

Ilmar Tammelo/Erhard Mock  
(Hrsg.)

# Rechtstheorie und Gesetzgebung

Festschrift für Robert Weimar



**Verlag Peter Lang**

Frankfurt am Main · Bern · New York



## ZUM GELEIT

Festschriften zu einem 50. Geburtstag bedürfen der Begründung. Im Falle Robert Weimar ergibt sich diese schon aus seinem weit über Länder- und Fachgrenzen gestreuten Kreis von Partnern im wissenschaftlichen Dialog.

Robert Weimar wurde am 13. Mai 1932 in Köln geboren. Er oblag den Studien der Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften an den Universitäten Köln, Bonn, Innsbruck und Basel. An der Universität Basel promovierte er zum Doctor utriusque iuris und zum Doctor philosophiae. Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Köln nahm ihn als wissenschaftlichen Assistenten und Tutor auf. Robert Weimar wandte sich ab 1961 zunächst dem Richteramt zu. Vom Landgericht Köln über das Oberlandesgericht Düsseldorf führte sein Weg bald zu wissenschaftlicher Tätigkeit beim Bundesgerichtshof und beim Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe. Überall dort lernte er richterliches Handeln „von innen her“ kennen und zu begreifen.

Robert Weimars Laufbahn, die wissenschaftlicher Eros von Anfang an prägte, fand in der Berufung an die 1972 neu gegründete Universität Siegen ihre Bestätigung. Seit 1974 wirkt er an dieser Alma mater als Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und steht dem Siegener Institut für Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsgesetzgebung vor.

Robert Weimar gehört seit Jahren der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, und zwar der Deutschen, Österreichischen und Schweizerischen Sektion an. Mit den Herausgebern dieser Festschrift und den Mitgliedern des Instituts für Rechtsphilosophie, Methodologie der Rechtswissenschaften und Allgemeine Staatslehre an der Universität Salzburg verbindet ihn gemeinsame Arbeit. Robert Weimar wirkt in Forschung und Lehre auf rechtstheoretischem wie auf dogmatischem Gebiet. Schon in seiner Studie „Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung“ (1969) setzte er sich für eine interdisziplinäre Öffnung der Rechtswissenschaften ein. Später fand er in den Problemen der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts ein reiches Lehr- und Forschungsfeld, das fachübergreifende Themenstellungen geradezu herausforderte. Seine Verdienste auf diesem Gebiet wurden 1977 mit der Franz-Böhm-Medaille in Gold anerkannt und gewürdigt. Die Faculté Européenne des Sciences du Foncier in Strasbourg berief Robert Weimar 1981 neben seinem Siegener Lehramt auf ihre Professur für Allgemeine Rechtstheorie und bestellte ihn zum Direktor ihres Instituts für Gesetzgebungswissenschaft.

Die Herausgeber und die Mitarbeiter dieses Bandes rufen Robert Weimar zu:  
Ad multos faustos annos!

Salzburg, Anfang Jänner 1982

Ilmar Tammelo

Erhard Mock

# INHALT

## I. Orientierungen zur Grundlagenproblematik

<i>Ilmar Tammelo</i> , Salzburg Rechtserneuerung und Friede aus rechtstheoretischer Sicht . . . . .	3
<i>Friedrich Lachmayer</i> , Wien Friedensgesinnung als Voraussetzung gerechter Gesetzgebung . . . . .	15
<i>Peter Römer</i> , Marburg Reine Rechtslehre und Gesetzgebungslehre . . . . .	25
<i>Nicolás López-Calera</i> , Granada Algunas impurezas Kelsenianas . . . . .	37
<i>Charles Boasson</i> , Jerusalem Leonard Nelson's Contribution to the Foundation of Ethics as a Science . . . . .	53
<i>Hans Lenk</i> , Karlsruhe Dynamisierte Ethik und Rechtswandel Bemerkungen zum Wandel ethischer und korrelierter rechtlicher Problematik im technisch-wissenschaftlichen Zeitalter . . . . .	83
<i>Helmut Schreiner</i> , Salzburg Zeitgenössische Entwicklungen und Tendenzen in der Rechtsphilosophie . . . . .	95

## II. Ansätze zu einer Gesetzgebungswissenschaft

<i>Ota Weinberger</i> , Graz Gesetzgebung und Motivation . . . . .	117
<i>Vladimír Kuběs</i> , Brünn Theorie der Gesetzgebung oder Rechtsfindungswissenschaft? Zur Grundfrage der rationalen Bewältigung der rechtlich- volitiven Sphäre . . . . .	133
<i>Hendrik J.M. Boukema</i> , Amsterdam Legal Theory and Legislation . . . . .	147

<i>Gerhart Wielinger</i> , Graz Zur Problematik einer Gesetzgebungswissenschaft . . . . .	161
<i>Hans-Georg Heinrich und Manfred Welan</i> , Wien Gesetzgebung und Gesetzgebungskritik . . . . .	173
<i>Wolfgang Schild</i> , Bielefeld Funktionale und nicht-funktionale Bedeutung des Gesetzes Einige Anmerkungen zur Gesetzgebungslehre am Beispiel des materiellen Strafrechts . . . . .	195
<i>Leo Reisinger</i> , München Zur Konzeption eines „Legistik-Informations- und Planungs-Systems“ . . . . .	217
<i>Guido Leidig</i> , Siegen Gesetzgebung und Effizienz Zugleich ein Beitrag zur ökonomisch-ökologischen Steuerungsfunktion von Rechtssystemen . . . . .	231
<i>Raimund Jakob</i> , Salzburg Zur psychologischen Dimension der Gesetze . . . . .	259

### III. Gesetzgebung und politisches System

<i>Heinrich Neisser</i> , Wien Die Autonomie des Gesetzgebers . . . . .	271
<i>Erhard Mock</i> , Salzburg Parteien und Verbände als Legislativkräfte der Bundes- gesetzgebung in Österreich . . . . .	283
<i>Reinhard Rack</i> , Graz Die Alternativenlosigkeit von Gesetzesvorlagen der Bundesregierung Einige kritische Anmerkungen zu einer höchst zweifel- haften Verbesserung im Verfahren der österreichischen Bundesgesetzgebung . . . . .	297
<i>Helmut Widder</i> , Linz Zur Theorie und Praxis der Landesgesetzgebung Erfahrungen und Ergebnisse aus der Reform der Burgenländischen Landesverfassung . . . . .	313

#### IV. Gesetzgebung, soziale Realität und Entscheidung

<i>Juha Tolonen, Vaasa</i> Gesetzgebung und Volkswille . . . . .	327
<i>Johann J. Hagen, Salzburg</i> Der historische Gesetzgeber Zu einem sozialwissenschaftlichen Rechtsverständnis . . . . .	343
<i>Hans-Martin Pawlowski, Mannheim</i> Zu den Ursachen „normativer Fehlleistungen“ . . . . .	353
<i>Hans-F. Brandenburg, Göttingen</i> Legislative Anschauungsfehler und teleologische Reduktion . . . . .	367
<i>Karl Eckhart Heinz, Bonn</i> Rechtstheoretische Probleme der Ehe und ihre Behandlung durch die Gerichtsbarkeit und durch den Gesetzgeber in der Bundesrepublik Deutschland . . . . .	377
<i>Lothar Philipps, München</i> Absolute und relative Rechte und verwandte Phänomene Die kombinatorische Erfassung der Gestaltungsmöglichkeiten . . . . .	391
<i>Gernot Kocher, Graz</i> Zum Realismus in der österreichischen Gesetzgebung . . . . .	401
<b>Verzeichnis der Mitarbeiter . . . . .</b>	<b>411</b>
<b>Personenverzeichnis . . . . .</b>	<b>415</b>
<b>Sachverzeichnis . . . . .</b>	<b>427</b>

# THEORIE DER GESETZGEBUNG ODER RECHTSFINDUNGSWISSENSCHAFT?

## Zur Grundfrage der rationalen Bewältigung der rechtlich-volitiven Sphäre

von *Vladimír Kubeš*, Brünn/Wien

### I. Zur Einführung in den Fragenkomplex

1. Die Herrschaft des Rechtspositivismus dieser oder jener Färbung, besonders des Gesetzespositivismus, einschließlich des Positivismus der Reinen Rechtslehre Kelsens und Wehrs scheint heutzutage doch schon gewissermaßen erschüttert zu sein. Man beginnt immer intensiver zu fühlen, daß die absolute Zäsur zwischen der sog. rechtlich-kognitiven und der rechtlich-volitiven Sphäre unhaltbar ist, weil sie – wie weiters dargetan wird – theoretisch unrichtig ist und praktisch zu ungünstigen Ergebnissen führt.

Es entsteht eine scheinbar neue Rechtswissenschaft, die von den Autoren unterschiedlich bezeichnet wird: als Gesetzgebungswissenschaft (Peter Noll, Werner Maihofer), Theorie der Gesetzgebung oder Gesetzgebungstheorie (Jürgen Rödig, V. Takenchi, H. Yoshino), Gesetzgebungslehre (wieder Noll, Rolf Bender), Rechtssetzungswissenschaft oder Rechtsetzungslehre (Walther Hug), aber auch – viel bescheidener – als Theorie der juristischen Technik (Rudolf von Ihering), als „la technique législative“ (François Gény), als Lehre von der Gesetzestechnik (Robert Walter) usw.

Es besteht kein Zweifel, daß, wenn sich ein treuer *Rechtspositivist* irgendwie mit unserer „neuen“ Rechtswissenschaft beschäftigen will, er das nur vom Standpunkt der *Technik* der Gesetzgebung oder überhaupt der Technik der Rechtssetzung machen darf und kann. Keinesfalls aber darf er sich der Grundfrage der rationalen Bewältigung der rechtlich-volitiven Sphäre, der zentralen Frage dieser Problematik widmen. Diese Problematik – als eine schon a priori *nicht-wissenschaftliche* – ist für ihn ganz verschlossen; er darf sie einfach überhaupt nicht sehen.

2. Bis zum Beginn des XIX. Jahrhunderts herrschte die *naturrechtliche* Grundauffassung verschiedenster Richtungen. Ihnen allen war gemeinsam, daß im Zentrum ihres Interesses nicht die Frage, wie ich das (positive) Recht erkenne, also die sog. rechtlich-kognitive Frage, stand, sondern wie ich das Recht, das richtige Recht, bilden soll – die sog. rechtlich-volitiven Sphäre.

Die Rationalisierung der rechtlich-volitiven Sphäre, die logische Meisterung der „Bildung“ des richtigen Rechts, besser die *Findung* des „richtigen Rechts“, und daher die Ausarbeitung der *wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung* – gerade das beschäftigte in erster Reihe alle Doktrinen des Naturrechts – von Hesiod, Heraklit, Pythagoras, Solon, Sokrates, Platon, Aristoteles, von den Darstellern der stoischen Philosophen über die römischen Juristen, über Aurelius Augustinus, Thomas von Aquino, Franz Suarez, über die bekannten Lehrer des typischen „alten“ Naturrechts des 17. und des 18. Jahrhunderts (Hugo Grotius, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Christian Wolff), über den genialen Leibniz mit seinem Dictum „*iuris et aequi elementa*“ sind „*decreta aeternae veritatis*“ und mit seiner Behauptung, daß das positive Gesetz aus dem Naturrecht „fließe“ wie die „Konklusionen aus den Prinzipien“ oder als nähere „Determinationen“ der Prinzipien,<sup>1</sup> über Jean Jacques Rousseau bis zum Begründer der sog. modernen Doktrin des Naturrechts Immanuel Kant, der als Urrecht im Sinne Rousseaus die Freiheit nennt und für welchen das Recht „der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“<sup>2</sup>

Es ist bemerkenswert, daß die hervorragendsten Kodexe der ganzen Rechtsgeschichte, nämlich der französische Code civile von 1804 und das österreichische ABGB von 1811, durchaus von der naturrechtlichen Grundlage ausgingen. Die ganze naturrechtliche Grundauffassung dieser großen Rechtskultur wird durch die Lehre vom fundamentalen Wert der menschlichen Person, durch die Lehre von den angeborenen absoluten Rechten, von der Freiheit des Individuums gegen die Macht des Staates, durch die Lehre vom Gesellschaftsvertrag getragen.<sup>3</sup> Dank dieser einheitlichen, philosophischen Grundlage ist für die beiden Kodexe besonders Folgendes charakteristisch: die Gesamtstruktur, die im harmonischen Dualismus des primären und des sekundären positiven Rechts verankert ist (Art. 4 Cc, § 7 ABGB),<sup>4</sup> inhaltliche Einheitlichkeit der ganzen Konzeption, starke Fortschrittlichkeit seiner Grundbestimmungen und klassische Klarheit und Schönheit der Sprache.<sup>5</sup>

3. Die *historische Rechtsschule* Savignys und Puchtas stand zwar in einer Feindschaft zum Naturrecht, hat aber mit ihrer Lehre vom *Volksgeist* viel Wertvolles zur Meisterung der rechtlich-volitiven Sphäre beigetragen. Dasselbe kann man auch von der Philosophie *Hegels*, von seiner Entdeckung des sog. *objektiven Geistes* feststellen.

Nach dem Tode Hegels ist es zu einem totalen Zerfall der Idee der Philosophie gekommen. Das *zweite* Drittel des 19. Jahrhunderts stellt sich als eine *nicht-philosophische* Periode dar. Anstatt des Ideals des philosophischen Gesamtbegreifens der Welt trat in dieser Zeit das Ideal der „exakten Tatsachenwissenschaft“,

der Wissenschaft der Laboratorien und Archive an.<sup>6</sup> Schopenhauer erscheint als ein fremdes Element in dieser Gesamteinstellung des zweiten Drittels des 19. Jahrhunderts. Nur die Philosophie, die scharf *positivistisch* zugespitzt ist, kann in dieser Zeit Hoffnung auf Erfolg haben. Deshalb ist das Werk von *Auguste Comte* das wichtigste Werk dieser Periode. Auch in England war der Positivismus die vorherrschende Richtung. *Bentham* war ein Ethiker des Positivismus, *James Mill* sein Psychologe und *John Stuart Mill* sein Logiker und Noetiker.<sup>7</sup>

Der Positivismus reduzierte die Aufgaben der Philosophen auf das Einzige: die Welt der Erfahrung (im strengsten Sinne des Wortes) nach Naturgesetzen zu untersuchen. Das *Kausalgesetz* beherrschte ausschließlich das Feld. Nur das, was positiv, wirklich, beweisbar ist, das positive Recht, die positive Moral, die positive Wissenschaft war das Ideal dieser Epoche.<sup>8</sup>

Als Rechtspositivismus, genauer als Gesetzespositivismus drückt sich diese Richtung besonders dadurch aus, daß sie sich ausschließlich auf den schon gegebenen Stoff, d.h. auf gegebene Gesetze, Verordnungen, Entscheidungen usw. beschränkt. Anstelle der Philosophie des Rechts tritt *allgemeine Rechtslehre*; ihre Aufgabe ist es, die allgemeinsten Begriffe, die mehreren Rechtsdisziplinen gemeinsam sind, zu untersuchen, und zwar mit Hilfe einer vergleichenden Methode unter Benutzung fremder Rechtsordnungen vorzugehen, durch die schrittweise Abstraktion auf der Grundlage der Empirie die allgemeinsten Rechtsbegriffe herauszupräparieren und eventuell auch die Beziehungen dieser höchsten Rechtsbegriffe zu anderen Kulturbereichen zu studieren.<sup>9</sup>

Der Rechtspositivismus erweist sich aber nicht nur in dieser Tätigkeit, sondern – in anderen Richtungen – mündet er in eine soziologische bzw. psychologische Untersuchung gewisser rechtlich relevanter Erfahrungen und stellt sich daher als ein *Rechtssoziologismus* bzw. *Rechtspsychologismus* dar.<sup>10</sup>

Es ist klar, daß für die *Rechtspositivisten* die Grundfrage nach der Rationalisierung der rechtlich-volitiven Sphäre höchstens als eine *Technik* der Gesetzgebung bzw. der Rechtssetzung erscheinen kann. Schon *Benthams* „Nomography“ bedeutet nur soviel wie *Gesetzestechnik*: „that part of the art of legislation which has relation to the form given, or proper to be given, to the matter of which the body of the law and its several parts are compound.“<sup>11</sup>

In derselben Richtung sind auch die „Richtlinien für die Gestaltung von Rechtsvorschriften“ (legistische Richtlinien, 1969) Österreichs, die Richtlinien der Gesetzestechnik 1976 (Schweiz) sowie die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien 1976/1980 (Bundesrepublik Deutschland) verfaßt.<sup>12</sup>

Jetzt wird also überwiegend die Rechtssetzungswissenschaft oder die Rechtsfindungswissenschaft als bloße *Gesetzestechnik* aufgefaßt. Es handelt sich um die

wissenschaftliche Bearbeitung der Problematik, wie Rechtsnormen überhaupt und Gesetze insbesondere nach *formaler* Seite aussehen sollen. Hierher gehören solche Hinweise, daß Rechtsvorschriften knapp, einfach, möglichst in der Aktivform zu fassen sind, daß Fremdwörter sowie kasuistische Regelungen usw. grundsätzlich zu vermeiden sind.

Mit der Grundfrage, wie man das richtige Recht machen soll, darf sich keine Rechtswissenschaft, qua Wissenschaft, beschäftigen. *Max Webers* Dictum, daß Wissenschaft niemanden zu lehren vermag, was er soll, sondern nur was er kann und – unter Umständen – was er will,<sup>13</sup> sowie das auf den ersten Blick scheinbar überzeugende, doch durchaus unrichtige Dictum *Kelsens*,<sup>14</sup> daß Wissenschaft keine „Wollenschaft“ ist, sind für die ganze rechtspositivistische Auffassung charakteristisch.

## II. Das Problem der Gesetzgebung als ein Teilproblem der Rechtssetzung

1. Die Lehre von der *Stufenförmigkeit* der Rechtsordnung hat gezeigt, daß es nur um relative (quantitative) und keinesfalls um absolute (qualitative) Unterschiede zwischen den einzelnen Stufen oder Schichten der Rechtsnormen und der Art ihrer Bildung geht. Es ist daher nicht richtig, zwischen der Gesetzgebung und z.B. der richterlichen Rechtsfindung einen qualitativen Unterschied zu machen. Nur der Grad der relativen „Freiheit“ des Gesetzgebers und des Richters ist ein anderer. Der Gesetzgeber ist „mehr frei“ als der Richter. Der Richter ist verpflichtet, sich im Rahmen der diesbezüglichen höheren Rechtsnorm (Rechtsnormen) zu bewegen. Seine Entscheidung stellt nur dann eine Rechtsnorm dar, wenn diese Entscheidung in diesen Rahmen einreihbar ist.

Der Rahmen der höheren Rechtsnorm (z.B. des Gesetzes) ist aber – wenigstens grundsätzlich – nicht voll ausgefüllt, sondern überläßt da einen weiteren, dort einen engeren Spielraum der „Freiheit“ dem Richter. Die sog. Generalklauseln, wie z.B. „Treu und Glauben“, „gute Sitten“ usw. sind klare Beispiele.

Das geht aber noch weiter. Wenn der klare Wortlaut und auch die Gesetzesanalogie und die Rechtsanalogie versagen, soll der Richter im Sinne des § 7 ABGB (vgl. auch Art. 4 des französischen Code civile, § 1 des italienischen Zivilgesetzbuches und Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches) mit Rücksicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich überlegten Umstände nach der Natur der Sache, nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen – in der Terminologie der modernen kritischen Ontologie – nach dem objektiven Rechtsgeist (nach dem Rechtsbewußtsein des Volkes der betreffenden Rechtsgemeinschaft einschließlich der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung mit der realen Idee des

Rechts, dieser dialektischen Synthese der Gerechtigkeit, der Freiheit des konkreten Menschen, der Sicherheit und der Zweckmäßigkeit an der Spitze) entscheiden. Der Richter soll den Fall wie der Gesetzgeber entscheiden, allerdings mit der Einschränkung, daß die richterliche Entscheidung sich in die geltende Rechtsordnung harmonisch eingliedern muß. Auf der anderen Seite ist aber der Gesetzgeber, auch der Verfassungsgesetzgeber, keinesfalls absolut frei. Abgesehen von der Überordnung der staatlichen Rechtsordnung durch das Völkerrecht, ist er verpflichtet, auf den objektiven Rechtsgeist immer sorgfältig Rücksicht zu nehmen. Eine Diskrepanz zwischen der Rechtsordnung als dem *objektivierten* und dem *objektiven* Rechtsgeist ist – auf längere Dauer – unmöglich. Der *objektive* Rechtsgeist wird schließlich immer der Sieger sein – entweder auf dem legalen Weg oder im Wege der Revolution.<sup>15</sup>

2. Das Problem der *Gesetzgebung* erscheint daher – und zuerst – als ein Teilproblem der *Rechtssetzung* überhaupt.

Daraus ist ersichtlich, daß es bei unserer „neuen“ Rechtswissenschaft angebracht wäre, nicht von der Theorie des Gesetzgebung oder der Gesetzgebungswissenschaft, sondern – vorläufig – vielmehr von der Theorie der *Rechtssetzung* oder der *Rechtssetzungswissenschaft* zu sprechen.

Der Ausdruck „Gesetzgebung“ ist für unseren Bedarf zu eng. Uns geht es doch nicht nur um eine Rationalisierung des Gesetzgebungsprozesses, sondern der Entstehungsprozesse *aller* Rechtsnormen überhaupt.

Jetzt noch zum Terminus „*Theorie*“ oder „*Wissenschaft*“. Meiner Ansicht nach besteht kein Unterschied zwischen der Theorie und der Wissenschaft. In beiden Fällen handelt es sich um ein Erkenntnisssystem mit der immanenten Tendenz zur realen Idee und idealen Normidee der Wahrheit und Richtigkeit – und um nichts mehr und um nichts weniger.<sup>16</sup> Es scheint daher auch unbegründet zu sein, von einer „*theoretischen Wissenschaft*“ zu sprechen und in ihr als in einer Idee ein geschlossenes System der synthetischen apriorischen Sätze sehen zu wollen, wie dies Felix Kaufmann tut.<sup>17</sup> Keinesfalls darf man aber – umgekehrt – von einer „*wissenschaftlichen Theorie*“ sprechen, wie dies Werner Maihofer tut.<sup>18</sup> Gibt es auch eine unwissenschaftliche (nicht-wissenschaftliche) Theorie?

Diese fortwährende künstliche Tendenz zur Bildung von Unterschieden ist wenigstens grundsätzlich zwecklos. Sonst kommt man dann von der *Wissenschaft* nicht nur zur *Theorie*, sondern noch zur *Metatheorie*, denn es ist möglich, die Theorie selbst wieder zum Gegenstand der Untersuchung zu machen. Sicher ist es möglich, die grundlegenden wissenschaftlichen Erkenntnisse über einen Gegenstand (z.B. über das Recht) als Theorie (Theorie des Rechts) zu bezeichnen.

Man muß nur wissen, daß es sich immer um die *Wissenschaft* handelt; nur der manchmal nicht feststellbare Unterschied zwischen dem Grad der Allgemeinheit solcher Erkenntnisse bildet die sehr unklare und unsichere Grenzlinie zwischen der „theoretischen“ Wissenschaft und der „anderen“ Wissenschaft über einen Gegenstand. Auch der Unterschied zwischen den *theoretischen* und den *praktischen* Wissenschaften ist unklar. Jede Wissenschaft muß theoretisch, also wissenschaftlich begründet werden. Und jede Wissenschaft dient und soll auch den praktischen Zwecken dienen.

### III. Das Problem der Rechtssetzung als Problem der Rechtsfindung

1. Im Bereich der *allgemeinen* Philosophie hat man schon im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts die *Idee der Philosophie* unter dem Losungswort „Zurück zu Kant“ wiederbelebt. Im Bereich der *Rechtsphilosophie* – trotz fesselnder, aber nur scheinbar wissenschaftlich begründeter Darlegungen von Bergbohm, Weber, Kelsen und vieler anderer – kann man immer von neuem feststellen, daß die Idee der Rationalisierung der rechtlich-volitiven Sphäre nie totgeschwiegen wurde. Die *Praxis* hat immer die Unrichtigkeit der scheinbar exakten Argumente der Rechtspositivisten klar demonstriert und zur theoretischen Überprüfung des rechtspositivistischen Standpunkts gedrängt. Die schrecklichen Erfahrungen des ersten und besonders des zweiten Weltkriegs haben wieder die Idee des Naturrechts, also alle Versuche um die rationale Bewältigung der rechtlich-volitiven Sphäre, hervorgerufen. Anstatt vieler möchte ich zwei hervorragende Rechtsphilosophen des 20. Jahrhunderts, *Gustav Radbruch* und *Alfred Verdross*, nennen.

Meiner Überzeugung nach haben die naturrechtlichen Versuche dieser beiden Gelehrten unendlich mehr für die Rechtswissenschaften gebracht als alle rechtspositivistischen Arbeiten des 19. und des 20. Jahrhunderts zusammen.

2. Es ist sicher richtig und wahr, daß nur das „*positive*“ Recht *Recht* ist; ferner daß der Terminus „positives Recht“ pleonastisch ist, da im Begriff des Rechts schon das Merkmal seiner Positivität mitenthalten ist; schließlich daß der Terminus „Naturrecht“ eine *contradictio in adiecto* darstellt, weil man mit der Bezeichnung „Natur“ schon den Inhalt des Begriffs des Rechts negiert.

Das alles aber beweist keinesfalls die Richtigkeit des Rechtspositivismus dieser oder jener Richtung. Gerade die auf der philosophischen Grundlage der modernen kritischen Ontologie aufgebauten und weitergeführten Untersuchungen haben das bewiesen.

Die *kritische Ontologie* ist die Wissenschaft vom Seienden im weitesten Sinne des Wortes.<sup>19</sup> Sie untersucht nicht nur das anorganische und organische Sein, sondern auch das seelische und geistige Sein. Der kritischen Ontologie geht es dabei um fundamentale Aussagen über das Sein als solches.<sup>20</sup> Aussagen dieser Art gehören zu den Kategorien des Seins. Die kritische Ontologie hat bewiesen, daß auch das *geistige* Sein ein *reales* Sein ist. Die Ontologie untersucht alle Schichten des realen Seins, also auch das geistige Sein, zu dem vor allem das *Recht* gehört, seine Struktur und seine Kategorien. Für jede dieser Seinsschichten sind spezifische Kategorien adäquat und dominant. Während für das Sein der unbelebten Natur vor allem die Kausalität adäquat ist, sind für die höchste Schicht des stufenförmigen Aufbaus der realen Welt, für das geistige Sein, die *Teleologie* und die *Normativität* in erster Reihe adäquat und dominant.

Während die kritische allgemeine Ontologie die Wissenschaft vom Sein überhaupt ist, ist die *Rechtsontologie* die Wissenschaft vom Sein des Rechts; sie untersucht das *Wesen des Rechts*.

Neben dem personalen Rechtsgeist gibt es einen *objektiven Rechtsgeist*. Schon bei *Hegel* ist ein überindividueller, geschichtlich lebendiger, objektiver Geist der eigentliche Schöpfer des Rechts, der Gemeinschaft und der Moral. Der objektive Geist hat natürlich keine Substanz, ist kein Wesen hinter den Individuen. Der objektive Geist hat weder Personalität noch Bewußtsein und kann daher ohne menschliche Individuen mit ihren personalen Geist nicht existieren. Der objektive und der personale Rechtsgeist tragen einander. Der objektive Rechtsgeist ist das *Rechtswußtsein* des Volkes der betreffenden Rechtsgemeinschaft, seine rechtliche Überzeugung, Gesinnung, sein Rechtsempfinden. Besonders wertvoll ist die Erkenntnis der historischen Rechtsschule, daß im allgemeinen Rechtswußtsein des Volkes durch das Wachstum der Kultur eine Differentiation eintritt und daß sich neben einem allgemeinen Rechtswußtsein, besser gesagt gerade in ihm, ein *besonderes Rechtswußtsein des Juristenstandes* herausbildet. Dieses „juristische“ Rechtswußtsein ist gewissermaßen Repräsentant des Rechtswußtseins des Volkes einer Rechtsgemeinschaft, wird durch dieses getragen und trägt es selbst. Darin zeigt sich die *rechtliche Weltanschauung* als ein offenes System einzelner relevanter Ideen mit der realen Idee des Rechts an der Spitze. Der objektive Rechtsgeist hat im Rahmen dieses allgemeinen objektiven Geistes seine *Individualität*, die eine andere ist als die Individualität des jeweiligen personalen Rechtsgeistes. Alles *Reale* ist *individuell* und der objektive Geist (Rechtsgeist) gehört der Welt der *Realität* an. Der objektive Rechtsgeist hat sein eigenes Sein, das ebenso zeitlich, real und autonom ist, wie das Sein der einzelnen Personen mit ihrem personalen Geist. Gewiß ist auch der objektive Rechtsgeist durch viele reale Faktoren, die neben ihm oder ontisch unter ihm liegen, bedingt. Aber das alles ändert nichts an seiner Autonomie. Der objektive Rechts-

geist ist ein besonderer, über der Existenz der Einzelpersonen bestehender Bereich mit einer besonderen Autonomie gegenüber allen Faktoren, welche ihn tragen.

Der objektive Rechtsgeist hat eine unaufhörliche, immanente *Tendenz zur Objektivation*, nämlich dazu, daß das Rechtsbewußtsein objektiviert wird, daß es sich in feste Gebilde inkorporiert, daß es sich als geschriebenes Recht oder mindestens als festes Gewohnheitsrecht formiert und entsprechende Institutionen ins Leben ruft. Das geschriebene Recht und das Gewohnheitsrecht sind Objektivationen des objektiven Rechtsgeistes (des Rechtsbewußtseins des Volkes einschließlich der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung) und sind als Rechtsordnung *objektivierter Rechtsgeist*. Mit dem Prozeß der Objektivation geht Hand in Hand ein Prozeß des *Selbständigwerdens*. Die Objektivation löst sich von ihrem Schöpfer und lebt ein selbständiges „Leben“. Auch der objektivierte Rechtsgeist hat ein reales Sein, ihm ist das Attribut alles Realen, nämlich die Kategorie der Zeit, eigen.<sup>21</sup>

Der objektive Rechtsgeist ist also real und seinen Inhalt kann man mit soziologischen und rechtssoziologischen Methoden und Techniken feststellen; er ist *erkennbar*. Der Unterschied zwischen dem Erkennen des *objektiven* Rechtsgeistes und des *objektivierten* Rechtsgeistes der Gesetze, Verordnungen usw. ist allenfalls quantitativ, nicht qualitativ. Es handelt sich nur um Grade der „Sicherheit“ der Erkenntnis. Es ist leichter, die herausgegebenen Gesetze als das allgemeine Rechtsbewußtsein des Volkes und vielleicht auch als rechtliche Weltanschauung zu erkennen. Immer aber handelt es sich um ein *Erkennen*. Der Grundfehler der Rechtspositivisten liegt eben in der Unkenntnis des objektiven Geistes (Rechtsgeistes). Die ganze Entwicklung in dieser Richtung von Hegel bis Nicolai Hartmann ist unbekannt oder wird ignoriert. Sonst würde man wissen, daß der objektive Geist (Rechtsgeist) mit seiner abgeleiteten Normativität ebenso real, nur vielleicht mit etwas größerer Schwierigkeit erkennbar ist. *Der Unterschied zwischen der rechtlich-kognitiven und der rechtlich-volitiven Sphäre ist daher nur relativ und quantitativ, keinesfalls absolut und qualitativ.*

*Es ist daher klar, daß der Kern der Lösung der Möglichkeit der rationalen Bewältigung der rechtlich-volitiven Sphäre und die Möglichkeit einer wahren Rechtsfindungswissenschaft gerade im objektiven Rechtsgeist, dem Rechtsbewußtsein des Volkes einschließlich der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung, und dessen Erkennbarkeit mit unterschiedlichen Methoden und Techniken liegt.*

3. Bei der Herausarbeitung der wissenschaftlichen rechtlichen Weltanschauung, dieses eminent wichtigen Bestandteils des objektiven Rechtsgeistes, kann man

mit Vorteil die besonders im 20. Jahrhundert durchgeführten Untersuchungen anwenden. Einige von ihnen wird man hier ganz kurz andeuten.

Zuerst möchte ich hier an das immer noch nicht genügend bewertete Werk von *Rudolf Stammler* aufmerksam machen. Seine berühmte Schrift „Die Lehre von dem richtigen Rechte“ (1902)<sup>22</sup> in Verbindung mit seinen weiteren Arbeiten ist ein Versuch, die rechtlich-volitve Sphäre wissenschaftlich zu bearbeiten. Schon sein Begriff der Richtigkeit des Rechts, sein soziales Ideal, seine Grundsätze des richtigen Rechts (die Grundsätze des Achtens und die Grundsätze des Teilnehmens) und das Vorbild des richtigen Rechts werden sich trotz aller Kritik seiner Stellungnahme<sup>23</sup> als nützlich und wertvoll erweisen.

Ungemein fesselnd geschrieben sind auch die Arbeiten des Neofriesianers *Leonard Nelson*<sup>24</sup> sowie des großen tschechischen Rechtsphilosophen *Jaroslav Kallab*,<sup>25</sup> der erkannt hat, daß das, was der Norm den Sinn einer Norm gibt, keineswegs die Form der Norm ist, sondern ihr Inhalt, nämlich daß die richtige Norm ein Ergebnis der Wahl zwischen möglichen Antworten auf die Frage, was sein soll, ist, und zwar einer Wahl, bei der es denen, die erkennen wollen, um die Bildung allgemein gültiger Erkenntnisse geht.

Für unseren Zweck finde ich als sehr verwendbar *Fritz Schreiers* Lehre vom möglichen Recht.<sup>26</sup>

In diesem Zusammenhang möchte ich auch auf die Feststellung *Gustav Radbruchs*,<sup>27</sup> die einen Gipfel des großartigen rechtsphilosophischen Wirkens *Gustav Radbruchs* darstellt, aufmerksam machen: „So ist die Idee eines übergesetzlichen Rechts, an dem gemessen auch positive Gesetze als gesetzliches Unrecht sich darstellen können, nach einem Jahrhundert des juristischen Positivismus wieder mächtig auferstanden.“

Für unseren Zweck sehr interessant sind auch die Ausführungen *Victor Krafts*<sup>28</sup> über die rationale Begründung der sozialen Moral und dann ganz besonders und in erster Reihe die Darlegungen über das primäre und sekundäre Naturrecht von *Alfred Verdross*.<sup>29</sup>

#### IV. Rechtsfindungswissenschaft und ihre Aufgaben

1. Nach unserer Auffassung ist die Rechtsfindungswissenschaft *erstens* eine Wissenschaft von der rationalen Bewältigung der sog. rechtlich-volitiven Sphäre, eine Wissenschaft vom richtigen Recht, und erst an *zweiter* Stelle eine Gesetzes- bzw. eine Rechtstechnik. Streng genommen fällt die Gesetzestechnik bzw. die Rechtstechnik überhaupt schon unter die Wissenschaft vom richtigen Recht. Die-

se Wissenschaft muß nämlich notwendigerweise auch die Frage, wie man von formaler Seite her richtige Gesetzes und andere Rechtsnormen bilden darf und soll, behandeln.

2. Die *Aufgaben* der Rechtsfindungswissenschaft sind daher in formaler und inhaltlicher Hinsicht folgende:

a) *Technik der Gesetzgebung und der Setzung auch der anderen Rechtsnormen.* Es geht um die richtige rechtslogische *Formulierung* der Gesetze und der Rechtsnormen überhaupt einschließlich der Auswahl von richtigen Termini und Begriffen. So z.B. kann man den zweiten allgemeinen Hinweis der Richtlinien für die Gestaltung von Rechtsvorschriften (Legistische Richtlinien 1979) Österreichs, nämlich, daß Gebote und Verbote imperativ zu fassen sind, nicht für richtig halten. Der Kern jeder Norm und daher auch jeder Rechtsnorm ist doch die *Pflicht* (Rechtspflicht) und nicht ein Gebot oder Verbot. Man soll wissen, daß es notwendig ist, zum Begriff der Rechtspflicht zurückzukehren und jedes Rechtsverhältnis auf *Rechtspflichten* zurückzuführen.

Hierher gehört auch die *Methodik* der Gesetzgebung, d.h. die Frage der Vorarbeit jedes Gesetzesverfassers, die man als Gesetzeskonzeption bezeichnen kann.<sup>30</sup>

b) *Die Taktik der Gesetzgebung*, nämlich die Frage, welches Verfahren die Beeinflussung und Steuerung der Gesetzgebung zum Gegenstand haben könnte.<sup>31</sup> Hier geht es auch um die *Psychologie* der Bildung der Rechtsnormen.

c) Was die *inhaltliche* Seite betrifft, geht es um die zentrale und schwierige *Grundfrage* der rationalen Bewältigung der sog. rechtlich-volitiven Sphäre. Gerade hier steckt der Kern der ganzen Rechtsfindungswissenschaft.

3. Es ist wohl bekannt, daß es *mehrere* Rechtswissenschaften gibt. Neben der dogmatischen Rechtswissenschaft, der *Rechtsdogmatik*, die fast ausschließlich Gegenstand des Studiums an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten ist, findet man vor allem die soziologische Rechtswissenschaft, die *Rechtssoziologie*, die psychologische Rechtswissenschaft (*Rechtspsychologie*), die rechtsphilosophische Wissenschaft (*Rechtsphilosophie*), welche die Grundlage und die Krone aller einzelnen Wissenschaften sein soll, aber leider nicht ist, und die politische Rechtswissenschaft (*Rechtspolitik*),<sup>32</sup> die – im Grunde genommen – dieselben Aufgaben zu erfüllen hat wie die *Rechtsfindungswissenschaft*. Auch in dieser Richtung wäre es angebracht, zur terminologischen – und allerdings vor allem zur begrifflichen – Klarheit und Einigkeit zu gelangen.

In diesem Zusammenhang scheint es schon an der Zeit zu sein, zu einer gründlichen *Reform* des ganzen juristischen Studiums zu kommen. Man muß schon einmal mit der rechtspositivistischen Erbschaft ein Ende machen und sich neben

der Rechtsdogmatik auch den *anderen* Rechtswissenschaften an den Universitäten mit allem Ernst widmen – und das auch um den Preis, daß man das rechtswissenschaftliche Studium um zwei Jahre verlängern muß.

Es gelten immer – und in der Krisensituation der ganzen Welt viel dringlicher – die weisen Worte von *Wilhelm Wundt*,<sup>33</sup> daß, während *die Mathematik die einfachste, die Jurisprudenz die komplizierteste aller Wissenschaften ist.*

## ANMERKUNGEN

- 1) *Leibniz*, Corpus reformatorium XVI, 383–394.
- 2) *Kant*, Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, in: Immanuel Kants Werke, hrsg. von Ernst Cassirer, Bd. VII, 1922, S. 31.
- 3) Alf *Ross*, Theorie der Rechtsquellen, 1929, S. 15 f.
- 4) Vgl. z.B. *Kubeš*, unten Anm. 21.
- 5) *Radbruch*, Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1959, S. 50 ff.; Ernst *Svoboda*, Das ABGB im Lichte der Lehren Kants, 1929.
- 6) Ernst *Aster*, Die Philosophie der Gegenwart, 1935, S. 4 ff.; *Kubeš*, Právní filosofie XX. století (Die Rechtsphilosophie des XX. Jahrhunderts), 1947, S. 13 ff.
- 7) Vgl. *Oesterreich*, Die Philosophie des Auslandes, 1928, *Ueberwegs*, Grundriß der Geschichte der Philosophie, V. Teil, S. X.
- 8) Karl *Larenz*, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, S. 13; *Kubeš*, l.c., S. 21.
- 9) *Somló*, Juristische Grundlehre, 1917, S. 8 ff.; *Kubeš*, l.c., S. 21.
- 10) *Larenz*, l.c., S. 15 ff.; *Ott*, Der Rechtspositivismus, 1976, S. 32 ff.
- 11) Jeremy *Bentham*, Works III, S. 233; vgl. *Somló*, l.c., S. 66, Anm. 1.
- 12) *Winkler-Schilcher* (Hrsg.), Gesetzgebung, S. 223 ff.
- 13) *Weber*, Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1922, S. 151, 550 ff.
- 14) *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 1.
- 15) *Kubeš*, Recht und Revolution, Öster. Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht 30, 1979, S. 257 f.
- 16) *Kubeš*, Grundfragen der Philosophie des Rechts, 1976, S. 22.
- 17) *Kaufmann*, Logik und Rechtswissenschaft, 1922; dazu *Binder*, Philosophie des Rechts, 1925, S. 167.
- 18) Vgl. Georg *Klaus*/Manfred *Buhr*, Philosophisches Wörterbuch 2. Bd., 11. Aufl., 1975, S. 1220.
- 19) Nicolai *Hartmann*, Der Aufbau der realen Welt, 1940, S. 15 (2. Aufl., 1952); z.B. *Kubeš*, Die Grundfragen der Philosophie des Rechts, 1976, S. 18 ff.; *ders.*, Die Rechtspflicht, 1981, S. 90 ff.
- 20) *Hartmann*, Neue Wege der Ontologie, 1942, S. 208; vgl. *Kubeš*, Rechtsontologie und ihre Beziehung zur Struktur des Rechts, in: Forschungen aus Staat und Recht 36, 1976, S. 44 ff.
- 21) *Kubeš*, Grundfragen der Philosophie des Rechts, S. 42 ff.; *ders.*, Das moderne Naturrecht und der Versuch um die rationale Bewältigung der rechtlich-volitiven Sphäre, Jur. Blätter, 102, 1980, S. 57 ff.
- 22) Neu bearbeitete Aufl. 1926.

- 23) *Kubeš*, Právní filosofie XX. století (Die Rechtsphilosophie des XX. Jahrhunderts), 1947, S. 26 ff.
- 24) Leonard *Nelson*, Kritik der praktischen Vernunft, 1917; *ders.*, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917; *ders.*, System der philosophischen Rechtslehre, 1920; *ders.*, System der philosophischen Rechtslehre und Politik, 1924; dazu *Kubeš*, 1. c., S. 90 ff.
- 25) *Kallab*, Právní věda a věda o právu (Die Rechtswissenschaft und die Wissenschaft vom Recht), Časopis pro právní a státní vědu 1935, S. 81 ff., 321 ff.
- 26) *Schreier*, Über die Lehre vom „Möglichen Recht“, Logos XV, 1926, S. 364 ff.
- 27) Gustav *Radbruch*, Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1959, S. 114.
- 28) Victor *Kraft*, Rationale Moralbegründung, 1963; *ders.*, Die Grundlagen der Erkenntnis und der Moral, 1968.
- 29) *Verdross*, Statisches und dynamisches Naturrecht, 1971.
- 30) *Maihofer*, Gesetzgebungswissenschaft, 1. c., S. 24 f.; *Noll*, Gesetzgebungslehre, S. 164.
- 31) *Maihofer*, 1. c., S. 25.
- 32) *Kubeš*, Grundfragen der Philosophie des Rechts, S. 16 ff.
- 33) *Wundt*, Logik, 3. Bd., 1921, S. 617.