

sprüche“ in die Diskussion beruhe. J. M. Buchanan (187–242) verleugnet nicht die Herkunft von Hobbes, setzt sich aber auch von ihm ab, etwa in der Frage der Limitierung der Staatsgewalt (209). Dieser Kontrakttheorie gegenüber bezieht K. die negativste Stellungnahme: B.s Sozialkontrakt rechtfertigt ebenso einen liberalen Nachwächterstaat wie eine Sklavenhaltergesellschaft (242). Buchanan komme es ja lediglich auf das Zustandekommen des Sozialkontraktes an, „gleichgültig wie diese Übereinkunft zustande kommt. Ob eine solche Übereinkunft unter Bedingungen der Gleichheit und Freiwilligkeit aller Beteiligten erfolgt oder ob sie unter Bedingungen eines extremen Machtungleichgewichts zwischen den Beteiligten zustande kommt, macht dabei keinen Unterschied“ (221). Buchanans Theorie wird allerdings von K. der Wert eines provozierenden Irrtums zugebilligt. K., der in Kürze eine eigenständige Studie zu dem Thema der politischen Freiheit vorstellen wird, ist es mit diesem „Heft“ gelungen, Beschreibung und Kritik in gelungener Weise, ohne Ballast und Weitschweifigkeit, zu verbinden. Die „Nützlichkeit“, die K. sich von diesem Werk erhoffte, ist ihm vollauf zu bescheinigen.

N. BRIESKORN S. J.

FORMALISMUS UND PHÄNOMENOLOGIE IM RECHTSDENKEN DER GEGENWART. Festgabe für Alois Troller zum 80. Geburtstag. Herausgegeben von *Werner Krawietz* und *Walter Ott*. Berlin–München: Duncker & Humblot 1987. XII/574 S.

Die Festgabe erhielt Alois Troller am 15. Mai 1986. Sie gilt nicht dem Fachmann für das Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht (um nur einige „Spezialitäten“ Trollers zu nennen), sondern dem Rechtsphilosophen und seiner rechtstheoretischen Grundlagenarbeit. Die 35 Beiträge – auf sieben Kapitel verteilt – stehen untereinander in vielfältigem Zusammenhang, kaum in Widerspruch. *D. Wyduckel* stellte am Schluß der Festgabe die über 600 Arbeiten Trollers zusammen. Gelehrte aus Ost und West, von Buenos Aires, Berlin (DDR) bis Tokyo vereinten sich zum Dank an Troller und griffen seine Anfragen auf, wobei die Münstersche Schule der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie – „mit ihrem für die heutige westdeutsche Rechtstheorie durchaus charakteristischen Regelskeptizismus“ (*W. Krawietz*, 339, Anm. 70) – die Festgabe auch als Präsentation ihrer Positionen benutzt. – Aus dem Reichtum an Gedanken kann nur einiges vorgestellt werden. Im ersten Kapitel, „Gesetzesnorm, Präjudiz und Rechtsdogmatik“ überschrieben, arbeiten *N. Achterberg*, *F. Pardon* und *H.-M. Pawlowski* die schöpferische rechtsfindende Rolle des Richters, des Rechtsanwaltes und des Rechtsdogmatikers heraus und zeigen die Wirklichkeitsferne einer Rechtstheorie, welche die „Rechtsschöpfung“ lediglich in der gesetzgeberischen Aktivität sah und den „Rechtstab“ hierarchisch geordnet und deduzierend vorgehen ließ. Von „*Consuetudo contra legem*“ darf ebenfalls wieder die Rede sein (57), der einzelne „Mensch im Recht“ ist in neuer Weise als rechtsschöpferisch ernst zu nehmen. *V. Petev* handelt über die Rechtswirklichkeit: wie wird sie konstituiert und wie erkannt? (59–69). *P.* lenkt den Blick auf die – umfassendere – soziale Wirklichkeit, „die aus dem Geflecht sozialer Beziehungen zwischen Individuen und relevanten sozialen Gruppen besteht“ und „nicht unabhängig vom Bewußtsein und vom bewußten Handeln der Mitglieder der Gesellschaft insgesamt genommen“ (61) existiert. Die Prägung der sozialen Wirklichkeit durch Rechtsnormen läßt „zosuzagen eine neue Realität, die Rechtswirklichkeit“ (62), entstehen. Da nun aber „in staatlich organisierten Gesellschaften die sozialen Handlungen ab einem bestimmten Grad ihrer gesamtgesellschaftlichen Relevanz durch Normen des Rechts geregelt werden“ (63), sind die Rechtswirklichkeit und die Rechtsnormen nur zu verstehen, wenn sie im von ihnen unablösbaren Bezug auf die sozialen Handlungen, die Institutionen und die Effektivität gedacht werden. Scharfe Absage an „alle positivistischen Schulen der Rechtsphilosophie“, die sich mit der Analyse der normativ-rechtlichen Ordnung begnügten! (Trifft dieser Vorwurf aber *J. Austin* und *H. Kelsen* wirklich, für die doch auch die Akzeptanz für das Gelten Bedeutung hat? Gleichfalls mit Bedenken: *N. Achterberg*, S. 11, Anm. 38). Der Erkenntnisprozeß der Rechtswirklichkeit vollzieht sich aus jeweils verschiedener Perspektive der Teilnehmer an Rechtshandlungen und der Rechtswissenschaftler. „Die Erkenntnisse stimmen nur insofern überein, als sie von Individuen mit gleichem Werthorizont gewonnen werden“ (69).

Sind „objektive“ Erkenntnisse möglich (66), wie lassen sich Rechtsnormen intersubjektiv überprüfen? Offene Fragen dieses wichtigen Aufsatzes, dessen Distanznahme zu M. Webers Position nicht so deutlich ist wie die zur Position Trollers (67 f.)! Aus dem 2. Kapitel sei besonders der Aufsatz *V. Arévalo Menchacas* zu „Hart und der Rechtsbegriff“ erwähnt, in dem A. eine Lanze für J. Austin gegen Hart bricht (91 f.). Harte Kritik erfährt das Hartsche Theorieelement des Internaspekts (gemeint ist die nach Hart gegebene innere Bejahung des Rechts, das also nicht [bloß] befolgt werde, um der Sanktion zu entgehen): „Der Internaspekt ist nicht mehr als eine pseudorechtliche Sondermoral der Unterwerfung gegenüber den Normen und der Widerstandsverweigerung gegenüber dem Unrecht“ (89). Von der um des Zusammenlebens notwendigen Abstraktion vom Nicht-Verallgemeinerungsfähigen handeln die Beiträge von *R. De Giorgi* und *H. Klenner*. Gewinnbringend wegen seiner Klarheit liest sich der Aufsatz von *A. Ollero* „Zum Verhältnis von Positivität und Geschichtlichkeit im Recht“ (135–140). Der um wissenschaftliche Rationalität, Rechtssicherheit und Legitimation ringende Positivismus sei gescheitert, Korrekturen hätten ihn nicht lebensfähig gehalten. In Olleros Entwurf ist von der – ansonsten in dieser Festgabe selten so ausdrücklich angesprochenen – „beständigen ethisch begründeten Gerechtigkeitsbestrebung“ die Rede (140); zwar stößt auch *Llompert* zur „Richtigkeits“-Frage vor (213), ohne allerdings eine Antwort geben zu wollen. Von der Deontik, der Logik der Normen, der Erlaubnisnorm, dem Problem der Derogation (als logischem) handelt das 3. Kapitel. Auf den bleibend sekundären, inkonsistenten und unvollständigen Systemcharakter des juristischen Diskurses (zum „System-Begriff“ s. später *Krawietz*, 325 ff.) weist *Gardies* hin (173–183), *H. Tapani Klami* unterstreicht, daß „scheinbar allogische, unlogische, praeterlogische ... Sprünge ... in der Praxis des juristischen Diskurses unvermeidbar (sind)“ (216). Wenn alles Recht zudem gesellschaftlich vermittelt ist, läßt sich da überhaupt Unmittelbarkeit verwirklichen? (241): wie *J. M. Broekman* (231–242) suchen *K. Opalek*, *B. Sitter*, *J. Vilanova* und *H. Ph. Visser't Hooft* nach einem Ausbruch aus dem Sprachnetz und einem Ort sittlicher Verantwortung. Alfred Schütz' Theorie führt *Vilanova* gewinnbringend ein. Das 5. Kapitel verdeutlicht insgesamt Leistungen und Grenzen des „Rechtsrealismus“ – bei allen Unterschieden der einzelnen Autoren (*A. Aarnio*, *St. Jörgensen*, *W. Krawietz* ...). *R. Weimar* stellt sich dabei der Frage, ob ohne eine „Gerechtigkeitsinstanz als eine Art ‚archimedischer Punkt‘“ in Rechtsfindung und -praxis auszukommen sei (360), ob es sich dabei um ein zu überwindendes Relikt einer ehemaligen Begründungsproblematik handele oder um eine bleibende Herausforderung. Könnte, so Weimar, die Lösung in der Konstruktion eines jederzeit modifizierbaren metaethischen Kriteriums liegen? (367) Mit dem gegen Kant von Scheler erhobenen Formalismusvorwurf setzt *J. Strangas* sich kompetent und schürfend auseinander (389–416). Strangas sieht einen Mangel in der kantischen Prämissenbildung: Kant habe aus dem Begriff des Sollens neben dem Begriff der Freiheit nicht auch den der Unvollkommenheit abgeleitet (407), obwohl mit der Freiheitserkenntnis unablässig der Erkenntnis mitgegeben ist, daß die Vernunft den Willen nicht unausbleiblich bestimme (407). Eine Ergänzung der Prämissen von Kants praktischer Philosophie um den rein apriorischen Begriff der Unvollkommenheit lege sich nahe. Damit aber sei eine transzendente Deduktion des Begriffes der Neigungen und ihrer Ambivalenzen, des Organismus und des Persona-Seins als wandelbarer Größe möglich. Freiheit könne jetzt als wandelbare gedacht, der Begriff des Leibs in transzendentaler Deduktion eingeführt werden (409). Diese „neue Transzendentalphilosophie“ ordne sich dem Formalismus und der phänomenologischen materialen Wertethik neu zu: beide aufhebend und aufbewahrend (411 f.). Nicht weniger anspruchsvoll geriet der Beitrag *A. Wildermuths* (425–439), der „Metaphysik aus dem Horizont der transzendentalen Intersubjektivität“ zu entwickeln beabsichtigt. Da „die vorgegebene Welt ... ein Gebilde von Weltgeltungen“ ist, läßt sich die „verlorene naturrechtliche Einheit von Daseinsordnung und Seinsordnung neu ... bedenken“ (437). Im siebten und letzten Kapitel kreisen die Überlegungen der Autoren um die Begriffe der Gerechtigkeit, Billigkeit (461) und Gleichheit (487 ff.). „Gerechtigkeit“ wird dabei mit den Grundtypen sozialen Lebens in Verbindung gesetzt und auf die je verschiedene Ausprägung gesehen. *Kamenka* und *Tay* überschreiten die Unterscheidung von F. Tönnies in Gemeinschaft und Ge-

sellschaft und fügen den dritten Muster-Typus, den des Bürokratisch-Administrativen hinzu (452) (hier allerdings findet sich der Verweis auf M. Weber!). *A. Peczenik* zeigt an einem präzisen Fall des Haftungsrechtes, inwieweit zu seiner Lösung Gerechtigkeitsansichten gesellschaftlicher Gruppen einfließen, wie weit die Duldungsgrenze gegenüber Ungerechtigkeiten gehen und wann sie überschritten sein kann. Einprägsam lenkt *St. Strömholm* den Blick auf den den Rechtssystemen innewohnenden „Entwicklungsgang“ zur je einfacher handhabbareren Vorgehensweise und zur kontrollierbaren Lösung. Ist die Gefahr der Tyrannis deswegen ausgeschlossen? Es bedarf der Orientierung an einem – von S. blaß gelassenen – „menschlichen Gerechtigkeitsideal“ (482). Dann könne das Recht auch für die „Politik“ ein auffordernder, stimulierender und warnender Partner sein (486). Auf eine „exakte Begriffsbestimmung der formalen Gleichheit“ zielt *O. Weinberger* ab (488). Wie sind die gesetzgeberischen Entscheidungen in einer pluralen Gesellschaft zu rechtfertigen, fragt *J. Wróblewski*. Wie die meisten Autoren versucht auch er, eine Antwort auf einem Niveau geben zu können, das weltanschauliche Streitigkeiten möglichst vermeiden läßt. So sieht W. – wohl zu Recht – Chancen für die Annahme der Kriterien: der Kohärenz, daß längerfristige Ziele Vorrang vor kurzfristigen haben, eine durch Konsens aufgestellte hierarchische Ordnung von Zielen und Mitteln nicht so verstümmelt werden dürfe, daß sich die Mittel die zu ihnen höheren Ziele unterordnen. – Es konnte nur eine Auswahl kurz vorgestellt werden, und auch diese nur in Ausschnitten und Schwerpunkten. Leider fehlt ein Register, um die Berührungsebenen der Beiträge etwas leichter finden zu können. Doch lohnt sich die Lektüre dieser äußerst gewichtigen Festgabe. In ihr sind die Autoren, sei es aus der Rechtssoziologie, der Deontik oder der neuzeitlichen Philosophie – etwa nach D. Hume – aufgebrochen zu einer Erkundung der Sinnhaftigkeit von in den letzten Jahrzehnten bezogenen Positionen und stellen sich den Erfahrungen wie auch den Ergebnissen der untereinander geübten Kritik. Durchgängig ist zu bemerken, daß dem positivistischen Normativismus eine Absage erteilt wird und die Abhängigkeit des „Rechtssystems“ von der Art seines Gebrauchs durch die Rechtshandelnden betont wird. Einem „Rechtsempirismus“ tritt außerdem die Rechtshermeneutik zur Seite, selbst die „bloßen Fakten“ sind interpretiert und zu verstehen als Resultate menschlicher Arbeit und Wünsche. Diese Entwicklung der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie wird nur der würdigen können, der den Weg der letzten Jahrzehnte nicht nur mitverfolgt, sondern mitgegangen ist. Die Öffnung auf ein irgendwie gefülltes „menschliches Gerechtigkeitsideal“, die Herausarbeitung allseits konsensfähiger Kriterien (506 ff.) oder die Bemühung um anerkannte Plausibilitäten sind aus der von den Autoren erfaßten Notwendigkeit geboren, zu einer Verankerung des Rechtssystems und zu Bewertungskriterien der Rechtsordnung zu gelangen, aber eben auch aus der den Autoren notwendig erscheinenden Ablehnung einer Naturrechtstheorie und damit des Naturrechts (stellvertretend für ablehnende Stellungnahmen: 482 f.). Dies sollte als Herausforderung an dessen Vertreter verstanden werden. N. BRIESKORN S. J.

HOFMANN, HASSO, *Recht – Politik – Verfassung*. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie. Frankfurt am Main: Metzner 1986. 299 S.

In diesem Band stellte H., Ordinarius für Rechtsphilosophie, Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Würzburg, Forschungsarbeiten aus zwei Jahrzehnten zusammen. Der Bogen der Themen ist weit gespannt: Arbeiten zur „Politik“ des Johannes Althusius, zu Leben und Werk des Hugo Grotius, zur Hobbes-Interpretation führen zu einer Untersuchung über die „Ursprünge deutschen Rechtsstaatsdenkens in der nachchristlichen Sozialphilosophie“ (74–89). S. v. Pufendorf und J.-J. Rousseau werden vorgestellt, um mit dem Aufsatz „Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung“ (93–121) auf Resultat und neue Weichenstellungen dieses europäischen Denkweges aufmerksam zu machen. Das 19. und 20. Jahrhundert rücken die anschließenden Beiträge in den Blick: auf die „begriffsgeschichtliche Miniatur“ der Diktatur folgt die Würdigung Fr. Nietzsches und J. Burckhardts als Analytiker und Kritiker der zeitgenössischen politischen Zustände (159–180). Zwei Klärungen, eine bezüglich der Legitimität des Kaisers im Zweiten Deutschen Reich, die andere bezüg-