Berlin 1971), Reihe VI, Bd. I, S. 189.

17 Die philosophischen Schriften . . . , a.a.O., Bd. I, S. 168.

18 „Ars solvendi antinomias consistit in eo, ut tueamur, aliud subjectum, vel praedicatum esse in hac, aliud in illa lege vel propositione, vel utrumque esse idem. Quibus autem modis probari Aristoteles diversitatem et identitatem passe ostendit, tot modis solvi possunt ostendimus.“ In: Couturat, a.a.O., S. 562.

19 In: ebenda, S. 565 f.

Wenn die Rechtswissenschaft – wie wir vorhin sahen – als ein Zweig der Logik erscheint, haben gewiß auch ihre Gesetzmäßigkeiten an den allgemeinen Gesetzen der Logik teil. Der Gedanke der Ordnung, der einen Grundpfeiler dieser logischen Konzeption bildet, würde von Leibniz auch auf metaphysischer Ebene formuliert. „In den Dingen ist alles vorausbestimmt“, schrieb er 1698 an Malebranche²⁰, „und zwar entweder durch die quasi geometrischen Gründe der Notwendigkeit, oder durch die quasi moralischen Gründe der größten Vollkommenheit.“ Die Determiniertheit setzt im Recht u.a. begriffliche Vollständigkeit, die Vollständigkeit wiederum – übrigens in Einklang mit den liberalen Bestrebungen des im Aufstieg befindlichen Bürgertums – einen garantierten Schutz voraus. Bei der Darlegung der *Elementa juris naturalis* (1671) wies Leibniz auf ein Element der Vollständigkeit und auf deren logische Parallele hin: Die Berechtigung und die Verpflichtung, die zwischen verschiedenen Subjekten wechselseitig und gleichzeitig bestehen, haben bei ein und demselben Subjekt im allgemeinen ergänzenden Charakter und schließen einander aus, wie die Möglichkeit und die Notwendigkeit – und zwar so, daß sich die Rechtswissenschaft mit der Darlegung der rechtmäßigen Handlung begnügen kann, weil alles übrige zwangsläufig sein wird, oder mit der Darlegung der Verpflichtung, weil das übrige als rechtmäßig oder indifferent betrachtet werden wird.²¹ Die Berechtigung und die Verpflichtung sind aber in sich nichts anderes als die beiden Möglichkeiten der positiv gerichteten verpflichtenden oder gestattenden Regelung. Im Zuge des Aufbaus des Systems bedurfte es deshalb zur garantierten Entfaltung der Vollständigkeit auch dessen, daß das, was positiv nicht geregelt ist, aber auch keine verbietende, die rechtliche Unmöglichkeit ausdrückende negative Regelung hat, als rechtlich indifferent anerkannt werde. Denn „alles, was nicht verboten ist, ist gestattet“, und so gesehen gilt jede Handlung als erlaubt – wie diese charakteristisch liberale These 1695 durch Leibniz bei der Exzerpierung von Jean Domat aufgezeichnet wurde, obwohl der A priori - Charakter ihrer Gültigkeit auch heute noch umstritten ist.²²

Das Recht (und seine Wissenschaft), das, im Geiste des Rationalismus vom Anspruch der Determiniertheit, der Vollständigkeit und der Sicherheit getrieben, die Verwirklichung seiner inneren Möglichkeiten und dadurch seine Selbstvollendung anstrebt, kann nach Ansicht von Leibniz zur Schaffung des Universums der möglichen rechtlichen Kenntnisse kein anderes Mittel anwenden als das, welches ihm durch Leibniz in Form des Urteilsapparates zugeteilt wurde. In seinem oben zitierten Werk *De arte combinatoria* faßte Leibniz durch Kombinierung einiger allgemeiner Regeln die Vorausbestimmung und die Regelung unendlich vieler Fälle in ihrer Individualität bereits in ein Programm. In einer anderen Schrift erachtete er die Berechnung der Variationen gegebener Tatbestände und Rechtsfolgen und die Auswahl der gewünschten Kombinationen auf dem Weg der Gesetzgebung als notwendig (ähnlich wie die Römer einzelne Verträge von den vielen möglichen Variationen mit Namen versehen haben). In der mehr dialektischen *Nova Methodus* dehnte er die Variationsberechnung und die Auswahl der nutzbaren Kombinationen auch auf die Interpretation selbst aus.²³ Ein eigenartiger gemeinsamer Zug

20 „Tout est déterminé dans les choses ou par des raisons comme géométriques de la nécessité, ou par des raisons comme morales de la plus grande perfection.“ In: G. Grua, *Jurisprudence universelle* . . . , a.a.O., S. 232.

21 *Sämtliche Schriften* . . . , a.a.O., VI/1, S. 465 ff.

22 G. W. Leibniz, *Textes inédits d'après les manuscrits de la Bibliothèque Provinciale de Hanovre*, Paris 1948: „Ce qui n'est pas défendu est libre“, S. 648, „*Liberum* est quod neque debitum neque illicitum est. Unumquodque praesemittit liberum“ (1677 ?), S. 606, und „Quicquid nulli alteri regulae contrarium est, liberum esto“ (1680 ?), S. 767.

23 Vgl. *Sämtliche Schriften* . . . , a.a.O., VI/1, S. 177 u. 189, 328 u. 338; G. W. Leibniz, *Textes inédits* . . . , a.a.O., S. 791–797.

dieses Verfahrens ist, daß es kein echtes neues Wissen gibt sondern nur solches, das – zumindest als eine Möglichkeit – dem vorangegangenen innewohnt. Nichtsdestoweniger mußte es (wenigstens innerhalb eines gegebenen Bereichs) prinzipiell ein vollständiges und manifestiertes Wissen ergeben.²⁴

Eine solche Konzeption der Rechtswissenschaft, bei der echte Werte mit utopischen Träumen vermennt sind und diese im Gewand logischer Postulate ihren Ausdruck finden, scheint von der Wirklichkeit sehr weit entfernt zu sein. Die Vollendung des Rechts und seiner Wissenschaft erscheint in ihrer Gesamtheit nur als ein rationalistisches Ideal, als ein auch irrationale Tendenzen andeutender Ausdruck des psychisch begründeten Anspruchs bürgerlichen Sicherheitsgefühls. Diese Betrachtungsweise der Rechtswissenschaft ließ gleichzeitig auch Elemente unberücksichtigt, die unsere weiter oben dargelegten Feststellungen bis zu einem gewissen Grad nicht nur einschränken, sondern auch relativieren. Ein Beispiel dafür ist, daß Leibniz der ideellen Vollkommenheit in erster Linie theoretischen Wert zusprach, ohne an den Niederschlag derselben im Mechanismus der alltäglichen Handlung, an deren praktische Konsequenzen gedacht zu haben. Es scheint so, als ob er hinsichtlich der Praxis des täglichen Lebens realistischere Gedanken hegte – hat er doch in seinem als Kritik des „Essays“ von Locke verfaßten Werk „Nouveaux Essais sur l'entendement humain“ die praktischen Irrelevanzen seiner verabsolutisierenden Betrachtungsweise richtig angedeutet. „Da die Moralität“, schrieb er²⁵, „bedeutungsvoller ist als die Mathematik, gab Gott den Menschen Instinkte, die unmittelbar und ohne zu denken einen Teil dessen eingeben, was die Vernunft übrig läßt.“ Das andere Beispiel: das relativ beschränkende Element scheint nichts anderes zu sein als das als unverändert und vollständig aufgefaßte System des Naturrechts. Dessen lückenfüllende Bedeutung wurde nämlich von Leibniz als natürliche Gegebenheit anerkannt. Und wenn auch der Anspruch auf Vollständigkeit objektiv auch die prinzipielle oder praktische Rückstellung des Wirkungsbereiches des Naturrechts hätte zur Folge haben können, rechnete Leibniz in allen seinen Schriften – ja, auch in seiner Privatkorrespondenz – mit seiner Gegebenheit.

24 Auf die Idee der Universalität der mathematischen Methode hinweisend lohnt es sich zu bemerken, daß solche speziellen Verwendungsgebiete der Kombinatorik, die aus dem Gesichtspunkt unseres Problems entscheidend dünken, bei Leibniz bloß partikuläre Anwendung der Universalität dieser Methode sind. Von der undifferenziert einheitlichen Denkart Leibniz's spricht der Umstand, daß „er . . . die Anwendung seiner Kombinatorik auf die Mathematik, Arithmetik und Geometrie, auf die Logik, die Syllogismustheorie und Klassifizierungen, auf die alte, jedoch verjüngte Idee der einheitlichen Sprache, auf die Wissenschaft der Chiffrierung und Dechiffrierung, auf die Herausformung eines embryonalen Planes der Rechenmaschine, auf die Musik, auf die Alchimie der Elemente, auf das Recht, die Rechtswissenschaft und Theologie, auf die Politik (auf die theoretische Auffassung der Regierungsformen), auf die Strategie und schließlich auch noch auf die lateinische Prosodie“ M. Serres, *Un tricentenaire: Problemes du De Arte combinatoria*, in: Akten des internationalen Leibniz-Kongresses (Hannover, 14.–19. November 1966), *Studia Leibnitiana Supplementa* III, Wiesbaden 1969, S. 115.

25 „Cependant comme la Morale est plus importante que l'Arithmétique, Dieu a donné à l'homme des instincts qui portent d'abord et sans raisonnement à quelque chose de ce que la raison ordonne. C'est comme nous marchons suivant les lois de la mécanique sans penser à ces lois . . .“ In: G. W. Leibniz, *Sämtliche Schriften und Briefe*, hrsg. von der Deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Berlin 1962, S. 92.

4. Die geometrische Vision der rechtlichen Systembildung

Der Gedanke der Universalität der mathematischen Methode führte, wie wir sehen, in den verschiedenen Wissenschaften zu einer eigenartigen gemeinsamen Betrachtungsweise. So wurde auch die Rechtswissenschaft der Geometrie ähnlich und formte sich – zumindest nach Ansicht von Leibniz und im Spiegel seiner Zielsetzungen – zu einer angewandten Zweigvariante der Logik um. In dieser Rechtswissenschaft konnte die Untersuchung der Parallelitäten zwischen der Logik und den rechtlichen Kategorien, des logischen Äquivalentes des rechtlichen Vollständigkeitsanspruchs, offensichtlich nur eine propädeutische Rolle spielen. Das Ziel, dem all dies als Mittel diente, konnte nur die Verwirklichung des rationalistischen Ideals, die Herausformung eines in eine axiomatische Ordnung eingegliederten idealen rechtlichen Systems sein.

Die Liebe zum System, die Leibniz als hartnäckige fixe Idee bis zu seinem Lebensende begleitete und schließlich in seinem Oeuvre siegreich wurde²⁶, erschien in einer sonderbaren ideologischen Form. Er projizierte nämlich seine Ideen in den Mythos eines klassischen römischen Rechts zurück, in ein Recht, das – durch einen Autor verfaßt – rationell, unpersönlich und homogen, d.h. Tribonianus und die justinianische Kodifikation noch nicht verdorben gewesen ist.²⁷ In diesem Sinne bewundert er die Werke der antiken Rechtswissenschaftler, die (so behauptet er) fast als „mathematische Demonstrationen gelesen werden können.“²⁸ So schreibt er folgendermaßen: „Wir können kühn auch noch jenes wohlklingende, jedoch wahre Paradox riskieren, daß es keine anderen Autoren gibt, deren Schreibart dem Stil der Geometer mehr ähnlich wäre, als die alten römischen Rechtsgelehrten, deren Bruchstücke in den Pandekten zu finden sind.“²⁹ Wir wissen, daß „der durch die römischen Juristen befolgte Methode kaum eine geschichtlich falschere Deutung werden könnte“³⁰; die Betonung liegt jedoch nicht auf diesem sondern auf jenem Umstand, daß Leibniz zur theoretischen Unterstützung seiner Bestrebungen eine geeignete ideologische Form fand. Wenn nämlich das Recht einmal schon ideal gewesen ist, dann ist die Aufgabe, nämlich die Schaffung des rationalen Rechts, nichts anderes als eine Rekonstruktion des alten. Und dieser ideologische Ausdruck barg in sich – wie die falschen Bewußtseinspiegelungen so oft – wieder einmal einen echten Kern, ein wirkliches Problem. Bekanntlich bedeutete die Rezeption, die Akzeptierung und Aufhebung des römischen Rechts in Deutschland die Übernahme der kodifizierten Form desselben, nämlich des Corpus juris mit all seinen Mängeln, Widersprüchen und Zweideutigkeiten. Unter solchen Umständen hatte auch die von Leibniz geplante Reform „a reform of law books rather than a reform

26 „L'amour du système“ und „L'idée fixe . . . , la manie tenace“. M. Villey, Les fondateurs de l'école du droit naturel moderne au XVII^e siècle: Notes de lecture, in: Archives de Philosophie du Droit, Bd. VI, Paris 1961, S. 100.

27 Vgl. Villey, Les fondateurs . . . , a.a.O., S. 101.

28 Vgl. G. Grua, La justice humaine selon Leibniz, Paris 1965, S. 239.

29 „On peut même avancer hardiment un paradoxe plaisant, mais véritable, qu'il n'y a point d'auteurs dont la manière d'écrire ressemble d'avantage au style des Geometres que celui des jurisconsultes Romains, dont ces fragmens se trouvent dans les Pandectes.“ In: Leibniz Opera philosophica . . . , a.a.O., S. 168.

30 „En tout cas, historiquement on ne pouvait faire pire contresens sur la méthode effective suivie par les juristes de Rome . . . “ In: Villey, Questions de logique juridique . . . , a.a.O., S. 8.

of law“³¹ zum Ziel und war auf die – in einer sittlich-ideologischen Form begründeten – Umformung des rezipierten Rechts gerichtet, das die Rückkehr zu den „für original“ gehaltenen Quellen, „die Trennung der originellen Gesetze von jenen Gesetzen, die bloß Konsequenzen anderer Gesetze oder der natürlichen Vernunft sind“³², zur Folge gehabt hätte.

Die Umrisse der Kodifikationsidee von Leibniz (und deren Nicht-Beendigung und Nicht-Realisierung) tauchen in seinem im letzten Lebensjahr 1716 an Kestner gerichteten Brief auf, in dem es heißt: „Es wäre wünschenswert zuzugeben, daß die Kraft der vorliegenden sehr alten Gesetze nicht dem Recht, sondern der Vernunft entspringt . . . , und daß der neue Kodex, vor allem aus offensichtlicher Billigkeit, kurz, klar, passend und die allgemeine Autorität befriedigend sein soll, um das Recht, das infolge der großen Zahl, der Unklarheiten, Unvollkommenheiten der Gesetze, infolge der einander widersprechenden Entscheidungen und der Nichtanerkennung der Rechtswissenschaftler unsicher geworden ist, in klares Licht stellen zu können.“³³ Dieser Brief kann bis zu einem gewissen Grad jene Ansicht unterstützen, nach der die Kodifikationsbestrebungen von Leibniz vor allem „die bessere Zugänglichkeit zu Justinian's Werk“ zum Ziele hatten³⁴ – besteht doch die eine Wirkung der Axiomatisierung eben in der starken strukturellen Vereinfachung. Etwas Neues scheint es aber vor allem im Optimismus seines Verfassers zu geben; darin nämlich, daß er trotz des ein halbes Jahrhundert andauernden Mißerfolges und der immer mehr ins Auge fallenden Unlösbarkeit auch weiterhin glaubt, daß es möglich sei, einen derartigen Kodex zu schaffen und daß er imstande sein wird, diese Aufgabe noch zu lösen.

Hervorstechendster Zug der Kodifikationsidee von Leibniz ist, daß er sowohl das heimische wie das römische Recht (im Rahmen eines axiomatisch aufgefaßten Systems) auf einige sehr allgemeine Prinzipien reduziert, was – die ideologische Basis betrachtet – mit der in der Praxis jener Epoche allgemein üblichen Reduzierung der gesetzten Rechte auf die Prinzipien des Naturrechts in gewissem Zusammenhang stand (wie er in einem 1670 an Hobbes geschriebenen Brief selbst andeutete).³⁵ Und durch die Reduzierung der Grundprinzipien auf eine geringe Anzahl wären nicht nur die Axiome eines für deduktiv gehaltenen Systems gegeben, sondern es würde gleichzeitig auch die Möglichkeit geschaffen, den von Leibniz so sehr geliebten Urteilsapparat anzuwenden. Die Kombinatorik würde nämlich die Deduktion eines logisch klaren, vollkommenen Systems ermöglichen, die Zusammenstellung einer beliebig großen Zahl der komplizierten Fälle aus den einfachen Fällen.³⁶ Dies

31 H. Maine, *Early Law and Custom*, S. 362, in: W. Jones, *Historical Introduction to the Theory of Law*, Oxford 1956, S. 46.

32 „Pour distinguer les loix originales de celles qui ne sont que des suites d'autres loix ou de la raison naturelle.“ In: G. W. Leibniz, *Textes inédits* . . . , a.a.O., S. 652.

33 „Interea fateor optandum esse, ut veterum legum corpus apud nos habeat vim non legis, sed rationis, et, ut Galli loquuntur, magni Doctoris; et ex illis alisque, patrii etiam juris monumentis, usuque praesenti, sed imprimis ex evidenti aequitate novus quidam codex brevis, clarus, sufficiens, auctoritate publica connectatur: quo jus multitudine, obscuritate, imperfectione legum, varietate tribunalium, disceptationibus peritorum obtenebratum et ad miram incertitudinem redactum, in clara tandem luce collocetur.“ In: Couturat, a.a.O., S. 584.

34 „ . . . de vendre plus accessible à leurs contemporains l'oeuvre de Justinien / J. Vanderlinden, *Le concept de code en Europe occidentale du XIIIe au XIXe siècle*, Bruxelles 1967, S. 33.

35 Vgl. *Die philosophischen Schriften* . . . , a.a.O., Bd. I, S. 83.

36 Vgl. G. Grua, *La justice humaine* . . . , a.a.O., S. 259.

bedeutet aber wieder in Richtung der Möglichkeit von Vollständigkeit – könnte doch das Urteilsapparat-Verfahren sämtliche Variationen liefern, aus denen dann die gesetzgeberische Auswahl der gewünschten Variationen zu erfolgen hätte. So konnte Leibniz in seinem Werk *De legum interpretatione* fordern, daß die Gesetze von vornherein so abgefaßt werden, daß der Richter sie anwenden kann, ohne sie auszulegen, da doch die rationale Sprache (gleich den Faden im Labyrinth) in allen Fällen eine sichere Stütze wäre.³⁷ Er konnte sich aber die Schaffung des seit 1678 geplanten Leopold'schen Kodex nur unter der Voraussetzung seiner Ausschließlichkeit vorstellen.³⁸ Nur das, was dieser Kodex enthält, sollte akzeptiert werden. Dementsprechend hätte jede beliebige Kombination seiner Regeln Gültigkeit gehabt, nicht jedoch die topischen oder ausdehnenden Beweisführungen; ja, die Zweifelsfälle sollten sogar wie einst im justinianischen Recht einer kaiserlichen Entscheidung unterliegen.

Einen effektiven Verlauf der Kodifikation stellte sich Leibniz in der Weise vor, daß das zu kodifizierende Recht – durch Reduzierung der römischen und deutschen Rechtsnormen auf einige allgemeine Regeln und Prinzipien – vorerst auf einigen (höchstens drei) dem Zwölf-Tafel-Gesetz oder gar geographischen Landkarten ähnlichen Rechtstafeln zusammengefaßt werden sollte. Entsprechend der geometrischen Vision von Leibniz würden diese Rechtstafeln die Entscheidung der verschiedensten Fälle unmittelbar – sozusagen aus dem Stehgreif – ermöglichen und in ihrer Gesamtheit eine derartige Einfachheit und Übersicht zur Folge haben wie früher die Bekanntmachungen der Prätores, die die möglichen Handlungen und deren Ausnahmen beschrieben.³⁹

Die in Tafelform verwirklichte logische Reduktion hätte nach Ansicht von Leibniz auch eine logische Rekonstruktion vorausgesetzt, da es doch im Zuge der in logischen Grundelementen komprimierten Zusammenfassung des Rechts seiner Meinung nach notwendig gewesen wäre, die alten, verlorengegangenen und für existent gehaltenen römischen Gesetze als logische Vorbedingung neu abzufassen. Die Herausforderung der Rechtstafeln, des Kerns der Regelungen und der die Komponenten des römischen und des Naturrechts auch gesondert in axiomatische Ordnung gliedernden Elemente sollte gemäß der Vorstellung von Leibniz innerhalb eines Jahres vor sich gehen. Und was besonders interessant ist: Zeugnis seiner geometrischen Vision ist nicht nur die Idee der Tafelform und der Glaube an die Möglichkeit ihrer Verwirklichung, sondern auch jener Umstand, daß er sich die auch ansonsten als euklidisch bezeichneten Elemente tatsächlich als in einer euklidischen Methode aufgebaut dachte.⁴⁰ Nach der Bestimmung der Grundbegriffe und der Regeln der Systembildung wäre der nächste Schritt die Abfassung der Axiome gewesen; dem wäre die Deduktion der als deren deduktive Konsequenz anzusehenden Teilregeln (d.h. der Theoreme) gefolgt – unter Beachtung sämtlicher Anforderungen der demonstrativen Methode. Aus einem 1672 an Ferdinand gerichteten Brief geht übrigens hervor, daß Leibniz auch an die Elemente die Hoffnung knüpfte, sie würden jenes Problem, jeden Fall und jede Debatte so leicht und einfach lösen wie z.B. die

37 In: Mittheilungen aus Leibnizens ungedruckten Schriften, Leipzig 1893, S. 14 f., 73–76, 81.

38 Sämtliche Schriften . . ., a.a.O., I/2, S. 347–351.

39 Ebenda, II/1, S. 50–55.

40 So scheint besonders im Spiegel des im Punkt 1 Behandelten charakteristisch, daß Finkey (a.a.O., S. 165) – dem geometrischen Grundcharakter des Leibniz'schen Denkens keine Aufmerksamkeit widmend – den Titel *Juris naturalis elementa demonstrativa edita* mit dem Wortlaut „Anschauliche Demonstration der Elemente des natürlichen Rechts“ übersetzt hatte.

Analyse ein geometrisches Problem.⁴¹ Ebenfalls hoffte er, diese Arbeiten würden letzten Endes in einem neuen Corpus Iuris – durch Sammlung aller denkbaren Fragen und deren Zusammenfassung in einer demonstrativen Ordnung – in den neuen Pandekten zum Ausdruck kommen, die im Umfang von zwei Foliobänden von dreißig Männern innerhalb dreier Jahre fertiggestellt werden sollten. Auf diese Weise wäre, wie er meinte, die Rechtswissenschaft ein für allemal abgeschlossen, wobei durch systematische Eingliederung von eventuell neu auftauchenden Fällen die Sammlung ständig auf dem laufenden sein könnte.⁴²

Es scheint so, als ob das Lebenswerk von Leibniz das unvermeidliche Scheitern der auf dem geometrischen Modell beruhenden rechtlichen Systembildung von Anfang an in sich trägt. Diese in der Jugendzeit von Leibniz entstandene geometrische Vision ist während seines äußerst fruchtbaren, durch ständige Kontemplation und begeisterten Wiederbeginn gekennzeichneten Lebens bis zum Schluß nur ein Plan, eine nicht einmal in der kleinsten Einzelheit gelöste, erträumte Wirklichkeit geblieben. Obwohl der Traum von Leibniz stark und sein Gedanke fest gewesen ist: an einem (wenn auch winzigen) Punkt sah auch er den verdrehten, der Wirklichkeit widersprechenden Charakter seiner Vorstellung. In seiner Schrift *De legum interpretatione* drückte er sich noch kategorisch aus, als er feststellte, daß das System der Gesetze keine Ausnahmen machen darf⁴³, da – wie er an einer anderen Stelle bemerkt – die romanischen Zitatensammlungen sehr einengen: „... sie überschütten uns durch ihre Ausnahmen mit einer Unzahl der Regeln und sonstiger juristischer Weisheiten ...“⁴⁴. Als er aber die Grundrisse der „Elemente“ entwarf, mußte er sich eingestehen, daß die Methode auf dem Gebiete des Privatrechts von vornherein nicht anwendbar ist: entweder hätte es einer unendlichen Liste der Teilregeln ohne Ausnahme bedurft – was ein unhandliches Monstrum ergeben hätte – oder aber einer Zusammenstellung der tatsächlich allgemeinen Regeln (aber dann einschließlich ihrer Ausnahmen).⁴⁵ Das jedoch wäre, wenn auch nur hinsichtlich einer Teilfrage, nichts anderes gewesen als „ein Zugeständnis jenen Texten, die einem logischen Ideal widersprechen“.⁴⁶

5. Das Scheitern der Leibnizschen Idee und seine Lehre

Bei der Beurteilung der historischen und aktuellen Bedeutung der menschlichen Leistungen muß man offenbar so verfahren, daß man die Aufeinanderprojizierung von Vergangenheit und Gegenwart, ihre Abstimmung aufeinander voraussetzt. Dem entsprechend trifft auch für Leibniz zu, daß „wir den Wert seiner Leistung in unserer veränderlichen Welt am besten dann betonen, wenn wir ihn in seiner eigenen Welt untersuchen und einsehen, daß die beiden Welten, mögen sie sich voneinander

41 Siehe Sämtliche Schriften . . . , a.a.O., VI /1, S. 181.

42 Ebenda, S. 355 f.

43 Mittheilungen . . . , a.a.O., S. 83 f.

44 „... quelques Jurisconsultes de la première race (depuis Iheronimus jusqu' à Jason) le font trop, car ils nous accablent par le grand nombre de Regles ou brocardiques, qu'ils ramassent outre mesure avec leurs exceptions ou fallences jointes aux amplifications, restrictions, distinctions, pour ne rien dire des replications repliquées.“ G. W. Leibniz, in: *Leibniz Opera philosophica* . . . , a.a.O., S. 174.

45 Siehe Mittheilungen . . . , a.a.O., S. 107, 121, 126.

46 „Concessions aux textes rebelles à l'idéal logique.“ In: G. Grua, *La justice humaine* . . . , a.a.O., S. 258.

noch so sehr unterscheiden, gleichzeitig auch eine Einheit bilden“.⁴⁷ Der kartesische Rationalismus verkündete den Sieg des menschlichen Geistes, der Vernunft. Dieser Sieg aber — der Sieg der Mathematik, des Symbols, der Ordnung und der Ordnungsschaffung — brachte durch Vereinfachungen notwendigerweise auch negative Wirkungen mit sich. Der Einfluß des Kartesianismus war überall spürbar, also auch seine negative Wirkung. Es ist kein Zufall, daß ein Zeitgenosse von Leibniz, der in der französischen Rechtsentwicklung eine so bedeutende Rolle spielende Kanzler Daguesseau, sowie der Autor des Code civil, Portalis, sich zur Entspannung mit Mathematik befaßten. In dieser Zeit löste nämlich eine solche Form des Zeitvertriebs die Beschäftigung mit der Literatur als Passion bereits ab.⁴⁸ Im großen und dauerhaften Einfluß des Kartesianismus zogen aber der Anspruch und die Gewöhnung an Klarheit eine gewisse Trägheit des Geistes nach sich — die nicht exzeptionelle Identifizierung des Einfachen mit dem Wahren, die Ablösung der Dialektik durch eine trockene und schematisch analysierende Methode. Diesbezügliche charakteristische Züge deuteten sich schon im Lebenswerk von Leibniz an.⁴⁹

Im allgemeinen kann festgestellt werden, daß der Mathematisierungsanspruch der zeitgenössischen Wissenschaftlichkeit auf einzelnen Gebieten förderlich war, anderen aber geradezu Schranken setzte. Was die rechtlichen Disziplinen betrifft, scheint es, daß eher die negative Seite der Ambivalenz spürbar wurde; hat man doch „auch Fragen mathematisch behandelt, die dazu ungeeignet waren, was gelegentlich sogar lächerliche Erfolge brachte“.⁵⁰ Es ist unbedingt richtig, daß „die Anwendung der neuen Logik durch Leibniz im allgemeinen darauf abgerichtet war, das Gebiet der Rechtswissenschaft auf eine Klassifizierung herabzusetzen“⁵¹; das ist aber nur eine und nicht einmal die bezeichnendste Seite der Deformierung der Rechtswissenschaft. Die Betrachtungsweise von Leibniz zeugt nämlich von einer viel tiefer wirkenden, wesentlichen Änderung — davon nämlich, daß die Rechtswissenschaft selbst in ihrem Grundcharakter eine Umgestaltung erfährt. Sie wendet sich statt dem Wirklichen immer mehr dem Möglichen zu und ruft dadurch eigengesetzliche Normen- und Gedankensysteme ins Leben, die mit den Tatsachen und Erfahrungen nichts mehr zu tun haben: ihre Existenz, der Sinn und die hypothetische Gültigkeit ihres Daseins werden demnach allein (gleichzeitig aber auch ausreichend) durch einen Vorrat verschiedener Definitionen und Axiome, durch eine Reihe von als reine Geschöpfe der Vernunft erscheinenden, streng rationalen Beweisen gerechtfertigt. Und insoweit wird das Recht der Mathematik ähnlich: Was uns diese Wissenschaft über die Natur und über die Verhältnisse der Zahlen lehrt, schließt eine ewige und sich notwendigerweise ergebende Wahrheit in sich; eine Wahrheit, die auch dann unberührt bliebe, wenn unsere empirische Welt völlig vernichtet würde, wenn niemand mehr da wäre, der rechnen und nichts übrigbliebe, das gezählt und berechnet werden kann.⁵² Und wenn bei Pufendorf bereits der Zweifel auftaucht, ob die Grundprinzipien des Naturrechts mitunter auf konkrete Probleme adaptiert werden

47 „The best way to emphasize the value of him in *our* changing world is to see him in *his*, recognizing that the two worlds, though very different, are at the same time a unity.“

A. Kettle, Introduction, in: Shakespeare in a changing world, a.a.O., S. 10.

48 A.-J. Arnaud, Les origines doctrinales du Code Civil français, Paris 1969, S. 123.

49 H. Lefebvre, Descartes, Paris 1947, Schlußfolgerungen. Punkt III.

50 „... even those parts which were not suitable for mathematics tended to be treated mathematically, with somewhat ridiculous results.“ J. D. Bernal, Science in History, 3rd ed., Vol. 2., Harmondsworth 1969, S. 490.

51 „... his use of the new logic had on the whole tended to reduce the scope of legal science to an exercise in classification.“ W. Jones, a.a.O., S. 40.

52 E. Cassirer, La philosophie des lumières (1932), Paris 1970, S. 242.

können, so führt von hier aus ein direkter Weg zu Leibniz, der als Endkonsequenz das Recht völlig von der Realität trennt. Die methodologische Vorbedingung seiner geometrischen Betrachtungsweise und gleichzeitig auch deren Folge kommt in der extremen, auch in ihrer Klarheit übertriebenen, als Konklusion abgefaßten Ansicht zum Ausdruck: „Die Doktorin des Rechts gehört zu den Lehren, die nicht aus der Erfahrung, sondern aus Definitionen stammen, die nicht sinnlich, sondern rationale Beweisführungen sind und von ihnen abhängen, das Recht hat sozusagen nichts mit Tatsachen zu tun.“⁵³

Unter seinen Zeigenossen stand Leibniz mit dieser methodologischen Bestrebung bestimmt nicht allein; er war aber zweifellos der einzige Mathematiker-Jurist, der dieses Streben nicht nur zum Prinzip seiner theoretischen rechtlichen Tätigkeit machte, sondern auch als deren Ziel setzte. Dadurch wird auch leichter verständlich, daß die Schwächen der axiomatischen Behandlung des Rechts – d.h. der geometrischen Auffassung der Rechtswissenschaft und der Fehlschlag ähnlicher absolutisierender Bestrebungen – im Lebenswerk von Leibniz am meisten ins Auge fallen: in einem Lebenswerk, das von enormem Talent und riesigem Fleiß, jedoch nur nie erlahmende, immer neue Anfänge und ständige Zielstrebigkeit kannte, nie aber das Gefühl der Vollendung, der Verwirklichung, des Erfolges.

Der Mißerfolg des Leibnizschen Gedankens kann mithin zum Symbol für jene heute zu bemerkenden Formalisierungsversuche werden, bei denen das Recht zeitweise nur eine aus sprachlichen Zeichen geformte, aus einer beliebigen Menge beliebiger Normen bestehende, in beliebiger Art einsetzbare Variable bildet. Die von dem konkreten Inhalt abstrahierenden, durch beliebige Inhalte ersetzbaren logischen, formellen Verfahren spielen nämlich in den mathematischen Wissenschaften tatsächlich eine führende Rolle. Diese Möglichkeit ist aber keine universale und kann somit auch nicht auf allen Gebieten ungestraft geltend gemacht werden. Auf dem Gebiet des Rechts und seiner Wissenschaft können Verfahren solcher Art – wie es scheint – zur Festlegung der natürlichen Grenzen schöpferischer und gestalterischer Vorgänge des Inhalts, zur Bestimmung von einzelnen seiner Punkte herangezogen werden. Dem kann primär die praktische, garantiert gefärbte Anforderung der Kohärenz und der Widerspruchslosigkeit sowie die formale Abwägung der Möglichkeit einer Einfügung der verschiedenen Punkte verschiedener inhaltlicher Vorgänge in ein System, das Ermessen ihrer Konformität entsprechen.

Leibniz verkündete letztlich den durchschlagenden Erfolg der partikulären Möglichkeit eines Instruments, ließ aber die materielle Abhängigkeit der instrumentalen Erscheinungen, ihre Bedingtheit durch das Objekt ihrer Anwendung fast völlig außer Acht. Und um schließlich noch ein (wenn auch nur annähernd treffendes) Beispiel anzuführen – jedes beliebige Raumgitter bedeckt den Raum restlos. Da es aber jeden Raum gleichartig, in identischer Form bedeckt, ist daraus nichts ersichtlich, was spezifisch in die Richtung eines gegebenen Raums weist. Es scheint so, als ob die Gesamtheit der rechtlichen Erscheinungen genauso durch beliebige Wege und auf beliebige Art begehbar ist. Die Rechtlichkeit kann aber nicht gespiegelt, das Spezifikum nicht angedeutet werden durch etwas, was ins seiner Gesamtheit den Wesenseigenheiten dieser Totalität gegenüber indifferent ist.

53 „Doctrina Iuris ex earum numero est, que non al experimentis, sed definitionibus, nec a sensuum, sed rationis demonstrationibus pendent, et sunt, ut sic dicam, juris non facti.“ In: *Samtliche Schriften* . . . , a.a.O., Reihe VI, Bd. I., S. 60.

Csaba Varga:

Leibniz und die Frage der juristischen System-Gestaltung

Mehrere Zeichen deuten darauf, dass die Aktualität von Leibniz in unseren Tagen gerade durch seine mathematisch-logische Gedanken, Versuche und Bestrebungen begründet wird. Auf dem Gebiete der Rechtswissenschaften wird die Übersicht des Leibniz'schen Oeuvres infolge der wachsenden Rolle der logischen Analysen, sowie des problematischen Charakters der formalistischen und sogar axiomatischen Richtungen im Kreise der logischen Annäherungen aktuell. Leibniz behandelte die Probleme des Rechts und der Rechtswissenschaft als logische Probleme. Während seines ganzen Lebens leitete ihn das Bestreben das Recht in ein axiomatisches System zusammenzufassen. Dieser versuch aber scheiterte. Dies bedeutet auch die Irrealität der geometrischen Vision der juristischen

System-Gestaltung. Die Analyse der Leibniz'schen Vorstellungen kann derart zu methodologisch nützlichen Schlussfolgerungen beitragen.

Csaba Varga
(Budapest)

Der Systemcharakter des Rechts

Thesenhafte Zusammenfassung des Beitrages des Autors zum V. Berliner Rechtstheoretischen Symposium - Originalumfang 31 S.

I.

1. Das Recht ist seiner allgemeinsten Bestimmung nach ein gesellschaftliches Gebilde, dessen primäre Funktion darin besteht, ein Mittel zur Vermittlung zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Komplexen zu sein, ein Gebilde, das zwischen der gesellschaftlichen Zielsetzung und der tatsächlichen gesellschaftlichen Handlung eingefügt ist, beiden relativ verselbständigt gegenübersteht und zwischen ihnen vermittelt und dabei letztlich durch den staatlichen Zwang unterstützt, seine Funktion erfüllt.

Das Recht setzt die gesellschaftlichen Verhältnisse als spezifische Rechtsverhältnisse, wobei es die gesellschaftlichen Verhältnisse durch ihre Umformung selbst beeinflusst. Obwohl das Recht in seiner Unmittelbarkeit keine epistemologisch zu bewertende Kategorie, sondern eine zur Bewegung der gesellschaftlichen Praxis bestimmte Objektivation ist, die auf Erkenntnis beruht, vor allem jedoch durch den praktischen Charakter und die praktische Bedeutung bestimmt ist, kann es seine vermittelnde Funktion offensichtlich erst dann erfüllen, wenn es im ganzen, selbst zum Zweck der praktischen Wirkung manipuliert, die gesellschaftlichen Verhältnisse getreu widerspiegelt.

Um auf die gesellschaftlichen Verhältnisse wirken zu können, vollzieht sich die Widerspiegelung durch das Recht nicht in voneinander isolierten, einzelnen Normstrukturen, sondern in einer Menge von solchen Strukturen, die auch aufeinander bezogen sind, sich miteinander verknüpfen. Die elementare Einheit der rechtlichen Objektivation, die einzelne Normstruktur, ist daher zweifach verbunden, was in ihrem Verhältnis zu den entsprechenden gesellschaftlichen Verhältnissen von der einen, zum Ganzen des Rechtskomplexes von der anderen Seite zum Ausdruck kommt.

Um also ihre Funktion zu erfüllen, muß die Normstruktur nicht

nur auf die gesellschaftlichen Verhältnisse bezogen, sondern auch im Zusammenhang mit der Gesamtheit der Normstrukturen ein adäquater Ausdruck sein.

Die Objektivation des Rechts als einer Menge von Normstrukturen ist also keine einfache quantitative Gesamtheit (sie ist keine unorganische und unorganisierte Menge von isolierten einzelnen Normstrukturen, keine zufällige und eventuelle Koexistenz), sondern sie bildet eine Gesamtheit der gegebenen Quantität der Rechtsobjektivation, die zu einer selbständigen neuen Qualität organisiert wird. Die Elemente dieser Gesamtheit sind die Normstrukturen mit ihren inneren Zusammenhängen, mit ihrer gegenseitigen Bezogenheit, mit ihrer Funktion, die sich auch in den grundlegenden rechtlichen Bewegungsprozessen (in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung) als eine Einheit oder mindestens als Bestandteile mit Einheitscharakter erfüllt. Diese, zur neuen Qualität organisierte Menge der rechtlichen Normstrukturen, ist das Rechtssystem.

2. Das Recht ist vor allem eine praktische Objektivation. Es ist eine vermittelnde Kategorie, um ein die gesellschaftliche Praxis wirksam beeinflussendes, die gesellschaftlichen Verhältnisse als Rechtsverhältnisse gestaltendes, praktisches Mittel zu sein, das in der gedanklichen Planung und Vorwegnahme der gesellschaftlich erwünschten Resultate und der dazu führenden Verhalten, diese Verhalten als selbständig formulierte Ziele beispielhaft der tatsächlichen gesellschaftlichen Handlung gegenüberstellt. Wie wir gesehen haben, stehen die Normstrukturen der rechtlichen Objektivation nicht nur mit den gesellschaftlichen Verhältnissen in Verbindung, sondern sind auch aufeinander bezogen, sind einander bedingt, und zwar derart, daß sie notwendig als ein System von Normstrukturen organisiert werden. Im allgemeinen kann man darum sagen, daß dem jeweiligen System der gesellschaftlichen Verhältnisse ein gegebenes System von Normstrukturen entspricht.

Das Recht kann erst dann seine Funktion erfüllen, wenn es selbst einen von den verschiedenen gesellschaftlichen Komplexen relativ unabhängigen Charakter annimmt. Die rechtliche Objektivation selbst ist ein praktisches, ein wirkliches System, das, genauso wie die in ihm aufgearbeiteten gesellschaftlichen Verhältnisse, in einer ständigen Bewegung und Veränderung begriffen ist. Folglich sind sowohl das System der gesellschaftlichen Verhältnisse als auch die recht-

lichen Normstrukturen, die die gesellschaftlichen Verhältnisse transformiert widerspiegeln, dynamische Systeme.

Bei diesem Punkt geraten wir scheinbar mit unserer früheren Feststellung in Widerspruch. Im Gegensatz zur ständigen Gestaltung und Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse, zum Prozeß ihres steten Übergehens ineinander, umfaßt die Normstruktur das wesentlich Allgemeine dieser Verhältnisse auf eine erstarrende Weise, um durch das (mit normativen Folgen verbundene) Befehlen, Verbieten oder Zulassen eines durch sie ausgewählten Mittelverhaltens zu einem von der gesellschaftlichen Zielsetzung und der tatsächlichen gesellschaftlichen Handlung abgesonderten, fixierten, selbständigen Modell und dadurch zu einem Mittel der praktischen Beeinflussung des gesellschaftlichen Verhaltens zu werden.

Der Dynamik der gesellschaftlichen Verhältnisse gegenüber würde der statische Charakter der Projektion dieser Verhältnisse in eine Normstruktur nur dann wirklich entsprechen, wenn man die Rechtsobjektivierung als einen bloß theoretischen Akt auffassen würde. Aber die scheinbar formelle Starrheit und Fixiertheit der Normstruktur bedeckt in der Tat, sowohl in bezug auf die einzelne Normstruktur als auch auf ihre zum System organisierte Menge einen dynamischen, beweglichen Inhalt. Vor allem deshalb, weil die Rechtsobjektivierung als ein System von fixierten Normstrukturen kein ein für allemal gegebenes, fertiges, abgeschlossenes System, sondern ein Kontinuum ist, das sich im Zustand der ständigen Veränderung befindet. Die verschiedenen - offiziellen und geduldeten - Prozesse der Rechtsbildung bereichern dieses System ständig durch neue Normstrukturen, demzufolge erweitert sich der Umfang des Systems, in einigen Normstrukturen erfolgen Modifikationen, andere Normstrukturen dagegen verlieren ihre rechtliche Qualität. Parallel mit den Prozessen der Rechtsbildung läuft der Prozeß der Rechtsaufhebung, und diese zwei Prozesse in ihrer Gesamtwirkung halten das System der Rechtsobjektivierung, wenn auch langsam, in ständiger Bewegung, so daß es sich nur in einem augenblicklichen Zeitabschnitt mit sich selbst identisch erweisen kann.

Darüber hinaus muß man auch die Tatsache in Betracht ziehen, daß die rechtliche Normstruktur eine praktische Objektivierung ist, die in sprachlicher Form fixiert und zum Ausdruck gebracht wird.

Die praktische Bestimmtheit und die Vermittlung in die sprach-

liche Form ziehen zwei Folgen nach sich. Einerseits kann die sprachliche Bedeutung mit unzweifelhaft exakter Genauigkeit niemals bestimmt werden, da die Sprache - unabhängig von der Allgemeinheit des in sprachlicher Form ausgedrückten Inhalts - von vornherein und immer nur auf der gegebenen Ebene der Allgemeinheit vermitteln, nur einordnend verallgemeinern kann. Andererseits wird die Bedeutung nicht einfach durch die Gesamtheit von einzelnen Bedeutungen der Wörter bestimmt, sondern auch durch die sprachlich-gesellschaftliche Umgebung und Lage, in der die sprachliche Form fixiert oder in der aktuellen Bedeutung interpretiert wird. Das heißt, die Bedeutung der rechtlichen Normstruktur - und demnach auch die eigenartige Seinhaftigkeit des Rechts als einer praktischen Objektivation - ist keine Abstraktheit, keine an sich sich offenbarende und aufdeckende Entität, sondern ein Element des Rechts als eines zusammengesetzten gesellschaftlichen Komplexes, der eine konkrete Bedeutung nur im ganzen, in der inneren Bewegung und Gesamtbestimmung dieses Komplexes gewinnt.

Das Recht ist also ein sich ständig bewegendes, umgestaltendes und veränderndes Kontinuum, weil sich seine praktisch wirkende konkrete Bedeutung nicht aus der Normstruktur abstrakt-isolierbar ergibt; diese hängt vom Ganzen der Bewegung des rechtlichen Gesamtkomplexes ab. Das Recht kann sich jedoch nicht als ein mit sich selbst unbewegt identisches oder formallogisch notwendig gegebenes, ohne Alternativen gesetzmäßiges Gebilde erweisen. Es kann eine außerordentlich hohe Stufe der inneren Organisation und Kohärenz erreichen, aber nicht als axiomatisch angesehen werden.

Der strukturelle Grund dafür besteht darin, daß die Zusammenhänge zwischen den rechtlichen Normstrukturen grundsätzlich nicht formal sind. Es handelt sich um solche, auf gesellschaftlich-teleologischen Bewertungen beruhenden inhaltlichen Zusammenhänge, die im Fortschritt vom Allgemeinen zum Besonderen mit keiner deduktiven Eindeutigkeit und Notwendigkeit aufeinander folgen. Der schöpferische Charakter der Rechtsbildung besteht gerade darin, diese inhaltlichen Zusammenhänge auszuarbeiten, d. h. die Mittelverhalten auszuwählen, die zu den als Ziel gesetzten, erwünschten Wirkungen führen und sie durch die entsprechende begriffliche Umschränkung zu den in der Normstruktur formulierten Verhaltens- und Entscheidungsmodellen zu gestalten.

Aus dem wirklichen, dynamischen und vor allem praktischen Charakter des Rechtssystems folgt auch, daß bei der Ausarbeitung und fortwährenden Weiterentwicklung des Rechtssystems vergebens "ein harmonisches Rechtssystem herzustellen gesucht wird, ... dann der Einfluß und Zwang der ökonomischen Weiterentwicklung das System immer wieder durchbricht und in neue Widersprüche verwickelt..." (Engels). Das Rechtssystem ist also ein sich entwickelndes System, dessen Kohärenz und Widerspruchsfreiheit eine immer nur relativ realisierte, denn sich stets erneuernde Forderung ist. Gerade weil es in Entwicklung begriffen ist, können seine Widersprüche nur provisorisch gelöst werden. Und an die Stelle der schon gelösten kommen immer wieder und notwendig neue Widersprüche.

Infolge der Widersprüche muß das Rechtssystem auch Spannungen vertragen. Diese können in kritischen Perioden von außerordentlich tiefer Wirkung sein, da sie nicht nur die inneren, formellen Widersprüche des Rechts widerspiegeln, sondern auch die Partikularität der sich im Recht offenbarenden staatlich-politischen Praxis zum Ausdruck bringen. Ein atypischer Grenzfall der Rechtsentwicklung erfolgt natürlich, wenn die Toleranz des Rechts bei einer revolutionären Erschütterung zerreißt und das Rechtssystem zerfällt. Eine Spannung von gewisser Stufe und Tiefe, von gewissem Umfang usw. ist aber mit jeder Rechtsentwicklung verbunden. Darin drückt sich gerade ihre Dynamik aus. Die Spannung ist ein nicht erwünschtes, jedoch notwendiges Nebenprodukt, dessen mögliche Mäßigung eine wichtige Aufgabe und ein zu erzielendes Ergebnis der Rechtsbildung und der Bewegung des ganzen Rechtskomplexes bildet.

II.

1. Die Normstrukturen sind - mit den Worten von Georg Klaus - "künstliche menschliche Konstruktionen", Gedankengebilde, die sich zwischen die gesellschaftliche Zielsetzung und die tatsächliche gesellschaftliche Handlung klemmen, um als etwas Standardisierendes ein Modell für das Letztere zu bieten. Da die Normstruktur unbedingt in sprachlicher Form erscheint, hat sie ein zweifaches Antlitz, das in der zweifachen Beziehung des Systems und des inneren Zusammenhanges der Normstrukturen zum Ausdruck kommt. Das Recht als ein System von Begriffen und Sätzen ist einerseits ein Netz und eine systematisierte Gesamtheit von bestimmten formellen Beziehungen

andererseits aber ein Ausdruck von konkret gegebenen Inhalten.

Unmittelbar erscheint diese Einheit vor allem als eine formelle. Sie ist nichts anderes als Widerspruchsfreiheit, zu deren möglichst vollständigen Realisierung die allgemein angenommenen, die auftauchenden Widersprüche des Rechtssystems von vornherein auflösenden, prinzipiellen Interpretationen der Rechtssätze dienen. In vertikaler Richtung erhält das Ordnungsprinzip der Hierarchie der Rechtsquellen die Lage. Die formelle Geltung ist nämlich hierarchisch geordnet. Bei einem vertikalen Widerspruch muß also die Normstruktur von höherer Stufe als gültig angesehen werden. Bei einem Zusammenstoß von Normstrukturen gleicher Stufe, d. h. bei einem horizontalen Widerspruch erweist sich die zeitlich später gesetzte Normstruktur als gültig. Der Auflösung der Widersprüche hilft auch ein weiteres Prinzip: im Fall von Normstrukturen, die sich auf dasselbe Objekt beziehen und von verschiedener Allgemeinheit sind, muß man - übrigens unter gleichen Umständen - die besondere, d. h. die das detaillierte Durchführungsverfahren realisierende Normstruktur als gültig ansehen.

Da das Recht ein dynamisches, praktisches System ist, ist seine formelle und inhaltliche Einheit immer im Zustand der ständigen Verwirklichung. Sie ist jedoch immer unverwirklicht, weil diese Einheit nichts anderes als das Sollen der ständigen Auflösung von sich in der gesellschaftlich-ökonomischen Entwicklung reproduzierenden Spannungen und Widersprüchen ist. Eine tatsächliche Widerspruchsfreiheit kann nur in einer ideal-logischen Rekonstruktion existieren, oder in einer Utopie, die z. B. von Max Weber als Idealtyp des durch und durch rationalisierten Modells der Rechtsbildung bzw. Rechtsanwendung im Kapitalismus der freien Konkurrenz geschaffen wurde. Nur in einer solchen, extrem logisierten Vision kann das Recht zu einem System werden, das keine Lücken und Widersprüche kennt, das eine deduktive Anwendung für jeden Einzelfall bloß logisch ermöglicht und nach dem sich letzten Endes jedes Verhalten nur als die Verletzung oder Durchführung der in diesem System objektivierten Erfordernisse erweisen kann. Wenn wir die Möglichkeit dieser Vollkommenheit als Utopismus ablehnen und dadurch den praktischen Charakter des Rechts betonen, so möchten wir nicht die formelle und inhaltliche Einheit verneinen, sondern gerade auf ihre stets aktualisierte Tendenzmäßigkeit hinweisen.

Ein hoher Grad von Einheit, Widerspruchsfreiheit und Freiheit von inneren Spannungen ist nötig, damit man überhaupt von Rechtsmäßigkeit, von der instrumentalten Möglichkeit der gesellschaftlichen Realisierung des rechtlichen Objektivationssystems sprechen kann.

2. Die Einheit des Rechts ist ein Produkt der zusammengefügtten Prozesse der Rechtsbildung und Rechtsanwendung, d. h. ein Ergebnis der auf die Objektivation und Aufrechterhaltung des Rechts gerichteten staatlichen Handlungen. Die Entstehung, die Bewegung, die ständige Reproduktion des Rechtskomplexes, d. h. das Zustandebringen, das Setzen der rechtlichen Erscheinungen, ist mit verschiedenen, im Rahmen des Staates durchgeführten Handlungen verbunden, die letzten Endes nichts anderes als die transformierten Ausdrücke von außerordentlich komplizierten gesellschaftlich-ökonomischen Determinationen mit einer gewissen Alternativität, Selbständigkeit und Selbstbewegung sind.

Die formelle und inhaltliche Einheit des Rechts ist demnach eine teleologische Einheit einer gewissen Stufe, die die hinter dem Recht stehenden Interessen zu einer relativ einheitlichen Zielsetzung und Bestimmung organisieren und die den Grund, den Sinn ihrer Existenz, die Möglichkeit und den Rahmen ihrer Geltung von einer gewissen - sich trotz der Ungleichheit und Widersprüche der gesellschaftlich-ökonomischen Entwicklung letzten Endes offenbarenden - soziologischen Einheit gewinnen.

Bei diesem Punkt müssen wir gleich bemerken, daß wir hier die gesellschaftliche Gesamtbewegung als Totalität ins Auge fassen, zusammen mit ihren sich ständig erneuernden, die innere Quelle ihrer Dynamik und insofern ihr Wesen bildenden Widersprüchen. Eine Entwicklung durch Widersprüche in einer Richtung, die in der konkreten Gestaltung des Streites der Widersprüche durch die übergreifende Seite gekennzeichnet wird - das ist die Dialektik aller Bewegungen! Die Einheit kommt also nur auf der Ebene der Totalität zur Geltung, als der objektive Rahmen der Bewegung in ihr, ihre letzte Tendenz bzw. ihr subjektiver Abdruck. Die Ordnung, die Systemhaftigkeit in der Bewegung der Totalität ist demnach ein Rahmenbegriff, der die Widersprüchlichkeit der Bestandteile und ihre gegenseitigen Wirkungen nicht ausschließt, sondern gerade bedingt.

Zwischen den inneren Zusammenhängen der gesellschaftlich-ökonomischen Entwicklung und ihren Ausdrücken in Rechtsobjektivationen kann man höchstens in ihren gegenseitigen Tendenzen eine Parallelität feststellen, und zwar in dem Maße, wie die betreffende staatliche Handlung dieser, gewissermaßen relativ existierenden soziologischen Einheit - durch richtige Anerkennung, transformierende Tätigkeit, Interessenvertretung - auch den Ausdruck einer teleologischen Einheit gibt. Beim Recht als einer gesellschaftlichen Objektivation ist darum einerseits die formal realisierte Einheit dieser Objektivation, andererseits die teleologische Einheit der sie unmittelbar schaffenden, normsetzenden staatlichen Handlung von grundlegender Wichtigkeit.

Die Unterscheidung zwischen formeller, inhaltlicher, teleologischer und soziologischer Einheit ist deshalb von Bedeutung, weil sie miteinander auf den verschiedenen Ebenen des gesellschaftlichen Seins, in gegenseitiger Übereinstimmung und auch in gegenseitiger Disharmonie stehen können. Ungeachtet seiner logischen und inhaltlichen Widersprüche und der eigentlichen Systemlosigkeit macht sich das Recht - dank seiner formellen Geltung - unabhängig. In seinem Geradesosein gewinnt es eine Normativität, die es als System auch für den Rechtsanwender verbindlich macht.

3. Die Organisation der das Recht zum System setzenden und erhaltenden staatlichen Handlungen gewinnt letzten Endes in der Unterstützung und Aufrechterhaltung des gesamten Rechtssystems durch den staatlichen Zwang seine gesellschaftliche Geltung. Einer einzelnen Normstruktur kann die ihr einzeln zugeordnete Sanktion zwar fehlen, aber das Rechtssystem im ganzen muß so angesehen werden, daß es durch den staatlichen Zwang gestützt und erhalten wird.

Näher betrachtet bedeutet das, daß die Zugehörigkeit zum Rechtssystem der einzelnen Normstruktur eine neue Qualität verleiht - die Qualität der Zugehörigkeit zu einer, auch formal umschränkten, staatlichen Zwangsordnung, die in der gegebenen Gemeinschaft über das Zwangsmonopol verfügt.

Die Variabilität der inhaltlichen Gestaltung, der sprachlichen Formulierung und der Organisation der Systemverbindungen der Normstrukturen ermöglicht, daß einerseits ein und dieselbe Sanktion mit vielen Normstrukturen verbunden wird, andererseits die Sanktion gerade durch die Freiheit des Verhaltens zum Ausdruck kommt.

Die Unterstützung des gesamten Rechtssystems durch den staatlichen Zwang ist eine gesellschaftliche Verallgemeinerung, die teils durch den formellen Zusammenhang des Teilsystems, teils durch das tatsächlich praktische Funktionieren des Rechtskomplexes ausgedrückt wird.

III.

Konnte noch während der Antike und im Mittelalter von einem Nebeneinander aller Rechtsquellen gesprochen werden (es galten gleichzeitig mehrere rechtliche Systeme, eine einheitliche, kohärente Bindung der rechtlichen Elemente zu einem System war nicht entwickelt), so mußte sich dieser Zustand mit dem Aufschwung der Warenproduktion ändern. Die Bedürfnisse der bürgerlichen Gesellschaft - widerspiegelt in den Rechtsauffassungen - lassen den Systemgedanken als Ideal und als grundlegendes Prinzip erscheinen. Dieser Prozeß der Systematisierung des Rechts kulminierte in der Schaffung von Kodexen. Die relative Selbständigkeit des Rechts wurde - relativ abstrakt betrachtet - verstärkt und seine Differenzierung in der Gesellschaft fortgesetzt. Die Struktur des bürgerlichen Rechts fügte sich damit weitgehend in die Struktur der Gesellschaft ein.

Die weitere monopolistische Entwicklung und die damit verbundene exegetische Rechtsanwendung löste die Normstrukturen auf und machte einige allgemeine Prinzipien zur Quelle der Entscheidungen.

Als dann die sozialistische Gesellschaft begann, ihr dynamisches, auf das Gesellschaftliche konzentrierte System zu errichten, hat sie den Rahmen und die Begriffe der Systematik selbst dynamisiert. Dabei wurde stets eine bestimmte Allgemeinheitstufe und das in den gesellschaftlichen Verhältnissen Typische zu realisieren versucht und es wurden auch unmittelbar gesellschaftlich-inhaltliche Bestimmungen in das Regelungssystem eingebaut, die das System auch inhaltlich relativ offen ließen. Damit wird die gesellschaftlich-inhaltliche Bestimmung in ihrer Unmittelbarkeit gesichert und der Gesellschaftlichkeit größere Bedeutung beigemessen. So wird nicht nur das dynamische Funktionieren des Rechts erhalten, sondern auch seine formelle Objektivierung als etwas Festes, Einheitliches.

Rechtmäßigkeit nicht nur im Sinne der Rechtsanwendung bedeutet die Aufrechterhaltung des rechtlichen Objektivierungssystems auch unter den Bedingungen der gesellschaftlichen Veränderungen. Durch

die Dynamik des Rechts strebt die Rechtmäßigkeit nach Einheit und Widerspruchsfreiheit.

IV.

1. Das Rechtssystem setzt eine gewisse Anzahl von vermittelnden Stufen voraus, die zwischen der Gesamtheit und den einzelnen Normstrukturen eine relative Selbständigkeit bewirken. Sobald historisch die systematisch-logische Bearbeitung des Rechts begann, entstand der Anspruch auf Zusammenfassung der Strukturen zu umfassenden Einheiten. Beginnend mit der Systematisierung des römischen Rechts und der Teilung in öffentliches und privates Recht begann die Differenzierung des Rechts bis hin zu den Zweigen, denen bestimmte Kodexe zugeordnet waren, ohne die grundlegende Teilung von öffentlichem und privatem Recht zu überwinden. Auch die monopolistische Entwicklung hielt an dieser Unterteilung fest, versuchte jedoch, noch weitere, sog. mittlere Rechtszweige zu korzipieren, die über die Dichotomie von öffentlichem und Privatrecht hinausgehen sollten.

Die sozialistische Rechtsentwicklung hat diese Teilung, ihre Überlebtheit, offensichtlich gemacht und ist bestrebt, das Rechtssystem in Rechtszweige aufzuteilen, ohne jedoch bisher zu einer ausgereiften Antwort zu gelangen, die sich in der Praxis bewährt. Hinzu kam die Verabsolutierung bestimmter Zweigkategorien, da diese als notwendig, ausschließlich und nur durch die Kategorien 'wahr' oder 'falsch' begreifbar hingestellt wurden. Obwohl es keine wesentlichen Unterschiede in der gesellschaftlich-ökonomischen Einrichtung und in ihrer rechtlichen Widerspiegelung zwischen den sozialistischen Rechtssystemen gab, bildeten sich z. T. unterschiedlich gegliederte und begründete Rechtszweige heraus. In den allgemein bekannten Rechtszweigen kommen theoretisch nicht beseitigte und praktisch auch nicht aufgelöste Inkonssequenzen zum Vorschein, insbesondere die partielle Übereinstimmung des Staatsrechts mit dem Verwaltungsrecht; von den Vermögensverhältnissen verschiedene Verhältnisse im Zivilrecht u. ä. Schließlich blieb auch der Grund der systematischen Verbindungen zwischen den im Prinzip selbständigen Rechtszweigen, nämlich das Problem der Rechtszweiggruppen theoretisch ungelöst.

2. Da das Recht eine für die Umformung der gesellschaftlichen Verhältnisse objektivierte Kategorie ist, wurden ausgedehnte Versuche unternommen, die Aufteilung des Rechts aufgrund der Typen der geregelten gesellschaftlichen Verhältnisse zu begründen, weil eine jede Art von Gliederung durch das Objekt bestimmt wird. Diese Versuche waren jedoch verfehlt, da der für das Recht charakteristische, praktische Wesenszug und seine instrumentale Bestimmtheit nicht beachtet wurden. Andere Autoren konzentrierten sich auf die inhaltlichen und formellen Merkmale des in der rechtlichen Normstruktur fixierten Mittelverhaltens, was ebenfalls zu keinem genügenden Ergebnis führte. So wurde schließlich die Regelungsmethode in die Aufdeckung der prinzipiellen Grundlagen der Gliederung des Rechtssystems aufgenommen.

3. Das Recht ist ein außerordentlich zusammengesetztes Kontinuum, das gewisse Verdichtungspunkte aufzeigt. Dazu gehören: Die durch Normstrukturen umfaßten gesellschaftlichen Verhältnisse, die in ihnen fixierten Mittelverhalten und die diesen zugeordneten normativen Folgen. Sie zerreißen das Recht aber nicht mit eindeutiger Folgerichtigkeit auf abgesonderte Einheiten. Deshalb ist eine eindeutige, notwendige und andere ausschließende Gliederung unmöglich, zumal das Recht sich in fortwährender Bewegung befindet. Auch sekundäre Faktoren spielen eine Rolle, z. B. das konkrete gesellschaftlich-ökonomische Gewicht der Regelung, die prozedurale Absonderung des Rechts im staatlichen Organisationssystem, die relative Selbständigkeit seiner Kodifikationen und seine instrumentalen Traditionen (Begriffsapparat u. dgl.). Die Gliederungsproblematik erwächst niemals ausschließlich auf theoretischer Ebene, sondern ergibt sich aus der Bildung der Normstrukturen in dem traditionell vorhandenen Rahmen, wobei die aktuelle Rechtsbildung diesen Rahmen weiter modifiziert. Die Gliederung erfolgt zwar auf objektiven Grundlagen, jedoch sind praktische Motive bedeutungsvoll, was sich z. B. bei einer Gegenüberstellung mit dem englisch-amerikanischen Recht zeigt, wo das Systematisierungsproblem keine solche Rolle spielt. Die Rechtssubjekte sind es, die das Recht gliedern und dabei seinen Verdichtungspunkten folgen. Die zweckmäßige Form des Einflusses und der Zwangsanwendung bestimmen den Charakter und die Bedeutung der Gliederung, aber auch die Unterstreichung des objektiv vorhandenen Systemcharakters des Rechts.

So erklärt sich auch die unterschiedliche Ausformung von Rechtssystemen. Da die verschiedenen Konstruktionen von Rechtszweigen denselben Zweck mit unterschiedlichem Wirkungsgrad erfüllen können, muß der Rechtsvergleichung, die der historischen, soziologischen Analyse einen freien Raum gibt, eine beträchtliche Rolle zugeschrieben werden.

gekürzt von H. J. Fischer

Csaba Varga
(Budapest)

Die grundlegende Gesellschaftlichkeit der Rechtsanwendung:
Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung im gesellschaftlichen Komplex

- I. Die Rechtsanwendung als komplexer gesellschaftlich-rechtlicher Prozeß
1. Die Rechtsanwendung als Konfliktlösung und als Realisierung des Rechts

Die Grundfunktion des Rechts ist es, durch die von herrschenden Klasseninteressen beeinflusste Lösung der gesellschaftlichen Konflikte eine gesellschaftliche Ordnung zu sichern, die diesen Interessen entspricht. Vermutlich - und die ethnologische Untersuchung der primitiven Gemeinschaften unterstützt besonders diese Hypothese - hat an der Wiege der gesellschaftlichen Regulierung die Konfliktlösung bzw. das Streben nach deren Standardisierung gestanden. Historisch ging die Konfliktlösung zuerst fallweise vor sich. Erst auf einer späteren Stufe der Entwicklung entstand das Normsystem. Die Praxis der Konfliktlösung wurde dadurch inhaltlich und formal standardisiert. Zunächst wurden die Fakten der praktischen Konfliktlösung, vor allem ihre hervorragenden und verallgemeinerungsfähigen Beispiele zu Mustern erhoben. Später wurden solche Muster durch die bewußte Bildung vermehrt. Die Beeinflussung der Konfliktlösung durch selbständige Entscheidungsmuster führte auf einer relativ späten Entwicklungsstufe dazu, daß diese Muster zu primären Mitteln der Beeinflussung, Planung und Organisation des gesamten gesellschaftlichen Lebens wurden. Das Bedürfnis nach Konfliktlösung bestand gewiß schon in der Urgemeinschaft. Die Praxis jedoch, die eine durch die Sonderinteressen der sich antagonistisch gegenüberstehenden Gruppen beeinflusste Standardisierung gerade im Interesse der Garantierung dieser Sonderinteressen anstrebt, ist erst Produkt der mit der Ausbeutung entstandenen Klassengesellschaft. Hier ist die Konfliktlösung bereits unvermeidlich mit der Unterdrückung der Mehrheit der Gesellschaft durch eine Minderheit verbunden. Damit wurden jene primitiven Möglichkeiten der gesellschaftlichen Regulierung, die in der zufälligen Praxis

der Konfliktlösung zum Ausdruck kamen, unzulänglich. Die Tatsache also, daß die Lösung der gelegentlichen Konflikte zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft nunmehr mit der regelmäßigen Unterdrückung der Mehrheit der Gesellschaft durch die Minderheit unbedingt verflochten ist - wenn auch nicht jeden Fall spezifisch determinierend, jedoch im Hinblick auf das wesentliche Allgemeine, die Tendenz, die Rahmen, die Form der Konfliktlösung -, setzte auch in der Konfliktlösung selbst wesentliche Veränderungen voraus. Die Konfliktlösung nahm nun selbst Klassencharakter an und wurde Privileg des zu diesem Zweck institutionalisierten Organs des entstehenden Staates. Das Verfahren der Konfliktlösung wurde spezifisch. Im Laufe der Entwicklung wurde ihr Rahmen, die Art und Weise ihres Ablaufs immer umfassender geregelt, formalisiert und auch ihr möglicher Inhalt wurde in zunehmendem Maße im voraus festgelegten Verhaltens-Entscheidungsmustern angeknüpft. In dieser eigenartigen formal-rechtlichen Entwicklung entfaltet sich das Recht, das seine gesellschaftliche regulative und Klassenfunktion nunmehr nicht in der tatsächlichen Praxis der Konfliktlösung versieht, sondern mit als spezifischer Vermittler zustandegebrachten Objektivationen: die künftigen Entscheidungen - und dadurch die künftigen Verhaltensweisen - vorausschickenden, sich selbständig gemachten Normstrukturen versieht.

Im Zuge der gesellschaftlichen Entwicklung taucht durch die Entstehung der verschiedenen gesellschaftlichen Komplexe und ihrer zunehmenden relativen Abtrennung, durch die dieser entsprechenden Kompliziertheit und Verknüpfung der gesellschaftlichen Verhältnisse ein immer umfassenderes und tiefer greifendes Bedürfnis für die Vermittlungsfunktion zwischen diesen Komplexen auf, die Unterordnung weiterer gesellschaftlicher Verhältnisse unter die regulativen Formen des Rechts, die Widerspiegelung der gesellschaftlichen Verhältnisse durch rechtliche Objektivationen, als Rechtsverhältnisse. Die objektivierten Normstrukturen, die ursprünglich für die Standardisierung der Konfliktlösung und somit auch ihrer Planung zustandegekommen sind, werden Organisationsformen, die immer mehr gesellschaftliche Verhältnisse berühren. So macht sich die Bildung der Entscheidungsmuster, die in der Erfüllung der regulativen und Klassenfunktion des Rechts die Konfliktlösungspraxis standardisieren, selbständig, wird zu einer der wichtigsten Erscheinungs-

formen, Funktionsweisen des Rechts. Im Prozeß der Vergesellschaftlichung der Gesellschaft handelt es sich also nicht nur darum, daß zwischen den verschiedenen Komplexen usw. vermittelt wird, sondern auch darum, daß die Art und Weise, der Inhalt, die Auswirkungen dieser Vermittlung immer bewußter gestaltet, geplant werden - d. h., sie sollen nicht nur durch das jeweils aktuelle Kräfteverhältnis, sondern auch die Erkenntnis der gesellschaftlichen Bedürfnisse, Tendenzen und Gesetzmäßigkeiten sowie ihre Einstellung als regulierende Kraft beeinflußt werden.

Die Erhöhung des gesellschaftlich-politischen Gewichts und der Bedeutung der bewußten Rechtsetzung verschleiert unter diesen Umständen scheinbar zwangsmäßig die historisch-zeitliche Priorität, die Ursprünglichkeit der Konfliktlösung. Hinter diesem Anschein steckt jedoch eine tatsächliche Akzentverschiebung - wir könnten auch sagen: ein Funktionswandel. Während ursprünglich das standardisierende Muster der Konfliktlösung funktionell untergeordnet war, wurde es durch die immer umfangreicher werdende gesellschaftliche Planung und Beeinflussung zur "Verlängerung" der Rechtsanwendung: zur Realisierung des auf der Stufe des allgemeinen Geplanten im Individuellen.

Auf dem gegenwärtigen Niveau ihrer Entwicklung ist die Rechtsanwendung begrifflich nichts anderes, als ein solches Verfahren des in gültigen Rechtsregeln festgelegten spezifischen Organs nach gültigen Rechtsregeln festgelegter Muster, in dem durch die offizielle Feststellung der Tatbestand irgendeines individuellen Rechtsfalles und die Anknüpfung der auf diese Weise festgestellten Tatsachen auf die in den gültigen Normstrukturen steckenden - in bezug auf die Tatsachen gedeuteten - Verhaltens- und Entscheidungsmuster, und dann als deren Ergebnis durch die Qualifizierung nach diesen Mustern, und schließlich durch die diesen zugeordneten Rechtskonsequenz individuelle Rechtsverhältnisse entstehen, geändert oder aufhören werden läßt, wodurch das in der rechtlichen Objektivation ausgedrückte Allgemeine im individuellen Fall zur Geltung gebracht, realisiert wird.

2. Die rechtlichen und nichtrechtlichen Faktoren der Rechtsanwendung

Der Prozeß, in welchem die Konfliktlösung zur Rechtsanwendung wird, ist also Ergebnis einer langen historischen Entwicklung. Selbst die im rechtlichen Sinne aufgefaßte, mit staatlichem Zwang unterstützte Konfliktlösung entwickelte sich durch verschiedene Übergangsformen, ehe sie, von einer durch rechtliche Faktoren beeinflussten Konfliktlösung, als Rechtsanwendung hervortretende Rechtsrealisierung wurde. Diese Strafe setzte bereits die Entfaltung des Rechts als relativ selbständig gewordener gesellschaftlicher Existenzkomplex mit spezifischem Charakter voraus. Ebenso war es notwendig, daß sich spezifische Teilinstitutionen und Teilfunktionen herausgebildet hatten, wodurch nun die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung als auch miteinander konfrontierte Erscheinungen in den Vordergrund gestellt wurden.

Neben der entschiedeneren Polarisierung der Rechtsetzung und Rechtsanwendung entwickelte sich ihre gegenseitige Beziehung gleichzeitig in entgegengesetzter Richtung.

Im allgemeinen kann festgestellt werden, daß diese Entwicklung von der konkreten nichtrechtlichen Bestimmung der Rechtspflege bis zum Versuch des Zurückdrängens der Rechtsanwendung auf die bloße und mechanische Rechtsprechung durch die verschiedensten Stationen und Extreme gelaufen ist. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß die Rechtspflege vor allem Konfliktlösung ist: eine gesellschaftliche Tätigkeit also, die prinzipiell durch dieselben gesellschaftlichen Fakten, Bedürfnisse und Gesetzmäßigkeiten bestimmt wird, wie das gesetzte Recht selbst. Andererseits müssen wir auch beachten, daß das Recht kraft seines Charakters die planmäßige Organisation der gesellschaftlichen Tätigkeit in ihrer konkreten Totalität und daher auch die Reduzierung der Rechtspflege auf mechanische Durchführung nicht übernehmen kann. Die Rechtsanwendung sichert also infolge der gesellschaftlichen Natur der rechtlichen Vermittlung dem Rechtsanwender unbedingt freien Bewegungsraum, der mehr oder weniger eng oder breit sein kann.

Wenn wir in der Gestaltung der rechtlichen Konfliktlösung die verschiedenen Lösungen typisieren wollen, sind vor allem die konfliktlösenden und die konfliktentscheidenden Lösungen zu unter-

scheiden. Der vermutlich altertümlichsten Praxis der Konfliktlösung zufolge - die in der rechtlichen Praxis zahlreicher afrikanischer, asiatischer, ozeanischer, südamerikanischer usw. Stämme, bzw. als überlebende Formen in Japan, Indien, sogar auch in China bis heute beobachtet werden kann - führt zwischen den streitenden Seiten eine von ihnen geachtete dritte Person auf nicht formelle Weise ein befriedendes oder schlichtendes Verfahren aus, bei dem ohne jedwede Anknüpfung an bestehende Muster von den konkreten Zügen der streitbaren Angelegenheit ausgegangen wird, damit für beide Seiten annehmbare, gerechte und überzeugende Ergebnisse erreicht werden können. Die Erfahrungen früherer Konfliktlösungen, speziell die daraus zu ziehenden Muster können hier höchstens als Beispiele in Frage kommen. Bei dem befriedenden schlichtenden Verfahren fehlt das eigentliche anwendende Element. Mangels eines im voraus gebildeten Musters handelt es sich um keine von außen auf den Fall aufgezwungene Lösung. Was hier erfolgt, ist die tatsächliche Beseitigung, Lösung des Konflikts - ein Ergebnis also, bei dem, mit einem in Japan gebräuchlichen anschaulichen Ausdruck, keine Seite ihr Gesicht "verliert", sondern "bewahrt".

Bei der konfliktentscheidenden Lösung wird demgegenüber im Laufe eines formalen Verfahrens ein im voraus auf formale Weise festgelegtes Entscheidungsmuster für den offiziell behaupteten Tatbestand der streitbaren Angelegenheit angewandt. In diesem Verfahren dominiert der von den streitenden Seiten unabhängige offizielle Charakter, die prozessuale und inhaltliche Formalität und vor allem die Anwendung eines schon im voraus gebildeten äußeren Mittels - des gültigen Entscheidungsmusters - für die beiden Seiten und ihre Angelegenheit. In der europäischen Entwicklung entfaltete sich dieses konfliktentscheidende Verfahren auf einer relativ späten Entwicklungsstufe des Römischen Rechts: mit der Erscheinung der Begrifflichkeit des Rechts - danach hat es sich auch allgemein verbreitet. In der klassischen römischen Auffassung der klassischen Zeit bedeutete nämlich das Recht in seiner konkreten Eigenschaft die gerechte, konfliktlösende konkrete Entscheidung - im voraus festgelegte Regeln dienten damals eher nur als Sprungbrett und weniger als Prämissen in der Findung des Lösungsweges. Die postklassische Periode der römischen Rechtsentwicklung, der mathematisch-axiomatische Gedanke des bürgerlichen Rationalismus, die

Praxis einzelner feudaler Absolutismen, die den Richter zum bloßen Anwender des vom Fürsten geschaffenen Rechts abwerteten, stellten die einzelnen Komponenten der Entwicklung dar, die ihren Höhepunkt schließlich in der Einrichtung der siegreichen Bourgeoisie: in der Auffassung der exegetischen Theorie der Rechtsanwendung als bloßer Syllogismus fand.

Diese Auffassung war extrem polarisiert; die Praxis lehnte - vor allem aus gesellschaftlichen Gründen - notwendigerweise die exegetische Auffassung ab. Die Freirechtsbewegung, die die Rechtsregel als Voraussetzung für die syllogistische Folgerung ablehnte, konnte deshalb entstehen, weil sich die Bedürfnisse der monopolkapitalistischen Entwicklung wegen ausbleibender Rechtsetzung gegen Ende des vergangenen Jahrhunderts nur durch die Rechtspraxis Bahn brechen konnten. Der Extremismus der Freirechtsbewegung, der am entgegengesetzten Pol anknüpfte, wurde im ersten Drittel unseres Jahrhunderts ebenfalls langsam überholt. Die Rechtsanwendungsidee, die innerhalb der grundlegenden rechtlichen Verbindlichkeit der unmittelbaren gesellschaftlichen Bestimmung des Rechts breiten Raum sichert und die später befestigt wurde, faßt die Rechtsanwendung nicht mehr als eine einfache logische Operation auf, behält jedoch die Praxis der Deduktion als spezifisch charakteristische Determinante bei.

Die andere Alternative der europäischen Entwicklung war das angelsächsische Rechtsanwendungsmodell, das historisch an die frühe Zentralisierung der englischen königlichen Gerichte, der Priorität, prozessualen Anschauung der Rechtsentwicklung anknüpfte. Das Produkt der Kontinuität der frühen mittelalterlichen Praxis war das richterliche Präzedenzrecht, dessen das Rechtsprinzip enthaltender Begründungsteil - ratio decidendi - der im 19. Jahrhundert endgültig stabilisierten Präzedenz-Norm zufolge auch über den Kreis des Falles hinaus für das Urteil der gleichen oder untergeordneten Gerichte allgemein gültig ist. Die Praxis des Fallrechts, die sehr viele Präzedenzen kennt und die sich inhaltlich dem Individuellen annähern, beruht nicht auf dem Prinzip der Induktion. Rechtstheoretisch betrachtet besteht das angelsächsische Verfahren darin, daß der Richter die verwandten Fälle sammelt und studiert dann aufgrund der Technik der Differenzierung - method of 'distinguishing' - an diesen weiterarbeitet und die in seinem eigenen

Fall zu verfolgenden Muster erschließt. Sein rechtsanwendender Akt wird dadurch auch selbst zu einem andere verbindenden Präzedens, dessen verbindliche Kraft - overruling - nur durch höhere Gerichte, im Fall seiner offenbaren Unvernünftigkeit aufgehoben werden kann. Diese Rechtsanwendung wird über die mit bedrückender Geschwindigkeit sich vermehrende, jahrhundertelange Anhäufung der Menge der Präzedenzen auch dadurch außerordentlich kompliziert, kaum überschaubar und berechenbar, weil über die - von der sogenannten verbindlichen Kraft unterschiedene - Überzeugende Kraft - persuasive authority - auch andere Quellen zur Verfügung stehen. Bei englischen oder US-Gerichten können aus diesem Grunde auch Urteile berücksichtigt werden, die in irgendeinem Mitgliedsstaat des Commonwealth oder innerhalb der Vereinigten Staaten in einem anderen Bundesstaat gefaßt wurden. Aber es ist auch möglich, solche Urteile zu berücksichtigen, die in einem völlig fremden Präzedenzrecht eines dritten Staates gesprochen wurden. Der Kreis der möglichen Entscheidungsgrundlagen wird auch dadurch erweitert, daß über gültige rechtliche Entscheidungen hinaus auch irgendein als Entscheidungsmotiv verwendbares Material - z. B. eine rechtswissenschaftliche Stellungnahme, ein auf Billigung wartender Gesetzentwurf usw. - Überzeugende Kraft besitzen kann.

Der prinzipielle Gegensatz zwischen Deduktion und Induktion in der als traditionell betrachteten kontinentalen und angelsächsischen Auffassung der Rechtsanwendung weist auch auf die gegensätzlichen Ausgangspunkte und Richtungen des grundlegenden Bewegungsprozesses der Rechtsanwendungsoperation hin. Die angelsächsische Auffassung konzentriert sich auf die individuellen Determinanten der individuellen Angelegenheit. Sie geht von ihnen aus, um zur individuellen Gestaltung des unter den individuellen Bedingungen die befriedigende Lösung des Konflikts sichernden Musters zu gelangen. Die auf dem europäischen Kontinent traditionelle Auffassung geht demgegenüber von der Allgemeinheit niedrigeren und/oder höheren Grades einer im voraus gestalteten Struktur von Normen aus, um durch den Bezug auf den individuellen Fall zur Lösung des Konflikts zu gelangen. Deshalb können wir über die Anwendung und Realisierung des Rechts im engen Sinne des Wortes eigentlich nur im kontinentalen Rechtsanwendungsmuster sprechen. Zwischen der kontinentalen und angelsächsischen Auffassung ist jedoch der Gegen-

satz bei weitem nicht mehr so scharf wie noch vor einem Jahrhundert. Die Tendenz ihrer gegenwärtigen Entwicklung deutet auf eine gewisse Annäherung oder eher auf einen gegenseitigen Kompromiß hin. Im kontinentalen Recht nimmt die rechtsgestaltende Bedeutung der Rechtspraxis zu, während im englisch-amerikanischen Recht der bewußten Rechtsschöpfung und sogar der Kodifikation in der Standardisierung der Rechtspraxis eine größere Rolle zugeschrieben wird. Unter den heutigen kontinentalen Systemen entfernte sich wahrscheinlich Schweden vom eng syllogistischen Modell am meisten. Hier werden immer neue und intensivere Versuche unternommen, in der Rechtsanwendung die Verfolgung des gesetzlichen Musters von der widerlegbaren Vermutung der konkreten gesellschaftlichen Nützlichkeit dieses Musters abhängig zu machen.

Das sozialistische Recht erbt die kontinentalen Traditionen der Konfliktlösung; es strebt auch in den über teilweise abweichende Traditionen verfügenden asiatischen sozialistischen Staaten ihre Annahme an. Nach dem Abschluß der provisorischen Periode der nur von allgemeinen Direktiven beeinflussten revolutionären Rechtspflege meldete sich jedoch weder die Extreme der Exegese, noch des Freirechts. Vielmehr entwickelte sich die revolutionäre Rechtspflege durch die Annahme der Gesetzlichkeit als Grundprinzip, nach der Ausschließlichkeit des gesetzten Rechts und der Determinierung der Rechtsanwendung auf dieser Grundlage, ausgeglichen weiter. Im Sinne der herrschenden rechtspolitischen Prinzipien wurde versucht, die richterliche Rechtsschöpfung zu vermeiden. Gleichzeitig sichert jedoch die Konzentration der Rechtsschöpfung auf das gesellschaftlich Typische und durch das Heranziehen gewisser allgemeiner Prinzipien für die Lösung der typischen Fälle für den Rechtsanwender die Möglichkeit, innerhalb des Rechts und nicht dagegen adaptierend die Konkretisierung zu verwirklichen.

3. Die Dialektik des Allgemeinen und Einzelnen in der Rechtsanwendung

Unabhängig davon, welches Rechtsanwendungsmodell wir annehmen, verwandelt sich die Rechtsanwendung in dem Moment, da es zur Geltendmachung irgendeines Verhaltens oder Entscheidungsmusters kommt, auch zur logischen Operation. Die logischen Relationen der Rechts-

anwendung verdienen aus diesem Grunde unbedingt Aufmerksamkeit und Ausarbeitung - dies kann jedoch nur innerhalb der grundlegenden gesellschaftlichen Determiniertheit der Rechtsanwendung, dieser untergeordnet, zum Ergebnis führen.

Die Rechtsanwendung ist ein solcher dialektischer gesellschaftlich-rechtlicher Prozeß, der formallogisch erschöpfend nicht beschrieben und definiert werden kann. Wenn wir die Rechtsanwendung als irgendeine in der Kybernetik bekannte Black-box auffassen würden, unabhängig davon, welches Rechtsschöpfungsmodell wir auch annehmen, würden wir von den offiziell eingespeicherten Rechtsnorm- und Tatbestands-In-puts das Urteil als logisch zwangsweise folgendes normatives Ergebnis als Out-put nicht bekommen. Dies bedeutet zwei grundlegende Dinge, die für jede Rechtsanwendung charakteristisch sind, zu beachten. Einerseits, daß in der Rechtsanwendung als Entscheidungsprämissen (oder zumindest im Anschluß an diese, sie verstärkend oder schwächend, unterstützend oder neutralisierend) nicht nur eng genommene rechtsnormative und Tatbestandsinformationen, d. h. gültige Normstrukturen und die Tatsachen des Falles erschließende erkennend-bewertende Thesen dienen. Durch politische und rechtspolitische Bewertungen, die Praxis gesellschaftlicher und staatlicher (u. a. auch rechtspflegender) Organe, die Foren der Telekommunikation und nicht zuletzt durch die eigenen persönlichen Erfahrungen des verfahrenen Richters schließen sich diesen solche gesellschaftlichen Urteile und Bewertungen an, die die soziologische Situation der Rechtsanwendung in ihrer Gesamtheit bestimmen. Aus dieser besonderen Sicht ist auch die Justizverwaltung nichts anderes als die mehr oder weniger formalisierte Vermittlung der politischen Bewertung einer gesellschaftlich-historischen Situation für den Richter - um seine Rechtsanwendungssituation zu beeinflussen. Jene historische Gesellschaftlichkeit, welche die Rechtsschöpfung als Normstrukturen formalisiert für die Rechtsanwendung vermittelt, wird durch eine sekundär determinierende, vom Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Gebundenheit der Rechtsanwendung aus jedoch entscheidende unmittelbare Gesellschaftlichkeit ergänzt. Andererseits bedeutet es auch, daß die in der Rechtsanwendung vor sich gehenden Prozesse keine logische Notwendigkeit besitzen, weil zwischen dem Allgemeinen und dem Einzelnen formale Identität nie zustandekommen kann. Das Einzelne

umfaßt zwar das Allgemeine und das Besondere, ihre Beziehung erzeugt jedoch höchstens dialektische Identität, aber keine unmittelbare, gegenseitige oder vollständige Entsprechung.

II. Die dialektische Verflechtung der Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung

1. Die gemeinsame Wurzel und gesellschaftliche Determinierung der Normschöpfungs- und Normanwendungsprozesse

Unsere Analyse hat die Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung als zwei grundlegende Bewegungsprozesse des Rechts vorgestellt. Wie wir sahen, ist weder die Rechtsschöpfung noch die Rechtsanwendung eine an und für sich hinreichende eigengesetzliche Entität in der Geschichte, sondern sie sind verflochtene Erscheinungen gemeinsamer Wurzel, die zu voneinander differenzierten, am Maß des anderen gemessen, einander untergeordneten, aber doch zu gewissermaßen selbständig gewordenen Gebilden erst mit dem Abschluß der Vorgeschichte des Rechts - mit der sich auch auf dem Gebiet des Rechts zeigenden Wirkung einer gewissen gesellschaftlichen Kooperation - geworden sind. Die Verbindung dieser beiden Bewegungsprozesse wird also nicht durch eine a priori gegebene metaphysische Unbeweglichkeit charakterisiert. Sie sind vom Recht, als Niveau der Totalität her gesehen solche Gebilde gemeinsamer Voraussetzung, die auch voneinander bedingt und beeinflußt sind, deren aneinander gemessenes Gewicht, deren Bedeutung sowie die Gestaltung der Beiordnung oder Unterordnung ihrer Beziehung von der Tendenz sowie den vorhandenen Bedürfnissen und Tatsachen der gesellschaftlichen Gesamtentwicklung abhängt. Die Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung sind, verallgemeinert gesagt, der gesellschaftlichen Praxis als Mittel der Konfliktlösung als einheitliche Gebilde erwachsen. Durch die Planung, Standardisierung der Konfliktlösung differenzierten sich diese beiden Tätigkeiten zu relativ selbständig gewordenen Tätigkeitsformen, die sich - verschiedenförmig, aber aufeinander angewiesen - in einer funktionalen Verbindung wechselnder Tiefe und Richtung weiterentwickelten.

Die Beziehung der Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung wird prinzipiell dadurch bestimmt, daß die für das Recht charakteristischen Bewegungsprozesse von den gesellschaftlichen Verhältnissen bis zu

den Rechtsnormen und von dort wieder zu den gesellschaftlichen Verhältnissen reichen. Diese Bewegung ist aber kein einmaliger oder in einer Richtung vor sich gehender Prozeß. Vielmehr ist es ein Prozeß der sich stündig erneuernden Bewegung, der auch das Moment der Rückkopplung enthält. An den beiden extremen Punkten dieser Bewegung stehen einerseits die gesellschaftlichen Verhältnisse, andererseits die für deren praktische Beeinflussung gesetzten Rechtsnormen. Die als Grundlage der rechtlichen Bewegungsprozesse erscheinenden gesellschaftlichen Verhältnisse verkörpern die Gesamtheit der konkreten empirischen Züge, der konkreten Individualität. Dies beinhaltet aber gleichzeitig auch das Moment der in der Totalität vorhandenen und erschließbaren wesentlichen Allgemeinheit. Zur Gestaltung des Individuellen entsprechend den Gesetzmäßigkeiten des Allgemeinen ist die Norm berufen, die sich als eine auf unmittelbar praktische Beeinflussung abzielende gestaltende und gleichzeitig gestaltete Form zwischen dem Allgemeinen und Einzelnen auf dem Niveau des Besonderen befindet. Die rechtliche Bewegung geht grundlegend von den gesellschaftlichen Verhältnissen aus, um durch die Erkenntnis des in diesen vorhandenen wesentlichen Allgemeinen in der Rechtsschöpfung die Verankerung des Allgemeinen auf dem Niveau des Besonderen zu erreichen, damit die Rechtsanwendung dieses Besondere im einzelnen wieder zu den gesellschaftlichen Verhältnissen und zu ihrem wesentlichen Allgemeinen wenden und dadurch die aufeinander bezogene konkrete Einheit des Allgemeinen und des Einzelnen wieder verwirklichen, wieder herstellen kann. Das ist gerade das Ziel des rechtlichen Bewegungsprozesses: den Übergang des Allgemeinen, Besonderen und Einzelnen ineinander kontinuierlich, immer wieder zu sichern.

In ihrer Unmittelbarkeit geht die Rechtsschöpfung von den gesellschaftlichen Verhältnissen aus, die Rechtsanwendung zielt auf die gesellschaftlichen Verhältnisse ab. Die Rechtsschöpfung ist aber kein Ausgangspunkt dieser Bewegung ohne Voraussetzungen, und die Rechtsanwendung ist kein solcher Endpunkt. Der von den gesellschaftlichen Verhältnissen bis zu den Normen und von dort wieder zu den gesellschaftlichen Verhältnissen zurückgelegte Weg ist selbst nicht je eine metaphysisch abgesonderte Entität, sondern nur eine künstlich getrennte Periode relativer Geltung eines sich stündig wiederholenden, sich kontinuierlich modifizierend neu

bildenden Bewegungsprozesses. Sie hat jene gesellschaftlichen Verhältnisse zur Grundlage, die gerade als Ergebnis dieses Bewegungsprozesses auch selbst gestaltet wurden. Sie wurden gestaltet, d. h. sie wurden trotz der relativen Stabilität der Vermittlung durch das Besondere kontinuierlich erneuert. Und dieser Bewegungsprozeß ist sogar im Verhältnis, im gegenseitigen Wechsel und der Rückkopplung zwischen Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung kein bloßer rechtlicher, sondern vor allem - und gerade hinsichtlich seines Wesens - von sozial-rechtlichem Charakter.

Die Tatsache, daß die gesellschaftliche Entwicklung Vermittlungen schafft, und dann diese Vermittlung und die Gestaltung objektivierter Maßstäbe für deren Standardisierung als eigenartige Kooperation, abgesonderte Tätigkeiten durchführt, beschränkt die unmittelbare gesellschaftliche Bestimmtheit des gesamten Prozesses nicht nur auf einen relativ selbständig gewordenen Zweig dieses Prozesses. Die Objektivationsform, die das Maß für die Vermittlung bestimmt, die Normstruktur des Rechts werden durch die Rechtsschöpfung geschaffen. Dadurch wird aber der auf die Gesamtheit des rechtlichen Bewegungsprozesses ausgeübte Einfluß der sozial-ökonomischen Prozesse nicht aufgehoben. Nachdem die sozial-ökonomische Determination im Hinblick auf die Gesamtheit des rechtlichen Bewegungsprozesses - auf den Vermittler wie auf das Vermittelte - gleichfalls zur Geltung kommt, hängt es vom gesellschaftlichen Gesamtprozeß, von dessen Gesamtbewegung ab, ob der vermittelnde Existenzkomplex seine Funktion erfüllen kann, oder dieser durch die sozial-ökonomische Gesamtbewegung beseitigt wird und diese die vermittelnde Aufgabe ohne ihn erledigt. Die rechtliche Normstruktur bekommt also nur insofern eine tatsächlich vermittelnde Rolle, als sie mit dem Gesamtkomplex und seinen Entwicklungstendenzen im Einklang steht und ihre objektiven Bedürfnisse befriedigt. Wenn also die Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung letzten Endes durch dieselben sozial-ökonomischen Faktoren determiniert werden, so bedeutet dies, daß sich sowohl in der Rechtsschöpfung als auch in der Rechtsanwendung diese Faktoren auf doppelte Weise: teilweise durch die andere Seite des rechtlichen Bewegungsprozesses vermittelt, teilweise selbständig, unmittelbar melden. Die Rechtsanwendung ist aus diesem Grunde ein sozial-rechtlicher Prozeß doppelter Determiniertheit. Als indirekte Determinierung wird ihre Gesell-

schaftlichkeit durch die in der Rechtsschöpfung objektivierete Normstruktur vermittelt, sie wird aber auch unmittelbar Gesellschaft durch die Anwendung dieser Normstruktur - was im Wechsel der formalen Unsicherheiten der Rechtsanwendung zur inhaltlichen Sicherheit, in der Veränderung der logischen Nicht-Notwendigkeiten zur gesellschaftlichen Notwendigkeit zum Ausdruck kommt.

2. Das dialektische Zusammenspiel der rechtsschöpferischen und rechtsanwendenden Rechtsentwicklung

Die doppelte Gebundenheit der Rechtsanwendung bedeutet, daß diese beiden Determinanten nicht nur einander stärken können, sondern sich auch gegenseitig dauernd schwächen und sogar zerstören können. Die Rechtsentwicklung erzeugte einerseits die rechtliche Objektivierung als ein solches Maß der rechtlichen Vermittlung, die in der Geschichte der Sozialisierung der Gesellschaft immer größere Bedeutung erlangte und die eine umfassend organisierte industrielle Gesellschaft gar nicht mehr dauerhaft entbehren kann. Andererseits hat sie mit den gescheiterten Versuchen in beinahe zwei Jahrtausenden bewiesen, daß zwar die Rechtsschöpfung die schöpferische Rolle der Rechtsanwendung extrem zurückdrängen kann, die relative Unabhängigkeit von ihr aber nicht ausschalten und letztere nicht zur mechanischen Anwendung von Recht verurteilen kann. Innerhalb der beiden vorstellbaren Extreme zeigte sich die Rechtsentwicklung in den verschiedensten Formen, wobei entweder die Rechtsschöpfung oder die Rechtsanwendung in den Vordergrund trat.

Als allgemeine Tendenz können wir nur die zunehmende Bedeutung der Rechtsschöpfung feststellen. Das Rechtsschöpfungs- und Rechtsanwendungsmodell jedoch, das der adäquate Ausdruck des dem Sieg der bürgerlichen Revolutionen folgenden Kapitalismus der freien Konkurrenz war, geriet in weniger als einem Jahrhundert endgültig in die Krise, denn es vermochte die Herausforderung der monopolistischen Entwicklung nicht entsprechend zu beantworten. Der Ausweg aus der Krise wurde in der Entfaltung des Modells umgekehrter Richtung und Vorzeichen der Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung gesucht; im Verzicht auf die Rechtsschöpfung als abgesonderte Funktion und in der Lösung der Aufgabe der Rechtsentwicklung als praktische rechtsanwendende Aufgabe. Dieses Extrem erwies sich

ebenfalls als provisorisch. Aber nicht darum, weil ein weiterer Rollenwechsel begann, sondern weil die Lage der Rechtsschöpfung auf eine solche Weise stabilisiert wurde, die diese - im Rahmen des gesetzten Rechts - gleichzeitig auch labilisiert.

Die sozialistische Rechtsanwendung kannte in ihrem eigenen System keine exegetischen Übertreibungen. Dank einem zufälligen zeitlichen Zusammenfall begannen die sozialistischen Revolutionen sowieso zur Zeit des europäischen Siegeszuges der Freirechtsbewegung die rechtliche Gestaltung der sozialistischen Gesellschaft. Als sie also die Konsolidierung ihrer Entwicklung in Angriff nahmen, konnten sie nicht nur aus den negativen Erfahrungen der Exegese, sondern auch aus denen der diese ablösenden Freirechtsbewegung schöpfen. Die sozialistische Revolution forderte die vollständige Überwindung der bürgerlichen Vergangenheit. Es wurde ein solches Rechtssystem institutionalisiert, welches die rechtsanwendende Adaption und im allgemeinen die Formen der Rückkopplung ohne Verletzung der Gesetzlichkeit und sogar der Priorität des Gesetzes sichert, während auch die Rechtsschöpfung selbst für geplant unvollendet, für eine durch die gesellschaftliche Entwicklung aktualisierte kontinuierliche Aufgabe betrachtet wird. Im allgemeinen werden also Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung wahrhaft als die unzertrennbar aufeinander angewiesenen beiden Seiten des Bewegungsprozesses des Rechts betrachtet, die einander und nicht gegeneinander, aber in gegenseitigem Interesse voraussetzen. Von der Gegenwart ausgehend scheint es deshalb gewiß zu sein, daß die absehbare Zukunft nicht die Verschrumpfung der Rechtsanwendung, sondern eher die noch bewußtere und vergesellschaftlichte Entfaltung ihres schöpferischen Charakters und ihrer relativen Selbstständigkeit entfalten wird.

3. Der funktionelle Zusammenhang zwischen Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung

Die Richtung des Bewegungsprozesses von Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung ist gegenläufig. Ihr Wesen und ihr spezifischer Existenzsinn liegt aber nicht in ihnen selbst, sondern jeweils im anderen - genauer in der funktionellen Verflechtung mit dem anderen. Ihr notwendiges Aufeinanderangewiesensein bildet so eine Gemeinschaft

auf dem Niveau des Rechts als gesellschaftlicher Totalität. Wenn wir von den Teilkomplexen des Rechts und seiner eigentümlichen Funktionsverteilung absehen und unsere Aufmerksamkeit auf das Recht, als einen auch in seiner Komplexität einheitlichen, von anderen Komplexen abgesonderten vermittelnden Existenzkomplex, konzentrieren, erscheinen von diesem Gesichtspunkt aus auf dem Boden der Allgemeinheit und besonders des Verhältnisses zur Politik, das diese konzentriert ausdrückt, die Rechtsschöpfung und Rechtsanwendung letzten Endes als zwei beigeordnete Mittel der staatlichen Politik. Die unmittelbare Gesellschaftlichkeit ist nämlich nicht nur das Privileg der Rechtsschöpfung. Die Vermitteltheit der Rechtsanwendung durch die Rechtsschöpfung ergibt ihr Spezifikum, die auch unmittelbar zur Geltung kommende Determiniertheit hingegen die über den Kreis des Rechts hinausgehende unmittelbare praktische Bedeutsamkeit.

Die Rechtsanwendung und ihre theoretische Konzeption: Die Studie unternimmt den Versuch, einige Grundfragen der marxistischen Theorie der Rechtsanwendung aufgrund der Rechtsauffassung von Georg Lukács' Ontologie zu klären. Für Lukács stellt das geltende Recht das Produkt einerseits der mittelbar, durch die Rechtssetzung wirkenden geschichtlichen Determination, andererseits der unmittelbar, durch die Rechtsanwendung wirkenden gesellschaftlichen Determination dar. Die Rechtsentwicklung selbst ist die kontinuierliche Neuentstehung und Lösung dieses inneren Widerspruches. Die Rechtsanwendung ist dementsprechend ein solcher gesellschaftlich-rechtlicher Prozeß, der sich von einer durch im voraus gesetzte Entscheidungsmuster nur geringfügig beeinflussten Konfliktauflösung zu einer durch solche Muster determinierten Konfliktsentscheidung, zu deren deduktiver oder induktiver Auffassung, entwickelte. Die Interpretation des Rechts wird somit mit der Qualifikation des Tatbestandes verknüpft als eine aktuelle Konkretisierung des Rechts hinsichtlich der Fakten des Falles. Die Studie befaßt sich mit Einzelfällen der schöpferischen Rolle der Rechtsanwendung, wie das Ausfüllen von Rechtslücken, die Anwendung allgemeiner und wertender Sätze, sowie Diskretion und Billigkeit. Zum Schluß wird die Verknüpfung der Rechtssetzung und Rechtsanwendung behandelt, ihre gemeinsame gesellschaftliche Quelle und Determiniertheit, ihr Zusammenspiel in der Rechtsentwicklung und ihre gegenseitige funktionelle Abhängigkeit.

Csaba Varga
(Budapest)

Über die Rechtsanwendung - Ontologische Überlegungen

In den vergangenen Jahren wurde durch marxistische Rechtstheoretiker im Ergebnis auch soziologischer Untersuchungen zunehmend die These bezweifelt, daß die Rechtsanwendung ausschließlich und in vollem Maße durch die Rechtsetzung bestimmt wird. Diese Behauptung würde bedeuten, daß die gesellschaftliche Wirklichkeit vor der Praxis des Richters haltmacht und diese nur mittels der Rechtsetzung von der gesellschaftlichen Wirklichkeit beeinflusst wird. Kálmán Kulcsár betonte: "Das menschliche Verhalten wird im gesellschaftlichen Maße ... durch dieselben Faktoren oder mindestens zum größten Teil durch dieselben Faktoren gelenkt, die auch die Rechtsregeln zustande bringen."¹ Genauer betrachtet ergeben sich also zwei Ebenen, in denen die gesellschaftliche Wirklichkeit in der Rechtsanwendung zur Geltung kommt. Zum einen mittelbar, durch die Rechtsetzung, durch ihre geschichtliche Bestimmtheit, und zum anderen unmittelbar, durch die jeweilige Bestimmtheit der konkreten gesellschaftlichen Situation, in der die Rechtsanwendung stattfindet.

Die Entscheidungsfindung des Richters geht demnach keinesfalls in einem gesellschaftlichen Vakuum vor sich. Im Gegenteil: Es handelt sich um einen gesellschaftlichen Prozeß, der von mehreren Faktoren beeinflusst wird und der sich in einer bestimmten soziologischen Situation (als dem gesellschaftlichen Umfeld des jeweiligen Rechtsanwendungsprozesses) vollzieht, einer Situation, die alle Wirkungen, die bei der fraglichen Entscheidung eine Rolle spielen, in sich aufnimmt und dann dem Bedingungssystem und den Gesetzmäßigkeiten des eigenen Aufbaus und ihrer Struktur entsprechend wieder ausgibt.²

Wenn jemand annehmen würde, daß man aus irgendwelchen Gründen keine soziologische Einsicht in die Kräfte haben kann, die hinter der Fassade eines normorientierten Rechtsanwendungsmodells in ständiger Bewegung sind, so sollte die logische Analyse der Struktur der rechtlichen Argumentation allein genügen, um ihn von der ursprünglichen Gesellschaftlichkeit des Rechtsanwendungsprozesses

zu überzeugen. Zum einen davon, daß die Beziehung zwischen Normtext und konkretem Sachverhalt vor allem und grundlegend eine Beziehung zwischen Inhalten ist, die in gewissem Sinne elastisch ist und der nur formalen Behandlung oder dem Versuch der Zurückführung auf eine formale Beziehung widersteht; andererseits davon, daß weder die formale Analyse eines konkreten Tatbestandes noch die einfache Verknüpfung von Normtext und konkretem Sachverhalt ausreichen kann, um ein Urteil zu fällen und überzeugend zu begründen.

Auch in der sozialistischen Theorie gibt es zahlreiche Versuche zur Beschreibung der wirklichen Bewegung im gerichtlichen Verfahren. Sie basieren vor allem auf logisch-erkenntnistheoretischen³ und soziologischen⁴ Untersuchungen und setzen sich die Kritik der in der Rechtspolitik verborgenen ideologischen Elemente zum Ziel, wobei sie auf die eigentlichen Beweggründe und natürlich auf die Beschränktheit derselben hinweisen. Bekanntlich ist Ideologie nicht unbedingt synonym mit einer falschen oder gesellschaftlich nachteiligen Bewußtheit. Eine erkenntnistheoretische Ideologiekritik kann daher auf die eventuelle Falschheit der Ideologie hindeuten, ist aber nicht geeignet, uns ihrer wirklichen gesellschaftlichen Rolle näherzubringen. Weiter unten mache ich deshalb den Versuch, die wichtigsten ontologischen Bestandteile derjenigen gesellschaftlichen und geschichtlichen Situation zu entwerfen, in deren Rahmen die verschiedenen Momente der Rechtsanwendung sowohl im allgemeinen als auch im sozialistischen Recht zu bestimmen sind. Das macht die Erschließung der Bedingungen der Rechtsumformung sowie die Aufdeckung der Bedingungen notwendig, die dasjenige gesellschaftliche Umfeld umgestalten, das das Bedingungssystem der wirklichen Funktion des Rechts und der Schranken dieser Funktion bildet.⁵ Das zu verwirklichende Programm ist also beinahe dasselbe, das vor einem Jahrzehnt im Interesse der Ausarbeitung der wirklichen dialektischen Logik des Rechts formuliert worden ist: Man soll der Erscheinung überlassen, ihre eigene Logik zu entfalten, zusammen mit allen Gesetzmäßigkeiten, die ihren Bewegungsraum dadurch bestimmen, daß sie sich in ihrer Umgebung durchsetzen.

Das Recht hatte im Laufe seiner historischen Entwicklung zahlreiche Alternativen. Ihre gemeinsamen Charakterzüge sind:

1. Sie waren bestimmt, eine unmittelbare, jeweils konkret be-

stimmte gesellschaftliche Funktion zu erfüllen;

2. ihr Funktionieren war derart an das Erfüllungssystem des Rechts gebunden, daß sie ihre unmittelbare gesellschaftliche Aufgabe nur durch dessen Erfüllung verwirklichen konnten. Dieses Erfüllungssystem enthält immer zweierlei Prinzipien und Regeln, diejenigen nämlich, die a) das Schaffen und b) das Funktionieren des fraglichen Systems betreffen. Die gemeinsame Bezeichnung für die Erfordernisse, die das Schaffen des Systems betreffen, ist die Gültigkeit, während die das Funktionieren des Systems betreffenden Erfordernisse als Gesetzmäßigkeit bezeichnet werden können. Durch die Bestimmung der Kriterien der Rechtmäßigkeit zieht die Geltung den Kreis, innerhalb dessen eine Erscheinung rechtlich genannt werden kann. Die Gesetzmäßigkeit ist nun nichts anderes als die Verwirklichung der sich aus dem Recht ergebenden Forderungen durch die Rechtsanwendung in der alltäglichen Praxis. Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit weist also gleich auf das Prinzip der Rechtsgeltung zurück. Durch das letztere wird bestimmt, um die Einhaltung welcher Forderungen es geht. Als das kontinentale Recht sich zu einem modernen formalen Recht entwickelte, gestalteten sich dabei auch die Prinzipien des Schaffens und des Funktionierens des Rechtssystems neu. Die Geltung wurde zu einer formalen Geltung, die jeden Inhalt, der aus einer formal legitimen Quelle in einem formal legitimen Verfahren zustande gekommen ist, als Recht annimmt. Gleichermäßen wurde auch die Gesetzmäßigkeit neu formuliert, die auf die logische Unterordnung der Qualifizierung des Falls unter die Deutung des Normtextes gerichtet ist. Das Prinzip der formalen Gesetzmäßigkeit hat die Frage nach der Subsumtion sowohl auf theoretischer als auch auf praktischer Ebene zugespitzt aufgeworfen.

Ideologie und Theorie sind Bewußtseinsformen unterschiedlichen Charakters. Die Ideologie ist die Bewußtseinsform der Verwirklichung der menschlichen Tätigkeit; sie widerspiegelt das Bewußtsein, vermittelt dessen sich die menschliche Tätigkeit vollzieht. Ihre Qualität wird durch ihre Wahrheit oder Falschheit nicht beeinflusst, ihr einziges Kriterium ist die Wirksamkeit, mit der sie zur Ausführung der fraglichen Handlung beiträgt. Die Theorie ist dagegen die zusammenhängende und umfassende Beschreibung von etwas als Bestehendem, die im Gegensatz zur Ideologie gerade die

Wahrheit oder Falschheit als alleiniges Kriterium anerkennt. Nun besteht in der ontologischen Rekonstruktion der eigenartige, sie von der erkenntnistheoretischen unterscheidende Zug, daß sie aufdecken kann, welche entwicklungsfördernde Rolle falsche Bewußtseinsformen spielen können; sie ist obendrein imstande zu beweisen, daß gewisse Formen falschen Bewußtseins zur Ausführung irgendeiner Tätigkeit geradezu notwendig sein können, wie wir das am Beispiel des juristischen Berufs gleich sehen werden. Die einzige Aufgabe der Theorie kann daher nur im Aufzeigen der Natur der Ideologien bestehen, also in der Aufdeckung dessen, was für Rollen und auf welche Art sie diese spielen, ob sie inhaltlich wahr oder falsch sind. Es ist eindeutig, daß die Erscheinungen der Praxis von ihrer Bezeichnung nicht abhängen. Man kann mit den Erscheinungen nach Belieben frei operieren, aber über die ideologischen Termini hinaus und hinter der Fassade der durch sie geformten Aussagen ist man unbedingt gebunden, da das Eingreifen in die wirkliche Bewegung auch die Veränderung des wirklichen Antlitzes der Erscheinung nach sich ziehen würde.

Für den gewöhnlichen Menschen sowie für eine wirklich gesellschaftliche - von rechtspolitischen Überlegungen, die für den juristischen Beruf charakteristisch sind, befreite - Annäherung scheint es unproblematisch zu sein, daß das Recht letzten Endes nichts anderes ist als das, was in der Praxis der staatlichen Organe als ständiges Recht erscheint. Das klingt höchst pragmatisch, beinhaltet aber eine theoretische Erkenntnis von ausschlaggebender Bedeutung. Erstens besteht der eigentlich bestimmende Charakterzug einer Erscheinung aus der Sicht der alltäglichen Praxis und der ontologischen Rekonstruktion darin, daß sie eine Wirkung von gesellschaftlich bedeutsamem Maße hat. Das bedeutet, daß die Regelmäßigkeit der Entstehung, des Aufbaus der Erscheinung usw., an ihrem eigentlichen gesellschaftlichen Dasein gemessen, nur von sekundärer Bedeutung ist. In der Sprache der Ontologie von Lukács könnten wir sagen, daß die Möglichkeit und Tatsächlichkeit des spezifischen gesellschaftlichen Daseins primär ist; die Fragen, die die Wege und Mittel des Erzielens betreffen, sind im Verhältnis dazu nur von sekundärer Bedeutung. Folglich liegt die Betonung in der Bestimmung des Rechts vor allem auf der Vermittlung zwischen dem Recht als Teilkomplex und dem gesell-

schaftlichen Gesamtkomplex; die Prinzipien der Organisation und des Funktionierens des Rechts liegen also innerhalb des Teilkomplexes, sie sind nur insofern von allgemeinem Interesse, als sie die Verwirklichung oder die Wirksamkeit der Verwirklichung der erwähnten Vermittlung betreffen. Zweitens ist das Merkmal, das in der Geschichte der durch das Recht bewirkten Gesellschaftsorganisation am beständigsten zu sein scheint, nichts anderes als die Wirkung des Rechtskomplexes auf das gesellschaftliche Leben. Und die innere Differenzierung, die das Recht im Laufe seiner Entwicklung genommen hat, ist nur das Produkt einer langen Entwicklung, die sich auch in ihrer Form und den inneren Proportionen als veränderlich und relativ erweist. Selbst die begriffliche Trennung der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung ist das Produkt der gegebenen Entwicklungsperiode einer gegebenen geschichtlichen Alternative. Auch ihre Grenzzlinien und ihr relativer Umfang sind demnach nicht als ein für allemal fixiert anzusehen. Ihr Aufbau und die Grundzüge ihres Funktionierens, die Art und das Maß ihrer Wirkung, die Grenzen ihres Einflusses aufeinander, all das hängt von den jeweiligen konkreten Bedingungen ab, die nur aus der Gesamtbewegung des gesellschaftlichen Gesamtkomplexes abgeleitet werden können. Das will keinesfalls bedeuten, daß für die Rechtsbildung und die Rechtsanwendung ein Chaos charakteristisch wäre, das zwischen den gegenseitigen Übergängen keine Ruhe kennt, daß sie ein Antlitz hätten, das gar nicht erfassbar, nicht charakteristisch für sie wäre. Das deutet bloß an, daß der letzte Ausgang des Entscheidungsprozesses in solchen atypischen Grenzfällen, in denen einer rechtmäßig vorkommenden Lösung beträchtliche gesellschaftliche Kräfte gegenüberstehen, relativ offen ist und nur in einem Kampf entschieden wird, an dem alle am Konflikt beteiligten Kräfte teilnehmen können. Drittens, da das gesellschaftliche Sein einen unumkehrbar voranschreitenden Prozeß darstellt (vorschreitend in dem Sinne, daß das Sein, das in den Prozeß der Wechselwirkungen einmal eingebaut wurde, nicht mehr nicht-seiend sein kann), hat das Sein des Rechtskomplexes eine Prozeßhaftigkeit, die nur innerhalb des Gesamtkomplexes einen Platz und Sinn hat. Das bedeutet aber, daß der Rechtskomplex letzten Endes kein einziges Moment hat, das im Zustand der ständigen Bewegung als ein für allemal fixierter Identifikationspunkt

bestimmbar wäre. Die Bestandteile des Rechtskomplexes sind wieder als ein Kontinuum anzusehen, sie stehen mit den Bestandteilen des betreffenden Komplexes sowie mit den von anderen Komplexen in ständiger Wechselwirkung.

Es mag vielleicht provokativ oder geradezu anstößig klingen, aber aus diesen Bemerkungen ergibt sich in bezug auf das kontinentale Recht und auch auf das sozialistische Recht die Schlußfolgerung, daß das Recht angesichts seiner gesetzten Form und seiner gesellschaftlichen Funktionen nicht einfach ein Synonym oder die logische Abbildung des positiven Rechts ist. Das Recht ist etwas, was aus dem positiven Recht jeweils zustande gebracht wird, was durch das Medium des positiven Rechts in ständiger Umformung begriffen ist. Und dazu möchte ich noch hinzufügen, daß das gesellschaftliche Sein des Beziehungspunkts der rechtlichen Erscheinung, d. h. der rechtlichen Position, ausschließlich durch seine jeweilige Bedeutung erfaßt werden kann, die bekanntlich immer von der konkreten sprachlichen und gesellschaftlichen Textumgebung abhängt. Das Recht kann gerade durch diese vielfache Vermitteltheit und Indirektheit als Beispiel eines Hauptsatzes der Ontologie von Lukács gelten. Es handelt sich um die Vergesellschaftung als ein Merkmal, das in der gesellschaftlichen Entwicklung immer stärker in den Vordergrund rückt. Namentlich wird die Bewegung des gesellschaftlichen Gesamtkomplexes durch die Gesamtbewegung der einzelnen Teilkomplexe und ihrer Bestandteile verwirklicht, die sich zu einer unendlichen Reihe von Wechselwirkungen organisiert. Diesen Prozeß beschreibt Lukács mit der Kategorie der Vermittlung. Die Vergesellschaftung deutet nun auf die Entwicklungstendenz hin, daß der Prozeß der Wechselwirkungen in dem Maße gesellschaftlich bedingt, gesellschaftlich motiviert, sogar gesellschaftlich vermittelt wird, daß unilineare oder kettenreaktionsmäßige Prozesse nicht mehr vorkommen können; was vermittelt, wird selbst in jedem Fall und in jeder Richtung vermittelt. Eine solche innere Vermittlung offenbart sich auch in der Bewegung in der Sphäre des Rechts. Auf solche Art wird das Kontinuum, das dem Recht im Medium der jeweiligen Gesamtbewegung zum gesellschaftlichen Sein verhilft, zur gesellschaftlich aktualisierten Bedeutung der rechtlichen Normobjektivation.

Die Bedeutung existiert aber bekanntlich nicht an sich, son-

dern als eine gesellschaftliche Erscheinung, die im Prozeß der gesellschaftlichen Kommunikation, in ihrer Praxis geformt wird. Lukács nennt diesen Prozeß, in dem sich die Bedeutung aktualisiert, Manipulation. Beim Recht geschieht das im Laufe der Interpretation des Normtextes und der Feststellung des Tatbestandes. Die Normdeutung und die Tatbestandsfeststellung vollziehen sich aufeinander projiziert, in einer Einheit, im Rahmen eines Prozesses, in dem man zwei wesentliche Etappen unterscheiden kann: 1. den Ausdruck des konkreten Sachverhalts in der Alltagssprache als Objektsprache und 2. die Übersetzung dieses Ausdrucks in die Metasprache des Rechts, mit den rechtlichen Termini. Nach dem Begriffsgebrauch von Lukács bildet die Manipulation das praktische Medium, das das Sein der Norm und dadurch des ganzen Rechtskomplexes, d. h. die unumkehrbar vorwärtsschreitende Prozeßhaftigkeit, garantiert. Nach der Darlegung von Lukács folgt nun aus dem Umstand, daß "eine teleologische Setzung (das Gesetz) eine andere teleologische Setzung (seine Anwendung) hervorrufen soll", daß "die Dialektik, der daraus entspringende Konflikt der Klasseninteressen zum letztthin bestimmenden Moment wird, dem die logische Subsumtion nur als Erscheinungsform aufgelagert wird"⁶. Das bedeutet, daß sich das wirkliche Funktionieren des Rechts gerade aus der fortwährenden Manipulation des rechtlichen Normsystems zusammensetzt, die gesellschaftliche Konflikte zunächst zu Konflikten innerhalb des Rechts gestaltet und sie sodann in Wechselwirkung mit den formalen Erfordernissen zu bloßen Scheinkonflikten verfeinert. Wir können noch hinzufügen, daß es keinesfalls notwendig ist, daß sich dies in der alltäglichen rechtlichen Praxis als ein auffallendes Geschehnis vollzieht. In einzelnen Fällen kann es auch unbemerkbar oder sogar völlig unerkennbar sein. Nichtsdestoweniger können sich die Bestandteile dieses Prozesses während einer langen Periode zu beträchtlichen Richtungswechseln summieren. Lukács machte die Bemerkung: "Natürlich mag in bestimmten Anfangsstadien die Abweichung ganz minimal sein, aber es ist ganz sicher, daß die ganze Menschheit von solchen minimalen Verschiebungen abhängt."⁷

Aus dem vorher Gesagten kann man eindeutig entnehmen, daß die Rechtsanwendung keine theoretische, sondern eine weitgehend praktische Tätigkeit ist und sich auf eine Art und Weise vollzieht,

die von den allgemein anerkannten oder suggerierten Idealen weit entfernt ist.

Anmerkungen

- 1 K. Kulcsár, A jog nevelő szerepe a szocialista társadalomban (Die erziehende Rolle des Rechts in der sozialistischen Gesellschaft), Budapest, Közgazdasági és Jogi K. 1961, S. 76 f.
- 2 Vgl. K. Kulcsár: Situation in the law-application process. Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XII (1970) 3-4.
- 3 Vgl. z.B. vor allem J. Wróblewski, Sadowe stosowanie prawa (Die richterliche Rechtsanwendung), Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1972, und in der Sammlung seiner bedeutendsten Aufsätze, die das Thema betreffen, derselbe, Meaning and Truth in Judicial Decision, ed. by Aulis Aarnio, Juridica, Helsinki 1979.
- 4 Vgl. z.B. vor allem K. Kulcsár, A jogszociológia alapjai (Die Grundlagen der Rechtssoziologie), Budapest, Közgazdasági és Jogi K. 1976, bes. Kap. IV., Punkte 2-5.
- 5 Die Überlegungen weiter unten gründen sich angesichts ihres philosophischen Hintergrunds in hohem Maße auf dem postum publizierten Werk von G. Lukács A társadalmi lét ontológiájáról I-III (Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins), Budapest 1976, Magvető.-Als Versuch zu dessen rechtsphilosophischer Deutung und Anwendbarkeit für die marxistische Rechtsauffassung siehe z.B. C. Varga, The Place of Law in Lukács' World Concept, Budapest 1985, Akadémiai Kiadó, Kap. 5., und derselbe, Towards the Ontological Foundation of Law (Some thesis on the basis of Lukács' Ontology), in: Filosofía del derecho y problemas de filosofía social, coord. José Luis Curiel B., Band X, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico 1984. Einige weitere Zusammenhänge - in ontologischer Hinsicht - siehe C. Varga, "Recht und Rechtsverwirklichung: 'Juristisches Weltbild', Subsumtion und Manipulation", Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, LXX (1984) 2, und derselbe, Is law a system of enactments? Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XXVI (1984) 3-4.
- 6 G. Lukács, Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins, Band II. Im deutschsprachigen Originalmanuskript im Lukács-Archiv und Bibliothek in Budapest, S. 124.
- 7 Hans-Heinz Holz, Leo Kofler und Wolfgang Abendroth: Gespräche mit Georg Lukács, hrsg. von Theo Pinkus, Reinbek bei Hamburg 1967, S. 13.

Recht und Rechtsverwirklichung „Juristisches Weltbild“ Subsumption und Manipulation“

VON CSABA VARGA, BUDAPEST

1. Die Faktoren der Rechtsverwirklichung

Die gesellschaftliche Entwicklung stärkt die scheinbar eigengesetzlichen Momente des Rechtssystems. Dieser Prozeß steht mit der Oberhandgewinnung der Geltung des Rechts im Zusammenhang, welche die scharfe, formale Differenzierung des Rechts von jeder anderen gesellschaftlichen Erscheinung ermöglicht. Die Betonung der Form ist hingegen Folge der Vergesellschaftlichung. Dieser ist es zu verdanken, daß „eine bewußt gesetzte Form . . . in höheren Formen der Gesellschaftlichkeit auf die meisten Prozesse des gesellschaftlichen Seins bestimmend einwirkt“ (P, S. 161, MS, S. 236). Es ist also auch für Lukács offenbar, daß „so differenziert jedoch die Rechtsinhalte in ihrer Genesis und ihrer Geltung auch sein mögen, zu einer solchen Gleichartigkeit sich die Rechtsform erst im Laufe der Geschichte entwickelt; je reiner gesellschaftlich das gesellschaftliche Leben wird, desto stärker und reiner“ (Sz, S. 212, MS, S. 112–113). Mit anderen Worten und im weiteren Zusammenhang bedeutet dies, daß „die Rechtssphäre ihre Aufgabe im System der Arbeitsteilung – je entwickelter diese ist, desto verschiedener – nur erfüllen kann, wenn sie alle Tatsachen des gesellschaftlichen Lebens zu einer extremen Zugespitztheit der Entäußerung führt“ (Sz, S. 483, MS, S. 987–988).

Wir müssen zur Kenntnis nehmen, daß hier Lukács im wesentlichen nichts anderes tut, als die Konsequenzen der Weberschen Analyse in sein eigenes Ge-

- Diese Abhandlung beruht auf der rechtstheoretischen Deutung des posthumen Werkes von Georg Lukács, *Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins*. Das Werk ist in vollem Umfang nur in ungarischer Sprache als Übersetzung erschienen: *A társadalmi lét ontológiájáról* B. I–III (Budapest: Magvető 1976) (im weiteren Sz: „Szisztematikus fejezetek“ – Systematische Abschnitte, B. II; P: „Prolegomena“ – Prolegomena, B. III). Das deutschsprachige Originalmanuskript (im weiteren: MS) befindet sich im Lukács-Archiv und Bibliothek in der Verwaltung des Philosophischen Instituts der Ungarischen Akademie der Wissenschaften. Über seine Vorarbeiten informiert: Hans-Heinz Holz, Leo Kofler und Wolfgang Abendroth, *Gespräche mit Georg Lukács*, hrsg. v. Theo Pinkus (Reinbek bei Hamburg: Rowohlt 1967) (im weiteren G). Zum Thema zusammenfassend s. vom Verfasser: *The Place of Law in Lukács' World Concept* (Budapest: Akadémiai Kiadó, im Druck); von den früheren Teilanalysen, s. „Geltung des Rechts – Wirksamkeit des Rechts“ in *Die gesellschaftliche Wirksamkeit des sozialistischen Rechts – Probleme ihrer Begriffsbestimmung und Messung* hrsg. v. Karl A. Mollnau (Berlin: Institut für Theorie des Staates und des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR 1978), S. 138–145; „The Concept of Law in Lukács' Ontology“ in *Rechtstheorie* 10 (1979), S. 321–337, und „Towards a Sociological Concept of Law: An Analysis of Lukács' Ontology“ in *International Journal of the Sociology of Law*, 9 (1981), S. 157–176.

dankensystem einzubauen. Er geht über den Untersuchungskreis von „Verdinglichung und das Bewußtsein des Proletariats“ kaum hinaus, die Analyse ist trotzdem eine selbstkritische Überschreitung des zur Zeit der Verfassung von „Geschichte und Klassenbewußtsein“ eingenommenen Standpunktes. Er bricht mit der Dramatisierung von vor einem halben Jahrhundert früher, in welcher er, von einer messianistischen Leidenschaft getrieben, die Rationalisierungstendenzen, welche sich parallel zur Entwicklung des Warenaustausches entfalteten, noch als verunmenschlichendes Wesen des Kapitalismus verdammte¹. Nun scheint er nur die in der Wirklichkeit erfolgten Veränderungen kühl zu registrieren.

Ich sehe darin eher die Erkenntnis der inneren Tendenzen und treibenden Kräfte des mit der Fortentwicklung der Vergesellschaftung zwangsweise erfolgenden universellen Prozesses, als die negative Beurteilung dieses Prozesses, die die Schüler-Kritiker von Lukács vorgenommen haben². Wenn dem nicht so wäre, würden wir in einen unauflösbaren Widerspruch mit der Frage geraten, warum der Sozialismus die Rationalisierung auf ein immer höheres Niveau hebt, und warum es ein zwangsweiser Charakterzug auch der gesellschaftlichen Regelung wird, die im Hinblick auf den Kommunismus überhaupt vorgestellt werden kann³. Es handelt sich hier um solche Fragen, in deren Zusammenhang das Schweigen von Lukács nur mit der Annahme der oben ausgeführten Tatsachen erklärt werden kann.

Wie Lukács darlegt, „strebte der Kapitalismus . . . notwendigerweise sowohl einer universellen rechtlichen Regelung aller gesellschaftlichen Aktivitäten zu, wie [er] zugleich die Überlegenheit und damit die Autorität der zentralen Regelung allen anderen gegenüber zu einer Hauptfrage des gesellschaftlichen Lebens machte“ (Sz, S. 214, MS, S. 115). Er bezeichnet also eine – historisch zuerst wirklich im Kapitalismus der freien Konkurrenz entfaltete – Tendenz: „je mehr das zu einem normalen und prosaischen Regulator des Alltagslebens wurde, desto mehr verschwindet im allgemeinen sein in der Entstehungszeit erworbenes Pathos, desto stärker werden in ihm die manipulationsmäßigen Elemente des Positivismus. Es wird zu einer Sphäre des gesellschaftlichen Lebens, wo die Folgen der Taten, die Chancen des Gelingens, die Risiken der Verluste ähnlich kalkulationsmäßig erfaßt werden, wie in der ökonomischen Welt selbst. Freilich mit dem Unterschied, daß erstens zumeist von einem – allerdings relativ selbständigen – Annex der wirtschaftlichen Aktivität die Rede ist, wobei das gesetzlich Erlaubte, im Konfliktfall das prozessual Wahrscheinliche, den Gegenstand einer besonderen Kalkulation innerhalb des wirtschaftlichen Hauptzwecks ausmacht;

¹ S. vom Verfasser: „Lukács 'History and Class Consciousness' and its Dramatized Conception of Law: A Contribution to the Development of Marxist Legal Thinking“, *Contemporary Conceptions of Law*, ed. Paul Trappe (IVR 9th World Congress, Basel 1979) (Wiesbaden: Steiner 1982), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Supplementa, Vol. 1, Part 2.

² F. Feher, A. Heller, Gy. Markus, M. Vajda, „Notes on Lukács' Ontology“ in *Telos* (Herbst 1976) Nr. 29, S. 110.

³ S. vom Verfasser: „Rationality and the Objectification of Law“ in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LVI(1979) 4, S. 68 ff.

zweitens daß man neben der wirtschaftlichen Kalkulation besondere Spezialisten braucht, um diese akzessorischen Voraussichten möglichst genau zu berechnen“ (Sz, S. 215, *MS*, S. 116–117).

Im Interesse der Voraussehbarkeit, der Kalkulierbarkeit, muß das System der Rechtsnormen als logisches System entwickelt werden, dies geht aber hinsichtlich seiner Schöpfung und Anwendung gleichfalls mit bestimmten Konsequenzen einher. „Die neue Fetischisierung besteht nun darin, daß das Recht . . . als ein festes, zusammenhängendes, 'logisch' eindeutig bestimmtes Gebiet behandelt wird, und zwar nicht nur in der Praxis als Gegenstand der reinen Manipulation, sondern auch theoretisch als ein immanent abgeschlossener, nur mit der juristischen 'Logik' richtig handhabbarer, selbstgenügsamer, in sich abgeschlossener Komplex“ (Sz, S. 215–216, *MS*, S. 117).

Diese sachliche Beschreibung des Charakterzuges der modernen Rechtsentwicklung, ihrer Verselbständigungstendenz, wird im Vergleich zu dem in „Geschichte und Klassenbewußtsein“ formulierten Standpunkt insofern erweitert, als Lukács den ideologischen und gleichzeitig seinsmäßigen Charakter dieses Prozesses eindeutig erkennt. Genauer umschrieben denke ich an die Entfaltung der Heterogenität der einzelnen Teilkomplexe in der Ontologie der Komplexe sowie daran, daß sich auch der Rechtskomplex zu einem immer selbstständigeren, entsprechend seinen Gesetzmäßigkeiten ausgebildeten und so auch seine eigenen Bestimmungen immer konsequenter zur Geltung bringenden System entwickelt. Dies könnte zu einem Gebilde führen, das von gnoseologischem Aspekt her größtenteils nur Willkürlichkeit aufwiese, zumal da die Erkenntnis seiner Eigenschaften allein von der Seinsmäßigkeit seiner praktischen Tätigkeit her möglich ist.

Im Rechtskomplex ist auf diese Weise ein eigenartiger Gegenstand gegeben, der sein aufrechterhaltendes-operierendes-reproduzierbares Subjekt: die fachkundigen, professionell tätigen Juristen voraussetzt. Im Juristensein ist es nicht eigenartig, daß sie in der gesellschaftlichen Kooperation einen selbständigen Platz einnehmen. Viel mehr, daß für ihre Tätigkeit ebenfalls das ideologische Moment kennzeichnend ist, welches wir gnoseologisch vergebens analysieren würden, denn wir würden hier zur Feststellung der Willkürlichkeit gelangen – die gedanklich nicht mehr weiterführt. Eben in diesem Zusammenhang lohnt es sich, darauf aufmerksam zu machen, daß Lukács der spontanen Entwicklung der Sprache die nicht einfach bewußte, aber direkt spezifisches Bewußtsein beanspruchende Entwicklung des Rechts gegenüberstellt. Das Recht ist also „ein Spezialgebiet der menschlichen Aktivitäten, das nur dann existieren, funktionieren, sich reproduzieren kann, wenn die gesellschaftliche Arbeitsteilung eine dafür spezialisierte Menschengruppe delegiert, deren auf diese Spezialität gerichtetes Denken und Handeln die hier nötige Arbeit mit einer gewissen Bewußtheit verrichtet. (Wie weit diese Bewußtheit notwendig in einem bestimmten Sinne eine falsche sein muß, gehört nicht hierher).“ (Sz, S. 229, *MS*, S. 137).

Bereits aus dem Gesagten geht hervor, daß Lukács den Juristen ontologische Bedeutung zugeschrieben hat. „Die Differenzierung der gesellschaftlichen Arbeitsteilung hat . . . auch die Berufsjuristen geschaffen. Erst damit vollendet sich die besondere Seinsart des Rechts als Ideologie“ (Sz, S. 485, *MS*, S. 990). 175

Eigentlich wäre es für den angelsächsischen und skandinavischen juristischen Realismus charakteristisch, die Juristen auf ein solches Piedestal zu heben; dessen Theorie und rechtliche Einrichtung war aber für Lukács gewiß eine terra incognita. Die Annahme ist also nicht unbegründet, daß die Inspiration von Weber stammen könnte. (Natürlich hat die Frage rein philologischen Charakter, denn wir sprechen von Inspiration – und nicht von Einfluß.) Lukács bringt also die Juristen ontologisch mit dem Recht in Zusammenhang. Die Aufgabe dieser Körperschaft ist, das Recht zu pflegen und zu betätigen, die Reproduktion des Rechtskomplexes zu sichern.

Es ging bereits aus dem Gesagten hervor: im Interesse der verhältnismäßig selbständigen Erfüllung seiner Vermittlungsfunktion tritt das Recht als eine auch in sich ausreichende Regelungsmacht auf. All dies wird durch solche offiziell deklarierten Erscheinungen unterstützt, wie sein eigenes „Erfüllungssystem“, seine logische Organisiertheit und seine logisch bedingte Funktion. Im Zusammenhang mit der Rolle der Juristen ist es deshalb interessant, weil für die ideologische Aufrechterhaltung und Reproduktion dieses Anscheins vor allem die Juristen verantwortlich sind. Und es muß bemerkt werden, daß Lukács dies wirklich als Verantwortung hinnimmt, denn er schreibt: „Es ist ein elementares Lebensinteresse von solchen Spezialistenschichten, ihre Tätigkeit im Gesamtkomplex als eine möglichst gewichtige erscheinen zu lassen, die stärksten Widerstände gegen eine seinsmäßig richtige Erfassung der Ideologien pflegen gerade solche Spezialistenschichten auszulösen“ (Sz, S. 486, MS, S. 992). Seine Ausführung schließt mit einer ziemlich strengen Behauptung: „Der wirkliche Charakter des Rechts kann also nur so herausgestellt werden, daß diese glorifizierende Entstellung als das begriffen wird, was sie ist, als eine Ideologisierung der Ideologie, die notwendig entsteht, wenn die gesellschaftliche Arbeitsteilung eine Spezialistenschicht zu ihrer Pflege delegiert“ (Sz, S. 487, MS, S. 992).

Nun, einer jeden fetischisierenden Verzerrung gegenüber hat Lukács unbedingt Recht. In diesem Zusammenhang erwähnt er aber die ideologischen Momente nicht, welche die Entstehung und Betätigung des Rechtssystems notwendigerweise durchdringen, und welche er an anderer Stelle ebenfalls als Zeichen der spezifischen Eigenartigkeit des Rechts bewertete. Die Totalitätsanschauung der Ontologie weist in Richtung der einzigen möglichen Lösung. Und es ist nichts anderes als die gleichzeitige Erkenntnis, daß der Gesamtkomplex letzten Endes bestimmend, aber innerhalb seiner der Rechtskomplex andersartig sei. So kann, wenn wir den logischen Anschein des Rechts mit der Wirklichkeit konfrontieren, das Ergebnis nur der Ausdruck der inneren Widersprüchlichkeit der an das Recht gestellten Anforderungen sein.

Die formelle Rationalisierung des Rechts geht also mit der Oberhandgewinnung der Frage seiner praktischen Betätigung einher. Damit also, daß „das immer abstrakter werdende Allumfassen des modernen Rechts, der Kampf um die rechtliche Regelung möglichst aller lebenswichtigen Aktivitäten – ein objektives Symptom des Gesellschaftlichwerdens der Gesellschaft ist“. „So wird das jeweilige positive Recht im Positivismus zu einem praktisch äußerst wichtigen Gebiet, dessen gesellschaftliche Genesis, dessen gesellschaftliche Entwicklungsbedingun-

gen, auch theoretisch immer gleichgültiger neben seiner rein praktischen Nutzbarkeit erscheinen“ (Sz, S. 215, *MS*, S. 116, 117). Die praktische Nützlichkeit führt uns wieder zur ontologischen Annäherung: zur Wirksamkeit als zum letzten Kriterium der gesellschaftlichen Existenz jedweder gesellschaftlichen Erscheinung.

Lukács verweist an dieser Stelle zustimmend auf Jellinek, der bei der Analyse der ununterbrochenen Wechselwirkung zwischen der gesellschaftlichen Gesamtp Praxis und der tatsächlichen Geltung der Rechtsbestimmungen von der normativen Macht der Sachmäßigkeit sprach (Sz, S. 216)⁴. Wie formuliert Lukács? Er spricht über „das gleichzeitige Nebeneinanderbestehen und Ineinanderverschlungensein des geltenden Systems des positiven Rechts und der ökonomisch-sozialen Tatsächlichkeit im Alltagsleben“ (Sz, S. 216, *MS*, S. 118), darüber, daß „sowohl die Tatsache selbst, wie ihre offizielle Anerkennung sich als gesellschaftlich-geschichtliches Ergebnis des Klassenkampfes in einer jeweils konkreten Gesellschaft erweist, als eine ständige dynamisch-soziale Wandlung dessen, was als rechtliche Tatsache betrachtet und offiziell anerkannt wird“ (Sz, S. 219–220, *MS*, S. 123), ferner über den Widerspruch „zwischen Immanenz, Abgeschlossenheit des Rechtssystems und seiner ununterbrochenen Korrektur durch die Faktizitäten des gesellschaftlichen Lebens“ (Sz, S. 225, *MS*, S. 130).

Wir müssen hier auf die Attribute aufmerksam werden – „gleichzeitig“, „ständig“, „ununterbrochen“ –, welche auch in bezug auf die Rechtsnormen die Prozeßhaftigkeit betonen. Jene Prozeßhaftigkeit, welche Lukács als irreversibel progressierend bezeichnete.

Als Eigenart der Rechtsvermittlung analysierten wir bereits die doppelte teleologische Setzung: daß der Rechtskomplex die Verwirklichung des grundlegenden gesellschaftlich-politischen Ziels dadurch fördert, daß inzwischen – durch seine eigene Setzung – sich selbst verwirklicht. Es ist dies ein allgemeines Grundprinzip der Tätigkeit des Rechts. Gleichzeitig ist es auch selbst das Ergebnis einer Setzung, eine gesellschaftlich mehr oder weniger offiziell erklärte Anforderung. Eine solche Idee also, deren Geltung im allgemeinen als wünschenswert betrachtet wird, kann jedoch nicht so bestimmend werden, daß sie die jeweilige Wirkung und letzte Geltung des Gesamtprozesses aufheben würde.

Die tatsächliche gesellschaftliche Wirklichkeit der Idee der Legalität hängt deshalb letzten Endes auch davon ab, in welchem Maße sie die Unterstützung des Gesamtprozesses hinter sich weiß. Wenn nämlich zwischen der gesellschaftlichen Gesamtbewegung und der – den Anforderungen der Legalität entsprechenden – Vermittlung ein Widerspruch entsteht, hängt es von deren konkreten Verhältnissen, den konkreten Bedingungen der Geltung der gegen einander wirkenden Einflüsse ab, wie der Widerspruch gelöst wird. Bei solchen Gelegenheiten geschieht es auch, daß die relative Selbständigkeit des Rechts in ihrer Totalität zum Vorschein kommt. Die Art und Weise der Lösung des Widerspruchs kann sich auf der breitesten vorstellbaren Skala – von der vorrangigen Geltung des

⁴ Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Auflage (Berlin: Springer 1922) S. 334 und 339.

Rechts der Wirtschaft gegenüber über die in verschiedene Gewänder gehüllten Kompromisse bis hin zur offenen Überwindung oder Zerstampfung des Rechts reichen.

Die Behandlungsweise von Lukács inspiriert, daß gesellschaftlich die beiden Extreme bei weitem nicht typisch sind – d.h. weder die vollkommene Harmonie noch die starre Konfrontation mit dem Gesamtprozeß –, also nicht die beiden Pole, welche Engels so drastisch zugespitzt formulierte⁵. Daraus folgend ist auch in der Rechtsanschauung von Lukács nicht die Anerkennung der Möglichkeit der Extreme das neue Element, sondern gerade das ununterbrochene Nacheinander der sich auf unterschiedliche Weise äußernden Mittelwege: ein solches praktisches Leben des Rechts also, das sich genau in der ständige Bewegung zeitigenden Prozeßhaftigkeit der Mittelwege offenbart.

Auf die Unvollendetheit, Prozeßhaftigkeit des Systems des Rechts, auf seine ununterbrochene Entwicklung, verwies bereits Engels, als er schrieb: „So besteht der Gang der ‘Rechtsentwicklung’ großenteils nur darin, daß erst . . . ein harmonisches Rechtssystem herzustellen gesucht wird, und dann der Einfluß und Zwang der ökonomischen Weiterentwicklung dies System immer wieder durchbricht und in neue Widersprüche verwickelt“⁶.

2. Recht und Logik

Das Problem der Subsumtion und die Manipulation

Die Aufgabe ist auf diese Weise die ontologische Erklärung der sich im alltäglichen Leben des Rechts äußernden Prozeßhaftigkeit. Unser natürlicher Ausgangspunkt ist wieder der Anspruch auf die Absehbarkeit des Rechts, der in der Neuzeit die Neugestaltung des Rechts als formelles System mit sich brachte. In den Augen von Lukács ist es nur eine der zahlreichen Konsequenzen, daß „damit das Problem der Subsumtion aktuell wird und mit ihr die in ihr entstehenden spezifischen Diskrepanzen“ (Sz, S. 22, MS, S. 124). In der Beschreibung des Prozesses folgt er Max Weber. Immerhin – teilweise aus Weberschen Elementen – baut er eine solche ontologische Erklärung auf, welche die Ergebnisse der Weberschen Rechtssoziologie sowohl methodologisch, als auch in den theoretischen Konsequenzen weit übertrifft.

Den zur Frage stehenden Prozeß charakterisiert Lukács wie folgt. Das Problem der Subsumtion „erhält aber eine besondere Gestalt dadurch, daß eine teleologische Setzung (das Gesetz) eine andere teleologische Setzung (seine Anwendung) hervorrufen soll, wodurch die früher erwähnte Dialektik, der daraus entspringende Konflikt der Klasseninteressen zum letztthin bestimmenden Moment wird, dem die logische Subsumtion nur als Erscheinungsform aufgela-

⁵ Engels an Schmidt (London, d. 27. Oktober 1890) in: Karl Marx und Friedrich Engels, *Ausgewählte Werke in zwei Bänden*, B. II (Moskau: Verlag für fremdsprachige Literatur 1950) S. 463.

⁶ Engels, ebenda S. 464.

gert wird“ (Sz, S. 220, MS, S. 124). „Das Funktionieren des positiven Rechts beruht also auf der Methode: einen Wirbel von Widersprüchen so zu manipulieren, daß daraus nicht nur ein einheitliches System entstehe, sondern ein solches, das fähig ist, das widerspruchsvolle gesellschaftliche Geschehen praktisch, mit einer Tendenz aufs Optimale, zu regeln, sich jeweils elastisch zwischen antinomischen Polen — z.B. nackte Gewalt und ans Moralische grenzendes Überzeugenwollen — zu bewegen, um im Verlauf der ständigen Gleichgewichtsverschiebungen innerhalb einer sich langsam oder rascher ändernden Klassenherrschaft die für diese Gesellschaft jeweils günstigsten Entscheidungen, Beeinflussungen der gesellschaftlichen Praxis herbeizuführen. Es ist klar, daß dazu eine ganz eigene Manipulationstechnik notwendig ist, was schon genügt, um die Tatsache zu erklären, daß dieser Komplex sich nur reproduzieren kann, wenn die Gesellschaft die dazu nötigen ‘Spezialisten’ (von Richtern und Advokaten bis zu Polizisten und Henkern) immer wieder neu produziert“ (Sz, S. 225–226, MS, S. 131–132).

Lukács ließ sich in Teilanalysen bezüglich der Technik und Formen dieser Manipulation nicht ein; es konnte auch nicht seine Aufgabe sein. Mit dieser kurzen Charakterisierung brachte er in die marxistische Rechtsanschauung doch eine grundlegend neue Erkenntnis: er bewertete die Manipulation als Eigenschaft der alltäglichen autoritativen Rechtsanwendung, und damit beförderte er sie nicht nur zur unerläßlichen, sondern auch direkt positiv eingestuft Begleiterscheinung des Rechts.

Für die traditionelle Auffassung hat Manipulation einen eindeutig pejorativen Klang: den einer illegitimen Operation am Recht. Die marxistische Rechtstheorie begann in den beiden letzten Jahrzehnten anzuerkennen, daß die illegitime Rechtsbildung gesellschaftlich seismäßig funktionieren, und ihre Rolle — im soziologischen Sinne — als Recht erfüllen kann⁷. Nach solchen Voraussetzungen war die theoretische Leistung der nahen Vergangenheit die Vorstellung davon, daß die Manipulation der mögliche Weg der Rechtsentwicklung sei — obwohl die Manipulation hier noch als fallweises Korrektivum figurierte⁸.

Diese Tendenzen stärkend — und theoretisch gleichzeitig auch übertreffend — ist bei Lukács die Manipulation die praktische Sphäre, welche die gesellschaftliche Existenz, d.h. irreversibel progressierende Prozeßhaftigkeit der Norm (und damit des gesamten Rechtskomplexes) sichert. Die Manipulation ist also Element der alltäglichen Rechtspraxis und setzt als solches bei weitem keine attraktiven oder grob gekünstelten Lösungen voraus; nur soviel, wie die Vermittlung der dynamischen gesellschaftlichen Bewegung mit Inanspruchnahme einer statischen Vergegenständlichung verlangt.

⁷ Kálmán Kulcsár, *A jogszociológia problémái* (Probleme der Rechtssoziologie) (Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1960) VI. Abschnitt, 1. Punkt; Vilmos Peschka, *Jogforrás és jogalkotás* (Rechtsquelle und Rechtsanwendung) (Budapest: Akadémiai Kiadó 1965) II. Abschnitt, 2. Punkt.

⁸ Gyula Eörsi, *Comparative Civil (Private) Law* (Budapest: Akadémiai Kiadó 1979) Abschnitt IX, Par. 2.

Was nun die Rechtsanwendung anbelangt, so setzt eine Entscheidung des Rechtsanwenders offenbar solche Konflikte voraus, die gesellschaftlich sehr wirksam sind, zusammen mit ihren wirtschaftlichen, politischen und moralischen Konsequenzen.

Der Rechtsanwender muß aber diese, um sie in der juristischen Argumentation für sich formulieren zu können, vor allem zu einem Konflikt innerhalb des Rechts umgestalten. Auf diesem ersten Niveau der Manipulation geschieht die Tatsachenerkundung, im Zusammenhang mit der Auswahl und Interpretation der entsprechenden („relevanten“) Normen des Rechtssystems. Dann geht das vor sich, was die neokantische Rechtstheorie als Konfrontation der abstrakten Rechtssätze und des konkreten Tatbestandes, als einander unversöhnlich gegenüberstehende Extreme, zu bezeichnen pflegt. In diesem Fall stellt es sich auch heraus, daß eventuell eine „Rechtslücke“ oder sogar „kritische Lücke“ (insofern, als nämlich die in juristischer Hinsicht relevante Norm zwar zur Verfügung steht, aber zu gesellschaftlich unerwünschten Ergebnissen führen würde) vorhanden ist, welche die angelsächsische Literatur einfach als „hard case“ zu bezeichnen pflegt.

Auf dem anderen Niveau der Manipulation wird der Konflikt innerhalb des Rechts aufgelöst, das heißt – in der juristischen Argumentation – zum Scheinkonflikt gefeilt. Der nunmehr vom juristischen Gesichtspunkt aus qualifizierte „Tatbestand“ und die entsprechend gedeuteten Sätze „des“ Rechts werden dann formuliert, d.h. so manipuliert, daß die Vorstellung der erwünschten Entscheidung auf Grund der „juristischen Argumentation“ aus dem „Tatbestand“ und „dem“ Recht auch logisch möglich wird.

Es muß bemerkt werden, daß vom Gesichtspunkt des schöpferischen Charakters der Rechtsanwendung – und gleichzeitig des Verständnisses der Natur der Manipulation – aus die Festlegung des Tatbestandes und die Rechtsdeutung gleichfalls eine entscheidende Bedeutung haben. Die Feststellung des „Tatbestandes“ im Recht ist nämlich nie eine einfache Konstatierung des Bestehens oder Nichtbestehens irgendeiner Tatsache, sondern die Überhebung der in der Sprache des alltäglichen Lebens formulierten Tatsachen ins Begriffssystem (Metasprache) der Rechtsregelung, mit der Konsequenz, daß der nach einer gegebenen Norm qualifizierte Tatbestand die zur gegebenen Norm implizierten Sanktionen schon mehr oder weniger automatisch nach sich zieht.

Über die eigenartigen wesensmäßigen Belange der Manipulation spricht Lukács nicht. Bezüglich ihres Charakters können wir dennoch gewisse Konsequenzen aus dem ziehen, was er über die Kluft zwischen der offiziell deklarierten Widerspruchslosigkeit und der sich in der Tat offenbarenden, kontinuierlich reproduzierten Widersprüchlichkeit des Rechtssystems sagt. „Die für die Rechtspraxis ausgearbeiteten und in ihr angewendeten theoretischen Erwägungen haben deshalb vor allem nicht die Funktion, allgemein theoretisch die Widerspruchslosigkeit des gerade geltenden positiven Rechts nachzuweisen, vielmehr alle in der Praxis eventuell auftauchenden Widersprüche praktisch aus der Welt zu schaffen“ (Sz, S. 225, *MS*, S. 131).

Dies bedeutet, daß die Widerspruchslosigkeit auch selbst ein Ideal, ein idealer Zustand ist, dessen Annäherung und Aufrechterhaltung jedes Rechtssystem an-

strebt. Die konkrete ontologische Analyse erweist gleichzeitig, daß die eigentlich widersprüchlichen Systeme auch seinsmäßige Funktionen erfüllen können. Die Bestrebung der Systemhaftigkeit ist also eine solche Tendenz, deren Existenz Lukács im allgemeinen behauptet, die er aber, auf die jeweiligen konkreten Situationen projiziert, immer leugnen muß: „Andererseits ist die theoretische Geschlossenheit des jeweiligen positiven Rechtssystems eine offiziell dekredierte Widerspruchslosigkeit, ein bloßer Schein. Freilich bloß vom Standpunkt des Systems; vom Standpunkt der Ontologie des gesellschaftlichen Seins ist jede Form einer solchen Regelung, auch die noch so energisch manipulierte, eine jeweils konkret gesellschaftlich notwendige: sie gehört mit zum Geradesosein eben der Gesellschaft, in der sie funktioniert“ (Sz, S. 218, MS, S. 121).

Der Schein der Systemhaftigkeit des juridischen Normsystems gewinnt in dem Schein seine würdige Fortsetzung, daß die praktische Anwendung des juridischen Normsystems logischen Charakter hat. Lukács formuliert wie folgt: „Den hier vorherrschenden logizistischen Schein hat Kelsen in letzter Zeit klar durchschaut und methodologisch, freilich nur methodologisch, zerstört. Er bestreitet, daß die 'individuelle Norm' (die Anwendung eines Gesetzes auf den Einzelfall) aus der 'generellen Norm' 'logisch' folgen würde. Diesen logizistischen Zusammenhang betrachtet er mit Recht als eine bloße Analogie, als ein analogisierendes Verwischen des Unterschieds zwischen 'Wahrheit und Unwahrheit zweier im Widerspruch stehender genereller Aussagen' und zwischen 'Befolgung und Nichtbefolgung zweier in Konflikt stehender genereller Normen'“. „Wird diese [juridisch vorgeschriebene Sanktionierung in der Praxis] nicht vollführt, so haben wir es mit einem konkreten gesellschaftlichen Widerspruch zu tun und nicht mit einer falschen logischen Operation“ (Sz, S. 219, MS, S. 122, 123).

Auf die logische Scheinwelt, welche Lukács mit so schriller Offenherzigkeit entlarvt, setzt die offizielle Motivation der autoritativen Entscheidung die Krone. Diese ist schriftlich, auf keinen Widerspruch duldende Weise dazu berufen, zu beweisen, daß die gegebene Entscheidung die einzige ist, zu der auf Grund der gegebenen Tatsachen die gültigen Rechtsregeln führen könnten. Der autoritative Beschluß erweckt auf diese Weise den Anschein einer auch logisch eindeutigen und notwendigen Entscheidung.

Wenn auch hinsichtlich der Freimütigkeit Lukács Schroffheit vorgeworfen wurde, tue ich das nicht wegen der rhetorischen Wirkung. In der Vergegenwärtigung der Reihe der Anscheine bin ich Lukács gefolgt, mit seinem verschärft polemischen Ton bin ich ebenfalls einverstanden. Aber das Bild, das Lukács suggeriert, ist auch selbst nur ein Anschein. Wenn ich als Programm auffasse, was er selbst von Marx zitiert — „Dies Begreifen besteht aber nicht, wie Hegel meint, darin, die Bestimmungen zu erkennen, sondern die eigentümliche Logik des eigentümlichen Gegenstandes zu fassen“ (P, S. 45)⁹ —, so muß die Entlarvung des logischen Anscheins nicht unbedingt zum weiteren Anschein der Un-Logik führen.

⁹ Marx, „Aus der Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie“ in: Karl Marx und Friedrich Engels, *Werke*, B. I (Berlin: Dietz 1957) S. 297.

Die Aufführung der Verbindung von Recht und Logik kann kaum die Aufgabe dieser Überlegungen werden. Unter Berufung auf an anderer Stelle durchgeführte Untersuchungen¹⁰ genügt es vielleicht, auf manche solcher Bedeutungen hinzuweisen, welche die Lukácssche Entlarvung des logischen Anscheins für die marxistische Rechtstheorie tragen kann.

Erstens: die Systemhaftigkeit und der Umstand, daß der eine Satz dem anderen logisch folgt, sind keine ungedeckten Anforderungen oder bloßes Staubstreuen in die Augen, sondern ein wahrhaftes Organisationsprinzip des Rechtskomplexes, welches von den jeweiligen konkreten Bedingungen abhängig Geltung anstrebt. Zweitens: in der Rechtsentscheidung bedeutet das Fehlen der logischen Konsequenz nicht die Herrschaft des Alogikums oder sogar des Illogikums, sondern im Gegensatz zu den rein formellen Zusammenhängen die Dominierung der inhaltlichen Zusammenhänge. Drittens: die Logik wird auch in diesem Fall von der juristischen Argumentation nicht ausgeschaltet, sondern sie zieht sich auf ihr eigenes Terrain zurück: als Mittel der gedanklichen Rekonstruktion übt sie die Rolle der Kontrolle aus.

Um in der Doppelsichtigkeit bezüglich der Funktion der Logik und so in der doppelten Natur der Rechtsanwendung die ontologische Konsequenz zu verstehen, müssen wir zur Kritik zurückgreifen, welche Lukács dem Vulgarmarxismus zuteil werden läßt. Er setzt nämlich auf die Rechnung des mechanisierenden Weltbildes des Ökonomismus, daß er „aus der objektiven Gesetzlichkeit der Ökonomie eine Art spezieller Naturwissenschaft gemacht hat, die ökonomischen Gesetze derart verdinglicht und fetischisiert hat, daß der einzelne Mensch als ein völlig einflußloses Objekt ihrer Wirksamkeit erscheinen mußte“ (Sz, S. 258, MS, S. 180–181). Dessen Resultat ist „die verdinglichte Grundauffassung der Welt (Dinge und davon unabhängig wirkende, sie bewegende 'Kräfte'“ (P, S. 261, MS, S. 387) – also eine solche Zweieit, welche auf der scharfen Trennung der „Dinge“ und „Prozesse“, bzw. der „Statik und Dynamik“ beruht (P, S. 97, MS, S. 131).

Nun, auch die traditionelle juristische Objektivationstheorie inspiriert einen ähnlichen Standpunkt, als sie ein Sein (Rechtsschöpfung) als selbständiges Seien- des setzt und dann zusätzlich seine praktische „Gegenständlichkeit“ (Rechtsanwendung) untersucht. Das so gewonnene Bild erinnert gespensterhaft an das, was Lukács über die ökonomische Auffassung gesagt hat. Dieser zufolge ist nämlich mit der Rechtsschöpfung das Werk des Rechts sozusagen vollendet, denn der Gesetzgeber setzt auch das Prinzip der Gesetzlichkeit, und diese muß selbstverständlich für die Realisierung der anderen gesetzgeberischen Setzungen sorgen, d.h. für das zur Rechtsanwendung-Werden der Rechtsschöpfung. Diese Charakterisierung ist natürlich extrem karikiert, denn ich habe zugunsten der Anschau-

¹⁰ S. vom Verfasser: „On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning“ in *Logique et Analyse* (1973) Nr. 61–62, S. 21–78; „Law and Its Approach as a System“ in *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* 21 (1979) 3–4, S. 295–319, und neuerlich, „Law-Application and Its Theoretical Conception“ in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXVII (1981), S. 462–478, besonders II. Abschnitt, 3. Punkt.

lichkeit gewisse Verfeinerungen ausgelassen. Gleichzeitig müssen wir der Genauigkeit willen bemerken, daß die juristische Objektivation in der Tat über eine relativ selbständige Existenz verfügt. Sie wurde ja ins Leben gebracht, um als Mittel der Vermittlung festzulegen — auf die gegebene Weise und in der gegebenen Richtung zu beeinflussen —, wie die gesellschaftlichen Verhaltensweisen, bzw. die ihrem Zusammenstoß entspringenden Konflikte entschieden werden.

Ich muß aber an den Marxschen Ausgangspunkt erinnern. Demzufolge sei die grundlegende Eigenart der Existenz die Historizität, die sich in der irreversibel progressierenden Prozeßhaftigkeit des Seins offenbart. Nun, für Lukács ist es eindeutig, daß „die Dinghaftigkeit selbst sich objektiv-seinshaft in eine Prozeßhaftigkeit aufheben muß“, d.h. auch die Gegenständlichkeit selbst existiert nur in der irreversibel progressierenden Prozeßhaftigkeit. Infolgedessen ist der Fluß der Schüler Heraklits, in welchen wir wegen der ständigen Strömung des Wassers nicht zweimal gleichermaßen treten können, genauso die „progressierende Gegenständlichkeitsweise“ (P, S. 104, MS, S. 142).

In der juristischen Objektivation, d.h. im geschriebenen Text der Normen, trägt die Bedeutung (die Bedeutung und außerordentlich verwickelte gegenseitige Verbindung einzelner Begriffe der sich von diesen organisierenden Normen-mengen) die progressierende Prozeßhaftigkeit. Also auch in solchen Fällen, in denen es im Text selbst keine Modifizierung gibt, kann die alltägliche Praxis die sich in der Rechtspraxis realisierende Bedeutung des Textes der gültigen Rechtsregelung ununterbrochen mit solchen Nuancen bereichern, Akzentverschiebungen gestalten, die Erarbeitung neuer Zusammenhänge formen, die in Momentaufnahmen vielleicht nicht nachzuweisen ist, sich aber praktisch und auch theoretisch äußert. In der Prozeßhaftigkeit steckt natürlich auch, daß diese an und für sich vielleicht unsichtbaren Abweichungen nicht einfach nacheinander folgen, sondern auf eine solche Weise abgestimmt werden, daß eine jede Abweichung gleichzeitig als Ausgangspunkt der nächsten Abweichung dient. Die Summierung ihrer Wirkung kann also genauso charakterisiert werden, wie die der bei der Verwirklichung der teleologischen Setzung notwendig auftretenden zusätzlichen Wirkung, worüber Lukács gesagt hat: „Natürlich mag in bestimmten Anfangsstadien die Abweichung ganz minimal sein, aber es ist ganz sicher, daß die ganze Menschheit von solchen minimalen Verschiebungen abhängt“ (G, S. 13).

Es ist nicht uninteressant zu erwähnen, daß einen solchen inneren Widerspruch auch die Sprache trägt. Die grundlegende Widersprüchlichkeit, die im Recht zwischen der standardisierenden Festlegung und deren praktischer Manipulation steckt, offenbart sich in der Sprache im Widerspruch zwischen der Bestrebung nach Eindeutigkeit und der prinzipiellen Unmöglichkeit der Vieldeutigkeit. Die Beschreibung also, welche Lukács über die Widersprüchlichkeit der Funktion der Sprache gibt, ist auch für den Rechtskomplex sehr charakteristisch. „Die Sprache muß und kann . . . gerade in dieser Verdoppelung entgegengesetzter Forderungen, gerade in dieser dialektischen Widersprüchlichkeit praktisch verwirklicht werden. Die Doppelbewegung in entgegengesetzten Richtungen charakterisiert deshalb die Richtung einer jeden lebenden Sprache“. „Erst die

Versuche der Überwindung der Widersprüche ergeben in ihrer Gesamtheit die wesentliche Beschaffenheit der Sprache: ihr Dasein, ihre Bewegung, und zwar in einer Weise, daß sie als ein immer geeigneteres — nie vollkommenes — Mittel zur Erfüllung beider Bedürfnisse reproduziert wird . . . Die Bewegung in ihrer Widersprüchlichkeit wird dadurch zur Grundlage der Eigenart, der unerschöpflichen Fruchtbarkeit der Sprache“ (Sz, S. 200–201, MS, S. 94, 94–95).

3. „Juristische Weltanschauung“ und die fachliche Ideologie der Juristen

Die Analyse der Dialektik der Rechtsgeltung erschließt immer wieder ein neues Gesicht des Rechtskomplexes.

Im Zusammenhang mit dem früher zitierten Brief von Engels stellt Lukács fest: „Engels hat vollständig recht, wenn er die Widerspruchslosigkeit, also die Herrschaft der formalen Logik, für dieses Gebiet methodologisch in den Vordergrund stellt“ (Sz, S. 484, MS, S. 989). Der Kern der Aussage von Engels besteht aber bei weitem nicht darin, dies hervorzuheben. Seine Ausführung richtet sich gerade auf die Bezeugung dessen, daß „der Jurist sich einbildet, mit aprioristischen Sätzen zu operieren, während es doch nur ökonomische Reflexe sind — so steht alles auf dem Kopf. Und daß diese Umkehrung, die, solange sie nicht erkannt ist, das konstituiert, was wir *ideologische Anschauung* nennen, ihrerseits wieder auf die ökonomische Basis zurückwirkt und sie innerhalb gewisser Grenzen modifizieren kann, scheint mir selbstverständlich“¹¹.

Wenn jemand zwischen diesen beiden Feststellungen einen Widerspruch zu entdecken wähnt, kann er ihn leicht dadurch auflösen, daß er in der ersteren die Methodologie einer eigenartigen Tätigkeit, in der letzteren hingegen die Wiederherstellung der wahrhaften ontologischen Zusammenhänge dieser Tätigkeit sieht. Dazu können wir noch die harten Formulierungen der „Deutschen Ideologie“ darüber hinzufügen, was Marx und Engels — sie an den Pranger stellend — „juristische Weltanschauung“ nannten, und dann wird es offenbar, daß die von den Klassikern geleistete Kritik eine ideologiekritische Funktion erfüllt. Sein historisches Ziel ist nichts anderes, als die Vernichtung der als theoretische Stellungnahme hingestellten, in deren Gewand gehüllten Ideologie einer gegebenen Zeit.

Gleichzeitig läßt aber die von den Klassikern gegebene Kritik das eigentliche Problem unbeantwortet. Die Frage wird nämlich auf der Ebene des Rechtskomplexes formuliert, die von Engels gegebene Antwort wird aber auf die des Gesamtkomplexes verlegt. So wird alles, was den Existenzsinn des Rechts ergibt — also seine Verschiedenartigkeit —, in der Gesamtbestimmung des Gesamtkomplexes bis zur Unerkennbarkeit untergehen. Es handelt sich dennoch um ein wahrhaftes Problem, um eine tatsächliche Zweifelhait.

Das Recht kam als Mittel der Vermittlung zustande. Es kann seinem vermittelnden Rollenkreis nur genügen, wenn es relative (mit der zunehmenden Komplexität der gesellschaftlichen Mobilisation immer größere) Selbständigkeit erlangt. Seine Selbständigkeit meldet sich vor allem in der Anforderung, daß es die

¹¹ Engels, ebenda.

durch die Gesellschaft gesetzten Ziele mit der Geltendmachung seiner eigenen Setzungen verwirklichen muß. Die gegebene Stufe der Vergesellschaftlichung setzt auch voraus, daß das Setzungssystem formalisiert wird. Zur Kontrolle der Verwirklichung der Setzungen dienen so immer mehr formell bestimmte Kriterien. Wie gesagt: im Interesse, seine Unbestreitbarkeit zu beweisen, setzt das Recht sowieso nicht die gesellschaftlich zu verwirklichenden Ziele, sondern das vom Gesichtspunkt des Erreichens derselben als wünschenswert (oder nicht wünschenswert) eingeschätzte instrumentale Verhalten. Zu seiner Ausübung (oder Nicht-Ausübung) verordnet es Sanktionen, so erklärt es in seinem System die instrumentalischen Verhaltensweisen auch offiziell zum verselbständigten Ziel. Das Prinzip der Gesetzlichkeit ist berufen, das Funktionieren dieses Systems entsprechend den Setzungen zu sichern. Dieses Prinzip erklärt das System geschlossen, in sich zurückgeschaltet und insofern zu einem an sich genügenden und sich nach seinen eigenen Gesetzen bewegenden Gebilde.

Im Interesse der Aufrechterhaltung seiner Verschiedenartigkeit muß das Recht den Anschein der logischen Organisiertheit und der dieser entsprechenden – „gesetzlichen“ – Funktionierung erwecken, sowohl für die Adressaten als auch für mit der praktischen Rechtsverwirklichung beauftragte Spezialisten. Die Aufgabe der Spezialisten ist es, die tatsächlich begangenen Verhalten an den in diesen Setzungen verankerten Kriterien zu messen, und als Ergebnis sich zum rechtmäßigen oder rechtswidrigen Verhalten zu erklären. Ihre Funktion hat also gerade keine kognitive Natur. Ihr Ziel ist nicht, die Verhaltensweisen in ihrer konkreten Vielfalt widerzuspiegeln, sondern einzelne Momente herauszugreifen und zur Verwirklichung (oder Nicht-Verwirklichung) solcher Tatbestände zu erklären, die bereits im voraus formal festgelegt wurden.

Die Rechtsanwendung ist so nichts anderes als die Ergreifung und praktische Verarbeitung der unerhört vielfältigen und ständig wechselnden Wirklichkeit im geschlossenen Begriffsbestand des positiven Rechtssystems. Die Rechtsanwendung erstarrt und homogenisiert infolgedessen die Wirklichkeit, in den Antworten auf die „Rechtsfragen“ kennt sie nur die Antwortmöglichkeiten „ja“ oder „nein“; sie strebt also an, in die Reihe der Muster eines formalen Klassifizierungssystems die Wirklichkeit einzupressen, was – in gnoseologischer Hinsicht – eine unbedingt willkürliche und verzerrende Wirkung hat.

Die professionelle Ausübung der rechtsanwenderischen Funktion setzt also eine eigenartige bewußtseinsmäßige Fertigkeit voraus, geht aber auch mit eigenartigen bewußtseinsmäßigen Konsequenzen einher. Die für die Juristen charakteristische Denkweise kann so mit der Denkweise der Sektengläubigen strukturelle Ähnlichkeit zeigen, welche die Wirklichkeit des 20. Jahrhunderts im geschlossenen Begriffbestand einer zweitausend Jahre alten Schrift, namentlich von den Termini der Bibel her verstehen wollen¹². Die Sektenmitglieder sind oft fanatisch, und daher haben sie nur ein Gesicht. Die Rolle hingegen, welche der behördliche Rechtsanwender bewußt übernimmt, setzt Januskopf und insofern

¹² László Kardos, *Egyház és vallásos élet egy mai magyar faluban* (Kirche und religiöses Leben in einem heutigen ungarischen Dorf) (Budapest: Kossuth 1969) S. 141 ff.

eine gewisse Schizophrenie voraus. Der Jurist ist sich dessen bewußt, daß er der Diener des Rechts ist, aber auch dessen, daß der Dienst des Rechts nur ein Mittel zum Dienst der Gesellschaft ist. Der Dienst des Rechts dient an und für sich der Gesellschaft nicht, sondern er ist nur ein solcher Dienst des Rechts, der gleichzeitig der Dienst der Gesellschaft ist.

All dies bedeutet, daß die professionelle Ideologie der Juristen und das deren Antlitz eindeutig bestimmende Gesetzlichkeitsprinzip im Rechtskomplex und seinem Funktionieren eine seinsmäßige Rolle erfüllen. Gleichzeitig darf das Bewußtsein der Juristen dadurch nicht beschränkt oder falsch gemacht werden, denn eine jede solche Verzerrung – besonders in kritischen Situationen – würde disfunktionale Ergebnisse bringen. Die professionelle Ideologie der Juristen muß also mit der Bewußtmachung davon ergänzt werden, daß das Recht nur ein vermittelnder Determinant ist: es dient nicht sich selbst, sondern den im gesellschaftlichen Gesamtprozeß immer konkret zu bestimmenden Zielen.

Auf die Marx-Engels'sche Ideologiekritik zurückverweisend folgt daraus, daß sich die „Schizophrenie“, die das Bewußtsein des behördlichen Rechtsanwenders zwangsweise charakterisiert, nicht von sich selbst nährt. Ihre Wurzel steckt in der inneren Widersprüchlichkeit der ans Recht gestellten Anforderungen selbst.

Der Umstand, daß der Rechtskomplex gleichzeitig eine formal verschiedenartige und vom gesellschaftlichen Gesamtkomplex doch bedingte Erscheinung ist, hat auch weitere Konsequenzen. Vor allem, was die englische Sprache „double talk“, doppelte Sprache, nennt. Das Recht und die dieses aufrechterhaltenden Juristen stellen ihre Tätigkeit so ein, als ob sie innerrechtlichen Setzungen folgen würden, obwohl die Determination durch die rechtlichen Setzungen in den gesellschaftlichen Gesamtprozeß und dessen gesellschaftliche Gesamtbestimmung eingebettet wird.

Zweifelsohne ist die Erscheinung der „doppelten Sprache“ um so akzentuierter, je starrer das Recht die Postulate des verschiedenartigen Funktionierens formuliert. Ein gewisser Zwiespalt kann bereits in den traditionellen gewohnheitsrechtlichen oder religiös-rechtlichen Systemen nachgewiesen werden. Anders kommt all dies im Präzedenzsystem des angelsächsischen Rechts zur Geltung (wo das Recht aus der Reihe richterlicher Beschlüsse ausgebildet wird. Zur richtungsweisenden Rechtsquelle wird auch das Gesetz nur so, daß es durch die Reihe der richterlichen Beschlüsse auf individuelle Fälle „abgebaut“ wird), und wiederum anders in den auf dem europäischen Kontinent geformten Rechtswesen (wo das Recht prinzipiell nichts anderes ist als die praktische Durchführung der Setzungen der zur Rechtsschöpfung Berufenen).

Die Unterschiedlichkeit der angelsächsischen und kontinentalen Rechtsanschauung wird vielleicht dadurch verdeutlicht, wenn man bedenkt, daß die „Rechtsanwendung“ als Fachausdruck nur in der letzteren entwickelt wurde. Im angelsächsischen Recht kann nicht einmal die Idee einer solchen – deduktiven – „Anwendung“ auftauchen; nur in ihrer letzten Funktion, der „administration of justice“.

Dennoch (oder gerade deswegen?): auch im kontinentalen Recht müssen wir mit der Möglichkeit rechnen, daß die tatsächliche Rechtsverwirklichung über die

bloße Rechtmäßigkeit hinausweist. Im Rechtskomplex kann nämlich die Norm, wie gesehen, gesellschaftliche Existenz nur in ihrer Praxis – d.h. wieder mit der Lukácsschen Terminologie: in ihrer irreversiblen progressierenden Prozeßhaftigkeit – erlangen, und darin spielt die autoritative Rechtsanwendung eine herausragende Rolle. Nun, wenn die Praxis der autoritativen Rechtsanwendung den juridisch gültigen Setzungen ständig entgegenläuft oder jene übertrifft, so kann sie die tatsächliche Modifizierung des Rechtskomplexes hervorrufen. Dann entscheidet die Stellung des Rechtskomplexes im gesellschaftlichen Gesamtkomplex, das konkrete Ergebnis ihrer Wechselwirkung, ob diese Abweichung alegal, oder sogar illegal bleibt, oder durch die Praxis gültig, zum Teil des seinsmäßig funktionierenden Rechts organisiert wird.

Wenn wir es von der Seite der tatsächlichen gesellschaftlichen Funktion aus betrachten, hängt die Absteckung der Grenze zwischen Legalität und Illegalität manchmal gar nicht von der dogmatischen Deutung der rechtlichen Setzung, sondern der praktisch-politischen Beeinflussung des Rechtskomplexes ab. Es genügt vielleicht, wenn ich nur daran erinnere, welche Rolle in der Entwicklung des praktischen Rechtslebens der Sowjetunion der Beschluß spielte, der – ohne Voraussetzung der formellen Neugestaltung des Rechtssystems – auf dem 20. Parteitag der Kommunistischen Partei der Sowjetunion formuliert wurde.

Die Ontologie baut auf die Totalitätsanschauung auf; die Totalitätsanschauung kann hingegen nicht durch die Verwischung der in der Totalität steckenden Verschiedenartigkeiten, sondern nur durch die Entfaltung der eigenartigen Dialektik derselben zu sinnvollen Konsequenzen gelangen.

Deshalb scheint es mir zweckmäßig zu sein, wenn ich diese Ausführungen mit der Lukácsschen Betonung der Verschiedenartigkeit abschließe: „Je entwickelter eine Gesellschaft ist, je stärker die gesellschaftlichen Kategorien in ihr vorherrschend werden, eine desto größere Autonomie erhält das Rechtsgebiet als Ganzes innerhalb der Wechselwirkung verschiedener gesellschaftlicher Komplexe“. Daraus folgend: „Hinter dem immer wieder geforderten Spezialistentum der Repräsentanten der Rechtssphäre steckt ein nicht unwichtiges Problem der Reproduktion des gesellschaftlichen Seins. Die gesellschaftliche Arbeitsteilung schafft in ihrer quantitativen und qualitativen Ausdehnung Spezialaufgaben, spezifische Vermittlungsformen zwischen den einzelnen gesellschaftlichen Komplexen, die eben wegen dieser besonderen Funktionen im Reproduktionsprozeß des Gesamtkomplexes eigenartige innere Strukturen erhalten. Die inneren Notwendigkeiten des Gesamtprozesses bewahren dabei ihre ontologische Priorität und bestimmen deshalb Art, Wesen, Richtung, Qualität etc. in den Funktionen der vermittelnden Seinskomplexe. Jedoch gerade darum, weil das richtige Funktionieren auf höherem Niveau des Gesamtkomplexes dem vermittelnden Teilkomplex besondere Teilfunktionen zuweist, entsteht in diesen – von der objektiven Notwendigkeit ins Leben gerufen – eine gewisse Eigenständigkeit, eine gewisse autonome Eigenart des Reagierens und des Handelns, die gerade in dieser Besonderheit für die Reproduktion unentbehrlich wird“. Das heißt „die ontologische Notwendigkeit einer logisch nicht voraussehbaren und nicht angemessen erfassbaren, jedoch gesellschaftlich-ontologisch rationalen, relativen

Selbständigkeit und entwickelten Eigenart derartiger Teilkomplexe. Deshalb können diese ihre Funktionen innerhalb des Gesamtprozesses desto besser erfüllen, je energischer und eigenständiger sie ihre spezifische Besonderheit herausarbeiten“ (Sz, S. 226, 227 und 228, *MS*, S. 132, 133–134, und 135).

Hans Kelsens Rechtsanwendungslehre

Entwicklung, Mehrdeutigkeiten, offene Probleme, Perspektiven

VON CSABA VARGA, BUDAPEST

Beginnend mit seinen ersten Schriften tritt Kelsen mit dem Anspruch auf, eine umfassende und neuartige Theorie des Rechts vorzulegen, wobei seine Problemsicht sehr stark von methodologischen Überlegungen beeinflußt wird. Erstaunlich nun ist, daß seine großartige Theorie offenbar keine Rechtsanwendungslehre zu enthalten scheint. Die umfangreiche Literatur zu Kelsen reflektiert diesen Umstand, indem sie die Rechtsanwendungslehre kaum erwähnt.

Die folgende Abhandlung unternimmt den Versuch, die dennoch vorliegende Konzeption der Rechtsanwendung Kelsens von 1911 bis in die 60er Jahre darzulegen. Seine posthum veröffentlichte Normentheorie bleibt dabei außer Betracht. Da deren Rechtsanwendungslehre zum großen Teil eine gesonderte Problematik darstellt, muß ihre Erörterung einer gesonderten Studie vorbehalten bleiben.

1. Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre

Die erste rechtstheoretische Untersuchung Kelsens, die *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, entwickelt aus der *Lehre vom Rechtssatz* (1911), nimmt in mehreren ihrer Elemente die spätere Problematik vorweg. Ein Charakteristikum dieser Schrift besteht darin, daß sie die folgende Weiterentwicklung ohne wesentliche Widersprüche und Brüche ermöglicht. Der von Kelsen zu dieser Zeit vertretene Standpunkt läßt sich übrigens nicht so sehr aus seinen expliziten Äußerungen, sondern eher aus seiner Abgrenzung zu anderen Positionen und aus seinem Schweigen zu bestimmten Problemen ableiten. Seine die Rechtsanwendung betreffende Auffassung ergibt sich gleichermaßen aus seiner Vorstellung der *Rechtswissenschaft* wie aus der *Zurechnung*, die von ihm als die zentrale Kategorie der normativen Sphäre aufgefaßt wurde. Seiner damaligen Auffassung nach ist nämlich *die Rechtswissenschaft die Geometrie der Form des Rechts*; *der ausschließliche Faktor der Zurechnung ist die Norm*; dementsprechend ist *die Rechtsanwendung im rechtlichen Prozeß zwar unumgänglich, aber lediglich ein akzesorischer Faktor*.

Über die „Anwendung“ der Norm“ hat er daher nur wenig zu sagen. Seine diesbezüglichen Aussagen lassen sich wie folgt zusammenfassen: Er unterscheidet die Verwendung der Norm zum bloßen Vergleich, als *Beurteilungsgrundlage* eines Geschehens von ihrem Verständnis als Ausdruck eines Sollens in *normativem Zusammenhang*.¹ Doch gleichgültig, ob wir sie als Beurteilungsmaterial benutzen oder aber aufgrund der Norm eine normative Schlußfolgerung ziehen: Kelsen sieht darin keinen wesentlichen

¹ H/S, S. 15—17.

Unterschied.² Zweitens beschäftigt er sich mit der Anwendbarkeit des Rechtssatzes auf Einzelfälle,³ und drittens schließlich mit der Möglichkeit der institutionalisierten gerichtlichen Anwendung von Normen als eines wesentlichen Kennzeichens des Rechts.⁴ Es ist also lediglich die Möglichkeit der gerichtlichen Rechtsanwendung auf tatsächliche Ereignisse erforderlich; deren wirklicher Vorgang (Wesen und Ergebnis) trägt nicht wesentlich zum Recht bei.

Im Kontext seiner Theorie konnte Kelsen freilich auch gar nichts anderes behaupten, da er die Zurechnung einzig und allein als durch die Norm bestimmt betrachtete.⁵ Dazu kommt, daß er die Rechtswissenschaft „als eine Geometrie der totalen Rechtserscheinung“ und das Recht als formale Kategorie behandelt;⁶ er untersucht seine Erscheinungen also nur in formaler Hinsicht und überläßt die Befassung mit seiner konkreten inhaltlichen Ausgestaltung anderen Wissenschaften.⁷ Vom Gesichtspunkt theoretischer Konsequenz hat er zweifellos recht. Denn wenn ich die Dynamik des Rechts bloß von ihrer formalen Erscheinung her betrachte, erscheint die Rechtsanwendung lediglich als eine auf den Einzelfall gerichtete Bezugnahme des schon fertigen, abgeschlossenen Rechtes, die nichts am Rechtssatz ändert, sondern ihn nur in einem speziellen Fall zur Geltung kommen läßt. Formell betrachtet, legt das Recht selbst diese Deutung nahe, und auch die gesamte Einrichtung und Ideologie des modernen formellen Rechtes suggeriert sie.⁸ Zum gleichen Ergebnis gelangt man von einer anderen Seite her: Gleichgültig, welche inhaltliche Gestaltung das Recht aufweist, in formeller Hinsicht ist der Vorgang der Rechtsanwendung stets der gleiche. Mit Recht kann Kelsen daher behaupten: der sich hinter der Oberfläche der Form verborgende Inhalt ist ohne formellen Niederschlag einfach uninteressant, wie zum Beispiel auch die Definition der Kugel nicht darauf Rücksicht nimmt, was sich in ihr verbirgt.⁹

² „Das Wesen der Norm ist nicht, daß sie Beurteilungsregel ist, sondern daß sie Beurteilungsregel sein soll, wobei unter *Beurteilen* ein billigendes oder mißbilligendes Urteilen verstanden wird.“ *HS*, S. 17. Das aber verschiebt das Kriterium der Norm bereits von der sprachlichen Bedeutung zu den im Sprachgebrauch verborgenen Umständen. Strukturell entspricht dies der Behandlung der Geltung als Voraussetzung des Normenbegriffes: „Mit dem Worte ‚Geltung‘ bezeichnen wir die spezifische Existenz einer Norm.“ *RR II*, S. 9. Damit aber verwickelt er sich selbst, wie wir wissen, auch in Widersprüche (ist auch dies eine Norm, die nicht-normativ angewendet wird? Welche Veränderung entsteht in der Norm bei Erlangung und Verlust der Geltung bzw. bei der Ablösung einer bestimmten Geltung durch eine andere Geltung?) oder setzt sich der Notwendigkeit gekünstelter Erklärungen aus (z.B. bei der Verbindung mit dem konkreten, aufrechterhaltenden menschlichen Willen). Zur Gegenüberstellung der das Kriterium der Norm in dem menschlichen Akt der Vorschrift suchenden Geltung durch eine andere Geltung?) oder setzt sich der Notwendigkeit gekünstelter Erklärungen aus (z.B. bei der Verbindung mit dem konkreten, aufrechterhaltenden menschlichen Willen). Zur Gegenüberstellung der das Kriterium der Norm in dem menschlichen Akt der Vorschrift suchenden sog. *expressivistischen* Auffassung mit der in der modernen Normentheorie angenommenen, das Kriterium in der begrifflichen Bedeutung der Norm (die beschreibende Setzung zur vorschreibenden Setzung umgestaltenden Operator) suchenden sog. *hyletischen* Auffassung siehe E. Bulygin, Norms and logic (Kelsen and Weinberger on the ontology of norms). *Law and Philosophy*, 4 (1985), No. 2.

³ „Der Gewohnheitsrechtssatz wird — und darin unterscheidet er sich prinzipiell vom Sittengesetz — auf den Einzelfall angewendet, auch wenn er nicht befolgt wird, ja gerade dann, wenn er nicht befolgt wird. Diese Möglichkeit der Anwendung gehört zum Wesen des Rechts.“ *HS*, S. 35.

⁴ *HS*, S. 236.

⁵ *HS*, S. 75.

⁶ *HS*, S. 93.

⁷ Etwa „... die Soziologie, die historisch politischen Disziplinen ...“, *HS*, S. 92.

⁸ Siehe Csaba Varga, Logic of Law and Judicial Activity: A Gap between Ideals, Reality and Future Perspectives. In: *Legal Development and Comparative Law*, ed. Zoltán Péteri and Vanda Lamm. Budapest: Akadémiai Kiadó 1982, § 2, S. 52 ff.

⁹ *HS*, S. 93.

Kelsens Lehre erweist sich damit als eine durch die institutionell-ideologische Einrichtung vorausgesetzte, auch normativ gesetzte Auffassung des Rechtes. derzufolge die Rechtsanwendung nicht mehr und nicht weniger ist als *die auf den Einzelfall bezogene Bekräftigung des Rechtssatzes*.

Das bedeutet keine Einseitigkeit oder Blindheit von seiten Kelsens, sondern lediglich theoretische Folgerichtigkeit. Denn zu gleicher Zeit und am gleichen Ort hat er auf jene Umstände hingewiesen, unter denen sich aufgrund gesellschaftlichen Bedarfs Recht entwickelt hat; auf jene Übergänge, bei denen sich aus den Elementen des Seins ein Sollen geformt hat. Diese Umstände mußte er aber — um die Konsequenz seines Gedankensystems zu gewährleisten — als äußere Gegebenheiten des Rechts verstehen und betonen, daß *sie innerhalb des Rechtes im Rahmen seiner eigenen Konstruktionen* weder erfaßt, noch erklärt werden können.¹⁰

2. Allgemeine Staatslehre

Anderthalb Jahrzehnte später, in seiner *Allgemeinen Staatslehre* (1925), sah sich Kelsen bereits zu einer komplizierteren Darstellung gezwungen. Dank der thematischen Erweiterung betrachtet er die Verwaltung nicht mehr einfach als eine der Aufgaben des Staates,¹¹ sondern als eine durch Rechtsnormen geleitete Tätigkeit.¹² Dementsprechend wird auch das freie Ermessen der Verwaltung als prinzipielle Frage der Rechtsanwendung aufgeworfen. Die Rechtsanwendung wird zu einem Vorgang mit selbständiger Bedeutung. Gleichzeitig bleibt die Formalität des Ausdruckes bestehen. Früher hatte er die Rechtsanwendung als Mittel der normativen Zurechnung, ausschließlich als Funktion der fraglichen Norm, aufgefaßt. Jetzt wird *die Rechtsanwendung selbst zur Rechtssetzung*. Dadurch wird lediglich die Normen-Grundlage der Zurechnung um den Akt der Rechtsanwendung erweitert.

Kelsens nunmehrige Auffassung kann in folgender Weise zusammengefaßt werden: Zuallererst ist die Rechtsanwendung das Mittel, wodurch die *allgemeine abstrakte Norm in eine individuelle konkrete Form transformiert wird*.¹³ Zum zweiten ist die Rechtsanwendung nicht einfach eine Anwendung einer allgemeinen Norm, sondern *die Schaffung einer individuellen Norm aufgrund einer allgemeinen Norm*.¹⁴ Zum dritten ist all dies nicht nur die bloße Deklaration des schon gesetzten Rechtes, sondern zugleich *auch die Konstituierung neuen Rechts*.¹⁵ Zum vierten handelt es sich bei dem

¹⁰ „Wie ein Rechtssatz der dauernd nicht angewendet wird, aufhört Norm zu sein, wie eine langjährige Pflichtverletzung allmählich anfängt, ihren Charakter zu verlieren, wie ein Sollen durch ein Sein zerstört oder aus einem Sein ein Sollen wird, das ist eine . . . für die juristische Konstruktion nicht erfassbare Tatsache, ist juristisch ein Mysterium.“ *HS*, S. 334.

¹¹ Das Werk *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* behandelt innerhalb des Überblickes „Die Rechtspflichten der Staatsorgane“ — das Justizwesen und die eigentliche Rechtsanwendung nicht einmal berührend — den Fragenbereich der Verwaltung und innerhalb dessen das freie Ermessen (*HS*, Kap. XIX).

¹² Die *Allgemeine Staatslehre* behandelt innerhalb des Überblickes „Die Erzeugung der Staatsordnung“ gleichermaßen die Fragenbereiche „Verwaltung als Rechtsprechung“ (*AS*, § 35, C.) und „Gesetzgebung und Rechtsprechung: zwei Stufen des Rechtserzeugungsprozesses“ (§ 33, F.).

¹³ „Ohne das Urteil könnte das abstrakte Recht nicht konkrete Gestalt annehmen.“ *AS*, S. 233.

¹⁴ *AS*, S. 233 f.

¹⁵ „Das richterliche Urteil . . . wird ‚Rechtsprechung‘, ‚Rechtsspruch‘ genannt, als ob damit nur gleichsam

sogenannten *freien Ermessen* nicht um eine Entartung der Verwaltungstätigkeit, sondern um eine prinzipiell in jedem Falle der Rechtsanwendung vorhandene Eigenschaft.^{16, 17} Fünftens schließlich gewinnt die Rechtsanwendung im rechtlichen Prozeß von vornherein eine selbständige Bedeutung, da *die Rechtserzeugung inhaltlich nicht vollständig, sondern nur relativ bestimmt sein kann*.¹⁸

Diese Erklärung suggeriert bereits eine Auffassung der Rechtsanwendung, die über mehrere Wahlmöglichkeiten verfügt und eine gewisse Selbständigkeit aufweist. Gleichzeitig wird aber der grundlegende Formalismus der Rechtsanschauung von Kelsen nicht berührt. Die normative Grundlage der *Zurechnung* wird unverändert vom Gesetzgeber festgelegt. Es stellt sich lediglich heraus, daß es sich bei dieser Festlegung nur um einen Rahmen handelt, der vom Rechtsanwender nach freiem Ermessen ausgefüllt wird. Die Zurechnung tritt *in ihrer normativen Begründung* zum Gesetzgebungsakt hinzu, oder anders gesagt: *der Gesetzgeber wird in seiner Unmittelbarkeit vom Rechtsanwender abgelöst*. Kelsen bringt all dies in Zusammenhang mit dem sogenannten freien Ermessen der exekutiven Gewalt, genauer der Verwaltungstätigkeit, zum Ausdruck.¹⁹ Dabei geht es ihm aber offensichtlich nicht um die Selbständigkeit irgendeiner Richtung oder irgendeines Ausmaßes der Rechtsanwendung. Diese Selbständigkeit zeigt sich *ausschließlich im Rahmen der Befolgung, der Verwirklichung und der Vollziehung der Normen des Gesetzgebers*. Das heißt, die Selbständigkeit der Rechtsanwendung ist zwar notwendig, aber doch relativ: *die prädominante Rolle des Gesetzes wird davon nicht betroffen*. Folglich ändert sich nichts an dem vom modernen formellen Recht her ideologisch geprägten Bild, daß sich die gesetzgeberische Bestimmung des rechtlichen

deklarativ ausgesprochen würde, was bereits — in der generellen Norm — Recht geworden.“ AS, S. 233.

¹⁶ „So wie zwischen abstraktem Begriff und konkreter Vorstellung notwendig eine inhaltliche Differenz bestehen muß. Diese notwendige Differenz zwischen höherer und niederer Stufe der Rechtskonkretisation ist das sog. ‚freie Ermessen‘.“ AS, S. 243.

¹⁷ Hierzu Kelsen zusammenfassend später: „Beachtet man, daß die *drei* traditionellen Funktionen: Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung in dem Begriff der Vollziehung im weiteren Sinne, der Vollziehung von Gesetzen, zusammenfallen, dann zeigt sich, daß der Gegensatz von *Rechtserzeugung* und *Rechtsanwendung*, der in diesem Gegensatz von Gesetzgebung und Vollziehung, legis latio und legis executio ausgedrückt werden soll, kein starrer absoluter, sondern nur ein höchst *relativer* ist, und nur das Verhältnis zwischen zwei aufeinanderfolgenden Stufen des Rechtserzeugungsprozesses darstellt. ... Die Behauptung, daß sich die Vollziehung durch Verwaltungsbehörden von jener durch Gerichte durch das sogenannte ‚freie Ermessen‘ der ersteren *prinzipiell* unterscheidet, ist unhaltbar, da *jeder* Vollzugsakt mehr oder weniger im freien Ermessen des Vollzugsorgans steht, weil die generelle Norm den sie individualisierenden Rechtsakt niemals *ganz* determinieren kann, kein solcher Rechtsakt aber ohne eine ihn irgendwie determinierende generelle Norm möglich ist.“ GATS, §§ 51 und 56, S. 46 u. 50.

¹⁸ Vgl. AS, S. 243.

¹⁹ Noch interessanter ist, daß er hier über die Einsicht selbst lediglich wiederholt, was er bereits in seinem Werk *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* festgestellt hat: „Sowohl die Bedingungen, unter denen der Staat handeln will, als auch die Art und Weise seines Handelns selbst sind im Rechtsätze niemals allseitig determiniert. ... Das freie Ermessen der Staatsorgane ist nichts anderes als die notwendige Differenz zwischen dem Inhalte des abstrakten Staatswillens in der Rechtsordnung und der konkreten Staatshandlung in der Verwaltung.“ (IIS, S. 504 und 506). Es handelt sich also nicht um die Anwendung neuer Thesen, sondern um die *Verbindung* der früher als alleinstehend betrachteten Probleme: um die Erkenntnis des *gemeinsamen* Wesens des vom Gesichtspunkt der formellen rechtlichen Rationalisierung aus betrachteten Rechtsanwendungsvorganges und der Staatsverwaltungstätigkeit.

Geschehens anstelle der endgültigen Spezifikation mit einer bloßen Rahmenregelung zu begnügen gezwungen ist, welche bei Durchführung der Spezifikation verschiedene Wahlmöglichkeiten zuläßt.

Diese Theorie ist trotz ihrer relativen und scheinbaren Geschlossenheit auch offen, indem sie die Weiterentwicklung auch in entgegengesetzte Richtungen ermöglicht. Denn die über mehrere Stufen erfolgende Erzeugung des Rechts kann sowohl in einengender Weise als Spezifikation interpretiert werden, wie auch als eine Reihe von sich zeitlich permanent erneuernden Rechtsetzungsakten, wie sich das in den auf Präzedenzen aufgebauten Rechtskulturen zeigt. Kelsen hat versucht, seine Rechtsanwendungslehre in die erstgenannte Richtung, im Rahmen der normativistischen Theorie zu entwickeln; es hätte aber auch kein Hindernis für eine Wende in die soziologische Richtung gegeben.

3. Reine Rechtslehre

Als Kelsen die *Reine Rechtslehre* verfaßte, baute er seine früheren Erkenntnisse als selbstverständliche Elemente in seine Theorie ein. Diese festigt sich ein für allemal, und auch ihre theoretische Grundlegung wird verbreitert. Hierzu dient vor allem die *Stufenbautheorie*, welche er noch 1925 als Beispiel für den subordinierten Aufbau der Staatsfunktionen bei der Darlegung der Rolle der Verfassung behandelte.²⁰ Nun wird sie zum grundlegenden Prinzip des Aufbaus des Rechts.²¹ Demzufolge ist die Ordnung des positiven Rechts *hierarchisch*; und die Rechtsetzung ist ein gestufter Prozeß, der von der begründeten Norm bis zum endgültigen individuellen Akt des Vollzugs oder des Rechtsgeschäftes reicht. Jeder Rechtsetzungsakt bildet dabei eine Stufe in der sich von der abstrakten, allgemeinen Normensetzung zur fallweisen Rechtsvollziehung bewegenden *Konkretisierung* und *Individualisierung*. Die Rechtsanwendung stellt sich damit als ein vielstufiger Prozeß dar und kann daher nicht mehr einfach als die Aktualisierung einer abstrakten Norm charakterisiert werden. In diesem hierarchischen Stufenaufbau des Rechts trägt jede einzelne Zwischenstufe ein doppeltes Antlitz: während durch jeden konkretisierend-individualisierenden Akt die übergeordneten Normen *angewandt* werden, bedeutet jeder solche Akt im Verhältnis zu den unteren Stufen zugleich einen Akt der *Rechtsschöpfung*.

Die Rechtsanwendung zeigt so offen ihren kreativen Charakter. Kelsen betont nicht nur die völlige *Relativität* von Rechtserzeugung und Rechtsanwendung,²² sondern er verweist auch unter Hinweis auf den kreativen Charakter der Rechtsetzung auf die Ähnlichkeit zwischen gerichtlicher Rechtsanwendung und Gesetzgebung.²³ Zugleich

²⁰ AS, Kap. VII. Die Erzeugungsstufen, § 36. Die Verfassung. A. Subordination, nicht Koordination der Staatsfunktionen: Die Stufentheorie.

²¹ RR, V. die Rechtsordnung und ihr Stufenbau.

²² „... der Gegensatz von Rechtserzeugung oder Rechtsschöpfung auf der einen Seite und Rechtsvollziehung oder Rechtsanwendung auf der anderen durchaus nicht jenen absoluten Charakter hat, den die traditionelle Rechtslehre mit diesem für sie so bedeutungsvollen Gegensatz verbindet.“ RR, S. 82.

²³ „Die Aufgabe: aus dem Gesetz das richtige Urteil oder den richtigen Verwaltungsakt zu gewinnen, ist im wesentlichen dieselbe wie die: im Rahmen der Verfassung die richtigen Gesetze zu schaffen ... Gewiß besteht ein Unterschied zwischen diesen beiden Fällen, aber er ist nur ein quantitativer, kein qualitativer, und besteht nur darin, daß die Bindung des Gesetzgebers in materieller Hinsicht eine viel geringere ist als die Bindung des Richters, daß jener bei der Rechtsschöpfung verhältnismäßig viel freier ist als dieser.“ RR, S. 98.

behauptet er immer nachdrücklicher die Gemeinsamkeit von behördlicher Verwaltungstätigkeit und gerichtlicher Rechtsetzung als eines gleichartigen Prozesses der Rechtsanwendung. Genauer: Während er nach 1934 die grundsätzliche Einheit zwischen beiden ausdrücklich hervorhebt²⁴ und 1946 — in der *General Theory of Law and State* — seine diesbezüglichen Thesen wiederholt,²⁵ setzt er in der überarbeiteten zweiten Auflage der *Reinen Rechtslehre* von 1960 diese Thesen schon einfach als bekannt voraus.²⁶ Das heißt: Er betrachtet eine jegliche Anwendung einer jeglichen Rechtsnorm als Rechtsanwendung, und über diese knappe Feststellung hinaus hat er über die Einheit nichts weiter zu sagen.²⁷ Aber damit wird die gesamte Problematik des Ermessens, in der die europäische und die englisch-amerikanische Rechtskultur lange Zeit hindurch die Quelle der Ungebundenheit der Staatsverwaltung, ja sogar der Willkür zu entdecken vermeinte, zur wichtigsten prinzipiellen Frage der Rechtsanwendung als solcher.

Schließlich wird in diesem Rahmen auch die *Zurechnung* von Kelsen neu formuliert. Dies ist unverändert ein Schlüsselbegriff, welcher in normativen Ordnungen das Verhalten mit einer Folge verbindet. Allerdings versteht Kelsen die Zurechnung nun nicht mehr als eine bloße Projektion der als Ergebnis der Normenanwendung gesetzten Normen (wie 1911), auch nicht als einen Akt der Konkretisierung im Rahmen der zweistufigen Erzeugung des Rechts (wie 1925), sondern als einen komplexen Vorgang innerhalb eines vielstufig zusammengesetzten Verfahrens, welches von der Grundnorm als einer bloß hypothetischen Quelle der Rechtsgeltung über allgemein-abstrakte Rechtsnormen und deren allmähliche Konkretisierung und Individualisierung bis zur tatsächlichen Vollziehung der fallweisen normativen Rechtsfolge reicht. Die Zurechnung gerät so immer weiter weg von dem ursprünglichen, spezifisch rechtlichen Begriff und wird zu dem grundlegenden Prinzip der von den Menschen geschaffenen künstlichen Normenwelt, ein Prinzip, das Kelsen dem Prinzip der Kausalität gegenüberstellt.²⁸

Stufenbautheorie

Kelsen zieht aus der Stufenbautheorie zwei Schlußfolgerungen. Die eine ist die Behauptung der *relativen Einheit* der Prozesse der *Normerzeugung* und der *Normanwendung*.²⁹

²⁴ „So wie die Rechtsprechung läßt sich auch die Verwaltung als Individualisierung und Konkretisierung von Gesetzen ... nachweisen ... So stellen sich ... richterliches Urteil und Verwaltungsakt, durch die individuelle Normen gesetzt werden, als Vollziehung des Gesetzes ... dar.“ *RR*, S. 80 und 83.

²⁵ Zweiter Teil, II, G.b. The powers or functions of the State: legislation and execution. „By the executive as well as by the judicial power, general legal norms are executed; the difference is merely that, in the one case, it is courts, in the other, so-called 'executive' or administrative organs, to which the execution of general norms is entrusted. The common trichotomy is thus at bottom a dichotomy, the fundamental distinction of *legis latio* and *legis executio*.“ *GTLS*, S. 255—256.

²⁶ Z.B. *RR II*, 45. Punkt — die Formulierung der *RR* (32. Punkt) so umgebildet, daß sie eindeutig das bedeuten soll.

²⁷ „Die der Regierung unterstellten Verwaltungsbehörden haben ... generelle Strafsanktionen statuierende Rechtsnormen anzuwenden und diese Funktion unterscheidet sich von der der Rechtsprechung der Gerichte nicht durch ihren Gehalt, sondern nur durch die Natur des funktionierenden Organs.“ *RR II*, S. 268.

²⁸ „In der Beschreibung einer normativen Ordnung des gegenseitigen Verhaltens von Menschen kommt jenes andere, von der Kausalität verschiedene Ordnungsprinzip zur Anwendung, das als *Zurechnung* bezeichnet werden kann.“ „... ‚Zurechnung‘ bezeichnet eine normative Bezeichnung.“ *RR II*, S. 79 und 90.

²⁹ „Rechtsanwendung ist zugleich Rechtserzeugung. Diese beiden Begriffe stellen nicht ... einen absoluten Gegensatz dar.“ *RR II*, S. 240.

Diese Behauptung impliziert bereits, daß die Konkretisierung des Rechts kein mit irgendeiner logischen Notwendigkeit und Eindeutigkeit vonstatten gehender Prozeß ist, sondern einen Vorgang der Rechtsschöpfung und der Ermessensentscheidung darstellt. Dabei müssen wir uns aber folgendes bewußt machen: Da Rechtserzeugung und Rechtsanwendung dem traditionellen Sprachgebrauch zufolge verschiedene rechtliche Funktionen bezeichnen, nehmen wir eine Bedeutungsverschiebung vor, wenn wir Rechtsanwendung als Rechtserzeugung erklären: wir projizieren dann einen *analytischen* Begriff auf einen *beschreibenden* Begriff.³⁰

Die andere Kelsensche Schlußfolgerung betrifft die *hierarchische* Struktur des stufenförmigen Aufbaus des Rechtes. Sie besteht in der Behauptung, daß es sich bei dem ganzen Prozeß der Rechtssetzung um nichts anderes handelt als um eine *allmähliche und ständige individualisierende Konkretisierung* der abstrakt-allgemeinen Normen, die bis zu einer fallweise erfolgenden Neubildung reicht.³¹

Obwohl die normative Unterordnung der jeweils „niederen Norm“ von Kelsen als metaphorischer Ausdruck betrachtet wird, hält er die Rechtsordnung dennoch für ein hierarchisches System.³² In ihm ist die Rechtsanwendung nichts anderes als die Erzeugung einer einzelnen in Anwendung einer allgemeinen Rechtsnorm. Die Annahme, daß Rechtsanwendung stets die Anwendung einer allgemeinen Rechtsnorm bedeutet, wird von Kelsen als so uneingeschränkt gültig betrachtet, daß er die Anwendung einer generellen Rechtsnorm bei einer auf einer mehrdeutigen Gesetzesstelle beruhenden Entscheidung³³ ebenso voraussetzt wie bei der Verwendung von gleichgelagerten gerichtlichen Fallentscheidungen als *Präcedenzen*.³⁴ Das gleiche gilt für jene Entscheidungen,³⁵ bei denen das entscheidende Organ in Ermangelung einer anwendbaren allgemeinen positiven Norm kein abweisendes (negatives) Urteil fällt, sondern kraft der ihm eingeräumten Ermächtigung aufgrund seines *Ermessens* eine *meritorische* Entscheidung der zugrundeliegenden Frage vornimmt.³⁶

Die Stufenbauthese stellt uns das Recht also einerseits als eine auf dem *Boden stehende* Pyramide vor, da sie von einer einzigen hypothetischen Grundnorm die Gültigkeit des ganzen rechtlichen Gesamtprozesses herleitet. Andererseits ist dies auch eine auf die vorige aufgebaute, *auf der Spitze stehende Pyramide*, weil sich in den individuellen Vollzugsakten die in der Grundnorm ausgedrückte allgemein-abstrakte

³⁰ Darüber ist sich Kelsen auch selbst im klaren: „[The] common trichotomy [of the legislative function and of the executive and the judicial functions] is thus at bottom a dichotomy, the fundamental distinction *legislatio* und *legis executio*“ (oder im Titel: „Legislation and Execution“). (GTLS, II, G. b. S. 255–256), damit bestreitet er die anderweitige Begründung der Dreiteilung nicht, insofern „sind das nur durch die positiv-rechtliche Gestaltung besonders ausgezeichnete oder sonstwie politisch bedeutsame Ruhepunkte des Rechtserzeugungsprozesses.“ GATS, S. 46.

³¹ RR II, S. 242.

³² RR II, S. 228.

³³ Wo nämlich „die in der Entscheidung liegende Interpretation den Charakter einer generellen Norm an(nimmt).“ RR II, S. 255.

³⁴ RR II, S. 255.

³⁵ „... eine generelle, wenn auch nicht positive Norm materiellen Inhalts ...“ RR II, S. 250. „... a general, even though not a positive, norm of material law ...“ PTL, S. 244.

³⁶ „... das Gericht ist ermächtigt, nur eine individuelle, für den einzigen, ihm vorliegenden Fall gültige Norm zu erzeugen. Aber diese individuelle Norm erzeugt das Gericht in Anwendung einer von ihm für wünschenswert, für ‚gerecht‘ gehaltenen generellen Norm, die der positive Gesetzgeber unterlassen hat zu setzen. Nur als Anwendung einer solchen, nicht positiven generellen Norm ist die von dem Gericht gesetzte individuelle Norm als gerecht rechtfertigbar.“ RR II, S. 249–250.

Gültigkeit konkretisiert. Von dem hierarchischen Charakter des stufenartigen Gebäudes müssen wir aber wissen, daß es *normativ* ist. Die Struktur ist nicht nur deshalb normativ, weil sie *aus Normen aufgebaut ist*, sondern auch, weil ihr strukturelles Prinzip *auf normativen Erwartungen* beruht.

Doch bereits an diesem Punkt³⁷ sind einige Vorbehalte anzubringen. Es ist nämlich eine Frage, den Charakter und die Richtung der rechtlichen Strukturierung als gewünscht zu setzen, und eine andere die praktische Befolgung dieser Setzung, die durch die einzelnen Normerzeugungsakte erfolgt. Dieser Unterschied ist umso mehr von prinzipieller Bedeutung, als Kelsen selbst behauptet, daß unser Urteil stets nur „das Ergebnis einer spezifischen, nämlich normativen Deutung“ sein kann.³⁸ Zur normativen Interpretation sagt Kelsen ebenfalls, daß sie nicht an sich bestehen, sondern nur in normativem Zusammenhang existieren kann. Das heißt, daß nur eine in ihrem Kompetenzbereich handelnde normsetzende Autorität das Ergebnis der normativen Interpretation konstituieren kann. Dagegen ist jedoch zu sagen, daß in einem stufenförmigen Aufbau die zwischen den Normen unterschiedlicher Ebene bestehende Beziehung (von bedingenden und bedingten Normen) nicht notwendigerweise hierarchischen Charakter haben muß, vielmehr auch eine solche der relativen Priorität sein kann, welche bloß die zeitliche Aufeinanderfolge, die Richtung der Herkunft oder die Geltungsbegründung bezeichnet.³⁹

Darüber hinaus müssen wir die Frage stellen, ob es überhaupt begründet und erforderlich ist, die Stufenbauthorie im Kelsenschen Werk auf zweierlei Weise zu verstehen? Ist es erforderlich, das dialektische Zusammenspiel von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung als eine hierarchische Ordnung der Rechtsquellen zu erklären, wobei die Stufenbaulehre als theoretisches Modell der Geltungsbegründung dient? Anders formuliert: Ist der durch die Gültigkeit geschaffene Zusammenhang und damit der Beweis der Einheit der Rechtsordnung nur in einer senkrechten Ableitungsordnung, in hierarchischer Abstammung vorzustellen? Kelsen mag seine eigene Deutung für völlig überzeugend gehalten haben, aber dies hat unwillkürlich das Weiterleben der gerade auch von ihm längst überwundenen Denkschemata gefördert. Denn eine durch eine hypothetisch vorausgesetzte Grundnorm begründete Gültigkeitskette, welche die Geltung des Rechts aus einer einzigen äußeren und oberen, aber alles umfassenden Quelle herleitet, ist schließlich auch eine transzendente Spekulation. Sie ist nichts anderes als eine „Säkularisierung von religiös bzw. theologisch begründeten Naturrechtsvorstellungen“, welche das Recht als eine von oben festgelegte Ordnung hierarchischer Bestimmungen der Über- und Unterordnung erscheinen lassen, wo es sich doch beim staatlich organisierten Rechtssystem eher um ein „System ohne Zentrum und ohne Spitze“ handelt.⁴⁰

Der konstitutive Charakter der Rechtsanwendung

Die Stufenbauthorie *an sich* besagt nichts über die Rechtsanwendung. Sie bezeichnet lediglich ihren Ort und ihre Verbindungen im Rechtsprozeß. Indirekt bestimmt sie

³⁷ „... was und wie das Recht ist?“ *RR*, S. 1.

³⁸ *RR II*, S. 4.

³⁹ Werner Krawietz, *Die Lehre vom Stufenbau des Rechts — eine säkularisierte politische Theologie?* In: *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, hrsg. von Werner Krawietz und Helmut Schelsky. Berlin: Duncker und Humblot 1984, S. 266 (Rechtstheorie, Beiheft 5).

⁴⁰ Krawietz, § II, S. 269.

jedoch entscheidend die Auffassung der Rechtsanwendung.

Die wichtigste Schlußfolgerung, die sich aus der Lehre über den stufenförmigen Aufbau des Rechts ergibt, lautet, daß die Rechtsanwendung — im Gegensatz zur traditionellen Vorstellung der *Jurisdiction* — das Recht nicht deklariert, sondern *konstituiert*. Obwohl Kelsen keine Definition liefert, ist sein Standpunkt dennoch eindeutig: die Rechtsanwendung ist in jeder Hinsicht von „konstitutivem Charakter“, und das vollziehende Organ hat „konstitutive Funktion“. Der konstitutive Charakter der Rechtsanwendung manifestiert sich dabei in deren verschiedenen Verfahrensschritten auf unterschiedliche Weise.

Der erste Schritt ist die *Feststellung* der Existenz einer geltenden Rechtsnorm als einer anwendbaren, generellen Norm.⁴¹ Nach Kelsen ist die Existenz einer solchen Norm in zweifacher Weise für die Rechtsanwendung von Belang: die anwendbare gültige Rechtsnorm ist einerseits notwendige *Voraussetzung* der Rechtsanwendung, und zugleich konstituiert sie — auf einer höheren Ebene der Allgemeinheit — überhaupt erst die *rechtliche Relevanz* bestimmter Ereignisse, indem sie eine bestimmte Rechtslage schafft.⁴²

Wenn die Auswahl der Norm und die Feststellung ihrer Geltung gleichermaßen von konstitutiver Bedeutung sind, so ist es offensichtlich auch die *rechtliche Beurteilung der Tatsachen in einzelnen Fällen*. Kelsen zufolge ist es ein notwendiges Element der Rechtsordnung, daß sie, insofern sie eine Tatsache normativ qualifiziert, auch bestimmt, durch welches *Organ* und nach welchem *Verfahren* die Feststellung dieser Tatsache als rechtlicher Tatsache vorgenommen werden soll. Trotz der kategorischen Formulierung von Kelsen⁴³ ist dies aber keineswegs theoretisch notwendig, sondern es handelt sich dabei um eine rein *praktische Frage*. Die Kelsensche Lösung ergibt sich also nicht mit logischer, sondern lediglich mit praktischer Notwendigkeit, denn ohne Regelung der Zuständigkeit und des Verfahrens könnte jede beliebige Person unter gegebenen Umständen die fragliche Tatsache rechtlich qualifizieren und damit zum Rechtsanwender werden.⁴⁴ Ein gewisses Maß an Verfahrensregelung erweist sich daher im allgemeinen als erforderlich; über dessen Bedingungen und Ausgestaltung entscheidet jedoch in jedem Fall der Rechtserzeuger, und zwar aufgrund praktischer Gesichtspunkte.

Es ist ferner durchaus überzeugend, wenn Kelsen meint, daß rechtliche Tatsachen überhaupt erst durch ihre offizielle Feststellung entstehen,⁴⁵ wobei er soweit geht, daß er diese Feststellung als jenes Element betrachtet, welche die Tatsache mit der Rechtsfolge verbindet.⁴⁶ Zugleich aber muß die Behauptung, daß es sich hierbei *in jedem Fall um*

⁴¹ *RR II*, S. 243.

⁴² *RR II*, S. 244.

⁴³ „Wenn die Rechtsordnung an eine bestimmte Tatsache als Bedingung eine bestimmte Folge knüpft, muß sie auch das Organ bestimmen, von dem, und das Verfahren, in dem die Existenz der bedingenden Tatsache im konkreten Fall festzustellen ist.“ *RR II*, S. 239.

⁴⁴ In seinem postumen Werk schreibt er: „1. Alle Menschen sollen die anderen Menschen gegebenen Versprechen halten, — 2. Maier soll sein, dem Schulz, gegebenes Versprechen, ihm 1000 zu zahlen, halten.“ In Verbindung mit Normen: „Die Geltung von Norm (2) ist durch die Geltung von Norm (1) begründet, gleichgültig, wer immer die Norm (2) setzt. Denn die Norm (1) bestimmt nicht, wer die Norm (2) zu setzen ermächtigt ist. Jedermann ist ermächtigt, die Norm (2) zu setzen.“ *ATN*, S. 214—215.

⁴⁵ *RR II*, S. 244 u. 245.

⁴⁶ „Denn der Rechtssatz lautet nicht: ‚Wenn ein bestimmter Mensch einen Mord begangen hat, soll eine bestimmte Strafe über ihn verhängt werden‘, sondern: ‚Wenn das zuständige Gericht in einem durch die Rechtsordnung bestimmten Verfahren rechtskräftig festgestellt hat, daß ein bestimmter Mensch

eine Transformation einer natürlichen Tatsache in eine normative Tatsache, also um eine Umwandlung einer Tatsache einer Qualität in eine Tatsache einer anderen Qualität, nämlich in eine normative Tatsache, handelt, in Frage gestellt werden. Denn wenn wir in Betracht ziehen, daß es durchaus fraglich erscheinen kann, ob es sich bei der offiziellen Tatsachenfeststellung tatsächlich um die Feststellung einer wirklichen Tatsache handelt, und uns in Erinnerung rufen, daß erst die Rechtskraft den Abschluß des Verfahrens darstellt, stellt sich sofort heraus: *in diesen formalisierten Verfahren wird die Behauptung der Tatsache als solcher durch eine formelle Manifestation ersetzt.*⁴⁷ Dies aber widerspricht sowohl der wirklichen Struktur als auch dem endgültigen Kriterium konkreter Rechtsanwendung, die verlangt, daß die offizielle Feststellung der Tatsache — auch wenn sie „kein Rechtserkenntnis-, sondern ein Rechtserzeugungsverfahren“ darstellt — in Übereinstimmung mit den natürlichen Tatsachen erfolgen muß.⁴⁸

Der dritte Manifestationsbereich des konstitutiven Charakters der Rechtsanwendung ist die *Schaffung der individuellen Norm* durch *ermessensgeleitete Ausfüllung* der rahmenhaften Bestimmungen, die die zur Anwendung kommenden *allgemeinen Normen enthalten*. Kelsen behauptet von den 30er Jahren an, daß die Bestimmung des Rechtserzeugers niemals vollständig ist und daß sich daher hinsichtlich der nichtbestimmten Komponenten notwendigerweise ein gewisser Ermessensspielraum ergibt; das anzuwendende Recht stellt für die Rechtsanwendung nicht nur *Bestimmung* dar, sondern es läßt innerhalb dieser auch *einen frei ausfüllbaren Rahmen*.⁴⁹ Diese Freiheit bedeute: aber in Wirklichkeit keine völlig freie Wahlmöglichkeit bezüglich der zu treffenden Entscheidung, keine zur Willkür berechtigende Diskretion. Sie bedeutet lediglich innerhalb der vorgegebenen Regelung die durch die Regelung nicht gebundene Konkretisierung der nicht bestimmten Details.

Theoretische Fragezeichen

Der Hinweis auf den konstitutiven Charakter der Rechtsanwendung ist überzeugend. Dennoch bleibt seine theoretische Bedeutung im Werk von Kelsen ungeklärt. Im Rahmen der Kelsenschen Argumentation tritt dieser Umstand übrigens auch gar nicht als Mangel in Erscheinung, da nach seiner Auffassung die Gesamtheit des Rechtsprozesses aus *Willensakten* aufgebaut ist; mit Ausnahme des endgültigen konkreten individuellen Vollzugsaktes haben alle diese Akte *rechtserzeugenden* Charakter. Aber unabhängig davon, ob wir mit dieser Erklärung übereinstimmen oder nicht, ist sie nicht geeignet, den konstitutiven Charakter der Rechtsanwendung hinreichend zu spezifizieren und die erforderlichen Differenzierungen zu begründen.

Die Konstitution des rechtlichen Geschehens, von der hier die Rede ist, ist kein gleichförmiger Vorgang. Die ermessensgeleitete Ausfüllung des normativen Rahmens

einen Mord begangen hat, soll das Gericht über diesen Menschen eine bestimmte Strafe verhängen.“ *RR II*, S. 246.

⁴⁷ „Im juristischen Denken tritt an Stelle der den Zwangsakt im nicht-juristischen Denken bedingenden Tatsache an sich die verfahrensmäßig festgestellte Tatsache. Nur diese Feststellung ist selbst eine ‚Tatsache‘ ...“ *RR II*, S. 246.

⁴⁸ *RR II*, S. 247.

⁴⁹ „Die Norm höherer Stufe kann den Akt, durch den sie vollzogen wird, nicht nach allen Richtungen hin binden. Stets muß bald ein größerer, bald geringerer Spielraum freien Ermessens bleiben, so daß die Norm höherer Stufe im Verhältnis zu dem sie vollziehenden Akt . . . immer nur den Charakter eines durch diesen Akt auszufüllenden Rahmens hat.“ *RR*, S. 91; ferner *RR II*, S. 250.

zum Beispiel ist das Ergebnis einer *Entscheidung*; ein Ergebnis, das zwar nur auf der Grundlage eines Erkenntnisprozesses zustande kommen kann, das aber *aus der bloßen Erkenntnis* allein nicht folgt. Das bedeutet: Die *konstitutive Funktion* kommt schon *unmittelbar bei der Ausgestaltung des Inhaltes* der Normen zum Ausdruck. Darüber hinaus müssen wir überlegen, inwiefern es von konstitutiver Bedeutung ist, wenn über die Geltung des Rechts entschieden wird oder Tatsachen rechtlich festgestellt werden. Zweifellos geht es auch dann nicht um eine reine Erkenntnis, denn es ist sowohl der Struktur als auch dem Gewicht nach etwas anderes, wenn zum Beispiel die Rechtsdogmatik das Recht behandelt, als wenn ein in seinem Kompetenzbereich handelndes Organ formal und mit normativer Kraft entscheidet.

Der zuletzt erwähnte Fall hat es *vor allem* und *in aller Unmittelbarkeit* mit der Setzung von Recht, mit der Erzeugung der Spielregeln des Rechts zu tun. Äußerlich betrachtet, ist dies eine *Verfahrensformalität*: eine an sich formelle Geste wird verfahrensmäßig zu entsprechender Zeit und auf entsprechende Weise vollzogen. Ein solcher Akt ist ferner auch dazu geeignet, innerhalb der normativen Ordnung eine *Veränderung auszulösen*, ein formelles Verfahren zu provozieren und so zum unmittelbaren Auslöser eines eine Zurechnung ergebenden Prozesses zu werden. Seine konstitutive Bedeutung ist deshalb in erster Linie und vor allem *prozedural*.⁵⁰

⁵⁰ Es scheint, als ob Kelsen bisweilen gestatten würde, (wie zum Beispiel dann, wenn er die *richterliche Feststellung* der Tatsachen als einen mit ihrer Erkenntnis verbindbaren Vorgang darstellt, *RR II*, S. 247), diese prozedurale Konstitutivität als eine solche Erkenntnis zu bezeichnen, die lediglich über den *Überschuß der „Rechtlichkeit“ des Endergebnisses* verfügt. Doch ein solches Bild rechnet nicht damit, daß in der sogenannten rechtlichen Feststellung der Tatsache auch die Klassifizierung der Tatsache nach den durch das positive Recht ermöglichten Schemata beinhaltet ist. Es ist also untrennbar mit der *Qualifizierung* verknüpft, welche aufgrund und im Interesse der Ziele der normativen, unbedingten und von vornherein von der Erkenntnis getrennten Gesichtspunkten erfolgt. Vgl. Chaim Perelman, *La distinction du fait et du droit: La point de vue du logicien*. In: *Le fait et le droit: Etudes de logique juridique*. Bruxelles: Bruylant 1961, S. 271; Csaba Varga, On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning, *Logique et Analyse*, 1973, No. 61—62, S. 50—54; Csaba Varga, Law-Application and its Theoretical Conception, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXVII (1981) No. 4, S. 465—468. Gleichzeitig ist für den ganzen normativen Argumentationsvorgang die in ihren Grundbestimmungen vom Theoretischen getrennte *praktische* Beschaffenheit charakteristisch, daß nämlich anstelle der umso vollständigeren Erschließung der inhärenten Zusammenhänge des Objektes sie sich auf die *entsprechende* Klassifizierung (Einstufung, Unterordnung) ihres Objektes im Begriffsbestand des normativen Systems richtet. Zwar nimmt dies logisch die Form der *Subsumtion* an, doch ist das System von vornherein, welches den Anspruch auf Eingliederung erhebt, bezüglich seiner begrifflichen Komponenten und seines gesamten Aufbaus gleichermaßen von *praktischen* und nicht von erkenntnistheoretischen Überlegungen beherrscht. Der Vorgang selbst, im Laufe dessen die rechtliche Eingliederung des Objektes erfolgt, ist ebenfalls entscheidend von der *Bewertung* der gesellschaftlichen *Erforderlichkeit* der an die Eingliederung als Ergebnis normativ gegliederten Folgen bestimmt. So verfügt jegliche *erkenntnistheoretische Überlegung* auch darin nur über eine *instrumentale* Bedeutung. Vgl. Csaba Varga, *The Place of Law in Lukács' World Concept*. Budapest: Akadémiai Kiadó 1985. Kap. 5. § 4, S. 145 ff. Gleichzeitig erscheint es, als bildeten ein optimaler Grad des Entsprechens zwischen der natürlichen Sprache und der normativen Sprache sowie die Anforderung der *Kohärenz*, der *Konsequenz* und der *gesellschaftlichen Deckung in der gesellschaftlich-rechtlichen Praxis der normativen Qualifikationen* bereits eine Art gesellschaftlicher Vorbedingung des ganzen normativen Vorganges. All das ist so tief in der gesellschaftlichen Welt des Rechts verwurzelt, daß es bereits in unterschiedlichen theoretischen Versuchen geradewegs als „*innere Moral*“ des Rechts erscheint, welche sich durch die Gestaltung der Bedingungen der gesellschaftlichen Identifizierung mit dem Recht — und so der gesellschaftlichen Wirksamkeit des Rechts — an das streng rechtliche Gebiet anschließt. Vgl. Lon L. Fuller, *The*

Interpretationslehre

Kelsen unterscheidet die *erkenntnismäßige* Interpretation (z.B. der Rechtswissenschaft) von der durch das rechtsanwendende Organ durchgeführten *authentischen* Interpretation. Die erkennende Interpretation des Rechts ist der vom anzuwendenden Recht gesteckte Rahmen, der die möglichen Bedeutungen und Entscheidungsvarianten enthält. Die normative Interpretation wählt eine dieser Möglichkeiten aus, welche dann zur individuellen Norm der konkreten Rechtsanwendung wird. Der erste Vorgang ist so ein *erkennender* Akt, der letzte — da es sich um individuelle Normerzeugung handelt — ein *Willensakt*.

Kelsen stellt mit Bezug auf die authentische Interpretation fest, daß die Organe innerhalb des Rahmens, der durch die anzuwendenden allgemeinen Rechtsnormen festgelegt ist und der im Zuge der Rechtsanwendung ausgefüllt werden muß, rechtlich nicht mehr gebunden sind.⁵¹ Er gesteht zwar zu, daß die Ausfüllung der Rahmen normativ beeinflussbar ist, aber höchstens durch außerrechtliche — und gerade deshalb rechtlich vollkommen gleichgültige — Normensysteme.⁵² Aus diesem Grunde vertritt er die Ansicht, daß die Rahmenausfüllung „kein rechtstheoretisches, sondern ein rechtspolitisches Problem“ darstellt.⁵³

Es erscheint daher fraglich, ob dieser Aspekt der Rechtsanwendung überhaupt als Interpretation betrachtet werden soll. Die Literatur hat sich zu dieser Frage zumeist eher skeptisch geäußert.⁵⁴ Obwohl diese Einstellung stark von Kelsen geprägt ist und ihrer eigenen Logik gemäß auch berechtigt erscheint, hat sie dennoch die im Rechtsprozeß angelegte und von Kelsen klar erkannte Doppelbedeutung des Rechts übersehen. Denn entsprechend der offiziellen Ideologie des Rechts und den seinen Funktionsprinzipien zugrundeliegenden Voraussetzungen weisen die Rechtsprozesse eine Analogie mit dem Erkenntnisprozeß auf, ja sie können davon nicht einmal unterschieden werden. (Ein solcher ist die „rechtliche Feststellung“ der Geltung des anzuwendenden Rechts und der Tatsachen des vorliegenden Falles sowie die kognitive Interpretation, welche den rechtlichen Rahmen der Entscheidung erschließt.) In Wirklichkeit aber hat die rechtliche Deutung — aufgrund ihres normativen Charakters und ihrer praktischen Bestimmtheit — keinerlei Gemeinsamkeit mit der wissenschaftlichen Deutung. Denn die rechtliche Deutung wird erst durch das *Subjekt*

Morality of Law. New Haven and London: Yale University Press 1964, bes. Kap. 11; und Csaba Varga, *Reflections on Law and on its Inner Morality*. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXVII (1985), No. 3, S. 444.

⁵¹ *RR*, S. 96.

⁵² *RR*, S. 98—99.

⁵³ *RR*, S. 98.

⁵⁴ Rodolfo Sacco (*Il concetto di interpretazione nel diritto*. Torino 1947) hat erläutert: „La continua confusione tra interpretazione ed applicazione“ (das fortwährende Vermischen der Auslegung und der Anwendung) ist unhaltbar (S. 131), da ja Kelsen „solo della scelta del modo più opportuno di applicare il diritto“ (ausschließlich von der Wahl der geeignetsten Weise der Rechtsanwendung) spricht (S. 118, Anmerkung 6). Mario G. Losano (*Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLV (1968) No. 3—4) dagegen hat nachgewiesen: der Kelsensche Begriff der Rechtsinterpretation ist eine Fälschung des Auslegungs-Begriffes. Denn er löst ja den aufgrund der *Struktur* der kognitiven Interpretation bestimmten Begriff der Auslegung bei der authentischen Interpretation durch einen solchen Begriff ab, den er aufgrund der einzigen *Funktion* der Auslegung nunmehr bestimmt, und so nennt er letzten Endes die individuelle Normenstatuierung Auslegung (S. 213—215).

zur rechtlichen *qualifiziert*, und zwar *unter Berufung auf seine offizielle Funktion*, während die wissenschaftliche Deutung in erster Linie erkenntnismäßigen Charakter hat.

Während die erkennende Deutung der Norm von der Norm ausgeht und ihr Ziel in der inhaltlichen Erschließung der Norm besteht, ist dies für die normative Interpretation nur ein Mittel, um eine bestimmte, mit autoritativer Kraft getroffene Entscheidung unter Berufung auf diese Norm zu begründen. Das heißt, die Norm ist *nicht Ziel, sondern ein formendes und ein Form verleihendes Mittel* für normative Interpretation.⁵⁵

Prozedurale Rechtsanschauung?

In den Textzusammenhang der Reinen Rechtslehre fügt sich offenbar nur schwer die Bemerkung ein, welche zugleich auch als Probe für die gedankliche Folgerichtigkeit des ganzen Kelsenschen Werkes dienen kann. Dieser Bemerkung zufolge muß die authentische Interpretation nicht notwendigerweise in der Wahl einer der von der kognitiven Interpretation aufgezeigten Auslegungsalternativen bestehen. Es kann sein, daß die geschaffene individuelle Norm keine dieser Alternativen darstellt und daß sie dennoch Geltung hat, wenn die fragliche Entscheidung rechtskräftig ist.⁵⁶

Das Dilemma ist offensichtlich. Wenn man das grundlegende Kernstück der Reinen Rechtslehre in der Stufenbautheorie sieht (wonach die Anwendung der generellen Normen in ihrer sukzessiven Individualisierung und Konkretisierung besteht), dann kann sich die *authentische Interpretation* nur innerhalb der *kognitiven Interpretation* vollziehen und sie bleibt auf die Auswahl einer der möglichen Interpretationsalternativen beschränkt. Die Wahl einer Alternative, die außerhalb der durch die kognitive Interpretation aufgezeigten Möglichkeiten liegt, ist rechtlich nicht gedeckt, stellt also keine zulässige Interpretation dar. Es ist ein Mißverständnis, hier überhaupt von einer Interpretation zu sprechen, weil das Organ ja nicht die Norm anwendet, zu deren Anwendung es berufen ist.⁵⁷ Betrachtet man aber als die wesentliche Botschaft der Reinen Rechtslehre ihre Auffassung von der *konstitutiven Bedeutung* des Prozesses der *Rechtserzeugung*, die an jedem Punkt offenbar wird, so ist die *kognitive Interpretation* nur eine *idealtypische Charakterisierung dieses Prozesses, zu dem sich noch ein Willensakt gesellen muß*,⁵⁸ um eine authentische Interpretation hervorzu- bringen.

Es sei in diesem Zusammenhang bemerkt, daß, obwohl diese Bemerkung im Text der erweiterten Ausgabe der Reinen Rechtslehre tatsächlich improvisiert wirkt, sie im Kelsenschen Werk durchaus nicht isoliert dasteht, auch wenn vermutet werden kann, daß der Autor sie niemals konsequent zu Ende gedacht hat. In seinem amerikanischen Buch hat Kelsen bereits in der ersten Ausgabe festgestellt: Wie auch immer von außen her, vom Standpunkt logischer Folgerichtigkeit, über das Verhältnis der Normen

⁵⁵ Vgl. Varga, *The Place of Law in Lukács' World Concept*, §§ 5.3.2 und 5.4.2—3.

⁵⁶ *RR II*, S. 352.

⁵⁷ Losano schreibt so: „... fondato su un equivoco“ (es ist auf Zweideutigkeit begründet), „disapplicare“ (er wendet nicht an) (S. 531). Doch gerade er ist es, der seinerseits auch dem *normativen Entscheidungsvorgang* die Analogie des *Erkenntnisvorganges* aufzwingt. Deshalb hat ihn bei Kelsen befremdet, daß die kognitive Interpretation auch ihrer *Struktur* zufolge eine Deutung, während dies die authentische Interpretation nur ihrer *Funktion* zufolge sei.

⁵⁸ *RR II*, S. 351.

zueinander gedacht werden mag, innerhalb des Rechts kann das logische Verhältnis der Normen stets nur durch Einschaltung entsprechender prozeduraler Filter hergestellt werden.⁵⁹ Er zitiert einen amerikanischen Autor, der folgendes ausführt: „Bischof Hoadly sagte: Wer immer über eine *absolute Autorität* verfügt, die geschriebenen oder mündlich überlieferten Gesetze zu *interpretieren*, der ist der wirkliche *Gesetzgeber* über alle Absichten und Zwecke, und nicht derjenige, der sie als erster geschrieben oder ausgesprochen hat. *A fortiori* ist derjenige, gleichgültig, um wen es sich handelt, der wirkliche Gesetzgeber, der nicht nur die absolute Autorität dazu hat, das Recht zu interpretieren, sondern auch dazu, zu sagen, was das Recht ist.“⁶⁰ Der Autor dieser Passage, John Chipman Gray, hat daraus allerdings einfache Schlußfolgerungen gezogen,⁶¹ was Kelsen zu einer ausführlichen Kritik veranlaßt hat. Dabei scheint er jedoch nicht bemerkt zu haben, daß er denselben theoretischen Standpunkt vertritt wie schon Bischof Hoadly.⁶²

Nun, Kelsens Problem ist das folgende: Die Begründung der Geltung einer Norm durch eine höhere Norm setzt die Entsprechung der fraglichen Norm mit der höheren Norm voraus. Die Feststellung dessen, ob diese Entsprechung besteht oder nicht, kann in rechtlich relevanter Weise *nur durch eine rechtsanwenderische Entscheidung* erfolgen. Diese Feststellung setzt also *ein bestimmtes Verfahren eines bestimmten Organes voraus*, d.h. sie ist *das formalisierte Ergebnis einer rechtlichen Prozedur*. Da aber im Falle der Erlangung der Rechtskraft dieses Ergebnis rechtlich nicht mehr bestritten werden kann, gibt es keinerlei Garantie der „Richtigkeit“ dieser Entsprechung.⁶³ Sobald also die rechtlich vorgesehenen Rechtsmittelmöglichkeiten erschöpft sind und es keine Möglichkeit zu einem weiteren Verfahren gibt, kommt erzwungenslos die in den Postulaten des Rechtssystems verborgene Logik zur Geltung. Der logischen Rekonstruktion zufolge ist das Ergebnis das folgende: „Das rechtsanwendende Organ hat *entweder* — bevollmächtigt durch die Rechtsordnung — neues positives Recht geschaffen, *oder aber* — seiner eigenen Versicherung entsprechend — bereits zuvor bestehendes Recht angewandt.“⁶⁴ Diese Logik, die das Fundament der Existenz jeder

⁵⁹ „Und auch der Widerspruch der in dem vorgeschriebenen Verfahren zu prüfenden Norm niedriger Stufe zu der ersten der beiden Alternativ-Vorschriften der Norm höherer Stufe (d.h. „Das Gesetz enthält eben nicht nur die Vorschrift, daß das richterliche Urteil und der Verwaltungsakt auf eine bestimmte Weise erzeugt werden und einen bestimmten Inhalt haben sollen, sondern zugleich die Vorschrift: daß auch eine auf andere Weise erzeugte individuelle Norm oder eine Norm anderen Inhalts so lange gelten solle, bis sie in einem bestimmten Verfahren aus dem Grunde ihres Widerspruches zu der ersten Vorschrift aufgehoben wird.“ *RR*, S. 87) tritt erst in Erscheinung, sobald er von der zuständigen Instanz festgestellt wird. Jede andere Meinung über einen angeblich vorhandenen Widerspruch ist rechtlich irrelevant. In die Rechtssphäre tritt der „Widerspruch“ aber zugleich mit der Aufhebung der widersprechenden Norm.“ *RR*, S. 88-89.

⁶⁰ „Bishop Hoadly has said: 'Whoever hath an *absolute authority* to interpret any written or spoken laws, it is *he* who is truly the *Law-giver* to all intents and purposes, and not the person, who first wrote or spoke them' (Benjamin Hoadly, Bishop of Bangor, Sermon preached before the King, 1717, S. 12); *a fortiori* whoever hath an absolute authority not only to interpret the Law, but to say what the Law is, is truly the *Law-giver*." John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law* (1909), 2nd ed. New York: Macmillan 1948, S. 102.

⁶¹ „The courts put life into the dead words of the statute.“ Gray, S. 125.

⁶² „It is difficult to understand why the words of a statute which, according to its meaning, is binding upon the courts should be dead, whereas the words of a judicial decision which, according to its meaning, is binding upon the parties should be living.“ *GTLS*, S. 154.

⁶³ Vgl. *GTLS*, S. 154.

⁶⁴ *GTLS*, S. 155.

Rechtsordnung bildet, ist in einem solchen Maße in sich geschlossen, selbstgenügsam und sich ständig von neuem reproduzierend, daß sie nicht einmal durch die härtesten und schreiendsten Tatsachen des wirklichen Lebens angefochten werden kann; diese Tatsachen können ihr auch nicht widersprechen, wenn nicht das Recht selbst eine Verfahrensmöglichkeit bereitstellt, um sie dem rechtlichen Diskurs zuzuführen und sie zu rechtlichen Tatsachen zu erklären — wenigstens solange nicht, so lange das Rechtssystem als Rechtssystem besteht.⁶⁵ Kelsen hat diese Überlegungen jedoch nicht in seine Rechtsanwendungslehre einbezogen, die darin verborgenen theoretischen Möglichkeiten nicht entfaltet und den Gedankengang nicht bis zum Ende verfolgt.

In diesem Lichte betrachtet, verliert die Kelsenssche Auffassung der *Geltungsbeurteilung* ihre vermeintliche Eindeutigkeit. Das gesamte Werk Kelsens ist auf der Trennung von Sein und Sollen aufgebaut. Seiner Meinung nach schreitet die Rechtsordnung in ihrem stufenhaften Aufbau von Stufe zu Stufe abwärts, die Anwendung der jeweils höheren Norm verleiht den durch individualisierend-konkretisierende Akte erzeugten niederen Normen die Zugehörigkeit zur Rechtsordnung, die Geltung. Die Verbindung dieser Normen ist gleichzeitig scheinbar durch Beziehungen logischen Charakters gekennzeichnet: die höhere Norm „bestimmt“, „gibt einen Rahmen“, „liefert Interpretationsalternativen“, während die niedere Norm „entspricht“, „innerhalb des Rahmens“ liegt, „Interpretationsmöglichkeiten verkörpert“. Es erhebt sich hier die allgemeine Frage, ob diese Verhältnisse zwischen den Normen Seins-Verhältnisse oder prinzipiell Sollens-Beziehungen sind. Aber wenn letzteres der Fall ist, dann können sie nicht nach dem Muster der Seins-Verhältnisse interpretiert werden. Die Frage kann auch enger formuliert werden: Wie kann dieses Verhältnis für das Recht relevant werden? Kelsens Antwort ist eindeutig: Nur durch einen Akt des zuständigen Organs im Rahmen des hierfür vorgesehenen Verfahrens. Das Ergebnis des Verfahrens hat also konstitutive Bedeutung, was besagt, daß das Ergebnis ohne ein solches Verfahren (z.B. allein aufgrund von Erkenntnis) nicht mit logischer Notwendigkeit zustande kommen würde. Und dies bedeutet wiederum, daß, wenn die Rechtsordnung kein Organ bestimmt, das für die Durchführung eines derartigen Verfahrens zuständig ist, oder wenn die dafür vorgesehenen rechtlichen Verfahrensmöglichkeiten bereits ausgeschöpft sind, das Ergebnis zu einem *gültigen Bestandteil der Rechtsordnung* wird. Im gesellschaftlichen Leben können darüber Diskussionen stattfinden, die Widersprüche können offensichtlich werden — doch solange die Rechtsordnung besteht, wird das betreffende Ergebnis die rechtlich verbindliche Antwort darstellen.

Bei diesem Punkt aber wird der Gedankengang umgekehrt. Die normative Bedeutung kann gegebenes Verhalten und Forderungen einander zuordnen; sie kann Organe und Verfahren bestimmen; der normative Prozeß kann zum Erkenntnisprozeß parallel oder analog sein. All diese Elemente des rechtlichen Prozesses werden aber nie in ihrer Unmittelbarkeit, sondern nur rechtlich relevant. Relevant sind nur die offiziellen, formalisierten Äußerungen über deren „Befolgung“, „Verwirklichung“ oder „Erfüllung“. Weder die Sein- noch die Sollen-Elemente erscheinen also in sich in dem rechtlichen Prozeß, sondern *ausschließlich in ihrer Verfahrensmäßigkeit*. Dazu muß das Recht 1. ein *Verfahren* bestimmen, in dem diese Elemente überhaupt angerufen werden

⁶⁵ Die gleiche Lösung regt auch eine andere Kelsensche Ableitung an: „If a statute enacted by the legislative organ is considered to be valid although it has been created in another way or has another content than prescribed by the constitution, we must assume that the prescriptions of the constitution concerning legislation have an alternative character.“ *GTLS*, S. 156.

können, und 2. sie müssen *verfahrensgemäß* (zu entsprechender Zeit, Weise und Form) angerufen sein. Sobald diese Prozessualisierung historisch eintritt, werden 3. die gesagten Elemente *ausschließlich* als Bestandteile des Verfahrens interessant: ihre rechtliche Relevanz hängt von ihrer Verfahrensmäßigkeit ab. Die ursprüngliche Qualität der Elemente ist nur interessant, sofern es ein Verfahren gibt, in dem ihre Verfahrensmäßigkeit verfahrensgemäß diskutiert werden kann. Sobald dies abgeschlossen ist und die natürlichen Tatsachen endgültig rechtlich qualifiziert sind, *werden die ursprünglichen Qualitäten von rechtlichem Gesichtspunkt aus irrelevant*.

Es ist nun soviel ersichtlich: Obwohl „Rechtskraft“ und „Rechtmäßigkeit“ nicht notwendig übereinstimmen müssen, folgt die dogmatische Rekonstruktion die Existenz einer *praesumptio iuris et de jure*, derzufolge das, was *res judicata* ist, zugleich auch als *rechtmäßig* betrachtet wird.⁶⁶ Dies bedeutet die Machtübernahme des Formalismus. Denn gleichgültig, um welche Tatsachen oder um welche Argumente es gehen mag, sie können im rechtlichen Prozeß *nur formalisiert* Bedeutung erlangen. Und was einmal Bedeutung erlangt hat, findet unabhängig von jeder Diskussion *in das System Eingang*. Diese Deutung läßt die der ganzen Kelsenschen Theorie innewohnende Tendenz zu einer *prozeduralen* Auffassung des Rechts erkennen. Dieser Auffassung zufolge verfügt das Rechtssystem über eine spezifische ideelle Dynamik, deren Triebkraft die rechtliche Setzung ist. Diese Triebkraft kann jedoch immer nur in einem prozeduralen Rahmen zur Geltung kommen, wodurch sie so formalisiert wird, daß sich *diese prozedurale Vermittlung verselbständigt* und innerhalb des Rechts *eine fast ausschließliche Bedeutung erlangt*.

Selbstüberwindung der Reinen Rechtslehre?

Kelsen bringt zum Ausdruck, daß es in den rechtlichen Prozessen keinerlei inhaltliche Garantie der Entsprechung oder Folgerichtigkeit im Verhältnis der Normen zueinander gibt. Die Rechtsordnung kann lediglich den formellen Verfahrensablauf des rechtlichen Prozesses gewährleisten, in dem die zuletzt vorgenommene normative Qualifizierung mit dem Stempel der Rechtskraft zur endgültigen wird. Was also gemäß der rechtlichen Beurteilung als „Entsprechung“, „Folge“ oder „Konsequenz“ ausgegeben wird, ist dies durchaus nicht unbedingt im Sinne einer außerrechtlichen Beurteilung. Es liegt die Frage nahe, ob darin nicht eine *große Gefahr der Willkür des rechtlichen Verfahrens verborgen liegt*? Theoretisch lautet die Antwort: *ja*. Zumindest bis zum Zerfall des ganzen Rechtssystems, wenn mit dem Verlust seiner Effektivität auch seine Geltung gegenstandslos wird.⁶⁷

Allerdings handelt es sich hierbei um keine ausformulierte Theorie. Kelsen äußert sich über die Lösung dieses Problems lediglich in einem einzigen Satz in der erweiterten Ausgabe der *Reinen Rechtslehre* (1960) sowie mit einem Verweis auf eine Stelle der ersten Auflage (1934), wo die Lösung normativer Konfliktsituationen behandelt wird.

Kelsens Denken ist übrigens durch ein so großes Vertrauen in den natürlichen Sinn der Worte gekennzeichnet, daß er die große Beliebigkeit der rechtlichen Interpretation, ihre gesellschaftliche Bedingtheit und die Gefahr der Manipulation nicht berücksichtigt;

⁶⁶ Vgl. Csaba Varga und József Szájer: Presumption and Fiction: Means of Legal Technique. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXXIV (1988), No. 2.

⁶⁷ „Eine Rechtsordnung wird als gültig angesehen, wenn ihre Normen *im großen und ganzen* wirksam sind... Wirksamkeit ist eine Bedingung der Geltung...“ *RR II*, S. 219 und 220.

seine bedeutungstheoretischen Überlegungen verraten einen gänzlich statisch Standpunkt.^{68, 69} Zugleich aber war sich Kelsen durchaus der Zweideutigkeiten bewußt, die sich aus der theoretischen Öffnung seiner Lehre ergeben. Dies gilt zumindest für die Zeit um 1965—66, als er die Reine Rechtslehre nachträglich kritisch überarbeitete. Allerdings hat er dabei den durch unsere Überlegungen betroffenen Teil seiner Theorie unverändert gelassen.⁷⁰

Doch wie auch immer, wenn die Möglichkeit der Willkür besteht, dann erhebt sich berechtigtermaßen die Frage, *was eigentlich das Recht vor seinem Untergang schützt, an seiner Zersetzung hindert?* Was hält das Recht überhaupt zusammen? Mit dieser Fragestellung hat sich Kelsen niemals eingehend beschäftigt, lediglich in Andeutungen, worin er die Effektivität der Rechtsordnung im Durchschnitt als Vorbedingung ihrer Geltung bestimmte.

Worum geht es eigentlich? Der Verfassungsgeber erläßt eine Verfassung, der Gesetzgeber gibt Gesetze, der Rechtserzeuger erzeugt Recht. Die Verwaltung erledigt die staatliche Verwaltungstätigkeit, die Gerichtsbarkeit erläßt Urteile, wobei sie das vom Gesetzgeber erlassene Recht anwendet. Wie all dies vor sich geht und wie es funktioniert, d.h. welche Personen als Rechtsorgane qualifiziert sind, über welche Kompetenzbereiche sie verfügen und in welcher Weise sie vorzugehen haben, all dies wird durch das *positive Recht* festgelegt. Das positive Recht legt auch den inhaltlichen Rahmen fest, innerhalb dessen die zuständigen Organe im Zuge des Verfahrens ihre Entscheidungen zu treffen haben. Was als „Rechtsorgan“, als „Rechtsanwendung“ qualifiziert wird, ist identisch mit der Frage, ob es in formeller Hinsicht und meritorisch den *Vorschriften* des positiven Rechtes *entspricht*. Diese Frage aber kann innerhalb des normativen Kontextes des Rechtes *nur durch die Rechtsakte der Rechtsorgane selbst entschieden werden*. Und diese Entscheidung trifft vor allem das jeweils rechtsetzende Organ selbst. Die Rechtsordnung kann zwar eine ganze Reihe von Verfahrensmöglichkeiten institutionalisieren, um die Entscheidungen von Rechtsorganen auf ihre Richtigkeit hin prüfen zu lassen; aber in diesen Verfahren stehen immer nur die *Rechtsakte anderer Organe* zur Diskussion, während die überprüfenden Organe bezüglich ihrer eigenen Entscheidungen wiederum nur selbst feststellen können, daß sie formell und meritorisch den *Vorschriften des positiven Rechtes entsprechen*.

Eine solche Überprüfung kann natürlich wiederholt durchgeführt werden, auch mehrfach, aber dies ändert nichts an der Begrenztheit des rechtlichen Prozesses. Ein Organ erklärt durch die Behauptung der Rechtmäßigkeit seines eigenen Verfahrens

⁶⁸ Vgl. Hans Kelsen, *Value Judgments in the Science of Law. Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, VII (1942), besonders den VIII. Punkt, in dem die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der richterlichen Entscheidung noch einfach Folge der angewandten Norm ist.

⁶⁹ Er schreibt in seinem postumen neubeginnenden-zusammenfassenden Versuch: „Daß der Wortlaut einer Norm auf verschiedene Weise interpretiert werden kann, ist unbestritten. Aber es ist nicht empfehlenswert, diese Tatsache — so wie dies [Jerzy] Wróblewski [The Problem of the Meaning of the Legal Norm. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XIV (1964) No. 3—4] (S. 265) tut — zu deuten: 'since the context of the understanding and applying of the legal norm is changing, the norm in question changes its meaning'. Die Norm „ändert“ nicht ihre Bedeutung: sie hat mehrere verschiedene Bedeutungen (oder Sinngehalte).“ *ATN*, S. 221, Anmerkung 1. Zur dynamischen Interpretationstheorie siehe: Jerzy Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze 1959, S. 151 ff.

⁷⁰ Ruth Erne, Eine letzte authentische Revision der Reinen Rechtslehre. In: *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, hrsg. von Werner Krawietz und Helmut Schelsky. Berlin: Duncker & Humblot 1984. (Rechtstheorie, Beiheft 5.)

zugleich auch seine eigene Entscheidung im wesentlichen für rechtmäßig; und wenn diese Entscheidung unanfechtbar ist (weil es keine rechtliche Möglichkeit der Anfechtung mehr gibt) oder wenn sie unbestritten bleibt (weil die zur Anfechtung Berechtigten davon nicht Gebrauch machen), dann wird die getroffene Entscheidung als rechtsgültige Entscheidung endgültig in das normative System des Rechtes eingefügt. Ihre rechtliche Geltung wird unbestreitbar.

Wir können also feststellen: Tatsachen und Tatsachenzusammenhänge sind an sich keine Elemente der normativen Beziehungen des Rechtes. Rechtlich relevant — d.h. rechtlich bedeutsam in dem Sinne, daß sie im normativen Kontext des Rechtes als Grundlage des normativen Folgerns dienen — werden sie nur dadurch, daß sie von einem Rechtsorgan im Zuge seiner rechtlichen Aktivitäten (also kraft seiner offiziellen Funktion und formell) als bestehend erklärt werden.

Und wer wacht über die Bewacher?

Auf die Frage „*Quis custodiet ipsos custodes?*“⁷¹ gibt das Recht demnach keine Antwort und kann es auch gar keine geben. Seine einzige Möglichkeit besteht darin, *mit Hilfe der Sprache Verhaltens-, Verfahrens- und Entscheidungsmuster zu fixieren*, durch deren Behandlung als Elemente einer einheitlichen Ordnung der institutionelle, ideologische und dogmatische Aufbau des Rechtssystems ermöglicht wird. Die sprachliche Vermittlung ist Vermittlung durch Zeichen; *die Bedeutung dieser Zeichen wird jedoch bereits durch einen außerhalb der Sprache liegenden Bereich beherrscht*. So wie es eine außerhalb des Rechtes stehende Frage ist, ob das Recht in Anspruch genommen wird und, wenn ja, ob es befolgt wird, ist das Recht auch nicht unmittelbar verantwortlich für die Gestaltung seiner Bedeutung. Diese ist ein Produkt des *gesellschaftlichen Milieus*. Das ist das „*Auditorium*“, auf die die modernen argumentationstheoretischen, logischen, semantischen und praxeologischen Rekonstruktionen insgesamt verweisen. Das Leben der öffentlichen Sprache ist ein auf der gesellschaftlichen Praxis der Kommunikation beruhendes, sich selbst ständig regulierendes und reproduzierendes System. Nun, obwohl das Recht hinsichtlich seiner normativen Struktur zwar notwendigerweise als ein verselbständigtes Gebilde betrachtet werden muß, ist es in seiner konkreten Praxis dennoch *in die allgemeine gesellschaftliche Praxis eingebettet*. Die sprachliche Objektivierung des Rechts in Gestalt eines Systems von bedeutungstragenden Zeichen läßt es zu einem gesellschaftlich gestaltbaren, zur Machtausübung geeigneten Faktor werden. Denn die Bedeutung der Zeichen ist keine mit sich selbst identische Bestimmung, kein Kodifikat, sofern ein lebendiges und sich ständig veränderndes Kontinuum. Sie ist nichts anderes als der allgemein anerkannte Gebrauch der Zeichen im Rahmen der gesellschaftlichen Praxis.

Wie sehr sich auch die Bedeutung der rechtlichen Sprache gegenüber der allgemeinen sprachlichen Praxis verselbständigt hat, so bleibt das Recht doch stets an die Praxis der öffentlichen Sprache gebunden; nur im Rahmen dieser Praxis kommt dem Recht Sinn zu. Seine Selbständigkeit ist also relativ, ja sekundär. Dementsprechend wird die von rechtserzeugenden Organen vorgenommene rechtliche Qualifikation von Tatsachen hinsichtlich ihrer Übereinstimmung mit den allgemeinen rechtlichen Normen auch

⁷¹ Juvenalis, *Satura*. VI, 347. Vgl. Max Rheinstein, Who Watches the Watchmen? In: *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, Essays in Honor of Roscoe Pound, ed. Paul Sayre. New York: Oxford University Press 1947, S. 589 ff.

von den Menschen des Alltags kontrolliert. Dazu kommt, daß die Sprache des Rechts ihre eigene Logik hat; in der Selbständigkeit zeigt sich eine gewisse *Permanenz und Konsequenz*. Und die Regeln dieser Logik sind ebenso wie ihre Verletzungen über den Kreis der Juristen hinaus bekannt. Sie werden auch vom Boden der Konventionen der öffentlichen Sprache wahrgenommen. Dies gilt wenigstens der Tendenz nach, denn auf längere Sicht drückt sich die hinter dem Recht stehende politische Absicht eindeutig aus. Die Politik wiederum treibt das Recht zur Inkonsistenz, zwingt es zu gekünstelten Konstruktionen; dennoch bleibt das Recht auf ein Minimum an gesellschaftlicher Unterstützung angewiesen, weil es sich der in der allgemeinen Sprachpraxis verankerten Bedeutungskonventionen bedienen muß. Wenn nicht einmal dieses Minimum gewährleistet ist, so muß das Recht notwendigerweise zerfallen. In einem solchen Fall aber bleiben höchstens Zwangshandlungen bestehen, die ohne die organisierende Kraft der Rechtsordnung ein chaotisches Durcheinander bilden.

Der prozedurale Charakter des rechtlichen Geschehens bedeutet also, daß etwas nur dadurch zu einem Element des Rechtes werden kann, daß es durch eine rechtlich anerkannte Autorität auf rechtlich festgelegte Weise als Recht qualifiziert wird. Dies bedeutet ferner, daß die rechtliche Dynamik der Normerzeugung und des normativen Folgerns von den im Namen des Rechtes handelnden Organen und den durch das Recht hierfür vorgesehenen Verfahren abhängt. Natürlich gilt dies nur prinzipiell, innerhalb gewisser Grenzen. Diese Grenzen werden durch die gesellschaftliche Praxis, der Praxis des sozialen Handelns und der sozialen Erkenntnis, bestimmt. Dies schließt nicht aus, daß die von dieser Praxis festgelegten Grenzen willkürlich sind. Aber die Entscheidung darüber, was als Willkür qualifiziert werden soll und inwieweit sie mit dem Recht vereinbar ist, hängt wiederum von der zur Konvention gewordenen Praxis der Gesellschaft ab.

Das Verhältnis von Norm und Wirklichkeit betrifft ebenso wie das Verhältnis der Normen untereinander normative Zusammenhänge. Die gesellschaftliche Erkenntnis und Bewertung stellt zwar für die Beurteilung dieser Verhältnisse keine absolut gültigen Kriterien bereit, sie bildet aber dennoch die allgemeine, um nicht zu sagen ontologische Grundlage des gesamten Prozesses.

Die Quellen und ihre Zitierweise

- HS *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen: Mohr 1911.
 AS *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer 1925.
 GATS *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*. Wien (als Manuskript gedruckt) 1926.
 RR *Reine Rechtslehre*, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Leipzig und Wien: Deuticke 1934.
 GTLS *General Theory of Law and State*, trans. by Anders Wedberg. Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1946.
 RR II *Reine Rechtslehre*, zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage (1960). Wien: Deuticke 1983.
 PTL *Pure Theory of Law*, trans. from the 2nd ed. by Max Knight. Berkeley (etc.): University of California Press 1967.
 ATN *Allgemeine Theorie der Normen*, hrsg. von Kurt Ringhofer und Robert Walter. Wien: Manz 1979.

Csaba Varga
(Budapest)

Geltung des Rechts - Wirksamkeit des Rechts.

1. Vor einem Jahrzehnt, als sich in den sozialistischen Ländern die rechtssoziologischen Forschungen gerade erst herausbildeten, entstand im Bereich der rechtlichen Begriffe eine eigentümliche Lage. Die traditionellen, theoretischen Forschungsmethoden gingen von den Postulaten des positiven Rechts aus und schufen ihre Begriffe durch die abstrahierende Verallgemeinerung derselben. Für die soziologischen Untersuchungen dagegen war die gesellschaftliche Realisierung der Erfordernisse jene Grundlage, von der sie zu ihren Begriffen gelangen konnten. Das Ergebnis dessen war eine eigenartige Verdoppelung. Derselbe rechtliche Begriff (des Rechts, der rechtlichen Normativität, der Gesetzeslücke) gewann je nach der gewählten Methode der Analyse unterschiedlichen Inhalt und Extension; sogar die Untersuchungen und Diskussionen wurden voneinander unabhängig, parallel geführt.

Die erwähnte Verdoppelung ist m. E. die Folge des Nebeneinanders von Gesetztheit und gesellschaftlicher Faktizität des Rechts. Im Prinzip soll man nämlich bei jedem Rechtsbegriff zwischen positivistischen und soziologischen Teil-Begriffen unterscheiden.¹ Dies erinnert zunächst an die Trennung, die die bürgerliche Soziologie im ersten Jahrzehnt unseres Jahrhunderts in ein "law in books" und ein "law in action" bzw. des "lebenden Rechts" vornahm.² Das bedeutende, vorwärtsbringende Moment liegt jedoch nicht in dieser Unterscheidung an sich, sondern in der Zusammenfassung dieser Teil-Begriffe unter einen gemeinsamen Begriff, also im gleichzeitigen Anspruch auf Unterscheidung und Einheit.

2. Imre Szabó, der sich in seinem bedeutenden Werk eine den Normativismus überwindende sozialtheoretische Begründung des Rechts zum Ziel gesetzt hatte³, wandte sich in einer seiner jüngsten Abhandlungen dem Fragenkomplex der Effektivität des Rechts zu. Er sagt, die Geltung des Rechts sei ein juristisches, die Effektivität aber ein metajuristisches Element, also nichts anderes, als die erfolgreiche Mitwirkung des Rechts im Hervor-

rufen und/oder in der Aufrechterhaltung einer gesellschaftlich erwünschten Situation.⁴ Das Verhältnis zwischen Geltung und Effektivität sieht er genau in ihrer gegenseitigen Bedingtheit sowie in ihrer wechselseitigen Verwirklichung: "Um dem Recht seine Effektivität zu sichern, ist nicht allein das gesellschaftliche Ziel im allgemeinen zu verwirklichen, sondern das Ziel des Rechts, die Rechtsnorm. Auf diesem Wege verwirklicht sich das gesellschaftliche Ziel." Also: "... keines von ihnen ist an und für sich genügend, ... nur die beiden Seiten zusammen ergeben die wirkliche Effektivität des Rechts."⁵ Damit wird auch hier der Anspruch auf eine Synthese betont.

3. Doch handelt es sich hier um zwei grundverschiedene Synthese-Ansprüche. Die Unterscheidung zwischen positivistischer und soziologistischer Seite rechtlicher Begriffe und die Zusammenfassung ihrer gemeinsamen inhaltlichen Elemente sind Fragen der Beschreibung der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Die Formulierung jener Ansprüche jedoch, wonach einmal die Rechtsetzung den Vorrang habe, zum anderen hingegen die gesellschaftliche Wirksamkeit des Rechts durch nichts anderes als über ihre spezifisch juristische Geltung zu verwirklichen sei, sind schon Ausdruck einer rechtspolitischen und/oder positivrechtlichen Forderung. Diese Forderungen (Gesetzlichkeits- u. a. Postulate) sind in der gesellschaftlichen Entwicklung nicht im vorhinein gegeben; sie lassen sich auch nicht als selbstverständlich auffassen. Mit anderen Formen der gesellschaftlichen Vermittlung zusammen kommen auch sie im Prozeß der gesellschaftlichen Gesamtbewegung zustande und werden durch ihn - in einer historisch-konkret bestimmten Weise - ununterbrochen formiert. Um das Grundproblem, nämlich die tatsächliche Natur dieser Verdoppelung klären zu können, möchte ich mich der Ontologie von Lukács zuwenden.

4. Lukács macht den Versuch, die Gesellschaft - die von Marx und Engels als Totalität gesellschaftlicher Verhältnisse beschrieben wurde - als einen aus verschiedenen Teilkomplexen bestehenden Komplex zu charakterisieren, wobei sowohl die Teilkomplexe miteinander, wie der Gesamtkomplex mit seinen Teilen in ununterbrochenen Wechselbeziehungen stehen. Daraus entfaltet sich der Reproduktionsprozeß des jeweiligen Gesamtkomplexes,

und zwar so, daß auch die Teilkomplexe sich als - freilich nur relativ - selbständige reproduzieren, wobei jedoch in allen diesen Prozessen die Reproduktion des jeweiligen Ganzen das übergreifende Moment bildet.⁶

Die relative Selbständigkeit dieser Komplexe bringt - mit der historischen Differenzierung zugleich - die Funktion der Vermittlung zwischen ihnen zustande. Die einzelnen Teilkomplexe und ihre Beziehungen zum Gesamtkomplex entwickeln sich zu jeweils auf höherer Stufe zusammengesetzten Systemen mit größerer relativer Autonomie. So entstanden z. B. auf einer bestimmten Entwicklungsstufe die Sprache und das Recht, deren ausschließliche Aufgabe darin besteht, zwischen anderen Komplexen zu vermitteln.

Was das Recht betrifft,⁷ so entsteht es auf einer gewissen Entwicklungsstufe, aus der Spannung eines inneren sozialen Widerspruchs. Um seine vermittelnde Funktion erfüllen zu können, muß sich das Recht in eine seiner spezifischen Eigentümlichkeiten entfaltenden Form verkörpern; dazu zählen: Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit, Voraussehbarkeit und Kalkulierbarkeit des Resultats bei der Lösung eines gesellschaftlichen Konflikts. Das geschriebene Recht wird als ein schon vorab festgesetztes Entscheidungsmodell formuliert. Andererseits wieder ist das Recht im gesellschaftlichen Gesamtprozeß nicht die Schlußdeterminante, sondern eine vermittelnde Teil-Determinante.

Heutzutage ist es schon eine sozusagen rechtssoziologische Binsenwahrheit, daß "... das menschliche Verhalten in gesellschaftlichem Ausmaß ... größtenteils von jenen Faktoren geleitet wird, die die Entstehung der Rechtsnormen verursachen."⁸ Bei dem von mir aufgeworfenen Problem handelt es sich aber um teilweise etwas anderes.

Die gesellschaftliche Gesamtbewegung bringt einerseits die rechtliche Vergegenständlichung, die rechtlichen Erscheinungen hervor, sie bestimmt andererseits stets in konkreter Weise die Richtung und den Rahmen ihrer Geltung. Dadurch relativiert der gesellschaftliche Gesamtprozeß nicht bloß die praktische Geltung der rechtlichen Normenstrukturen, sondern auch die Geltung der ihre Verwirklichung bestimmenden bzw. abwägenden Faktoren

210

(rechtspolitische Postulate, z. B. der Gesetzlichkeit u. a. m.) in der Gesellschaft.

Vom Gesichtspunkt der Ontologie des gesellschaftlichen Seins ist dies natürlich das einzig mögliche und adäquate Herangehen, das nicht aus den Ergebnissen der praktischen Setzungen der einzelnen Menschen deduziert, sondern den tatsächlichen Platz dieser Setzungen im gesellschaftlichen Gesamtprozeß untersucht und damit zugleich erforscht, welches Funktionieren welcher Komplexe dem gerade Sosein der Gesellschaft entspricht. Die ontologische Betrachtungsweise, die die Sphäre des Rechts der gesellschaftlichen Totalität unterstellt, inspirierte Lukács zu schreiben: "Das Funktionieren des positiven Rechts beruht auf der Methode: ein Knäuel von Widersprüchen so zu regulieren, daß daraus ein einheitliches System entsteht, das fähig ist, das widerspruchsvolle gesellschaftliche Geschehen mit der Tendenz zum Optimalen zu regeln ..., um innerhalb einer sich langsam oder rascher ändernden Klassenherrschaft die für die entsprechende Gesellschaft jeweils günstigsten Entscheidungen herbeizuführen."⁹

Bei Lukács ist es ein grundsätzliches methodologisches Erfordernis, den ontologischen und den gnoseologischen Aspekt voneinander scharf zu trennen. Dementsprechend werden weder die einzelnen Normenstrukturen, noch ihre Formierung zu einem in sich selbst zusammenhängenden System die Erkenntnis des objektiven gesellschaftlichen Prozesses reproduzieren, sondern die praktischen und technischen Überlegungen und die Mittel zu seiner Beeinflussung.¹⁰ Der Systemcharakter des Rechts, seine Widerspruchslosigkeit, die logische Notwendigkeit der Anwendung des Rechts, die analoge Natur der Ausfüllung seiner Lücken usw. sind nichts anderes als eine Begleiterscheinung der formellen Rationalisierung der bürgerlichen Staatlichkeit, die bloß verbirgt, daß der "... Konflikt der Klasseninteressen zum letzt- hin bestimmenden ~~Moment~~ wird, dem die logische Subsumtion nur als Erscheinungsform aufgelagert ist."¹¹ Dementsprechend sollen die sogenannte juristische Weltanschauung, die dem Recht axiomatisch die Rolle des gesellschaftlich Bestimmenden zuweist, sowie die professionelle Ideologie der Spezialisten für Recht

nicht - oder zumindest nicht nur - unter dem Gesichtspunkt ihrer gnoseologischen Deformation, sondern auch unter dem Gesichtspunkt ihrer wirklichen Funktion in einer bestehenden Rechtsordnung untersucht werden.¹²

Eine ähnliche methodologische Notwendigkeit ist es, auch innerhalb der Späre des Rechts zwischen dem seinhaften Verlauf rechtlicher Prozesse und ihrer von den Postulaten des Rechts selbst ausgehenden Beurteilung zu unterscheiden. Dies bedeutet einerseits: die Trennung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung ist relativ, beide sind vielfach und unmittelbar verflochten; andererseits heißt dies: das geltende System des positiven Rechts und der ökonomisch-sozialen Tatsachen sind im Alltagsleben miteinander verschlungen.¹³ Dabei sind aber weder die relative Einheit der Rechtsetzung und Rechtsanwendung noch die Verwobenheit von positivem Recht und gesellschaftlicher Realität Fragen einer wertindifferenten Beschreibung; denn das Recht ist ein Produkt innerer sozialer Widersprüche. Soweit die Notwendigkeit besteht, daß die rechtliche Vergegenständlichung zustande kommt, ist es auf der Ebene des gesellschaftlichen Gesamtprozesses genauso notwendig, daß sie von der gesellschaftlichen Gesamtbewegung immer konkret bestimmt wird. In diesem Prozeß steht aber zugleich dem gesellschaftlichen Gesamtkomplex keine isolierte Normenstruktur gegenüber, sondern das Rechtssystem in seiner Spezifik, mit seiner weitreichenden relativen Selbständigkeit, mit einem Heer von Juristen, die diese Selbständigkeit mit ihren traditionellen Arbeitsmethoden und mit ihrer professionellen Ideologie unterstützen. Es spielt sich also ein Kampf zwischen Widersprüchen im Verlaufe der Entscheidungstätigkeit der Juristen ab, und zwar sowohl zwischen rechtlicher und gesellschaftlicher Bestimmung wie zwischen der Ausarbeitung und Annahme einer gesellschaftlich konkret bestimmten Entscheidung. Man könnte sagen: dieser Kampf ist das Leben des Rechts. Das Recht muß und kann "... gerade in dieser Verdoppelung entgegengesetzter Forderungen, gerade in dieser dialektischen Widersprüchlichkeit praktisch verwirklicht werden ..." ¹⁴

Zu unserer ursprünglichen Fragestellung zurückkehrend, können wir folgendes sagen: der rechtliche Seinkomplex ist eine

Kategorie der gesellschaftlichen Vermittlung (Regelung), innerhalb der jene Postulate eine weiter vermittelnde Rolle spielen, entsprechend denen sich die Vermittlung durch die Realisierung der rechtlichen Normen vollziehen muß. Die tatsächliche Vermittlung spielt sich aber notwendigerweise in einer äußerst verflochtenen Wechselwirkung zwischen verschiedenen Komplexen (rechtlichen und nichtrechtlichen) und dem gesellschaftlichen Gesamtkomplex ab. Die Geltung des Rechts ist daher nur eine rechtliche Vorbedingung seiner Wirksamkeit. Sie ist eine rechtspolitische Forderung, ein gesetztes Ideal. Unterwirft man diese rechtlichen Postulate einer ontologischen Analyse, gelangt man zu der weiteren Folgerung, daß sich die Wirksamkeit des Rechts - in einer gesellschaftlich stets konkret vorausgesetzten Weise - auch als ein Resultat solcher Prozesse realisiert, die sich außerhalb der gesetzten rechtlichen Postulate und Normenstrukturen abspielen, diesen sogar formell entgegenwirken können. Die mit der Geltung des Rechts eng verbundene Realisierung der Wirksamkeit des Rechts ist letztlich der gesellschaftlichen Gesamtbewegung untergeordnet.

Anmerkungen

- 1 Cs. Varga Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques, Archives de Philosophie du Droit XVIII, Paris 1973, S. 215-241, bes. 223 f.
- 2 R. Pound, Law in Books and Law in Action, American Law Review, XLIV/1910; E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, München/Leipzig 1913.
- 3 I. Szabó, Les fondements de la théorie du Droit, Budapest 1973.
- 4 I. Szabó, A jog hatékonyságáról (Über die Wirksamkeit des Rechts), Allam- és Jogtudomány, XIX, 3/1976, S. 357 ff. (Bestimmung 361).
- 5 Ebenda, S. 359
- 6 G. Lukács, A társadalmi lét ontológiájáról (Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins), II, Budapest 1976, S. 140, zitiert nach: Original-Manuskript, Archiv und Bibliothek Lukács, Budapest, S. 6.
- 7 Zur rechtstheoretischen Interpretation der aus dem Werk "Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins" gezogenen Lehren siehe: Cs. Varga, La question de la rationalité formelle en droit, Essai d'interprétation de l'ontologie de l'être social de Lukács, Archives de Philosophie du Droit, XXII, Paris 1977, (in Druck); Cs. Varga, Chose juridique et réification en droit, Contribution à la théorie marxiste sur la base de l'Ontologie de Lukács, Archives de Philosophie du Droit, XXIII, Paris 1978, (in Druck).
- 8 K. Kulcsár, A jog nevelő szerepe a szocialista társadalomban (Die erzieherische Rolle des Rechts in der sozialistischen Gesellschaft), Budapest 1961, S. 76/77.
- 9 G. Lukács, a.a.O., S. 225/226, Original-Manuskript, S. 131/132.
- 10 Ebenda, S. 217 bzw. S. 120.
- 11 Ebenda, S. 220 bzw. S. 124.
- 12 Wie letzten Endes auch der Warenfetischismus das adäquate Bewußtsein einer in sich verkehrten Welt ist, sind die juristische Weltanschauung und die Ideologie auch nichts anderes als das adäquate Bewußtsein einer in sich verkehrten

Objektivierung. Genau von diesem Standpunkt aus scheint es sehr lehrreich, daß die ideologie-kritische Widerlegung der juristischen Weltanschauung durch Marx und Engels mit dem Entlarven der auf das Konservieren des bürgerlichen Rechts abzielenden Tendenz dieser Weltanschauung zusammenfällt.

13 G. Lukács, a.a.O., S. 216 bzw. S. 118.

14 G. Lukács, ebenda, S. 200 bzw. S. 94.

HETEROGENEITÄT UND GELTUNG DES RECHTS:
ONTOLOGISCHE ÜBERLEGUNGEN ZU IHRER BEGRÜNDUNG^x

Csaba VARGA

Die Eigenart der rechtlichen Objektivation, daß sie auf der Erkenntnis beruht, aber die Ergebnisse der Erkenntnis - nach rein praktischen Überwägungen - in das Medium eines die optimale Befriedigung der jeweiligen Bedürfnisse leistenden Mittels eingebettet anwendet, zieht Folgen nach sich.

Der innere Widerspruch des Rechts als einer spezifischen Art der gesellschaftlichen Vermittlung ist, daß es im Verhältnis zu anderen Komplexen einen instrumentalten Charakter hat - also inhaltlich eine untergeordnete Rolle spielt - wobei die Vermittlung formal eine eigengesetzliche Verwirklichung verlangt. Die Möglichkeit eines solchen Widerspruches wird schon durch den Umstand angedeutet, daß die relative Selbständigkeit der verschiedenen Komplexe im Laufe der Vergesellschaftung von Schritt zu Schritt in den Vordergrund tritt. In dem Recht ist all das außerordentlich scharf und polarisiert, hier werden ja die extremsten Interessenkonflikte der Gesellschaft durch eine institutionelle Willkür vermittelt geordnet und gelöst. Darum ist das Recht unter den gesellschaftlichen Regulationsarten am meisten formalisiert, wobei es einen Organisationsapparat hinter sich hat, der gerade auf dem durch das rechtliche Normensystem gesetzten Pfaden bewegt wird.

Lukács charakterisiert diese Situation auf die folgende Art: "in der Regel der gesellschaftliche Auftrag ein Erfüllungssystem erfordert, dessen Kriterien, wenigstens formell, weder dem Auftrag selbst noch seinem materiellen Fundament entnommen

216

werden können, sondern eigene, innere, immanente Erfüllungskriterien besitzen müssen. D.H. in unserem Fall, daß zu einer rechtlichen Ordnung des gesellschaftlichen Verkehrs der Menschen miteinander ein spezifisches, juristisch homogenisiertes Gedankensystem von Vorschriften etc. nötig ist, dessen prinzipieller Aufbau auf der von Marx festgestellten /Inkongruenz/ dieser Vorstellungswelt gegenüber der ökonomischen Wirklichkeit beruht." 1/

Die eine Seite des Widerspruchs ist: "Die Mittel der Verwirklichung einer teleologischen Setzung besitzen - innerhalb bestimmter, sogleich anzugebender Grenzen - einen eigenen, immanenten dialektischen Zusammenhang, und dessen innere Vollendung ist eines der wichtigsten Momente dafür, daß sie in der Verwirklichung der Setzung erfolgreich tätig werden können. Diese immanente Vollendung ist "eine formell-homogenisierende".

Die andere Seite ergibt sich wie folgt: "Die formelle Geschlossenheit eines solchen Ordnungssystems steht zwar zu dem zu ordnenden Stoff als dessen Widerspiegelung in einem inkongruenten Verhältnis, muß aber trotzdem bestimmte seiner aktuell wesentlich Momente gedanklich wie praktisch richtig erfassen, im seine ordnende Funktion überhaupt ausüben zu können." 2/ Dementsprechend besteht die rechtliche Widerspiegelung aus Momenten, die vom erkenntnistheoretischen Gesichtspunkt zwar willkürlich sind, aber deren inhaltliche Äquivalenz oder Falschheit "in einer eigenartigen gesellschaftlich-geschichtlichen Dialektik" ihrer Praxis aufgedeckt wird.

Das Recht ist also immanent widerspruchsvoll, denn es als Kriterium "vereinigt in sich zwei zueinander heterogene Momente, nämlich ein stofflich materiellen und ein teleologisches. Bei der Arbeit erscheint dies als die notwendige Vereinigung des technologischen und des ökonomischen Moments, im Recht als die immanent juristische Kohärenz und Konsequenz im Verhältnis zur politisch-sozialen Zielsetzung der Rechtsgebung." ^{3/}

Diese Dualität stellt eine Heterogenität dar, die in der Vergesellschaftung, in der Vermittlung der teleologischen Setzungen selbst also in der Einschaltung von immer neuen teleologischen Setzungen wurzelt. Es handelt sich in der Wirtschaft sowie im Recht darum, daß die ursprüngliche - bloß inhaltlich bestimmte - Setzung /das Erzielen des wirtschaftlichen bzw. gesellschaftlich-politischen Zwecks/ nur durch die Einschaltung und Berücksichtigung einer formell bestimmten Setzung /der technologischen bzw. rechtlichen Vorschrift/ realisiert werden kann. Die einfache teleologische Setzung also, die einst in der sich spontan entwickelnden gesellschaftlichen Praxis noch genügend war, wird jetzt durch die bei der Vergesellschaftung ausgebauten Formalisationen verdoppelt.

Als Lukács von der "formellen Geschlossenheit" des Systems des Rechts oder von einer "immanenten juristischen Kohärenz und Konsequenz" bei der Charakterisierung der hinter der Fassade des Rechts stehenden Operationen spricht, empfindet er klar, daß der Komplex des Rechts nicht einfach heterogen, sondern von den anderen Komplexen auch formell unterschiedlich ist.

Die formelle Unterschiedlichkeit des Rechts stellt ein wesentliches Merkmal dar, daß sich zusammen mit der relativen Selbständigkeit des Rechts im Laufe der Geschichte entfaltet hat. Es hatte schon in der Antiquität und im Mittelalter gewisse Vorbilder, aber die erste explizite Form gewann es in den italienischen Stadtstaaten, in diesen frühen Hütten der Verbürgerlichung.

Der Begriff der formellen Geltung sondert das für "gültig" erklärte Recht von dem nur traditionellen ab und macht es zur Funktion einer dominanten Setzung, die auf eine im voraus bestimmte Art und Weise vollzogen wird. Dadurch wird zugleich die Grenze der als rechtlich zu betrachtenden Regeln gesetzt und der Weg vor der sprachlich-logischen Systematisierung, d.h. vor der sog. dogmatischen Aufarbeitung des rechtlichen Normenmaterials geöffnet.

Lukács scheint diese formelle Bedeutung der Heterogenität an einem Punkt mißverstanden zu haben. Als er den inneren Charakter des Kriteriums des "Erfüllungssystems" des Rechts dem äußeren Charakter der Setzung des Kriteriums gegenüberstellt, fügt er hinzu, daß der bürgerliche Formalismus dieses Verhältnis als irgendeine Dualität auffaßt. Er zitiert Kelsen, der /wie Lukács ihm schon früher zugerechnet hat/^{4/} die Gesetzgebung "das große Mysterium von Recht und Staat" nennt.^{5/} Sein Sarkasmus ätzt beinahe bei der Darlegung dieses Problembereiches: "Nicht wahr, sagen wir, Kelsen hat in den zwanziger

Jahren die Behauptung aufgestellt, daß die Rechtsentstehung ein Mysterium für die Rechtswissenschaft sei. Nun ist selbstverständlich die Entstehung des Rechts gar kein Mysterium. Es gibt die kompliziertesten Debatten und Klassenkämpfe darum. Der Durchschnitts Kaufmann in der Bundesrepublik wird das gar nicht als Mysterium auffassen, sondern sich die Frage stellen, ob seine Pressure group einen genügend starken, de facto also ontologischen Druck auf die Regierung ausüben konnte, damit ein Paragraph in ihrem Sinne formuliert wurde. Kelsen ist aber kein Dummkopf, wenn er hier ein Mysterium sieht, sondern das folgt eben daraus, daß die wirklichen Probleme des Lebens weder erkenntnistheoretisch noch logisch zu lösen sind." ^{6/}

Was nun Kelsen anbetrifft, hatte der Abfasser der österreichischen Konstitution der zwanziger Jahre, der Wissenschaftler, der gezwungen war, vor der Rassenhetze zu emigrieren, der ein weltberühmter Professor des öffentlichen Rechts, des Völkerrechts sowie der Phitologie war, gewiß eine Ahnung davon, was sich eigentlich hinter der majestätischen Fassade der Gesetzgebung vollzieht. Seine Genialität bestand eben darin, daß er den Weg, dessen Richtung durch die auf dem juristischen Positivismus beruhende traditionelle juristische Weltanschauung bestimmt war, seiner rechtstheoretischen Auffassung gemäß folgenrichtig, beinahe ad absurdum begangen hat. Kaum zufällig äußerte sich darin die Wirkung des Neukantianismus, die geistige Atmosphäre der Wiener Schule. Die Theorie

von Kelsen konnte allerdings nur deshalb schon während seines Lebens klassisch werden, weil er gerade solche methodologischen Tendenzen gedanklich konsequent durchführte, die in den letzten Jahrhunderten immer allgemeiner zu Voraussetzungen des Lebens und der inneren Funktionierung des Rechts wurden und dadurch als reale Faktoren seiner realen Praxis betrachtet werden. Kelsens Theorie, die sog. Reine Rechtslehre kann also sowohl ihre Sterilität als auch ihren epochemachenden Reichtum demselben Umstand bedanken, nämlich dem, daß er die eigenartigen Bestimmungen in der Heterogenität des Rechts unbeschränkt zur Geltung brachte und die Konsequenzen zu Ende dachte.

Das von Kelsen dargestellte Bild ist eigentlich eine Utopie der "juristischen" Weltanschauung. Es ist die Erklärung für die Funktionierung eines Rechts, das den Postulaten, die durch das Recht selbst im Zusammenhang mit seiner Funktionierung fixiert werden, wirklich konsequent und unerschütterlich folgt. Anschaulich dargestellt: Kelsen setzt seinen theoretischen Ball in Bewegung um zu beobachten, wohin er rollt und wo er stehenbleibt, wenn die Bahn durch keinen Gegenwind gestört ist. Dabei weiß er natürlich wohl, daß ein Recht, das zu seinen Regeln immer konsequent bleibt, genauso zum Sturz verurteilt ist wie ein wirklich regelrechter Luft- oder Eisenbahnverkehr schon mit einem Streik gleich wäre, da seine rigiden Regeln die eigene Funktionierung verhinderten.

Der Schlüsselbegriff der Heterogenität des Rechts ist die Geltung. Diese ist das innere Postulat des Rechtssystems, das bestimmt, welche - auf welche Art und Weise entstandenen - Normen zum System gehören. Das Postulat der Geltung kann natürlich nur in Abhängigkeit von der jeweiligen Gesamtbewegung des gesellschaftlichen Gesamtprozesses zur Geltung kommen. Dementsprechend kann ein Verfahren der staatlichen Organe, das de jure zwar nicht gültig ist, aber de facto dennoch fortwährend für rechtlich gilt, diese postulierte Geltung ebenso durchbrechen wie z.B. die Revolution. Die Revolution ist - Kulács beruft sich auf Kant - die Negation aller bestehenden Legalität, die zur gleichen Zeit eine vollständige Rechtsgeltung beansprucht. ^{7/}

Die Geltung ist ein Organisationsprinzip innerhalb des rechtlichen Komplexes. Die Wirksemkeit dagegen ist, was daraus im tatsächlichen Prozeß der Vermittlung ontologisch in Existenz tritt. Die Wirksamkeit umschränkt also den Kreis, in dem die Frage nach der Geltung überhaupt sinnvoll gestellt werden kann. Wir führen ein großartiges Bild vom ungarischen Schriftsteller Frigyes Karinthy an: Die vom Seeräuber Ben Jusuf gefolgten Schachregeln haben einen Sinn, bis Caesar - im Gefängnis von Jusuf - mit seinem König außer dem Schachbrett tritt, Jusuf über die Klinge springen läßt und dadurch diese und dadurch diese modifizierte Regel zur Geltung bringt. ^{8/}

Wenn man annimmt, daß die Abhängigkeit von der gesamten Gesellschaft und die aus der relativen Selbständigkeit stammende Heterogenität im Recht zur gleichen Zeit gelten ^{9/} so kann man die Geltung in der Wirksamkeit nicht auflösen. Sogar muß man die sich aus der Heterogenität ergebenden formellen Bestimmungen beibehalten, damit die Wirksamkeit eine rechtliche Wirksamkeit bleibt.

Darum ist auch die Existenz von "immanent juristisch unlösbaren Problemen" ^{10/} natürlich und notwendig. Die Geltung als ein systemimmanentes Postulat kann ihre Entstehung ebensowenig erklären wie die Axiome eines Axiomensystems nur als Ausgangspunkte für Ableitungen, aber nicht als Erklärungen für sich selbst dienen können. Ob eine These als Axiom angenommen werden kann, ist eine systemtranszendente Frage, wie auch die Ableitung der Geltung eine metajuristische Frage ist.

N O T E N :

X

Diesem Referat liegen die Errichtung des modernen formalen Rechts und das dadurch vorausgesetzte juristische Weltbild zugrunde. Der philosophische Ansatz zu der ontologischen Analyse stammt aus Georg Lukács's "Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins". Der Verfasser betrachtet das Problem Komplex in: "Law as Teleology: Fundamentals of a Theory of Legislation in a Social Ontological Context", in: H.Schäffer und O.Triffetreter /hrsg./, Rationalisierung der Gesetzgebung: Jürgen Rüdig Gedächtnissymposium, Baden-Baden und Wien, Nomos Verlagsgesellschaft und Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1984. S. 374-390, und "Recht und Rechtswirklichkeit: 'Juristisches Weltbild', Subsumption und Manipulation", Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, LXX/1984/2, S. 173-189. Er analysiert die prinzipielle gesellschaftliche Relativität des Geltungsbegriffs in: "Domaine 'externe' et domaine 'interne' en droit"², Revue interdisciplinaire d'Etudes juridiques, 1985, in Druck. Es werden des typusschaffende Bedeutung der Kategorie des modernen formales Rechts sowie deren Folgen dargestellt in: "Moderne Staatlichkeit und modernes formales Recht", Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, XXVII /1985, in Druck, und "Logic of Law and Judicial Activity: A Gap between Ideals, Reality and Future Perspectives", in Z.Péteri und V.Lamm /hrsg./ Legal Development and Comparative Law, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1982, S.45-76.

- - -

Fußnoten:

1. G.Lukács, Die ontologischen Grundprinzipien von Marx, Darmstadt und Neuwied, Luchterhand, 1972, S.144.
2. Ibid., S. 144-145.
3. Ibid., S. 145.
4. G. Lukács, Geschichte und Klassenbewußtsein. Neuwied und Berlin, Luchterhand, 1968. S. 284.
5. H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen, Mohr, 1911, S. 411.: Lukács, Die ontologischen Grundprinzipien von Marx, S. 145.
6. H.H. Holz, L. Kofler und W.Abendroth, Gespräche mit Georg Lukács, Hrsg. Th.Pinkus, Reineck bei Hamburg, Rowohlt, 1967. S. 18.
7. I.Kant, Die Metaphysik der Sitten, Das Staatsrecht, § 49; Lukács, Die ontologischen Grundprinzipien von Marx, S. 145-146, Note 39.
8. In F.Karinthy, A lélek arca, Bd.II, Budapest, Magvető, 1957. S. 28 ff.
9. G.Lukács, Die Arbeit, Neuwied und Darmstadt, Luchterhand, 1973. S. 109.
10. Gy.Lukács, A társadalmi lét ontológiájáról /Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins/, Bd.II, Budapest, Magvető, 1976. S. 287.

- - -

Kelsens *Reine Rechtslehre* -- gestern, heute, morgen --

Das bereits zu seiner Entstehungszeit klassische Werk, die *Reine Rechtslehre*, ist mit Gewissheit eines der bedeutendsten Leistungen auf dem Gebiet der Rechtstheorie in unserem Jahrhundert.*

Die Zeitgenossen kommentierten bzw. bestreiten die Richtigkeit der darin enthaltenen Feststellungen vor allem als eine Geistesrichtung in der Rechtstheorie. Tatsächlich hat das Werk Auswirkungen auf das philosophische Denken bis in unsere Zeit und gleichzeitig ist es ein Nachfahre und ein grundsteinartiges Monument, der in den Jahren nach der Jahrhundertwende aufblühenden Wiener Schule aber auch der zweiten Wiener Schule, der Wiener und Brünner Anregungen, die das rechtsphilosophische Denken in der Zwischenkriegszeit in neue Bahnen lenkte.

Ungarn war damals noch -- wie auf vielen anderen Gebieten -- Partner in der immer wieder notwendig erscheinenden kritischen Bewertung dieses Werkes. Auch hier sucht man nach dem theoretischen Fundament von Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie und das Abstreifen jener Auslegungen, die sich lediglich als ideologisch erweisen, ist auch hier ein Problem. Da wir uns in Mitteleuropa befinden, werden Kants Spuren verfolgt, neukantianische philosophische und methodologische Fragen und Antworten in Erwägung gezogen. Die Gemeinsamkeit von philosophischen Inspirationen und intellektuellen Paradigmen ist somit gegeben. In jener Zeit sah man darin weniger die Besonderheit einer eigenartigen philosophischen Lehre oder Weltanschauung, viel mehr suchte man nach den Möglichkeiten, die eine hochentwickelte und anspruchsvolle philosophische Methodologie bietet.

Ein halbes Jahrhundert ist verstrichen, und in unseren Tagen wird die *Reine Rechtslehre* von dem alten Konkurrenten der kontinentalen Traditionen -- der anglo-amerikanischen Rechtskultur -- neu entdeckt. Ihr philosophischer Stil und ihre Abstraktheit sind dieser Kultur nach wie vor fremd. Das Interesse jedoch, welches man dem Werk entgegenbringt, drückt die Freude, ja sogar das Verantwortungsbewusstsein des Entdeckens eigener Gedanken an. Die Aufmerksamkeit, die man der Person des emigrierten Professors, der an der Universität in Kalifornien Zuflucht findet, schenkte, spielt nun keine Rolle mehr. Es

* Verkürzte Fassung des Vorwortes zur ersten Ausgabe in ungarischer Sprache von Hans Kelsens *Reine Rechtslehre* (Wien und Leipzig: Deuticke Verlag 1934), übersetzt von dem einstigen genfer Schüler Stephan Bibé (1937), überprüft von Leonóra Erdélyi, herausgegeben von Csaba Varga (Budapest: ELTE Universität) [Philosophiae Iuris, redigit Csaba Varga].

ist das Problem und die Methode der Untersuchung, das fesselt -- in dieser ziemlich skeptischen, zum Pragmatismus neigenden Kultur, welche der empirischen Konkretheit den Vorrang gibt, aber für theoretische Probleme doch sehr empfindlich ist.

Inzwischen wütet bei uns -- wenn wir die herrschenden Richtungen der vergangenen vier Jahrzehnte in Erinnerung bringen -- die Versteiftheit und das Elend der Orthodoxie. Im Zeitraum der grimmigen Abgrenzung, als sich der Marxismus den Bestrebungen Stalins weit entgegenkommend, im Gewand des machtzentrischen Normativismus Wischinskis zeigte, fand man in dem ideologiefreien Rechtsstreben der *Reinen Rechtslehre* die List -- das trojanische Pferd -- des Imperialismus. Der Neukantianismus wird gemeinsam mit seinen inländischen Weiterdenkern auf den Müllhaufen der, aus theoretisierenden Beschwörungen in der Phantasie konstruierten Geschichte geworfen. Die, in Kelsens gesamter Tätigkeit eingebettete und auch in einzelnen Werken in Erscheinung tretende, Kritik des Marxismus, wird mit einer Gegenoffensive beantwortet. Später, in konsolidierteren Zeiten wird sie als eine der soziologischen Betrachtungsweise entgegenwirkende, extreme Auffassung des Positivismus bewertet. Indem man die *Reine Rechtslehre* als die einzig mögliche universalistische Lehre der allgemeinen Jurisprudenz anfechtet, offenbart man die eigene Intoleranz und das Bestreben auf Ausschliesslichkeit. Bei einem solchen Herangehen an das Werk kann sich die Kritik nicht dessen Verständnis zum Ziel setzen, d.h. die Ablehnung bietet nur die falsche Freude eines leichten Sieges, ohne durch Beschäftigung mit dem Werk, durch seine theoretische Überwindung, zu einem Gewinn an Wissen und Weisheit zu führen. Allerdings kann in menschlichen Verhältnissen die Relativität aller Dinge eine furchterregende Dimension erreichen. Von einem Gesichtspunkt der strikten Konformität betrachtet, bedeutet selbst die Beschäftigung mit der *Reinen Rechtslehre* einen liberalen Fehltritt und so einen Grund zum Argwohn. Denn in den Regionen, in denen die Absorption der Grundlagen der Kultur nur oberflächlich war, oder sogar völlig ausblieb, da man diese als zu europäisch fand, ist das Studieren des Textes der *Reinen Rechtslehre* nicht erforderlich. Es genügte also den Namen als Etikette in effigie auf den Scheiterhaufen zu werfen, wobei das Werk, da es unbekannt blieb, weder zur Klärung der Begriffe der zur fortschrittlichsten ermanneten Rechtswissenschaft, noch zur Anerkennung des Reinheitsideals, als eine lediglich theoretische Forderung beitragen konnte.

Obwohl das schnelle Veralten für die methodologischen Lehren der Philosophie nicht charakteristisch ist, fasziniert der Neukantianismus, welcher in der theoretischen Grundlage der *Reinen Rechtslehre* eine grosse Rolle spielt, heute kaum mehr. Zwar hat historisch gesehen der Neukantianismus den Verfasser zur konsequenten Abgrenzung von Sein und Sollen und zur Vermeidung des Methodensynkretismus geführt, dies ist heute allenfalls im theoretischen Endergebnis des Werkes interessant, das aus eben dieser methodologischen Einsicht entstand. Es muss aber gesagt werden: während sich Kelsen der tieferen Wahrheit des marxischen Aphorismus: "sie wissen es nicht, aber sie tun es" folgend um die Trennbarkeit von Sein und Sollen bemüht war (welche jeglicher bisheriger Marxismus gerade weg von seines Marxizmus mit Überheblichkeit ablehnte) schuf er mit unheimlicher Konsequenz die theoretische Rekonstruktion jenes Bildes des Rechts, welches dieses

in unserem modernen, formalen Rechtssystem über seinen eigenen Aufbau und seine Funktion zeigt.

Worin liegt also das Neue, worauf Kelsens Werk eine Reaktion, eine Antwort bedeutet? Gemeint sind die letzten Jahrhunderte der fünftausend Jahre alten Entwicklungsgeschichte des Rechts: die Entstehung des modernen, formalen Rechts, einer völlig neuen institutionellen Einrichtung, die der moderne Staat, zwecks Erfüllung seiner organisatorischen Aufgaben geschaffen hat. Die Positivität des Rechts war das Ergebnis jener, durch den bürokratischen Staat des europäischen Absolutismus hervorgebrachten umfangreichen Normensysteme, die sich aus den traditionellen, in der allgemeinen Entwicklung der Gesellschaft verankerten (genauer gesagt, in der "guten alten" Gewohnheit verwurzelten) Trägern des Rechts entwickelten. Das Recht wurde zu einem nach Belieben gesetzten Text, der vom festgesetzten Verfahren eines bestimmten Organs abhängig, in seinem Inhalt aber frei gestaltbar ist. Folglich ist das Kriterium der Rechtssetzung die formelle Geltung (d.h. der Gesetzestext wurde von bestimmten Organen in einem bestimmten Verfahren erlassen). Jenes Kriterium, welches garantiert, daß der rechtssetzende Akt im Bereich des Rechts bleibt ist die formelle Gesetzlichkeit (d.h. die Norm folgt den Grundsätzen des Recht gemäss aus der Rechtssetzung). Die Formalisierung hat eine zweifache Wirkung: einerseits wird der Inhalt des Rechts durch die Rechtssetzung von seinen organischen Verbindungen mit der Vergangenheit losgelöst, anderseits werden die rechtlichen Prozesse -- Rechtsanwendung genannt -- in eine Form gepresst, die an die der Logik erinnert. Es entstehen so Kriterien, Ideale, Ideologien der professionellen Berufsausübung, die das System der Institutionen schafft, das bis heute ein riesiges Ausmass erreichte, das eigentlich ein Spezifikum des immer weitere Lebensbereiche einbeziehenden modernen Rechts ist, und das sich nach seinen eigenen Gesetzen bewegt, sich in der gesellschaftlichen Praxis kontinuierlich reproduziert.

Aus verschiedenen philosophischen Erwägungen ausgehend, haben zahlreiche Richtungen versucht, dieses zu einem Moloch verwandelte, seinen eigenen Gesetzen folgende und von der ganzen Gesellschaft getragene Gebilde zu erklären. Obwohl die Bestrebungen, die das Recht von innen oder von aussen zu erfassen suchten, alsbald zur Trennung von Positivismus und Soziologismus führten, jenes Bild des Rechts nichts zu rekonstruieren vermochten, welches dieses von seinem eigenen systemgebundenen Aufbau und seiner Funktion gibt. Das hätte auch nicht erreicht werden können, denn sogar die verschiedenen positivistischen Richtungen wollten eine konsistente, ausschliessliche wissenschaftliche Erklärung geben, was unvermeidlich zu Inkonssequenzen und Kompromissversuchen zwischen einander ausschliessenden, jedoch gleichermaßen realistischen Überlegungen führte. Es ist schwer zu sagen, ob das Zusammentreffen der Abtrennung von Sollen (d.h. dem Sein entgegengesetzten Sollen, welches das Wesen des verdinglichten normativen Systems ist) mit der gleichzeitigen Forderung nach methodologischer Reinheit ein Zufall der Geschichte oder eine aus den kantianischen Grundlagen folgende Notwendigkeit ist. Die *Reine Rechtslehre* ist ein theoretischer Versuch zu beschreiben, was die Thesen, welche das Recht über sich selber schafft, für Aufbau und Funktion des Rechtssystems bedeuten, und ebenso ein theoretischer Versuch den Rahmen abzustecken, in dem unsere Diskussionen innerhalb des Rechts und über das Recht

bewegen müssen, wenn wir das Recht ausbauen und wirken lassen wollen, wobei wir den Kriterien, den Idealen und der professionellen Ideologie des Rechts treu bleiben. *Honni soit, qui mal y pense* -- lehrt der englische Hosenbandorden: man urteilt über sich selbst, wenn man die eigenen Feststellungen in denen eines anderen wiedersehen möchte, und wer in Kelsens Vorhaben etwas anderes sieht, als sein Bestreben, die Eigenart einer gesellschaftlichen Sphäre, gerade in seiner Eigenart ernst zu nehmen, und an seinen eigenen Werten zu messen.

Das moderne, formale Recht ist eine ziemlich späte Erscheinung in der Geschichte der Rechtsentwicklung, doch weist sie mit einer bisher unbekannten Schärfe auf einige begriffliche Merkmale des Rechts hin, die jederzeit Elemente des Rechts waren. Ich denke hier an den sozialen Charakter des Rechts. So sehr auch das Recht mit den physikalischen Wirklichkeitselementen unserer sozialen Wirklichkeit verknüpft ist, kann es in dieser Beschaffenheit nicht adequat und kriterienhaft erfasst werden. Nach bedeutenden Anregungen der Vergangenheit lenken die heutigen Ergebnisse der Systemtheorie, die Auffassungen der Makrosoziologie, sowie die Lehren der Dialektik, Rhetorik und der Argumentation die Aufmerksamkeit auf die Tatsache, daß was wir das Soziale nennen, vor allem als ein kommunikativer Prozess (als dessen Medium und gleichzeitig als sein Produkt) erfassbar ist, welcher auf dem Austausch von Meinungen beruht und mit der Referenz auf normative Erwartungen gerade normative Erwartungen vermittelt. Mit anderen Worten, es geht hier um die Prozesshaftigkeit der Gesellschaft und gleichzeitig um eine Abhängigkeit von den Tatsachen der kommunikativen Praxis, an welcher Praxis -- auf verschiedenen Ebenen, in unterschiedlichen Zusammenhängen und verschiedenem Umfang -- die ganze Gesellschaft teilnimmt. (Aus einem anderen Standpunkt aus könnte man sagen: die Gesellschaft mit ihrer wachsenden Institutionalisierung entsteht durch die Teilnahme der Individuen an der kommunikativen Praxis.) Die Abhängigkeit von den Tatsachen der Praxis erklärt die Unsicherheitsfaktoren der Definition und der Voraussicht, ebenso zeigt die Prozesshaftigkeit im Austausch der Bedeutungen die kontinuierliche Selektion, die unablässige Summierung zur Verstärkung oder Abschwächung, die ewige Unvollendetheit; gleichzeitig erklärt alldies auch, daß alles dauernd im Zustand der Umgestaltung ist, d.h. daß die Gesellschaft in jedem Moment nicht nur Ergebnis seiner selbst, sondern auch seine eigene Resultante ist.

Durch diese und ähnliche Überlegungen können wir nur verstehen, wie das eigentlich rechtliche aus der physikalischen Welt hervortritt. Eine ungeordnete Menge von Zeichen, Beziehungen oder Handlungen wird zu "gültigem Recht", "Rechtsverhältnis" oder "Rechtsakt", auf das in der gesellschaftlichen Kommunikation eine besondere Bedeutung übertragen wird, zum Gegenstand eines spezifischen Diskurses erhöht wird. Die *Reine Rechtslehre* versucht zu erklären -- und in ein System zu integrieren: woraus ergibt sich diese Bedeutung, wo beginnt dieser Diskurs, wo liegen seine Grenzen, und entlang welcher Prinzipien entwickelt sich dieser gedankliche Prozess, den wir bereits als einen mit der Logik verwandten definierten -- die *Reine Rechtslehre* versucht diese Fragen zu Ende zu denken, zu deduzieren, und durch ein konsistentes System zu erklären. Obwohl das Denken in Schablonen die *Reine Rechtslehre* als eine normativistische Lehre abstempelt, ist sie es nicht, wenngleich in ihr die Rolle der Norm als bestimmend gesetzt wird. Anstatt dies

soziale Erscheinungswelt und die praktische Existenz des Rechts aus der Norm heraus zu definieren, bemüht sie sich jenes System der formalen Zusammenhänge in ihren formalen Zusammenhängen aufzuzeigen, das infolge von spezifischen (d.h. aus formalisierten Positionen durchgeführten) Interpretationen, Referenzen und Zusammenhängen als spezifisches (weil normatives) Netz im Namen des Rechts auf die Gesellschaft, auf die verschiedenen Zusammenhänge des gesellschaftlichen Lebens projiziert wird -- wobei die Zusammenhänge als "relevant" definiert, und auf sie abstrakt-formell bestimmte Folgen angewandt werden. Nicht die Wirklichkeit wird beschrieben, sondern eine fiktive Welt, die der Normen, als wenn diese Normen durch ihre bloße Existenz -- also dadurch, daß sie als gültige promulgiert wurden -- eine Bewegung auslösen, in sich selbst bestimmend werden könnten, was die Tatsache ihres Gesetzseins (und oft auch ihrer textlichen Formulierung) für jeweilige gutgläubige Rekonstruktion eindeutig voraussetzt.

Unser heutiges Wissen erfordert die Überwindung der Normen als ausschliessliche Grundlage. Der Fortschritt liegt genau darin, daß unsere Kenntnisse die Norm als eine an sich tote Objektivation im kommunikativen Prozess auflöst und den normativen Prozess als einen sich kontinuierlich erneuernden, und sich organisierenden Prozess darstellt. In der gegenwärtigen Auffassung tritt hinter dem Schein und der ideologischen Präention der hierarchischen Ableitung der Norm die Rückkoppelung, der die juristische Argumentation begründet, Referenzen in Erscheinung, sowie deren Summierung in der Rechtspraxis als Prozess der wechselseitigen Referenzen, die einander verstärken, sowie die referierten Bedeutungsinhalte an die Erwartungen anpassen. Schliesslich wird das, worin wir das Rechtliche suchen, in der Kavalkade der Verhaltensweisen, Gesten und sprachlichen Kommunikationen nicht auf formellen Positionen ausgehenden formalisierten Manifestationen beschränkt, statt dessen wird der verschiedene, doch gleichsam notwendige Beitrag der verschiedenen Stufen zum gemeinsamen gesellschaftlichen Unternehmen des Rechts ins Bewusstsein gebracht. Für eine derartige Auffassung, die all das in seiner Dynamik betrachtet, worin frühere Auslegungen die unbewegliche Grundlage suchten, ist das Recht nicht mehr das logische Synonym oder Konsequenz der Norm (als ihr unbeweglicher, vollendeter Aspekt), sondern das gemeinsame Unternehmen der Gesellschaft im ewigen Wogen der sich dauernd reproduzierenden lebendigen Praxis (in dieser oder jener Richtung oder Hinsicht), der Verdichtung oder der Formung des Rechts und das Ausscheiden aus dem Recht. Denn die Praxis erneuert jederzeit das Rechtliche, auch dessen Kontinuität, während sie jene Maßstäbe und jenes Kriteriensystem schafft, womit sie das Recht wertet, und in seine Ufer lenkt. Doch gerade weil die Normativität von sprachlichen Objektivationen getragen wird, ist dieses Wogen nicht grenzenlos, seine Ufern werden durch die Struktur der in der juristischen Argumentation in Erscheinung tretende Praxis der Referenzen gemeinsam mit der Anerkennung der bestimmenden Rolle der Norm und der Präsupposition der logischen Folge gesetzt. Wir können uns nun fragen: ist das die Welt der Als-ob-Erscheinungen oder nicht? Was für eine Welt ist das: eine wirkliche, eine mögliche oder eine in ihrem Postuliertsein allenfalls fiktive Welt? Wie immer man die Fakten des Rechts beschreibt, kann die Ableitung der Normen aus normativen Zusammenhängen nicht unterlassen werden, da dies die einzige mögliche Grundlage

von alledem ist. Gerade Kelsens Werk stellt die Frage danach, wie all jenes aus der Einrichtung, der Erscheinung, die wir das moderne, formale Recht nennen, folgt.

Die *Reine Rechtslehre* ist in einem autonomen wissenschaftlichen Herangehen an die Probleme tatsächlich zu einer Lehre verengt, um die Frage: "was und wie ist das Recht" nach Möglichkeit zu beantworten, wobei die nichtjuridischen Betrachtungsweisen den rechtlichen gegenüber nicht zur Geltung gebracht werden. Gleichzeitig unternahm Kelsen erfolgreich die auch unserem gegenwärtigen Wissen nach beinahe vollständige Beantwortung dieser Frage in der ganzen Tiefe seines Gegenstandes. Wir sind daher der Meinung, daß mit dem Verstreichen der Zeit unser Wissen über das Ganze der rechtlichen Institutionen (als einen der Makroinstitutionen der Gesellschaft) wachsen kann, und auch wir in der philosophischen Charakterisierung und der ontologischen Rekonstruktion vorwärtsschreiten, aber daß wir ohne das Werk Kelsens in der Beschreibung der Eigenartigkeit des eigenartigen Rechtlichen, d.h. in der paradigmatischen Klarstellung der vom Recht selbst festgesetzten Paradigmen und im gedanklichen Aufbau der gesamtnationalen Unternehmen des Rechts, den Spielregeln dieser Unternehmen entsprechend, auf demselben Punkt verharren müssen.**

** Für einige markante inländische Standpunkte siehe: Imre Szabó 'Hans Kelsen i marksistická teória práva', in: *Protiv sovremennoi pravovoi ideologii imperializma* (Moskau: Izdat. Inostrannoi Literatury 1962), S. 297-340; Vilmos Peschka *Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie* (Budapest: Akademischer Verlag 1974), passim. Über einige charakteristische, herkömmliche sozialistische Auffassungen siehe: Jerzy Wróblewski *Krytyka normatywistycznej teorii prawa i państwa Hansa Kelsena* (Warschau: Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1955), passim; Gregorz Leopold Seidler *Doktryny prawne imperializmu* (Warschau: Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1961), IV. Kapitel; V. A. Tumanow *Burżuaznaia pravovaia ideologiia K kritike utschienii o prave* (Moskau: Izdatelstvo "Nauka" 1971), III. Kapitel; Hermann Klenner *Rechtsleere* Verurteilung der Reinen Rechtslehre (Berlin: Akademie-Verlag 1972), passim. Problembewusste Verständnis und kreative Anwendung setzt sich Zdravko Grebo "'Kelsenism" and Marxism' in: *La méthodologie du droit I*, hrsg. Radomir Lukic (Belgrad 1985), S. 113-131 [Académie Serbe des Sciences et des Arts, Conférences scientifiques vol. XXVII, Classe des Sciences Sociales No. 5] zum Ziel. Zu neueren Versuchen des Verfassers siehe: Csaba Varga 'Hans Kelsens Rechtsanwendungslehre: Entwicklung, Mehrdeutigkeiten, offene Probleme, Perspektiven' *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXXVI (1990) 3, S. 348-366 und 'Judicial Reproduction of the Law in an Autopolitical System?' in: *Technischer Imperativ und Legitimationskrise des Rechts* hrsg. Werner Krawietz, Antonio E. Martino, Kenneth I. Winston (Berlin: Duncker & Humblot 1991), S. 305-313 [Rechtstheorie, Beiheft 11]; Csaba Varga *A Theory of the Judicial Process The Establishment of Facts* (Budapest: Akademischer Verlag) im Druck.

Csaba VARGA

Für die Selbständigkeit der Rechtspolitik

Sowohl unsere politische Reife als auch die Achtung der Besonderheit des Rechts werfen das Bedürfnis auf Rechtspolitik zu betreiben und sie wissenschaftlich zu begründen. Um sie zu umreißen, ihre Anforderungen zu bestimmen, wurden in Ungarn bereits zahlreiche - offizielle und aus dem Bereich der Wissenschaft stammende - Programme erarbeitet. Viele Grundbegriffe werden jedoch immer wieder als von vornherein gegeben betrachtet, wodurch wesentliche Zusammenhänge ungeklärt bleiben. Da Verhältnis zwischen einigen dieser Begriffen möchte der Verfasser im Laufe seiner Ausführungen klären.

1. Zusammenhang zwischen Politik und Recht

Politik und Recht gehören gleichermaßen in den sozialen Gesamtkomplex: sie sind immer aufeinander bezogen und setzen einander voraus. Von unterschiedlichem Gewicht ist jedoch die Rolle, die sie im gesellschaftlichen Leben erfüllen. Die Politik ist ein Komplex, der die grundlegenden Interessen der Gesellschaft abstimmt, sie zu herrschenden Interessen macht und damit die Gesellschaft integriert. Das Recht dagegen ist ein Komplex, der überwiegend zwischen den übrigen Gesellschaftskomplexen vermittelt. In seinem Verhältnis zu den grundlegenden Komplexen ist es daher unselbständig: seinen Wert trägt es in der Vermittlung, d.h. außerhalb seiner selbst in den vermittelten Komplexen /so vor allem in der Gestaltung der Politik, Wirtschaft, Kultur usw./. All das bedeutet, daß in den gesellschaftlichen Prozessen die Politik gegenüber dem Recht im allgemeinen Übergewicht erlangt /wie wir - langfristig, in historischer

Hinsicht - auch ein Übergewicht der Wirtschaftssphäre gegenüber der politischen Sphäre zu erkennen meinen/; doch das ändert nichts an der Tatsache, daß Politik und Recht voneinander abhängig sind /natürlich von den Augenblick an, als eine in antagonistische Widersprüche verwickelte Klassengesellschaft, deren staatliche Organisation usw. zustande kamen/.

In diesem Verhältnis können Politik und Recht in direkter oder indirekter Beziehung zueinander stehen. Abhängig ist das überwiegend von der Sozialisierung. Unter Sozialisierung verstehen wir den immer weiter fortgeschrittenen Prozeß der Abkehr vom natürlichen Sein, des Komplexerwerdens der gesellschaftlichen Beziehungen, des In-den-Vordergrund-Gelangens und Ausschließlichwerdens rein gesellschaftlicher Direktheiten und Indirektheiten. Das kann sich auf ontogenetischer und philogenetischer Ebene äußern. Als ontogenetisch zu betrachten ist die Gesamtentwicklung der Menschheit, von den primitiven Zeiten bis zur entwickelten Zivilisation. Philogenetisch ist die Entwicklung jeder staatlich organisierten Gesellschaft, von ihrem anarchischem oder revolutionären Entstehen bis zu ihrer Konsolidierung.

Ein direkter Zusammenhang kennzeichnet die rohe Form von Politik und Recht. Von der Urzeit bzw. primitiven Entwicklung an gibt es ihn - vor allem in autokratischen, auf Willkür oder unbedingtem Absolutismus basierenden Gesellschaften. Zu beobachten ist er ferner in der anarchischen oder revolutionären Umwälzung bzw. in der zu Anarchie oder Revolution führenden politischen Destabilisierung. Als Beispiel dienen können die ursprüngliche Staatenorganisation /wie z.B. das nordamerikanische Faustrecht/, die Zeit des revolutionären Über-

ganges /die Lenin nach der Oktoberrevolution bewußt akzeptierte/ oder die Destabilisierungsintervalle des politischen Kampfes /wie unter der Ägide der "Kulturrevolution" in China/. Alle haben gemeinsam, daß die jeweilige Macht das Recht direkt formt, das Recht jedoch nicht die Macht formt oder organisiert, sondern höchstens überschüssige Formen ihres jeweiligen Zustandes; es verleiht ihnen Legitimität. In solchen Fällen kann das Recht die Rolle der Macht direkt übernehmen /und sich dadurch zu bloßem Machtgehabe, Ritus, Propaganda degradieren/, während die Macht indirekt rechtliche Funktionen erfüllen kann /meistens in Form einer Rechtsprechung ohne Recht - mag sie auf barfußigen Kräften, revolutionärem Rechtsbewußtsein oder auch auf der Zitatologie des Präsidenten Mao beruhen/.

Das Indirektwerden der Beziehung setzt das Entstehen von Besonderheiten und relative Selbstständigkeit sowohl von seiten der Politik als auch des Rechts voraus. Die Politik ist dann vom Recht infiltriert: sie wird "gezähmt" und in ihren wesentlichen Zusammenhängen vom Recht organisiert und vermittelt. Der Einfluß der Politik auf das Recht kann dagegen nur über das eigene Medium, d.h. die Besonderheiten des Rechts zur Geltung kommen. Da die Sozialisierung auf eingeflochtene Vermittlungen, zunehmend auf rein gesellschaftliche Indirektheiten zusteuert, bedeutet das im Verhältnis von Politik zu Recht, daß nicht mehr nur moralische und religiöse, sondern auch politische und Parteinormen dazu beitragen, daß der politische Einfluß auf die Entwicklung und Durchsetzung des Rechts nicht ausufert. Im Verhältnis von Recht zu Politik bedeutet es, daß die Organisation durch das Recht, die Vermittlung des Rechts auch von der Politik im eigensten Interesse gewünscht wird, damit sie

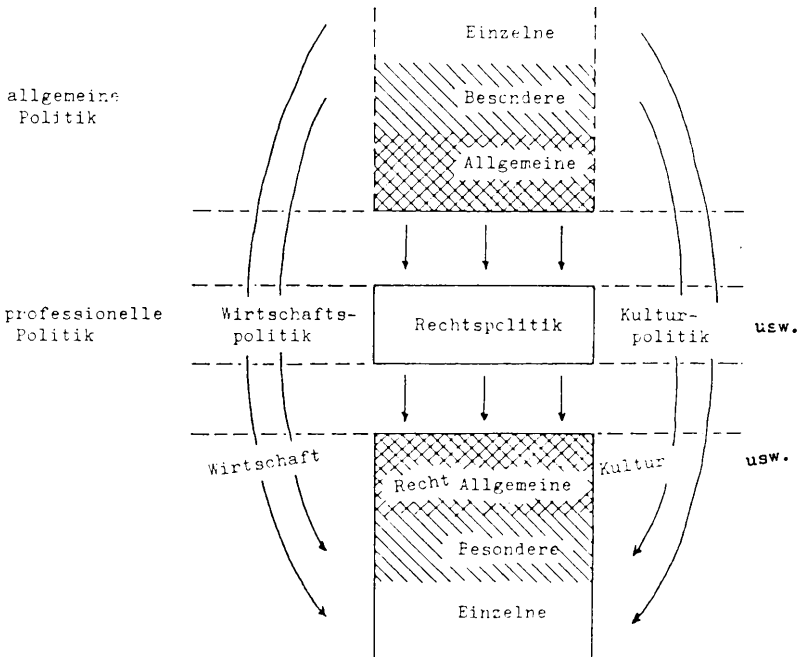
nämlich erhöhte Legitimation und dadurch eine effektivere politische Organisationsfähigkeit erreicht.

2. Die Rechtspolitik als Vermittler im Verhältnis zwischen Politik und Recht

In der zunehmend sozialisierten Praxis der ständigen Wechselwirkung entsteht und entwickelt sich ein von beiden Seiten immer mehr separat behandelter, relativ selbständiger Zwischenbereich, in dem sich die Einwirkung des spezifisch Politischen auf das spezifisch Rechtliche abspielt. Das ist die Sphäre der Rechtspolitik.

Betrachtet man Absicht, Wirkungsmechanismus und Instrumentarium, handelt es sich um Politik, denn sie ist auf einen Machtdruck gerichtet, wobei sie sich der Interessenabstimmung und nichtformalisierter Mittel bedient. Im Hinblick auf den Gegenstand der Beeinflussung, ihre auslösende-anspornende Filterfunktion, die Einflüsse durchläßt /selektiert/, sowie ihre den Einfluß transformierende Strukturiertheit ist sie jedoch Recht, denn sie richtet sich - indem sie das Optimum der Rechtlichkeit erhält - auf das Rechtliche, während sie das Nichtrechtliche zu seinem rechtlichen Umfeld homogenisiert als Recht neuformuliert. Die Rechtspolitik ist also ein besonderer Übergang zwischen Politik und Recht, der die Merkmale beider Sphären zugleich aufweist.

Auf solche Weise /1/ ist die Rechtspolitik Medium des Einflusses, den die Politik auf das Recht ausübt. Das gilt jedoch /2/ nicht für alle Einflüsse, sondern nur für solche, die in ihrer abstrakten Allgemeinheit bewußt gemacht und als solche formuliert, objektiviert oder fixiert wurden. Dementsprechend /a/ sind ihre



charakteristischsten Äußerungen dort anzutreffen, wo sich sowohl die Politik als auch das Recht in einer so abstrakten Allgemeinheit konzentrieren; /b/ diese Allgemeinheit erfüllt eine Filterrolle darin, daß die Politik das Recht beeinflussen und im Recht dieser Einfluß ausgestrahlt werden kann; doch /c/ unabhängig davon erfolgt der Einfluß des Konkreten auf das Konkrete /und des Besonderen auf das Besondere/ auch weiterhin direkt oder wesentlich direkter.

Wie aus der Abbildung hervorgeht, tragen auch die zwischen der allgemeinen Politik und den übrigen Handlungsformen als Vermittler eingeschobenen professionellen Politiken ähnliche strukturierende und funktionelle Züge.

3. Rechtswissenschaft, Rechtspolitik und das Recht des Rechtes

Aus den vorangegangenen Ausführungen folgt, daß die Rechtspolitik eine auf eine besondere Sphäre, einen Tätigkeitszweig oder Beruf aufgeschlüsselte Politik ist. Sie ist jedoch nicht einfach ein passiver Filter, sondern eine inmitten der spezifischen Besonderheiten der allgemeinen Politik erfolgende Neuschöpfung. Dementsprechend kann sie zu drei Ergebnissen führen: ihr spezifischer Filter /a/ läßt politische Einflüsse durch; /b/ er läßt keine politischen Einflüsse durch; oder /c/ sie schafft in ihrem homogenen und instrumentartigen Medium etwas, das in der Heterogenität und Mittellosigkeit direkt und spontan nicht zustande kam und auch nicht hätte zustande kommen können.

Aus all dem folgt auch, daß die Rechtspolitik eine praktische Kategorie ist, deren letztes Kriterium - wie

im Falle jeder Praxis - die Effektivität ist. Infolgedessen kann nur diesem Rahmen, diesem untergeordnet, auf lange Sicht die Kriterienbildende Wirkung von Eingeschaften so unterschiedlicher Qualität in Erscheinung treten, wie wahre Erkenntnis oder Auswahl aufgrund angemessener Wertung.

Rechtswissenschaft, Rechtspolitik und Recht des Rechtes sind jedoch aufgrund all dessen begriffsmäßig klar voneinander zu trennen.

Die Rechtswissenschaft hat die Aufgabe, aufgrund einer Analyse der für relevanten Phänomene als Komponenten der historischen Wirklichkeit deren Zusammenhänge und entwicklungsbedingten Gesetzmäßigkeiten aufzudecken. An sich gibt sie keine Wertung, doch sie muß die möglichen geschichtlichen Alternativen zusammen mit ihren Folgen präsentieren. Alle Werte und Wertungen, Ziele und Zielsetzungen, Bewußtseinsformen und Ideologien, die in ihren Analysenbereich gelangen behandelt und beschreibt sie nicht nach nach deren eigener Beurteilung, Zielstellung und/oder Ideologie, sondern gleichermaßen als geschichtlich objektiv auftauchende Komponenten des gesellschaftlichen Seins.

Die Rechtspolitik führt im Besitz der theoretischen Ergebnisse der Rechtswissenschaft, jedoch in der Sphäre der Politik die Wertung, Zielstellung und Ideologieformung durch. Ihre Grundaufgabe besteht darin, dem prinzipiell Möglichen zur praktischen Verwirklichung zu verhelfen oder es zumindest zu einer in der Praxis anerkannten Aufgabe zu machen.

Das Recht des Rechtes ist berufen, von den Formulierungen der Rechtspolitik das, was mit allgemeinen Normativen

zu regeln ist, auf der Ebene des Besonderen jedoch aus irgendeinem Grund nicht gesetzlich geregelt werden konnte, mit Hilfe der Formalitäten und obligatorischen Kraft neu zu formulieren.

Wenn wir die vorangehend dargelegten Begriffe und Begriffsbereiche von Rechtswissenschaft, Rechtspolitik und Recht des Rechtes für die grundlegenden Bewegungsprozesse des Rechtes anwenden, erhalten wir ein scheinbar völlig tautologisches Bild.

Auf dem Gebiet der Rechtsschöpfung entsprechen dem die zur Klärung der philosophischen, theoretischen und soziologischen Grundlagen der Rechtsschöpfung berufene Rechtsschöpfungslehre /als Terrain der Rechtswissenschaft/; die zur Auswahl des als aus den von der Rechtsschöpfungslehre aufgedeckten Ergebnissen und Lehren gewertete Lehre des hic et nunc Erwünschten berufene Rechtsschöpfungspolitik /als Terrain der Rechtspolitik/; und schließlich /als Terrain des positiven Rechts/ das Gesetz über die Gesetzesschöpfung mit der Aufgabe zu bestimmen, was, mit welchen Verfahren, Methoden und Formalitäten zu regeln ist. Prinzipiell unterscheiden wir auch hinsichtlich der Rechtsanwendung Rechtsanwendungslehre, Rechtsanwendungspolitik und Gesetz über Rechtsanwendung. An diesem Punkt können wir jedoch bereits so wichtigen Unterschieden begegnen, daß Daseinsberechtigung und Möglichkeit ihrer Anwendung in den theoretischen Grundlagen zweifelhaft werden.

Es geht vor allem um die Rechtspolitik und das Recht des Rechtes, die im Falle der Rechtsschöpfung eine wirkliche und primäre Regelung durchführen, denn sie vermitteln Informationen, die der Rechtsschöpfung

in anderer Form nicht geliefert werden. Was den Inhalt und gewisse Feinheiten der Modalitäten seiner Rechtsschöpfung anbelangt, ist der Rechtsschöpfer unabhängig, weshalb die Rechtsschöpfungspolitik für ihn fachlich-politische Präferenzen formulieren kann. Wenn jedoch nicht einmal sein Vorgehen in allen Einzelheiten geregelt ist, kann das Gesetz über die Gesetzesschöpfung das Verfahren des Rechtsschöpfers quasi als Verfahrenskodex, mit schriftenmusterartigen Beilagen versehen, regeln.

Ganz anders verhält es sich jedoch bei der Rechtsanwendung. Die inhaltliche Wertung wurde vom Rechtsschöpfer bereits vorgenommen; nach den ureigensten juristischen Spielregeln konnte nur er dies mit rechtlicher Gültigkeit, in für den Rechtsanwender verbindlicher und relevanter Weise tun. Hinsichtlich des Rechtsanwenders kann die Rechtspolitik /die sog. Rechtsanwendungspolitik/ daher nur als politische Norm, nur als an einen politischen Adressaten gerichtet, "gültig" sein. Würden wir darüber anders denken oder die Rechtspolitik in ein strengeres Rollenfach drängen, degradierten wir damit die Rechtsgarantien für die Unabhängigkeit des Richters und seine ausschließliche Unterstellung unter das verfassungsmäßige Gesetz zur reinen Fiktion. Würden wir dagegen die Richtlinien oder Thesen der Rechtsanwendungspolitik evtl. normativ fixieren, "kodifizieren", erhielten wir nur eine prinzipiell allgemeine "Rahmenregelung", die - zumindest im technischen Sinne - ein Mißbrauch des "Rechts", der normativen Fixierung wäre. Das Ergebnis wäre lediglich eine Sammlung von Erwartungen, die als solche unanwendbar sowie in der Präsenz des realen Rechts und im Licht seiner Garantien irrelevant sind. All das ist natürlich auch damit verbunden, daß, wenn administrative oder politische Organe eine sog. rechtspolitische Aufsicht über die Tätigkeit des Rechts-

anwenders ausüben, dies ausschließlich als eine in sozial-politischer Hinsicht, von außen erfolgende Wertung einer spezifisch juristischen /d.h. eigenen Gültigkeits- und Legalitätsregeln entsprechenden oder nicht entsprechenden/ Tätigkeit zu interpretieren ist. Was bei der Rechtsanwendung das Recht des Rechtes anbelangt, handelt es sich zumeist um eine Überschulregelung, so daß es überflüssig wäre. Alles, was normativ zu regeln ist - also nicht tautologisch, nicht einfache logische oder kulturelle Evidenz, und auch nicht in der Juristenkultur oder - ideologie ohnehin schon sozialisierte Komponente ist -, ist bereits in den einzelnen Verfahrenskodexen enthalten.

Unbedingt zeigt es die Pathologie der Gesellschaftsentwicklung, eine Beeinträchtigung und damit - letzten Endes - Nihilisierung des Rechtsspezifikums an, wenn Meinungen vorherrschen, wonach das "Recht" als solches nicht genügt, sondern auch eine gesellschaftlich zielorientierende, ergänzende, evtl. über das positive Recht hinausgehende oder dieses in seinen praktischen Wirkungen verneinende "Rechtspolitik" erforderlich ist. Als Beispiel genügt es vielleicht, darauf hinzuweisen, daß in Ungarn nach 1945, im Machtkampf die Tätigkeit des Verwaltungsgerichts beanstandet wurde, weil es an Recht festhielt und sich ausschließlich auf rechtliche Gesichtspunkte berief. Um dies auszugleichen und jede auch nur scheinbare Sonder- oder Außenseiterstellung zu brechen, wurde nach 1949 die sog. rechtspolitische Aufsicht, die das spezifisch Rechtliche in den Hintergrund drangte und dem politisch-taktischen Kurs des Tages unterordnete, institutionalisiert./ Ein Anzeichen für eine nicht in ihrem Rollenfach bleibende, s.h. sich auf Substitute stützende, ungesunde Entwicklung ist es auch, wenn der Rechtspolitik eine Rolle zugeteilt wird, die sie als

allgemeine subsidiäre Rechtsquelle zum Lückenbüsser macht. Letztendlich werden gesellschaftliche Störungen offensichtlich auch dadurch angezeigt, wenn der Rechtspolitik Möglichkeiten einer spezifisch rechtlichen Wirkung beigegeben werden, indem sie sich z.B. der Fiktion einer vorgenommenen Regelung bedient, die eigentliche rechtliche Regelung jedoch nicht vornimmt.

4. Erfordernis einer selbständigen Rechtspolitik

Unsere sozialontologischen Prognosen legen bereits die Vermutung nahe, daß die Sozialisierung nicht nur ein Komplexerwerden und ein solches Funktionieren der Gesellschaftsstruktur bedeutet, das eine komplexere Übertragung dieser komplexeren Struktur voraussetzt, sondern auch ein Prozeß ist, in dessen Verlauf die Spezifität der bei diesem Funktionieren mitwirkenden Komponenten und die relative Selbständigkeit dieser Besonderheiten im Übertragungsmechanismus zur Entfaltung gelangen und zunehmend, die gesellschaftlichen Strömungen als Ganzes immer mehr beeinflussend in den Vordergrund geraten. Wenn das so ist, dann versteht sich unsere Schlußfolgerung praktisch von selbst: ein gewisser Sozialisierungsgrad setzt eine gewisse Autonomie von Politik und Recht voraus, während diese Autonomie voraussetzt, daß eine vermittelnde Rechtspolitik zwischen Politik und Recht zustande kam und eine spezifische Sonderstellung einnimmt.

Politik und Recht werden also nur dann gesund funktionieren, wenn als selektierender und formender Filter der politischen Einflußnahme die Rechtspolitik zwischen diesen beiden verschiedenen Bereichen eingeschaltet wird. Doch sobald das geschehen ist, gilt auch für den Vermittler zwischen Vermittlern all das, was im Zusammen-

hang mit den Vermittlern als Erfordernis und Folge der Sozialisierung bereits gesagt wurde, nämlich daß auch die Rechtspolitik ihren Aufgaben nur dann nachkommen kann, wenn sich ihre Besonderheiten entfalten und sie relative Unabhängigkeit sowohl von der Politik als auch vom Recht erlangt.

Es kann also nur der Schluß gezogen werden, daß die erfreuliche Tatsache unserer politischen Entwicklung und die Erkenntnis der instrumentalischen Schranken unseres Rechts auf dem heutigen Grad unserer sozialökonomischen Entwicklung allein nicht mehr ausreichen. Die disziplinierte Praktizierung des Rechts erfordert auch die hier behandelte praktische Disziplin.

C. Varga (Budapest)

Die Gewaltenteilung. Ideologie und Utopie im politischen Denken

Die Gewalten zu unterscheiden und normativ widerzuspiegeln, das hat eine lange Tradition im politischen Denken. Das bürgerliche Staatsdenken sieht darin gar den entscheidenden Faktor jeglicher Staatsorganisation. Die Gewaltenteilungslehre umfaßt Elemente, die eine lange Tradition haben, aber als theoretische Konzeption ist sie ein Kind der Bourgeoisie. Obwohl sie also langfristig mit dem politischen Denken verbunden ist, kann man daraus nicht folgern, sie trüge einen universalen und ewigen Charakter. Gerade das ist aber der Standpunkt bürgerlichen Staatsdenkens.

Die Unterscheidung der Gewalten beruht auf sehr unterschiedlichen politischen und theoretischen Vorstellungen, sie sind zeitgebunden und konkret. Wenden wir uns einigen Vätern dieser Ideen zu: Aristoteles formulierte seine Konzeption im Ergebnis vergleichender Analysen der altgriechischen Polis. Locke entwarf das Gewaltenteilungskonzept, um ein politisches Regime durchzusetzen, in dem die Herrschaft durch das Gesetz begrenzt wird. Montesquieu wollte dadurch bürgerliche Freiheiten gegen die feudale Willkür gewährleisten und dafür institutionelle Grundlagen schaffen.

Die Beispiele dokumentieren den Weg vom Traum des Altertums von der gemischten Regierungsform zum staatsorganisatorischen Klassenkompromißvorschlag der Bourgeoisie gegen die feudale Willkür bis hin zu der Begründung der Institute des schon illusorischen Liberalismus.

Vom theoretischen Standpunkt ist dabei aber auch interessant, daß hierbei am Anfang die klassenmäßige Begründung der Gewaltenteilung, die Charakteristik einzelner struktureller Einheiten und staatlicher Funktionen stand, die auch zum Verständnis bestimmter funktioneller Wechselwirkungen und Gesetzmäßigkeiten der Entwicklung der damaligen Staatsorganisation führten. Dabei ist zu beachten, daß in der wissenschaftlichen Literatur sehr wohl die historische Unterschiedlichkeit und die Diskontinuität der Gewaltenteilungslehren erfaßt wurde. Man kann eben die Gegenwart nicht von der Vergangenheit aus erklären. Worum geht es hier?

244 Eine politische Idee wird geboren, aber sie nimmt im Verlaufe

ihres Lebens unterschiedliche Inhalte und Formen an. In der Zeit der großen bürgerlichen Umwälzungen wurde versucht, die Idee der Gewaltenteilung als eine für die institutionelle Verankerung geeignete Formel auszulegen und demzufolge das Prinzip der Gewaltenteilung selbst als ein zufriedenstellendes Muster, das einer normativen Festlegung bedarf, anzusehen. In diesem Fall haben wir es mit nichts anderem als der Verabsolutierung des gestellten Ziels zu tun und der Wahl eines außerordentlichen Mittels zum Erreichen dieses Ziels. Dadurch wird das Problem eindeutig nicht vereinfacht, sondern seines ursprünglichen Inhalts beraubt.

Jede Reaktion löst eine Gegenreaktion aus. Je kategorischer die Reaktion ist, je sturer sie eigene Mängel übersieht, desto heftiger und intoleranter wird die Gegenreaktion. Welche Gegenreaktion kann auf die folgende aggressiv-entschlossene Behauptung von J. Madison erwartet werden? "Die Konzentration der ganzen Macht in einer Hand, sei es in der Hand eines einzelnen, einiger oder vieler Personen und unabhängig davon, ob sie vererbt, selbst verkündet oder durch Wahlen erlangt wurde, ist gleichbedeutend mit Despotie" (Federalist Nr. 47). Dasselbe gilt für die These im Artikel 30 der Verfassung des Staates Massachusetts: Ein Organ der Legislative soll nie exekutive und richterliche Gewalt oder auch nur eine davon ausüben; ein Organ der Exekutive soll nie legislative und richterliche Gewalt oder auch nur eine davon ausüben; die Gerichtsorgane sollen nie legislative und exekutive Gewalt oder auch nur eine davon ausüben; das könnte letzthin zur Herrschaft der Gesetze und nicht der Menschen führen. Der Artikel 16 der Pariser Deklaration der Menschen- und Bürgerrechte lautet: "Eine Gesellschaft, in der ... die Gewaltenteilung nicht festgelegt ist, hat keine Verfassung." Auf ihn trifft dasselbe zu.

Zur Beantwortung der oben gestellten Frage wurden sowohl in der bürgerlichen als auch in der sozialistischen Staats- und politischen Wissenschaft berechnete Zweifel geäußert, ob es überhaupt absolut voneinander unabhängige Gewalten im Staat gibt oder geben kann. Können solche "Früchte" der Theorie in der Praxis realisiert werden? Sind solche Behauptungen und ihre normative Verkörperung nicht bloß auf dem Höhepunkt der revolutionären Unruhen entstandene Illusionen des Gewünschten? Denn die existierende bürgerliche Gesellschaftsordnung und die Ausarbei-

tung der Verfassungen widerlegen selbst eindeutig diese Illusionen.

Zur Klärung der aufgeworfenen Frage wenden wir uns nun der Anwendung des marxistischen Begriffes der Ideologie zu. Die von G. Lukács für die Rekonstruktion dieses Begriffs angewandte Methode erlaubt uns, folgende Schlußfolgerungen zu ziehen: die Ideologie tritt auf in Gestalt von "ideologischen Formen, worin sich die Menschen ... (des) Konflikts bewußt werden und ihn ausfechten"¹. Folglich erscheint der Begriff der Ideologie im allgemeinen als "... vor allem jene Form der gedanklichen Bearbeitung der Wirklichkeit, die dazu dient, die gesellschaftliche Praxis der Menschen bewußt und aktionsfähig zu machen"².

Die Grundthese ist dabei folgende: "Dominierend zeigt sich die gesellschaftliche Wirklichkeit als letzliches Kriterium für das gesellschaftliche Sein oder Nichtsein einer Erscheinung."³ Deswegen reicht die Kritik der Ideologie allein nicht aus, d. h. die Herausfindung ihrer Wahrhaftigkeit oder Irrtümlichkeit. Denn in diesem Fall erhalten wir keine Antwort auf die Frage, wie die gesellschaftliche Wirklichkeit einer gegebenen Ideologie, die sowohl richtig als auch irrtümlich sein kann, tatsächlich ist, zumal es auch geschehen kann, daß die "Menschen auf der Grundlage einer 'blödsinnigen' Ideologie doch weitgehend ihren Interessen gemäß, also unmittelbar richtig handeln konnten"⁴.

Die Analyse der Arbeiten von Marx bestätigt, daß "Marx daher das Problem der Ideologie nicht erkenntnistheoretisch abstrakt, sondern gesellschaftsontologisch konkret aufgeworfen ... (hat), indem bei ihm bei der Bestimmung der Ideologie nicht das Dilemma von Richtigkeit oder Falschheit die genetische Grundlage bildet, sondern ihre Funktion: die von der Ökonomie im gesellschaftlichen Leben ausgelösten Konflikte bewußt zu machen und auszufechten"⁵. Genauer gesagt, ist der Maßstab der Ideologie "jedoch nicht unbedingt das erkenntnistheoretisch Richtigere, auch nicht das gesellschaftlich-geschichtlich Progressive ..., sondern der bewegende Impuls für eine gerade fällige Antwort auf Fragen, die eben das jeweilige Geradesosein der gesellschaftlichen Entwicklung und ihre Konflikte gestellt haben"⁶.

Führen wir ein Beispiel an: Bei der Erörterung der Grundlagen des institutionellen Aufbaus, des Funktionierens und der Ideologie des gegenwärtigen formalen bürgerlichen Rechts kommen
246 wir zu der Schlußfolgerung, daß ein solches Herangehen, das von

den Normen ausgeht und letzten Endes zu den Normen zurückkehrt - von Marx und Engels als "juristische Weltanschauung" bezeichnet -, in sich unentbehrlich die charakteristischen Elemente der spezifisch juristischen Funktionen enthält. In der "Deutschen Ideologie" haben Marx und Engels nachgewiesen, daß dieses Herangehen vom Standpunkt der Erkenntnistheorie nicht stichhaltig ist, aber sie gingen hier noch nicht weiter als bis zur Kritik der Ideologie.

Die Methode der ontologischen Rekonstruktion offenbart die Wechselbeziehungen zwischen dem Normensystem, das die formale Wirklichkeit und die formale Einhaltung der Verhaltensregeln voraussetzt, einerseits und der "Berufsideo-logie" der Juristen, die das praktische Funktionieren und die Reproduktion dieses Normensystems zu gewährleisten haben, andererseits.⁷

Dieses Beispiel zeigt, daß die Theorie der Gewaltenteilung ideologische Funktionen ausübt und daß alle Versuche, ihre Unzulänglichkeit und Nichtaktualität nachzuweisen, mit der Kritik der bürgerlichen Ideologie verbunden werden müssen. Aber es gibt natürlich einen erheblichen Unterschied zwischen dem angeführten Beispiel aus dem Bereich des Rechts und dem Problem der Gewaltenteilung, und zwar empfiehlt die "Berufsideo-logie" der Juristen "Direktiven zum Handeln" für die rechtsanwendenden Organe in der gegebenen Periode und nimmt ihren Einfluß darauf, daß die Verhaltensregeln der Gesellschaft optimal eingehalten werden. Im Unterschied zu dieser Erscheinung geht es bei der ideologischen Begründung der Gewaltenteilung nicht um die alltägliche Tätigkeit konkreter Individuen, sondern um die Erteilung von Empfehlungen bezüglich der Verhaltensregeln und -prinzipien an den Staat. Das bestätigt: Während die "Berufsideo-logie" der Juristen mit dem im großen und ganzen unerreichbaren Ideal zu tun hat, das aber in bestimmten konkreten Fällen auch einmal erreicht werden kann, befaßt sich die Theorie der Gewaltenteilung mit einem Ideal, das sowohl im Allgemeinen als auch im Besonderen unerreichbar ist. Folglich liegen die Möglichkeiten seiner Verwirklichung im Bereich der Utopie.

Heutzutage weiß man, daß die Utopie nicht nur als ein geschlossenes System von Ansichten, sondern auch als ein Element der Weltanschauung⁸ fungieren kann. Die Wechselwirkungen zwischen der Ideologie und der Utopie wurden aber - trotz der ausführli-

chen Untersuchungen auf dem Gebiet der Erkenntnissoziologie - noch nicht untersucht. Das geschah ausschließlich aus dem Grunde nicht, daß man diese Begriffe als einander ausschließende betrachtet hatte.⁹

Wenn wir uns auf die von Marx gegebene Definition der Ideologie stützen, so ist es offensichtlich, daß die Betrachtung der Utopie als ein Element der Ideologie sich in unmittelbarer Abhängigkeit von ihrer funktionalen Bestimmung befindet.

Wir möchten hier im Zusammenhang mit der Erörterung des Begriffes der Ideologie¹⁰ auf die utopischen Momente eingehen, für die die Herauskristallisierung des Idealen als ein positiver Orientierungspunkt charakteristisch ist. Das Wesen solcher Momente ist demzufolge das der Gegenwart gegenübergestellte Ideal,¹¹ das einerseits als Kriterium für die Charakteristik der Gegenwart und andererseits als Orientierungspunkt für die Veränderung der Gegenwart fungiert. Die utopischen Momente sind imstande, diese doppelte Rolle ebendeswegen wahrzunehmen, weil die Hauptaufmerksamkeit im Prozeß der Wechselwirkungen zwischen den Zielen und den Mitteln zu ihrer Verwirklichung nicht der Unmittelbarkeit der Mittel, sondern dem vermittelten Charakter der Ziele gewidmet wird. Solche Momente können eben aus dem Grund als positiver Orientierungspunkt für die Praxis dienen, weil sie Mittel enthalten (wenn auch durch den Rahmen des Idealen eingeschränkt und "verschwommen"), die zum Erreichen des Ideals führen können. Die Veränderlichkeit dieser Momente, ihre Abstraktheit schließen nicht aus, daß sie als ein solcher Orientierungspunkt gelten können. Ihre dialektische Wechselbeziehung zur Realität äußert sich darin, daß sie ihre Bestätigung in der Praxis finden. Ihre Kritik kann nur mit der Kritik der Wirklichkeit verbunden sein, mit der diese utopischen Momente verglichen werden.

Folglich, wenn man das Problem der Gewaltenteilung in der politischen und juristischen Verfassungslehre von den heutzutage geltenden Vorstellungen des Instrumentalismus abgrenzt, so kann man im wesentlichen die vorhergehende Frage beantworten. Vom Standpunkt der Theoriegeschichte oder vom terminologischen Aspekt aus ist die Abgrenzung der Theorie der Gewaltenteilung von der Theorie des Gleichgewichts der Gewalten wichtig. Ich bin der Meinung, daß die letztere breiter an die Frage selbst und ihr Wesen
248 herangeht und somit origineller ist; ihre verschiedenen Varian-

ten können wir sowohl in den Lehren des Altertums als auch der Gegenwart beobachten.

Wie man sieht, ermöglicht es die Untersuchung der ontologischen Wechselbeziehungen zwischen den ideologischen Formen und den in dem konkreten Zeitraum existierenden Realitäten herauszufinden, aus welchem Grund und unter welchen konkreten Bedingungen die gegebene Ideologie herausgebildet und effektiv angewandt wird. Das erleichtert beträchtlich die Erklärung, warum und auf welche Weise im Laufe der europäischen Ereignisse - in der Zeit des Kampfes der Parlamente gegen die königliche Macht und später des Kampfes des an Einfluß gewinnenden dritten Standes gegen die Institute des feudalen Absolutismus - die Ideologie auf den bloßen Ausdruck der Mittel, d. h. die Teilung in die legislative, exekutive und judikative Gewalt reduziert wurde; das erklärt auch, warum im Resultat revolutionärer Umwälzungen, die eine starke Konzentration der Macht nach sich ziehen, eine vollständige Ablehnung der Idee der Gewaltenteilung zu beobachten ist und die Einheit der Staatsmacht anerkannt wird. Das zeigte sich sowohl in der Forderung Rousseaus nach der Volkssouveränität als auch in den Ideen der Jakobiner sowie in der Theorie der Diktatur des Proletariats und der Praxis mit der Großen Sozialistischen Oktoberrevolution.

Anmerkungen

- 1 K. Marx/F. Engels, Werke, Bd. 13, Berlin 1975, S. 9.
- 2 Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins: Die wichtigsten Problemkomplexe: Das Problem der Ideologie. Manuskript, Archiv und Bibliothek von Lukács, S. 947. Von G. Lukács (Budapest).
- 3 G. Lukács, Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins: Die ontologischen Grundprinzipien von Marx. Darmstadt und Neuwied 1972, S. 8.
- 4 G. Lukács, Manuskript, a. a. O., S. 967.
- 5 G. Lukács, Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins: Prolegomena. Manuskript, a. a. O., S. 340.
- 6 G. Lukács, Manuskript, a. a. O., Note 2, S. 967.
- 7 C. Varga, The Concept of Law in Lukács' Ontology. Rechtstheorie, X/1979/3, S. 328; C. Varga, Towards a Sociological Concept of Law: An Analysis of Lukács' Ontology. International Journal of the Sociology of Law, IX/1981/, ch. IV, par. 6.
- 8 Utopias and Utopian Thought, ed. Frank E. Manuel, London 1973.
- 9 Siehe z. B. K. Mannheim, Ideologie und Utopie, Bonn 1929.
- 10 K. Marx/F. Engels, Werke, Bd. 19, Berlin 1978, S. 189 - 228.
- 11 Siehe z. B. A. Neusüss (Hrsg.): Utopie, Berlin/Neuwied 1968.

RECHTSKULTUR – DENKKULTUR EINFÜHRUNG ZUM THEMA

Csaba Varga

Eines der eigenartigsten Produkte der westlichen gesellschaftlichen Entwicklung, das durch die moderne Staatlichkeit ins Leben gerufene *moderne formale Recht* verkörperte bereits in der Mitte des vergangenen Jahrhunderts eine fühlbar doppelte Entwicklung. Einerseits setzte es durch die Formalisierung der Kriterien der Schaffung und Funktion des Rechts – d.h. des Prinzips der *Geltung* und Gesetzlichkeit – den Akzent auf die *Erscheinung* des Rechts in *Textform*, seine Verkörperung im Text. Dadurch wurde im Recht die Erfüllung der formellen Anforderungen in den Vordergrund gestellt und die Verwirklichung seines Garantiecharakters gefördert. Aber die Verlagerung des Akzents auf diesen Text zeitigte auch eine eigenartige Verschiebung, eine Verzerrung in der Betrachtung und Anschauung des Rechts. Die lebendige Praxis des Rechts, das *wirkliche* gesellschaftliche Gewicht, der Charakter, die Wirkung der im Namen des Rechts durchgeführten gesellschaftlichen Handlung ist nicht mehr im Vordergrund des Interesses gestanden, und an ihre Stelle geriet der zum Demiurg avancierte Text. Und zwar offenbar ohne Konsequenzen, wenn die textliche Verarbeitung eines Textes – die Rechtsdogmatik – zur führenden Disziplin der Rechtswissenschaft wird. Insbesondere: man begann, das gesamte Leben des Rechts immer mehr nur als eine mechanische Konsequenz eines mit entsprechendem Formalismus erlassenen Texts zu betrachten, während die eigentliche gesellschaftliche Anwesenheit, Wirkung des Institutionensystems des Rechts theoretisch uninteressant geworden ist. Eine strenge, zu formalisierende Praxis konnte dennoch entstehen, von seiner gesellschaftlichen Sphäre getrennt ist aber das gesamte Recht zunehmend wehrlos geworden: in zunehmendem Maße unfähig dazu, auf die wechselnden Herausforderungen entsprechend reagieren zu können.

Das Recht hat ja bedrohliche Herausforderungen erlebt, und zwar nicht nur aus einer Richtung. In Deutschland zwischen den beiden Weltkriegen hat zum Beispiel der Anspruch auf Totalität der nationalsozialistischen Machtübernahme die Unterordnung auch der Justiz die Frage der Quellen der Geltung der Stützen des Rechts aufgeworfen. Kann das Recht einen beliebigen Inhalt haben? Kann der Befehl des Rechts wie auch immer sein, kann es an seiner verbindlichen Kraft, an unserer Abhängigkeit nichts ändern? Die deutsche Justiz hat sich schließlich den Veränderungen des Rechts ergeben. In seiner Selbstaufgabe hatte – so wissen wir heute – auch die Ideologie des Gesetzespositivismus, also die vorbehaltlose Befolgung der gesetzlichen Form als Recht eine Rolle gespielt.

Dramatische Fragen wurden laut, wenn auch nicht in ähnlicher Konzentration der Unmenschlichkeit sonst und anderswo. Und sie blieben nach wie vor weit-

gehend unbeantwortet. Zu diesen gehört zum Beispiel vor allem das Dilemma der auf die Aufholung in der Entwicklung abzielenden, sich mit dem Problem der Modernisierung konfrontierenden, Reformprogramme übernehmenden Gesellschaften. Solle es eine noch so große Last für die Gesellschaften bedeuten, befinden sich in ihnen teilweise ererbte Anlage, ferner ein tiefes Mißtrauen gegenüber spontanen gesellschaftlichen Bewegungen, die sie gleichfalls dazu bewegen, die Wende auf *künstlichem* Wege, hierarchisch von oben nach unten ausstrahlend, mit dem Einsatz der zwingenden Kraft des Staatsapparates, durch die Erlassung einer rechtlichen Verordnung zu institutionalisieren. Unabhängig von jeder subjektiven Absicht ist gleichzeitig auch das harte Faktum der Dialektik der Gesellschaftsentwicklung gegeben, die – langfristig – jegliche Rechtsreform, die nicht schon erfolge, oder errungene *gesellschaftliche* Reform sanktionieren (oder sonst wünschenswerte Alternativen mit der Institutionalisierung unterstützen) würde, sondern selbst – als Recht mit der reinen Tatsache der Proklamierung – eine gesellschaftliche Reform zeitigen möchte. Es ist ein allgemeines, mir besonders gut bekanntes Dilemma der mit der Modernisierung ringenden Regionen, das sich in besonders akuter Form auf weiten Gebieten Ost-Mitteleuropas meldet und das bisher in keiner adäquaten Weise beantwortet wurde. Das Pathologische besteht in diesen Regionen darin, daß das Erbe des im Gewande der Revolution seine Vorurteile und sozialen Utopien zur Geltung bringenden Voluntarismus sowie die zunehmende Unbehandelbarkeit der sich durch die Konzentration der disfunktionellen Wirkungen der unorganischen Einmischungen anhäufenden Probleme gleichfalls zu solchen Lösungen anregen, in denen die eigentliche gesellschaftliche Reform in wachsendem Maße – und natürlich von wachsender Unwirksamkeit und sinkender Glaubwürdigkeit begleitet – durch die reine Erlassung der Reform*texte* ersetzt wird. Das Ergebnis ist in einem solchen Fall ganz gewiß ein Mißerfolg: die unwiderrufliche Devaluation sowohl des Mittels als auch der das Mittel bewegenden Idee. Und dieses Problem steht gar nicht allein, vereinzelt da. Denn – gleichzeitig damit – droht dem Recht auch eine ähnliche Herausforderung durch die Tradition einer revolutionären Rechtsnihilisierung aus der Vergangenheit sowie durch die Erstarrung zur stabilisierten politischen Praxis. Kurz gefaßt denke ich an die extreme *Instrumentalisierung* des Rechts. In unserer gesellschaftlichen Praxis meldet sich die schädliche Wirkung der Instrumentalisierung auf doppelter Ebene. Vor allem und in erster Linie darin, daß das *Recht eindimensional* wird. Darin, daß – auf der Basis der Rechtsanschauung des *Kommunistischen Manifests* – die Macht nur die *machtpolitische* Bedeutung der Beherrschung des Rechts, also die Möglichkeit wahrzunehmen bereit ist, die für die Geltendmachung ihrer Willkür in der Beherrschung des Rechts steckt, d.h. sie kann das Recht nach Belieben frei formen und in seiner Funktion manipulieren. Die Idee der *rechtlichen Vermittlung*, also die Einsicht, daß das Recht nicht einfach der verbrämte Ausdruck des Willens der Obrigkeit ist, sondern Bindungen bestimmt, die jeden Teilnehmer *verpflichten*, jeden Interessierten zum Mitgestalter und Beteiligten des *gemeinsamen Unternehmens* des Rechts *weiht*, hat sich in ihm noch nicht entfaltet. Noch weniger bildet sich die Bereitschaft in ihm aus das Recht zur Geltung kommen zu lassen, insofern es ein – zum politischen deklariertes Interesse – staat-

liches oder als solches hingestelltes persönliches Prestige beschränken würde. Die Instrumentalisierung erscheint gleichzeitig auch in der *inhaltlichen Entleerung des Rechts*, darin, daß das Recht jede Tradition, jede Konsequenz aus der Vergangenheit, die Verwandtschaft mit den erlebten Erfahrungen und die Kontinuität ablehnend, zum einfachen Synonym für die Willkür der Mächtigen wird. Die Praxis hingegen neigt bis heute stark dazu – wieder unter Anwendung der Rechtsanschauung des *Kommunistischen Manifests* –, das Recht im Besitz der Macht und im Interesse ihrer Ziele zu einem beliebig formenden und anwendbaren Mittel zu reduzieren und zu vergessen, daß man mit einem Federstrich nur Texte proklamieren und damit hierarchische Organisationen bewegen kann, aber keine rechtliche *Kultur* und noch weniger aus den relativen Autonomien und der Würde der rechtlichen Vermittlung entstammende *zusätzliche* Vorteile – den eigentlichen Sinn und Zivilisationswert der Rechtsordnung – gewinnen kann.

Da „Rechtskultur“ keine Worthülse ist und auch die Kritik rechtlicher Zustände einschließt, können sich in unseren gegenwärtigen Rechtssystemen die nackte Tatsache der Erlassung positivrechtlicher Texte und die Frage, wie weit dies eine Rechtskultur bildet (wie weit das Recht einen Filter einbaut, der zu einer nicht nur im Namen und Interesse der herrschenden Macht berufenen und erzwungenen, sondern zu einer wahrhaft gesellschaftlichen Institution aufsteigend den Rahmen bestimmt, Maßstäbe setzt und vermittelt) weitgehend voneinander scheiden. Die „Rechtskultur“ umfaßt gleichzeitig nicht nur praktische Faktoren, die soziologischen Elemente des Rechts, sondern – als eine eigene Kultur eines spezifischen Teilgebietes – verweist auch unmittelbar auf eine allgemeine politische (usw.) Kultur der Gesellschaft. Es ist sehr wichtig, sich vor Augen zu halten, daß „Rechtskultur“ an und für sich aus dem Text des positiven Rechts *nicht* folgt. Sie *kann* sich darauf stützen, *muß* sich mit ihm in einer Argumentationsbeziehung entwickeln; aber der Text allein ist nur eine *Objektivierung*: ein nicht zulänglicher Grund, höchstens die Voraussetzung der Kultur eines eigenen Bereichs. Wie wir bereits gesehen haben, setzt das Weltbild des modernen formalen Rechts das geltende Recht als Text in den Mittelpunkt und sieht in allem anderen nur ein davon ausgehendes Derivat, es macht das Recht selbst wehrlos. Wehrlos steht es nicht nur der menschenverachtenden inhaltlichen Entartung des Rechts, sondern – wegen des übertriebenen Vertrauens in den Text – auch der inhaltlichen Entleerung, der Anpreisung als Wundermittel, der Auffassung als ein beliebig formbares Mittel – gegenüber.

Wir wissen schon heute (unsere rechtssoziologische und rechtstheoretische Literatur mußte es wiederholt formulieren), daß das Recht – kurzfristig – wirklich mit beliebigem Inhalt, zu beliebigen Zielen verwendbar ist; aber die Konsequenzen werden nicht mehr beliebige sein. Die Konsequenzen dieses Mißbrauchs treten namentlich früher oder später – langfristig – auf manchen Rechtsgebieten ein. Sie werden zu einem Verfall des Rechts, des juristischen Berufs und der rechtlichen Kultur führen. Der gesamte Aufbau des Rechts wird zu einem Spielball der Mächthaber; eine moralische Nihilisierung, ein absoluter gesellschaftlicher Mißkredit, der sich auf Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft erstreckt, wird sich einstellen. In der Fach-

literatur wird dies also formuliert: *Das heutige Recht hat hic et nunc einen gesellschaftlich optimalen Inhalt und eine ebensolche Anwendung* (von unserem Blickwinkel aus ist es gleichgültig, ob wir es als ein Naturrecht, eine innere Moralität oder einfach als eine technische Grundregel des praktischen Rechtsgebrauchs beschreiben); die *Rechtskultur* ist nichts anderes als gerade jene aktive Sphäre, in der die *Ausgestaltung und Verwendung dieses Inhalts im Rahmen der Optimalität erfolgt*.

Es ist also höchste Zeit, daß – nach vielversprechenden Initiativen – die Forschung, die die Rechtskultur in den Mittelpunkt stellt, auch in Ungarn eingeleitet wird. Im Falle eines erfolgreichen und konsequenten Überdenkens der Problematik könnte unser gesamtes Denken über das Recht in vielen Punkten in Frage gestellt und sogar auf neue Wege geführt werden. Betrachten wir die wirkliche Fundierung, so übt die allgemeine *politische und Alltagskultur* der Gesellschaft gewiß auf die Gestaltung der Rechtskultur den bedeutendsten äußeren Einfluß aus. Gerade diese Kulturen – in der sich voneinander trennenden Entwicklung Österreichs und Ungarns nach dem Ersten und Zweiten Weltkrieg – weichen am markantesten voneinander ab; dies vor allem wegen der unterschiedlichen Geltung des geopolitisch gegebenen Kraftfeldes, weil im jeweiligen Kraftfeld die Rollen unterschiedlich verteilt wurden. Eine gemeinsame Forschungsarbeit in dieser Richtung wäre sehr wünschenswert, ihr Ergebnis würde vor allem unser politisches und rechtssoziologisches Wissen bereichern. Wenn wir im Bereich der Rechts- und Gesellschaftsphilosophie bleiben, können wir vielleicht gerade von der im Einvernehmen mit Professor Ota Weinberger und den anderen beteiligten österreichischen und ungarischen Kollegen beschlossenen Thematik, der Untersuchung der *Rechtskultur und der Denkkultur* in ihrem komplexen System, den größten Profit erwarten. Auf diesem Gebiet ist auch der Gegenstand abstrakter; gleichzeitig bieten die in den beiden Ländern vorhandenen Gemeinsamkeiten, der politische, rechtliche und kulturelle Einfluß, vorzügliche Themen für eine Analyse. Das Ziel der Veranstaltungen der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie war natürlich nicht die Vorbereitung einer kollektiven Monographie, eine prinzipielle oder methodologische Nivellierung der unterschiedlichen Annäherungsweisen der einzelnen Denker, sondern gerade die Anregung und Konfrontation unterschiedlicher Gedanken, Problemstellungen, individueller Fragen und Antworten sowie aus ihrer Besprechung die Gewinnung komplexer, nuancierter Problemwahrnehmungen und Lösungsvorschläge.

Gegenwärtig erlebt der Gedanke der Reinen Rechtslehre von Hans Kelsen und allgemein die *Bestrebung, die auf die gedanklich-logische Rekonstruktion der Ideologie des modernen formalen Rechts und seiner institutionellen Einrichtung abzielt*, eine Renaissance; dies ist gewiß kein Zufall. In den anglo-amerikanischen Rechtssystemen, in den Ländern Westeuropas und sogar in den als sozialistisch bezeichneten Rechtssystemen ist teilweise aus den gleichen Gründen, teilweise aus unterschiedlichen Gründen das Dilemma der Überwindung, konzeptionellen Modifizierung oder umgekehrt der konservierenden Weiterentwicklung der modernen formalrechtlichen Tradition zur Frage der Fragen geworden. Gemeinsame Gründe hiefür sind das Regelungsbedürfnis, das aufgrund der jüngsten industriellen Revolution ent-

standen ist, und die Disfunktion einer überregulierenden Einmischung auf manchen Gebieten. Ein anderer Grund liegt in Osteuropa in dem Bedürfnis, sich von den Zwängen zu befreien, die auf das stalinistische Modell und auf die Wischinskische Formulierung zurückzuführen sind. So bedarf es vor allem einer Klärung der Grundlagen und der Ausgangspunkte. Das attraktivste und fruchtbarste Produkt der Rechtswissenschaft des letzten Jahrhunderts (die Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie, rechtliche Axiologie) wirkt aber gerade dieser Tradition entgegen. Es bedient sich einer Annäherungsweise, die das als Recht bezeichnete System der Regeln höchstens einen Untersuchungsgegenstand unter anderen, undifferenzierbar ähnlichen Regelsystemen bildet, die aber bei weitem nicht kritisch ist. Obwohl Theorien auch in diesen Forschungsrichtungen entstanden sind, war das Ergebnis letzten Endes doch die *Spaltung der Rechtswissenschaften*.

Das Überdenken der Grundfragen des Rechts in begrifflichen Zusammenhängen und aus dem Blickpunkt der rechtlichen Kultur kann nach meiner Meinung zur Schaffung einer neuen Einheit, einer gedanklichen Synthese beitragen. Das Recht wird so ab ovo als ein *gemeinsames gesellschaftliches Unternehmen* formuliert, in dem man von der konkreten zweckdienlichen Funktion nicht mehr abstrahieren kann, während dessen die formale – das Anforderungssystem befriedigende – *Methode* nach wie vor ein unverzichtbarer begrifflicher Faktor ist. Die rechtliche Kultur hat auf diese Weise gewisse Chancen, organisierender Grundbegriff der tief fundierten modernen Bestrebungen zu sein, die im Recht – als systemtheoretische Annäherung oder partielle Erklärung – die selbstorganisierende Wirkung, den Prozeßcharakter, die gesellschaftliche Entfaltung als argumentativer Diskurs, die kommunikative Selbstverstärkung, den Fortschritt und die Reproduktion, d.h. den Charakter des *Rechts*, eine als *Ergebnis einer eigenen Prozeduralität spezifisch objektivierte gesellschaftliche Handlung zu sein*, betont wird.

Varga

Unser Thema lautet: Zwischen Integration und nationaler Eigenständigkeit: wie findet Europa zusammen? Ich meine, wir sollten Integration und nationale Unabhängigkeit nicht als Gegensätze sehen, wie dies bei Frau Oksaer anklang, sondern Integration schließt in meinem Verständnis Vielfalt, Verschiedenartigkeit und Regionalismus mit ein, wenn darunter die Bewahrung von Kultur und Tradition in einem erweiterten Europa begriffen wird.

Wenn die Spaltung Europas, die bisher durch den Antagonismus der Supermächte bestimmt wurde, endgültig überwunden wird und Europa seine ursprüngliche Größe und Bedeutung wiedererlangen will, dann werden die Staaten Mittel- und Osteuropas gerade auf diesem Feld eine Bereicherung darstellen für das, was mit dem Wort „Europa“ eigentlich gemeint ist. Diese Länder bieten nicht nur neue Märkte und wirtschaftliche Ressourcen. Und ich hoffe auch, daß man sie nicht nur unter militärischem Aspekt betrachtet. Vielmehr bringen sie eine kulturelle Vielfalt, einen Reichtum an Traditionen, geistigen Quellen und neuen Ideen mit sich.

Ich nenne nur ein Beispiel: das Fin-de-siècle-Dreieck zwischen Wien, Prag und Budapest, das sich mit Namen wie Ludwig Wittgenstein, Franz Kafka, Robert Musil, Karl Mannheim, Theodor Herzl, Sigmund Freud, Martin Buber oder auch dem des Kommunisten Georg Lukacs verbindet. Dies sind nicht nur irgendwelche „Quantitäten“, die man der europäischen Kultur hinzufügt, sondern dies *ist* europäische Kultur, eine der repräsentativen Ausdrucksformen europäischer Kultur selbst. Ich meine, dies ist ein vitaler Beitrag, der zu einer neuen Form von europäischer Identität führen könnte.

Auf der anderen Seite bedeutet dieser Beitrag zweifellos einen neuen Anstoß für das Verständnis des heutigen Europas. Er ist Ausdruck der wesentlichen Stärke, die Europa in seiner historischen Entwicklung und auch in seiner modernen Form geprägt haben. Die ist ein entscheidender Charakterzug, der Europa von den anderen Teilen der Welt unterscheidet.

Varga

Kurz nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges veröffentlichte Jean-Paul Sartre einen Essay mit dem Titel: „Ist der Existentialismus ein Humanismus?“ Darin setzte er sich mit der Frage auseinander: Wie sollen wir uns verhalten, wenn wir vor eine Herausforderung gestellt sind und uns entscheiden müssen, so oder so zu handeln? Sartres Antwort lautet, daß wir die Lösung nur in uns selber finden können und unser eigenes Gewissen befragen müssen. Seine Botschaft ist: Jede Entscheidung muß von uns selbst getroffen und verantwortet werden und kann auf niemand anderen abgewälzt werden. Das liegt auf der Linie dessen, was Herr Jürgensen im Hinblick auf die europäischen Beziehungen gesagt hat: In den Regionen, die vormals zum alten Europa gehörten und die jetzt wieder zu Europa zurückkehren, müssen einige wegweisende Entscheidungen getroffen werden, für die uns kein theoretisches und praktisches Konzept zur Verfügung steht, das uns zeigt, wie die Transformation von einer zentralistischen Planwirtschaft in eine freie Marktwirtschaft zu bewerkstelligen wäre.

Dazu zwei Überlegungen. Erstens: Es kommt darauf an, für die mitteleuropäischen Länder individuelle, eigenständige, kreative Methoden und Strategien auszuarbeiten.

Zweitens: Keines der westlichen Länder, auch nicht von den Mitgliedsländern der EG, war bisher in der Lage, uns dafür brauchbare Hilfen anzubieten. Aufgrund ihrer zentralen Lage in Europa und ihrer historischen Bindungen zu Mitteleuropa, nicht zuletzt aufgrund des Versuchs, in den neuen Bundesländern der ehemaligen DDR einen erfolgversprechenden Weg einzuschlagen, haben sich die Deutschen mit diesen Fragen zweifellos am intensivsten auseinandersetzen müssen.

Ich meine, in einer außergewöhnlichen Situation oder unter ungewöhnlichen Bedingungen ist eine ganz neue Denkweise erforderlich. Als geschichtliches Beispiel könnte man hierfür vielleicht die Weimarer Republik anführen, deren Niedergang für Deutschland zweifellos eine Tragödie war. Zugleich entstand in dieser Zeit aber auch ein neues Verfassungsverständnis in ganz Europa. Es ist sicher kein Zufall, daß Carl Schmitt mit seiner Verfassungslehre, gewissermaßen eine Fallstudie zum Dritten Reich, eine solche Berühmtheit erlangte, weil es einmal mehr darum ging, wie die Menschheit sich unter solch außergewöhnlichen Umständen verhalten muß, um überleben zu können.

Die besonderen Bedingungen in einer außergewöhnlichen historischen Situation setzen also eine von Grund auf neue Denkweise voraus und eine völlige Neuorientierung der bisherigen Denktraditionen. Für Deutschland hat sich diese intellektuelle Herausforderung und die Notwendigkeit eines Neubeginns angesichts von grundlegenden Veränderungen gleich zweimal gezeigt. Zum einen nach der totalen Niederlage von 1945, als die Siegermächte Deutschland gewissermaßen ein neues Regime von außen auferlegten. Zum anderen für die Bundesrepublik in bezug auf das, was sich DDR nannte. Es waren also keineswegs nur demokratische Prozesse, die von innen heraus zu einer Neugestaltung führten, sondern es gab so etwas wie eine höhere Autorität von oben, die dazu beitrug und sich so als hilfreich erwies.

Ich erwähne dieses Beispiel deshalb, weil die Länder Mitteleuropas zweifellos mit einem Wiederaufbau konfrontiert sind, der einen völligen Neubeginn unter sehr schwierigen Bedingungen bedeutet. Diese Notwendigkeit eines generellen gesellschaftlichen Umbaus wirft die Frage nach den Mitteln auf, wie dies am besten zu bewältigen ist.

Was für diese Länder notwendig ist und wahrscheinlich auch stattfinden wird, ist nicht eine bloße Übertragung westlicher Ideen, die in den meisten Fällen unter ausgewogenen sozialen Verhältnissen entstanden sind, die wir bei uns nicht antreffen. Vielmehr bedarf es eines ganz neuen, eigenständigen Denkansatzes. Natürlich orientiere ich mich persönlich an den Grundsätzen der parlamentarischen Demokratie und Verfassung, die den Rahmen für die Umstrukturierung abgeben müssen. Wir wollen also durchaus auf die westlichen Ideen, die wir für den Umbau unserer Wirtschaft und Gesellschaft dringend benötigen, nicht verzichten. Wir müssen sie aber insoweit modifizieren, daß sie den tatsächlichen Bedürfnissen unserer Gesellschaften gerecht werden.

***ZUSAMMENFASSUNGEN /
REZENSIONEN***

Csaba Varga:

*Kodifikationstendenzen im Zeitalter
des aufgeklärten Absolutismus*

Mit den, den Feudalismus abschliessenden Absolutismen kamen solche zentrale Mächte zustande, in denen der als Souverain anerkannte Herrscher schon mit dem Anspruch der Ausschliesslichkeit einheitlich das Recht schafft und ausgestaltet. Dieser Anspruch wird gestellt und vorausgesetzt einerseits durch das Bedürfnis der einheitlichen Betätigung der modernen Administration und Bürokratie, andererseits durch dieses Interesse des Bürgerums, dass das Recht zu geschrieben-gesetztem und zu formell-rationellem gestaltet werde und so die Voraussicht und die Ausrechenbarkeit sichere. Deswegen kommt es zu Versuchen einer qualitativen, das Recht als System organisierenden Kodifikation. Als deren verschiedene Übergangsstadien, als Anfangs-Stationen verdienen am meisten die französische, die preussische und die österreichische Initiativen Aufmerksamkeit.

Csaba Varga:

*Die späten Kodexe der
bürgerlichen Umwandlung
und ihre
Kodifikationsproblematik*

Das französische Code civil vertrat den normalen Weg der bürgerlichen Umwandlung; das deutsche BGB widerspiegelte das durch Kompromisse charakterisierte Provinzialismus der späten bürgerlichen Umwandlung; das schweizerische ZGB hat aber schon eindeutig die Ansprüche des Monopolkapitalismus dargestellt. Das französische Kodex der revolutionären Rechterneuerung war durch die prinzipielle Konsequenz charakterisiert. Das deutsche Kodex hat seine Tugenden in eine isolierte dogmatische Vollkommenheit sublimiert. Der schon früh demokratisierten schweizerischen Gesellschaft entsprach ein auf das typische konzentrierende, praktische Offenheit erlaubende Kodex mit orientierendem Charakter. Diese Kodexe wurden in verschiedenen Ländern rezipiert, weil sie haben im Gewand des Kodexes die Perspektive der als optimal angenommenen bürgerlichen Entwicklung beinhaltet.

Varga, Csaba, *Modernization of Law and Its Codificational Trends in the Afro-Asiatic Legal Development*. Hrsg. vom Institute for World Economics of the Hungarian Academy of Sciences. Budapest 1976. 52 S. (Studies on Developing Countries No. 88.)

Vargas kurzer Essay über Rechtsmodernisierung und Kodifikation in den Entwicklungsländern ist schon deshalb interessant, weil Studien osteuropäischer Rechtswissenschaftler über die Dritte Welt (insbes. solche, die Nicht-Ostexperten sprachlich zugänglich sind) verhältnismäßig selten sind. Varga behandelt Kodifikationen islamischen Rechts, von Gewohnheitsrecht und modernem Recht, und an seiner Argumentation ist besonders bemerkenswert, wie viele Gemeinsamkeiten es mit den klassischen westlichen Rezeptionstheoretikern (etwa *René David*) gibt, und wie wenig die zunehmende Kritik an einer einseitigen Modernisierungseuphorie verarbeitet ist. Varga geht mit einer Unbefangenheit von der Rigidität des Islamischen Rechts (S. 7), der „archaischen“ Natur der autochthonen afro-asiatischen Rechte (6) aus, die angesichts des Erkenntnisstandes z. B. afrikanischer Rechtsethnologie bedenklich erscheint. Archaisch und rigide werden diese von Natur aus flexiblen Rechtssysteme gerade erst, wenn man sie kodifiziert und sie dadurch an einen bestimmten Entwicklungspunkt fixiert werden. Einer Unterschätzung der Leistungsfähigkeit einheimischer Rechtskulturen steht eine Überschätzung der Modernisierungskapazität europäischer Modelle gegenüber. Es erscheint durchaus fraglich, ob Kodifikationen der einzige (28) oder auch nur der beste Weg sind, afro-asiatische Rechtskulturen fortzubilden. Vorsichtige und graduelle richterliche Rechtsfortbildung dürfte in der Regel vorzuziehen sein. Varga ist dagegen zuzustimmen, wenn er das formelle Instrument „Kodifikation“, das unterschiedlichen Zielen dienen kann, vom konkreten Norminhalt trennt und gerade damit die weltweite Anziehungskraft der Kodifikationsidee begründet. Die Möglichkeit, zwischen den westlichen rechtlichen Formen und europäischen kulturellen und sozio-ökonomischen Inhalten zu unterscheiden, wird bei allzu vielen globalen Diskussionen über die Exportierbarkeit westlichen Rechts übersehen.

Hamburg

Brun-Otto Bryde

Csaba Varga, *Modernization of Law and Its Codificational Trends in the Afro-Asiatic Legal Development*. Studies on Developing Countries, No. 88. Institute for World Economics of the Hungarian Academy of Sciences, Budapest 1976. 52 Seiten.

Das Institut für Weltwirtschaft (früher: Zentrum für afro-asiatische Studien) der Ungarischen Akademie der Wissenschaften ist seit 1967 Träger einer wissenschaftlichen, in verschiedenen Sprachen herausgegebenen Reihe, deren englischer Titel „Studies on Developing Countries“ lautet (nicht zu verwechseln mit der entwicklungshilfe-politischen Reihe gleichen Titels des polnischen Instituts für Außenpolitik!). Zum Abdruck

gelangen wissenschaftliche Studien über Probleme der Entwicklungsländer, wie sie auch von den verschiedenen, mit Fragen der Entwicklungshilfe befaßten Institutionen in der Bundesrepublik veröffentlicht werden.

Daß in dieser Reihe eine theoretische Untersuchung zur Rechtsentwicklung in den Ländern Afrikas und Asiens erscheinen konnte, ist interessant, denn eine ähnliche Untersuchung liegt in deutscher Sprache — zumindest in einem solchen Rahmen — noch nicht vor. Dabei ist die Kenntnis des Rechtswesens in den Entwicklungsländern zweifellos nicht nur von kultureller Bedeutung für uns, sondern auch eine wesentliche Voraussetzung für die Formulierung gemeinsamer Vorhaben zwischen Entwicklungs- und Industrieländern, soweit deren Durchführung in den Entwicklungsländern liegen soll und damit notwendigerweise unter die Konditionen des Rechtsbereichs dieser Länder gerät. Mit der Möglichkeit eigenständiger Gestaltung von Rechtsinstituten in diesen Ländern muß deshalb künftig vermehrt gerechnet werden.

Die Untersuchungen von Csaba Varga — ein Auszug aus seiner demnächst erscheinenden Arbeit über „historische und rechtsvergleichende Fragen der Rechtskodifikation unter dem Aspekt einer Rechtstheorie“ — behandeln auf insgesamt 45 Seiten zunächst allgemeine Probleme der Entwicklung des mohammedanischen Rechts, denen er die Bestrebungen zur Reform und zur Ablösung sog. Rechtsgewohnheiten in den außermohammedanischen Ländern gegenüberstellt. Sie geben — zusammen mit den umfangreichen Fußnoten — einen Einblick in die Voraussetzungen der Rechtsentwicklung der afroasiatischen Staaten bis in die jüngste Zeit. Daß die unterschiedlichen Gründe für eine Übernahme europäischen Rechts, etwa in Äthiopien oder Japan einerseits und in den ehemaligen britischen oder französischen Kolonien andererseits, nicht zum Gegenstand einer weiteren Einteilung gemacht wurden, ist zu begrüßen; denn wer beispielsweise die Verhältnisse in Indien kennt, weiß, daß auch die Wertschätzung des sog. anglo-indischen Rechts sehr wohl auf der höheren Entwickeltheit dieses Rechts im Vergleich mit den traditionellen indischen Rechtsinstitutionen beruht. Vargas Behauptung, das oktroyierte Recht sei dennoch eine Voraussetzung für die wirtschaftliche Ausbeutung dieser Staaten durch die Kolonialmächte gewesen (S. 28), bleibt deshalb etwas unverständlich; der Nachweis könnte vielmehr nicht allzu schwer sein, daß die Einführung des europäischen Rechts in die ehemaligen Kolonien ebenso nutzbringend für diese Kolonien war wie die freiwillige Übernahme solchen Rechts durch andere afrikanische und asiatische Staaten.

Immerhin dürften die aktuellen Probleme der Rechtsentwicklung in Asien vielleicht doch etwas anders zu beurteilen sein als in Afrika, wo der Übergang zur Eigenstaatlichkeit häufig abrupt vor sich ging und den Wunsch nach einer eigenen Rechtseinheit als Element der Staatlichkeit dringlich macht. Die Rechtskodifikation scheint sich als Mittel gerade hierfür anzubieten. Welche Gefahren in ihr liegen können, versucht Varga darzustellen; sie sind der eigentliche Gegenstand seiner Ausführungen. Daß er trotzdem diese Kodifikationsbestrebungen grundsätzlich für einen richtigen Weg bei der Angleichung der neuen Staaten an moderne Bedingungen hält, steht mit seiner These in Einklang, daß der soziale und ökonomische Fortschritt von der Realisation bestimmter rechtlicher Modelle abhängig ist.

Selbst wenn sich die Richtigkeit dieser These kaum bezweifeln läßt, so fragt sich aber, ob sie gerade als eine „rechtstheoretische“ Erkenntnis begriffen werden kann. Auch bei uns setzt sich allmählich die Einsicht durch, daß etwa Vertragsverhältnisse keineswegs immer auf dem Boden der Gleichheit der Vertragspartner abgeschlossen werden, nämlich dann nicht, wenn existentiellen Bedürfnissen auf der einen Seite des Vertrages nicht-existentielle Bedürfnisse auf der anderen Seite gegenüberstehen. Das Argument, daß hier deshalb manche normalen Vertragsregeln keine Anwendung finden können, ist jedoch letztlich weniger theoretischer als praktischer Natur. Probleme der Rechtstheorie im eigentlichen Sinn, wie sie mit der Rechtskodifikation zusammenhängen — etwa über die Methodik der Findung des zu kodifizierenden Rechts — behandelt Varga leider nicht. Allerdings muß gesehen werden, daß diese Fragen auch anläßlich neuerer Kodifikationen in unserem Bereich (z.B. im deutschen Arbeitsrecht oder Sozialrecht) grundsätzlich nicht diskutiert werden.

Bonn

Karl Eckhart Heinz

Csaba Varga:

*Die Entstehung
der sozialistischen Kodifikation in
der Sowjetunion*

Der Autor analysiert im Artikel das Erscheinen der sozialistischen Kodifikation und ihre frühe Entwicklungsperiode. Er untersucht Lenins Verhältnis zur Kodifikation. Es wird der Vorgang vorgeführt, der von der Rechtsprechung auf Grund des revolutionären Rechtsbewusstseins über den Militärkommunismus zur Kodifikation der NEP führte. Der Artikel befaßt sich eingehend mit der Verbindung von sozialistischer Gesetzlichkeit und Kodifikation.

Csaba Varga:

*Das Allseitig-Werden der
sozialistischen Kodifikation*

Im Gange der Konsolidierung ihrer sozialistischen Revolution haben die volksdemokratischen Staaten — ähnlich der, in der Sowjetunion vorgenommenen Kodifikation — ihr Rechtssystem ausnahmslos kodifiziert. In einem Teil der sozialistischen Staaten fiel die Aufgabe der Kodifizierung des Rechts mit der nationalen Rechtsvereinheitlichung und/oder mit dem Übergang zur Ausschließlichkeit des geschriebenen Rechts zusammen. Die Kodifizierung gestaltete sich zur grundlegenden und systematisch angewandten Methode der sozialistischen Rechtsentwicklung, sie wurde zu so einem selbständigen Typ in der Kodifikationsgeschichte, die als erste mit der Notwendigkeit ihrer eigenen Aufhebung, ihrer Ablösung durch eine Rekodifikation rechnet.

Eines der speziellen Gebiete, wo alle allgemein theoretischen Probleme, von denen bisher die Rede war, konkret hervortreten, ist die Problematik der Kodifizierung des Rechts. In der Kodifizierung verbindet sich sehr anschaulich das Historische mit dem Logischen, das Anknüpfen an die Vergangenheit mit dem Reflex der Bedürfnisse der ganz konkreten Gegenwart. Wenn auch die marxistische Rechtswissenschaft ganz verständlicherweise die Vorstellung ablehnt, daß in der Entwicklung der Kodifizierung irgendein "überzeitliches" Muster existieren könnte, als welches im Gegenteil die bürgerliche Theorie z. B. den französischen Code civil Napoleons betrachtet, — erfordert dennoch bereits z. B. der Begriff „Kodex“ selbst eine historische Erklärung und historisches Verständnis. In ähnlicher Weise verweist auf die Geschichte und erfordert eine historische Erklärung die Frage der Notwendigkeit der Kodifizierung (die Notwendigkeit herangereifte rechtliche Probleme durch ihre Kodifizierung zu lösen, bzw. herangereifte gesellschaftliche Probleme, die durch einen Kodex rechtlich reguliert werden müssen), die Frage der Kodifizierungstechnik (der Methoden zur Bewältigung von Kodifizierungsproblemen) sowie die Frage der gesellschaftlichen Bewertung des Erfolgs der Kodifizierung in der Praxis. Dies ist der Fall, weil, wenn auch jede Gesellschaft und besonders jede neue sozial-ökonomische Formation durch die Kodifizierung ihre eigenen Probleme löst, zweifellos Traditionen und Erfahrungen der Kodifizierungen existieren, die nicht ignoriert werden können. Das Problem der Kodifizierung ist also zwar in erster Linie durch die gegenwärtigen Erfordernisse und Erfahrungen bedingt, jedoch, soweit es um die Methoden ihrer Lösung geht, beeinflußt durch die vorangegangenen Erfahrungen und Erfordernisse, durch die früher — nämlich in der Vergangenheit — entwickelten Methoden und Prozeduren. Man kann sagen, daß die Kodifizierung eine komplexe gesellschaftlich-rechtliche Erscheinung ist, die durch die Gegenwart bedingt wird, sich aber auf die Vergangenheit bezieht.

Csaba Varga:

*Illusionen in der Entwicklung des
Kodifikations-
gedanken*

Das Ideal der Vollkommenheit kann in der Kodifikation in zweierlei Richtungen erscheinen. Es trägt quantitativen Charakter, wenn die Regelung sich um eine kasuistische Vollständigkeit strebt. Qualitativen Charakter trägt es aber, wenn das Ziel der Kodifikation auf dem Wege der prinzipiellen Regelung die prinzipielle Vollständigkeit ist. Diese Vollkommen-

heitsideal verkörpert sich in der Kodifikationspraxis nicht. Es existiert nur als eine Utopie, wie z. B. die Lehre von Bentham, und die Kodifikationsbewegung in Nord-Amerika im XIX. Jh., oder die hochhaltende Epoche der französischen Revolution. Diese sind die Utopien der Glaube der extrem konsequenten Durchsetzbarkeit der formellen Rationalität, hinter denen gesellschaftlich gesehen in allen Fällen die Absicht des völligen Laizisierens des Rechts: die der Abschaffung der abgesonderten fachrichterlichen Rechtsanwendung steht.

CSABA VARGA

Utopien der Rationalität in der Entwicklung des Kodifikationsbegriffs

Zusammenfassung

Das Ideal der Vollkommenheit in der Kodifikation kann sich in zwei Richtungen entwickeln. Es zeigt einen quantitativen Charakter, wenn die Regulierung nach einer kasuistischen Vollständigkeit strebt, einen qualitativen, aber, wenn die prinzipielle Vollständigkeit, auf Prinzipien geordnet, das Ziel der Kodifikation bildet. Dieses Vollkommenheitsideal verwirklicht sich in der Kodifikationspraxis nie, sondern existiert bloß als eine Utopie, wie z. B. in der Lehre von Bentham, in der Kodifikationsbewegung in Nord-Amerika im XIX. Jh., oder in der Aufgangsperiode der französischen Revolution. Solche Utopien beruhen auf dem Glauben an der extrem konsequenten Durchsetzbarkeit der formellen Rationalität und hinter ihnen steht immer, gesellschaftlich gesehen, die Absicht der völligen Laizisierung des Rechts und der Abschaffung jeder besonderen amtlichen Gerichtsverwesung.

A kodifikáció, mint társadalmi-történelmi jelenség — Die Kodifikation als eine sozial-gesellschaftliche Erscheinung. Von Csaba Varga. 352 S. Budapest: Akademie-Verlag. 1979. Geb. Ft. 83,—.

Der Verfasser bespricht die verschiedenen Typen und Zielsetzungen der Kodifizierung. Unter stabilen geschichtlich-sozialen Verhältnissen ist der Hauptzweck der Kodifizierung, das bestehende Rechtsmaterial zu systematisieren, konservieren. In einer labilen, ja selbst revolutionären Lage hingegen ist der Fall gerade umgekehrt: der Zweck ist die Ersetzung des Rechtsmaterials mit einem neuen, in der Richtung, wohin die vorherrschenden sozialen Kräfte fortschreiten wollen. Die Kodifikation ist besonders aktuell, wenn das Überwiegen der Teilrechte die Rechtseinheit oder die Übertreibung der Rechtssetzung im Verordnungswege die Stabilität und Erkennbarkeit des Rechts gefährdet. Diese Gesichtspunkte mögen selbst konkurrierend erscheinen.

Der Zweck der Reform des *Urukagina* (24. Jh. v. Chr.), des Kodex von *Hammurabi* (18. Jh. v. Chr.) und der Gesetzsammlung der *12täter* (ca. 13. Jh. v. Chr.) war die Konsolidierung, Vereinheitlichung der zentral organisierten und verstärkten Staatsgewalt.

Im *römischen Recht* war die Hauptursache der Kodifizierung des Zwölftafelgesetzes, daß die Plebejer der Unfixiertheit des Gewohnheitsrechts zufolge der Willkür der patrizischen Magistrate und Richter ausgeliefert waren. In der Kaiserzeit wurde die Kodifizierung durch die unüberschbare Menge der von Augustus offiziell genehmigten *constitutiones principum* und die quantitative Wucherung des *edictum perpetuum* wiederholt erfordert, um die Gefahr der Anarchie zu vermeiden. So wurden die Kodizes Gregorianus (291), Hermogenianus (294), Theodosianus (438), Justinianus (529) zustande gebracht und auch die *Digesten* seu *Pandectae*, die die Ansichten von 39 Autoren (2000 Bücher, 3 Millionen Zeilen) zusammengefaßt und geordnet haben. Diese Modifikation war offensichtlich systematisierend, summierend und nicht das alte Recht mit einem neuen substituierend, obwohl der Kaiser die Berufung auf die alten Quellen ausgeschlossen hatte.

In den dem Zusammenbruch des römischen Reiches folgenden *feudalen Zeitaltern* waren anfänglich nur Privatelaborate, hauptsächlich um das Memorieren zu unterstützen. So waren seit dem 6. Jh. Formalbücher, Kapitularesammlungen, bei den Franzosen *coutumiers*, dann legiferierende, als Kodizes funktionierende Stadtstatuten. In Italien waren auch Stadtstatuten, bei den Deutschen der *Sachsenspiegel* (um 1200), der *Schwabenspiegel* (um 1275), dann im 16. Jh., aus Mangel an einem einheitlichen germanischen Recht, die Rezeption des römischen Rechts, Privatzusammenstellungen, gewohnheitsrechtsammelnde Rechtsbücher der Städte zu finden. Es waren sogar selbst Kodizes von Landeskompetenz, wie einige sogenannte ständische Kodizes. Diese werden aber vom Verfasser für eine Sackgasse der Entwicklung der Kodifizierung gehalten.

Im Zeitalter des *aufgeklärten Absolutismus* ist die qualitative Anschauung erschienen. So gelangen wir in das klassische Zeitalter der Kodifikation, als die kontinentalen Kodizes und das Ziel der gesetzlichen Vereinheitlichung auftraten. Diese strebten nicht mehr nur nach einer Zusammenfassung, sondern sie wollten auch substituieren, im Dienste der bürgerlichen Umwandlung. Ihr inhaltlicher Hauptzweck war aber noch immer, zu konservieren, systematisieren (*Corpus Juris Fridericianum* 1749, die Kodifizierungsinstruktionen Katharina der Großen, das Allgemeine Landrecht für den preußischen Staat 1791, das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch 1811). Die Philosophie der Aufklärung, die in dieser Hinsicht mit der Anschauung von Grotius, Montesquieu und Voltaire übereinstimmte, hat diese als Restitutions-, Rekonstruktionen aufgefaßt, obwohl bei Voltaire schon selbst die Verbrennung der alten Gesetze und eine neue Gesetzgebung auftauchte. Dies charakterisierte auch das letzte Gesicht des französischen *Code criminel* (1795) und des *Code civil* (1804), obwohl hier schon auch der grundlegend ideologische Charakter der Kodifizierungsbestrebungen des Zeitalters erschien. Sie haben nichts anderes getan, als

ihre eigenen naturrechtlichen Überlieferungen anerkannt und die Reformgesetzgebung des Zeitalters des Absolutismus, ja sogar auch das Gewohnheitsrecht, das römische Recht und die Erbschaft der Doktrin, als etwas barbarisches und verderbtes zurückgewiesen.

Die Typuskodizes der *bürgerlichen Umwandlung* konnten sich der revolutionierenden Wirkung des Code Napoléon nicht mehr entziehen. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (1900) war der Schlußakt der französischen Kodifikation. Das schweizerische Zivilgesetzbuch (1907) diente hingegen dem Zweck der ausgeglichenen Rechtsvereinheitlichung. Die napoleonische Vorstellung eines allgemeinen „europäischen Kodexes“ hat sich aber bis heute nicht verwirklicht. Das Vorbild des bürgerlichen Fortschritts, des Europäertums, ist der französische Code civil geblieben, der selbst außerhalb Frankreichs in vielen Stellen in Kraft blieb (z. B. in Belgien, in den italienischen Städten Neapel und Genua, in zwei schweizerischen Kantonen: Genf und Jura, in Baden usw.). Seine Rechtsanschauung besteht sogar im Gliedstaat Louisiana der Vereinigten Staaten und in der Provinz Quebec von Kanada fort. Und er erzielte einen durchschlagenden Erfolg auch in den privatrechtlichen Kodifikationen der südamerikanischen Staaten und wurde aus einem partikularen Mittel zu einer universalen Ausprägung.

In der *englischen* Rechtsentwicklung trat hingegen der Kodifikationsanspruch deformiert eng auf. Bei der normannischen Eroberung (1066) haben die Kräfte der Zentralisierung gesiegt. Es tauchte weder ein Anspruch auf Rechtsvereinheitlichung noch auf Rechtsorganisation auf. Es gab einige Sammelwerke (Glanvil, 1187; Bracton, 1256), eine ausländische Rezeption wurde aber nicht einmal versucht. Die Evidenzführung des sich von Tag zu Tag gestaltenden Entscheidungsmaterials des common law hat keinen Kodifikationscharakter. Ihre Rechtswissenschaft beschränkt sich auf die Auslegung der Präzedenzfälle und auf die Kompromisse zwischen den bürgerlichen und feudalen Elementen (z. B. Habeas corpus act, 1679). Innerhalb des statute law sind einige Gesetze (z. B. das Partnership Act, 1890, Marine Insurance Act, 1906, usw.) nur Kodexersätze, obwohl der Begründer des englischen Utilitarismus, Jeremy Bentham, ein begeisterter Anhänger der Kodifizierung war. Einen größeren Erfolg hatten die in dem in einem mittelalterlichen Zustand befindlichen Indien ausgeführten, eine gewisse Einheit hervorbringenden Reformkodifikationen, mit einer weitgehenden Berücksichtigung der Eingeborenen- (indischen und muslimischen) Rechte. Es wurde sogar die Kodifikation im ganzen britischen Kolonialreich ein Mittel des Rechtsimports sowohl auf dem Gebiet des Zivil- als auch des Strafrechts, mit dem Import eines wesentlich primitivisierten, für die kolonialen Bedingungen angewendeten englischen Rechts, miteinander verbunden auch die amerikanischen Kolonien. In den Vereinigten Staaten hingegen wurden die seit der Unabhängigkeitserklärung festgesetzten zahlreichen zivil-, straf- und verfahrensrechtlichen Kodizes Summierung der Ordnungserfahrungen des neuen staatlichen Beginns. Die angelsächsischen Kodifikationen sind selbst heute noch unter anderen durch die nicht partikulare Einheit des common law, die traditionelle einseitige praktische

Instruktion des Rechts, das System der verbindlichen Präzedenzfälle, den fragmentarischen Charakter des statute law, die durch Kompromisse stattfindende fortlaufende Entwicklung verhindert. Die Kodizes können durch ihre Lehr- und Handbücher und einige Privatkodifikationen nicht ersetzt werden.

In den *afro-asiatischen* Systemen ist die Kodifikation das Mittel der Reformierung und Ersetzung ihrer gewohnheitsrechtlichen Stammestraditionen. Dies gilt auch für das Gebiet des islamischen Rechts religiösen Charakters, wo beinahe 1000 Jahre lang keine Veränderung vorkam. Auf den musulmanischen Gebieten des ottomanischen Reiches wurden einige Teile des französischen Code civil angenommen. Es wurden das Strafrecht (1840, 1858), das Handelsrecht (1850) und Seeschiffsfahrtsrecht (1864), die Straf- und Zivilprozeßordnungen (1880) wie Formen des französischen Rechtsexports schon im 19. Jh. kodifiziert. Der Personenstand, die Familien- und Erbrechte änderten sich besonders. Mit Ausnahme der die autokratische Unbeweglichkeit bewahrenden Staaten Jemen und Saudiarabien waren Reformen auch in den anderen arabischen Staaten, obwohl sich, als eine allgemeine ergänzende Rechtsquelle, auch das Recht der Sarī'a erhalten hat. Aber bis zum Verbot der Polygamie konnte nur Tunesien kommen. Das ihnen in ihrem kolonialen Zeitalter aufgenötigte neue Rechtsquellen-system wurde aber in diesen Staaten selbst nach der Erreichung der Unabhängigkeit meistens aufrechterhalten. Sie wollen auch ihr Gewohnheitsrecht kodifizieren. Die japanische Kodifizierung fand hauptsächlich unter französischem und deutschem Einfluß statt. (Die Amerikaner haben die Kodifikation des Staatsrechts und der Verfassung beeinflußt — nicht sehr glücklich. Rez.)

In den *sozialistischen* Systemen dient die Kodifikation, auf dem ganzen Gebiet des Staates, der Geltendmachung des eindeutigen und einheitlichen sozialistischen Rechtssystems. Es wird damit der fiktive Charakter der Rechtskenntnis vermindert.

In der *Sowjetunion* ist die Kodifizierungswelle nicht mit der Revolution, sondern erst nach 1922, mit der neuen Wirtschaftspolitik, eingetreten. Das alte Recht wurde in kaum einem Monat nach dem Ausbruch der Revolution (24.11.1917) abrogiert, die Richter wurden aufgerufen, aufgrund des revolutionären Rechtsbewußtseins Recht zu sprechen. Sie haben damit eine Möglichkeit zu einer von der revolutionären Zweckmäßigkeit diktierten Rechtsprechung erhalten. Nach einem Jahr (30.11.1918) wurde auch die Berufung auf die alten Gesetze formell verboten. Vom Geist der Revolution ist jede formelle Gesetztheit fremd. Selbst die Gesetze können jederzeit beiseitegesetzt werden, sind provisorischen Charakters. In der revolutionären Gerichtsbarkeit kommen reine politische Erwägungen zur Geltung. Die Rechtsentwicklung geschah mit der Masse von Verordnungen großer inhaltlicher Allgemeinheit, unter dem Einfluß von diesen. So wurden neue familienrechtliche Gesetze (1917, 1926), Arbeitsgesetzbücher (1918, 1922), Strafgesetzbücher (1922, 1926, 1958), eine Strafprozeßordnung (1958), Zivilgesetzbücher und Zivilverfahrenskodexe (1922, 1961), ein Allunion-Gerichtskodex (1928) und in der Ukraine auch ein Verwaltungskodex

(1927) gemacht. Die Rechtsprechung wurde den von den Werktätigen gewählten Volksgerichten übertragen, um die aufgrund der sozialistischen Überzeugung zu treffende Entscheidung zu sichern. Die im Strafgesetzbuch über die Aufhebung des Prinzips des *nullum crimen sine lege* gesetzte Verfügung, die aus Mangel eines genauen Tatbestandes eine auf Analogien ruhende Beurteilung ermöglichte, machte auch die Geltendmachung einer der gegenwärtigen Entwicklungsphase entsprechenden dynamischen Strafpolitik möglich. Im Zivilgesetzbuch hat die zur wirtschaftlich-gesellschaftlichen Funktion gebundene Auffassung der subjektiven Berechtigung in der Richtung der rechtspraktischen Bearbeitung gewirkt, ebenso die Tatsache, daß sie das ganze Kodifikationswerk schon im voraus als einen Versuch auffaßten, dessen Normativität die Funktion der politisch-wirtschaftlichen Adäquation ist. Es ist auch damit verbunden, daß die Trennung der Rechtsgebungs- und der Rechtsanwendungsfunktionen nur unvollkommen: teilweise, halbwegs ausgeführt wurde

In den *volksdemokratischen* Staaten wurde das alte Recht ebenso mit sozialistischen Kodizes außer Kraft gesetzt. So in Ungarn die alten Handels-, Wechsel-, Konkursgesetze (1875, 1881, 1930), die Zivilprozeßordnung (1911) das Strafgesetzbuch (1878), die Strafprozeßordnung (1896) und hauptsächlich der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches (1928) der seit einer langen Zeit unter Besprechung und praktischer Erprobung war. In Jugoslawien wurde das sozialistische Zivilrecht überhaupt nicht kodifiziert. Das Strafrecht wurde im allgemeinen rekodifiziert, so in den jugoslawischen (1947, 1951), albanischen (1948, 1952), tschechischen und ungarischen (1950, 1961) Rechten. Zivilgesetzbücher wurden dort gesetzt, wo zuvor keine bürgerliche Kodifikation stattgefunden hatte. Als solche wurden die Tschechen (1951), die Ungarn (1959) und die Polen (1964) angesehen. In Bulgarien wurden abgesonderte Gesetze für das Schuldrecht (1951) und das Eigentumsrecht (1951) gemacht. In der DDR wurde nur das Gesetz für das Urheberrecht als ein sozialistischer Kodex (1957) erzeugt. Die ungarische Zivilprozeßordnung wurde auch rekodifiziert (1954, 1957). Das Wesen dieser Kodifikationen war immer vorwärtzuweisen, eine neue Entwicklungsphase zu eröffnen, die neue radikale Rechtserzeugung in ein uniformisierendes System einzuschließen, mit der möglichen Ausschaltung der richterlichen Rechtsentwicklung. In Verbindung damit konturiert der Verfasser die qualitative Neuigkeit der sozialistischen Kodifikation, deren Hauptzweck es ist, mit einem sozialistischen Programm ein Mittel der wirtschaftlichen Entwicklung zu sein.

Ein großes Verdienst des besprochenen Werkes ist, daß es über die sich bei uns lange geltendmachende dogmatische Anforderung hinweggekommen ist, wonach das neue Recht mit einem neuen, das alte mit einem alten, das westliche nur mit einem westlichen, das sozialistische nur mit einem sozialistischen verglichen werden könne — was natürlich hier die Pflege der vergleichenden Rechtslehre ganz interesselos machte. Und zwar besonders die des vergleichenden öffentlichen Rechts. Und beschädigte auch die Pflege der vergleichenden und internationalen Privat-, Straf- und Verfahrensrechte. Es ist besonders richtig, daß der Verfasser in Zeit und

Raum, somit rechtsgeschichtlich und auch jenseits der europäischen Grenzen erweitert.

Er wies richtig auf die beiden grundlegenden alternativen Zwecke der Kodifizierung hin: auf die Bewahrung bzw. Ersetzung des alten Rechts. Er wies zutreffend auch auf ihre demokratische Tendenz hin, daß sie nämlich strebt, die mystifizierte Bedeutung des Rechts zu heben und damit die massenhafte und einfache Erkennung der Rechtsregeln zu sichern. Das Buch erkennt aber, daß diese letztere Tendenz ein Anspruch ist, der nur teilweise realisiert werden kann. Er erkennt nämlich an (S. 13), daß die Wucherung der Rechtserzeugung durch Verordnungen aus dem sozialistischen Recht, seinem revolutionären Dynamismus zufolge, selbst unter konsolidierten Umständen nicht ausgeschaltet werden kann. Besonders nicht in solchem Maße, wie es der westeuropäischen Praxis entgegengestellt zu hoffen war.

In einem solchen Fall aber — und das stelle schon ich dahin — kann die Instabilität des Rechts selbst mit der Erzeugung von Kodexen nicht eliminiert und die Zweige der öffentlichen Gewalt nicht getrennt werden. Besonders in unserem Land, wo der stufenweise Abbau der Rechtssetzung im Verordnungswege und die Rückgabe der prinzipiellen Rechtsschöpfung dem Landtag vor allem nicht durch die Gegenüberstellung der westeuropäischen Praxis, sondern zunächst durch die aus unserer traurigen Geschichte gezogene Lehre unserer geschichtlichen Verfassung gerechtfertigt wird, wonach den bei uns im Stoßraum unserer unglücklichen geographischen Lage seit Jahrhunderten immer zurückkehrenden fremden Einwirkungen zufolge nur das Parlament des Landes die verhältnismäßige Unabhängigkeit hatte und haben wird, von dem die Bewahrung unseres eigenen geschichtlichen Gesichtes, unserer mitteleuropäischen westlichen Kultur erwartet werden kann. Dieser Satz wurde in dem den Josephinischen Versuch abschließenden G. A. XII v. J. 1791 kodifiziert, der auch in einem späteren Gesetz (G. G. III v. J. 1827) befestigt wurde und dessen moralische Wirkung auch von späteren Erfahrungen und Gesetzen nicht aufgehoben werden konnte.

Die Kodifikationen können heute kaum mehr entbehrt werden, mit ihnen sollen aber auch die anderen Teile der Rechtsordnung in Einklang gebracht werden.

J. Szabó, Szeged

Varga, Csaba, A kodifikáció mint társadalmi-történelmi jelenség [Die Kodifikation als gesellschaftlich-historisches Phänomen]. Budapest: Akadémiai Kiadó 1979. 352 S.

Schon aus dem Titel dieser im renommierten Verlag der Ungarischen Akademie der Wissenschaften 1979 erschienenen, aber schon im Frühjahr 1976 abgeschlossenen Monographie geht die stark rechtshistorische und rechtssoziologische Orientierung der umfangreichen (enger Druck!) Arbeit hervor. In erster Linie verfolgt der Verfasser aber ein rechtstheoretisches Anliegen. Ausgehend von der Feststellung, daß es bislang keine auf einer breiten rechtstatsächlichen, geschichtlichen und vergleichenden Grundlage beruhende Theorie der Kodifikation gebe (S. 13), will V. diese Lücke offenbar füllen und eine umfassende *Kodifikationstheorie* entwickeln. Er tut dies in induktiver Weise, indem er in einem längeren ersten Teil (210 S.) eine Universalgeschichte der Kodifikationen vorlegt, um in einem kürzeren zweiten Teil (98 S.) die gewonnenen Einzelkenntnisse theoretisch zu verallgemeinern und somit eine Kodifikationstheorie zu erarbeiten.

Der *historische Teil* ist wahrhaft universal. Mit souveräner Stoffbeherrschung und Literaturkenntnis führt der Autor den Leser in sieben Kapiteln durch die einzelnen Kodifikationsepochen: von der Antike über das Mittelalter, den aufgeklärten Absolutismus, das klassische Zeitalter der kontinentaleuropäischen Kodifikationen (beginnend beim Code Napoléon) und die Kodifikationsbestrebungen in den angelsächsischen Ländern bis hin zu den Gegenwartsproblemen der afro-asiatischen und sozialistischen Staaten. Das Gebotene ist also nicht nur in zeitlicher, sondern auch in räumlicher Hinsicht umfassend. Allein die stiefmütterliche Behandlung Lateinamerikas – sie beschränkt sich im wesentlichen auf die Fußnote 123 auf S. 117f. – beeinträchtigt die Universalität. Die Darstellung ist weniger deskriptiv denn analytisch angelegt, um die äußere Gestalt, die Funktionen, die gesellschaftlich-politische Relevanz, den »tieferen Sinn« der gelungenen und mißlungenen Kodifikationsversuche zu schildern und zu erklären. Die eindrucksvolle Analyse ist gedankenreich und sehr differenziert, abgewogen in Ausdruck und Bewertung. (Als einzige, wohl eher einer von Thomas Mann inspirierten Unbedachtsamkeit entspringende Entgleisung mag man monieren, wenn das Ergebnis der friderizianischen Reformen in Preußen als »bürokratischer Despotismus« qualifiziert wird; S. 79.)

Der zweite, *rechtstheoretische Teil* gliedert sich in vier Kapitel, die im einzelnen die Möglichkeiten eines allgemeinen Kodifikationsbegriffes, die (in enger Anlehnung an Max Weber begriffene) Rationalität als Ziel und Triebkraft der Kodifikationen, die Typologie der Kodifikationen und schließlich eine aktualisierende Bilanz zum Gegenstand haben. Die Ausführungen zeichnen sich durch einen hohen Grad an Subtilität und Differenziertheit aus, und gerade dies ist der Grund dafür, daß es äußerst schwierig ist, die Ergebnisse in einer rezensionsgebotenen Kürze angemessen wiederzugeben. Ja, das wichtigste Ergebnis dürfte in der Geschichtlichkeit und Relativität aller Kodifikationen zu erblicken sein, die allgemeine Aussagen kaum zulassen. Deshalb sieht sich der Verfasser nicht einmal in der Lage, einen allgemeingültigen Kodifikationsbegriff vorzulegen, und setzt sich folgerichtig für eine historisierend-individualisierende, deskriptive Begriffsrelativierung ein (256f.). Denn die möglicherweise konstitutiven

Elemente – wie die schriftliche Fixierung von Rechtsregeln, die Entstehung einer förmlichen gesetzgebenden Gewalt, das Systemdenken, die Quantitätsreduktion, die Rechtsbereinigung und Rechtserneuerung usw. – seien zu verschiedenen Zeiten mit unterschiedlichem Gewicht in Erscheinung getreten. Deshalb fällt auch die Kodifikationstypologie des Verfassers (299 ff.) mehrdimensional aus; sie besteht aus sechs, nach unterschiedlichen Kriterien gestaffelten Typologien. Zu den wenigen generellen Feststellungen, die V. zu treffen wagt, gehört die Betonung der Rationalität als *movens* und *telos* der Kodifikation, die allerdings als eine rein formale im Sinne einer optimalen Zweckverwirklichung begriffen wird. Der materiale Zweck bleibt offen. Er ist, wenn auch historisch-gesellschaftlich bedingt, variabel, was den Autor zu der überspitzten Behauptung veranlaßt, daß eine Kodifikation »nicht einmal mit sich selbst identisch« sei, da sie Träger unterschiedlicher Inhalte sein könne, die über ihr unmittelbares, technisch-juristisches Dasein hinausweisen würden (302). Immerhin wird dem Kodifikationsphänomen eine formalstrukturelle Autonomie oder Eigengesetzlichkeit zuerkannt, die seine gesellschaftlich-ökonomische Determiniertheit auf eine »letztendlich-materielle« reduziert und die Berücksichtigung unterschiedlicher Rechtstraditionen gebietet (16). Rechtsphilosophisch bedeutet dies eine Auflockerung der marxistischen Basis-Überbau-Lehre, die es etwa unbedenklich erscheinen läßt, wenn die sozialistischen Länder Osteuropas auf dem Weg der klassisch-kontinentaleuropäischen Kodifikationen fortschreiten und *Brežnev* – was Varga 1976 noch nicht voll ermessen konnte – die Idee einer technisch rückständigen und materiellen Reformen abholden, umfassenden Gesetzessammlung forciert, die in der zaristisch-russischen Tradition des *Svod Zakonov* von 1832 steht.

Die theoretischen Differenzierungsbestrebungen des Verfassers mögen teilweise übersteigert anmuten; sie sind jedenfalls ein erfreuliches Zeichen der »sozialistischen« Rechtswissenschaft – zumindest in Ungarn. Die sog. »vulgär-marxistische« Periode ist längst überwunden; die traditionelle Rechtskultur hat über die Kodifikationstechnik hinaus auch die Rechtswissenschaft ergriffen.

Würzburg

Georg Brunner

Das Recht und seine Annäherung als System

von

Cs. VARGA

Ein bestimmter Grad der *formellen Rationalität* ist *conditio sine qua non* jeder bewußten, gewollten und kontrollierten gesellschaftlichen Beeinflussung. In der Rechtsentwicklung begann die formelle Rationalisierung mit dem Moment, als das, im Verhältnis zu dem erreichenden Ziel ursprünglich instrumentale Verhalten zum selbständigen Ziel wurde, mit anderen Worten, begann die formelle Rationalisierung mit der Objektivierung des Rechts als Normenstruktur. Die formelle Rationalisierung entwickelte sich im Laufe der bürgerlichen Entwicklung zu einem Prinzip, das die ganze Komplexität der rechtlichen Erscheinung durchdrang. Dies geschah parallel mit der Geburt des gesellschaftlich-wirtschaftlichen Erfordernisses, dementsprechend man das Recht kalkulierbar machen wollte. Als Abzweigung des *mathesis universalis* auf dem Gebiet der rationalen Philosophie, sowie des Axiomatismus auf dem Gebiet der naturrechtlichen Doktrin, wurde das Recht zu einem System organisierter Komplexität von Normen umstrukturiert. Dies war die Form, die den bürokratischen Bedürfnissen des feudalen Absolutismus, aber auch der bürgerlichen Anforderung der Rechtssicherheit und Vorausschbarkeit am besten entsprach.

Die Auffassung des Rechts als ein deduktiv-axiomatisches System, ist die adäquate Ausprägung einer geschichtlichen Partikularität, die in ihrer Fiktivität und in ihrem Sein als Ideal nur ein Element jenes gesellschaftlichen Ebenseins ist, das es als solches hervorbrachte. Parallel mit der Umwandlung des klassischen Kapitalismus zum Monopolkapitalismus wandelte sich auch der Rationalitätsbegriff selbst um, damit das Neue, das veränderte gesellschaftliche Sein seinen Platz erhalten kann.

Sowohl die innere Zusammengesetztheit der modernen Gesellschaft im allgemeinen, als auch die planmäßige Organisation der sozialistischen Gesellschaft im besonderen, setzen den umfassenden Gebrauch der formal rationalisierten Strukturen voraus. Auf dieser Weise lebt die axiomatisch-deduktive Ansicht unverändert weiter, als ein mehr oder weniger verbreitetes Ideal. Trotzdem müssen wir feststellen, daß das Recht immer, und unter allen Umständen ein praktisches System ist. Die eigenartige Struktur, die Determinanten und die Prozesse des Rechts können mit einer formalen Rekonstruktion unter keinen Umständen erschlossen werden. Darum können wir das System des Rechts — ausgenommen den Fall der Komputersierung — nie als ein statisches, geschlossenes, nur deduktiv-axiomatisches oder axiomatisierbares System betrachten.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Heterogenität und Validität des Rechts: Versuch einer ontologischen Rekonstruktion

Die Idee der Validität des Rechts ist kein universelles Phänomen; sie ist das Ergebnis einer langen geschichtlichen Entwicklung, die nur für gewisse Rechtskulturen charakteristisch ist. Das primitive Recht war durch eine funktionale Validität charakterisiert, die durch die Existenz und Funktion des Rechts als solches definiert wurde. Die formale Validität, die auf einer formalen Deduktion aus gewissen im voraus fixierten Normen beruht, ist ausschließlich in der Kultur des modernen formalen Rechts bekannt, das durch die Bürokratisierung der modernen Staatlichkeit zu formaler Rationalisierung strebt. Der Verfasser unternimmt den Versuch, die Vorbedingungen, die Ideologie und die theoretische Darlegung der formalen Validität ausgehend von seinen früheren Bestrebungen zur ontologischen Rekonstruktion dieses Rechts zu umreißen, die durch die Gesellschaftsontologie von Georg Lukacs methodologisch inspiriert wurden. Vom Gesichtspunkt der Rechtsdoktrin setzt die formale Validität die vollständige Verbegrifflichung des Rechts, die Reduktion von *ius* auf *lex*, die Ideologie der lückenlosen Regelung durch das Recht sowie die Anschauung voraus, daß diese Regelung auf eine beliebige Tatsachen- oder Rechtsfrage eine logisch notwendige Antwort gibt. Die institutionelle Trennung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung wird ebenfalls vorausgesetzt. All das gilt natürlich nur für einen Idealtypus des Rechts, aber es widerspiegelt dennoch die nach Maßgabe der Möglichkeiten bestehenden Bedürfnisse und den Anspruch ihrer Verwirklichung.

Die Validität stellt kein reales Attribut des Rechts dar. Sie ist ein analytischer Begriff, der gebildet wurde, um damit gewisse Normensysteme als Recht qualifizieren zu können. Das Recht besteht sonst aus einer Gesamtheit von Begriffen, deren einzige Funktion diese Qualifizierung ist, d.h. diese Begriffe dienen dazu, die ihnen inhärenten Ordnungsprinzipien und Elemente durch die Projektion derselben auf das gesellschaftliche Dasein gesellschaftlich anerkennen und durch die entsprechende Tätigkeit der Bürokratie und die Anwendung von Gewalt Wirklichkeit werden zu lassen. Folglich ist die Qualität der Rechtsgeltung als ein Produkt des menschlichen Aktes der Qualifizierung einfach imaginär; sie ist ein Etikett, das ausschließlich aufgrund der Institutionalisierung bestimmter Spielregeln und aufgrund der Praxis ihrer Befolgung existiert. Diese Qualität besteht also nicht an und für sich: sie wird ebensowenig durch die Erscheinung des Rechts als solche getragen. Wir, die Teilnehmer des Spiels, setzen die Praxis des Etikettierens vielmehr fort, um dadurch die gesellschaftliche Wirklichkeit beeinflussen zu können. Daraus folgt aber, daß das entscheidende Kriterium für den Akt der Qualifizierung nicht etwa in der qualifizierten Erscheinung zu finden ist und daß der Wert der Qualifizierung nicht durch die Regelmäßigkeit des fraglichen Aktes bestimmt wird. Ausschlaggebend ist, ob die gegebene Qualifikation zum realen Prinzip der realen Praxis, zu einem letzten Motiv in der praktischen Beeinflussung wird. Von einem anderen Gesichtspunkt aus betrachtet ist es natürlich eine Frage von erstrangigem Interesse, ob die Praxis in sich kohärent, mit ihren eigenen Normen konform ist.

Csaba Varga:

Das „Äussere“ und das „Innere“ im Recht

Die Untersuchung des differenziert „Rechtlichen“ führt zum Ergebnis, dass das Recht nicht auf irgendwelche Objektivation reduziert werden kann, auch nicht auf das Ergebnis der Funktionierung einer solchen Objektivation. Weder das Recht, noch irgendwelche seiner Elemente kann als spezifisch Abgesonderte aus den Zusammenhänge der gesellschaftlichen Gesamtprozesse herausgehoben werden. Das Recht muss als ein irreversibel vorangehender Prozess betrachtet werden. Wegen der gesellschaftlichen Zusammenhänge kann auch die Rechtswissenschaft auf die parallele Beschreibung formalisierter Erwartungen und praktischer Verwirklichung nicht reduziert werden.

C s a b a V a r g a, *The Place of Law in Lukács' World Concept*, Budapest: Akadémiai Kiadó 1985, 194 S.

Vargas Studie erschien pünktlich zum Lukács-Centenarium. Sie ist ein Beispiel der regen, oft philologisch akribischen und manchmal auch ideenreichen Lukács-Exegese in dessen Heimatland, die ihre deutlichsten Spuren in der Arbeit des Lukács-Archivs Budapest findet.¹ Vargas Buch ist das Resultat langjähriger Vorarbeiten (seit 1974), die der Verfasser auf internationalen Konferenzen bzw. in Zeitschriften West- wie Osteuropas zur Diskussion gestellt hat. Der langen Vorgeschichte entspricht die Sorgfalt der Materialsicherung: Varga, wissenschaftlicher Mitarbeiter des rechtswissenschaftlichen Instituts der Ungarischen Akademie, hat die für sein Thema relevanten, zum Teil unveröffentlichten Materialien mit Sorgfalt gesichtet und verarbeitet. Die Demokratisierungsbroschüre Lukács', 1968 verfaßt, soeben vollständig veröffentlicht, hat er freilich nur partiell berücksichtigt. Dadurch wird er der Radikalität der Entfremungskritik des späten Lukács nicht immer gerecht.

Varga stellt sich drei Aufgaben (S. 9): Zum einen möchte er Lukács' Konfrontation mit rechtlichen und rechtsphilosophischen Problemen in *biographischer* Hinsicht zur Sprache bringen; dann will er – und dies entspricht den Motiven seiner Sympathie

¹ Ich verweise nur auf die vom Archiv maßgeblich mitbetreuten internationalen Lukács-Konferenzen in Budapest und auf die Nachlaß-Editionen; 1985 erschienen die *Dostojewski-Notizen* (Ed. J. C. Nyiri) und *Demokratisierung – heute und morgen* (Ed. L. Sziklai). 277

mit Lukács' Spätwerk – nachvollziehbar machen, wie aus dem „Nihilisten“ des Rechts (dem „frühen“ Lukács) ein *Verteidiger* der Institutionen des modernen formalen Rechts werden konnte. Abschließend möchte er, Simplifikationen vorbeugend, alle theoretischen *Probleme* extemporieren, die sich aus der Exposition des modernen formalen Rechts ergeben.

Kommen wir zunächst zum biographischen Aspekt: Varga breitet in seiner im Grundriß chronologisch angelegten Studie alles relevante Material zum *prima facie* exotischen Thema „Lukács und die Probleme des Rechts“ aus. Er beschreibt gut dokumentiert die Bekanntschaften mit rechtsphilosophischen Koryphäen der ersten Jahrzehnte unseres Jahrhunderts: Lukács studierte zunächst Rechts- und politische Wissenschaften, lernte Felix Somló, Gustav Radbruch, Kelsen, Jellinek und Max Weber kennen. Es gelingt Varga mühelos, die Legitimität des Themas plausibel zu machen, obwohl er wiederholt betont, daß Lukács nie ein genuines Verhältnis zu Rechtsfragen (16) gewonnen hat. Gerade ein Philosoph wie Lukács, der von früh auf mit Fragen des Rechts vertraut war, in sie aber nie professionell engagiert war, hat – so Varga – den Status eines objektiveren, weil aus der Distanz urteilenden Kritikers.

Varga beginnt seine theoretischen Rekonstruktionsbemühungen mit der Darstellung der in *Geschichte und Klassenbewußtsein* (1923) präsenten Rechtstheorie. Für den Lukács der 20er Jahre ist nach Varga die Überanstrengung der Weberschen Rationalisierungsthese konstitutiv: Lukács macht aus Webers idealtypischen Konstrukten Kategorien der Realität. Infolge der durchgängigen Identifizierung von Rationalisierungsschüben und Verdinglichung (47) muß Lukács auch das formale Recht als einen Modus der Reifikation kennzeichnen und verwerfen. Dem Messianismus von *Geschichte und Klassenbewußtsein* (52 ff.) entspricht die Negation des formalen Rechts, ja des Rechts als einer autonomen Handlungssphäre bzw. Institution überhaupt.

Vargas eigentliches Interesse gilt nun einem bei uns bislang sträflich vernachlässigten Werk, nämlich Lukács' *Ontologie des gesellschaftlichen Seins* und der in diesem umfangreichen Werk (der zweite Halbband ist gerade erschienen) enthaltenen Rechtsphilosophie. Die Motive für dieses Interesse sind vielfältig. Besonders wichtig ist, daß Varga die *Ontologie* als Bruch mit dem in der Revolutionsperiode und dann in der Stalinaera formulierten sozialistischen Normativismus ansieht. Führende russische Rechtstheoretiker wie Stuchka, Pashukanis, später Vyshinsky haben, Lenins Widerspiegelungstheorie kurzschlüssig und ahistorisch adaptierend, die Dominanz des Sozialökonomischen in der Weise eines „mechanical determinism“ (88) artikuliert. Das Verdienst der *Ontologie* – Varga scheut sich nicht, von einer „Copernican Revolution“ zu schreiben (69) – besteht darin, in einer philosophisch fundierten Form das in jeder Hinsicht notwendig gewordene Ende der „limits of socialist normativism“ (96) ausgedrückt zu haben. Lukács entwickelt seine Rechtsphilosophie im Rahmen einer undogmatischen, d.h. historisch aufgeklärten Klassikeranalyse und auf dem Boden der Hinwendung zu den Ist-Zuständen der Gegenwart (157). Das komplizierte, bisher in der Philosophie noch wenig analysierte Fundament der *Ontologie* diskutiert Varga selektiv und anhand einiger wichtiger Argumentationsstränge (dem reformulierten Totalitätskonzept, der Irreversibilitätsthese und der Verwerfung des Primats der Epistemologie). Die Abkehr von den Prämissen von *Geschichte und Klassenbewußtsein* ermöglichte Lukács erst die Hauptthese: „Law is above all a practical category“ (95).

278 Die Ausarbeitung dieses Gesichtspunkts führt zu vielfältigen Korrekturen des bislang

herrschenden „socialist normativism“. Die praktische Funktion des Rechts besteht in der Aufgabe der Vermittlung (107). Diese Funktion kann das Recht aber im Rahmen der Gesellschaft als einer Totalität, die einen Komplex aus Komplexen darstellt, nur erfüllen, wenn es eine relative Autonomie besitzt und erhält. Das Recht besitzt eine gewisse autonome Kontinuität (119 f.), die Entwicklung von Recht und Ökonomie sind ungleichmäßig (121, 125 ff.). Die Anerkennung der Priorität des Ontologischen beinhaltet aber unter Bedingungen moderner Gesellschaften vor allem die bedingte Akzeptanz des modernen formalen Rechts und die Heraushebung der „law-application“ auf Kosten der „primacy of law-making“ (95). In komplexen Gesellschaften hat der revolutionäre Manichäismus des „socialist normativism“ keinen Platz mehr; in der Realität der Probleme und Widersprüche des Rechts, die letztlich die von notwendiger sozialer Differenzierung und nicht zu tolerierender Entfremdung sind, bleibt nur „the constant search of compromises“ (144).

Es macht die Reflektiertheit der Studie Vargas deutlich, daß er abschließend die Kosten des modernen (sozialistischen) formalen Rechts zur Debatte stellt. Angeblich im Sinne des späten Lukács, nimmt er hierbei Begriffsklärungen vor zwischen Verdinglichung, die neutral ist, und sozial bedenklichen Entfremdungsproblemen des Rechts. Es wäre wünschenswert, wenn er hierbei die Problemaggregationen, die sich aus der autonomen Entwicklung des Rechts ergeben, deutlicher herausarbeiten würde. J. Habermas hat verschiedentlich, in Anlehnung an Simitis, Zenz, Laaser u.a., überzeugende Hinweise dahin gegeben, daß in der galoppierenden Verrechtlichung (auch) die Kolonialisierung der Lebenswelt wirksam wird. Varga hätte *Geschichte und Klassenbewußtsein*, dem in den sozialistischen Ländern so selten verstandenen opus magnum, Ähnliches, ja Radikaleres entnehmen können², wenn er nicht Lukács' Beschreibung des widerspruchsvollen Zusammenhangs von Rationalisierung und Verdinglichung als puren Fehler mißverstanden hätte. Die Kontinuität von *Geschichte und Klassenbewußtsein* und *Ontologie* ist größer als Varga annimmt. Nur auf der Basis dieser relativen Kontinuität kann Vargas im Detail oft schlüssiger Nachweis der Aktualität der *Ontologie* gelingen.³

Ennepetal

R ü d i g e r D a n n e m a n n

² Näheres hierzu in meiner Studie „Das Verdinglichungsproblem und Habermas' Versuch einer Reformulierung“, in: R. Dannemann (Hg.), *Lukács – Jenseits der Polemiken*, Frankfurt (Main) 1986.

³ Varga widerspricht hier implizit und explizit den unmittelbaren Schülern des alten Lukács (Feher, Agnes Heller, Gy. Markus, Vajda), die die *Ontologie* als theoretisches „Fiasko“ kennzeichnen.

Csaba Varga: *The Place of Law in Lukács' World Concept*. Budapest 1985, Akadémiai Kiadó, 193 S., 39,- DM.

Der sorgfältig gearbeitete Band des wissenschaftlichen Mitarbeiters der Abteilung für Recht der Ungarischen Akademie der Wissenschaften geht auf zahlreiche, z. T. auch deutsch veröffentlichte Vorstudien zurück.¹ Die Grundthese des Verfassers ist, daß Lukács, obwohl oder gerade weil er Rechtswissenschaften studiert und darin promoviert hat, in seinem marxistischen Lebenswerk zunächst dem Recht die ganze Verachtung der Orthodoxie hat angedeihen lassen, die im Recht einen bürgerlichen Formalismus sieht, ihm eine autonome Sphäre abspricht und sein Verschwinden mit entfremdeten gesellschaftlichen Zuständen annimmt; weiter aber, und das ist neuartig und überaus bedenkenswert, daß Lukács mit fortschreitender Erfahrung im real existierenden Sozialismus und weitergetriebener Arbeit an einer Erneuerung des Marxismus schließlich zu völlig anderen Ergebnissen gelangt. Diesen Gedankengang gilt es zu verfolgen.

Varga setzt biographisch an: er verfolgt die Berührungen, die der junge Lukács im Studium (Budapest 1902 bis zur Promotion in Kolozvar 1906) und gesellschaftlichen Leben mit der Rechtswissenschaft, bzw. deren so bemerkenswerten Vertretern wie Felix Somló und Gustav Radbruch hatte. (Kap. 1). Im zweiten Kapitel analysiert er Lukács Hauptwerk *„Geschichte und Klassenbewußtsein“* (1923) auf Rechtspositionen und -konzeptionen hin, um im 3. Kapitel daraus verallgemeinernde Schlußfolgerungen zu ziehen und diese auf Lukács *„Zerstörung der Vernunft“* (1954) und die ästhetischen Schriften zu beziehen.

Der ganze zweite Teil des Buchs mit ebenfalls 3 Kapiteln ist dem gewidmet, was der Verfasser die *„Kopernikanische Revolution“* nennt: er glaubt zeigen zu können, daß Lukács in seinem umstrittenen Spätwerk insgesamt eine vollständige Kehrtwendung vorgenommen habe, die sich aber insbesondere auf seine Ansichten zum Recht auswirkten. Varga hält *„Die Ontologie des gesellschaftlichen Seins“* (1984, 1986) nicht nur für rechtsphilosophisch relevant; vielmehr für eine eigenständige Rechtsphilosophie.

Wenn Varga meint, Lukács habe dem Recht gegenüber die glückliche Stellung gehabt, einerseits studienmäßig mit seiner Begründung und Entwicklung voll vertraut zu sein, andererseits aber zunächst aus gesellschaftlich/ästhetisch/künstlerischer Distanz, dann aus bolschewistischer Perspektive ihm negativ gegenüberstehend, kritisch-neutral urteilen zu können; so verkennt er doch das Maß an Parteilichkeit, dem Lukács sich zunächst und ganz bewußt unterworfen hat.² Richtig analysiert Varga die Soziologisierung der ganzen Rechtssphäre in *„Geschichte und Klassenbewußtsein“* als den Versuch,

1 Vergl. Varga, *The concept of Law in Lukács Ontology*, in: *Rechtstheorie*, Berlin 1979, 10. Bd., Heft 3, S. 321–337; *Contributions à la théorie marxiste sur la base de l'Ontologie de Lukács*, in: *Archives de Philosophie du Droit*, tome 25, Sirey 1980, p. 387–411; *Beiträge zu den Beziehungen zwischen Gustav Radbruch und Georg Lukács*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1981, LXVII/2, S. 253–259; *A jog ontológiai magalapozás felé*, in: *Magyar Filozfiai Szemle*, 1983, II. 5, p. 767–776.

2 Vergl. G. Lukács, *Politische Aufsätze I–V*, hg. v. J. Kammler u. F. Benseler, Darmstadt 1975–1979, hier: I, 27, 35, 43, 219, IV, 170 ff., 401 ff., V, 128 ff.

das formale Recht der bürgerlichen Gesellschaft insgesamt als Verdinglichung darzustellen, ihm damit jegliche Autonomie abzusprechen. In der Tat ist die Kritik, die dieses den westlichen Marxismus bis heute stark und positiv beeinflussende Werke von Lukács von seiten der Sowjetunion fortlaufend erfahren hat, hier angesiedelt: der Verflüssigung der Normativität des Rechts durch Historizität gesellschaftlicher Verhältnisse, wie sie bei Lukács vorgenommen ist, stellen sich die staatlichen Notwendigkeiten konkreter Ordnung und ihrer legalistischen Fixierung entgegen, ohne indessen eine zutreffende, mit marxistischen Grundsätzen vereinbare Theorie dazu entwickeln zu können. Die sowjetische Rechts-theorie, wie sie sich etwa bei Paschukanis, eindeutiger bei Wischinsky zeigt, benutzt die deterministisch mißverständene Widerspiegelungstheorie Lenins dazu, Rechtsnormen notwendig als Überbau aus den jeweiligen ökonomischen Verhältnissen resultieren zu lassen.

Dieser Kritik gegenüber, wie auch dem eigenen Soziologisierungskonzept der Frühzeit entgegen versucht nun Lukács, so Varga, in der Ontologie Recht als Kategorie der Praxis zu verstehen. Damit ist die ganze Sphäre des Rechts dem Verdikt entzogen, als Überbauphänomen den Bewegungen der Basis folgen zu müssen. Recht bekommt damit seinen Wert aus seiner Vermittlungsfunktion in der Praxis. Diese ist aber nur denkbar, wenn es einerseits relativ autonom, andererseits in sich konsistent kontinuierlich ist. Mit anderen Worten: Recht koppelt sich von der ökonomischen Basis ab und gewinnt – wie z. B. Wissenschaft – auf sich selbst bezogen Kontinuität, die wirklichkeitsgestaltend (nicht bestimmend) ist. Der Prozeß, in dem sich Recht bildet ist aber nicht in erster Linie von ‚Gesetzgebung‘ bestimmt; vielmehr von der praktischen Rechtsanwendung, die ihrerseits die Gesetzgebung beeinflusst. Nicht Normwahrheit vor Wirklichkeitsrichtigkeit, sondern Dauersuche nach Kompromissen zwischen Möglichkeit und Wirklichkeit – man könnte auch sagen: Freiheit und Ordnung – bestimmen die Entwicklung.

Varga sieht genau, daß der späte Lukács einerseits auf seiner frühen Totalitätsthese beharrt, wonach Menschheit immer ihre gesamte Geschichte bedeutet; daß er andererseits die zunehmende Zurückschiebung der natürlichen Grenzen im Sinne von Kultur behauptet, die dann aber darauf hinausläuft, daß alles, was die Menschen tun können, sich auf Bearbeitung vorgetaner Arbeit bezieht; im Klartext: daß auch im Bereich des Rechts, wie in allen Bereichen von Wissenschaft und Kunst, autopoietisches Verhalten notwendig wird. Recht wirkt nicht nur auf die materielle Basis zurück; es wird mit ihr identisch.

Die Studie von Varga, insbesondere seine Interpretation der ‚Ontologie‘ ist bedeutend; für ihre Verbreitung wäre eine Übersetzung ins Deutsche, die sich allerdings an den ungarischen Originaltext zu halten hätte, empfehlenswert. Die Diskussion hätte zu klären, ob tatsächlich zwischen ‚Geschichte und Klassenbewußtsein‘ und der ‚Ontologie‘ bei Lukács eine Revolution der Gedanken stattgefunden hat. Wenn auch Lukács selber – aus welchen Gründen auch immer, und seine Stellung zur Partei und ihrer Kritik mag dabei eine Rolle gespielt haben – den Gegensatz betont hat, so sind die Positionen der Sache nach durchaus nicht so getrennt. Nur: was in ‚Geschichte und Klassenbewußtsein‘ aus philosophischer Spekulation zu Kategorien der Realität gemacht wird, ist in der ‚Ontologie‘ nunmehr konkret abgeleitet. Dies gilt für Verdinglichung wie für Ent-

fremdung, für Recht als Überbau wie für notwendige Verrechtlichung im gesellschaftlichen Kompromiß als Basis. Ungelöst ist bei Varga auch, wie eine generelle Verrechtlichung, wie sie in allen industriewirtschaftlichen Staaten zu beobachten ist, der Entfremdungsunterwerfung entkommen soll, wo der praktische Kompromiß, auf den Lukács setzt, sich überwiegend zwischen rechtlichen, nicht praktischen Positionen vollzieht. Wenn es der wünschenswerten Diskussion der Lukács-Interpretation von Varga gelänge, die rechtsphilosophischen und -soziologischen Konsequenzen neomarxistischer Philosophie, wie sie unerkannt und deshalb unverwendet bei Lukács vorliegen, ins Bewußtsein zu heben, hätte das Buch eine wichtige Initiierungsfunktion erfüllt.

Frank Benseler

72 TIDSKRIFT FÖR RÄTTSSOCIOLOGI VOL 4 1987 NR 1

Csaba Varga
THE PLACE OF LAW IN
LUKÁCS' WORLD
CONCEPT

Pp 192

Budapest: Akadémiai Kiadó
1985

De som är intresserade av internationell rättssociologi bör kanske besöka Ungern. I detta öststatsland tycks det förekomma en relativt omfattande teoribildning om "rättens samhälleliga funktioner". Det är en tradition som sträcker sig från Horváth och Szabo till de i vår tid verksamma Kulesár, Peschka, Sajó och Varga. Det kan påpekas att traditionens inspirationskälla framför allt är Ehrlich och i senare tid Lukács. Vad som kännetecknar en del av teoribildningen och vad som kan få betydelse för det rättssociologiska

ämnet, är att teorin väcker intressanta frågeställningar rörande rättens "eget liv".

I vårt land är det Csaba Varga som är mest bekant. Han är internationellt känd och en flitigt författande rättssociologisk teoretiker. *Tidskrift för Rättssociologi* har publicerat två artiklar skrivna av Varga. Artiklarnas titlar säger en del om hans intresseområden: "From Legal Custom to Legal Folkways" (nr 1, 1985) och "Macrosociological Theories of Law" (nr 3-4, 1986). Inom parentes kan det även påpekas att Varga för några år sedan var på besök vid Rättssociologiska och Sociologiska institutionerna i Lund. Han höll ett antal föreläsningar; bl a om Lukács' ontologi. De som bevisade dessa föreläsningar är förmodligen eniga om att Varga besitter en oerhörd gedigen kunskap om Lukács' verk.

Genom föreliggande bok, *The Place of Law in Lukács' World Concept*, har Varga producerat ett arbete vars avsikt är att, som bokens titel anger, utreda och klargöra Lukács inställning till rätten.

Inledningsvis betonar Varga att bokens titel är något missvisande eftersom Lukács aldrig formulerade någon *rättsteori*. Men Varga menar att det förekommer antaganden i Lukács ontologi som gör det möjligt att tala om ett *implicit rättsbegrepp*. Det kan i detta sammanhang observeras att man på liknande sätt talar om en marxistisk rättsteori.

Att Lukács hade "kunskap" om rätten och dess betydelse i vårt samhälle tar sig bl a uttryck i att han ofta, enligt Varga, hänvisar till rättens samhälleliga funktion när det gäller att konkretisera totalitetsbegreppet. Lukács menar att det inte går att förklara rätten oberoende av dess sociala sammanhang, dvs hur människorna producerar och reproducerar sina existensvillkor och sin motivbildning.

Vargas bok är indelad i tre delar. Den första delen behandlar bl a Lukács' läroår och hans brevväxling. När det gäller hans läroår får vi veta att Lukács är doktor i två ämnen; nämligen i politisk filosofi och juridik. Vi får även veta att många har tvivlat på att Lukács verkligen har skrivit någon juridisk avhandling – det har inte gått att finna ett dylikt arbete bland Lukács' skrifter. Däremot hävdar Varga att det säkerligen finns en juridisk avhandling skriven av Lukács, eftersom *hans far* var en kategorisk motståndare till fusk och mutor. Varga fortsätter detta märkliga resonemang med att hävda, att ifall det går att finna Lukács' avhandling skulle det för-

modligen visa sig att det rör sig om ett utmärkt och intressant arbete eftersom allt Lukács skrev hade hög kvalitet!!

Del två behandlar bl a Lukács' tidiga verk. Det är framför allt hans berömda och inflytelserika verk, *Historia och klassmedvetande*, som tas upp till diskussion. Genom att lägga betoningen på proletariatets revolutionära medvetande, menar Lukács att det är möjligt att överskrida den kantianska dualismen mellan moral och legalitet. Han hävdar att distinktionen var ren formalism; en formalism som satt sin prägel på den borgerliga rätten. Lagen betraktas som en form eller som ett instrument vars väsen ligger i dess kalkylerbarhet. Lukács är av den uppfattningen att ifall ett fenomen påtvingas abstrakt legalitet blir resultatet en fullständig separation mellan lagen och människornas viljor. Vad Vargas framhäver i sin genomgång av *Historia och klassmedvetande*, är Lukács' mer eller mindre romantiska avståndstagande från rätten. En revolutionär ståndpunkt som ser den formella och borgerliga rätten som ett instrument att reifiera proletariatets medvetande. (Lukács betraktade proletariatet som bärare av historiens sanning; som möjligheten till mänsklighetens frigörelse från strukturellt tvång.) Tyvärr förutsätter Vargas analys att läsaren är bekant med "Reifikation och proletariatets medvetande", som ingår som en del i *Historia och klassmedvetande* – ett arbete som recensenten verkligen rekommenderar.

Det är mer ändamålsenligt att mer ingående studera sista hälften av Vargas bok. Här behandlas arbeten som Lukács tillverkade på äldre dar. Det är studiens mest för-

tjänstfulla del och dess kärna. Här brottas Varga med problem som han påbörjade tidigt på 1970-talet. Det rör sig om "rationalitet och rättens objektivisering". (En artikel med detta tema har Varga publicerat i Bondessons *Rationalitet i rättssystemet*.)

Genom att studera rättens formella rationalitet i ljuset av Lukács' ontologi uppkommer oundvikligen intressanta frågeställningar som bör uppställas när det bedrivs *kritisk* forskning kring lagstiftningskomplexet. Vad är rätten? Har rätten ett "eget liv", en självständig existens? Måste rätten institutionaliseras?

Varga vill framhålla Lukács' arbeten på grund av dess ontologiska egenskaper. Han hävdar att rättsteorin vanligtvis utgår från epistemologiska frågeställningar, som t ex frågor rörande möjligheten till tolkning av lagar. Varga menar att Lukács' ontologi klart belyser hur olika komplex kan *verka* och *existera*. Samhället som totalitet är för Lukács "ett komplex av komplex". Lukács' totalitetsbegrepp är att beteckna som en ontologisk kategori. Totaliteten kännetecknas av dess processliknande karaktär. Med andra ord, samhället står i ständig rörelse.

Lagtillämpningen *angriper* dock den föränderliga verkligheten genom ett strängt begreppsligt system av lagparagrafer. Lagtillämpningen kan därmed göra verkligheten rigid och homogen. Lukács menar att försöket att bryta ner verkligheten med hjälp av ett instrumentellt och formellt klassifikationssystem är en åtgärd som riskerar att förvränga tillvaron. –Här skulle Habermas applådera! Det bör observeras att till skillnad

från *Historia och klassmedvetande* tar Lukács i sina senare arbeten, enligt Vargas uppfattning, inte kategoriskt avstånd från rätten. Det är den autonoma rätten som är problematisk.

Varga menar att Lukács uppfattar rätten som ett komplex som är *relativt* autonomt; ett komplex som i viss mån "lever sitt eget liv". Orsaken till detta är lagstiftningskomplexets funktion att "medla" mellan andra komplex. Att rätten är *relativt* autonom innebär att den mer eller mindre kan ha en egen existens. Hur pass autonom rätten fungerar beror på den "vardagsverklighet" rätten har att verka i. Eller med andra ord, *rättens relativa autonomitet är avhängigt den sociala kontexten*. Desto oftare och mer generellt rätten används som en normal och självklar normgivare och "reglerare" i vardagslivet, desto mer kommer lagstiftningskomplexet att utvecklas till ett autonomt system.

Dessutom hävdar Lukács att rätten *transformerar* vardagliga konflikter. Det tar sig uttryck i att rätten får sitt material – sitt innehåll – från den föränderliga sociala omgivningen, men att rätten samtidigt har fasta former att lösa konflikterna med. Detta innebär, enligt Lukács, en *reifikation* av vardagen. Ju autonomare rätten är, desto mer "förtunglad" blir tillvaron.

Sammanfattningsvis skriver Varga att Lukács klart visat på att rätten då det gäller att fullgöra sin allt mer omfattande funktion att "medla" mellan andra komplex, måste utveckla sin egen säregenhet och sin *relativa* autonomi. Från denna stund har rätten blivit en reifierad struktur. Slutsatsen Varga drar av resonemanget i Lukács' ontologi, är att rätten *oundvikligen*

är en reifierad struktur vars "förtingligande" är avhängigt dess *grad* av autonomi. Varga menar att det därmed blir viktigt för rätts-sociologin att belysa "vardagsverklighetens processliknande karaktär".

För den som är intresserad av förhållandet mellan autonom rätt och responsiv rätt, eller vill bemöta Luhmanns teori om självreglerande system, eller erhålla en "ontologisk" bakgrund till Hydéns modell om skillnaden mellan rättslig nivå och verklighetsnivå, anser recensenten att Vargas bok om Lukács syn på rätten är en källa till kunskap.

Bo Carlsson

Csaba Varga, *The Place of Law in Lukács' World Concept*. Budapest: Akadémiai Kiadó 1985. 193 S. gr. 8. Ft 195,-.

Da von Georg Lukács bedeutende Werke über ästhetische, literaturwissenschaftliche, kulturpolitische und ideologische Fragen bekannt sind – Werke, die die Grundlage seines wissenschaftlichen Rufes bilden –, aber keine zu Problemen des Rechts, ruft das Buch von Csaba Varga sicherlich in der Regel ob seiner Themenstellung zunächst Erstaunen hervor. Zutreffend konstatiert der Verf., daß es keine echte Beziehung zum Recht in Lukács' Leben gab und er sich auch wissenschaftlich nur am Rande mit dem Recht beschäftigte. Obgleich Lukács keine Rechtstheorie schrieb – schon gar nicht eine neuartige –, ist sein Schaffen von rechtstheoretischer Relevanz, weil er sich solchen grundlegenden Beziehungen zuwandte

wie gesellschaftliche Verhältnisse und Überbau, die Rolle von Politik und Macht in der Gesellschaft, die Gesellschaft und ihre verschiedenartigen Widerspiegelungen; besonders intensiv und ausführlich beschäftigten ihn die komplexe Natur der Gesellschaft mit ihren umfangreichen und komplizierten Vermittlungen.

Der Verf. stellt sich drei Aufgaben. Erstens versucht er biographische Momente und theoretische Motive aufzuzeigen, die Lukács mit dem Recht in Berührung brachten. In diesem Zusammenhang geht er auf die Begegnungen zwischen Lukács und Felix Somló, Gustav Radbruch, Max Weber, Karl Jaspers, Karl Mannheim und Ernst Bloch ein. Zweitens analysiert er das wissenschaftliche Werk von Lukács aus methodologischer Sicht hinsichtlich rechtsnihilistischer Tendenzen, besonders aber bezüglich der Rolle rechtlicher Institutionen. Drittens untersucht er detailliert, welchen Beitrag die theoretischen Ansichten von Lukács zur Klärung aktueller Probleme der Rechtstheorie wie das Recht als Vermittlung in der Gesellschaft, die Spezifik der Widerspiegelung im Recht, das Verhältnis von gesellschaftlicher Realität und Recht, die Beziehung zwischen Recht und Moral sowie Recht und Ideologie etc. zu leisten vermögen (vgl. Vorwort, S. 9).

Generell gesehen ist in der DDR die Aneignung und die Auseinandersetzung mit dem Werk von Lukács noch im Gange, übrigens bisher ohne Beteiligung der Staats- und Rechtstheorie sowie der Rechtshistoriker. Daß diese Abstinenz Fehleinschätzungen begünstigt, wies K.-H. Schöneburg nach. In Polemik mit philosophischen Autoren kritisierte er zutreffend die Vorwürfe, Lukács' Auffassungen von der „demokratischen Diktatur“ bzw. von der „revolutionären Demokratie“ hätten die bürgerliche Demokratie zum Inhalt. Es ging aber Lukács um die Zurückdrängung nihilistischer Positionen in der Arbeiterbewegung gegenüber der bürgerlichen Demokratie und um die aus der Volksfrontpolitik erwachsende antifaschistische Demokratie, die den Weg zum Sozialismus eröffnet. Schöneburg hebt auch Lukács' Verdienste im Kampf gegen die Zerstörung der Vernunft in der Staatsphilosophie – z. B. durch C. Schmitt – hervor.¹⁾ V. widmet sich diesen staats-theoretischen Überlegungen bei Lukács nicht, sondern konzentriert sich auf die schon erwähnten rechtstheoretischen.

Bei V. verdient Teil II seiner Arbeit unser Hauptinteresse (Teil I bereitet ihn vor und besitzt eigentlich nur insofern Bedeutung); der Titel von Teil II lautet: „The Ontology: a Copernican revolution“. Damit ist das inhaltliche Vorhaben ausgewiesen, denn V. geht es darum, auf der Basis der Ontologie von Lukács die marxistische Rechtstheorie zu qualifizieren. Da der Verf. in Kap. 6 sich um eine allgemeine Erneuerung des Marxismus mit Hilfe der Lukácsschen Ontologie bemüht, unterliegt er einer gewissen Lukács-Euphorie. Es scheint deshalb angebracht zu sein, daran zu erinnern, daß der wissenschaftliche Wert der ontologischen Theorie von Lukács noch umstritten ist.²⁾ Nach unserer Ansicht ist Lukács dem Materialismus und der Dialektik von Karl Marx, Friedrich Engels und W. I. Lenin viel zu sehr verpflichtet, als das es sinnvoll wäre, von einer Erneuerung des Marxismus durch ihn zu sprechen. Damit soll keinesfalls bestritten werden, daß Lukács' Werk schöpferische Ideen enthält. Vielmehr dürfte es erst durch deren Einordnung möglich werden, diese fruchtbar zu machen und zwar auch für die Staats-

und Rechtstheorie. Daß sich V. dieser komplizierten Problematik zuwendet, verdient Respekt. Hier ist leider nicht der Ort für eine ausführliche Darstellung der Überlegungen V.s und deren eingehende Diskussion. Es können nur einige nicht unwichtige Fragen angesprochen werden, zu deren Lösung die ontologischen Überlegungen von Lukács einen Erkenntnisgewinn versprechen.

Im Anschluß an Marx' und Engels' Beschreibung der Gesellschaft als Totalität gesellschaftlicher Verhältnisse versucht Lukács – so der Verf. – die Gesellschaft als einen aus verschiedenen Teilkomplexen bestehenden Komplex zu charakterisieren, wobei sowohl die Teilkomplexe miteinander, wie der Gesamtkomplex mit seinen Teilen in ununterbrochenen Wechselbeziehungen stehen. Daraus entfaltet sich der Reproduktionsprozeß des Gesamtkomplexes in der Weise, daß auch die Teilkomplexe sich relativ selbständig reproduzieren, wobei die Reproduktion des Ganzen das übergreifende Moment bildet. Die relative Selbständigkeit der Komplexe erzeugt die Funktion der Vermittlung zwischen ihnen. Die einzelnen Teilkomplexe und deren Beziehungen zum Gesamtkomplex entwickeln sich zu auf höherer Stufe zusammengesetzten Systemen mit größerer relativer Autonomie. Auf bestimmter Entwicklungsstufe entstanden notwendigerweise als Vermittler Sprache und Recht. Um die hier kurz resümierten Zusammenhänge zu illustrieren, fand Lukács kein besseres Beispiel als das Recht.

In Fortführung des oben vorgestellten Ansatzes kann V. in sehr abstrakter Form eine relativ umfassende Bestimmung der Rolle des Rechts in der Gesellschaft, seines Inhaltes und seiner Wirkung geben. Das Recht, welches aus inneren sozialen Widersprüchen erwache, nimmt, um seine vermittelnde Funktion zu erfüllen, eine eigentümliche, spezifische Form an. Das Recht, als Produkt betrachtet, weise solche Merkmale auf wie Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit, Kalkulierbarkeit, Vorausschbarkeit etc., sei ein vorab getroffenes Entscheidungsmodell, welches auf spezifische Weise die Gesellschaft widerspiegelt. Andererseits sei das Recht aber kein Endprodukt, sondern eine im gesellschaftlichen Gesamtprozeß vermittelnde Determinante. So kann V. – gestützt auf Lukács – erklären, wie die gesellschaftliche Gesamtbewegung die rechtliche Vergegenständlichung, die rechtlichen Erscheinungen, deren Wirkung und Geltung hervorbringt. Trotz des Systemcharakters des Rechts, seiner relativen Selbständigkeit und seines Formalismus, dürfe man das Recht nicht nur erkenntnistheoretisch oder rein logisch betrachten, denn es sei in erster Linie für praktische Zwecke existent. Es hänge von den jeweiligen konkreten Bedingungen ab und habe in der Rechtsanwendung Entscheidungen hervorzubringen, die das konkrete Verhalten im Alltag regeln. Das beeinflusse ständig das, was als Recht angesehen werde. Die Trennung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung sei relativ. In diesem Zusammenhang gehen die Überlegungen V.s bis zur Spezifik des juristischen Berufs. Als bedeutsame Kategorie mit einem besonderen Inhalt tritt die Manipulation in Erscheinung. Unter Manipulation wird hier der ständige Prozeß des Bedeutungswandels der Ausdrücke der Rechtssprache unter dem Einfluß der gesellschaftlichen und juristischen Praxis verstanden. Das Recht hat keinen absolut konstanten Inhalt, selbst dann nicht, wenn keine neuen Gesetzgebungsaktivitäten erfolgen.

Insgesamt muß man unseres Erachtens konstatieren,

daß das grundlegende Anliegen der Rechtstheorie in der Gegenwart, das Recht einer gründlichen Analyse mittels der dialektischen Methode im Marx'schen Sinne zu unterziehen, nicht an Lukács vorbeigehen kann. Das deutlich gemacht zu haben, ist ein Verdienst vorliegenden Buches. Wie wertvoll dabei die Ideen von Lukács sind, zeigt sich schon jetzt in dessen Auseinandersetzung mit den Ideen des Naturrechts, der juristischen Weltanschauung und dem bürgerlichen Rechtsformalismus. Hinsichtlich der tieferen dialektischen Durchdringung des Rechts im Anschluß an Lukács unternahm V. einen ersten Schritt. Fortgeführt werden muß die Klärung von Begriffen wie Vermittlung, Aneignung, Vergegenständlichung etc. und die weitere Zusammenhänge. So scheint zwar die Einordnung des Juristischen in den gesellschaftlichen Gesamtprozeß zu befriedigen, aber nicht die Klärung des Spezifischen des Rechts. Man erinnere sich an die Geringschätzung der literarisch-künstlerischen Technik bei Lukács, dann steht zu befürchten, daß die Fragen der juristischen Technik analog bewertet werden.

Im abschließenden Kap. 6 bietet V. Begriffsanalysen zur Vergegenständlichung, Objektivierung, Verdinglichung. Das Buch umfaßt ein Personen- und ein Sachregister sowie einen Index der Werke von Lukács.

Leipzig

Werner Grahn/Irena Lewtschenko

¹⁾ K.-H. Schöneburg: Georg Lukács und die Theorie der revolutionären Demokratie, in: Wahrheit und Wahrfähigkeit in der Rechtsphilosophie, hrsg. von K.-H. Schöneburg, Berlin 1987, S. 151 ff.; K.-H. Schöneburg: Koalition der Vernunft gegen Zerstörung der Vernunft in der Staatsphilosophie, in: M. Buhr/J. Lukács (Hrsg.): Geschichte und Aktualität. Beiträge zum Werk und Wirken von Georg Lukács, Berlin 1987, S. 96 ff.

²⁾ Vgl. G. Ahrweiler (Hrsg.): Georg Lukács. Dialektik zwischen Idealismus und Proletariat, Köln 1978; M. Buhr/J. Lukács (Hrsg.): Geschichte und Aktualität, a. a. O.

Csaba Varga:
Anschauungsrahmen der
Rechtsanwendungs-forschung –
heute

Sowohl die Tradition des Positivismus, als auch des Marxismus ist dazu ungeeignet, die Natur des richterlichen Geschehens damit methodologisch nachvollziehbar zu rekonstruieren. Auch von den früheren Versuche des Verfassers haben sich nur diejenigen als weiterführend erwiesen, die sich mit der Rolle der Sprache und der Logik im Recht befaßten; die die juristische Weltanschauung d.h. die ontologische

172

Funktion der fachlichen Ideologie der Juristentum bestimmt haben; aus den widersprüchlichen Lehren von Kelsen eine prozedurale Rechtsaufassung abgeleitet haben; das Recht als Kontinuum vielfältiger Faktoren beschrieben haben von denen nur nachträglich festzustellen ist, ob sie zur rechtlichen Substanz gehören. Unsere heutige Auffassung basiert auf der Kontinuität der gesellschaftlichen Praxis und auf ihrer Zuverlässigkeit.

Csaba Varga

Csaba Varga

DESKRIPTIVITÄT, NORMATIVITÄT UND ASKRIPTIVITÄT

Ein Beitrag zur Subsumtions-/Subordinations-Debatte

Zusammenfassung

1. Der Ausschluß der Deskriptivität aus der normativen Sphäre: Der Sprung von einer Auswahl von Lebensstatsachen zur Feststellung eines rechtlichen Sachverhalts wird sprachlich und theoretisch gewöhnlich als eine quasi-kognitive Tätigkeit charakterisiert, obwohl quasi-deskriptive Sätze in normativen Kontexten auch eine präskriptive Funktion haben. Dies deshalb, weil die *rechtliche Definition* der *Tatbestandsmerkmale eines Falles* im gerichtlichen Verfahren der *Interpretation* bedürftig ist. Denn was vom Standpunkt der Tatsachen als *Klassifikation* bezeichnet wird, kann vom Standpunkt der Normen nur als *Interpretation* verstanden werden.

2. Begriff und Typus, Subsumtion und Subordination: Hinsichtlich der theoretischen Erklärung des Prozesses der gerichtlichen Rechtsanwendung gibt es zwei konkurrierende Traditionen. Während die eine Seite beansprucht, daß *Begriffe* mit fest umrissenen Grenzen und klaren „Entweder/oder“-Antworten logische Identitäten und Beziehungen bereitstellen, unter die klar *subsumiert* werden kann, behauptet die andere Seite, daß *Typen* mit unbestimmtem Charakter und vagen „Mehr-oder-weniger“-Antworten nur ein analogisches, auf Ähnlichkeiten beruhendes Operieren zulassen, in dessen Rahmen bloß *subordiniert* werden kann. Ontologisch betrachtet, gehen beide Positionen in die Irre, weil sie die Aspekte der Praktikabilität und der sozialen Konventionalität vernachlässigen.

3. Askriptivität als Endergebnis: Die kontrastierten Aspekte von Tatsachen und Normen werden durch Zurechnung so miteinander verbunden, daß sie einander wechselseitig zugeschrieben werden. Erst auf der Grundlage eines solchen Prozesses der Zuschreibung ist Rechtsanwendung möglich.

DIE NICHT-KOGNITIVE NATUR DER RICHTERLICHEN TATBESTANDSFESTLEGUNG

Cs. Varga

1. Die Differenz zwischen der Logik der Lösung der Probleme und der Rechtfertigung. Die Logik der Lösung eines Problems und diejenige ihrer Kontrolle sind verschieden. Die zweite Tätigkeit ist eine spätere, als die erste und deshalb geht ihre auch das Objekt der Beweisung voran. Die Suche nach der Lösung ist im Bereich des Rechts besonders eigentümlich, nachdem sich hier jeder Schritt taktisch auf den vorgehenden Schritt bezieht und so auf diesen aufgebaut ist. 2. Die Verschiedenartigkeit der Erkenntnis und der Beurteilung. Das Recht sucht aus den Elementen der Geschehnisse diejenigen aus, welche es nachträglich auf die Geschehnisse zurückspiegeln kann. Daher ist das Recht nicht in den Tatsachen, sondern nur in ihrer Verwendung als Referenz interessiert. Infolgedessen hat die Logik der Tatsachen nur in dem Masse rechtliche Relevanz, wie sie zum Teil der Logik der rechtlichen Beurteilung des Geschehnisses werden kann. 3. Die nicht-kognitive Dialektik der normativen Klassifizierung. Was wir in der Logik Subsumption nennen, hat im Bereich des Rechts zum Teil nur eine symbolische Bedeutung, und steht zum Teil nur anstatt etwas anderes. Die anscheinlich heterogenen Elemente des rechtlichen Prozesses sind bloss technische Klassifikationskategorien, die ausser dem Bereich des Rechts keinerlei unmittelbar interpretierbare Referenz oder Inhalt besitzen.

Csaba Varga:

Die europäische Integration und
die Selbstständigkeit der nationalen
Rechtskulturen

Der Aufsatz erörtert die Fragen über die philosophischen Rahmen der allgemeinen Rechtsauffassung als Tradition in Europa, sowie die nötige Harmonisierung der europäischen Integration mit der Bewahrung nationaler Rechtsgüter und kommt zu die Konklusion. Da3 nichtformalisierte Elemente des Rechts und der Rechtskultur können ihre Eigenschaften letztendlich behalten. Da diese sine qua non Teile des Rechts sind, die als natürlichen Quellen d.h. als eingebaute Garantien dienen, kann die internationale Kapazität des Rechts, durch Neuregelung und Adaptation bei neuen Herausforderungen weiterentwickelt werden.

Index

- Abendroth, Wolfgang 172, 173,
225
Adorno, Theodor Wiesengrund
74
Aethelberht 63
Aleksejew (Alekseev), S. S. 59
Allen, Sir Carleton Kemp 60
Alsted, Johann Heinrich 125
Aristoteles 125, 126, 128, 244
Arnaud, André-Jean 135
Augustus 268

Ballott-Beauprès 112
Beardslay, M. C. 113
Bechterew 26
Bede (Baeda Venerabilis) 63
Bendix, Richard 119
Benseler, Frank 280-282
Bentham, Jeremy 64-65, 105-106,
267, 269
Bernal, John Desmond 135
Bibó, István 5, 226
Bismarck, Otto von 44
Black 63
Bloch, Ernst 8, 285
Bogisic, Baltasar 5
Bolding, Per Olof 121
Bracton, Henry de 269
Breznev, Leonid Iljich 274
Brinton, Crane 66
Brunner, Georg 273-274
Bryde, Brun-Otto 263
Buber, Martin 256
Buhle, J. G. 123
Bulygin, Eugenio 190
Burke, Edmund 73

Caesar 222
Cambacérès, Jean-Jacques-Régis de
68

Capitant, Henri 112, 113
Carlsson, Bo 282-285
Cassirer, Ernst 135
Chabot, François 67
Copernicus, Nicolaus 278, 280, 285
Couturat, Louis 126, 127, 128, 132
Craies, W. P. 112
Croce, Benedetto 11

Daguesseau, Henri-François 135
Dannemann, Rüdiger 277-279
David, René 263
Deleanu, Jon 108
Del Vecchio, Giorgio 124
Descartes, René 78, 125, 135
Dieckmann, J. 58
Dienes, Pál 125, 126
Domat, Jean 129

Ehrlich, Eugen 5, 214, 282
Engel, József 24
Engel, Zsigmond 28
Engels, Friedrich 16, 33, 37, 60,
66, 109, 119, 142, 178, 184,
186, 209, 215, 247, 250, 253,
285, 286
Eörsi, Gyula 57, 60, 118, 179
Erekly, István 103
Erne, Ruth 205
Esmein, A. 67
Euklid 125, 133

Fái, Sándor 21
Fehér, Ferenc 174, 279
Fenet, F. A. 68
Ferdinand 133
Field, David Dudley 65
Field, H. M. 65
Finkey, Ferenc 124, 133
Földes, István 19, 21, 23, 70

Földesi, Kálmán 18, 19, 21, 28
 Frederick 268
 Freud, Sigmund 256
 Freund, Julien 59, 60, 106
 Friedrich II., der Große 62, 273
 Friedrich, Carl Joachim 58
 Fuller, Lon L. 199-200

Gardinger, A. H. 113
 Glanvil (Glanville, Ranulf de) 269
 Gothein, Eberhard 8
 Grahn, Werner 285-286
 Gramsci, Antonio 109
 Gray, John Chipman 202
 Grebo, Zdravko 231
 Gregorianus 268
 Grosclaude, Jacques 60
 Grotius, Hugo 268
 Grua, Gaston 125, 129, 131, 132, 134

Habermas, Jürgen 279, 284
 Halász, Pál 29
 Hammurabi 268
 Hámor, Andor 22
 Hanák, Tibor 6
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 9, 10, 60, 66, 123, 181
 Heinz, Karl Eckhart 263-265
 Heller, Ágnes 174, 279
 Heraklit von Ephesus 183
 Hermogenianus 268
 Herzl, Theodor 256
 Heydon 112
 Hoadly, Benjamin 202
 Hobbes, Thomas 125, 132
 Hogg, Sir Douglas 113
 Holz, Hans-Heinz 172, 173, 225
 Horváth, Barna 5, 6
 Hydén 285

Innerius 134

Jánossy, Ferenc 8
 Jason 134
 Jaspers, Karl 10, 285
 Jellinek, Georg 8, 12, 177, 278
 Jones, Walter 132, 135
 Joseph 272
 Jowitt, Karl 63
 Justinianus 62, 63, 131, 132, 268
 Juvenalis 206
 Jürgensen, Harald 256

Kafka, Franz 256
 Kant, Immanuel 3, 4, 12, 25, 222, 225, 226, 227, 228, 283
 Kardos, László 185
 Karinthy, Frigyes 222, 225
 Katharina II., die Große 268
 Kelényi, Jenő 23
 Kelsen, Hans 4, 5, 181, 189-207, 219-221, 225, 226-231, 254, 278, 287
 Kende, Ernő 22-23, 24-25
 Kestner 132
 Kettle, Arnold 123, 135
 Klaus, Georg 142
 Klein, Andor 23
 Klenner, Hermann 231
 Koelreutter, Otto 59
 Kofler, Leo 172, 173, 225
 Kohler, Joseph 112
 Krassavtchikow (Krasavtchikov), O. A. 59
 Krawietz, Werner 196
 Kulcsár, Kálmán 58, 98, 165, 172, 179, 214

Lakos, (Katarine) Katalin 8
 Lamartine, Alphonse de 71
 Landauer, Gustav 71
 Lang, Maurice Eugen 65
 Lange, Heinrich 59
 Larnaud, F. 37
 Las Cases, Emmanuel, Comte de 68

- Lask, Emil 8, 12
 Lefebvre, Henri 135
 Leibniz, Gottfried Wilhelm 123-136, 137
 Leist (Leyst), O. E. 59
 Lenin, Wladimir Iljitsch 17, 26, 70, 105, 234, 265, 278, 281, 285
 Leo, Heinrich 73
 Leopold 133
 Lévy-Bruhl, Henri 59
 Lévy-Ulmann, Henri 113
 Lewtschenko, Irena 285-286
 Limpens, Jean 68
 Liszt, Franz von 26
 Livius, Titus 64
 Lobkowitz 125
 Locke, John 130, 244
 Losano, Mario G. 200, 201
 Löwith, Karl 58, 59
 Luce, Robert 103
 Luhmann, Niklas 285
 Lukács, (Georg von) György 8-14, 42-43, 44-45, 53, 54, 58, 59, 60, 82, 98-99, 100-101, 109-110, 113, 117, 120, 164, 168, 170-171, 172, 173-188, 199, 209, 211, 214, 215, 216-217, 218, 219-220, 222, 225, 246, 250, 256, 276, 277-286
 Mach, Ernst 26
 MacIver, R. M. 120
 MacMillan, Lord 112
 Madison, James 245
 Magnaud, Paul 22
 Maine, Sir Henry 132
 Makai, Mária 59
 Malapert, M. P. A. J. 64
 Malebranche, Nicolas 129
 Mann, Thomas 273
 Mannheim, Karl 40-41, 46-47, 59, 71, 250, 256, 285
 Manuel, Frank E. 250
 Mao, Tse-tung 234
 Márkus, György 174, 279
 Marx, Karl 10, 11, 25, 33, 37, 38, 45, 48, 66, 74, 98, 105, 109, 117, 119, 120, 123, 164, 165, 179, 181, 182, 183, 184, 186, 209, 215, 217, 227, 231, 246, 247, 248, 250, 253, 274, 280, 281, 285, 286, 287
 Mayer, J. P. 58
 Melinkoff, D. 65
 Menger, Karl 26
 Merkl, Adolf 5
 Métall, Rudolf Aladár 5
 Mill, John Stuart 103
 Mitzkewitch (Mitskevitch), A. V. 59
 Montesquieu, Charles-Louis de Secondat 244, 268
 Moór, (Julius) Gyula 5
 Musil, Robert 256
 Napoleon, Bonaparte 64, 68, 266, 269, 273
 Neusüss, Arnheim 71, 250
 Nietzsche, Friedrich 26
 Nonet, Philippe 121
 Oksaar, Els 256
 Östreicher, Andor 19, 69
 Paschukanis (Pashukanis), E. B. 278, 281
 Peczenik, Aleksander 114
 Perelman, Chaïm 199
 Peschka, Vilmos 4, 60, 97, 179, 231
 Petraschek, Karl 5
 Pierre, Eugène 106
 Portalis, Jean-Étienne-Marie 68, 135
 Pound, Roscoe 214
 Pufendorf, Samuel von 135

Radbruch, Gustav 8-14, 278, 280,
285
Regelsberger, Ferdinand 111
Rheinstein, Max 206
Rickert, Heinrich 8
Riebert, Robert A. 37
Robespierre, Maximilien-François-
Marie Isidore de 66, 67
Rónai, Zoltán 16, 20-21, 22, 26
Rott, Pál 18
Rousseau, Jean-Jacques 249
Röd, Wolfgang 125
Russell, Bertrand 123, 124

Sacco, Rodolfo 200
Sarlós, Béla 29, 68
Sartre, Jean-Paul 256
Sauer, Wilhelm 124
Schmidt, Conrad 16, 119, 178
Schmidt, Folke 114
Schmitt, Carl 257, 285
Seagle, William 65
Seidler, Gregor Leopold 231
Selznick, Philip 121
Serres, M. 130
Shakespeare, William 123
Sieyès, Emmanuel-Joseph 67
Simmel, Georg 8, 11
Slezák, Ferenc 24
Solowjeff, Wladimir 12
Somló, (Felix) Bódog 5, 10, 25,
278, 280, 285
Spendel, Günter 12
Speranski, M. M. 70
Spinoza, Baruch 125
Stalin, Jossif Wissarionowitsch 70,
227
Staudinger, Frau 10
Stockhammer, Moritz 5
Stone, Julius 112, 114
Strayer, Joseph R. 120
Strömholm, Stig 114
Stuchka, P. I. 278

Suliky, István 24
Szabó, Imre 6, 29, 37, 60, 108,
114, 208, 214, 231
Szabó, József 5, 267-272
Szájér, József 204

Theodosianus 268
Tribonianus 131
Troeltsch, Ernst 8
Tumanow, V. A. 231
Tunc, André & Susanne 37

Unger, Roberto Mangabeira 121
Urukagina 268

Vajda, Mihály 174, 279
Vanderlinden, Jacques 64, 132
Verdross, Adolf 5, 124
Villey, Michel 120, 124-125, 131
Voltaire, François Marie Arouet de
70, 268

Wasserstrom, Richard A. 121
Weber, Max 8, 10, 11, 38-40, 41-
42, 43, 44, 45, 46, 49-50, 51,
52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60,
119, 120, 143, 176, 178, 273,
278, 285

Weigel 125
Weinberger, Ota 4, 7, 190, 254
Werner, R. 124
Wilnjanskij (Vilnyanskiy), S. I. 59
Wimsatt, W. K. 113
Windelband, Wilhelm 8, 10
Wischinski (Visjinski; Vyshinsky;
Wischinsky), A. J. 70, 227,
278, 281

Wittgenstein, Ludwig 256
Wordsworth, William 66
Wróblewski, Jerzy 172, 205, 231

Zilahi, László 16

