
**KRISE DER UNIVERSELLEN RECHTSIDEE ANGESICHTS DES PLURALISMUS DER
POSITIVEN RECHTSORDNUNGEN * –
PRAGMATISCHE NACHFORSCHUNGEN AUFGRUND DER INSTITUTIONEN-
THEORIEN VON JEAN-CLAUDE-EUGÈNE MAURICE HAURIOU UND SANTI
ROMANO**

Inhaltsübersicht :

<i>Essay :</i>	1 – 65
Einleitung : Zum Paradox kontrafaktischer Axiome der Rechtswissenschaft	5 – 9
a) Thomas Hobbes zum Ausgangspunkt	6
b) Anwendungsorientierung, Lebensphilosophie, freiheitliche Ordnung	7
c) Vorausschau auf verschiedene Spielarten der Institutionentheorie	9
I. Zur Problemstellung, auf die die Institutionenlehre eine Antwort ist – Überwindung der vermeintlichen Gegensätze zwischen Rechtspositivismus und Naturrechtslehre auf dem Weg einer wissenschaftlichen Qualifikation der normativ-rechtlichen Ordnungsstruktur organisierter Vergemeinschaftung ?	11 – 23
a) Rechtspositivismus <i>vs.</i> Naturrechtslehre, ideologisch und lebensphilosophisch	11
b) Soziologie, Sozialwissenschaften, Gesellschaftstheorie, Rechtssoziologie	12
c) Einordnung der Institutionenlehre : Thomismus, Neo-Platonismus, Objektivismus	13
d) Einordnung der Institutionenlehre : Konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken	15
e) Exkurs zum Ordnungsdenken bei Carl August Emge und Carl Schmitt	17
aa) Logische Situierung des Problems des Ordnungsdenkens/ Okkasionalismus	17
bb) Nominalismus oder Kontextualismus, Begriff und Realität	18
cc) Jenseits von Normativismus und Dezisionismus, Norm und Fall	20
dd) Rechtsanwendung als Gestaltungsakt/ Entscheidung	22

II.	Jean-Claude-Eugène-Maurice Hauriou : "<i>La théorie de l'institution</i>" – Ideal-Realismus des Rechts, begründet im Vitalismus sozialer Institutionen	25 – 32
a)	Grundlagen der Institutionenlehre : Einbeziehung, Verkörperung, Personifizierung	25
b)	Soziale, moralische und juristische Persönlichkeit	27
c)	Gesellschaftslehre und Staatstheorie	28
d)	Souveränität der Nation und des Staates	30
e)	Dynamische Ordnung	31
III.	Stimmen zu Hauriou : Lebendige und schöpferische Synthese zwischen dem formalen Apparat des Rechts und dem bedeutungsvollen Rechtsleben	33 – 35
a)	Eine Übersicht	33
b)	Erste Rezeption in deutschen Landen : Victor Leontovitsch	33
IV.	Santi Romano : "<i>L'ordinamento giuridico</i>" – Analytisch-realistische Theorie rechtlich organisierter Institutionen	37 – 42
a)	Integrative Theorie der pluralistischen Rechtsordnung	37
b)	Autonomie und Delegation	38
c)	Pluralismus, Empirizismus, Realismus	39
d)	Zwischen Subjektivismus und Objektivismus, Individualität und Soziabilität	40
e)	Gesellschaftlicher Wirklichkeitsbezug	41
f)	Beziehung zur Reinen Rechtslehre von Hans Kelsen	42
V.	Konkretes Ordnungsdenken, klassische Systemtheorie, soziologische Institutionentheorie und Neo-Institutionalismus – Carl Schmitt und Carl August Emge, Talcott Parsons und Niklas Luhmann, Arnold Gehlen und Helmut Schelsky, Neill MacCormick und Ota Weinberger	43 – 53
a)	Qualifikation des konkreten Ordnungsdenkens	43
b)	Institutionen in der klassischen Systemtheorie	44
c)	Neuere soziologische Institutionentheorien	46
d)	Rechtsphilosophischer und rechtstheoretischer Institutionalismus	47
aa)	Wirklichkeitswissenschaftliche Jurisprudenz bei Julius Stone	47
bb)	Iberische Anlehnungen an die Institutionentheorie	50
cc)	Skandinavische Anlehnungen an die Institutionentheorie	51
dd)	Ideal und Kontingenz, logisch-erkenntnistheoretisch bei Csaba Varga	51
e)	Institutionalistischer Rechtspositivismus	51

VI. Pluralismus der Rechtsordnungen und universalistische Rechts- idee – Vom Gegensatz <i>prima facie</i> zur intrinsischen Verknüpfung von Teil und Ganzem, von Differenz und Einheit	55 – 65
a) Neugeburt des Pluralismus in der Staatslehre und politischen Theorie – Harold J. Laskis <i>statement</i> gegen Autorität und verabsolutierte Geltungsansprüche	56
aa) Die Problematik der Souveränität unter dem Eindruck des Pluralismus	56
bb) Souveränität als Katalysator der politischen Philosophie	58
cc) Ansätze zu einer Theorie des Pluralismus : Föderalismus und Dezentralisation	59
dd) Autorität und Macht – Eine Herausforderung für die pluralistische Demokratie	60
ee) Relativierung der staatlichen Quelle des Rechts – Ansätze zu einer pluralistischen Rechtsphilosophie	61
ff) Geschichtsphilosophische Realivität der Neuzeitlichen Dogmen	61
b) Ein Seitenblick auf Theorie des Pluralismus und der Relativität – Menschliche Subjektivität und soziale Objektivität	62
c) Wertbezug des Rechts ? Universalismus und Partikularität	63
<i>Auswahlbibliographie :</i>	67 – 73
<i>Anmerkungen :</i>	75 – 112

"Dieser schlagende Beweis lenkt unsere Aufmerksamkeit auf die uralte Wahrheit hin, dass das entscheidende Element in einem Rechtssystem diejenigen sind, die Rechtshandlungen vollziehen, nämlich die Individuen einerseits, die verbandsmässigen Institutionen andererseits, weil sie die lebendigen und schöpferischen Persönlichkeiten sind, sowohl durch die Ideen von den Unternehmen, die sie repräsentieren, wie durch ihre Macht zu deren Verwirklichung. Die Rechtsnormen dagegen stellen nur Ideen der Beschränkung dar, statt Ideen des schöpferischen Unternehmens zu verkörpern".¹

(MAURICE-JEAN-CLAUDE-EUGENE HAURIUO)

[*Einleitung : Zum Paradox kontrafaktischer Axiome der Rechtswissenschaft*] Vom 20. bis zum 24. Juni 2001 hat an der Freien Universität Amsterdam der 20. Weltkongress der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) unter dem Generalthema "*Pluralism and Law*" gestanden; Sektionen wurden unter anderen die folgenden gebildet: "*Justice*", "*The State*", "*Global Problems*" und "*Legal Reasoning*". Diese Indizien mögen genügen, um dazulegen, dass der Pluralismus der Rechtsordnungen über die klassische Frage der Koordination der staatlichen Rechtsordnung mit dem Völkerrecht hinaus zu einem virulenten Problem geworden ist und auch auf theoretischer Ebene als solches thematisiert wird (konkrete Folgerungen finden sich abschliessend, Ziff. VI.). Damit ist behelfsmässig das *setting* bezeichnet, das den Anstoss zu einer neuerlichen, tieferschürfenden Beschäftigung mit den sogenannten Institutionentheorien gegeben hat; diese rechtstheoretische Parallelerfindung von MAURICE HAURIUO und SANTI ROMANO ist zeitgeschichtlich betrachtet eine Reaktion auf eine ähnliche Erfahrung der chaotischen, unkoordinierten Vielfalt normativer Anmassungen zur Zeit des Ersten Weltkriegs und in der Zeit danach.² Über diesen ersten Anstoss hinaus ist als tieferliegendes Grundproblem dasjenige der zunehmenden Devianz von der Rechtsbefolgung (oder auch allgemeiner: Befolgung jedwelder Regelwerke) zu bezeichnen; diese allgemeine Feststellung lässt ins Bewusstsein treten, dass Rechtskenntnis nur in seltenen Fällen das normgemässe Verhalten bestimmt;³ zudem wird der juristische, beziehungsweise rechtsphilosophische Horizont erweitert und es wird ein helles Licht auf andere regelgemässes Handeln motivierende kollektive Ordnungen geworfen:⁴ Übung, Mode, Anstand, Gepflogenheit, Brauch, Sitte, Moral undsoweiter. Aber auch gruppenspezifische, im eigentlichen Sinn freiwillig akzeptierte Ordnungsleistungen werden in Beziehung gesetzt zu den

autoritativen : Regeln der Zusammengehörigkeit, Kodexe, Standesreglemente, Statuten undsoweiter. Bevor vorausschauend auf die nachfolgende Argumentation der Kontext weiter abgesteckt wird, kann es einem tieferen systematischen Verständnis dienen, den ersten Entwurf eines philosophischen Systems in Erinnerung zu rufen, der das menschliche Handeln des Einzelnen und das wechselbezügliche Verhalten in der Gesellschaft zum Ausgangspunkt genommen hat :

a) Das Grundproblem, wie aus einer offenbaren Unordnung, Beziehungslosigkeit der Dinge und insbesondere der menschlichen Handlungen eine moralisch und rechtlich verfasste Ordnung entsteht, hat sich als erster THOMAS HOBBS grundsätzlich gestellt.⁵ Schon allein die allseits bekannte anthropomorphe Verbildlichung des Leviathan vermag zu mannigfachen interessanten Überlegungen Anstoss zu geben,⁶ umsomehr die zeitlosen Äusserungen zur politischen Philosophie⁷ und zur Ermöglichung von Moral überhaupt.⁸ In unserem Zusammenhang ist entscheidend, die "Einheit von wissenschaftlichem und moralischem Wissen" hervorzuheben und der darauf basierenden "Mediation von Recht und Gesetz";⁹ es sind dies theoretische Argumente, um den Weg "von der Unordnung zum Konsens" rational zu bewältigen, um die Brücke von der "Konflikterfahrung" zum "Abschluss des Gesellschaftsvertrags" zu schlagen.¹⁰ In unserer Absicht Entscheidendes hat HELMUT SCHELSKY in seiner Habilitationsschrift erarbeitet – bezeichnenderweise einem der späteren Vorreiter der soziologischen Institutionentheorie – : "In meiner persönlichen wissenschaftlichen Entwicklung steht dieses Buch in einem wissenschaftlichen Umbruch von der Nachfolge in der idealistischen Philosophie zur mehr empirisch bestimmten philosophischen Anthropologie, die meine wissenschaftlichen Leitideen nach 1945 bis heute bestimmt hat".¹¹ Im Zentrum seiner sich eng an Hobbes anlehrenden Überlegungen steht der handelnde Mensch und die Einheit dieser Handlungen sowie die Transformation vom Ursprungszustand der Gesellschaft in die vertraglich vereinbarte Herrschaftsbeziehung; zu diesem Behuf wird ein einheitliches Konzept von geistiger Aktivität, kulturellen Leistungen und gemeinschaftlichem Handeln auf der Grundlage einer Theorie der menschlichen Antriebskräfte vorgeschlagen (in einen theoretisch, nicht weltanschaulich begründeten Monismus mündend). So steht Hobbes nicht nur systematisch, sondern auch wissenschaftshistorisch und gewissermassen auch wissenschaftsbiographisch am Anfang der soziologisch und gesellschaftstheoretisch orientierten Erneuerung des institutionalistischen Theorieansatzes. In seiner Anthropologie qualifiziert Hobbes die Urteilskraft als auch die Einbildungskraft (man beachte die Zweiteilung !) als "intellektuelle Tugenden"; infolgedessen verbürgen menschliche Tugenden und nicht eine bestimmte Methode die Wissenschaftlichkeit theoretischer Überlegungen. In der Vorstellung von Hobbes führt der Unterschied der Gemütsbewegungen der Menschen (unterschiedliche Geschwindigkeit der Auffassungsgabe) zu verschiedenem Geschmack :

"Und während in dieser Folge der menschlichen Gedanken nichts an den Dingen wahrzunehmen ist, über die sie nachdenken, sondern nur, worin sie einander ähnlich sind oder worin sie einander unähnlich sind oder wozu sie dienen oder wie sie solch einem Zweck dienen, sagt man von Menschen, die ihre Ähnlichkeiten gut wahrnehmen, falls es solche sind, die andere nur selten wahrnehmen, sie haben einen guten Verstand, womit hierbei eine gute Einbildungskraft gemeint ist. Aber von Menschen, die ihre Unterschiede und Unähnlichkeiten wahrnehmen, was man Unterscheiden, Erkennen und Beurteilen nennt, sagt man, wenn dieses Erkennen nicht leicht ist, sie haben ein gutes Urteilsvermögen; und besonders in bezug auf Unterhaltung und Geschäft, wo Zeiten, Orte und Personen zu unterscheiden sind, nennt man diese Tugend Umsicht. Die erstere, das heisst die Einbildungskraft, ohne die Hilfe des Urteilsvermögens, wird nicht als Tugend gelobt; aber die letztere, das heisst, Urteilsvermögen und Umsicht, wird um ihrer selbst willen, ohne die Hilfe der Einbildungskraft gelobt".¹²

Gerade für die Rechtswissenschaft, aber eigentlich für jede normanwendende Disziplin führt die von Hobbes geforderte Umsicht in Bezug auf Zeiten, Orte und Personen zu einem generellen pragmatischen Einschlag jeder Beurteilung der Anwendung einer Regel auf einen bestimmten Kontext. Insoweit bezeichnend ist auch die Charakterisierung der Anteile an Urteilsvermögen und Einbildungskraft in der Dichtung, in der Geschichtsschreibung, bei Lobreden und bei Ermahnungen :

"Bei Beweisführung, Beratung und jeder strikten Suche nach Wahrheit tut das Urteilsvermögen alles; abgesehen davon, dass das Verständnis zuweilen mit einem angemessenen Gleichnis eröffnet werden muss; und dann besteht entsprechende Verwendung für die Einbildungskraft. [...] Wo es also an Verstand mangelt, mangelt es nicht an Einbildungskraft, sondern an Umsicht. Daher ist Urteilsvermögen ohne Einbildungskraft Verstand, aber Einbildungskraft ohne Urteilsvermögen nicht".¹³

Ungeschmälert der systematischen Stellung und der Inspirationskraft dieser neuzeitlichen Handlungstheorie für unseren Zusammenhang ist die begrenzte theoretische Reichweite der Vertragstheorie Hobbes'scher Prägung aus Anlass von deren Renaissance in der amerikanischen politischen und Moraltheorie zu recht erkannt worden.¹⁴ Nichtsdestotrotz vermag man – gerade aus dem Interesse an der systematischen Vertorfung und geistesgeschichtlichen Verwandtschaft der neueren Institutionentheorien – in Hobbes den Begründer einer differenziert formulierten und wissenschaftlich-philosophisch begründeten korporatistischen Staatstheorie zu erkennen, im Unterschied beispielsweise des romantischen Restaurators CARL LUDWIG VON HALLER.¹⁵

b) Die Jurisprudenz an der Grundfrage der Anwendung der allgemein-abstrakten Rechtsordnung auf individuell-konkrete Situationen zu orientieren, bedeutet nachgerade, den Rechtsgehorsam, beziehungsweise die Rechtsbefolgung in den

Kontext einer Handlungs- oder Verhaltenstheorie hineinzustellen. Zwei prominente theoretische Programme zeugen von der Fruchtbarkeit dieses Ansatzes : WOLFGANG FIKENTSCHERS an den Gemeinsamkeiten von kontinentaler und anglo-amerikanischer Rechtspraxis orientierte Theorie der Fallnorm, die mit methodenvergleichendem Ansatz und (wissenschafts-)geschichtlichem Einschlag eine Art konkretes Naturrecht behauptet;¹⁶ und mit ähnlichem Ergebnis, aber anderer Begründung FRIEDRICH MÜLLER, der in seiner "Strukturierenden Rechtslehre" die Unterscheidung zwischen Natur- und Geisteswissenschaften tendenziell unterwandert und eine konkrete Entscheidungsnorm vom Normtext dissoziiert.¹⁷ Beide Ansätze lösen konstruktiv das Paradox, das sich aus der Alternative zwischen einem Setzungspositivismus,¹⁸ wo Kompetenz-, beziehungsweise Ermächtigungsfragen im Vordergrund stehen auf der einen und einer Existenzanalyse, beziehungsweise einem Phänomenalismus auf der anderen Seite, die die verfassten Institutionen zum theoretischen Ausgangspunkt nehmen. Damit ergibt sich ein innerer Zusammenhang der Institutionentheorie mit dem Konzept der allgemeinen Rechtsgrundsätze (und mithin auch eine Verwandtschaft mit der *Common Law*-Tradition). Die Institutionentheorie setzt nun gerade an den Satzungen der Institutionen an, wenn sie die Problematik der Anerkennung des Geltungsanspruchs normativer Ordnungen behandelt. Damit erweist sich die Institutionenlehre als eine in besonderer Absicht ausdifferenzierte Lebensphilosophie : sie ermöglicht es, Normen oder Rechtsordnungen als integrierende Bestandteile der juristischen Lebensform einer Gesellschaft zu begreifen. Das theoretische Konzept der Ordnung ist nach FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK¹⁹ zu einem zentralen Begriff der Sozialwissenschaften geworden, dies im Gefolge WALTER EUCKENS : Ordnungen sind abstrakt und nicht konkret zu begreifen, weil nicht sinnlich wahrnehmbar, sondern nur im Denken nachvollziehbar; zudem sind sie mehr oder weniger komplex strukturiert; endlich können sie nicht nur willentlich geschaffen (Organisation), sondern auch durch wechselseitig aufeinander abgestimmtes Verhalten/ Handeln von Menschen (spontan) generiert werden. Die entscheidende Frage für die Sozialtheorie lautet nun : "Welche Regeln müssen die Individuen befolgen, wenn sich eine Ordnung ergeben soll ?" Die Rechtsordnung kennzeichnet nach Hayek insbesondere die Zuweisung von das Recht anwendenden und vollstreckenden Funktionen in einer Organisation (Rechtsgehorsam wird so gesichert mittels einer organisierten Zwangssanktion); die vielfältigen Kombination von spontaner und Zwangsordnung müssen jedoch für ein auf freiheitlichen Grundlagen fussendes Gemeinwesen jederzeit in Rechnung behalten werden :

"Dass der Staatsapparat selbst eine Organisation ist und Regeln als Instrument seiner Organisierung anwendet und dass über die Erzwingung der Gesetzesbefolgung hinaus diese Organisation eine Vielfalt von anderen Dienstleistungen bietet, hat zu einer völligen Verwirrung über die Natur der verschiedenen Arten von Regeln und der daraus sich ergebenden Ordnungen geführt. / Die abstrakten und allgemeinen Regeln des

Gesetzes im engeren Sinn, in dem 'Gesetz' die Regeln des Zivil- und Strafrechts einschliesst, zielen nicht auf die Schaffung einer Ordnung durch Anordnung, sondern auf die Schaffung der Bedingungen, unter denen sich eine Ordnung von selbst bilden wird".²⁰

c) Bedingung für jede einlässliche Erörterung solcher institutionellen Aspekte ist, dass die abgehobene Sphäre abstrakten Rasonnierens verlassen und eine nüchtern-realistische Sicht auf die gesellschaftlichen Umstände, in denen Rechtshandlungen vollzogen werden, eingenommen werden. Eine spezifisch für die Rechtswissenschaft und nicht nur für die Sozialwissenschaften fruchtbare, aber selten mehr beachtete Ausprägung einer "realistischen" Sicht der Dinge stellt die sogenannte klassische Institutionentheorie dar²¹; statt die beiden europäischen Formulierungen der klassischen Institutionentheorie in einem französischen Entwurf von JEAN-CLAUDE-EUGÈNE-MAURICE HAURIOU (Ziff. II.) und in einer spontanen italienischen Parallel-erfindung von SANTI ROMANO (Ziff. IV.) zu beachten, wird die zeitgenössische Diskussion von den dominierenden Ansätzen der Systemtheorie von TALCOTT PARSONS und NIKLAS LUHMANN, aber auch von der soziologischen Gesellschaftstheorie (ARNOLD GEHLEN und HELMUT SCHELSKY) sowie vom rechtstheoretischen Institutionalismus (NEILL MACCORMICK und OTA WEINBERGER) beherrscht (Ziff. V.). Eine frappante Verwandtschaft zu den klassischen Institutionentheorien weist das sogenannte konkrete Ordnungsdenken (beherrscht von CARL SCHMITT und CARL AUGUST EMGE) auf, das gänzlich in Vergessenheit (oder vielleicht auch in Misskredit ?) geraten ist. Bevor auf die klassischen Formulierungen der rechtstheoretischen Institutionenlehre eingegangen wird, sei hier zunächst unter anderem dieser Kontext (Ziff. I.d und e) aufgerollt :

I. [Zur Problemstellung, auf die die Institutionenlehre eine Antwort ist – Überwindung der vermeintlichen Gegensätze zwischen Rechtspositivismus und Naturrechtslehre auf dem Weg einer wissenschaftlichen Qualifikation der normativ-rechtlichen Ordnungsstruktur organisierter Vergemeinschaftung ?] a) Die rechtstheoretische Institutionentheorie hat sich zum erklärtermaßen zum Ziel gesetzt, eine Position "jenseits" von Rechtspositivismus und Naturrechtslehre zu beziehen.²² Es ist hier nicht der Ort, eine rechtsphilosophische Behandlung der Naturrechtsproblematik²³ in der Absicht auf eine Entparadoxierung des weitgehend ideologisch aufgebauten Gegensatzes zu bieten; vielmehr sei unter Hinweis auf eine originelle Formulierung des Naturrechtsproblems der Gegensatz zu relativieren, das heisst wenn auch nicht wegzudiskutieren, so doch in der Konsequenz für eine auf die Applikationsfrage ausgerichtete Jurisprudenz abzuschwächen. Gemeint ist WILHELM DILTHEYS "Auflösung" der Naturrechtsproblematik :

"Das Problem, welches sich das Naturrecht stellte, ist nur lösbar im Zusammenhang der positiven Wissenschaften des Rechts. [...] Hieraus folgt, dass es eine besondere Philosophie des Rechts nicht gibt, dass vielmehr ihre Aufgabe dem philosophisch begründeten Zusammenhang der positiven Wissenschaften des Geistes wird anheimfallen müssen".²⁴

Die Lösung liegt mithin in der genauen Bestimmung des Verhältnisses zwischen philosophisch begründeten Überlegungen auf der einen und den Modalitäten jeder Regeln anwendenden Wissenschaft (hier : des Recht) auf der anderen Seite. In seinem Bestreben, nach der Entartung des Rechts das Naturrecht neu zu begründen, unternimmt es nach dem Zweiten Weltkrieg etwa auch HELMUT COING, mittels der geisteswissenschaftlichen Methode "den Sinn der geistigen Kräfte aufzuweisen, aus denen Recht sich bildet" und will damit eine Forderung WILHELM DILTHEYS verwirklichen.²⁵ Es sind unleugbar dem gesellschaftlichen Handeln immanente normative Strukturen vorhanden, die für die Rechtsanwendung wie für die Rechtspolitik von eminenter Bedeutung, weil vorgegeben und damit vorgeordnet/ übergeordnet sind. Man kann aus diesem Umstand auf einen "normenlogischen Skeptizismus" folgern und diese Rechtsauffassung "jenseits von Idealismus, Realismus und Materialismus" ansiedeln.²⁶ Zu erinnern ist daran, dass gerade auch die realistische Jurisprudenz im Zeichen einer Überwindung des Gegensatzes von rechtswissenschaftlichem Positivismus und Naturrechtslehre angetreten ist :²⁷

"Der Juristische Realismus versucht den Durchbruch aus der sterilen Alternative: Naturrecht oder Rechtspositivismus ?, hinter die es zwar nach allgemeiner Auffassung kein Zurück mehr gibt, durch die hindurch aber bisher ein befreiender Ausweg nicht gewiesen worden ist".²⁸

Das Wissen um die dem handelnden Individuum als auch dem kollektiven Verhalten in der Gesellschaft inhärenten normativen Strukturen, die die Anwendung der Rechtsordnung wesentlich mitbestimmen, wenn nicht gar vorbestimmen kann mit Dilthey als Frage nach dem Verhältnis von positiven Wissenschaften und Philosophie gestellt werden²⁹ oder eben mittels beispielsweise der Institutionenlehre theoretisiert werden. Jedenfalls gilt, dass für das Gebiet der Rechtswissenschaft eine unreflektierte Bestimmung dieses Verhältnisses im Grunde genommen auf die notorische falsche Opposition zwischen Naturrecht und Positivismus hinausläuft.³⁰

b) Wenn in der Folge die Koordination von juristischer und gesellschaftstheoretischer Perspektive in den Vordergrund gerückt wird, ist es vorgängig vonnöten, das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft(en) zu diskutieren: Für ein geschichtliches (wenn auch nicht zwingend historistisches) Verständnis ist es folgerichtig, die Jurisprudenz in den Kreis der Geisteswissenschaften miteinzubeziehen, sodass sie den Sozialwissenschaften gleichgeordnet ist (man kann mit W. T. MURPHY sogar der Auffassung sein, die Jurisprudenz sei die älteste Gesellschaftswissenschaft³¹). Wer dieser Konzeption zu folgen gewillt ist, für den gibt es keine weiter zu behandelnde Problematik eines soziologischen Einschlags der Rechtswissenschaft, beziehungsweise der Relevanz der gesellschaftlichen Umstände für die Jurisprudenz als integrative Normenwissenschaft. Anderen Vorurteilen, die auf einem anderen System der Wissenschaften fundieren ist nicht leicht zu begegnen: jedenfalls geht es den juristisch einschlägigen Institutionentheorien nicht darum, die "Rechtswissenschaft als empirische Sozialwissenschaft" zu begründen,³² nicht die Soziologie als "Wissenschaft von den Institutionen" (ÉMILE DURKHEIM) zu verstehen,³³ noch eine empirische Rechtssoziologie der Gruppen durchzuführen,³⁴ und auch keine soziologische Rechtstheorie in Szene zu setzen.³⁵ Am ehesten noch wäre eine formalistisch-methodische Verschränkung der beiden Disziplinen zu favorisieren, wie dies etwa bei WILHELM SAUER geschieht: Er versteht die Jurisprudenz als integrierenden Bestandteil der Gesellschaftslehre, legt Wert auf die gemeinsame Begründung der Wissenschaftlichkeit beider Disziplinen, auf deren gemeinsame "Konstituierung". Im Grundsatz:

"Die Soziologie bedarf der normativen Verankerung in der Sozialphilosophie; die Sozialphilosophie aber findet ihre feinere normative Ausgestaltung in der Rechtsphilosophie. Die Soziologie steigt von unten auf und gipfelt in der Sozialphilosophie; diese neigt sich auf der anderen Seite zur Rechtsphilosophie herab, um weiter unten in der Rechtswissenschaft zu endigen. Die Rechtsphilosophie ist ein Bindeglied zwischen der Sozialphilosophie und der Rechtswissenschaft; nichts wäre verfehler, als sie soziologisch auszumachen oder gar als eine soziologische Rechtswissenschaft auszugeben. Die Soziologie ist eine beschreibende, die Rechtswissenschaft ebenso wie die Rechts- und

die Sozialphilosophie sind normative Wissenschaften. Eine soziologische Rechtswissenschaft würde die Soziologie wie die Rechtswissenschaft verunstalten".³⁶

Nur muss man sich immer bewusst sein, dass eine formale Sichtweise eigentlich unangebracht ist, weil die Verhältnisbestimmung in der Vorstellungswelt räumlicher Metaphern erfolgt; wirklich scharf begriffene Gegensätze gibt es jedoch nur methodisch, während in der Praxis – mit Bezug auf die Welt in der wir handeln – "bloss" die Blickrichtung der unterschiedlichen Disziplinen verschieden ist ("die Rechtsphilosophie umspannt zwar das gesamte Gebiet der Sozialwissenschaften, aber unter Verkürzung des Blickes" ³⁷). So ist es keineswegs Kleinmut, sich mit der vagen Forderung zufriedenzugeben, dass sich Gesellschaftslehre "mehr" mit der Sitte, die Rechtsphilosophie "mehr" mit dem Recht zu befassen habe. Dies deckt sich auf epistemologischer Ebene mit dem Fazit, dass eine eigentliche Rechtsphilosophie nur als eine Wissenschaftsphilosophie des Rechts dankbar ist. Die Nachforschungen eines KARL GEORG WURZEL hätten viel dazu beitragen können, dass ein unverkrampfterer, auf Erfahrung basierender Umgang mit den gemeinsamen Problemen von Jurisprudenz und Soziologie Oberhand gewonnen hätte.³⁸ Stattdessen hat die Geschichte des Zwanzigsten Jahrhunderts mit ihrer Manifestation einer in falschen Dienst gestellten Rechtsordnung, mit der "Entartung" oder "Pervertierung des Rechts" die ideologische Perspektive einer plakativen Gegenüberstellung von Naturrecht und Rechtspositivismus favorisiert. Anlass zur Ausbildung der Institutionentheorie gab geistesgeschichtlich jedoch nicht sosehr diese letztlich künstliche Entgegenstellung, als vielmehr die logische Aporie zwischen dezisionistischer und normativistischer Rechtsauffassung (dazu untenstehend, Ziff. I.d).

c) Die verschiedenen Institutionentheorien alle auf einen gemeinsamen ideengeschichtlichen Hintergrund zu beziehen, dürfte unmöglich oder jedenfalls für zwingende Schlüsse zu ungenau und deshalb letztlich unergiebig sein. Immerhin sei nachfolgend eine mögliche Verortung der in unserem Zusammenhang wichtigsten Institutionenlehre vorausgeschickt: GEORGES BURDEAU hat den Begriff der Institution politologisch fruchtbar gemacht und sich damit als einen Anhänger der Institutionentheorie ausgewiesen; allerdings begreift er die Institution in Gestalt der thomistischen Transformation, was vielleicht bei Hauriou angelegt, aber erst von dessen Schüler GEORGES RENARD konsequent durchgeführt wurde.³⁹ Ein vergleichbarer Thomismus-Vorwurf wurde auch noch von A. DESQUEYRAT formuliert.⁴⁰ NORBERTO BOBBIO meint zutreffend, dass der Soziologe und Jurist MAURICE HAURIOU "nicht stärker ein Thomist als ein Positivist, Individualist oder Liberaler" sei⁴¹ (und wenn auch katholisch geprägt, dann eher von AUGUSTINUS und BLAISE PASCAL als von THOMAS VON AQUIN). Einleuchtend findet er es, die Rechtsidee als Leitidee des Staates aufzufassen:

"Die Verkörperung der Rechtsidee im Staat zeigt deutlich, welche Rolle die Idee vom Werk in der Institution spielt. Man sieht, dass sie nicht einfach mit einem Zweck oder einer Funktion gleichgesetzt werden kann, denn der Staat ist bereits die teilweise verwirklichte Rechtsidee. Die staatliche Institution ist die Grundlage einer bestehenden sozialen Ordnung, in der bestimmte Erfordernisse der Rechtsidee erkannt werden können. [...] Nichts könnte die Gemeinsamkeit von Staat und Rechtsidee stärker unterstreichen als das Zusammenwirken ihrer jeweiligen Entwicklung. Man sollte daher nicht so sehr von Solidarität als von Identität reden. [...] Die Rechtsidee repräsentiert im Verhältnis zum Staat ein Lebensprinzip. Dieser lebt nur durch die Rechtsidee, und die Institution bringt diese Tatsache zum Ausdruck. Die Idee des Staates ist die einer öffentlichen Macht, die das Schicksal einer Nation gemäss den in einer Rechtsidee enthaltenen Prinzipien formt".⁴²

Es fragt sich nur, ob der Staat nun eine Idee oder eine institutionelle Realität sei. Auch GEORGES GURVITCH hat eine Ähnlichkeit der Institutionenlehre MAURICE HAURIUS mit der Methode der "*expérience morale*" von FRÉDÉRIC RAUH festgestellt und in der christlich-katholischen Tradition von THOMAS VON AQUIN und BLAISE PASCAL (man vergleiche MAURICE BLONDEL) einen entscheidenden Einfluss der Systeme des Neo-Platonismus sowie der Lehre von HENRI BERGSON⁴³ und derjenigen von PIERRE JOSEPH PROUDHON erkannt; dem realistischen Spiritualismus ("Ideal-Realismus") der Institutionentheorie Haurious⁴⁴ gelinge es, die Idee des Handelns, des sozialen Werks als Bewegungszentrum mit einer schöpferischen Dauer theoretisch zu erfassen und so aufgrund eines Transsubstantationsvorgangs in das soziale Milieu einzudringen. Die Rechtswirklichkeit erscheint in dieser Perspektive als eine Objektivation der Idee der Gerechtigkeit :

"Aufgrund dieser Konzeption lässt sich in die juristische Denkweise eine ganze Reihe von Elementen einfügen, die der Normativismus und der Konzeptualismus im Bereich der Soziologie gezwungenermassen verworfen haben : die 'objektive Individualität' der Gruppe, die im Gegensatz zu ihrer subjektiven Persönlichkeit steht; die 'etablierten Verhältnisse', die 'Zustimmung zum Faktischen', das 'objektive Gleichgewicht', die 'Nation als Grundlage des Staates', allgemein die objektive Gemeinschaft als Grundlage der Organisation, und endlich, die 'objektiven Institutionen', in der sich alle diese Elemente vereinigen : Diese soziologischen Elemente führt Hauriou bis ins Innere der juristischen Konstruktionen ein. Man kann nicht, so sagte er nachdrücklich, 'die Grundlagen des Rechts aus dem Recht [...] verbannen'. / Dies ist auch der Sinn seiner schönen Formulierung : 'Ein bisschen Soziologie führt vom Recht fort, viel Soziologie führt wieder zu ihm hin'".⁴⁵

Die Intention der Institutionentheorie fasst Gurvitch so :

"Hauriou wollte bewusst eine neue juristische Methode entwickeln, eine ideal-realistische Methode, die den traditionellen Gegensatz zwischen dem Normativismus und der Soziologie durch die Suche nach den Ideen überwindet, die soziale Tatbestände geworden sind. Diese heissen nach unserer Terminologie normative Tatbestände, nach der Terminologie Haurious Institutionen. [...] Damit den spontanen und dynamischen Elementen des Rechtslebens, die seine wirkliche Grundlage darstellen, der Rechtscharakter nicht abgesprochen wird und sie nicht ausschliesslich in den Bereich der Soziologie verwiesen werden, ist der Nachweis erforderlich, dass die objektiven Institutionen exakte Rechtswirkungen äussern".⁴⁶

Eine Institution ist also die primäre Rechtsquelle, die als unpersönliche Autorität die Positivität des Rechts begründet ("absoluter Objektivismus"). Darüberhinaus verfolgt Gurvitch jedoch eine Korrektur der "Entstellungen" der klassischen Formulierungen der Institutionentheorie :

"Indem Hauriou sich weigert, den Vorrang des unorganisierten sozialen Rechts anzuerkennen, zerstört er mit eigenen Händen die philosophischen und juristischen Grundlagen seiner bedeutsamsten Konstruktionen : insbesondere seine Theorie der objektiven Individualität der institutionellen Gruppe als einer spezifischen Rechtsfigur, seine Auffassung von der moralischen Person als einer Vereinigung der Zusammenarbeit, in der sich Einheit und Mehrheit zu einer Synthese vereinigen, seine Verteidigung des Prinzips der Volkssouveränität, die sich ihrer individualistischen Deformierung entledigt hat; alle diese Theorien verlieren ihre Grundlage. Die praktischen Folgerungen, die man hieraus ziehen kann, werden in gefährlicher Weise schwankend und eröffnen die Möglichkeit direkt entgegengesetzter Interpretationen".⁴⁷

Die eigentümliche Realität der bewegenden Ideen liegt philosophisch in einem idealistischen Vitalismus der sozialen Institutionen begründet und erfolgt in Anlehnung an die Leitidee im Sinn von CLAUDE BERNARD, unter Hinweisen auf GEORGES DESMENIL und JACQUES CHEVALIER oder andernorts auch auf HENRI BERGSON.

d) Was ideologisch als Gegenüberstellung von Posivismus und Naturrechtslehre aufgefasst werden kann, kann auch ontologisch als Problem bezeichnet werden, für das die Institutionentheorie, deren Position vorgängig zu der ausführlichen Erörterung kurz skizziert wurde eine Lösung anbietet : die Absicht geht auf eine Theorie der Wirklichkeit, der Realität des Rechts.⁴⁸ Aussichtsreicher und in unserem Zusammenhang vorrangig ist die logische Formulierung der Problematik, wie sie CARL SCHMITT in seiner kleinen Schrift "Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens" geleistet hat : Die Institutionenlehre Haurious sei "seit der Herrschaft des Positivismus der erste Versuch einer Wiederherstellung des konkreten Ordnungs-

denkens".⁴⁹ Schmitt ist es hier um eine Überwindung von Normativismus, Dezi-
sionismus und Positivismus zu tun.

"Der Staat selbst ist für die institutionalistische Denkweise nicht mehr eine Norm oder ein Normensystem, auch keine bloße souveräne Dezi-
sion, sondern die Institution der Institutionen, in deren Ordnung zahlreiche andere, in sich selbständige Institutionen ihren Schutz und ihre Ordnung finden".⁵⁰

Im Ansatz richtig, so ist die Darstellung in einer wichtigen Hinsicht schlicht falsch (*sic!*): nicht alle normativen Strukturen der Gesellschaft können zutreffend als von der staatlichen Rechtsordnung delegiert/ abgeleitet verstanden werden; einige sind schlicht in dem Sinn autonom, dass sie ihren Bestand nicht aus dem Staatsrecht abzuleiten brauchen, sondern schlicht von ihrer Eigenberechtigung/ Selbstherrschaft hernehmen. Abweichend schlägt Schmitt für das neue Paradigma den Terminus "konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken" anstelle des Begriffs der Institutionen zur Kennzeichnung der "gegenwärtigen Art rechtswissenschaftlichen Denkens" vor (siehe den untenstehenden Exkurs dazu, Ziff. I.e). Die Anreicherung der Rechtsnorm von Seiten der Lebenswirklichkeit wird wie von bedeutenden Entwürfen zeitgenössischer Rechtslehre ins Werk gesetzt, so etwa in der Dissoziation von positiv-gesetzlicher Norm und Fallnorm/ Entscheidungsnorm in der "strukturierten Rechtslehre" von FRIEDRICH MÜLLER und in der Methodologie der Jurisprudenz von WOLFGANG FIKENTSCHER; auf dem Gebiet der juristischen Logik findet sich der Institutionalismus durchgeführt bei OTA WEINBERGER (dazu untenstehend, Ziff. V.).⁵¹ Wenn auch in der Auseinandersetzung zwischen richterlicher Entscheidung und Gestaltung das konkrete Ordnungsdenken bei ERNST FORSTHOFF zunächst eine Absage erfährt,⁵² so erfolgt doch im Grundsatz eine Weiterführung in Richtung eines institutionellen Rechtsdenkens, das hier im Zeichen der Hermeneutik steht (ähnlich bei HANS DOMBOIS,⁵³ hier jedoch mit theologischer Grundlegung). In seinem Artikel über das "konkrete Ordnungsdenken" hat ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE das Recht auf eine dem Dualismus von Sein und Sollen vorausliegenden konkreten Lebensordnung bezogen, d.i. in den überpersönlichen Institutionen der geschichtlich-sozialen Wirklichkeit begründet, und eine eigentümliche "Zwischenstellung zwischen methodischer und rechtsphilosophischer Theorieaussage" konstatiert.⁵⁴ Alle diese aus der Perspektive der Applikation/ Konkretisierung des Rechts entworfenen Konzepte passen definitiv nicht in die gängige Vorstellung der Unterscheidung einer disziplininternen Methodologie der Jurisprudenz von einer disziplinexternen rechtsphilosophischen Diskussion. Die bezeichnete Grundhaltung kennt dabei verschiedenste Spielarten: einmal das existentialistische, sogenannte konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken oder der "okkasioneller Dezi-
sionismus" bei CARL SCHMITT, welchem KARL LÖWITZ eine Affinität zu ADAM MÜLLER, dem "vielgewandten politischen Repräsentanten der Romantik" und "Erfinder der totalen Staatstheorie" attes-

tiert hat;⁵⁵ dann die klassische Institutionentheorie eines MAURICE HAURIOU oder SANTI ROMANO (dazu untenstehend, Ziff. II. und IV.);⁵⁶ aber nicht zuletzt auch die Aktualisierung der Position im soziologisch und gesellschaftstheoretisch orientierten Neo-Institutionalismus etwa von BRONISLAW MALINOWSKI, TALCOTT PARSONS, ARNOLD GEHLEN und HELMUT SCHELSKY (dazu untenstehend, Ziff. V.).⁵⁷ WERNER KRAWIETZ hat im modernen Rechtsdenken gar eine allgemeine Tendenz zu einem neuen Institutionalismus ausmachen zu können geglaubt;⁵⁸ dennoch liegen die Vorläufer der infragestehenden Auffassung unbestreitbar im aristotelisch-thomistischen Naturrecht und in der Rechtsphilosophie GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGELS; so wird etwa auch von KARL LARENZ das konkrete Ordnungsdenken richtigerweise in die philosophische Tradition des objektiven Idealismus hineingestellt.⁵⁹

e) Im nachfolgenden Exkurs soll die rechtsphilosophische Position des konkreten Ordnungsdenkens, die als Vorläufer (zeitlich genauer : Nebenläufer) der klassischen Institutionenlehren gelten darf eingehender besprochen werden :

aa) Gleichwie der obenerwähnte vergleichbare Versuch CARL SCHMITTS, ist auch der Ansatz CARL AUGUST EMGES zu den neuen rechtsphilosophischen Ufern eines "Okkasionalismus" heute nicht zuletzt deshalb verschüttet, weil beide herausragenden Autoren wegen ihrer Kollaboration mit dem nationalsozialistischen Regime in der Nachkriegszeit von ihren Kritikern wie von ihren Schülern geschnitten wurden und so bei der nachfolgenden Generation von akademischen Wissenschaftern schlicht vergessen gingen. Emges Entwurf zu einer Rechtsphilosophie und einer Philosophie der Rechtswissenschaft verläuft immer am moralphilosophischen Denkweg FRIEDRICH NIETZSCHEs entlang; und zwar in einer solchen Radikalität, dass auch Emge bis zu der Grenze vorstösst, an der der Gegenstand der wissenschaftlichen Behandlung abhandenkommt.⁶⁰ In gewisser Weise – wenn auch nicht im Ergebnis – ist die situative Richtigkeitslehre Emges eine andere mögliche Antwort auf diejenige Fragestellung, für die auch das von CARL SCHMITT postulierte sogenannte "konkrete Ordnungsdenken" eine Lösung sucht : nämlich auf die Feststellung, dass einerseits rein normativistisch oder andererseits rein dezisionistisch verabsolutierte Grundlagen der Jurisprudenz und Rechtsphilosophie/ Rechtstheorie den Erfordernissen der Zeit nicht zu genügen vermögen; während aber der Vermittlungsversuch Schmitts als gescheitert erachtet werden muss, ist derjenige Emges gänzlich unbeachtet geblieben. Bruchstücke der beidenorts dokumentierten Einsichten haben höchstens in den Neo-Institutionalismus und in die Systemtheorie Eingang gefunden. Im Sinn eines Problemaufrisses sei die logische Beschreibung der Realitätsferne des Rechts bei LÉON BRUNSCHVICG referiert : Die Rechtswissenschaft vermöge das juristische Urteil nicht adäquat auf die partikuläre Realität zu beziehen und dem Recht damit eine unbestreitbare Wirklichkeit zu geben, weil jedes einzelne Faktum zu komplex und zu singulär sei, als dass es sich in den Rahmen des Gesetzes fügen; also bleibe nicht anderes, als auf dem Weg der Fiktion aus der Wirklichkeit eine künstli-

che, spezifisch juristische Realität zu machen und damit auf jede unvermittelte Korrespondenz zwischen den Fakten und der juristischen Beurteilung zu verzichten :

"D'une part, l'objet de ce jugement peut n'être qu'un produit artificiel, sous les fictions légales [...]. Ou bien, par une conséquence inverse, c'est au fait qu'est refusé l'existence juridique".⁶¹

Diese Analyse auf dem Plan der Logik widerspiegelt kulturgeschichtlich jedoch nur die allgemein geteilte Einsicht wieder, dass eine Krise der politisch-kulturellen Rahmenbedingungen automatisch auch das Verfassungs- und Rechtsdenken in Frage stellt (was *nota bene* ja auch die Veranlassung für alle entsprechenden Beschäftigungen war); also ist die Jurisprudenz auf eine Thematisierung auch der kontextuellen Voraussetzungen für eine funktionierende Ordnung verwiesen.

bb) Das entscheidende Verhältnis von Sollen und Können kann verkürzend wie folgt thematisiert werden : Grundsätzlich ist es nur sinnvoll, auch tatsächlich Mögliches als gesollt zu statuieren (damit vom Moralgesetz wie auch vom Rechtsgesetz keine falsche "Nomodizee" künstlich geschaffen wird). Dazu hat sich auch Emge dezidiert geäußert : "Immanuel Kant lehrte : 'Du kannst, denn du sollst'. Martin Luther : *a debere ad posse non valet consequentia*. Wir meinen : für das zum *esse* gehörende *posse* kann es stets nur persönliche Pflicht als *debere* geben. Was das Individuum so soll, vermag es auch. Aber nicht nur *a posse ad debere valet consequentia*. Es bedarf zur Verbindlichkeit noch einer anderen Prämisse".⁶² Diese Prämisse liegt in der Auffassung Emges im Einschluss der pragmatischen Perspektive in die Bildung von Ganzheiten (in einem sozusagen pragmatistisch gedrehten Nominalismus), darin dass das Individuelle, Humane in der Reihe von Generalisierungen nicht gänzlich zum Verschwinden gebracht wird (gewissermassen unkontrollierter Universalismus), oder schlicht darin, dass die Generalisierung für das von einer belangvollen Direktive betroffene Individuum annehmbar, nachvollziehbar und zustimmungsfähig ist :

"Der Griff nach dem Ganzen ist stets ein Fehlgriff, wenn er in normativen Theorien über Ganzheiten als *terminus a quo* die Perspektiven, das Pragmatische ausser Acht lässt : genauer den *status quo* jeweils verschiedener Individuen an ihrer Stelle innerhalb solcher Ganzheiten. Wo Ganzheiten ihre teleologische Struktur haben und organisiert sind, ist die Organisation eine reale Voraussetzung. Aber was von solchen realen Voraussetzungen die Individuen jeweils belangvoll angeht, bedeutet doch nur, dass man solche Bedingungen wie alle anderen im Wirklichen als 'gegeben' und als zu gestaltendes Material in Hinsicht auf einen *terminus ad quem* hinzuzunehmen hat. Der gesuchte sinnvolle nächste Schritt bedeutet insofern stets auch Negatives. Hier ist wieder an ein später von Hegel übernommenes Wort Spinozas zu erinnern : *omnis definitio negatio est*. Es gilt auch für das reale Verhalten. Denn jedes involviert es, sozusagen real definierend, insofern es positiv setzend [ist], immer auch andere Möglichkeiten negiert. [...] Wer sich

Regelungen für solche Kollektive, Ganzheiten anmasst, darf nicht vergessen, dass sie von den dabei beteiligten wirklichen Individuen jeweils verschieden aufgefasst werden und dass die Belange der anderen nicht die seinigen sind. Im Gegenteil hat er die Situation der mit ihm zusammen befindlichen Menschen einzukalkulieren und damit noch die Geltungschance ihrer Normanmassungen. Der Philosoph aber hat dabei diese sämtlichen Momente im Auge zu behalten, damit nicht die hohlen Phrasen ideologischer Syntagmen aller Art ganz anderes, überraschend Unerwünschtes auslösen".⁶³

Der angeprangerte Fehlgriff der meisten normativen Theorien nach dem "Ganzen" hätte vermutlich also in einem nur unvollkommen überwundenen Platonismus bestanden, in einer letztlich unwissenschaftlichen Klassen- und Gattungsbildung,⁶⁴ wobei die Kritik Emges merkwürdig unabgeschlossen bleibt, wenn er topisch von einer Vielzahl von Momenten oder Aspekten oder "Accenten" ausgeht; der von Emge gewählte sprachliche Ausdruck könnte jedoch auch nahelegen, dass es sich bei diesen mannigfaltigen Erscheinungsformen bloss um unterschiedliche Pointierungen/ Akzentuierungen ein und derselben Grundauffassung handelte. Die Subsumtionsproblematik übersteigt in ihrer logischen Komplexität das Verhältnis zwischen Begriff und Realität nun noch bei weitem, was schliesslich doch auf so etwas wie eine unendliche Gerechtigkeitsferne verweist :

"Es ist zu beachten, dass zwischen dem 'wirklichen Menschen', der wissenschaftlichen Aussage und uns selbst als Konkretum eine noch grössere Spanne besteht, als zwischen Individualbegriff und Realität : Sokratitas und Sokrates. Der Individualbegriff kann von uns nur als solcher in die Betrachtung einbezogen werden, so wie ihn etwa die Logik betrachtet. [Normative] Wissenschaft ist nur insoweit möglich, als die Bestimmung des wahrhaft Angehenden unter Berücksichtigung des konkreten Falls als solchen gelingt, d.h. als sie nach üblicher Redewendung noch allgemeingültig, allgemeinverständlich, allgemeinmittelbar bleibt. Das lebendige Ich als Beispiel jenes Falls aber ist immer nur von diesem selbst aus durch die Tat in Abbrüchen zu subsumieren".⁶⁵

"Das 'belangvoll Angehende' ist der in den direktiven Bereich 'die ganze Schöpfung' gehobene Begriff des Ichs", fasst Emge seine Erwägungen formelhaft zusammen.⁶⁶ Schon Nietzsche habe angeprangert, dass ein Teil sich anmasse, das Ganze zu verurteilen; entsprechendes zum Verhältnis von Teil und Ganzem gelte nun auch für die Jurisprudenz.⁶⁷ Eine diesbezügliche Skepsis – oder : Umdrehung – würde sich äussern in einer gewissen "Abneigung gegenüber Allsätzen", in einer tendenziellen Annäherung von Politischem und Unpolitischem, der von CARL SCHMITT existentiell-politisch behaupteten Kategorien von Freund und Feind; damit gelangte die behandelte Thematik allerdings in die Reichweite der Freiheitsproblematik.

cc) An dieser Stelle ist es hilfreich, einen Gegenentwurf zur Lösung desselben Missstands in der konzeptuellen Durchdringung der Vermittelbarkeit von generell-abstrakter Rechtsnorm und individuell-konkretem Einzelfall zu würdigen; in Vorträgen "Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens", gehalten am 21. Februar 1934 vor der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften und am 10. März 1934 auf der Tagung des Reichsgruppenrats der Referendare (Jungjuristen) im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen in Berlin, thematisierte CARL SCHMITT die polaren Lösungsansätze des "Normativismus", des "Dezisionismus" wie auch einer "Verbindung von Entscheidungs-/ Gestaltungs- und Gesetzesdenken" im juristischen Positivismus des Neunzehnten Jahrhunderts.⁶⁸ Es handelt sich bei der zum Druck gelegten Fassung um eine sogenannte "Rahmenpublikation", d.h. einer Schrift mit Einleitung und Abschluss im Sinn des Führers, wohl um der Zensur der Partei zu gefallen, und einem wissenschaftlich verantworteten Mittelteil; so lesen wir am Anfang: "Es ist von grosser Tragweite, welcher rechtswissenschaftliche Denktypus sich in einer bestimmten Zeit und bei einem bestimmten Volk durchsetzt. Die verschiedenen Völker und Rassen sind verschiedenen Denktypen zugeordnet, und mit der Vorherrschaft eines bestimmten Denktypus kann sich eine geistige und damit politische Herrschaft über ein Volk verbinden"; und am Ende: "Der Staat als besondere Ordnungsreihe innerhalb der politischen Einheit hat nicht mehr das Monopol des Politischen, sondern ist nur ein Organ des Führers der Bewegung. [...] Jetzt bedarf es eines konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens, das den zahlreichen neuen Aufgaben der staatlichen, völkischen, wirtschaftlichen und weltanschaulichen Lage und den neuen Gemeinschaftsformen gewachsen ist".⁶⁹ Abgesehen von diesen für einen Staatsrechtslehrer unverzeihlichen Äusserungen geht es Schmitt um die Überwindung des wirklichkeitsfremden Normativismus (des Verständnisses des Gesetzes als generell-abstrakte Norm) wie auch des "okkasionellen Dezisionismus" (des Verständnisses des Gesetzes als diktatorischer Befehl) vermittels einem nur in Ansätzen entworfenen "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken".

"Die Norm oder Regel schafft nicht die Ordnung; sie hat vielmehr nur auf dem Boden und im Rahmen einer gegebenen Ordnung eine gewisse regulierende Funktion mit einem relativ kleinen Mass in sich selbständigen, von der Lage der Sache unabhängigen Geltens. Für eine rein normativistische Methode ist es dagegen kennzeichnend, dass sie die Norm oder Regel (im Gegensatz zur Entscheidung oder zur konkreten Ordnung) isoliert und verabsolutiert. [...] Das normativistische Denken kann sich darauf berufen, unpersönlich und objektiv zu sein, während Entscheidung immer persönlich ist und die konkreten Ordnungen überpersönlich sind. Der Normativist nimmt also die unpersönliche, objektive Gerechtigkeit gegenüber der persönlichen Willkür des Dezisionisten und dem feudalen, ständischen oder sonstigen Pluralismus der Ordnungen für sich in Anspruch".⁷⁰

Der *nomos* sei aber "Recht, das sowohl Norm, wie Entscheidung, wie vor allem Ordnung ist",⁷¹ gibt Schmitt zu bedenken; "und damit befinden wir uns bereits wieder in konkreten Entscheidungen und Institutionen, statt in abstrakten Normen und generellen Regeln".⁷² In einem "Nachsatz" zur Akademie-Abhandlung über das "Trilemma der praktischen Vernunft" befasst sich Emge eingehend mit dem Vorschlag Schmitts: Er geht zunächst aus von einer Differenzierung zwischen Norm und Regel, zwischen Geltung und Wirksamkeit:

"Verständlich ist es, dass von alledem im faktischen Denken einer Zeit oder eines Menschen jeweils ein Moment überbetont sein kann. So das Normative, wenn zum Beispiel die Neigung besteht, die Richtschnur gegenüber dem Richtbaren überwiegen zu lassen. [...] Das Dezisionistische, wenn Sklavenseelen Menschen versklaven oder vergotten: *Car tel est notre bon plaisir! stat pro ratione voluntas!* Das konkrete Ordnungsdenken, wenn man den 'Stoff': den 'soziologischen Gegenstand' überbetont, also mehr das Richtbare als die Richtschnur im Auge hat".⁷³

Emge ist nun jedoch daran gelegen, den von Schmitt mit dem Begriff des Dezisionismus fälschlich hypostatistisch kontrastierten und mit dem neuinszenierten Ordnungsdenken desavouierten "Normativismus" zu behaupten; und zwar auf dem Weg über den juristischen Syllogismus, der eine Reihe der Konkretisierung⁷⁴ miteinschliesse.

"Drückt jeder belangvoll angehende Sollenssatz eine wirkliche Verbindlichkeit aus, so muss (wie bei allen Wirklichkeitsproblemen) es auch unendliche Grade der Konkretisierung geben. [...] Die Sätze werden dabei jeweils konkreter ebenso wie, umgekehrt gesehen, der Weg ins sogenannte 'Abstraktere' führt. 'Konkret' und 'abstrakt' ergeben sich also je nach der Richtung der Betrachtung von Sätzen, d.h. danach ob diese von dem Prinzip nach dem Prinzipiat zu oder umgekehrt gesehen werden. Es handelt sich demnach dabei nicht um 'absolut' zu nehmende Gebilde, um keine 'Substanzen'".⁷⁵

Das ausschlaggebende Argument lautet, dass die Ordnung omnipräsent sein müsse, auf allen Konkretisierungsstufen und auf allen Abstraktionsstufen; in Gegenüberstellung mit dem von Schmitt abschätzig bewerteten Normativismus bedeutet der bevorzugte Dezisionismus zunächst nichts als ungerechtfertigte Anmassung. Unter Bezugnahme auf die entgegengesetzten Positionen von THOMAS HOBBS und LORD HENRY DE BRACON⁷⁶ führt Emge aus: "Insofern ist es richtig: *auctoritas non veritas facit legem, legem* aber nicht *ius!* Weder *auctoritas* noch *veritas* vermögen allein *ius* zu machen. Dazu bedarf es noch eines anderen Rechtsgrundes. Nur für den schlimmsten Positivisten wäre die einfache Entscheidung gleich *arbitrio*. Niemals aber ist der von jenem willkürlich vollzogene Schnitt ohne weiteres 'richtig', d.h. eine gerechtfertigte Diskretion".⁷⁷ Alles in allem lässt sich konstatieren, dass die Unterscheidungen

Schmitts mit denjenigen von tugendhaftem, fortschrittlichem und situationsgemäßem Denken in der betreffenden Akademie-Abhandlung Emges nicht korrelieren.

"Stets behauptet ein Gesetzgeber, 'Normatives' zu 'setzen', wie auch jeder Handelnde bei seinen Entschlüssen Entsprechendes für sich selbst behauptet, 'dezisionistisch' zu sein, da er ja sonst überflüssig wäre. / Stets behauptet er, zu 'ordnen', und zwar 'konkretes' zu ordnen, insofern er ja wirken, d.h. gelten will. [...] Der dogmatische Jurist muss unvermeidlich 'normativ' denken, da er ja 'belangvoll Angehendes' feststellen soll. Er denkt dabei auch 'dezisionistisch', insofern 'Gegebenes' im Untersatz des Schlussverfahrens notwendig enthalten sein muss. Er vergesse dabei nur als Rechtsphilosoph den Obersatz nicht! Schliesslich muss der Jurist auch 'konkret ordnen', da sich sein Denken auf 'soziologische Gegenstände' bezieht, d.h. [auf] Verhältnisse, die in dieser oder in anderer Weise 'richtig' sein können".⁷⁸

Für Emge mündet diese Einsicht in eine bedenkenswerte Disqualifizierung des Ordnungsdenkens, hier zusätzlich begründet mit einem Hinweis auf die "Logik als Ordnungslehre" von HANS DRIESCH: "Daher besagt das Wort 'konkretes Ordnungsdanken' gar nichts, wenn man darunter nicht etwa das Verfahren eines Praktikers verstehen will, der etwa im Handel zusieht, wie sich gewisse Gebräuche bilden und dabei mitwirkt. Eine verbindliche Ordnung bedeutete dasselbe wie Heterologes auf Grund normativer Anmassungen, des Heteronomen, das bekanntlich der Begleiter jeder Gewohnheit ist".⁷⁹ Obwohl also Emges Situationsphilosophie von ebenderselben Grunddiagnose ausgeht wie das konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken Schmitts, laufen die jeweiligen Lösungsansätze diametral auseinander.

dd) In diesem Zusammenhang ist es interessant, darauf hinzuweisen, dass auch für HANS KELSEN der Rechtsanwendungsakt ein Gestaltungsakt ist: Auch hier findet sich eine scharfe Trennung zwischen (Rechts-)Norm/ abstrakte (Rechts-)Regel und Entscheidung/ konkreter Ordnung; hingegen wird die Wirksamkeit von Kelsen als Bestandteil der Geltung des Rechts angesehen.⁸⁰ Kelsen äussert einen doppelten Ideologievorwurf, erteilt aber nur eine einseitige Absage: "Betrachtet man das positive Recht als normative Ordnung im Verhältnis zur Realität des tatsächlichen Geschehens, das, dem Anspruch des positiven Rechts nach, diesem entsprechen soll (wenngleich es ihm durchaus nicht immer entspricht), dann kann man es als 'Ideologie' qualifizieren. Betrachtet man es im Verhältnis zu einer 'höheren' Ordnung, die den Anspruch erhebt, dass das positive Recht ihr entsprechen solle, etwa im Verhältnis zum Naturrecht, zum Ideal einer – irgendwie gedachten – Gerechtigkeit, dann stellt sich das positive Recht als das 'wirkliche', das seiende Recht dar und das Naturrecht oder die Gerechtigkeit als Ideologie. Ihre anti-ideologische Tendenz [*sic!*] bewahrt die Reine Rechtslehre darin, dass sie die Darstellung des positiven Rechts von jeder Art naturrechtlicher Gerechtigkeitsideologie zu isolieren sucht. Die Möglichkeit der Geltung einer über dem Recht stehenden Ordnung bleibt für sie ausser

Diskussion. [...] Die Reine Rechtslehre ist die Theorie des Rechtspositivismus".⁸¹ Im Kontext der Interpretationslehre erscheint der Akt der Rechtsanwendung Kelsen folgerichtig als eine Entscheidung :

"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. So wenig wie man aus der Verfassung durch Interpretation richtigen Gesetze, kann man aus dem Gesetz durch Interpretation richtige Urteile gewinnen. 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. Aber auch dieser ist ein Rechtsschöpfer und auch er ist bei dieser Funktion relativ frei. Eben darum ist die Gewinnung der individuellen Norm im Verfahren der Gesetzesvollziehung, sofern dabei der Rahmen der generellen Norm erfüllt wird, Willensfunktion".⁸²

Es stellt sich hier die Frage, ob für die Reine Rechtslehre der Akt der Rechtsanwendung von einem Voluntarismus gedeckt wird, der letztlich aufklärerischen und idealistischen, wenn nicht gar Kantischen Ursprungs ist, oder ob er eine letztlich arbiträre Dezision darstellt; im zweiten Fall wäre zugleich auch die klassische Lehre der Gewaltenteilung aufs Spiel gesetzt.⁸³

II. [*Jean-Claude-Eugène-Maurice Hauriou – "La théorie de l'institution" – Ideal-Realismus des Rechts, begründet im Vitalismus sozialer Institutionen*] a) Die von JEAN-CLAUDE-EUGÈNE-MAURICE HAURIOU begründete "Theorie der Institutionen" entspringt einem lebensphilosophisch begründeten Vitalismus⁸⁴ und stellt eine Erfindung dar, "qui compte parmi les plus heureuses et les plus fécondes constructions juridiques de ce siècle".⁸⁵ Für die Veranschaulichung der Institutionenbildung aufgrund einer Leitidee wird ein Drei-Stufen-Modell der Einbeziehung ("Interiorisation"), Verkörperung ("Inkorporation") und Personifizierung ("Personifikation") entworfen (Vitalismus in Anlehnung an die Leitidee im Sinn von CLAUDE BERNARD); dabei wird die theoretische Verdenkgegenständlichung/ Objektivierung als eine Verstetigung der Leitidee in der zeitlichen Dimension (im Fall des Territorialstaates auch in der räumlichen Dimension) erklärt. Hauriou begründet so einen Primat des objektiven Rechts und gelangt zur Schlussfolgerung, dass die Grundlage der Kontinuität in der Gesellschaft, im Recht und im Staat in der Realität der moralischen/ juristischen Person liegt, und dass also den positiven Rechtsnormen nur eine sekundäre Rolle zukommen kann.

"(1.) Gerade bei den verbandsmässigen Institutionen, zu denen auch der Staat gehört, und bei dem Gründungsvorgang dieser Institutionen ist die Grundlage für die Kontinuität im Gesellschaftlichen zu suchen. Solange die verbandsmässigen Institutionen bestehen und solange sie in sich selbst und um sich herum die Kontinuität ihrer Leitidee und deren Wirksamkeit in objektiver wie in subjektiver Hinsicht bewahren, solange unterstützen und erhalten sie durch ihre Macht auch alle Rechtsverhältnisse um sich herum, die auf Dauer angelegt sind. [...] Man kann folgende Gleichung aufstellen : (a) Kontinuität gleich Institution und Gründung; (b) Institution und Gründung gleich Leitidee, Macht, gemeinsame Übereinstimmung. / (2.) Weiter haben wir das Vorhandensein von moralischen Personen bestätigt gefunden, als wir den natürlichen Charakter der Phänomene der Verkörperung und der Personifizierung der Institutionen näher betrachteten. Die Bedeutung dieser ersten Beobachtung wurde noch bekräftigt durch eine zweite, dass nämlich, wenn die Verkörperung für die Leitidee der Institution bereits objektive Kontinuität schafft, die Personifizierung ihrerseits subjektive Kontinuität für dieselbe Idee schaffen muss, deren Auswirkungen noch hinzuzufügen waren. [...] (3.) Die sekundäre Rolle der Rechtsnormen im gesamten Rechtssystem schliesslich scheint uns aus den vorangehenden Überlegungen hervorzugehen. Die bezeichnende Tatsache [...], dass nämlich die Rechtsnormen, soweit sie überhaupt als Leitidee in Frage kommen, nicht genügend Lebenskraft in sich haben, um einen Verband um sich herum aufzubauen, der zu ihnen gehört und in dem sie Gestalt gewinnen, beweist zur Genüge, dass sie den Leitideen unterlegen sind, die über ausreichende Lebenskraft verfügen, um sich zu verselbständigen. / Dieser schlagende Beweis lenkt unsere Aufmerksamkeit auf die uralte Wahrheit hin, dass das entscheidende Element in einem Rechtssystem diejenigen sind, die Rechtshandlungen vollziehen, nämlich die Individuen einerseits, die verbandsmässigen Institutionen andererseits, weil sie die lebendigen und

schöpferischen Persönlichkeiten sind, sowohl durch die Ideen von den Unternehmen, die sie repräsentieren, wie durch ihre Macht zu deren Verwirklichung. Die Rechtsnormen dagegen stellen nur Ideen der Beschränkung dar, statt Ideen des schöpferischen Unternehmens zu verkörpern".⁸⁶

Die staatliche Handlung wird denn nicht durch eine Norm, sondern durch die staatliche Institution verkörpert, was ersichtlich gegen den "Positivismus" eines LÉON DUGUIT gerichtet war : "Es sind die Institutionen, welche die Rechtsnormen schaffen, aber nicht die Rechtsnormen, welche die Institutionen schaffen".⁸⁷ Die Sozialordnung lässt sich beschreiben als ein "Unternehmen zur Stabilisierung des jeweiligen Gesellschaftszustands durch ein im Gleichgewicht befindliches Gefüge" ("*entreprise de stabilisation de l'état social par une structure équilibrée*").⁸⁸ Die Verwirklichung der Gerechtigkeit gelingt immer nur "tropfenweise", jedoch mit "unendlichem Wert" jedes einzigen Tropfens, woraus eine starke Präferenz für die Anwendungsgerechtigkeit im Einzelfall folgt :

"Gerechtigkeit wird wahrhaft nur durch besondere Entscheidungen im konkreten Fall in die Tat umgesetzt. Wenige allgemeine Regeln sind vollkommen gerecht, weil sie zu unterschiedliche Fälle auf gleiche Art und Weise behandeln; um zu einer gerechten Lösung zu kommen, bedarf es eines Richterspruchs, der die Regel auf den Einzelfall anwendet. Allgemeine Regeln, also auch die Gesetze, sind eher Instrumente einer Sozialordnung als der Gerechtigkeit".⁸⁹

Diese Haltung lässt ein durchaus ambivalentes Verhältnis zur Idee des Naturrechts erkennen, das mit der Rechtsordnung auch die Sozialordnung mitumfassen soll; immerhin kontestiert Hauriou drei Vorteile des Naturrechts :

"(1.) Elle écarte l'imagination d'un droit naturel évolutif. En soi, le droit naturel est immuable, aussi bien dans ses principes d'ordre social démocratique que dans ses principes de justice, mais, d'une part, il ne se réalise qu'en des chefs-d'œuvre classiques, qui, d'ailleurs, peuvent être en progrès les uns par rapport aux autres; d'autre part, ces réalisations du droit naturel sont intermittentes ou périodiques pour les raisons ci-dessus. (2.) Cette solution individualiste nous débarrasse également des socialismes et des communismes. Sans doute, ces systèmes sont animés d'un sentiment de justice, mais qui es associé à des vues radicalement fausses sur les possibilités d'évolution de l'ordre social. [...] (3.) Par sa conception d'un idéal de droit naturel réalisé progressivement en des chefs-d'œuvre classiques, cette solution nous ramène à la traditionnelle définition artistique du droit. Il y a une science du droit et il y a aussi des sciences auxiliaires du droit, mais, en tant que créateur de constructions d'ordre social et de justice, le droit est un art. C'est à la fois l'*ars boni et aequi* et l'*ars stabilis et securi*. Toute théorie juridique est

une œuvre d'art et le système juridique pris dans son ensemble en est une très imposante et très noble".⁹⁰

Obwohl ein Primat der subjektiven Personalität und also der subjektiven Rechte vor der objektiven Individualität und des objektiven Rechts besteht, ist die Objektivität des Rechts gefordert, "weil die Institutionen die Quelle des Fortdauerns des sozialen Lebens sind, dadurch dass in ihnen das Prinzip der Verlangsamung eingeschlossen ist, darum sind die objektiven Elemente (die Institution) notwendige Elemente des Rechts. Ohne objektives Element wäre das Recht ohne ihm eigene Bedeutung geblieben, ja überhaupt unmöglich".⁹¹ Objektives Recht erweist sich dazu als die eigentliche Bedingung des Rechtsstaates :

"Der Rechtsstaat ist die Verkettung der Zukunft mit der Vergangenheit durch die Unterwerfung der Quellen des Regierungsrechts unter das bestehende Recht. Sein prinzipielles Wesen besteht in der Kontinuität der Tradition. Das bedeutet : wenn der Rechtsstaat durch das konstitutionelle Statut [durch die Verfassung] verwirklicht ist, wird durch dieses Statut [diese Verfassung] auch die Kontinuität verwirklicht".⁹²

Folge dieser Auffassung ist eine Aufspaltung der juristischen Persönlichkeit in eine subjektive Personalität und eine objektive Individualität (je eigene Lehren vom subjektiven und objektiven Recht sind die vornehmlichsten Folgen davon).⁹³ Das Recht ist letztlich den normativen Geltungsansprüchen seiner Zeit in Richtung auf die Gerechtigkeit ein Stück voraus, paradoxerweise indem es die Vergangenheit versteigt. Diese Erkenntnis kommt dem Fundament einer nachmetaphysischen, eigentlichen "Philosophie des öffentlichen Rechts" auf der existenzialphilosophischen Grundlage einer christlichen Anthropologie gleich.

b) Beherrschende Themen im Werk Hauriou sind nebst der Vertragstheorie, der Rechtspolitik und der Suche nach dem richtigen Rechtsinhalt zahlreiche Überlegungen zur Grundlage der juristischen Person :⁹⁴ Er anerkennt eine soziale und moralische Persönlichkeit des Staates – nicht eigentlich eine "juristische Persönlichkeit", die immer nur eine Maske der sozialen und moralischen Persönlichkeit sein kann oder dann eine technische Fiktion ist –, die zu den Freiheitsrechten hinzutritt und ideengeschichtlich den Rechtsstaat zu einer "*réalité à double face*" macht; die beiden Ideen sind "*l'envers et l'endroit d'une même réalité*".⁹⁵ So verschmelzen Repräsentation und Moralität in der politischen Verantwortlichkeit der verfassten Organe in einem "täglichen moralischen Drama". Die reiche verfassungs- und verwaltungsrechtliche Literatur zeugt von der Applikation des dogmatischen Gerüsts der Institutionenlehre (woran diese ursprünglich auch entwickelt worden ist).⁹⁶ Die (kollektive oder moralische) Persönlichkeit erscheint darin immer als ein Element der gesellschaftlichen Realität : das Recht – "*ce fidèle miroir de la société*"⁹⁷ – rechnet mit der natürlichen Per-

son, mit der juristischen Person und mit den moralischen Personen und hat, als Repräsentationsmechanismus/ Hypostase und nicht als organisistische Vorstellung,⁹⁸ die Funktion, objektiv unterschiedliche Realitäten auf subjektiver Ebene zu konzipieren (analog der Dreieinigkeit Gottes, der Identität der Einheit des objektiven Gottes mit der Dreiheit der subjektiven Erscheinungen Gottes). Ziel Haurious ist es zu zeigen, dass die Repräsentation keine Fiktion ist, sondern die Übersetzung einer gesellschaftlichen Wirklichkeit in die juristische Sprache;⁹⁹ so bedeutet Solidarität zugleich Macht und Abhängigkeit, die juristische Person ist eine metaphysische Konstruktion und so artifiziell :

"la personnalité juridique individuelle est déjà une œuvre en partie factice, composée sans doute avec des éléments subjectifs réels, les volitions, mais ramenant ces éléments à une unité et à une continuité qu'au point de vue phénoménal ils n'ont pas".¹⁰⁰

Das Verhältnis der drei Elemente der Institution kehrt so in der Konstruktion der juristischen Person wieder : "Der Aspirationswille und der Realisationswille stehen im Dienst der Idee dadurch, dass beide im Rahmen der Idee des sozialen Werks interiorisiert [besser : einbeschrieben oder innewohnend] sind".¹⁰¹ Eine in unserem Zusammenhang interessante Aussage macht Hauriou auch zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und den Sozialwissenschaften : die antinomische Entgegensetzung beruhe auf dem Missverständnis, "que le droit est à tendances individualistes et que l'on a pu supçonner la science sociale d'être au contraire à tendances collectivistes".¹⁰² Es gilt also vielmehr, dass beide Wissenschaften Modalitäten der Verstetigung, der Stabilisierung von sozialen Phänomenen behandeln und so vermag die Einsicht in die moralische Bedeutung der Tatsachen in der Zeit um die Jahrhundertwende eine regelrechte Strömung in der Theoriebildung zu bewegen.

c) Dem biographischen Hintergrund Haurious in den Sozialwissenschaften entspricht, dass die Gesellschaftslehre die Basis der Philosophie des (öffentlichen) positiven Rechts bildet : als Elemente der politischen Einheit bestimmt er eine genügend ausgebildete Arbeitsteilung in einer territorial koexistierenden Zivilisation, genügend starke Ähnlichkeiten in der Gesellschaft (eine "*communauté des aspirations*") sowie ein mit der Macht zu zwingen ausgestattetes/ machtbewehrtes Organ (ein "*gouvernement*"), das die Funktion zu erfüllen vermag, aufgrund dieser Ähnlichkeiten eine Einheit zu bilden;¹⁰³ der gesellschaftliche Zusammenhalt ("*le tissu social*") sei jedoch das entscheidende Element und nicht etwa die Regierung, da die beiden Elemente kontradiktorisch zueinander stünden. Vor diesem Hintergrund formuliert Hauriou eine bedenkenswerte Definition des Staates :

"Lorsque le tissu métaphysique réalise le gouvernement politique, cela s'appelle l'État, et cela prend une importance très grande. / L'État est donc l'unité politique et le gou-

vernement réalisés par le tissu métaphysique, c'est-à-dire par cette société que créent entre les hommes les idées générales et les idées abstraites".¹⁰⁴

Diese Definition des Staates, so glaubt Hauriou, sei indifferent betreffend unterschiedlichen Konzeptionen des Staates in verschiedenen geistesgeschichtlichen Epochen;¹⁰⁵ Die allgegenwärtige Orientierung an der Vernunft (betreffend rational aufgeklärte Ähnlichkeiten, rationale Organisation der abstrakten politischen Einheit) zielt vielmehr auf die Funktion des Rechts überhaupt ab: "Le Droit est justement l'ensemble des similitudes sociales rationnelles que l'État a mission de maintenir. Un système de Droit est fait de règles générales qui, forcément, expriment des similitudes".¹⁰⁶ Sozialordnung und Gerechtigkeit sind nun aber nicht einfach gleichzusetzen, sondern nuanciert zu differenzieren, was Hauriou metaphorisch veranschaulicht: die gesellschaftliche Ordnung ist das Unternehmen, den gesellschaftlichen Zustand mittels einer ausgewogenen normativen Struktur zu stabilisieren.

"Les relations de l'ordre social avec l'idéal de la justice ressemblent assez à celles que soutiennent entre eux la maquette d'une statue et l'idéal de la beauté plastique. Il y a de la beauté dans la maquette, bien qu'elle soit de premier jet, mais des retouches de l'artiste sont nécessaires pour lui infuser encore plus de beauté. Il y a déjà de la justice dans l'ordre social le plus brut, mais des retouches successives doivent lui en incorporer toujours davantage. / Et, cependant, il existe une limite: les retouches ne doivent pas compromettre l'équilibre statique de la construction. L'ordre social démocratique réalise plus de justice sociale que l'aristocratique, mais aussi l'expérience le dénonce plus fragile, parce que l'égalité dans la liberté compromet son équilibre statique, qui est à base de pouvoir et d'autorité".¹⁰⁷

In der moralischen Persönlichkeit des Staates, die in die nationale Souveränität mündet,¹⁰⁸ ist alles zugleich einheitlich und vielfach; diese Feststellung erlaubt die folgende Typisierung:

"Cette participation des membres du groupe à tous les événements moraux intérieurs signifie que la personne morale est du type du corpus dans lequel la personnalité du tout n'est pas complètement séparable de celle des membres et qui n'est que la centralisation d'une responsabilité collective diffuse; elle n'est pas du type universitas dans lequel la personnalité du tout a été imaginée comme séparable de celle des membres, fâcheuse interprétation des faits qui a ouvert la voie aux doctrines de la fiction".¹⁰⁹

d) Die wirkungsvolle Abhandlung Hauriou zur nationalen Souveränität eigentlich keine Souveränitätslehre, sondern eine kleine (154seitige) regelrechte Allgemeine Staatslehre und Politische Philosophie (in Auseinandersetzung mit den Lehren von LÉON DUGUIT und FRANÇOIS GÉNY erarbeitet).

"Le problème de la souveraineté nationale est comliqué. Ce n'est pas tout le problème de l'État moderne, mais c'en est une bonne moitié. L'État est à la fois un ensemble d'institutions et un organisme qui dispose d'un pouvoir d'action. Ce pouvoir d'action ou cette puissance d'État est la souveraineté et, quand elle réside d'une certaine façon dans la nation, elle est la souveraineté nationale".¹¹⁰

Obwohl die Souveränität der Nation in Frankreich seit einem Jahrhundert proklamiert sei, gebe es noch immer keine Theorie der nationalen Souveränität, stellt Hauriou fest und wendet sich gegen die Auflösung der staatlichen Macht durch den waltenden Logismus und Monismus sowie in der Lehre von den *services publics* bei LÉON DUGUIT.¹¹¹ Hauriou fordert die Anwendung einer rigorosen Methode der Betrachtung des Problems der innerstaatlichen Souveränität, losgelöst von jedem System des Staatsrechts; es dürfe keine von Fakten abgehobene, unabhängige Betrachtung der Souveränität erfolgen, sondern eine sorgfältige Analyse der politischen und gesellschaftlichen Fakten müsse geleistet werden, um eine Unterscheidung der Synthesen in der Konstruktion des Staates zu bewerkstelligen. Die klassische, revolutionäre Souveränitätstheorie unterscheide zu unrecht die nationale Souveränität von der Souveränität des Staates :

"Il y a d'abord dans l'État une institution nationale, qui est une synthèse à la fois corporelle et composite. Elle est corporelle, parce qu'elle peut être construite sans le secours de la personnalité morale, comme un corps peut être construit sans âme, à la façon d'un automate. Elle est composite, parce que le corps de l'institution nationale est fait de pièces et de morceaux, d'organes divers dont les activités convergent. / Il y a aussi dans l'État une personnalité morale et juridique, qui est une synthèse à la fois incorporelle et indivisible, indécomposable en des parties".¹¹²

Soll nun die Nation mittels des Begriffs des Staates oder der Staat mittels des Begriffs der Nation erklärt werden? Hauriou schlägt eine sukzessive Behandlung der Elemente, der Einheit und der Bedeutung der nationalen Souveränität sowie des Übergangs von der nationalen Souveränität zu derjenigen des Staates vor¹¹³ und schliesst sich der Unterscheidung der konsensgetragenen *volonté générale* von der aus den *volontés particulières* aggregierten *volonté électorale* sowie der beiden von der Mehrheitsentscheidung der *volonté législative (volonté de la loi)* an,¹¹⁴ die sich bei JEAN-JACQUES ROUSSEAU nur unvollständig durchgeführt findet. Die Unterscheidung von elektoraler, gesetzgebender und exekutiver Gewalt im Staat müsse streng durchgeführt werden, was die

nationale Souveränität in den grösseren Zusammenhang mit der Repräsentationstheorie stellt; hier plädiert Hauriou für die Theorie der Delegation der Souveränität, für die Einheit der nationalen Souveränität trotz der Gewaltenteilung). Und noch einmal unterstreicht er, dass die Unterscheidung der nationalen Souveränität von derjenigen des Staates nur eine Frage der Perspektive sei :

"Dans la théorie de la souveraineté nationale, nous envisagions des pouvoirs multiples et convergents, pouvoirs de gouvernement, puissance d'adhésion de la volonté générale de la nation, qui, par suite du phénomène de la composition des forces, parvenaient à produire une unité composite. Dans la théorie de la souveraineté de l'État, nous allons envisager un pouvoir simple, non composite, indivisible, aussi simple dans sa source que dans sa mise en action. Dans la théorie de la souveraineté nationale, la souveraineté était une force objective incorporée à l'institution nationale, mais qui n'était encore rapporté à aucun sujet de droit. Au contraire, dans la théorie de la souveraineté de l'État, la souveraineté devient un pouvoir subjectif rattaché à un sujet de droit".¹¹⁵

Die Institutionenlehre des Rechts läuft schliesslich auf eine Relativierung der zentralen staatsrechtlichen Figur der Souveränität hinaus. Die These von der "Pluralisierung des Begriffs der Souveränität" in der Figur der relativen Souveränität hatte Hauriou schon in der ersten Auflage der "*Principes de droit public*" von 1910 ventiliert : das Dogma der einen und unteilbaren Souveränität beruhe auf der Vermengung von drei Aspekten der Souveränität, das heisst dem Ordnungsprinzip (Souveränität der Rechtsordnung), dem Prinzip der Autorität (Souveränität der Regierung) und demjenigen der Freiheit (nationale Souveränität, Volkssouveränität).

e) Diese Auseinandersetzung Haurious steht unter dem Zeichen und geschieht aus Anlass der Debatten um das Frauenwahlrecht, die Proporzwahl, die Repräsentation von (berufsständisch organisierten) Interessen und um die Einführung des Referendums in Frankreich; zwar nimmt er kaum direkt politisch dazu Stellung, fordert jedoch eine sorgfältige Regelung und Ordnung des für die politisch verfasste Freiheit entscheidenden Wahlrechts. Die politische Ordnung lässt sich in seiner Auffassung zwar unabhängig von Begriffen des Rechts skizzieren, die staatliche Herrschaft habe aber immer eine "Affinität zum Recht";¹¹⁶ so kommt es, dass der deutsche "juristische Nationalismus" der 30er Jahre Hauriou in seiner naturrechtlichen Grundlegung des sozialen Vitalismus bestärkt, und dass er (in Anlehnung an GEORGES RENARD ¹¹⁷) für unveränderliche Ideale eintritt und gegen ein evolutives Naturrecht mit wechselndem Inhalt Stellung nimmt (problematisch genug sind aber immerhin noch die biologistischen, physikalistischen und allgemein naturalistischen Allusionen, die für den Vitalismus französischer Prägung typisch sind).¹¹⁸ Ein zentrales Stück der Publikation in den zeitgeschichtlich bedeutsamen "*Cahiers de la Nouvelle Journée*" sind die Ausführungen über "*Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes*" :

"C'est l'erreur qu'ont commise les systèmes objectivistes; ils ont exagéré le rôle de l'ordre; ils ont réduit à rien l'autonomie du pouvoir et celles des libertés individuelles et ont ainsi détruit l'équilibre vivant du droit positif".¹¹⁹

Darin wird eine Option erkenntlich für eine dynamische Sicht der Ordnung und gegen eine statische: "La stabilité sociale résulte du mouvement lent et uniforme des transformations d'un système social ordonné".¹²⁰ In dieser Erkenntnis liegt zugleich eine Danksagung und eine Kritik am System der Reinen Rechtslehre von HANS Kelsen (sowie den französischen Varianten bei LÉON DUGUIT und FRANÇOIS GÉNY), die eine ähnliche Dynamisierung der juristischen Perspektive beabsichtigt haben; alldem liegt latent eine Haltung zugrunde, die dem logisch erzeugten, letztlich aber auf einem deterministischen Modell beruhenden Monismus des juristischen Systems einen Pluralismus der autoritativ institutionellen und statutarisch autonom erzeugten Teilrechtsordnungen entgegensetzt.¹²¹ Geboren wurde diese Erkenntnis aus der geschichtlichen Erfahrung der Anwendung der Theorie der Institution im Vertragsrecht auf den Gebieten des öffentlichen wie des privaten Rechts, dies in der Absicht auf eine Distribution der beiden Vertragsparteien gemeinsamen Risiken: Es handelt sich dabei um eine Ergänzung der nur-kommutativen Struktur des synallagmatischen Vertrags durch ein distributives Element in den Fällen nicht voraussehbarer Umstände (d.h. eines über den Vertrag hereinbrechenden Schicksals, d.i. in den dem *Conseil d'État* gegebenen Fällen: des Ersten Weltkriegs), unter der Voraussetzung, dass ein (wenn vielleicht auch verdecktes) institutionelles Element in der Vertragsstruktur erkennbar ist.¹²²

III. [*Stimmen zu Hauriou : Lebendige und schöpferische Synthese zwischen dem formalen Apparat des Rechts und dem bedeutungsvollen Rechtsleben*] Der beschränkte Wirkungskreis ist ablesbar an der relativ spärlichen Sekundärliteratur.¹²³ Das erkannte Potential lässt aber ein ambitiöses Fazit zu : Bei der Institutionenlehre MAURICE HAURIOUS handelt es sich um eine äusserst bedenkenswerte Überwindung der vermeintlichen Gegensätze zwischen Rechtspositivismus und Naturrechtslehre durch die ihnen zugrundeliegenden Gemeinsamkeiten betreffend die Behandlung der normativ-rechtlichen Ordnungsstruktur organisierter Vergemeinschaftung. Im Ergebnis gelingt ihm eine lebendige und schöpferische Synthese zwischen dem formalen Apparat des Rechts und dem bedeutungsvollen Rechtsleben;¹²⁴ so ist die Institutionenlehre Haurious beredter philosophischer Ausdruck der Sinnhaftigkeit des Rechtslebens.¹²⁵ Nachfolgend soll eine repräsentative Auswahl an Stimmen zu Wort kommen, die sich einlässlich mit der Institutionentheorie von Hauriou befasst haben; auf andere Beiträge kann nur integral verwiesen werden; weiterführende, eigenständige Theorien, die sich sowohl auf Hauriou als auf SANTI ROMANO beziehen, werden auf später zurückgestellt (Ziff. V.d).

a) In ihrer Entstehungszeit war die Institutionentheorie von Hauriou nicht nur implizit eine Kontrastfolie in den Werken vieler französischer Rechtstheoretiker und Staatsrechtslehrer, insbesondere der Werke von LÉON DUGUIT, sondern ausdrücklich rege diskutiert, beispielsweise bei CHARLES EISENMANN¹²⁶ und JOSEPH T. DELOS.¹²⁷ In deutschen Landen setzte die Resonanz erst viel später ein : etwa in einer Dissertation von 1963¹²⁸ und dann vor allem im Werk von WOLFGANG FIKENTSCHER, hier als durchgehendes Interesse.¹²⁹ Erst spät ist eine amerikanische Monographie zu den Lehren der französischen Institutionenlehre zu verzeichnen, diejenige nämlich von ALBERT BRODERICK aus dem Jahr 1970,¹³⁰ aber in Frankreich besass die Institutionenlehre Haurious anhaltende rechtstheoretische Virulenz, die sich etwa in einer Dissertation von LUCIEN SFEZ aus dem Jahr 1966¹³¹ oder in einem Beitrag in der "*Revue de la recherche juridique*" äusserte.¹³²

b) Aus diesen festgestellten Tendenzen ragt die frühe Behandlung der Institutionentheorie von Hauriou im *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* durch VICTOR LEONTOVITSCH aus dem Jahr 1937 heraus : Hier findet sich einer erste referierende Darstellung, die durchaus auch zur Einführung geeignet ist. Bemerkenswert ist die anschliessende kritische Rekonstruktion der Voraussetzungen der Institutionentheorie mit dem Aufweis des Verhältnisses der drei Elemente der Institution in der juristischen Person :

"Der Aspirationswille und der Realisationswille stehen im Dienst der Idee dadurch, dass beide im Rahmen der Idee des sozialen Werks interiorisiert [besser : einbeschrieben oder innewohnend] sind".¹³³

Leontovitsch erkennt in einem Platonischen Idealismus die Grundlage für die Realität der Ideen ("Inkarnation der Ideen in den Institutionen", "im sozialen Milieu"). Die Objektivierung des sozialen Werks erfolge auf dem Weg der Personifikation der Institutionen, sodass die Akteure nurmehr als Repräsentanten der Ideen/ Werke/ (moralischen oder juristischen) Persönlichkeiten agierten (vgl. die entsprechende Krise der Repräsentationsvorstellung im Deutschland der Epoche, niedergeschlagen bei GERHARD LEIBHOLZ und bei ERIC VOEGELIN¹³⁴): "Das Wesen der Repräsentation besteht darin, dass die Träger der Gewalt in der Gruppe, indem sie sich mentale Repräsentationen von der Idee des sozialen Werks machen, gemäss der Idee von der *negotiorum gestio* sich spontan als Beauftragte beziehungsweise als Vertreter der gesamten Gruppe betrachten, die autonome Verwirklichung der leitenden Idee des sozialen Werks, das heisst des Objekts der Institution auf sich nehmen und so zu Gründern und repräsentativen Organen der Institution werden".¹³⁵ So erscheinen Wahl und Mehrheitsprinzip nur als eine von mehreren Möglichkeiten, diese Art von Repräsentativität institutionell abzusichern. Die Aufspaltung der juristischen Persönlichkeit in eine subjektive Personalität und eine objektive Individualität (eigene Lehre vom subjektiven und objektiven Recht), in Amt und Organschaft bedeuten ist eine unmittelbare Konsequenz des institutionalistischen Verständnisses der Beziehung zwischen Funktionsträger und Funktion (Funktion ist dabei als ein Element der objektiven Individualität der Institution zu verstehen); sich in der Richtung der Gesamtfunktion der repräsentierten Institution zu halten, ist demnach die eigentliche "Vollstreckung" der Rechtsordnung. In Übereinstimmung mit Hauriou erhebt Leontovitsch die folgende Forderung :

"Der objektiven institutionellen Individualität, dem institutionellen Körper ist die Tendenz eigen, sich so einzurichten, dass in ihm die Herauslösung der subjektiven Personalität der Institution ermöglicht wird, dass sich also der Prozess der Realisation der Idee fortsetzt und vertieft".¹³⁶

Diese Forderung der Objektivierung der tragenden Idee einer Institution im funktionalen Handeln/ Verhalten ist von Hauriou anhand der staatlichen Souveränität entwickelt worden.¹³⁷ Dabei bedeutet das Statut einen Organisationstypus, der die Stabilität und die Homogenität der objektiven Individualität absichern soll (d.i. die Verfassung im Fall des Staates); die Personifikation des Staates ist demzufolge im Effekt eine Maskierung, dies im Sinn einer Stilisierung des Realgrundes der moralischen Person zum Rechtsgrund der juristischen Person (je Autonomie von objektivem Recht und subjektiven Rechten, aber unter Gewährleistung der beiderseitigen Abhängigkeit).¹³⁸ Im Ergebnis erkennen wir hier ein Konzept symbolischer Repräsentation, verstanden als Befähigung des Menschen zu Soziabilität; die Strategie der Personifizierung erscheint also als eine der Quellen des gesellschaftlichen/ gemeinschaftlichen Lebens (Zusammenhang mit der Rechtspersönlichkeit des Staates¹³⁹).

Solches kommt aber einer phänomenologischen Theoretisierung des individualisierten Gemeinwillens unter Ausschluss der naïven Hypothese eines kollektiven (Rechts-)Bewusstseins gleich. Philosophischer Individualismus, juridischer Personalismus, und soziologischer/ gesellschaftstheoretischer Realismus geleiten wie von selbst zur Intention der Eigenständigkeit der Rechtslehre von allen philosophischen Implikationen. Trotz des Primats der subjektiven Personalität und also der subjektiven Rechte vor der objektiven Individualität und des objektiven Rechts ist die Objektivität des Rechts gefordert: "Weil die Institutionen die Quelle des Fortdauerns des sozialen Lebens sind, dadurch dass in ihnen das Prinzip der Verlangsamung eingeschlossen ist, darum sind die objektiven Elemente (die Institution) notwendige Elemente des Rechts. Ohne objektives Element wäre das Recht ohne ihm eigene Bedeutung geblieben, ja überhaupt unmöglich".¹⁴⁰ Das objektive Recht erweist sich also dennoch als die eigentliche Bedingung des Rechtsstaates:

"Der Rechtsstaat ist die Verkettung der Zukunft mit der Vergangenheit durch die Unterwerfung der Quellen des Regierungsrechts unter das bestehende Recht. Sein prinzipielles Wesen besteht in der Kontinuität der Tradition. Das bedeutet: wenn der Rechtsstaat durch das konstitutionelle Statut [durch die Verfassung] verwirklicht ist, wird durch dieses Statut [diese Verfassung] auch die Kontinuität verwirklicht".¹⁴¹

Das Recht ist den normativen Geltungsansprüchen seiner Zeit in Richtung auf die Gerechtigkeit ein Stück voraus, paradoxerweise indem es die Vergangenheit versteift; diese Einsicht könnte den Grundstein einer nachmetaphysischen, veritablen "Philosophie des öffentlichen Rechts" auf der existenzialphilosophischen Grundlage einer christlichen Anthropologie ausmachen.

IV. [*Santi Romano – "L'ordinamento giuridico" – Analytisch-realistische Theorie rechtlich organisierter Institutionen*] a) Eine entstehungsgeschichtlich spontane alternative Formulierung der klassischen Institutionentheorie finden wir in der Theorie der pluralistischen "Rechtsordnung" bei SANTI ROMANO: Ausgangspunkt ist hier die Einklammerung der von verschiedener Seite als vor- oder ausserrechtlich disqualifizierten Realien (Macht, Organpersönlichkeit des Souveräns, Staatsgebiet, zur Institution konkretisierte Ordnung, den Gesetzgeber verpflichtende Sätze des Verfassungsrechts, völkerrechtliche Vereinbarungen) in die genuin-juristische Behandlung (darin wird eine integrative Tendenz der Institutionenlehre ersichtlich).¹⁴² Darin liegt ein gewisser "Positivismus" (allerdings Wandel von einem Comteschen zu einem "Katholischen" Positivismus bei MAURICE HAURIOU¹⁴³), aber entschieden keine Reduktion des Rechts auf ein Existierendes, Wirkliches, Tatsächliches :

"Der Begriff der Institution, in welchen wir den der Rechtsordnung erkannten und welchen wir mit dem der Rechtsordnung identifizierten, ist die positivste denkbare Grundlage für eine Rechtstheorie : die Institution ist nicht eine blosse logische Notwendigkeit, ein abstraktes Prinzip, ein ideales Etwas, sie ist vielmehr ein wirkliches, tatsächliches soziales Gebilde. Andererseits haben wir dieses Gebilde nicht vom soziologischen Standpunkt aus untersucht, also nicht von den tatsächlichen Kräften aus, die es zur Entstehung bringen und später beherrschen, auch nicht von seiner Umwelt aus, in der es und mit der es in Interdependenz steht, und auch nicht von seinen Urprüngen und Auswirkungen auf die Umwelt. Wir haben vielmehr versucht, es für sich selbst und aus sich selbst heraus zu analysieren, insofern also, als es aus einer Rechtsordnung entsteht, als es ein eigenes System objektiven Rechts ist".¹⁴⁴

Die Institutionenlehre Romanos entwirft eine eigentümliche analytische Theorie des Rechts, die die Wichtigkeit und Augenfälligkeit der Institutionen besonders auf dem Gebiet des Staatsrechts betont, um sich zu einem Entwurf einer pluralistischen Theorie der Rechtsordnungen vorzuwagen : "Die Vielfalt der Rechtsordnungen und ihre Beziehungen untereinander".¹⁴⁵ Im Gegensatz zu Hauriou (und noch vielmehr zu GEORGES RENARD) beherrscht Romano aber kein Glaube an eine den gesellschaftlichen Strukturen einbeschriebene Harmonie, die eine bruchlose Synthese der verschiedenen Rechtsordnungen erlaubte; in dieser Hinsicht pflegt die italienische Variante der Institutionenlehre einen bescheideneren Anspruch. Das theoretische Werk Romanos diene der "sicheren, objektiven und konkreten Bestimmung der Rechtswirklichkeit" und seine Institutionenlehre nehme sich also überwiegend juristisch aus, urteilt SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO in seiner Einführung in die spanische Übersetzung von Romanos "*El Ordenamiento Juridico*" :

"Die Ordnungslehre Santi Romanos ist im Unterschied zu anderen Institutionenlehren ausgesprochen juristischer Natur. Die Immanenz des Juristischen muss sich von allem

Nichtjuristischen völlig freihalten, besonders von jenen anderen der Soziologie eigentümlichen Wertmassstäben. Wie Giuseppe Capograssi sehr richtig bemerkt hat, haben jene durchaus unrecht, die glauben, dass der Institutionalismus Romanos eine offenbare soziologistische Gefahr mit sich bringt und die diesem Ausdruck einen ganz eindeutig abwertenden und kritischen Sinn geben. Eine soziologische Gefahr gibt es ganz sicherlich bei Santi Romano nicht, jedoch haben sich zweifellos einige seiner hervorstechendsten Anhänger von dieser Gefahr nicht völlig frei halten können. [...] Es gibt eine juristische, und zwar strikt juristische Methode, die, wenn man so will, durch ihre Bindung an die Realität als soziologische Methode qualifiziert werden kann, und darüber hinaus völlig verschieden von ihr, die Wissenschaften der Soziologie. Während uns nun die Bindung an die erstere, die uns bei Santi Romano ganz eindeutig entgegentritt, ausgesprochen im Bereich des eigentlich Juristischen hält, bedeutet die Übernahme der zweitgenannten ohne Zweifel schon ein Ausweichen, ein Verlassen der Welt des Rechts und infolgedessen, die Aufgabe jener Kategorien, die ihr eigen sind".¹⁴⁶

Kennzeichnend sind das Bemühen um die Reinheit des Juristischen gegenüber den ökonomischen, politischen, kulturellen und soziologischen Kategorien ("kritische Revision des juristischen Positivismus") sowie das Fehlen des soziologischen und metaphysischen Gehalts des Institutionalismus von Hauriou und auch dessen mehr politischen als juristischen suggestiven Kraft: "Vom juristischen Standpunkt aus bietet er ohne Zweifel wesentlich genauere und konkretere Konturen und ist aus diesem Grund auch von stärkerer Gültigkeit".¹⁴⁷ Die beiden Institutionentheorien stimmen erkenntlich weder in ihren grundlegenden Thesen noch in ihren Folgerungen überein, ausgenommen vom Protest gegen den staatlichen Totalitarismus, gegen die Abhängigkeit des Rechts allein vom Willen des Staates, wie er sich im Nationalsozialismus und im *Fascismo* verwirklicht hat.¹⁴⁸

b) Vornehmlich in einem Artikel zum Stichwort "Autonomie" in den nachgelassenen "Fragmenten zu einem juristischen Wörterbuch" betont SANTI ROMANO wie schon in seiner Studie über die "Rechtsordnung" die Eigenberechtigung der Befugnis zur Selbstgesetzgebung. Entscheidendes Argument ist hierbei die Stellungnahme gegen die Ableitung/ Delegation aller Teilordnungen von einer höchsten Gesamtrechtsordnung. Autonomie enthalte verschiedene Aspekte: zur Normsetzungsbefugnis hinzu träten auch institutionelle Aspekte, beispielsweise diejenigen der statutarischen Gründung oder der Privatautonomie. Zur Ermächtigung, sich eine Ordnung/ Verfassung zu geben hinzu wird auch die Bildung von Gewohnheiten herausgestellt; insgesamt ist der skizzierte Begriff der Autonomie auf einen Pluralismus der autarken Ordnungen hin angelegt, unter Absage an den Anspruch einer einzigen Ordnung (der staatlichen), originär, exklusiv und umfassend zu sein.¹⁴⁹ In seinem Kommentar zu den "*Frammenti di un dizionario giuridico*" hat GIUSEPPE CAPOGRASSI auf die entstehungsgeschichtlich bedingte Entgegensetzung von politischer

krisehafter Unordnung in Europa in den Jahren zwischen 1943 und 1946 und einer "*visione integrale della vita giuridica*" hingewiesen, auf den Mut der Gefahr und den Tod im Leben und die Krise des Rechts in der Wissenschaft der Zeit. Trotz fragmentarischer Ausführung sei ein einheitlicher Grundtenor auszumachen; er bestehe in der Lösung: "Recht als Ralie – Realität des Rechts". Anhand der existentiellen oder phänomenalen Erfahrung der Struktur gesellschaftlicher "Körperschaften" im untechnischen Sinn wird eine inventarisierende, beobachtende Methode exemplifiziert, für die Ordnung zugleich das Ganze als auch die Bestandteile zu bedeuten vermag:

"Si può dire il fatto, l'esserci di questa realtà. Ci sono i corpi sociali, hanno necessariamente, in quanto esistono, una loro organizzazione, che è appunto il loro concreto esistere; questo esistere è come tale, visto nel complesso articolarsi delle parti sue componenti, struttura. Questa struttura, è l'ordine vitale, l'ordine cioè che costituisce la vita propria e intrinseca di ogni corpo sociale. Quest'ordine vitale è il corpo come ordinamento; in questo senso l'ordinamento non è una sovrapposizione alla organica vita del corpo, ma è questa vita stessa nel suo organico formarsi muoversi evolversi".¹⁵⁰

Diese Rechtsauffassung mündet in einen juridischer Existentialismus, wie er ausser von Capograssi etwa von dessen Schüler PIETRO PIOVANI gepflegt wurde.

c) Von VITTORIO EMANUELE ORLANDO wird der Beitrag Romanos zur Rechtstheorie gelesen als Beitrag zur Methodologie des öffentlichen Rechts, der eine nachhaltige Wirkung zu entfalten imstande ist.¹⁵¹ In substantiellen Überlegungen zum Pluralismus der rechtlichen Ordnungen orientiert sich auch ALESSANDRO BARATTA in seiner Einführung in die italienische Übersetzung der "Theorie der Institutionen" am modellhaften Vergleich zwischen MAURICE HAURIOU und Romano: Im empirischen Aufweis einer Verbindung von Subjektivität und Objektivität des Rechts erblickt er generell einen Stimulus für die Rechtstheorie. Eine gewisse Desillusionierung erfährt die inaugurierte theoretische Perspektive deshalb, weil der Personalismus, der den Institutionentheorien zugrundeliegt und der in einen sozialen Vitalismus mündet letztlich durchaus problematisch bleibt, weil er auf der Suche nach dem gültigen Individuationsprinzip auf der Strecke bleibt. Es festigt sich aber die Einsicht, dass jede Gesellschaft sich mittelbar in Normen manifestiert und – aufgrund einer anti-voluntaristischen Identifikation von Gesellschaft und Recht – als Organisation und mithin als Institution konstituiert und so theoretisch fassbar wird. Jeder freie Wille (einer Person) impliziere bereits eine (staatliche) Autorität, vorausgesetzt er werde im sozialen Kontext erfasst. Eine solche Überwindung von empirischen und unkritisch-realistischen Ansätzen in der Rechtstheorie durch einen realistischen Idealismus bedeute einen beträchtlichen Fortschritt, der

"dipende non solo dall'allargamento delle conoscenze empiriche sui fenomeni giuridici da interpretare, ma anche e soprattutto dal perfezionamento e della chiarificazione degli strumenti teorici e delle premesse filosofiche da cui solo quella interpretazione può discendere".¹⁵²

Angeleitet von der alten Einsicht, dass *ubi societas ibi ius* wird der Ansatz von Romano etwa auch von ADOLFO LEVI, N. D'AMATI und G. SEMERARI weitergeführt.¹⁵³

d) Eine verdienstvolle und folgenreiche Weiterführung des Ansatzes von Romano findet sich bei WIDAR CESARINI SFORZA, der kurz vor seinem Tod die italienische Übersetzung von Hauriou "Theorie der Institutionen" geleistet hat : Hier findet sich die einfallsreiche Einführung des Konzepts und des Begriffs eines autonom gesetzten "Rechts der Privaten" (*diritto dei privati*) anstelle des herkömmlichen Verständnisses von "Privatrecht"; und ganz allgemein wird die Fruchtbarkeit der Institutionentheorie als Ausgangspunkt der Rechtsphilosophie überhaupt unter Beweis gestellt.¹⁵⁴ In unveröffentlichten Fragmenten hat Cesarini Sforza Zeugnis abgelegt von seiner tiefeschürfenden Befassung mit den Ideen Romanos : Es sei die eigentümliche Soziabilität des Rechts, die einen besonderen Zusammenhang von Subjektivismus und Objektivismus begründe :

"Il problema fondamentale di Hauriou è quello del rapporto tra soggettività e oggettività. / Alla spinta delle energie individuali reagisce il gruppo sociale. In una concezione dinamica della vita sociale la prima rappresenta l'azione, mentre la spinta dei gruppi rappresenta la reazione destinata ad equilibrare l'azione. / La teoria dell'istituzione prende il suo senso dal conflitto tra individuo e Stato-società, indicandone il superamento. Ma il suo senso profondo consiste nella relazione necessaria (di cui il suddetto conflitto è solo un aspetto empirico e superficiale) tra soggettivismo e oggettivismo, due forme di vita che non si possono contrapporre perchè si convertono continuamente l'una nell'altra – e appunto in ciò consiste il ritmo vitale della realtà giuridica (cfr. il rapporto tra diritto soggettivo e diritto oggettivo)".¹⁵⁵

Eine alles entscheidende Ungewissheit bleibt aber : "È l'istituzione che serve a risolvere il problema del rapporto tra soggetto e oggetto o è questo rapporto che serve a risolvere il problema dell'istituzione ?"¹⁵⁶ Immerhin vermag die institutionalistische Sicht der Dinge, um die es hier geht eine eminent plastische Problemstellung des Verhältnisses zwischen Individualität und Gesellschaft zu bieten, unter Vermeidung einer weitgehenden Negation des subjektiven Rechts. Ähnliche, die klassischen Institutionenlehren ideal ergänzende Argumente finden sich bei Cesarini Sforza auch in dessen "Rechtsphilosophie":

"das objektive Recht erweist sich als eine Reihe abstrakter Beziehungen, während man in der Wirklichkeit des Lebens nur konkrete Beziehungen findet".¹⁵⁷

Die Rechtsphilosophie wird als Wissenschaftsphilosophie der Jurisprudenz begründet: als "der Teil der Philosophie, der die juristische Erfahrung in ihrem ganzen Umfang als Akt des Lebens erforscht. [...] Damit bestätigt sich der ganzheitliche Charakter des rechtsphilosophischen Studiums im Vergleich zu dem der Rechtswissenschaft, die in den verschiedenen Disziplinen, aus denen sie besteht, nicht die rechtliche Erfahrung in ihrer Universalität, sondern vielmehr ein ein Raum und Zeit bestimmtes Rechtssystem oder mehrere von ihnen zum Gegenstand hat".¹⁵⁸ Die sogenannte integrative Jurisprudenz setzt ein eigenes Selbstverständnis des Rechtswissenschaftlers voraus: "Der ist kein wahrer Jurist, der zwar wissenschaftlich genau das positive Recht eines Landes kennt, sich aber nicht Rechenschaft gibt über die unüberwindliche Kluft zwischen Recht und Leben und die absolute Unmöglichkeit, die in allen Gesellschaften auftretende Forderung zu erfüllen, die menschlichen Handlungen durch Aufstellung einer festen Ordnung von Regeln oder Normen zu rationalisieren. / Nur philosophisches Nachdenken enthüllt die *raison d'être* und die allgemeine Bedeutung dieser Forderung. Das genügt schon, um die Aufgabe der philosophischen Reflexion im Hinblick auf das Recht zu bestimmen".¹⁵⁹

"In der Arbeit der Rechtswissenschaft setzt sich der Denkprozess substantiell fort, der in der Schöpfung einer objektiven und rationalen Ordnung des menschlichen Handelns zum Ausdruck kommt".¹⁶⁰

e) VITTORIO FROSINI hat das Unternehmen Romanos in der prägnanten Formel einer "juristischen Interpretation der gesellschaftlichen Wirklichkeit" zusammengefasst: "Il diritto non si sovrapponeva alla realtà politico-sociale, ma si rivelava compenetrato in essa, come se fosse apparso sulla lastra di una radiografia mentale".¹⁶¹ Diese schöne Allusion erfolgt in Anknüpfung an das Axiom "*verum et factum convertuntur*" bei GIOVANNI BATTISTA VICO, auch wenn der Erfindung von Romano ein paradigmatischer Charakter zugewiesen wird:

"Questo libro di Santi Romano costituisce un modello esemplare, davvero paradigmatico, per intendere come possa attuarsi una interpretazione giuridica della realtà sociale. Perciò l'opera va confrontata con la situazione storica del suo tempo, ma anche con quella del nostro, giacché essa fornisce una metodologia ermeneutica messa in atto; non esposta in termini generali, ma ragguagliata ai fatti; ed essa fornisce altresì le indicazioni utili per le applicazioni successive alla stessa metodologia alle istituzioni".¹⁶²

Damit verdichtet sich die Erkenntnis, dass eine Rechtsordnung nicht auf ein abstraktes Sollen reduzierbar ist, sondern immer nur bezogen auf eine gesellschaftliche Wirklichkeit/ soziales Sein zutreffend verstanden werden kann. Im Sinn einer Würdigung wird Romanos Schrift über die "Rechtsordnung(en)" in einen engen Zusammenhang mit der Publikation der "*fondamenti della filosofia del diritto*" von

GIOVANNI GENTILE ¹⁶³ gestellt, dies aufgrund einer ideologischen Affinität : beiden ist ein intrinsischer Hinweis auf die tiefe und dramatische moralische Spannung in der Zeit des Ersten Weltkriegs zu entnehmen, auf eine nachhaltige Krise des Vertrauens in den liberalen Rechtsstaat :

"giacché il diritto veniva o risolutamente ridotto e costretto nella legge voluta della forza politica dominante, come nel pensiero del Gentile, ovvero frantumato e moltiplicato nei gruppi sociali, anche in quelli eversivi dell'ordinamento comunitario di convivenza civile, come nella teoria del Romano, ma tenuti insieme e resi minacciosi dalle proprie regole di violenza, rispettate e fatte rispettare".¹⁶⁴

f) Obwohl nicht immer nachgewiesen, sind die Allusionen an die Reine Rechtslehre von HANS Kelsen im Œuvre von Romano omnipräsent,¹⁶⁵ wenn seine Äusserungen auch durchwegs in einem antagonistischen Verhältnis dazu stehen.¹⁶⁶

V. [Konkretes Ordnungsdenken, klassische Systemtheorie, soziologische Institutionentheorie und Neo-Institutionalismus – Carl Schmitt und Carl August Emge, Talcott Parsons und Niklas Luhmann, Arnold Gehlen und Helmut Schelsky, Neill MacCormick und Ota Weinberger] In verschiedenen Zusammenhängen, aus mannigfachem Anlass und in den unterschiedlichsten Theorieabsichten sind die beiden klassischen Formulierungen der Institutionentheorie aufgenommen und weitergebildet worden. Nachfolgend seien einige der interessantesten Spielarten im Hinblick auf ein besseres Verständnis der rechtsphilosophischen Implikationen des Pluralismus von Ordnungen aufgerollt:¹⁶⁷ es ist ein Blick auf die Funktion der Institutionen in der klassischen Systemtheorie zu werfen (b) und es sind die Grundlagen für die soziologische Verwendung des Institutionenbegriffs nachzuvollziehen (c) sowie – *last but not least* – die rechtsphilosophischen, beziehungsweise rechtstheoretischen Fortführungen der klassischen Institutionenlehre in Szene zu setzen (d und e); zunächst aber ist an das einleitend als Kontext herbeigezogene sogenannte konkrete Ordnungsdenken zu erinnern, um es genauer in Beziehung zu setzen zu den Institutionentheorien (a).

a) In einem Artikel des *Historischen Wörterbuchs der Philosophie* zum Begriff "konkretes Ordnungsdenken" hat der Jurist ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE dieses als "dem institutionellen Rechtsdenken verwandt" und als dessen "Ausgangspunkt" herausgestellt; diese systematische Qualifikation sei hier gewissermaßen nachgeholt :

"Im Begriff 'konkretes Ordnungsdenken' verbinden sich eine rechtsmethodische und eine rechtsphilosophische Position; beide wurden – möglicherweise bewusst – nicht deutlich voneinander unterschieden, weshalb das konkrete Ordnungsdenken eine eigenartige Zwischenstellung zwischen einer 'nur' rechtsmethodischen und einer 'auch' rechtsphilosophischen Theorieaussage einnimmt, die nach beiden Seiten hin entfaltet werden konnte. Diese Unbestimmtheit, die indes zugleich den bestehenden Zusammenhang zwischen Rechtsbegründung und Rechtsmethodik offenlegt, erhöhte die Chance praktischer Wirksamkeit und einer wohl intendierten Gründungsfunktion des Begriffs in den geistespolitischen Auseinandersetzungen seiner Entstehungszeit".¹⁶⁸

Damit ist das Schillernde an der Institutionenlehre *qua* einer Theoriebildung treffend analysiert. Mit guten Gründen können die klassischen Institutionenlehren auch in Beziehung gebracht werden mit gewissen Erscheinungsformen des "objektiven Idealismus" (so bei KARL LARENZ)¹⁶⁹ oder mit der "Natur der Sache" (so bei GUSTAV RADBRUCH).¹⁷⁰ Die drei Nennungen von Beschäftigungen mit der Institutionenlehre (besonders in der Formulierung von MAURICE HAURIOU) machen deutlich, dass nicht um eine Auseinandersetzung mit dieser Theorie herkommt, wer sich intensiv mit den Grundlagen der Jurisprudenz befasst. Auch ideengeschichtlich hat die rechtsphilosophische Verwendung, die einleitend erörtert wurde am Anfang des Feldzugs des Institutionalismus gestanden, auch wenn späterhin andere Disziplinen

die Diskussion zu dominieren schienen. An diese Stelle kann nur an CARL SCHMITT'S "okkasionellen Dezisionismus" sowie an die existenzphilosophisch inspirierte Situationsgemässheit der Rechtsanwendung bei CARL AUGUST EMGE (obenstehend, Ziff. I.c)¹⁷¹ erinnert werden. Aussichtsreicher erscheint heute eine Anknüpfung an den humanistisch und neo-historistisch beeinflussten rechtsphilosophischen Existentialismus etwa bei PIETRO PIOVANI (siehe oben die Überlegungen zum Werk von SANTI ROMANO),¹⁷² die freilich noch in den Anfängen steckt. Bevor andere rechtstheoretische Weiterführungen der Institutionenlehre erörtert werden, sei nachfolgend eine kursorische Übersicht über die Theoriebildung in anderen als rechtswissenschaftlichen Disziplinen geboten, zumal diese Verwendungen gewisse Rückwirkungen auf die Entwicklung des rechtsphilosophischen Paradigmas gehabt haben :

b) Zunächst sozialwissenschaftlich, beziehungsweise gesellschaftstheoretisch : Im Unterschied zur dominierenden sinnorientierten rechtsphilosophischen Verwendung dominiert in der klassischen Institutionen- und Systemtheorie ¹⁷³ eine ursachenorientierte, funktionalistische Deutung der institutionellen Tatbestände normativ bestimmter Gesellschaften. Solches bedeutet nun aber zugleich, dass weitestgehend von Individualität, von individuellen Überzeugungen der handelnden Personen abgesehen wird. Genau besehen liegt beispielsweise TALCOTT PARSONS' Handlungstheorie zwischen einer voluntaristischen Handlungstheorie und einer strukturfunktionalistischen Systemtheorie. Die Problemstellung betrifft zentral die Ordnung sozialer Systeme : in unserem Zusammenhang wichtig ist die Feststellung einer generellen Abhängigkeit des Handelns von Regeln, von inhärenten werthaften normativen Mustern, die es in jeder sozialen Struktur gibt (d.i. in Institutionen, formale Organisationen und nicht zuletzt im Recht).¹⁷⁴ Nur durch die Identifikation der Handelnden mit einem bestimmten Bestand von Normen erweist sich soziale Ordnung als möglich oder nur weil unser soziales Handeln sich auf Normen gründet, wird es für unsere Interaktionspartner berechenbar (und damit für die Soziologie beschreibbar); hier wird erkennbar, wie Normen eine Bestandesvoraussetzung des sozialen Handelns überhaupt darstellen.

"Die normativen Muster zu verkünden, zu interpretieren und zu vollstrecken, sie im Fall verweigerter Befolgung mit ihrer Autorität zur Anwendung von Sanktionen durchzusetzen, darin besteht die funktionale Aufgabe der differenzierten Gruppierung. Insoweit die Ausübung ihres Amtes zur spezialisierten Funktion einer derart ausdifferenzierten, mit Sanktionsmacht ausgestatteten Herrschaftsautorität geworden ist, wird der Begriff 'Recht' auf die das Handeln leitenden normativen Muster angewandt. [...] Irgendeine Art offizieller Spezifikation des normativen Musters gehört wesentlich zur Existenz von Leitungsautorität in formal organisierten Gruppen. Der Umfang jedoch, in dem diese Spezifikation formal rationalisiert ist, um ein kohärentes System zu bilden, unterliegt starken Schwankungen".¹⁷⁵

Konsequenterweise beschränkt sich der Begriff des Rechts nicht auf die von staatlichen Organen gesetzte Rechtsordnung, sondern bezieht auf alle normativen Muster, die von einer formal organisierten Gruppe befolgt werden, sofern diese sie als für ihr Handeln bindend betrachtet (entscheidend für die Qualifikation als Recht wäre denn nur noch die Positivierung/ Objektivierung der Regeln durch staatliche Organe). Dieses Grundmuster kann nun weiters auf das Verhältnis der sozialen Ordnung inhärenten normativen Muster und der staatlichen politischen Organisation Anwendung finden und so zum Kernstück einer eigentlichen Staatslehre oder politischen Theorie avancieren.¹⁷⁶ Es muss aber deutlich festgehalten werden, dass sich dieser Konzeption letztlich keine klar bestimmte Ortsbestimmung des Recht als Ordnungselement entnehmen lässt; diese Unfähigkeit in der Behandlung der Rechtsgeltung steht jedoch erkenntlich diametral der Wichtigkeit der Rechtsordnung in der Strukturierung einer Gesellschaft entgegen. Die schwierige Problematik der Integration der juristischen in die gesellschaftstheoretische Perspektive ist wie bei MAX WEBER, so letztlich auch bei ÉMILE DURKHEIM ungelöst.¹⁷⁷ Vielversprechender nimmt sich da *prima facie* die funktionale Systemtheorie von NIKLAS LUHMANN; in den entscheidenden Argumentationen in "Recht der Gesellschaft" wird jedoch der spezifische Charakter des Rechts unter anderen Ordnungsstrukturen auch hier eher verunklärt als aufgeklärt.¹⁷⁸ Es zeigt sich hier, dass die Randbedingungen der systemtheoretischen Darstellungen des Rechts ungenügend geklärt sind, beziehungsweise falsch gesetzt werden, so dass theorieimmanent zwar schlüssige Aussagen möglich sind, diese jedoch in rechtsphilosophischem Zusammenhang entweder nicht signifikant oder tendenziell uninteressant, weil allgemein geteilt sind. In unserer Absicht fruchtbarere Ansätze findet man bei Luhmann in früheren Werken zum institutionellen Charakter von verfassten Grundrechten und zur Rolle der Teleologie in sozialen Systemen.¹⁷⁹ Als "Institutionalisierungs-Funktion" wird hier der Umstand bezeichnet, dass Institutionen in systemfunktionaler Perspektive als Produkt von Mechanismen zur gesellschaftlichen Problemlösung gedeutet werden können :

"Durch Institutionalisierung werden die minimalen, natürlich-begrenzten Chancen zu aktuellem Konsens ausgeweitet. In diesem Sinne leistet Institutionalisierung die Generalisierung von Konsens. Ähnlich wie schon durch die Sprache, die bei Bejahung gleicher Worte Konsens suggeriert, wird durch Institutionalisierung der Konsenswert aktuellen Erlebens im Hinblick auf Erwartung von Verhaltenserwartungen überzogen. Man könnte auch formulieren : Institutionalisierung dient dazu, Konsens erfolgreich zu überschätzen".¹⁸⁰

Damit ist jedenfalls eine Gefahr deutlich bezeichnet, der jede Orientierung an Institutionen zu erliegen droht und insofern eine Warnung vor jeder Theorie ausgesprochen, die institutionalisiertes Handeln zum Referenzobjekt erwählt. Die heutige Vormachtstellung des positivierten Rechts vor anderen institutionalisierten Normord-

nungen deutet an, dass sich der traditionelle Prozess der Institutionalisierung von sanktionsbewehrten, weil von der staatlichen Organisation monopolistisch geschützten Verhaltenserwartungen beträchtlich gewandelt hat. "Der Umbau der Theorie der Institution in eine am elementaren Verhalten ansetzende Theorie der Funktion und des Mechanismus der Institutionalisierung ist eine Voraussetzung für die Analyse dieses Wandels. Eine andere muss in einer evolutionären Theorie der Gesellschaft ausgearbeitet werden",¹⁸¹ grenzt Luhmann die Problemfelder voneinander ab, was aber als letztlich desintegrierende Tendenz einer mit umfassendem Anspruch auftretenden Theorie nicht zu überzeugen vermag. Denn letztlich bleibt damit auch das Verhältnis zwischen vorrangiger Ordnung (des Rechts, des Staates) und nachrangigen Institutionen (Gesellschaft, Gruppen) ungeklärt.¹⁸² Dieser Mangel haftet auch der symbolisch-interaktionistischen Soziologie der Institution, wie sie sich bei E. E. LAU durchgeführt findet noch an.¹⁸³ Gewissermassen als Reaktion auf dieses Unvermögen der bürgerlichen Gesellschaftstheorie hat die theoretisch-marxistische Theoriebildung das Schwergewicht gerade nicht auf die Garantiefunktion der Institution zur Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Ordnung gelegt, sondern auf die Befähigung der Institutionen zur Konfliktabsorption und auf die Devianz der Mitglieder vom Regelgehorsam: "Kern aller Institutionen ist die funktionale Ausbalancierung und Stabilisierung widersprüchlicher Strebungen, die sich aneinander nach Massgabe der institutionellen Zwecke und gesellschaftlichen Voraussetzungen abarbeiten müssen".¹⁸⁴

c) Dann zu der neueren soziologischen Institutionentheorie im engeren Sinn: Die soziologische Begründung erfährt die Institutionentheorie bei ARNOLD GEHLEN als einer Theorie des regulativ wirkenden tatsächlichen Verhaltens, das heisst im Sinn einer Erklärung der Konformität von Handeln und Verhalten als Prozess der Institutionalisierung.¹⁸⁵ Eine solche Absicht scheint auch schon bei MAX SCHELER und HELMUTH PLESSNER auf und wird in der Folge massgeblich von HELMUT SCHELSKY verfolgt, einem Schüler von ARNOLD GEHLEN: Letzterer betont die Modernität der Grundannahmen der Soziologie HERBERT SPENCERS; die organologischen, kollektivistischen Aspekte werden als unmodern überwunden und also eine individualistische, subjektivistische, anthropologisch orientierte Theoriebildung bevorzugt (dies im Anschluss an BRONISLAW MALINOWSKI). Damit geht eine Verschiebung von einer statischen Beschreibung in eine Theorie des gesellschaftlichen Wandels einher, die es nunmehr erlaubt, das Verhältnis von individueller Subjektivität und sozialer Objektivität zu thematisieren. Schelsky entwickelt dafür folgendes Schema:

"1. Indem wir Bewusstseinsstrukturen, nicht jedoch Gedankeninhalte, als menschliche Antriebsstrukturen verstehen, gehören auch Bewusstseinsansprüche zu den die Institutionen begründenden Bedürfnissen. / 2. Als Bedürfnisse 'letzten Grades', also höchster Aktualität und gegenwärtiger Dringlichkeit, wird eben jene reflexionskritische und analytische Bewusstheit der Subjektivität des modernen Individuums begriffen. [...] Die

Bestimmungen der Subjektivität des Individuums werden also bereits von der anthropologischen Betrachtung her zu einer unaufgebbaren 'Idee der modernen Institution' erklärt. / 3. Methodisch scheint mir damit der Zusammenhang zwischen der sozio-anthropologischen Betrachtung der Institution und der sozial-philosophischen Ansicht der Institution an eben der Erscheinung geschaffen zu sein, die bisher ein Monopol der philosophischen Thematisierung zu sein scheint: eben die Subjektivität des Individuums".¹⁸⁶

Damit wird das Augenmerk auf die interessante Frage Stabilität beziehungsweise die Wandelbarkeit von Institutionen gerichtet. "Die soziologische Theorie der Institution wird daher in Zukunft sowohl die Freiheit der Subjektivität des einzelnen wie den sozialen Wandel der Institutione, auch gegen ihre Funktionalität, selbst als institutionelle Prozesse erfassen müssen",¹⁸⁷ stellt Schelsky in Aussicht.

d) Nunmehr ist das Terrain präpariert für die Besprechung ausgewählter rechtsphilosophischer und rechtstheoretischer Fortführungen institutionalistischer Ansätze. Von Juristen wird die Institutionenlehre allgemein nur in Zusammenhang gebracht mit den sogenannten Institutgarantien auf dem Gebiet der Grundrechte (dazu unter vielen Beiträgen einige Hinweise¹⁸⁸); weil aber darin kein erkennbarer systematischer Zusammenhang mit den besprochenen Theorien liegt – ausser dass hier die Institutionen des Eigentums, der Ehe u.a. als etwas der Rechtsordnung Vorausliegendes und deshalb Vorgegebenes aufgefasst werden –, erübrigt sich ein Eintreten. Eine weniger wissenschaftlich exakte als vielmehr freie Weiterführung der aufgewiesenen Ansätze bei MAURICE HAURIU und SANTI ROMANO auf rechtsphilosophischem Gebiet findet sich insbesondere im sogenannten institutionalistischen Rechtspositivismus von OTA WEINBERGER und NEIL MACCORMICK (e); aus mehr methodologisch motiviertem Interesse ist der europäischen Institutionenlehre prominent von JULIUS STONE eine Reverenz erwiesen worden (aa), während andernorts ein logisch-erkenntnistheoretisches Interesse überwiegt; schliesslich hat die Institutionenlehre gerade auch im iberischen Raum (bb) und in Skandinavien einige Fortsetzer gefunden (cc).

aa) In einer der Festschriften für ROSCOE POUND sowie in einer einschlägigen Monographie zur "Sozialen Dimension von Recht und Gerechtigkeit" hat JULIUS STONE, ein australischer Rechtsphilosoph, die Institutionenlehre in der Perspektive einer wirklichkeitswissenschaftlichen Jurisprudenz fruchtbar gemacht und zu den beiden parallel gefundenen Institutionentheorien von Hauriou und Romano systematisch Stellung bezogen. Stone betont besonders die sowohl von der marxistischen als auch von der Lehre der "sozialen Solidarität" bei LÉON DUGUIT abweichende korporatistisch-syndikalistische These der "Gruppeninstitutionen": "Dieser Teil der Institutionenlehre lässt sich als eine sozialphilosophische Version der Hauptlehre Otto von Gierkes von der psychologischen Wirklichkeit der Gruppe kennzeichnen

[Genossenschaftstheorie], die der Staat im Fall der juristischen Personen ausdrücklich anerkennt, die aber als soziales Phänomen auch dann existiert, wenn ihr diese Anerkennung verweigert wird".¹⁸⁹ Substantielle Verhaltensweisen, die der normativen Struktur der gesellschaftlichen Organisation entsprechen, so argumentiert Stone, können nicht zur Normordnung reduziert werden, ohne dass auch für die Rechtswissenschaft im eigenen Sinn Wesentliches verloren geht. Auf dieser Überzeugung fusend, schlägt Stone eine Neuformulierung der Theorie Romano dahingehend vor, "dass die Rechtsnormen nur eine Art Spross des 'Rechts' sind, die durch andere Elemente der Rechtsordnung als Ganzes sanktioniert werden".¹⁹⁰ In dieser Lesart erweist sich die Institutionenlehre prädestiniert als Theorie des juristischen Pluralismus :

"Romano gibt eine verhältnismässig klare Darstellung des Inhalts einer institutionellen Gesellschaftstheorie, die es ablehnt, sich mit der Frage zu befassen, wie die Gesellschaft organisiert sein sollte, und welche Beziehungen zwischen den verschiedenen Institutionen bestehen sollten. In dieser Art vermittelt die Theorie der Institutionen eine relativistische, agnostische und nicht-engagierte Anschauung von der wünschenswerten Struktur der Gesellschaft. / Die Institutionenlehre liefert auch einen generischen, die Rechtsordnung aller Institutionen umfassenden Rechtsbegriff, der trotz seiner offenkundigen Distanz zu den den Juristen unmittelbar beschäftigenden Problemen zu neuen Einsichten führen kann".¹⁹¹

Als gewissermassen wissenschaftspolitischer Nebeneffekt ergibt sich daraus eine ideologiekritische, analytische Haltung gegenüber allen rechtsrelevanten normativen Strukturen. Eine eher wissenschaftshistorische Aufarbeitung der beiden klassischen Varianten der Institutionenlehre bietet Stone in der Festschrift für ROSCOE POUND, der selber den institutionalistischen Rechtstheorien eine grosse Bedeutung zumass, jedoch die italienische Formulierung bei Romano nicht nannte (oder vielleicht auch nicht kannte?). Idealtypisch wird die naturrechtliche Variante bei Hauriou von der empirizistisch-positivistischen bei Romano unterschieden, "a contrast which emerges from their expositions as a whole even when the banners of these standpoints are not openly raised. [...] For Romano, as an empiricist, all durable ideas to realise which men organise their activities give rise to institutions : it is neither necessary nor permissible to pick and choose among the relevant social realities".¹⁹² Gerade die schamlose empirizistische Dekonstruktion naïv-juristischer Hoffnungen bei Romano lässt schmerzlich spüren, dass soziologisch orientierte Institutionentheorien keine Antwort auf die Frage nach der Auflösung von Konflikten zwischen verschiedenen, von unterschiedlichen Institutionen generierten Ordnungen zu liefern vermögen; sie wären aber durchaus dafür prädestiniert, in dieser Hinsicht ausgebaut zu werden.

"Romano's theory of institutions results in pluralism in a double sense. Of course, like Hauriou and Renard, he insists that there are numerous institutions, some of which entertain relations with others, some of which do not. But Romano, as a positivist, does not share their assurance of a built-in harmony between institutions through natural-law screening of the ideas, communion in which creates and maintains institutions. His theory is pluralist also in the sense that institutions, and the ideas to which they are dedicated, may stand in mutual conflict, so that the 'legal order' of one may be 'unlawful' under the other. The whole of the second part of 'L'Ordinamento Giuridico' is devoted to this latter kind of pluralism of legal orders".¹⁹³

Der tiefere Grund für diese dezidierte Stellungnahme Romanos mag nicht so sehr den ausgewiesenen (und durchaus gesunden) Positivismus zur Ursache haben als vielmehr den fehlenden Glauben an eine katholisch-naturrechtlich motivierte integral konzilierte Weltordnung (sei diese nun, wie im Mittelalter, in einem *Ordo*-Denken oder, wie im Katholizismus, im Glauben begründet). In diesem Punkt ist die Argumentation von Stone IVOR JENNINGS verpflichtet, bei dem eine Identifizierung der institutionalistischen Bewegung *à l'époque* und *avant la lettre* stattfindet. So muss er auch die entsprechende Skepsis mittragen, die davon herrührt :

"In diesem Fall lassen sich mit der Theorie der Institutionen die vertrauten Probleme, mit der sich die Rechtswissenschaft in England normalerweise beschäftigt, meistens nicht lösen. Wird die Regel Recht, bevor oder nachdem sie vom Parlament erlassen worden ist? Wird das Recht vom Parlament gesetzt oder gibt das Recht dem Parlament die Befugnis, anderes Recht zu setzen? Wann entwickelt sich, wenn überhaupt, Gewohnheitsrecht?"¹⁹⁴

An sich liesse sich dagegen der Vorwurf der methodischen Vermengung von soziologisch-deskriptiven und philosophisch-normativen Ansätzen erheben: "Ich habe aber erhebliche Zweifel [...], ob es eine soziologische Theorie der Institutionen geben kann, die nicht psychologisch ist. [...] Die Theorie der Institutionen kann daher nur eine Theorie der sozialen Psychologie sein".¹⁹⁵ Diese Desillusionierung verweist auf die Verpflichtetheit der Institutionentheorie Haurious auf die katholische "Gedankenwelt", nicht jedoch so sehr auf die mit dieser einhergehende "Dogmatik", wie es später GEORGES RENARD erkenntnistheoretisch maskiert formuliert hat (der Schüler von Hauriou mit einem für die Akzeptanz der Theorie bedauerlichen neo-thomistischen Einschlag ¹⁹⁶): "Die Hilfe, die der Glaube der Philosophie im allgemeinen und der Rechtsphilosophie im besonderen gewährt, besteht darin, dass er ihr Hypothesen zur Verfügung stellt. Wenn die Hypothese der rationalen Überprüfung fähig ist, so wird der Glaube ein Bestandteil der Erbmasse der Philosophie; kann die Hypothese dagegen nicht überprüft werden, so bleibt der Glaube im Bereich des Glaubens".¹⁹⁷ Nichtsdestotrotz bleibt festzuhalten, dass bei Theoretikern mit katholischem Hinter-

grund eben doch eine bereitwillige Akzeptanz des Naturrechts auszumachen ist, die sich in einer Favorisierung des institutionalistischen Ansatzes äussern kann, es aber nicht zwingend muss. Ausser bei Stone findet der klassische Institutionalismus im englischen Sprachraum noch bei HAROLD J. LASKI Nachfolge, hier gelesen als Antwort auf die Krise und Dekonstruktion der staatlichen Souveränität und herangezogen als Begründung für den juristischen Pluralismus (siehe Ziff. VI.).¹⁹⁸

bb) So wie WIDAR CESARINI SFORZA als italienischer Fortsetzer der Institutionentheorien nicht nur von SANTI ROMANO sondern auch von MAURICE HAURIOU gelten darf und als Übersetzer verschiedener Werke des letzteren in Erscheinung getreten ist (siehe obenstehend, Ziff. IV.d),¹⁹⁹ so hat die Institutionenlehre auch uns besonders in Spanien Nachfolge gefunden : besonders bei JOAQUÍN RÚIZ JIMÉNEZ, auf dessen Werk hier nur integral verwiesen werden kann,²⁰⁰ dann aber auch vermittelt durch eine innere Verwandtschaft mit der historisch-soziologischen Philosophie von JOSÉ ORTEGA Y GASSET.²⁰¹ Nach Auffassung des bekannten spanischen Rechtsphilosophen LUIS LEGAZ Y LACAMBRA gehört das Recht "zur historischen Welt der Kultur und des Geistes unter dem Seinsmodus einer Form des Gemeinschaftslebens".²⁰² Gegenüber der rationalistischen und der sogenannten egologischen Auffassung von Zeichen, Bedeutung, Gegenstand und Anschauung als den vier Elementen der Rechtserfahrung – die hier übrigens mustergültig charakterisiert werden – nimmt Legaz y Lacambra eine dritte, erklärt geisteswissenschaftliche und geschichtliche Haltung ein : für ihn

"sind die Worte, der Brauch oder die Sitte das Zeichen einer Realität der Gemeinschaftswelt; diese Worte, Bräuche undsoweiter haben eine normative Bedeutung; der von der Norm gemeinte Gegenstand ist eine menschliche Handlung, welche die des Gesetzgebers, des Richters, des Individuums sein soll; und eine menschliche Handlung, die ist, insofern sie nicht sein soll, oder insofern sie gestattet sein kann (folglich immer insofern sie für etwas sein soll : für die Verhängung einer Strafe oder die Bestrafung einer Hinderung). / Es gibt keine Anschauung der Handlung, die sein soll, insofern sie sein soll, sondern nur der Handlung, die ist, insofern sie ist. / Folglich ist das Objekt der Rechtswissenschaft das Recht, das Norm ist, das heisst Regel für die Handlung, sofern sie nämlich sein soll; die Handlung ist, insofern sie ist, nicht das Recht, sondern sie hat am Sein des Rechts nur als geschuldete, verbotene oder erlaubte Handlung teil. Aber die Rechtswirklichkeit ist nicht nur die (notwendigerweise unzeitliche und unräumliche) Wirklichkeit der Norm als normativer Satz, sondern die kompliziertere und als ganze einer wahrnehmbaren Intuition zugängliche Wirklichkeit einer Form des Gesellschaftslebens. Insofern sie Leben ist, ist ihre Substanz die Freiheit; insofern sie der Gesellschaft angehört, ist ihr Wesen die Normativität, das heisst die unpersönliche Beschränkung der Freiheit; und insofern sie Gesellschaftsleben ist, stellt sie eine freie Schöpfung normativer Regeln dar, die die Formen des Zusammenlebens sind; ihnen

widerstreben die supra-, prä- und antisozialen Tendenzen der persönlichen Lebensweise".²⁰³

Die hier nur skizzierte originelle Rechtsauffassung des Objekts der Jurisprudenz wird auch egologische genannt²⁰⁴ und findet ihre Vertreter vor allem im iberischen und südamerikanischen Raum. Schon allein der allgemeingültige, von jeder besonderen Schule der Rechtswissenschaft unabhängige Umstand, dass das Recht dem Gemeinschaftsleben dienend gegenübersteht,²⁰⁵ erfordert dringend eine vermehrt pragmatische Ausrichtung seiner wissenschaftlichen Behandlung; so werden die pluralistischen Institutionentheorien denn als Indiz für die Krise des Rechts auch gelesen.²⁰⁶

cc) Aus der Tradition des skandinavischen Rechtsrealismus und der sogenannten Schule von Uppsala liesse sich in besonderem Mass in den Rechts- und Sozialphilosophien von ALF NIELS CHRISTIAN ROSS²⁰⁷ und STIG JØRGENSEN²⁰⁸ (nebst den Vorarbeiten bei ANDERS VILHELM LUNDSTEDT,²⁰⁹ AXEL HÄGERSTRØM²¹⁰ und KARL OLIVECRONA²¹¹) generell eine Anlehnung an die Vorleistungen institutionalistischer Theorien nachweisen (hier muss Hinweis auf den geplanten Beitrag zum skandinavischen Rechtsrealismus genügen²¹²).

dd) Logisch-erkenntnistheoretisch motiviert ist die Systemtheorie rechtlich verfasster Institutionen bei CSABA VARGA, die sich in der Behandlung des Rechts in löblicher Weise von den klassischen Systemtheorien unterscheidet: Zum Ausgangspunkt wird ein Spannungsfeld zwischen konkreten Systemen, die allein an ihrer Kontingenz messbar sind und idealtypischen Systemen, die von innerer Kohärenz und Konsequenz/ Stringenz bestimmt werden erhoben, in dem Prozesse der historischen Universalisierung und Konkretisierung/ Partikularisierung ablaufen. Dabei ist das Ideal nichts als normative Ideologie; die Objektivität eines jeden aktualisierten Systems holt das Ideal in die Sphäre der Kontingenz hinunter, was zu Abweichungen vom formal-logischen Ideal zugunsten kompromissbehafteter praktikabler Lösungen führt.²¹³ Eine solche Beschreibung vermag eher als Modell für das bessere Verständnis komplexer Vorgänge dienen, verbleibt jedoch selbst in einer merkwürdig abstrakten Sphäre.

e) Eine ganz besondere Stellung nimmt der sogenannte Institutionalistische Rechtspositivismus von OTA WEINBERGER und NEILL MACCORMICK ein, wie er in den "Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus" von beiden Autoren gemeinsam entwickelt worden ist.²¹⁴ Zusammen mit Aufsatzsammlung "Recht, Institution und Rechtspolitik" und dem Lehrbuch "Norm und Institution" von Weinberger ist die aktuelle Grundlage der institutionalistischen rechtstheoretischen Diskussion abschliessend bezeichnet: Die inaugurierte Handlungs- und Institutionentheorie wird angeleitet von den Fragen, wie wir eine realistische Sicht des Rechts durchführen können, was als tatsachengetreue Beschreibung des Rechts zählen dürfe und wie eine Kooperation von Juristen, Philosophen und Soziologen ins Werk

gesetzt werden könne. Im Gegensatz etwa zu GEORG HENRIK VON WRIGHT findet sich bei Weinberger eine formalistische Konzeption der Handlungstheorie, die keine originelle Erfindung gewesen sei, sondern sozusagen "in der Luft gelegen" habe : "die Idee, den Begriff der Handlung nicht als blossen Vorgang, der in der Welt der Verhaltensabläufe von Dingen und Systemen beobachtet werden kann, zu charakterisieren, sondern diesen Begriff vor allem durch einen Informationsverarbeitungsprozess, der das Handeln bestimmt, zu explizieren".²¹⁵ Eine solche Sichtweise erweist sich als gut verträglich mit einer evolutionstheoretischen Betrachtungsweise und lässt sich mit der folgenden Grundthese am leichtesten fassen :

"Die Konstitution einer Lebensform sowie jeder Art der zwischenmenschlichen Beziehungen, der Kooperation oder des kollektiven Handelns, der Aufbau von Organisation und die Bestimmung von Rollen oder Handlungsmustern beruht explizit oder implizit auf einem System von Normen (Sollen, Dürfen; Ermächtigungen) und Werten. Das Dasein der Institutionen – der institutionellen Tatsachen, institutionalisierten Rollen, institutionellen Realien sowie der mit diesen Dingen verbundene Sinn – auf der einen Seite und die gesellschaftliche Existenz der entsprechenden Normen und Werte auf der anderen Seite (auch 'Geltung' genannt) sind untrennbar miteinander verbunden. Die Institution und ihre institutionellen Tatsachen können nicht existieren und nicht funktionieren ohne Kristallisationszentrum der praktischen Informationen, und das gesellschaftliche Dasein von Normen und Werten ist gerade in ihrer Wirksamkeit in den entsprechenden Institutionen gelegen".²¹⁶

Die neo-institutionalistische Strategie ist damit erkenntlich gegen reduktionistischen Behaviorismus in der Soziologie gerichtet (gleichwie gegen einen rechtstheoretischen positivistischen Reduktionismus) und zeugt von einem Ringen um eine "gnoseologisch differenzierte Semantik". Entscheidende methodologische Ergebnisse dieser Rechtsauffassung weisen in eine pragmatische Richtung;²¹⁷ WERNER KRAWIETZ konstatiert denn ein reges Interesse an der institutionalistischen Rechtsauffassung, weil sie "bestimmte Möglichkeiten bietet, einzelne Regelungen des Rechts, aber auch die Rechtsordnung als ganze zugleich als integrierende Bestandteile der rechtlichen Lebensform einer Gesellschaft zu begreifen".²¹⁸ Zugegebenermassen glingt dieser Position eine Vermeidung der Extrempositionen sowohl eines strikten Normativismus als auch eines radikalen Rechtsrealismus und es besteht denn die klassifikatorische (wenn auch nicht sehr signifikante) Einmütigkeit, "dass es sich bei der realistischen bzw. soziologischen Jurisprudenz um eine Form 'soziologische(r) Rechtstheorie' handelt, nicht um Rechtssoziologie im konventionellen Sinne, die sich nur allzu häufig in empirischer Rechtstatsachenforschung erschöpft".²¹⁹ Die uneingelöste gemeinsame Fernabsicht geht darauf, eine Strukturtheorie des Rechts aufzubauen. Das mehr logisch als methodologisch ausgerichtete Unternehmen von MacCormick setzt darauf, dass, wenn normativen Aussagen als Aussagen über institutionelle Tat-

sachen aufgefasst werden, so man diesen Wahrheitswerte zuschreiben kann, und dass so auch juristische Deduktion mittels einer (vierwertigen) Prädikatenlogik möglich werden wird.²²⁰

"Such argumentation exercises and calls for virtues like wisdom, humanity and common sense. It is practical reasoning, not deductive reasoning. It belongs, as Weinberger teaches, to the deeper strata of the *conditio humana*".²²¹

VI. [*Pluralismus der Rechtsordnungen und universalistische Rechtsidee – Vom Gegensatz prima facie zur intrinsischen Verknüpfung von Teil und Ganzem, von Differenz und Einheit*] Für ein Zusammendenken von spontan sich bildenden und eigenberechtigten Rechtsordnungen und einer allen diesen gemeinsamen Rechtsidee entscheidend erscheint die Thematisierung des Verhältnisses von/ Bezugs zwischen menschlicher Subjektivität (kritisch-reflektiertem Geltungsbedürfnis) und sozialer Objektivität (Geltungsanspruch von Institutionen); dies kann erfolgen vermittelt Vorstellungen wie Teilhabe, Teilnahme, Partizipation (wobei biologistische, psychologisierende, anthropologische Ansätze, aber auch normativistische zu beobachten sind!). Bei BRONISLAW MALINOWSKI etwa findet sich eine funktionale (sozio-anthropologische) und institutionelle (organisationssoziologische) Analyse der Kultur/ Zivilisation/ Gesellschaft;²²² es steht aber auch eine sozial-philosophische, am Bewusstsein, an geistigen Vorstellungen und am allgemein-menschlichen Denken und Fühlen anknüpfende Analyse offen. Dabei wird der universalistische Begriff des Rechts selbstredend nicht konserviert werden können, sondern eine Transformation erfahren müssen. Ausgangspunkt ist nichtsdestotrotz die Verunsicherung, die sich für das Rechtsdenken einstellt, der Abgrund, der sich für jede Rechtsphilosophie auftut :

"Das Nichtwissen um die 'Menge' und die 'Lokalisation' des Wahrheitsgehaltes eines Erkenntnisgebildes verführt viele dazu, dem Relativismus ohne Not das Wort zu reden. Das Nichtwissen darum, ob sich ein Erkenntnisgebilde überhaupt auf der Wahrheitslinie befindet, gebiert den echten, begründeten Relativismus. Dieses Nichtwissen aber entspringt der Not, dem Apriori ein *fundamentum in re* zu verschaffen, also abseits vom rationalen Erkenntniswege um einen Grundstock wirklichkeitsverankerter, willkürfreier Aprioritäten zu wissen".²²³

Davor, einem "Relativismus ohne Not" das Wort zu reden, muss dennoch ausdrücklich gewarnt werden, weil sich – ob aller Infragestellung – der vom Bekenntnis zum Pluralismus der normativen Ordnung angerichtete "Schaden" leicht in einen Gewinn ummünzen lässt : das Wahrheits-/ Universalismus- / Relativismusproblem ist letztlich Erbe einer dogmatischen Sicht der Dinge und erscheint nach Verabschiedung jedes Dogmatismus eigentlich unbedeutend; für die geschichtlich-gesellschaftliche Welt ist nicht der erkenntnistheoretische/ objektive Universalismus massgeblich, sondern ein besonderer humanistischer/ subjektiver "Universalismus", der sich in einem Allgemeinverbindlichkeitsanspruch äussert. (Auch ist zur Entschärfung der Lage hinzuweisen auf die Möglichkeit einer Differenz zwischen Leitbild/ Idee und Satzung/ Normensystem einer Institution/ Ordnung.) Hierzu sei zunächst die klassische Formulierung des pluralistischen Ansatzes in der Staatslehre und politischen Theorie referiert (a), bevor auf aktuelle Tendenzen in der wissenschaftlichen Bearbeitung der infragestehenden Thematik – wenn auch nicht anders als cursorisch – hingewiesen wird (b und c).

a) Für die pluralistische Staatstheorie des Historikers HAROLD J. LASKI (1893 bis 1950) ist bezeichnend, dass sie von einer geschichtlich fundierten Kritik am Souveränitätsdogma ausgeht :

"its starting point ist the belief that in such a theory, the problem of sovereignty is fundamental, and that only in the light of its conception can any satisfactory attitude be adopted".²²⁴

In der realistischen Anschauung Laskis ist die Persönlichkeit des Staates eine real existierende und gibt den Grund dafür ab, dass das Konzept der den Staat vereinheitlichenden Souveränität nicht verabschiedet werden kann.²²⁵ Im Ergebnis wird aber das Dogma der Souveränität quasi invertiert, bezeichnet nicht mehr die Vorstellung einer Deduktion der staats theoretisch relevanten Akte von der Staatsgewalt, sondern induktiv die Abhängigkeit staatlicher Macht von der gesellschaftlichen Akzeptanz.

"We have to find the true meaning of sovereignty not in the coercive power possessed by its instrument, but in the fused good-will for which it stands. (...) But then law clearly is not a command. It is simply a rule of convenience. Its goodness consists in its consequences. It has to prove itself. (...) Where sovereignty prevails, where the State acts, it acts by the consent of men".²²⁶

Damit konvergiert die Auffassung Laskis der Souveränität aber mit der in dieser Arbeit intendierten, die Souveränität auffasst als ein Konzept zur Beschreibung der Spannung von Faktizität und Geltung. Diese Quintessenz der Souveränitätslehre Laskis ist jedoch vorgegriffen, da sie bei ihm einer detaillierten Analyse der geschichtlichen Entstehung und Entwicklung des Dogmas der Souveränität entspringt.

aa) Laski entwickelt die Grundlegung der Souveränitätslehre aus der Konfrontation der Frühgeschichte des infragestehenden Dogmas mit dem mittelalterlichen Weltbild. Für das Ordo-Denken war die Vorstellung einer gebietsbezogenen unabhängigen Instanz undenkbar, weil durch den allgegenwärtigen Universalismus verunmöglicht. Auch ist das Mittelalter geprägt von verschiedensten Normordnungen, die miteinander in Konkurrenz stehen und jeweils eine Gemeinschaft von Personen gebietsunabhängig erfassen. Laski stellt nun deutlich heraus, dass die Kirche, insbesondere aber die Reformation in der Herausbildung des Dogmas des souveränen weltlichen Staates eine mächtige Rolle gespielt hat. Souveränität bilde sich aus dem komplexen Gefüge des Mittelalters, welches durchsetzt sei von unterschiedlichsten Rechtsordnungen, heraus, indem die teleologische, der aristotelischen Philosophie entspringende und mit der christlichen Theologie korrespondierende Vorstellung der

Gemeinschaft als einer Institution zur Vervollkommnung des Menschen aufgegeben werde.

"The state becomes self-sufficing, therefore to the state the unique allegiance of the individual is due. It ceases to think of superiority as existent outside itself. The state is that which has no superior, wherefore all other forms of social organization, as guilds for example, are subject to its control. The dawning sense of nationalism was at hand to give that concept an enviable sharpness of definition".²²⁷

Die Souveränitätstheorie JEAN BODINS sei so nicht eigentlich gegen das Metaphysische gerichtet gewesen, als vielmehr geprägt von den Forderungen, für die der Schreiber als Advokat eingestanden sei. In der Folge aber werde das Dogma der Souveränität zu einer erfolgreichen Technik und perfektioniere damit auch die nie intendierte Ablösung der Mechanik des Staates von den gesellschaftlichen Bedingungen von Staatlichkeit.

"That is why the legal theory of sovereignty can never offer a basis for a working philosophy of the state. For a legal theory of sovereignty takes its stand upon the beatification of order; and it does not inquire – it is not its business to inquire – into the purposes for which order is maintained. The foundations of sovereignty must strike deeper roots if they are to give us a true philosophy".²²⁸

Laski plädiert hier für eine Trennung der Souveränitätsproblematik von der Frage nach der Legitimation der staatlichen Ordnung, muss aber zugleich konzedieren, dass eine grosse Gefahr zu deren Identifizierung besteht.²²⁹ Diese Gefahr resultiert daraus, dass der souveräne Staat für die politische Theorie sei, was das Absolute für die Metaphysik.²³⁰ In seiner Auseinandersetzung mit der Idee der Volkssouveränität entthront Laski die Souveränität von ihrer behaupteten technischen Schrankenlosigkeit: Volkssouveränität wird damit zur Grenze der Souveränität des Staates.

"Sovereignty, after all, is no more than the name we give to a certain special will that can count upon unwonted strength for its purposes. There is nothing sacred or mysterious about it; and, if its sense is to be at all meaning, it can secure obedience only within limits. We cannot, indeed, with any certainty predict or define them, though we can indicate political unwisdom deep enough to traverse their boundaries".²³¹

Besonders mit Hinsicht auf das Konzept der Volkssouveränität kritisiert Laski den Rousseauismus etwa eines BERNARD BOSANQUET,²³² welcher Souveränität definiert als "the relation in which each factor of the constitution stands to the whole".²³³ In seiner pluralistischen Grundhaltung wendet sich Laski dabei besonders gegen den totalitären Zug der politischen Theorien von JEAN-JACQUES ROUSSEAU und Bosan-

quet und leitet hiermit eine neue Epoche der Rousseau-Interpretation ein. In der Auffassung Laskis lebt der Staat nicht so sehr von einer ihn erst konstituierenden Einheit, sondern erkennt vielmehr den jederzeit drohenden Widerstand als Basis des Staates an :

"We shall make the basis of our State consent to disagreement. Therein shall we ensure its deepest harmony".²³⁴

Der Staatswille ist nicht ein einheitlicher Gemeinwille, sondern ein solcher, der immer in Auseinandersetzung mit konkurrierenden Willen steht, das Gemeinwesen ist als ein pluralistisches erkannt. Die Autorität hat nur den Willen der Gemeinschaftsglieder als Absicherung, dieser Wille aber wird zum souveränen "by consent transformed into impotence by disagreement".²³⁵ Volkssouveränität verlange nach einer Repräsentation der pluralistischen staatlichen Gemeinschaft. Zu diesem Zweck sei aber eine politische Moral unabdingbar, welche, um nützlich zu sein, auf geschichtlicher Erfahrung gründen müsse :

"Certainly the history of popular sovereignty will teach its students that the announcement of its desirability in nowise coincides with the attainment of its substance".²³⁶

bb) In seinem Beitrag zur aktuellen Situation, "*The Sovereignty of the State*", führt Laski die Geltung des Rechts und damit auch die Souveränität der Staatsgewalt zurück auf die Akzeptanz durch die Rechtsunterworfenen. Die Befolgung einer Rechtsregel sei immer ungewiss, weil von der Befolgung anderer als rechtlicher Normen abhängig :

"For that rule will depend for its validity upon the opinion of the members of the State, and they belong to other groups to which such rule may be obnoxious. (...) We have, therefore, to find the true meaning of sovereignty in the coercive power possessed by its instrument, but in the fused good-will for which it stands".²³⁷

Gerade deshalb ist für eine philosophische Kritik des Staates in der Auffassung Laskis die Thematisierung von Ungehorsam der erfolgreichste *approach* : Opposition sei die reichste Quelle jeden Staatsverständnisses.²³⁸ An dieser Stelle nun setzt der zentrale Einwand gegen eine juristische Souveränitätslehre an : Laski wirft der juristischen Staatslehre vor, sie stehe als monistische Theorie des souveränen Staates der tiefsten Überzeugungen des Menschen entgegen,²³⁹ dass stete Herrschaft nur auf dem Einverständnis der Beherrschten beruhen könne :

"The sovereignty of legal theory is far too simple to admit of acceptance. The sovereign is the person in the State who can get his will accepted, who so dominates over

his fellows as to blend their wills with his. Clearly there is nothing absolute and unqualified about it. It is a matter of degree and not of kind that the State should find for its decrees more usual acceptance than those of any other association. It is not because of the force that lies behind its will, but because men know that the group could not endure if every disagreement meant a secession, that they agree to accept its will as made manifest for the most part in its law. Here, at any rate, we clear the air of fictions. We do not bestow upon our State attributes it does not possess. We hold it entitled to ask from its members that which conduces to the achievement of its purpose not because it has the force to exact their consent, but because what it asks will in the event prove conducive to that end. Further than this we can not go".²⁴⁰

Souveränität ist nun nach diesem Verständnis weder absolut, noch unqualifiziert, sondern in höchstem Masse bedingt durch theologische, moralische und soziologische Momente, durch diejenigen Momente nämlich, welche die Rechtsunterworfenen anleiten in ihrer Stellungnahme zum positiven Recht. Dadurch ist das Recht klar teleologisch ausgerichtet, das heißt es hat sich an den Wertvorstellungen der staatlichen Gemeinschaft zu bewähren.²⁴¹ Wie jede andere Institution hat sich auch der Staat nach der Auffassung von Laski darin zu bewähren, was er erreicht.²⁴² 'Souveränität' ist nicht mehr Attribut für ursprüngliche Staatlichkeit, sondern das *tool* einer kritischen politischen Philosophie.

cc) Zu seinen "*Studies in the Problem of Sovereignty*" hat Laski zwei Anhänge verfasst, worin er die Beziehungen der Souveränität zu Föderalismus und Zentralisation thematisiert. Diese Diskussion steht im Zeichen des *United Kingdom* und etabliert einen Begriff der Körperschaft des Staatsrechts, welcher qualitativ verschieden ist von demjenigen einer privatrechtlichen Gesellschaft. In dieser Differenz erblickt Laski den Durchbruch einer pragmatischen juristischen Souveränitätslehre, welche diejenige von JOHN AUSTIN überwindet.²⁴³ Mit Bezug auf die Gründung des amerikanischen Bundesstaates nennt Laski die Problematik jeden bundesstaatlichen Souveränitätsverständnisses: Die Vorstellung zweier auf ein gemeinsames Ziel hin koordinierter Souveränitäten.

"Men found it difficult to understand that two jurisdictions largely co-ordinate can work towards a similar end. They imagine that co-ordination meant antithesis, and drew a distinction between State and Nation".²⁴⁴

dd) Im Vorwort zu seinem Buch "*Authority in the Modern State*" hat Laski die Problematik der Souveränität als einen Spezialfall der umfassenderen Frage nach der staatlichen Autorität bezeichnet.²⁴⁵ Die Kritik am Souveränitätsdogma schlägt gewissermaßen um ins Positive, was mit dem Wechsel zum Begriff der Autorität signalisiert wird. Laski setzt sich mit den französischen Lehren von LOUIS-GABRIEL-

AMBROISE DE BONALD, LAMENNAIS, PIERRE ROYER-COLLARD und dem Syndikalismus auseinander, stellt aber einen allgemeinen Teil voran, woraus hier besonders die Ausführungen zur Beschränkung staatlicher Macht interessieren. Zunächst wiederholt Laski, als die Quintessenz von "*The Sovereignty of the State*", die Limitierung der Souveränität und fährt fort, Macht sei konditioniert durch ein System von Konventionen, welche die Rechtfertigung staatlicher Macht zum Gegenstand hätten.²⁴⁶ Als *political right* definiert Laski ein gesellschaftliches Bedürfnis, welches so ins Bewusstsein dringe, dass es für die Realisierung der staatlichen Aufgaben essentiell empfunden werde.

"It is a right natural in the sense that the given conditions of society at the particular time require its recognition. It is not justified on grounds of history. It is not justified on grounds of any abstract or absolute ethic. It is simply insisted that if, in a given condition of society, power is so exerted as to refuse the recognition of that right, resistance is bound to be encountered".²⁴⁷

Dies erscheint als eine wichtige Präzisierung für das zutreffende Verständnis des pluralistischen Staatsverständnisses von Laski, macht die Funktion des politischen Rechts doch deutlich, dass keine irgendwie transzendente Bezugnahme für die wirksame Beschränkung der Macht des souveränen Staates nötig ist, diese vielmehr politikimmanent thematisiert werden kann. Für Laski heisst denn Pluralismus notwendig auch Relativismus, zwar nicht im Sinne einer Absage an eine Wertbegründung überhaupt, aber doch als eine solche an einen uniformen Wertmassstab. Postuliert wird damit ein Zusammenwirken verschiedener Normordnungen, die zwar infolge ihrer unterschiedlichen Ontologie nicht normlogisch abgleichbar sind, die aber mittels normbegründeten und zweckbestimmten Handelns wechselwirksam werden. Der Rahmen ebendieser Wechselwirkung jedoch ist der Staat als politische Gemeinschaft. Der Staat erstarkt in Autorität, wenn er den relativen Bedürfnissen der staatlichen Gemeinschaft gerecht wird.

"If authority is subject to exploitation, it must be subject to limitation also. It can act without restraint only where its end is in fact coincident with its ideal object. Its policy, that is to say, is only sovereign where it is serving the sovereign purpose".²⁴⁸

Was Laski hier beschreibt ist aber nichts anderes als die Verschmelzung von staatlicher Autorität *qua* souveräner Höchstmacht mit Volkssouveränität in demokratisch-pluralistischem Verständnis.

ee) Eine spannende Zusammenfassung seiner das Souveränitätsdogma betreffenden Gedanken hat Laski 1931 in der "Zeitschrift für öffentliches Recht" veröffentlicht unter dem Titel "Das Recht und der Staat". Eine Auseinandersetzung mit dem Begriff der Souveränität könne kritisch nur dann erfolgen, wenn man den Staat

als etwas geschichtlich Bedingtes, nicht als ein Dauerndes oder gar Ewiges auffasse. Zwar erkläre eine juristische Theorie des Staates offenbar unter einem formalen Gesichtspunkt die Verbindlichkeit des positiven Rechts.

"Aber eine Philosophie des Staates kann sich mit den Axiomen der formalen Jurisprudenz nicht zufriedengeben. Sie muss fragen, warum sie aufgestellt wurden und welche Folgen ihre Annahme hat. Sie muss eine Brücke zwischen der rein logischen Welt idealer Begriffe, in der allein die juristische Theorie vom Staat sich bewegt, und der wirklichen Welt um uns suchen, in der die Staaten, die wir kennen, ihre Funktion erfüllen".²⁴⁹

Die Institution auch des Staates rechtfertige sich nur durch ihre Fähigkeit, bestehende Bedürfnisse zu befriedigen, eine adäquate Rechtsphilosophie habe also auch das sittliche Recht einer Regierung auf Gehorsam zu erklären :

"Sie muss erklären, wie die Souveränität des Staates mit einer Welt vereinbar ist, in der das Hinterland zwischen den Staaten durchorganisiert ist; sie muss also zeigen, wie ein Staat, der das Subjekt einer grossen Masse bestimmter Verpflichtungen ist, keinem Willen als seinem eigenen unterworfen sein und doch unter dem Zwang stehen kann, seine Verpflichtungen zu erfüllen".²⁵⁰

Damit ist das Programm eine rechtsphilosophischen Beschäftigung mit dem Problem der Souveränität aber klar vorgezeichnet. Die Geltung des Rechts werde nicht dadurch besonders qualifiziert, dass es von der Staatsgewalt als der souveränen Quelle abstamme, sondern dadurch, dass es befolgt werde, argumentiert Laski.²⁵¹ Damit ist aber die Idee der Souveränität an den Rand des Abgrundes geführt, an dem sie ihre Berechtigung vollends verliert. Souveränität wird auf Bedürfniszwecke zurückgeführt und so das Recht zur souveränen Entscheidung korrespondiert mit der Pflicht zu bedürfnisgerechter Entscheidung :

"Ein Recht zur Souveränität besteht nicht um der Souveränität selbst willen : es besteht für die Zwecke, denen die Souveränität zu dienen hat. Ein Recht zur Souveränität muss korrelativ sein mit der Pflicht zur Verwirklichung dieser Zwecke. Diese sind in ihrer Gesamtheit das Maximum an möglicher Erfüllung von Wünschen. Der logische Schluss würde darum von einem Recht der Souveränität zu der Pflicht führen, die souveräne Gewalt so zu organisieren, dass sie die Ziele erreicht, für die sie besteht".²⁵²

ff) Wenn man die historische Analyse der Frühgeschichte des Souveränitätsdogmas mit den Postulaten Laskis zu einer Gesamtschau vereinigt, dann wird einem bewusst, dass die Epoche der absoluten, unteilbaren Souveränität geschichtsphilosophisch nur eine Episode ausmacht. Der Absolutismus, mehr noch aber der nachrevolutionäre, auf dem Prinzip der Volkssouveränität beruhende Gesetzespositivismus erscheinen als unberechtigte Verabsolutierung des Rechts gegenüber den anderen

Normsphären, und selbst im Naturrecht erblickt man dann nurmehr einen Behelf, Moralnormen auf die ontologische Ebene der Geltung positiven Rechts zu projizieren. Laski unternimmt es verdienstvoll, den Gesamtzusammenhang zu rekonstruieren, den zu verlassen auch die aufklärerische Säkularisierung des Politischen nicht vermochte.

b) 'Relativismus' bezeichnet die Einbruchsstelle der lebensweltlichen Differenz in das uniforme System der Philosophie, der unübersehbaren Komplexität in die vom Gesetz der Denkökonomie (ERNST MACH) regierten Theoriebildung. Es ist also denn grundsätzlich keine theoretische Konzeptualisierung möglich/ nötig, sondern nur eine Anerkennung der Vielfalt des kulturellen Lebens durch jedes Denkgebäude. In diesem Sinn ist der Pluralismus ein "faktischer"; so bei CARL AUGUST EMGE ein neues "Grunddogma" des Nonkognitivismus, das besagt, "dass Werturteile nicht beweisbar seien, dass sie [...] in ihrer Faktizität hinzunehmen seien", freilich mit der Diagnose,

"nicht das Relative, sondern das Irrationale, nicht die Tatsache faktischer Verschiedenheit, sondern das Dogma der Unbeweisbarkeit sei das Eigentümliche des rechtsphilosophischen Relativismus".²⁵³

Damit tut sich ein Abgrund auf, der überwunden werden will, eröffnet sich eine Herausforderung, der begegnet werden muss. Das Bekenntnis zum/ Eingeständnis des Relativismus erwies sich theoriegeschichtlich als Ausgangspunkt für viele erfolgreiche philosophische Unternehmen im Zwanzigsten Jahrhundert (siehe etwa den auf Relativismus gründenden Realismus von JOHANNES THYSSEN²⁵⁴). Dabei drohte der Relativismus im Ergebnis oftmals gleichläufig zu sein mit dem Positivismus; es gibt jedoch eine signifikante "Kultur der Differenz", die darin liegt, dass Individualität, Besonderheit und Verschiedenartigkeit ernstgenommen und zu Bewusstsein gebracht werden. Anerkennung genießt diese Sicht der menschlichen Vergemeinschaftung eigentlich seit dem wissenschaftsgeschichtlichen Erfolg der Perspektive MONTESQUIEU'S in seinem *Ésprit des lois*;²⁵⁵ ihre Fortsetzung findet die durchgängige Tradition insbesondere in der neueren amerikanischen Theoriebildung.²⁵⁶ Dabei werden verschiedene Formeln geprägt: die Unterscheidung eines "radikalen" von einem "geläuterten" Pluralismus,²⁵⁷ die Rede von der "Wiederkehr der Unterdrückten",²⁵⁸ die subkutan vorhandene "Moral des Pluralismus",²⁵⁹ die Warnung vor einer "Ideologie des Pluralismus",²⁶⁰ die Unterscheidung zwischen Relativität und Relativismus²⁶¹ sowie – als bedeutendes Rezept gegen die Kapitulation vor dem Relativismus – die "Toleranz".²⁶² Auf in diesem Zusammenhang interessante neueste Beiträge – etwa auf diejenigen von JØRGEN DALBERG-LARSEN und HENRIK ZAHLE zum Rechtspluralismus und zur juristischen Polyzentrik – kann hier nur hingewiesen und zu näherer Beschäftigung eingeladen werden.²⁶³ Das Spannungsfeld zwischen Kulturrelativismus

und Globalisierungstendenzen kennzeichnet eine ganz besondere Problematik für den Staat und für das Recht :²⁶⁴

c) Die neuzeitliche Moderne ist aus einer pluralistischen (ursprünglich : dualistischen) Kostellation heraus überhaupt erst entstanden (Konkurrenz zwischen weltlichem und geistlichem Machtanspruch in Europa) und auch der Nationalstaat und die Verfassung sind überhaupt nur als Produkte der pluralistischen Umstände in Europa richtig zu begreifen (Völkerwanderung).²⁶⁵ Als Folge davon hat sich eine Mehrheit von Ordnungsansprüchen, insbesondere rechtlichen Autoritätsansprüchen entwickelt (was Implikationen bis in die Vorrangproblematik des Völkerrechts hinein zeitigt). Das ist an sich Anlass genug zur Mahnung, Recht nicht auf Werte bezogen zu rechtfertigen,²⁶⁶ sondern eine kulturinvariante Begründung der "Grundnorm Verfassung" als Begründung des Rechts zu postulieren (eine sogenannte "formale Rechtskonzeption" zu bevorzugen).²⁶⁷ Zusammen mit HERMANN HELLER gilt es den Staat vielmehr als Leistungs- und Wirkungszusammenhang zu begreifen und für die Staatslehre eine kulturwissenschaftliche, wirklichkeitswissenschaftliche und strukturwissenschaftliche methodologische Grundlegung zu empfehlen.²⁶⁸ Heller hat die Wirklichkeit des Staates als Organisation einer Wirkungs- und Entscheidungseinheit aufzufassen versucht und ist dabei zu einer unübertroffenen klaren Problemstellung gelangt :

"Wie ist der Staat als Einheit in der Vielfalt zu begreifen, ohne ihm ein selbständiges, von den ihn bewirkenden Menschen losgelöstes Wesen zu behaupten und ohne ihn als bloße Fiktion zu erklären ? Mit anderen Worten : wie ist der Staat als vielheitlich bewirkt und dennoch einheitlich wirkend zu verstehen ?" ²⁶⁹

Die letztlich soziologische beziehungsweise gesellschaftstheoretische Perspektive des Staatsdenkens Hellers führt zur Forderung, funktionierende Handlungserwartungen müssten dort geschützt werden, wo der Einzelne im Verkehr der arbeitsteilig organisierten Gesellschaft auf verlässliche Interaktion angewiesen ist; solches ist aber in vielen Fällen vollkommen unabhängig von ethnisch-kulturell begründeten Werthaltungen möglich. Diese Sicht der Dinge gewinnt nur noch an Überzeugungskraft in einer Situation fortschreitender Individualisierung und Vereinzelung der Gesellschaft, in einer solchen sich verstärkenden ethnisch-kulturellen Pluralismus. Die Option von Heller wird – unabhängig von der Weltanschauung ! – etwa auch von ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE in dessen Kritik an der Neuformulierung des Naturrechts geteilt ²⁷⁰ oder von MARTIN KRIELE in dessen rechtsphilosophischem Relativismus als Frage nach den gültigen Kriterien der Gerechtigkeit.²⁷¹ Letztlich bleibt aber die Zweifelsfrage nicht-beantwortet, ob die staatliche Gemeinschaft nicht doch von einem bestimmten Mass an gesellschaftlicher Homogenität abhängt. HERMANN HELLER ist diesbezüglich zu einer differenzierenden Stellungnahme zu den Voraussetzungen für Gemeinschaftsbildung gelangt :

"Das Urteil über die Relevanz dieser oder jener gesellschaftlichen Akte für die Einheit des Zusammenwirkens verändert sich mit dem historischen und sozialen Zustand und Standort. [...] Das Volk als Vielheit soll sich selbst bewusst zum Volk als Einheit bilden. Ein bestimmtes Mass sozialer Homogenität muss gegeben sein, damit politische Einheitsbildung überhaupt möglich sein soll. Solange an die Existenz solcher Homogenität geglaubt wird [sic !] und angenommen wird [sic !], es gäbe eine Möglichkeit, durch Diskussion mit dem Gegner zur politischen Einigung zu gelangen, solange kann auf die Unterdrückung durch physische Gewalt verzichtet, solange kann mit dem Gegner parliert werden. [...] Von einer grösseren oder geringeren sozialen Homogenität ist also die grössere oder geringere Möglichkeit einer politischen Einheitsbildung, die Möglichkeit einer Repräsentationsbestellung und die grössere oder geringere Festigkeit der Stellung der Repräsentanten abhängig. Es gibt einen gewissen Grad von sozialer Homogenität, ohne welchen eine demokratische Einheitsbildung überhaupt nicht mehr möglich ist. Eine solche hört dort auf, wo sich alle politisch relevanten Volksteile in der politischen Einheit in keiner Weise mehr wiedererkennen, wo sie sich mit den staatlichen Symbolen und Repräsentanten in keiner Weise mehr zu identifizieren vermögen".²⁷²

Demnach ist es letztlich unverantwortlich, im Ernst von einer "Belanglosigkeit kultureller Differenzen" zu sprechen;²⁷³ auf die Politik übertragen bedeutete solches eigentlich Nihilismus.²⁷⁴ Es ist eben doch wohl von einer wirklichen "Einheit der Vernunft" auszugehen,²⁷⁵ wobei solcher Universalismus gerade keine Falle sein muss.²⁷⁶ Die Bildung von Gemeinsamkeiten und Gemeinschaft hat vielmehr ein ernstes rechtsphilosophisches (und zudem philosophisches²⁷⁷) Problem aller Zeiten ausgemacht.²⁷⁸ Eine offene, nicht geschlossene Konzeption des Ensembles von Rechtsordnungen, deren Legitimität von Fall zu Fall (etwa durch ein umfassendes Toleranzprinzip²⁷⁹ oder durch ein neues Verständnis von partizipatorischer Demokratie²⁸⁰) neu begründet werden muss²⁸¹ könnte die Grundlage für eine Kritik an der Delegation von Normsetzungsbefugnissen abgeben (und eine zeitgemässe Durchführung der Konzeption von HANS KELSEN erlauben – wie von THEODOR SCHILLING intendiert, wenn auch nicht geleistet²⁸²), die apodiktische Lehre vom Vorrang der "höheren" Rechtsordnung pragmatisch relativieren (so für das Verhältnis von Verfassungs- und Privatrecht von MATTHIAS RUFFERT durchgeführt²⁸³) und hätte tiefgreifende Auswirkungen auf das Verfassungsverständnis.²⁸⁴ Auf dem Gebiet des internationalen Rechts sind die institutionalistischen Ansätze immerhin ansatzweise durchgeführt worden von RICCARDO MONACO,²⁸⁵ während eine Bearbeitung

der grundsätzlichen Verschiedenheit von Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsrecht immer noch aussteht. Dies trotz dem Ruf nach einer neuen Hyperpolitik (PETER SLODERDIJK) und nach einer Hypermoral (ARNOLD GEHLEN) ? ²⁸⁶



Anmerkungen :

- * Gewidmet sei diese Studie *Nicoletta Bersier Ladavac*, der Leiterin des *Centre d'Études de Philosophie et de Sociologie du Droit "Thémis"* in Genf, einer bescheidenen Fachkollegin und langjährigen guten Freundin.
- ¹ *Maurice-Jean-Claude-Eugène Haurion*: Die Theorie der Institution (Théorie de l'institution et de la fondation, 1925) und zwei andere Aufsätze, mit einer Einleitung und Bibliographie hrsg. von Roman Schnur (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 5), Berlin: Duncker & Humblot, 1965, Seiten 27ff., 64f.
- ² In gewisser Hinsicht auch als eine Theorie des Staates als einer Institution – wenn auch hier in der Folge nicht eingehend behandelt – gewertet werden kann die Souveränitätslehre von *Harold J. Laski*: *Studies in the Problem of Sovereignty*, New Haven: Yale University Press, 1917; siehe auch *dens.*: *Authority in the Modern State*, New Haven: Yale University Press, 1919; und *dens.*: *The Foundations of Sovereignty and Other Essays*, New York: Harcourt, Brace and Company, 1921 (alle im Nachdruck, Clark: The Lawbook Exchange, 2003). – Dazu eingehender *meine* Untersuchung: *Souveränität in Frage gestellt – Die Souveränitätslehre von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich*, Baden-Baden: Nomos, 1995, Randnote 17, Seiten 68ff.; sowie *dens.*: *Shift in Sovereignty, Elevation of Empowerment, and Absence of Authority in Hans Kelsen – Answered, Refused, Omitted, and Unsettled Questions within the Reine Rechtslehre*, in: Schriftenreihe Thémis, hrsg. von Nicoletta Bersier Ladavac, Genève: Centre d'Études de Philosophie, de Sociologie et de Théorie du Droit, im Erscheinen.
- ³ Vgl. dazu etwa *Tom R. Tyler*: *Why People Obey the Law*, New Haven/ London: Yale University Press, 1990.
- ⁴ Dazu einlässlich *Luis Légaray y Lacambra*: *Rechtsphilosophie (Filosofía del Derecho)*, Neuwied/ Berlin: Luchterhand, 1965 (Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1961), Seiten 399ff.
- ⁵ Als entstehungszeitlicher Hintergrund der philosophischen Ideen von *Thomas Hobbes* muss immer erinnert werden, welches politische Chaos in England unmittelbar vor und während der sogenannten *Glorious Revolution* geherrscht hat; unter anderen auf diese Umstände geht ein *Hans-Dieter Metzger*: *Thomas Hobbes und die Englische Revolution 1640-1660* (Quaestiones, Band 1), Stuttgart/ Bad Cannstatt: Frommann-Holzboog, 1991. – Als allgemeine Einführung in das Hobbes'sche Denken mag immer noch dienen *Hans Maier*: *Hobbes*, in: *Klassiker des politischen Denkens*, hrsg. von Hans Maier, Heinz Rausch und Horst Denzer, München: C. H. Beck, 1968, Band 1, Seiten 351ff. Als Einführung in den Forschungsstand seien hier erwähnt *Bernard Willms*: *Der Leviathan und die delischen Taucher – Zur Entwicklung der Hobbes-Forschung seit 1979*, in: *Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte* (Berlin: Duncker & Humblot), Band 27 (1988), Seiten 589ff.; *Anna Lisa Schino*: *Tendenze della letteratura hobbesiana di lingua inglese degli ultimi venticinque anni*, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Bologna: Società Editrice il Mulino), Band 17 (1987), Nummer 1, Seiten 159ff.; und *Hans Buchheim*: *Zu Hobbes' "Leviathan"*, in: *Politisches Denken – Jahrbuch 1993* (Stuttgart/ Weimar: J. B. Metzler), hrsg. von Volker Gerhardt, Jahrgang 1993, Seiten 47ff.
- ⁶ Dazu *Horst Bredekamp*: *Die Brüder und Nachkommen des Leviathan; dens.*: *Ikonographie des Staates – Der Leviathan und seine neuesten Folgen*, beide in: *Leviathan, Zeitschrift für Sozialwissenschaft* (Opladen: Westdeutscher Verlag), Jahrgang 1998, Heft 2, Seiten 159ff.,

- beziehungsweise Jahrgang 2001, Heft 1, Seiten 18ff.; und *ders.*: Thomas Hobbes visuelle Strategien, Berlin: Duncker & Humblot, 1999.
- 7 Siehe etwa *Russell Hardin*: Rational Choice and Critique – Hobbesian Political Order, in: Political Theory, An International Journal of Political Philosophy (London: SAGE), Band 19 (1991), Nummer 2, Seiten 156ff.; *Matthias Weimayr*: Bürgerkrieg und Machtzerfall – Thomas Hobbes und die Logik der Macht, in: Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte (Berlin: Duncker & Humblot), Band 35 (1996), Heft 2, Seiten 167ff.; *Mansfred Riedel*: A Paradigma Turn in Political Philosophy – Hobbes and Aristotle, in: The Philosophy of Order – Essays on History, Consciousness and Politics, For Eric Voegelin On His Eightieth Birthday (January 3, 1981), hrsg. von Peter J. Opitz und Gregor Sebba, Stuttgart: Klett-Cotta, 1981, Seiten 391ff.; *Richard Höningwald*: Hobbes und die Staatsphilosophie (Geschichte der Philosophie in Einzeldarstellungen, 5. Abteilung: Die Philosophie der neueren Zeit II, Band 21), München: Ernst Reinhardt, 1924; *dens.*: Über 'Thomas Hobbes' systematische Stellung, in: Kant-Studien (Berlin: Walter de Gruyter), Band 19 (1914); *Quentin Skinner*: Liberty and Legal Obligation in Hobbes's "Leviathan", in: Jurisprudence – Cambridge Essays, hrsg. von Hyman Gross und Ross Harrison, Oxford: Clarendon Press, 1992, Seiten 231ff.; und *Norbert Campagna*: Das Gesetz, die Richter und die Gesetzesauslegung im "Leviathan" – Über ein vernachlässigtes Thema in der Hobbes'schen Rechtsphilosophie, in: Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte (Berlin: Duncker & Humblot), Band 38 (1999), Heft 4, Seiten 519ff.
- 8 Stellvertretend für viele *Quentin Skinner*: Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- 9 *Gary B. Herbert*: Thomas Hobbes – The Unity of Scientific and Moral Wisdom, Vancouver: University of British Columbia Press, 1989, besonders Seiten 157ff.
- 10 *Ermanno Vitale*: Dal disordine al consenso – Filosofia politica in Thomas Hobbes (Centro Studi di Scienza Politica "Paolo Farneti"), Milano: Franco Angeli, 1994, besonders Seiten 107ff.
- 11 *Helmut Schelsky*: Thomas Hobbes – Eine politische Lehre (Habilitationsschrift Universitäten Leipzig und Königsberg 1938), Berlin: Duncker & Humblot, 1981, Vorwort, Seite 11.
- 12 *Thomas Hobbes*: Leviathan (Philosophische Bibliothek, Band 491), hrsg. von Hermann Klenner, Hamburg: Felix Meiner, 1996, Seiten 56f. (Kapitel VIII: "Von den Tugenden, die man gewöhnlich intellektuelle nennt, und ihren entgegengesetzten Mängeln").
- 13 Dasselbst, Seiten 58f.
- 14 Dazu *Jody S. Kraus*: The limits of Hobbesian contractarianism, Cambridge: Cambridge University Press, 1993; in Auseinandersetzung mit *Jean Hampton*: Hobbes and the Social Contract Tradition, Cambridge: Cambridge University Press, 1986; *Gregory Kavka*: Hobbesian Moral and Political Theory, Princeton: Princeton University Press, 1986; und *David Gauthier*: Morals by Agreement, Oxford: Clarendon Press, 1986.
- 15 *Carl Ludwig von Haller*: Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengestellt, Aalen: Scientia, 1964 (Nachdruck der 2. Auflage Winterthur 1820); vgl. auch *dens.*: Über die Notwendigkeit einer anderen obersten Begründung des allgemeinen Staatsrechts, Bern 1807. –
Dazu *Wilhelm Hans von Sonntag*: Die Staatsauffassung Carl Ludwig von Hallers – Ihre metaphysische Grundlegung und ihre politische Formung (List-Studien, Heft 2), Jena: G. Fischer, 1929 (Nachdruck Vaduz: Topos, 1984); und *Heinz Weilenmann*: Untersuchungen zur Staatstheorie

- Carl Ludwig von Hallers – Versuch einer geistesgeschichtlichen Einordnung, Aarau: H. R. Sauerländer, 1955.
- ¹⁶ *Wolfgang Fikentscher*: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, 5 Bände, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975 bis 1977, besonders die Selbsteinschätzung, Band 4, Seiten 639ff.; Fikentscher nennt Wilhelm Dilthey in verschiedenem Zusammenhang, jedesmal jedoch beiläufig oder indirekt, so in Band 1, Seiten 364 und 423, Band 2, Seiten 32, 276 und 418, Band 3, Seiten 10 und 307 sowie Band 4, Seiten 40 und 42.
- ¹⁷ *Friedrich Müller*: Strukturierende Rechtslehre, Berlin: Duncker & Humblot, 2., vollständig neu bearbeitete und auf neuestem Stand ergänzte Auflage 1994; Juristische Methodik, Berlin: Duncker & Humblot, 6., erweiterte und neu bearbeitete Auflage 1995.
- ¹⁸ Allerdings ist sogar in Bezug auf die Reine Rechtslehre von *Hans Kelsen* diese Spielart des Positivismus stark relativiert worden; siehe die Beiträge in: Kelsen, Authority and Competence (Law and Philosophy, An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy), hrsg. von Stanley L. Paulson und Bert van Roermund, Band 19 (2000), Nummer 2, Dordrecht: Kluwer, 2000.
- ¹⁹ *Friedrich August von Hayek*: Arten der Ordnung, in: Freiburger Studien – Gesammelte Aufsätze, Tübingen: J. C. B. Mohr, 2. Auflage 1994 (1. Auflage 1969), Seiten 32ff. (erstmalig in: Ordo, Band 14 [1963], Seiten 1ff.). –
Vgl. zum theoretischen Begriff der Ordnung die Beiträge von *Eric Voegelin*, *Carl J. Friedrich* und *Talcott Parsons* bei *Paul G. Kuntz* (Hrsg.): The Concept of Order, Seattle/ London 1968.
- ²⁰ Dasselbst, Seiten 43f.
- ²¹ Zur Einführung siehe die folgenden Artikel in Nachschlagewerken: *H. Dubiel*: Artikel "Institution", in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, hrsg. von Joachim Ritter und Karlfried Gründer, Basel/ Stuttgart: Schwabe, 1976, Band 4, Spalten 418ff.; *Oswald Schwemmer*: Artikel "Institution", in: Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, hrsg. von Jürgen Mittelstrass, Stuttgart/ Weimar: J. B. Metzler, 1995, Band 2, Seiten 249ff.; und *Hansmartin Kuhn*: Artikel "Institution", in: Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, hrsg. von Hans Jörg Sandkühler, Hamburg: Felix Meiner, 1990, Band 2, Seiten 684ff. –
Die Institutionentheorie kann in den Zusammenhang mit dem Neostukturalismus hineingestellt werden, muss es aber nicht; vgl. *Vittorio Frosini*: Il diritto nella società tecnologica, Milano: A. Giuffrè, 1981, Seiten 5ff. und 49ff.
- ²² Vgl. *Ota Weinberger*: Jenseits von Positivismus und Naturrecht, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Wiesbaden: Franz Steiner), Supplementband 1 (1982), Teil 1, Seiten 43ff.
- ²³ Siehe *Günter Ellscheid*: Das Naturrechtsproblem in der neueren Rechtsphilosophie, in: Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, hrsg. von Arthur Kaufmann und Winfried Hassemer, Heidelberg/ Karlsruhe: C. F. Müller, 1977, Seiten 52ff.
- ²⁴ *Wilhelm Dilthey*: Einleitung in die Geisteswissenschaften – Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte (Gesammelte Schriften, Band 1), Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 9., unveränderte Auflage 1990, Seite 79. –
Für eine differenzierte, jenseits ideologischer Vorurteile stehende, Befassung mit der reichen Tradition der Naturrechtslehre siehe *Vittorio Mathieu*: Luci ed ombre del giusnaturalismo, Torino: Giappichelli, 1989; und *Javier Hervada*: Introduzione critica al diritto naturale, Milano: A. Giuffrè, 1990.

- ²⁵ *Helmut Coing*: Die obersten Grundsätze des Rechts – Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts (Schriften der Süddeutschen Juristen-Zeitung, Heft 4), Heidelberg: Lambert Schneider, 1947, Einleitung, Seite 8; zur Bedeutung und zur Methode der Erkenntnis oberster Rechtswerte schreibt Coing, Seiten 134 und 137: "Das Grundproblem der Rechtswissenschaft ist also die Erkenntnis der Rechtsordnung im Hinblick auf ihre praktische Anwendung. [...] Die Einsicht in das Wesen der Grundwerte des Rechts und die Grundsätze, die aus ihnen folgen, ist also die Grundlage wirklichen geisteswissenschaftlichen Verstehens der Rechtsordnung"; es zeige sich, Seite 143, "dass gerade die Tatsache, dass die geltende Rechtsordnung im Hinblick auf ihre Anwendung verstanden soll, zur Verwendung der geisteswissenschaftlichen Methode [...] drängt".
- ²⁶ Siehe *Ota Weinberger*: Der normenlogische Skeptizismus, in: *Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodologie, Kybernetik und Soziologie des Rechts* (Berlin: Duncker & Humblot), Band 17 (1986), Seiten 13ff.; und *dens.*: Rechtstheorie jenseits von Idealismus, Realismus und Materialismus – Ein Plädoyer für den normativistischen Institutionalismus, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Stuttgart: Franz Steiner), Beiheft Neue Folge 31 (1987), Seiten 16ff.
- ²⁷ Für die deutschsprachige Jurisprudenz in dieser Beziehung singular ist die Untersuchung von *Franz Sommer*: Kritischer Realismus und positive Rechtswissenschaft – Beiträge zum Problem der Rechtswissenschaft als Realwissenschaft (Band 1: Das Reale und der Gegenstand der Rechtswissenschaft), Leipzig: Felix Meiner, 1929 (Nachdruck Aalen: Scientia, 1970).
- ²⁸ *Werner Maihofer*: Realistische Jurisprudenz, in: *Rechtstheorie – Beiträge zur Grundlegendendiskussion*, hrsg. von Günther Jahr und Werner Maihofer, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1971, Seiten 427ff., 427. –
Vgl. die wissenschaftsphilosophisch im Konzeptualismus begründete Relativierung des positiven Rechtsgesetzes im Verhältnis zu den Naturgesetzen bei *Elmar Holenstein*: Vorstaatliche Voraussetzungen des Verfassungsstaates, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (Basel: Helbing & Lichtenhahn), Band 139/ I (1998), Heft 2, Seiten 119ff., 128f.: "Die Naturgesetze der empirischen Naturwissenschaften bezeichnet man nicht mehr als positive Gesetze, weil man eingesehen hat, dass alle Empirie 'theoriegeladen' ist, geleitet von theoretischen Annahmen, deren Wahrheit oder Falschheit nicht allein empirisch entscheidbar ist. Analog kann man die Gesetze der Moral und des Rechts nicht dezisionistisch als rein positive Gesetze betrachten. Ihre Aufstellung ist, wenn es keine Willkürgesetze sind, immer auch theoriegeladen, abhängig von hypothetischen Auffassungen über die Natur der Menschen und deren Relevanz für die Begründung von moralischen und staatlichen Gesetzen".
- ²⁹ Dazu siehe *meine* Schrift: *Recht und Staat als Objektivationen des Geistes in der Geschichte – Eine Grundlegung von Jurisprudenz und Allgemeiner Staatslehre als Geschichts- und Geisteswissenschaften im Ausgang von Wilhelm Dilthey* (Grundlegendes Recht, Bände 4,1 und 4,2), Basel/ München: Helbing & Lichtenhahn, 2004.
- ³⁰ Einen "dritten Weg" jenseits von Naturrechtslehre und juridischem Positivismus verspricht sich von der Archetypenlehre bei *Carl Gustav Jung* im Sinn eines im Unbewussten verankerten und tradierten Rechtsempfindens *Markus Löffelmann*: *Das Gesetz des Unbewussten – Eine rechtsanthropologische und philosophische Auseinandersetzung mit der Analytischen Psychologie von Carl Gustav Jung* (Erfahrung und Denken, Band 83), Berlin: Duncker & Humblot, 1999. –
Ferner ist daran zu erinnern, dass es auch vor der mit Natur- und Vernunftrecht angesproche-

- nen Bewegung in der frühen Neuzeit Vorläufer eines anderen Verständnisses von Naturrecht gegeben hat; siehe *Merio Scattola*: Das Naturrecht vor dem Naturrecht – Zur Geschichte des *ius naturae* im 16. Jahrhundert (Frühe Neuzeit, Band 52), Tübingen: Niemeyer, 1999.
- 31 *W. T. Murphy*: The Oldest Social Science ? – Configurations of Law and Modernity, Oxford: Clarendon Press, 1997.
- 32 *Günter Winkler*: Die Rechtswissenschaft als empirische Sozialwissenschaft – Biographische und methodologische Anmerkungen zur Staatsrechtslehre (Forschungen aus Staat und Recht, Band 130), Wien: Springer, 2000. –
Ähnlich, jedoch mit erkenntnistheoretischem Hintergrund, *Hans Albert*: Rechtswissenschaft als Realwissenschaft – Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtslehre und Rechtssoziologie, Heft 15), Baden-Baden: Nomos, 1993.
- 33 *Émile Durkheim*: Die Regeln der soziologischen Methode, Neuwied/ Berlin, 1961, Seiten 99ff.
- 34 *Wolfgang Hirsch*: Das Recht und die sozialen Gruppen – Versuch einer Rechtssoziologie auf der Grundlage empirischer Philosophie (Bonner Beiträge zur Soziologie, Band 20), Stuttgart: Ferdinand Enke, 1983.
- 35 Vgl. den betreffenden Ansatz von *Jürgen von Kempf*: Schriften, hrsg. von A. Eschbach, 3 Bände, Frankfurt am Main 1992; insbesondere *dems.*: Recht und Politik – Studien zur Einheit der Sozialwissenschaft,³⁵ hrsg. von Achim Eschbach (Schriften, Band 2; Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Band 923), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, (Stuttgart: W. Kohlhammer, 1965); *dems.*: Zum Selbstverständnis des Positivismus, in: Positivismus im 19. Jahrhundert (Studien zur Philosophie und Literatur des 19. Jahrhunderts, Band 16), hrsg. von Jürgen Blühdorn und Joahim Ritter, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1971, Seiten 15ff.; und *dems.*: Grundlegung zu einer Strukturtheorie des Rechts, in: Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz (Wiesbaden: Franz Steiner), Geistes- und Sozialwissenschaftliche Klasse, Jahrgang 1961, Nummer 2.
- 36 *Wilhelm Sauer*: Grundlagen der Gesellschaft – Eine Rechts-, Staats- und Sozialphilosophie, Berlin-Grünwald: Walther Rothschild, 1924, besonders Seiten 395ff., hier Seite 397, unter Hinweis auf die Ethik *Hermann Cobens*.
- 37 Dasselbst, Seite 403.
- 38 *Karl Georg Wurzel*: Die Sozialdynamik des Rechts – Die Lehre von den Eigenkräften des Rechtslebens als Verbindungsgebiet der auseinanderstrebenden Rechtstheorien (Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft – Juristisches Denken und Sozialdynamik des Rechts; Forschungen aus Staat und Recht, Band 92), Wien/ New York: Springer, 1991 (Neudruck der Ausgabe Wien: Bondi & Sohn, 1924).
- 39 *Georges Burdeau*: Der Staat als Institution (L'État en tant qu'institution), in: Institution und Recht (Wege der Forschung, Band 172), hrsg. von Roman Schnur, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, Seiten 294ff. (erstmalig in: *Traité de science politique*, Band 2: L'État, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, Seiten 234ff.). –
Vgl. *Georges Renard*: La théorie de l'institution – Essai d'ontologie juridique (Band 1: Partie juridique), Paris: Recueil Sirey, 1930; sowie auch *dems.*: L'institution – Fondement d'une renouation de l'ordre social, Paris 1933; *dems.*: Le droit, la justice et la volonté – Conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit, Paris: Recueil Sirey, 1924; und *dems.*: Le droit, l'ordre et la raison – Conférence d'introduction philosophique à l'étude du droit, Paris: Recueil Sirey, 1927.
-

Dass die thomistische Naturrechtslehre mehr Vorzüge hat, als das verbreitete Vorurteil glauben macht, hat unlängst unter Beweis gestellt *John Finnis*: *The Truth in Legal Positivism*, in: *The Autonomy of Law – Essays on Legal Positivism*, hrsg. von Robert P. George, Oxford: Clarendon Press, 1996, Seiten 195ff.; vgl. auch *dens.*: *Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government?* In: *Natural Law, Liberalism, and Morality – Contemporary Essays*, hrsg. von Robert P. George, Oxford: Clarendon Press, 1996, Seiten 1ff.

⁴⁰ *A. Desqueyrat*: *Die Institution – Ihre Natur, ihre Arten, ihre Probleme*, in: *Institution und Recht (Wege der Forschung, Band 572)*, hrsg. von Roman Schnur, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, Seiten 1ff. (erstmalig in: *Archives de Philosophie*, Band 12 [1936], Paris: Beauchesne, 1936, Seiten 65ff.).

⁴¹ *Norberto Bobbio*: *Istituzione e diritto sociale*, in: *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, Band 16 (1936), Seiten 385ff., 389.

⁴² Dasselbst, Seite 303; mit meinen Hervorhebungen.

⁴³ Vgl. die Einführung von *Paul Archambault* in: *Jean-Claude-Eugène-Maurice Hauriou, Aux sources du droit – Le pouvoir, l'ordre, et la liberté (Cahiers de la nouvelle journée, Nummer 23)*, Paris: Bloud & Gay, 1933, Seiten 5ff., 6: "Bergsonisme, a-t-on dit. Et sans doute, soit directement, soit indirectement (je pense à l'amitié de Jacques Cevalier), Bergson paraît avoir fortement influencé l'esprit si accueillant et toujours en éveil de Maurice Hauriou. Tout de même, l'idée n'est ni exclusivement ni initialement bergsonienne, d'un perpétuel décalage du mot par rapport à la pensée, de la pensée par rapport à la vie, et, par suite, de la nécessité 'd'une création perpétuelle de nouveau'. Die Gedankenführung des Doyen von Toulouse sei vielmehr Augustinisch, charakterisiert der Herausgeber treffend. –

Vgl. auch die Bezugnahme auf *Henri Bergson* und die Bemerkung zur Entwicklung der eigenen Vorstellungen bei *Jean-Claude-Eugène-Maurice Hauriou*: *Aux sources du droit – Le pouvoir, l'ordre, et la liberté (Cahiers de la nouvelle journée, Nummer 23)*, Paris: Bloud & Gay, 1933, Seiten 72ff. ("Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes, erstmalig in: *Revue de Métaphysique et de Morale*, Jahrgang 1928"), 78f.: "Je ne me serais pas permis de proposer cette légère addition à la doctrine bergsonienne si elle m'avait été suggérée par la lecture de l'Évolution créatrice": mais mes idées sur le mouvement social lent et uniforme et sur les équilibres qui, d'ailleurs, sont tirées de la mécanique et de la thermodynamique, apparaissent déjà dans ma "Science sociale traditionnelle" de 1896 et dans mon [mes] "Leçons sur le Mouvement social" de 1899. C'est une simple rencontre et je reconnais que l'idée de la création du nouveau était plus difficile à trouver que celle du mouvement ralenti, beaucoup plus". –

Von der Bewegung des Rechts von der Diskontinuität zur Kontinuität handelt auch das einzige erhaltene, am Werk von Jacques Chevalier orientierte, Stück des Nachlasses von *Jean-Claude-Eugène-Maurice Hauriou*: *De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière*, in: *Aux sources du droit – Le pouvoir, l'ordre, et la liberté (Cahiers de la nouvelle journée, Nummer 23)*, Paris: Bloud & Gay, 1933, Seiten 195ff.; hier nimmt Hauriou das Beispiel "du mouvement par lequel le Droit passe de la discontinuité des actes juridiques qui constituent des précédents coutumiers à la continuité de la règle de droit".

⁴⁴ *Georges Gurwitsch*: *Die Hauptideen Maurice Haurious (Les idées-maîtresses de Maurice Hauriou)*, in: *Institution und Recht*, hrsg. von Roman Schnur (*Wege der Forschung, Band 172*), Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, Seiten 23ff. (erstmalig in: *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, Jahrgang 1931, Seiten 155ff.).

- 45 Dasselbst, Seiten 25f.; unter Zitierung von *Maurice-Jean-Claude-Engène Haurion*: Die Theorie der Institution, am angegebenen Ort, Seite 34; und *dems.*: Les facultés de droit et la sociologie, in: *Revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, Band 17 (1893), Seiten 289ff., 293.
- 46 Dasselbst, Seite 27/ 28.
- 47 Dasselbst, Seite 55.
- 48 Vgl. dazu *meine* Abhandlung über den skandinavischen Rechtsrealismus und dessen pragmatischen Einschlag.
- 49 *Carl Schmitt*: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (Schriften der Akademie für Deutsches Recht, hrsg. von Hans Frank), Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, Seite 54.
- 50 Dasselbst, Seiten 56f.
- 51 *Ota Weinberger*: Das institutionelle Dasein des Rechts, in: *Recht als Sinn und Institution* (Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Beiheft 6), hrsg. von Dorothea Mayer-Maly, Ota Weinberger und Michaela Strasser, Berlin: Duncker & Humblot, 1984; *dems.*: *Recht, Institution und Rechtspolitik – Grundprobleme der Rechtstheorie und Sozialphilosophie*, Stuttgart: Franz Steiner, 1987; *dems.*: *Das Recht als institutionelle Tatsache*, in: *Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodologie, Kybernetik und Soziologie des Rechts* (Berlin: Duncker & Humblot), Band 11 (1980), Seiten 427ff.; *dems.*: *Jenseits von Positivismus und Naturrecht*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Wiesbaden: Franz Steiner), Supplementband 1/ I (1982), Seiten 43ff.; und *dems.*: *Rechtstheorie jenseits von Idealismus, Realismus und Materialismus – Ein Plädoyer für den normativistischen Institutionalismus*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Stuttgart: Franz Steiner), Beiheft Neue Folge Nummer 31 (1987), Seiten 16ff.; *dems.*: *Verfassungstheorie vom Standpunkt des neuen Institutionalismus*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Stuttgart: Franz Steiner), Band 76 (1990), Seiten 100ff. –
Zum rechtstheoretischen Institutionalismus siehe *Ota Weinberger*: *Les théories institutionnalistes du droit*, in: *Controverse autour de l'ontologie du droit*, hrsg. von Paul Amselek und Christophe Grzegorzcyk, Paris: Presses Universitaires de France, 1989; und *Ota Weinberger / Neil MacCormick*: *An Institutional Theory of Law – New Approaches to Legal Positivism* (Law and Philosophy Library), Dordrecht: D. Reidel, 1986.
- 52 *Ernst Forsthoff*: *Recht und Sprache – Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik* (Schriften der Königsberger Gelehrten Gesellschaft, Geisteswissenschaftliche Klasse, Jahrgang 17, Abhandlung 1), Halle an der Saale: Max Niemeyer, 1940, (Nachdruck Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964 [Libelli, Heft 147]), Seiten 42.
- 53 *Hans Dombois* (Hrsg.): *Recht und Institution – Eine Fortsetzung des Göttinger Gesprächs von 1949 über die christliche Begründung des Rechts* (Referate, Verhandlungsbericht, Thesen) (Glaube und Forschung, hrsg. von Günter Howe, Band 9), Witten an der Ruhr: Luther-Verlag, 1956. –
Zur institutionalistischen Debatte in der Theologie siehe auch die Beiträge von *Wolf-Dieter Marsch*: *Das Institutionen-Gespräch in der evangelischen Kirche – Rückblickender Bericht über die Entwicklung eines interdisziplinären Problems*; und *Trutz Rendtorff*: *Das Problem der Institution in der neueren Christentumsgeschichte – Ein Diskussionsbeitrag*, beide in: *Zur Theorie der Institutionen*, hrsg. von Helmut Schelsky, Berlin: Duncker & Humblot, 1970, Seiten 127ff., beziehungsweise 141ff.

- 54 *Ernst Wolfgang Böckenförde*: Artikel "konkretes Ordnungsdenken", in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1984, Band 6, Spalte 1312ff.: "Im Begriff 'konkretes Ordnungsdenken' verbinden sich eine rechtsmethodische und eine rechtsphilosophische Position; beide wurden – möglicherweise bewusst – nicht deutlich voneinander unterschieden, weshalb das konkrete Ordnungsdenken eine eigenartige Zwischenstellung zwischen einer 'nur' rechtsmethodischen und einer 'auch' rechtsphilosophischen Theorieausage einnimmt, die nach beiden Seiten hin entfaltet werden konnte. Diese Unbestimmtheit, die indes zugleich den bestehenden Zusammenhang zwischen Rechtsbegründung und Rechtsmethodik offenlegt, erhöhte die Chance praktischer Wirksamkeit und einer wohl intendierten Gründungsfunktion des Begriffs in den geistespolitischen Auseinandersetzungen seiner Entstehungszeit". –
Vgl. auch *Joseph H. Kaiser*: Konkretes Ordnungsdenken, in: *Complexio Oppositorum – Über Carl Schmitt*, hrsg. von Helmut Quaritsch, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, Seiten 319ff.; und *Bernd Rütbers*: Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1969.
- 55 *Karl Löwith*: Der okkasionelle Dezisionismus von Carl Schmitt, in: *Gesammelte Abhandlungen – Zur geschichtlichen Existenz*, Stuttgart: W. Kohlhammer, 1960, Seiten 93ff., 93 und 116: "Der Grundbegriff, mittels dessen Schmitt die politische Romantik, besonders von Adam Müller, charakterisiert, ist der ironische Okkasionalismus, und der, mit dem er die politische Theologie, besonders von Donoso Cortés, charakterisiert, der souveräne Dezisionismus. Es wird sich zeigen, dass auch der antiromantische [*sic*!] und untheologische [*sic*!] [okkasionelle] Dezisionismus von Schmitt nur die Kehrseite seines Handelns je nach Gelegenheit und Umständen ist. [...] Die vorerst letzte Wandlung in Schmitts beweglichem Denken [in der Schrift 'Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens' von 1934] wirft zwar dem ersten Anschein nach alles bisher [zu den Schriften 'Politische Romantik' und 'Begriff des Politischen'] Gesagte wieder um, in Wirklichkeit bestätigt sie aber nur den durchaus okkasionellen Charakter seines politischen Denkens".
- 56 Vgl. *Alfonso Catania*: Carl Schmitt e Santi Romano, in: *Rivista internazionale di filosofia del diritto* (Milano: A. Giuffrè), Band 64 (1987), Nummer 4, Seiten 545ff. (auch in: *Il diritto tra forza e consenso – Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2. Auflage 1990, Seiten 135ff.); *dens.*: Formalismo e realismo nel pensiero di Santi Romano, in: *Realismo e mito politico* (Pubblicazioni dell'Università degli Studi di Salerno, Sezione atti, convegni, miscellanee, Band 50; Centro Studi di Filosofia Politica), hrsg. von Rosario Conforti, Vittorio Dini und Francesco Saverio Festa, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, Seiten 17ff.; sowie die Beiträge bei *Roman Schnur* (Hrsg.): *Institution und Recht (Wege der Forschung, Band 172)*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.
- 57 Zur Einführung vgl. *Helmut Dubiel*: Artikel "Institution", in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, hrsg. von Joachim Ritter und Karlfried Gründer, Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1971-1995, Band 4, Spalten 418ff.; sowie *Joachim Ritter*: Institution, "ethisch" – Bemerkungen zur philosophischen Theorie des Handelns; und *Helmut Schelsky*: Zur soziologischen Theorie der Institution, beide in: *Zur Theorie der Institutionen*, hrsg. von Helmut Schelsky, Berlin: Duncker & Humblot, 1970, Seiten 9ff., beziehungsweise 59ff. –
Zu Schelskys Position siehe *Petra Werner*: Die Normentheorie Helmut Schelskys als Form eines neuen Institutionalismus (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 171), Berlin: Duncker & Humblot, 1995; für eine Übersicht über die Diskussion siehe die versammelten Beiträge bei *Roman Schnur* (Hrsg.): *Institution und Recht (Wege der Forschung, Band 172)*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

- 58 *Werner Krawietz*: Towards a New Institutionalism in Modern Legal Thinking – Facets of Rationality, in: Reason in Law, Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984 (Seminario Giuridico della Università di Bologna, Miscellanea, Band 6/ I; Legal Philosophical Library, An International Series on Philosophy and Theory of Law, hrsg. von Carla Faralli und Enrico Pattaro), Milano: A. Giuffrè, 1987, Band 1, Seiten 313ff.
- 59 Siehe *Karl Larenz*: Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart (Philosophische Forschungsberichte, Band 9), Berlin: Junker und Dünnhaupt, 1933, Seiten 156ff.; und *dens.*: Die Rechts- und Staatsphilosophie des deutschen Idealismus und ihre Gegenwartsbedeutung, in: Günther Holstein, Geschichte der Staatsphilosophie, hrsg. von Erich Kaufmann (Handbuch der Philosophie, hrsg. von Bäumler und Schröter, Abteilung 4, Beitrag D), München/ Berlin: Oldenbourg, 1931, Seiten 89ff.
- 60 *Carl August Emge*. Philosophie der Rechtswissenschaft (Erfahrung und Denken, Schriften zur Förderung der Beziehungen zwischen Philosophie und Einzelwissenschaften, Band 6), Berlin: Duncker & Humblot, 1961, Einleitung, Seiten 15f.: "Wenn man bei dem Gegenstand der Rechtswissenschaft ebenso wie bei dem der Rechtsphilosophie einfach von 'Recht' spricht, so ist die Frage, wie sich denn beide unterscheiden? Wenn Rechtsphilosophie zur Rechtswissenschaft in gleicher Beziehung steht, eben solcher einer 'Bindestrichphilosophie' wie Naturphilosophie zur Naturwissenschaft, Sozialphilosophie zur Soziologie, Philosophie der Mathematik zu den mathematischen Wissenschaften, Geschichtsphilosophie zur Geschichte als *historia rerum gestarum*, Ästhetik zur Kunstwissenschaft, welche Rolle im Erkenntnisprozess spielt hier der jeweilige 'Gegenstand'? [...] Was bedeutet eine sogenannte Kategorie? Bedeutet sie vielleicht nur einen zusammenfassenden Namen für Fakten *hic et nunc*?" Zum Verhältnis von Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft siehe Seiten 65ff.
- 61 *Léon Brunschwig*. La modalité du jugement, Paris: Félix Alcan, 2. Auflage 1934, Seiten 215ff., 219: "Les propositions les plus concrètes auxquelles puisse aboutir une déduction de forme syllogistique, ne demeureront-elles pas bien abstraites et bien simplistes en présence de l'univers formé par les volontés individuelles? L'existence de la jurisprudence fournit à cette question la plus décisive des réponses: s'il faut prolonger le droit en quelque sorte en dehors de lui-même pour le faire coïncider avec le réel, c'est qu'en fait, dès qu'on veut l'appliquer à un cas donné, le jugement de droit apparaît comme équivoque et indéterminé. Bien plus, pour trancher l'équivoque et fixer l'hésitation, la jurisprudence n'a même pas de principe stable et de critérium universel: tantôt c'est à la loi elle-même qu'elle demandera la règle de son application, et cette loi se réduira à la lettre du texte, ou bien elle s'interprétera par rapport à l'esprit qui guidait le législateur; tantôt elle sortira de la loi pour invoquer les principes généraux qui sont en quelque sorte consacrés d'équité que tout homme est réputé posséder. Et ce n'est pas encore tout; la jurisprudence ne suffit pas à rendre le jugement de droit entièrement adéquat au fait particulier et à lui donner ainsi une pleine et incontestable réalité. Un fait particulier est trop complexe et trop original, trop 'unique' pour s'adapter au cadre de la loi. Il ne reste alors au droit qu'une ressource: c'est, au lieu d'appropriier le cadre juridique à la réalité concrète, de ne reconnaître comme fait que ce qui rentre dans ce cadre à l'avance défini, de se créer ainsi pour son propre usage une réalité juridique. Le fait punissable ne sera plus celui qui, par son caractère intrinsèque, mérite d'être puni, c'est celui qui a été prévu comme être puni. Mais, par la même, il n'y a plus à espérer de correspondance immédiate entre les faits concrets et le jugement de droit. D'une part, l'objet de ce jugement peut n'être qu'un produit artificiel, sous les fictions légales [...]. Ou bien, par une conséquence inverse, c'est au fait qu'est refusé l'existence juridique".

- ⁶² *Carl August Emge*: Der ethische Fehlgriff nach dem Ganzen – Über einen anscheinend typischen Mangel normativer Theorien, in: Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz, Geistes- und sozialwissenschaftliche Klasse (Mainz/ Wiesbaden: Franz Steiner), Jahrgang 1969, Nummer 8, Seite 244 (Seite 20 des SA).
- ⁶³ Dasselbst, Seite 256 (Seite 32 des SA); der daraus resultierende Relativismus auf dem Gebiet der normativen Disziplinen ist immerhin kein absoluter, ist nicht Indifferenz, daselbst, Seite 264 (Seite 40 des SA): "Es gibt keine 'Vernunft des Menschengeschlechts', auch keine *fortuna*, die da Sicherheit gewährte. Der alte Vergleich mit dem Schachspiel setzt immerhin noch Spielregeln voraus, insofern also einen *logos*, und als eindeutiges, beschränktes Ziel, den Gegner auf dem Brett mattzusetzen. Das Leben aber wirft oft das ganze Brett um und die Figuren auf den Boden. Für uns ist nur ein so fernes Prinzip wie das Logonome regulativ, aber nie wie ein Demiurg wirksam".
- ⁶⁴ Dasselbst, Seite 257 (Seite 33 des SA) wird der Vorwurf allerdings konziliant relativiert: "Es könnte sein, dass bei den Theorien, gegen die wir uns wenden, der Gedanke in zunächst einmal begriffenen Zwischenreichen stecken blieb, dass seine Kraft versagte, dass insofern eine überlieferte Form von Platonismus [und also nicht Plato selbst] mitgewirkt hat". – Dieses Urteil basiert auf der Kritik *Georg Wilhelm Friedrich Hegels* an der platonischen Dialektik; siehe *Giuseppe Duso*: Hegel interprete di Platone (Pubblicazioni della Scuola di Perfezionamento in Filosofia dell'Università di Padova; Quaderni di Storia della Filosofia, Band 2), Padova: CEDAM, 1969; es würde vielleicht noch etwa *Paul Natorps* Plato-Interpretation decken, bestimmt aber nicht mehr diejenige von *Hans-Georg Gadamer*: *Platos dialektische Ethik* [– Phänomenologische Interpretation zum "Philebos"] (1931) und andere Studien zur platonischen Philosophie ("Plato und die Dichter" [1934] und "Platos Staat der Erziehung" [1941] u.a.), Hamburg: Felix Meiner, 1968.
- ⁶⁵ *Carl August Emge*: Das Aktuelle – Ein Dialog zur Hinführung zu seinen Problemen, SA aus der Festschrift für Rudolf Hübner, Jena: Walter Biedermann, 1935, Seite 25. – Vgl. auch *dens.*: Das "Aktuelle" – Ein bisher übersehener direkter Grundbegriff (Referat, gehalten auf dem Internationalen Philosophenkongress in Prag, Herbst 1934), Berlin-Grunewald: Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, 1935.
- ⁶⁶ Dasselbst, Seite 29.
- ⁶⁷ *Carl August Emge*: Der "umgedrehte Platonismus" – Anregungen Nietzsches zur Situationsphilosophie, in: Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz, Geistes- und sozialwissenschaftliche Klasse (Mainz/ Wiesbaden: Franz Steiner), Jahrgang 1951, Nummer 10, Seiten 878f. (Seiten 32f. des SA): "Die Vorstellung, dass durch das Ganze jeder Teil eine bestimmte Stelle oder Funktion erhielte, liesse sich auch von einer 'Umkehr' aus gewinnen; wenn in jedem Teil das Ganze ist und wirkt (Johann Wolfgang von Goethe, Friedrich Wilhelm Joseph Schelling, Novalis), so liesse sich aus der Erfassung solchen Seins und Wirkens im Teil auch das Ganze erschliessen. [...] Die Frage, 'was geht den Teil das Ganze an', wäre nur dadurch zu lösen, dass man nach der Richtigkeit eines bestimmten Horizonts in einer konkreten Situation früge. Was sich wohl als echte 'Umdrehung' gegenüber einer dogmatischen Ganzheitsbewertung verstehen liesse. [...] Eine richtig bewertende Auffassung von wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen eines Ganzen enthält die Jurisprudenz im Rahmen ihrer positivrechtlichen Seinsimmanenz. Ein 'umgedrehter Platonismus' würde hier zu wirtschaftlichen Auseinanderreissungen führen, welche jene begriffliche Unterscheidung gerade verhindern will".

- ⁶⁸ *Carl Schmitt*: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, in: Schriften der Akademie für Deutsches Recht, hrsg. von Hans Frank, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934. –
Vgl. zum "Okkasionalismus" Schmitts in diesem Zusammenhang etwa auch *Hans-Georg Gadamer*: Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Tübingen: J. C. B. Mohr, 3., erweiterte Auflage 1972, (auch in: Gesammelte Werke, Band 1, Tübingen: J. C. B. Mohr, 6., durchgesehene und erweiterte Auflage 1990; 1. Auflage 1960), Exkurs II, Seiten 469ff.; und *Ernst Fraenkel*: Der Doppelstaat, in: Gesammelte Schriften, Band 2: Nationalsozialismus und Widerstand, hrsg. von Alexander von Brünneck, Baden-Baden: Nomos, 1999 (erstmalig Frankfurt am Main/ Köln: Europäische Verlagsanstalt, 1974), Seiten 33ff., 194ff. (in der Fassung von 1938, "Urdoppelstaat", Seiten 267ff., 412ff.).
- ⁶⁹ Dasselbst, Seiten 9 und 66f.
- ⁷⁰ Dasselbst, Seite 13.
- ⁷¹ Dasselbst, Seite 15.
- ⁷² Dasselbst, Seite 16.
- ⁷³ *Carl August Emge*: Über den Unterschied zwischen "tugendhaftem", "fortschrittlichem" und "situationsgemäßigem" Denken – Ein Trilemma der "praktischen Vernunft", in: Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz, Geistes- und sozialwissenschaftliche Klasse, Jahrgang 1950, Nummer 5, Wiesbaden: Franz Steiner, 1950, Seiten 497ff., 500 (Seiten 53ff., 56 des SA); zur Entgegensetzung von Norm und Regel, Geltung und Wirksamkeit, Recht und Gesetz, Seite 497 (Seite 53 des SA): "Der Begriff der 'Norm' ist von dem der Regel verschieden. Bewirken, dass etwas 'regelmässig' abläuft, heisst bekanntlich 'regeln' ('regulieren') und ist ein Ausdruck für die soziologische Geltung von dahin gehenden Regulativen. Norm ist etwas, dessen Inhalt 'verbindlich angeht, belangvoll angeht', also ein massgebliches Sollen. 'Regel' ist dagegen die Wiederkehr von gleichen (meistens nicht ausnahmslos). Dieser gefährlichen Homonymik von 'Regel' entspricht die falsche Synonymik der Begriffe 'Recht' und 'Gesetz', d.h. des Rechts als eines belangvoll Angehenden und seiner 'soziologischen Unterlagen', woraus (aber niemals richtig allein) der dogmatische Jurist jenes Angehende zu erschliessen hat. Wichtig ist nun : Regelmässiges und Regelwidriges, Normales, Abnormes und Enormes, Durchschnittliches, Typisches usw. ergeben so, wie sie sind, allein niemals eine echte Verbindlichkeit oder Befugnis. [...] Erst durch Einführung eines besonderen, das Verbindliche im letzten rechtfertigenden eigentümlichen Prinzips erweist sich das der Regel Entsprechende (ebenso ein Regulativ !) als belangvoll massgeblich, d.h. als 'Norm'".
- ⁷⁴ Zum Konzept der Interpretation von Rechtsnormen als einer Konkretisierung siehe *Karl Engisch*: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg: Carl Winter, 2., ergänzte Auflage 1963 (erstmalig in: Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, Jahrgang 1953, Heft 1); *Andreas Feser*: Das Recht im juristischen Denken – Das hermeneutische Prinzip als allgemeine Denkweise juristischer Methodik von der Regelbildung bei der Normsetzung bis zur Regelkonkretisierung durch den Richter (Nomos Universitätsschriften, Recht, Band 202), Baden-Baden: Nomos, 1995; *Detlef Christoph Göldner*: Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung – Verfassungskonkretisierung als Methoden- und Kompetenzproblem (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 18), Berlin: Duncker & Humblot, 1969; *Martin Kriele*: Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation (Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 41), Berlin: Duncker &

- Humboldt, 1967; *Marijan Pavnik*: Elemente normativer Konkretisierung der allgemeinen Rechtsakte – Thesen zur Diskussion über "Rechtsanwendung", in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Stuttgart: Franz Steiner), Supplementband 3 (1988), Seiten 185ff.; *dies.*: Auslegung als (Re)konstruktion "des dem Gesetze innewohnenden Gedankens" – Die Frage der Auslegung der allgemeinen Rechtsakte im Prozess ihrer normativen Konkretisierung, in: Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodologie, Kybernetik und Soziologie des Rechts (Berlin: Duncker & Humblot), Band 21 (1990), Seiten 511ff.; *Hans-Werner Rengeling*: Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts – Zu den Grundlagen des Verwaltungsvollzugs sowie zur Theorie und Konkretisierung der Rechtsgrundsätze unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung (Kölner Schriften zum Europarecht, Band 27), Köln 1977; und *Franz-Jürgen Säcker*: Die Konkretisierung vager Rechtsgrundsätze durch Rechtswissenschaft und Praxis – Rechtsquellentheoretische und methodologische Bemerkungen, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Wiesbaden: Franz Steiner), Band 58 (1972), Seiten 215ff.
- ⁷⁵ *Carl August Emge*: Über den Unterschied zwischen "tugendhaftem", "fortschrittlichem" und "situationsgemäßem" Denken – Ein Trilemma der "praktischen Vernunft", in: Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz, Geistes- und sozialwissenschaftliche Klasse (Mainz/ Wiesbaden: Franz Steiner), Jahrgang 1950, Nummer 5, Seite 497 (Seite 53 des SA).
- ⁷⁶ Dazu vgl. *Thomas Hobbes*: Leviathan (Philosophische Bibliothek, Band 491), hrsg. von Hermann Klenner, Hamburg: Felix Meiner, 1996 (Leviathan or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil, London: Andrew Crooke, 1651), Kapitel 26; und *August Simonis*: "Lex facit regem (Bracton)" – Ein Beitrag zur Lehre von den Rechtsquellen (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 5), Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1933.
- ⁷⁷ *Carl August Emge*: Über den Unterschied zwischen "tugendhaftem", "fortschrittlichem" und "situationsgemäßem" Denken – Ein Trilemma der "praktischen Vernunft", daselbst, Seite 499 (Seite 55 des SA).
- ⁷⁸ Daselbst.
- ⁷⁹ *Carl August Emge*: Philosophie der Rechtswissenschaft, Daselbst, Seite 301. – Vgl. auch *dens.*: Der "umgedrehte Platonismus" – Anregungen Nietzsches zur Situationsphilosophie, in: Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz, Geistes- und sozialwissenschaftliche Klasse (Mainz/ Wiesbaden: Franz Steiner), Jahrgang 1951, Nummer 10, Seite 891 (Seite 45 des SA): "Auch die von Carl Schmitt versuchte Unterscheidung von 'normativem', 'dezisionistischem' und 'konkretem Ordnungsdenken' führte nicht zu einer echten Umdrehung. Sein 'normatives Denken' wäre nicht ohne das 'tugendhafte' möglich. Sein 'dezisionistisches Denken' setzte das 'tugendhafte' als Bedingung des hier implizierten Autoritätsbegriffs voraus. Das 'konkrete Ordnungsdenken' aber hat sich längst als identisch mit einem Denken erwiesen, welches Gebräuche, Observanzen für rechtsbedeutsam hält".
- ⁸⁰ Vgl. dazu *Pietro Piovani*: Il significato del principio di effettività (Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia del Diritto dell'Università di Roma, Band 26), Milano: A. Giuffrè, 1953; und *dens.*: Principio di effettività, in: Enciclopedia del diritto, Milano: Giuffrè, 1965, Band 14, Seiten 420ff.

- ⁸¹ *Hans Kelsen*: Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig/ Wien: Franz Deuticke, 1934 (2., vollständig neu bearbeiteten und erweiterten Auflage 1960), Seite 38.
- ⁸² Dasselbst, Seiten 97ff. ("§ 38: Die Interpretation als Erkenntnis- oder Willensakt"), das Zitat auf Seite 98.
- ⁸³ Vgl. auch den Niederschlag, den das Besprochene in den anderen Werken von *Hans Kelsen* findet: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre – Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Aalen: Scientia, 1984 (2. Neudruck der 2., um eine Vorrede vermehrten Auflage von 1923; 1. Auflage 1911); *ders.*: Allgemeine Staatslehre (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, hrsg. von Eduard Kohlrausch und Walter Kaskel, Band 23), Berlin: Julius Springer, 1925; *ders.*: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff – Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, Aalen: Scientia, 1981 (2. Neudruck der 2. Auflage Tübingen: J. C. B. Mohr, 1928).
- ⁸⁴ *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*: Théorie de l'institution et de la fondation, in: Cahiers de la nouvelle journée, Band 4, Paris: Bloud et Gay, 1925. – Die Theorie der Institutionen findet eine Anwendung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts bereits seit der 6. Auflage (1907) von *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*: Précis de droit administratif et de droit public, Paris: Recueil Sirey, 8. Auflage 1914 (1. Auflage 1892), *in principio*; diese wird ergänzt durch die Erwägungen zum autonomen statutarischen Recht – mit tiefgreifenden Konsequenzen für das Staatsrecht wie für das Privatrecht – bei *dems.*: L'institution et le droit statutaire, in: Recueil de législation de Toulouse (Toulouse: Édouard Privat), Band 2 (1906), Seiten 134ff.; hier findet sich ein Pluralismus voneinander unabhängiger Rechtsordnungen begründet.
- ⁸⁵ *J. Declarenik*: Quelques remarques sur la théorie de l'"institution" et le caractère institutionnel de la monarchie capétienne, in: Mélanges Maurice Hauriou, Paris: Sirey, 1929, Seiten 159ff., 164.
- ⁸⁶ *Maurice-Jean-Claude-Engène Hauriou*: Die Theorie der Institution (Théorie de l'institution et de la fondation, 1925) und zwei andere Aufsätze, mit einer Einleitung und Bibliographie hrsg. von Roman Schnur (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 5), Berlin: Duncker & Humblot, 1965, Seiten 27ff., 64f.; mit meinen Hervorhebungen.
- ⁸⁷ Dasselbst, Seite 65.
- ⁸⁸ *Maurice-Jean-Claude-Engène Hauriou*: Sozialordnung, Gerechtigkeit und Recht (L'ordre social, la justice et le droit), daselbst (erstmalig in: Revue trimestrielle de droit civil, Band 26 [1927], Seiten 795ff.), Seiten 67ff., 75; vgl. die dementsprechende Definition des Rechts, Seite 91: "Das Recht ist eine Art Programm, das gleichzeitig auf die Herstellung von Sozialordnung und Gerechtigkeit eingerichtet ist. Seine Regeln sollen die politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse so ordnen, dass sie in diese beiden Koordinaten hineinpassen, wobei die Sozialordnung nach einer von uns schon getroffenen Feststellung praktisch die wichtigere ist. Eine weitere Feststellung besagt, dass der Einfluss der Sozialordnung auf das Recht sich über manchmal willkürlich getroffene Anordnungen vollzieht, während der Einfluss der Gerechtigkeit immer nach dem gleichen natürlichen Gesichtspunkt verläuft, nämlich nach bestem Wissen und Gewissen". – Vgl. auch das Auffangen der geschichtlichen Dynamik bei *dems.*: Macht, Ordnung, Freiheit und die Verirrungen der objektivistischen Systeme (Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes), daselbst, Seiten 86ff. (erstmalig in: Revue de métaphysique et de morale, Band 15 [1928], Seiten 193ff.), wo sich eine eingehende Kritik der Auffassungen von

Hans Kelsen und *Léon Duguit* findet (Seiten 104ff.; unter Bezugnahme auf *Hans Kelsen*: *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, in: *Revue de droit public*, Jahrgang 1926, Seiten 561ff.; und implizit auf *Léon Duguit*: *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État – Conférences faites à l'école des hautes études sociales*, Paris: Félix Alcan, 3., durchgesehene und mit einem neuen Vorwort vermehrte Auflage 1922); die (zwar ebenfalls dynamische) These Hauriou ist dagegen, dass "soziale Stabilität das Ergebnis der langsam fortschreitenden Bewegung im Rhythmus der Wandlungen eines geordneten sozialen Systems" ist; und, Seiten 102f.: "die langsame, gleichförmige Bewegung eines sozialen Systems ist das Ergebnis einer Auseinandersetzung zwischen Kräften der Verfestigung und Kräften der Bewegung, und man kann über diese Auseinandersetzung zwei Feststellungen treffen : (1.) Die Kräfte der Bewegung tragen den Sieg über die Kräfte der Verfestigung davon; ihr Vorsprung ist allerdings nicht gross, und das ist der Grund, weshalb die soziale Bewegung so langsam und gleichförmig verläuft. Aber immerhin ist dieser Vorsprung vorhanden, ohne welchen es überhaupt keine Bewegung mehr geben würde und daher denn auch kein Leben mehr, denn Leben ist Bewegung. (2.) Die Kräfte der Bewegung und Wandlung sind nicht notwendigerweise auch Kräfte der Unordnung, denn es gibt Wandlungen, die eine bessere Ordnung herbeizuführen vermögen. Andererseits sind auch die Kräfte der Verfestigung nicht immer besonders geeignet, die beste Ordnung zu gewährleisten. Damit wird bewiesen, dass in dem beweglichen Gleichgewicht, dem die geordnete soziale Bewegung entstammt, materielle und moralische Kräfte einander gegenüberstehen. –

Zu *Hans Kelsens* Reiner Rechtslehre siehe auch *Maurice-Jean-Claude-Engène Hauriou*: *Précis de droit constitutionnel*, Paris: Recueil Sirey, 2. Auflage 1929 (1. Auflage 1923), Vorwort zur 1. Auflage, Seiten IX ff., Seiten 8ff. ("Le système de droit transcendant et statique du professeur Hans Kelsen"), mit dem Hinweis auf die Verwandtschaft der Rechtstheorie von R. *Carré de Malberg*, und Seiten 102f.; zur Rechtstheorie von *Léon Duguit* siehe Seiten 12ff. –

Zur Staatslehre von *Léon Duguit* siehe *Adolf Menzel*: *Die Staatslehre Léon Duguits*, in: *Beiträge zur Geschichte der Staatslehre* (Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in Wien, Philosophisch-historische Klasse, Band 210 [1929], Abhandlung 1), Wien/ Leipzig: Hölder-Pichler-Tempsky, 1929, Seiten 518ff. (Nachdruck Glashütten im Taunus: Detlev Auvermann, 1976; erstmals in: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Band 1, Seiten 114ff.), mit einem Briefwechsel zwischen Duguit und Menzel im Anhang, Seiten 542ff.; und *Dieter Grimm*: *Zur Rechts- und Staatslehre Léon Duguits*, Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972.

⁸⁹ Dasselbst, Seite 74.

⁹⁰ *Maurice-Jean-Claude-Engène Hauriou*: *Précis de droit constitutionnel*, Paris: Recueil Sirey, 2. Auflage 1929 (1. Auflage 1923), Seite 61; mit meinen Hervorhebungen. –

Zum Verhältnis der Institutionentheorie zum Naturrecht vgl. *Louis Le Fur*: *Le droit naturel et la théorie de l'institution*, in: *La vie intellectuelle*, vom 10. Januar 1931.

⁹¹ Dasselbst (Fortsetzung), Seite 231; im Anschluss unter Bezugnahme auf *Maurice-Jean-Claude-Engène Hauriou*: *De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière*, in: *Cahiers de la nouvelle journée*, Jahrgang 1929, Nummer 15, Seite 113.

⁹² Dasselbst (Fortsetzung), Seite 233.

⁹³ Zur französischen Lehre der Persönlichkeit des Staates im Zusammenhang seiner subjektiven Rechte siehe den Überblick bei *Léon Michoud*: *La personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française contemporaine*, in: *Festschrift für Otto Gierke zum 70. Geburtstag*, Weimar: Hermann Böhlau, 1911, Seiten 493ff.

- ⁹⁴ *Maurice-Jean-Claude-Engène Haurion*: L'imprevision nei rapporti contrattuali delle istituzioni sociali, Seiten 47ff. (erstmalig in: *Revista de derecho privado*, 15. Januar 1926), wo argumentiert wird, weder die Figur des wesentlichen Irrtums, noch diejenigen des Willensmangels, der ungerechtfertigten Bereicherung, und auch nicht diejenigen der *clausula rebus sic stantibus* oder des Rechtsmissbrauchs seien für die Auslegung der Verträge adäquat für die Bewältigung unvorhergesehener Veränderungen in den Umständen; *ders.*: *Politica giuridica e materia del diritto* (A proposito del libro di Al Sanhoury su "Le limitazioni contrattuali alla libertà individuale di lavoro nella giurisprudenza inglese" [Paris 1925] e dei lavori dell'Istituto di diritto comparato di Lione), Seiten 119ff. (erstmalig in: *Revue trimestrielle du droit civil*, Jahrgang 1926), wo die Rechtsvergleichung (in Rechtsgrundsätze, Standards oder Direktiven mündend) als ein juristisch-technisches Instrument der Rechtspolitik aufgefasst wird; und *ders.*: *Il fondamento della personalità morale*, Seiten 171ff. (erstmalig als Anhang in: *Leçons sur le mouvement social*, Paris 1899; vgl. auch *ders.*: *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, in: *Revue générale du droit*, Jahrgang 1898, Seiten 1ff. und 119ff.), alle in: *Teoria dell'istituzione e della fondazione* (Civiltà del diritto, Band 16), hrsg. von Widar Cesarini Sforza, mit einer Einführung von Alessandro Baratta, Milano: A. Giuffrè, 1967, wo die Individualität als organisistischer Begriff, die moralische Persönlichkeit als repräsentativer Begriff und die juristische Person als ethischer Begriff postuliert und auf die körperlichen und gemeinschaftlichen Institutionen angewendet werden.
- ⁹⁵ Siehe *Jean-Claude-Engène-Maurice Haurion*: *La liberté politique et la personnalité morale de l'État*, in: *Revue trimestrielle de droit civil* (Nachdruck Glashütten/ Paris: Detlev Auvermann/ Edouard Duchemin, 1970), Band 22 (1923), Seiten 331ff., 331f.: "On peut organiser toute la doctrine du droit constitutionnel sans faire appel à la personnalité de l'État et s'en tenir au thème classique qui est que toute l'organisation constitutionnelle a été créée pour réaliser des garanties de la liberté / On ne saurait cependant se dispenser d'examiner un problème singulier : comment se fait-il que, tout en ne visant que la liberté politique, les peuples modernes aient organisé l'État constitutionnel sur des bases corporatives et comme une personne morale parfaite ? [...] Cette singularité ne s'expliquerait-elle pas plutôt par le postulat que la véritable condition de la liberté, pour les citoyens, serait de vivre à l'intérieur d'une société organisée en une personne morale parfaite, parce que celle-ci serait elle-même toute liberté ?" – Zur Lehre der Persönlichkeit des Staates siehe *Carlos Rúa del Castillo*: *Un schéma de la doctrine de la personnalité de l'État selon la méthode juridico-psychologique d'Hauriou*, in: *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris: Sirey, 1929, Seiten 95ff.; es handelt sich ausschliesslich um einen verständnisvollen Nachvollzug der Ideen Haurious, wobei die Orientierung an der Staatsgewalt deutlich hervorgehoben wird, Seite 108 (unter Hinweis auf die Einführung von *Jean-Claude-Engène-Maurice Haurion* zur spanischen Übersetzung seiner "Principes de droit public", Paris, 2. Auflage 1916: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, übersetzt und eingeleitet von *Carlos Rúa del Castillo*, Madrid 1927 [2. Auflage 1950]): "Dans l'organisation vitale de l'État, les initiatives correspondront au pouvoir et le contrôle correspondra à la liberté; dans l'ordre de la vie l'intuition précède le raisonnement : le pouvoir le plus intuitif est celui qui marchera en avant dans le cours de l'action créatrice sous réserve que ses initiatives reçoivent l'adhésion de la raison discursive. Dans la doctrine de l'institution et de la personnalité se trouve incluse une hiérarchie naturelle des pouvoirs : pouvoir exécutif, pouvoir délibérant, pouvoir de suffrage".
- ⁹⁶ Vgl. *Maurice-Jean-Claude-Engène Haurion*: *Précis de droit constitutionnel*, Paris: Recueil Sirey, 2. Auflage 1929 (1. Auflage 1923), Seiten 2ff., 34ff., 78ff. und 133ff. zu den konstitutionellen Faktoren der Macht, der Ordnung, des Staates und der Freiheit; Seite 1: "Le régime constitu-

tionnel, qui est l'ordre essentiel de la société étatique dans son libre développement, se détermine sous l'action des facteurs suivants : le pouvoir, l'ordre, l'État, la liberté. Le pouvoir étant à la fois le fondateur et l'organisateur de l'ordre. L'État étant une forme perfectionnée de l'ordre. La liberté étant à la fois la cause et le but de ces actions et de la création de ces formes"; *dens.*: Précis de droit administratif et de droit public, Paris: Recueil Sirey, 8. Auflage 1914 (1. Auflage 1892), Seiten 114ff. ("L'organisation administrative", "Les règles générales de l'organisation"); *dens.*: Précis élémentaire de droit administratif, Paris: Recueil Sirey, 4. Auflage 1938 (1. Auflage 1925), Seiten 23ff. (1. Kapitel des 1. Buchs: "Le caractère d'institution de l'administration publique, la personnalité et la capacité juridique"); und *dens.*: Principes de droit public, Paris 1910 (2. Auflage 1916). –

Dazu siehe *Lucien Sfez*: Essai sur la contribution du doyen Maurice Hauriou au droit administratif français (Bibliothèque de droit public, hrsg. von Marcel Waline, Band 71; Dissertation Universität Paris, betitelt: Les idées philosophico-constitutionnelles de Maurice Hauriou), Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966. –

Zur Fundierung der Institutionentheorie in der Rechtsprechung insbesondere des französischen *Conseil constitutionnel* siehe *Maurice-Jean-Claude-Eugène Hauriou*: La jurisprudence administrative de 1829 à 1929, d'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey, réunies et classées par André Hauriou, 3 Bände, Paris 1929 (unveränderter Nachdruck 1931).

⁹⁷ *Jean-Claude-Eugène-Maurice Hauriou*: De la personnalité comme élément de la réalité sociale, in: Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger (Paris: Thorn et fils), Band 22 (1898), Seiten 5ff. (und 119ff.), 6. –

Zum dieser Auffassung zugrundeliegenden Konzept des Realismus in Auseinandersetzung mit demjenigen des soziologischen Positivismus siehe *Jean-Claude-Eugène-Maurice Hauriou*: Les deux réalismes, in: Recueil de législation de Toulouse (Toulouse: Édouard Privat), Band 8 (1912), Seiten 409ff. (besonders zur Restauration des objektiven Rechts in einer individualistisch geprägten Rechtstradition v.a. durch *Léon Duguit* nach dem Modell der drei Phasen von *Auguste Comte*, d.h. auf dem Weg vom theologischen über das metaphysische zum positiven Zeitalter). –

Zum Verständnis der Verfassung als einer Institution siehe klassisch *Karl Nickerson Llewellyn*: On the Nature of an Institution, in: Jurisprudence – Realism in Theory and Practice, Chicago: University of Chicago Press, 1962, Seiten 233ff. (Auszug aus: The Constitution as an Institution, in: Columbia Law Review, Band 34 [1934], Seiten 17ff.).

⁹⁸ Die Erneuerung der Organismuslehre wird an der Institutionentheorie in der Gestalt bei *Santi F. Romano* gerügt von *Giorgio Del Vecchio*: Diritto ed istituzione, in: Studi sul diritto (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, Band 5), Milano: A. Giuffrè, 1958, Band 1, Seiten 151ff. (erstmalig in: Atti della Società italiana per il progresso delle scienze, XI. Riunione, Trieste 1921), Seite 164: "La giuridicità dell'istituzione non deriva (come opina il Romano) dal mero fatto di essa, dalla esistenza sua; sibbene da ciò, che tale esistenza è supposta già come dominata e animata da una regola interna, la quale è appunto il diritto. Regola imperativa ed obbligatoria, bilaterale, o intersubiettiva, e fornita in somma di tutti quei caratteri formali, che la analisi filosofiche – specialmente dal Thomasio in poi – sono venute via via scoprendo ed elaborando come elementi intrinseci del diritto. Non si comprende come il Romano possa tenere in non cale tutto quest'ordine di ricerche, e svalutare financo la concezione del diritto come norma. Nè si vede quale progresso scientifico si potrebbe sperare dal prevalere dell'indirizzo che egli propugna: la conseguenza di tale improbabile prevalere

sarebbe solo una nuova specie di organicismo, ancor più difettosa di quella che fu già in voga e della quale il Romano medesimo deplora giustamente gli abusi".

⁹⁹ Daselbst, Seite 15: "Ce qui a fait jusqu'ici la faiblesse de la théorie de la représentation, malgré qu'elle soit dans la logique de l'évolution juridique, et ce qui a rendu possible la théorie organiciste allemande, c'est que la représentation juridique a toujours été considérée comme une fiction. [...] Ce qu'il faut donc rendre à la théorie de la représentation toute sa valeur explicative, c'est montrer que la représentation n'est pas une fiction, mais qu'elle est simplement la traduction juridique d'un fait social parfaitement réel. Or ce fait social existe, et c'est la fusion des volontés réalisées par le pouvoir".

¹⁰⁰ Daselbst, Seiten 18f.

¹⁰¹ *Victor Leontovitsch*: Die Theorie der Institution bei Maurice Hauriou, in: *Institution und Recht* (Wege der Forschung, Band 172), hrsg. von Roman Schnur, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, Seiten 176ff. (erstmalig in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* [Wiesbaden: Franz Steiner], Band 29 [1936], Seiten 363ff. und Band 30 [1937], Seiten 202ff.), Seite 365; vgl. Seite 367: "Man muss beachten, dass Hauriou nicht nur von dem Eingehen der Idee in den Aspirationswillen der Gemeinschaft oder in den Realisationswillen der herrschenden Gewalt spricht, sondern hauptsächlich von der Interiorisierung der herrschenden Gewalt und der Manifestationen der Gemeinschaftlichkeit in dem Rahmen der Idee, weil er die Idee für das Hauptmoment der Wirklichkeit hält. / Das Phänomen der Interiorisation des gemeinsamen Aspirationswillens im Rahmen der Idee des sozialen Werks führt zur Bildung eines moralischen Subjekts, einer moralischen Person und wird darum mit Personifikation bezeichnet. Das Phänomen der Interiorisation des Realisationswillens im Rahmen der Idee des sozialen Werks führt zur Bildung eines institutionellen Körpers – der objektiven Individualität – und wird darum mit Inkorporation bezeichnet". –

Vgl. *dens.*: La teoria della istituzione di Hauriou e il suo significato per il diritto costituzionale, in: *Bollettino dell'Istituto di Filosofia del diritto della Università di Roma*, Band 2 (1941), Seiten 85ff.

¹⁰² *Jean-Claude-Eugène-Maurice Hauriou*: Philosophie du droit et science sociale, in: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger* (Paris: Marescq Ainé), Band 12 (1899), Seiten 462ff., 463 (unter vornehmlicher Bezugnahme auf *G. Boistel*: *Cours de philosophie de droit*, 2 Bände, Paris: Fontemoing, 1899); vgl. daselbst, Seite 473: "Je n'en veux tirer que cette conclusion, à savoir que la science sociale n'est pas nécessairement et systématiquement hostile à l'individu, qu'au contraire, elle lui est favorable". –

Vgl. zur Lage der Sozialwissenschaften in der Zeit der Jahrhundertwende *Jean-Claude-Eugène-Maurice Hauriou*: La crise de la science sociale, in: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger* (Paris: Marescq Ainé), Band 1 (1894), Seiten 294ff.; unter Bezugnahme auf *Gustave Tarde*: *Les Lois de l'imitation*, Paris 1890; auf *dens.*: *Études pénales et sociales*, Paris 1892; auf *dens.*: *Transformations du Droit*, Paris 1893; auf *Émile Durkheim*: *De la Division du Travail social*, Paris 1893; und auf *Gaston Richard*: *Essai sur l'origine de l'idée de Droit*, Paris 1892. –

Allgemein zur Soziologie siehe *Jean-Claude-Eugène-Maurice Hauriou*: *La science sociale traditionnelle*, Paris: Larose, 1896, besonders das 3. Kapitel, Seiten 361ff. zur Frage der politischen Einheitsbildung (1. Abschnitt: die politische Einheit und die Regierung; 2. Abschnitt: der Staat; 3. Abschnitt: die öffentliche Autorität).

- ¹⁰³ *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*. La science sociale traditionnelle, Paris: Larose, 1896, Seite 362: "Il faut qu'il y ait dans le tissu social : (1.) une division du travail suffisamment sccentuée; (2.) des similitudes suffisamment fortes; (3.) un organe qui puisse assumer la fonction de créer l'unité fondée sur les similitudes"; siehe auch *dens.*: L'ordre social, la justice et le droit, in: Aux sources du droit – Le pouvoir, l'ordre, et la liberté (Cahiers de la nouvelle journée, Nummer 23), Paris: Bloud & Gay, 1933, Seiten 43ff., mit der deutlichen Unterscheidung zwischen gesellschaftlicher Ordnung und der Gerechtigkeit und besonders Seiten 66ff., wo argumentiert wird, die Idee eines Naturrechts sei die Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen der (positiven) Rechtsordnung und der sozialen Ordnung.
- ¹⁰⁴ Dasselbst, Seite 375; in einer Anmerkung fügt Hauriou u.a. bei: "Il ressort de cette définition même que notre principal objectif est de limiter l'État, de le situer dans la société, de montrer qu'il n'absorbe pas cesse-ci tout entière, qu'il se crée en dehors du tissu religieux et du tissu positif [*sic* !] et qu'il aura à compter avec eux".
- ¹⁰⁵ Dasselbst, Seite 375, Anmerkung 1, 3. Abschnitt (unter Hinweis auf *Henry Michel*: L'idée de l'État, Paris 1896): "Notre définition a encore un avantage, c'est de permettre de comprendre que, suivant les époques, l'État ait été conçu différemment, étant sous la dépendance des conceptions générales des hommes. L'État antique ne suppose point la même conception de la liberté que l'État démocratique moderne. L'individualisme sur lequel les philosophes du XVIII^{ème} siècle avaient fondé l'État, n'est pas le même que l'individualisme rétréci de l'économie politique orthodoxe du XIX^{ème} siècle".
- ¹⁰⁶ Dasselbst, Seite 378, mit meiner Hervorhebung.
- ¹⁰⁷ *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*. L'ordre social, la justice et le droit, in: Aux sources du droit – Le pouvoir, l'ordre, et la liberté (Cahiers de la nouvelle journée, Nummer 23), Paris: Bloud & Gay, 1933, Seiten 43ff., 50f.
- ¹⁰⁸ Dazu *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*. La souveraineté nationale, in: Recueil de législation de Toulouse (Toulouse: Édouard Privat), Band 8 (1912), Seiten 1ff. – In der Souveränitätslehre von Hauriou liegt ein letztlich Kantischer Gedanke, wenn die kollektive "*autolimitation*" als eine Selbstbeherrschung aufgefasst wird; so richtig gesehen von *Carlos Ruiz del Castillo*: Un schéma de la doctrine de la personnalité de l'État selon la méthode juridico-psychologique d'Hauriou, in: Mélanges Maurice Hauriou, Paris: Sirey, 1929, Seiten 95ff., 109: "Hauriou a rappelé à la généralisation actuelle que la souveraineté consiste dans la maîtrise de soi et que c'est seulement parce que l'homme est maître de lui qu'il l'est de l'univers; cette idée s'applique tant à la liberté de l'individu qu'à la souveraineté de l'État. La maîtrise de soi est la condition indispensable pour disposer de soi, car pour se donner il faut s'appartenir".
- ¹⁰⁹ *Jean-Claude-Engène-Murice Hauriou*. La liberté politique et la personnalité morale de l'État, in: Revue trimestrielle de droit civil (Nachdruck Glashütten/ Paris: Detlev Auvermann/ Edouard Duchemin, 1970), Band 22 (1923), Seiten 331ff., 340.
- ¹¹⁰ *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*. La souveraineté nationale, in: Recueil de législation de Toulouse (Toulouse: Édouard Privat), Band 8 (1912), Seiten 1ff., 1.
- ¹¹¹ Vgl. die Auseinandersetzung von *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*. Les idées de Léon Duguit, SA aus: Recueil de Législation, Toulouse: Édouard Privat, 1911; hier findet sich eine eingehende Beschäftigung Haurious mit den juristisch-dogmatischen wie mit den gesellschaftlich-soziologischen Voraussetzungen des Systems von Duguit. Der Vorwurf geht dahin, Duguit opfere mit seinem Freiheitsverständnis das Individuum der fortschreitenden gesellschaftlichen Interdependenz und Solidarität, Seite 37: "Oui, assurément, la liberté reçoit ainsi un fondement

inébranlable, à la façon des gens qui reçoivent une demeure éternelle dans leur tombeau. Elle est morte, car la liberté individuelle n'a plus de sens si elle n'est plus une limite au développement excessif de la société, un droit de réaction contre celle-ci". Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit könnten nur aufgrund des individuellen Rechtsbewusstseins und nie unter Berufung auf ein bestimmtes Milieu bestimmt werden, mahnt Hauriou zurecht; Duguit versuche das Unmögliche, zugleich Sozialist und Anarchist zu sein.

- 112 *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*. La souveraineté nationale, am angegebenen Ort, Seite 7.
- 113 Zu soziologischen Gesichtspunkten der Einheit des Staates siehe *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*. La science sociale traditionnelle, Paris: Larose, 1896, Seiten 361ff.; hier wird die These vertreten, die politische Herrschaft diene der Einheitsbildung, angesichts der zivilisatorischen Herausforderung der Arbeitsteilung.
- 114 *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*. La souveraineté nationale, am angegebenen Ort, Seite 22: "Il ne faut pas sacrifier la condition de l'unanimité pour le plaisir de confondre la loi avec la volonté générale. Les lois se font dans la catégorie des choses discutables et à la simple majorité, la volonté générale est dans la catégorie des choses indiscutables et elle requiert l'unanimité".
- 115 Dasselbst, Seite 147.
- 116 *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*. La science sociale traditionnelle, Paris: Larose, 1896, Seite 378.
- 117 *Georges Renard*: Introduction philosophique à l'étude du Droit (Band 1: Le droit, la justice et la volonté; Band 2: Le droit, la logique et le bon sens; Band 3: Le droit, l'ordre et la raison), Paris: Sirey, 1921-1927.
- 118 *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*. Aux sources du droit – Le pouvoir, l'ordre, et la liberté (Cahiers de la nouvelle journée, Nummer 23), Paris: Bloud & Gay, 1933, Seiten 13 bis 86; siehe Seite 19: "Nous nous élevons contre ces audacieuses théories [allemandes] de toute la force de notre instinct; contre le nationalisme juridique, nous affirmons notre croyance en un droit humain universel; contre le brigandage juridique, nous affirmons que l'idéal de la justice est distinct des réalisations de la force; contre le collectivisme juridique, nous affirmons la liberté individuelle".
- 119 Dasselbst, Seiten 72ff., 76f.; erstmals in: Revue de Métaphysique et de Morale, Jahrgang 1928; deutsche Übersetzung bei *Roman Schnur* (Hrsg.): Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze von Maurice Hauriou – Mit Einleitung und Bibliographie (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 5), Berlin: Duncker & Humblot, 1965, Seiten 96ff.
- 120 Dasselbst, Seite 77.
- 121 Dies wird besonders deutlich in der Kritik an *Léon Duguit*; *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*. Les idées de Léon Duguit, SA aus: Recueil de Législation, Toulouse: Édouard Privat, 1911; siehe besonders Seite 27: "Cette méconnaissance de la puissance créatrice du sentiment subjectif du droit dans les manifestations de la volonté individuelle, constitue l'erreur fondamentale de la doctrine de M. Duguit; elle procède toujours de la même croyance au phénoménisme universel, de la même importance exclusive attribuée à l'influence du milieu au détriment de l'activité des êtres. Mais nous ne sommes pas liés par cette philosophie, et c'est en restituant à la volonté individuelle de l'être et à sa puissance créatrice la place qui lui revient, que nous allons pouvoir justifier la présomption de justice dont bénéficie tout acte juridique. / Cette présomption de justice n'est pas une présomption de conformité avec la règle de droit objec-

- tive, c'est une présomption de conformité avec le sentiment subjectif du Droit". –
 Siehe auch *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*: L'institution et le droit statutaire, in: Recueil de législation de Toulouse (Toulouse: Édouard Privat), Band 2 (1906), Seiten 134ff.
- ¹²² *Jean-Claude-Engène-Maurice Hauriou*: L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales, in: Aux sources du droit – Le pouvoir, l'ordre, et la liberté (Cahiers de la nouvelle journée, Nummer 23), Paris: Bloud & Gay, 1933, Seiten 129ff. (erstmalig in: Revista de Derecho Privado vom 15. Januar 1926).
- ¹²³ Neben den Arbeiten von *Roman Schnur* und *Georges Gurwitsch* siehe *Wolfgang Fikentscher*: Maurice Hauriou und die institutionelle Rechtslehre, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1974, Seiten 559ff.; *Hansjürgen Friedrich*: Die Institutionenlehre Maurice Hauriours (Dissertation Universität Mainz 1963); *Saïd Hamdouni*: Essai d'application de la théorie de l'institution d'Hauriou aux relations entre personnes publiques, in: Revue de la recherche juridique, droit positif, Band 20 (1995), Nummer 60, Seiten 141ff.; *Georges Renard*: La théorie de l'institution – Essai d'ontologie juridique (Band 1: Partie juridique), Paris: Recueil Sirey, 1930; und *ders.*: L'institution – Fondement d'une renouveau de l'ordre social, Paris 1933; *Lucien Sfez*: Essai sur la contribution du doyen Maurice Hauriou au droit administratif français (Bibliothèque de droit public, hrsg. von Marcel Waline, Band 71; Dissertation Universität Paris, betitelt: Les idées philosophico-constitutionnelles de Maurice Hauriou), Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, zur Institution als Garantie für die Ausgeglichenheit der Kräfte im Staat siehe Seiten 86ff.; sowie die Beiträge bei *Widar Cesarini Sforza* (Hrsg.): Maurice Hauriou – Teoria dell'istituzioni e della fondazione (Civiltà del diritto, Band 16), mit einer Einführung von Alessandro Baratta, Milano: A. Giuffrè, 1967; und bei *Albert Broderick* (Hrsg.): The French Institutionalists – Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos, Cambridge: Harvard University Press, 1970. – Vgl. auch die Bezugnahmen in der rechtsphänomenologischen Theoriebildung, etwa bei *Gerhard Leibholz*: Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems – Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht des Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, hrsg. von Viktor Bruns, Heft 13), Berlin/ Leipzig: Walter de Gruyter, 1929 (3., erweiterte Auflage: Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, Berlin: Wilhelm de Gruyter, 1966); und bei *Eric Voegelin*: Die Neue Wissenschaft der Politik – Eine Einführung, hrsg. von Peter J. Opitz, Freiburg im Breisgau/ München: Karl Alber, 4., unveränderte Auflage 1991.
- ¹²⁴ Siehe das initiale Urteil von *Carlos Rúa del Castillo*: Un schéma de la doctrine de la personnalité de l'État selon la méthode juridico-psychologique d'Hauriou, in: Mélanges Maurice Hauriou, Paris: Sirey, 1929, Seiten 95ff.; weiterführend vgl. *dens.*: Integración de la democracia en una doctrina corporativa del Estado – Estudio inspirado en la concepción politico-sociológica de Hauriou, Santiago de Compostela 1925.
- ¹²⁵ So *François Gény*: Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, 4 Bände, Paris 1914-1925, Band 2, Seite 91.
- ¹²⁶ *Charles Eisenmann*: Deux théories du droit – Duguit et Hauriou, in: Revue philosophique, Band 110 (1930), Seiten 231ff.
- ¹²⁷ *J.-T. Delos*: La théorie de l'institution – La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif, in: Archives de philosophie de droit, Band 1 (1931), Seiten 97ff.

- 128 *Hansjürgen Friedrich*: Die Institutionenlehre Maurice Hauriou (Dissertation Universität Mainz 1963).
- 129 *Wolfgang Fikentscher*: Maurice Hauriou und die institutionelle Rechtslehre, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1974, Seiten 559ff.
- 130 *Albert Broderick* (Hrsg.): The French Institutionalists – Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos, Cambridge: Harvard University Press, 1970.
- 131 *Lucien Sfez*: Essai sur la contribution du doyen Maurice Hauriou au droit administratif français (Bibliothèque de droit public, hrsg. von Marcel Waline, Band 71; Dissertation Universität Paris, betitelt: Les idées philosophico-constitutionnelles de Maurice Hauriou), Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, zur Institution als Garantie für die Ausgeglichenheit der Kräfte im Staat siehe Seiten 86ff.
- 132 *Saïd Hamdouni*: Essai d'application de la théorie de l'institution d'Hauriou aux relations entre personnes publiques, in: Revue de la recherche juridique, droit positif, Band 20 (1995), Nummer 60, Seiten 141ff.
- 133 *Victor Leontovitsch*: Die Theorie der Institution bei Maurice Hauriou, in: Institution und Recht (Wege der Forschung, Band 172), hrsg. von Roman Schnur, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, Seiten 176ff. (erstmalig in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie [Wiesbaden: Franz Steiner], Band 29 [1936], Seiten 363ff. und Band 30 [1937], Seiten 202ff.), Seite 365; vgl. Seite 367: "Man muss beachten, dass Hauriou nicht nur von dem Eingehen der Idee in den Aspirationswillen der Gemeinschaft oder in den Realisationswillen der herrschenden Gewalt spricht, sondern hauptsächlich von der Interiorisierung der herrschenden Gewalt und der Manifestationen der Gemeinschaftlichkeit in dem Rahmen der Idee, weil er die Idee für das Hauptmoment der Wirklichkeit hält. / Das Phänomen der Interiorisation des gemeinsamen Aspirationswillens im Rahmen der Idee des sozialen Werks führt zur Bildung eines moralischen Subjekts, einer moralischen Person und wird darum mit Personifikation bezeichnet. Das Phänomen der Interiorisation des Realisationswillens im Rahmen der Idee des sozialen Werks führt zur Bildung eines institutionellen Körpers – der objektiven Individualität – und wird darum mit Inkorporation bezeichnet". –
Vgl. *dens.*: La teoria della istituzione di Hauriou e il suo significato per il diritto costituzionale, in: Bollettino dell'Istituto di Filosofia del diritto della Università di Roma, Band 2 (1941), Seiten 85ff.
- 134 *Gerhard Leibholz*: Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems – Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht des Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, hrsg. von Viktor Bruns, Heft 13), Berlin/ Leipzig: Walter de Gruyter, 1929 (3., erweiterte Auflage: Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, Berlin: Wilhelm de Gruyter, 1966); und *Eric Voegelin*: Die Neue Wissenschaft der Politik – Eine Einführung, hrsg. von Peter J. Opitz, Freiburg im Breisgau/ München: Karl Alber, 4., unveränderte Auflage 1991. –
Vgl. die Durchführung der Repräsentationsidee in der Lehre des repräsentativ verfassten Staatsorgans bei *Maurice-Jean-Claude-Eugène Hauriou*: Précis de droit constitutionnel, Paris: Recueil Sirey, 2. Auflage 1929 (1. Auflage 1923), Seiten 202ff.
- 135 *Victor Leontovitsch*: Die Theorie der Institution bei Maurice Hauriou, am angegebenen Ort, Seiten 370f.

- 136 Dasselbst, Seite 392.
- 137 Vgl. die Relativierung des Dogmas der Souveränität in der Diskussion der politischen Freiheit bei *Maurice-Jean-Claude-Eugène Hauriou*: *Précis de droit constitutionnel*, Paris: Recueil Sirey, 2. Auflage 1929 (1. Auflage 1923), Seite 138: "Le principe de la souveraineté nationale, tel qu'on l'entend ordinairement, avec la doctrine de l'émanation (tout pouvoir émane de la nation), est une idée fautive en ce qu'elle tend à subordonner le pouvoir minoritaire au pouvoir majoritaire, ce qui est tout juste le contraire de la vérité. La doctrine de la suprématie des assemblées représentatives, qui les met au-dessus du pouvoir exécutif et qui tend à leur conférer les initiatives gouvernementales, est une seconde erreur pernicieuse". In der Definition der demokratischen Regierungsform greift Hauriou allerdings das Element der Volkssouveränität wieder auf, Seite 141, wenn er definiert, die Demokratie sei "l'état d'un peuple consistant en ce que la souveraine puissance réside dans l'universalité des individus égaux entre eux devant la loi". Ausserdem ist die typisch französische Doktrin der nationalen Souveränität für Hauriou die "seconde assise historique de la liberté politique dans les États modernes", Seiten 164ff.
- 138 Vgl. *Victor Leontovitsch*: Die Theorie der Institution bei Maurice Hauriou, am angegebenen Ort, Seite 404: "Die Idee des Parallelismus, auf der die Einheit zwischen der objektiven Individualität und der subjektiven Personalität aufgebaut ist, begründet Möglichkeiten, die Organe und andere Elemente der objektiven Individualität auf die subjektive Personalität zu beziehen". – Zur Frage der symbolvermittelten, gebundenen Autonomie siehe *Maurice-Jean-Claude-Eugène Hauriou*: *Principes de droit public*, Paris, 2. Auflage 1916 (1. Auflage 1910), Seite 109 (in Anlehnung an die Übersetzung von *Victor Leontovitsch*): "Wenn wir behaupten wollen, dass die juristische Personalität aus zwei Elementen besteht, aus einer objektiven Individualität und einer subjektiven Personalität, so nur unter der Bedingung, ihre umfassende Autonomie nicht zu verletzen. Dafür ist es notwendig, dass sich die juristische Originalität wie im objektiven so auch im subjektiven Element wiederfindet. Es ist notwendig, dass sich die objektive Individualität der moralischen Person durch einen objektiven juristischen Vorgang, der ihre Autonomie nicht verletzt, gründet; sobald sie gegründet wird, muss sie sich selbst gründen; dies wird nicht nach Art der subjektiven Personalität vor sich gehen, die sich durch einen Beschluss ihres eigenen subjektiven Willens gründet, sondern es ist notwendig, dass dies durch ein Ereignis oder durch eine Folge von Ereignissen, eine Zeremonie, eine Prozedur, die ihr eigen ist, vor sich geht. Ausserdem ist es notwendig, dass die objektive Individualität Quelle des objektiven Rechts ist, wie dass die subjektive Personalität Quelle des subjektiven Rechts ist".
- 139 Zur französischen Lehre der Persönlichkeit des Staates im Zusammenhang seiner subjektiven Rechte siehe den Überblick bei *Léon Michoud*: *La personnalité et les droits subjectifs de l'État dans la doctrine française contemporaine*, in: Festschrift für Otto Gierke zum 70. Geburtstag, Weimar: Hermann Böhlau, 1911, Seiten 493ff.
- 140 Dasselbst (Fortsetzung), Seite 231; im Anschluss unter Bezugnahme auf *Maurice-Jean-Claude-Eugène Hauriou*: *De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière*, in: *Cahiers de la nouvelle journée*, Jahrgang 1929, Nummer 15, Seite 113.
- 141 Dasselbst (Fortsetzung), Seite 233; mit meiner Hervorhebung.
- 142 Für die Einbeziehung der Macht in die Rechtswissenschaft spricht sich auch der wissenschaftliche Gegner *Maurice Hauriou* aus, nämlich *Léon Duguit*: *Justice et force – Pour une intégration de la force dans le droit*, in: *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris: Dalloz, 1937.

- 143 Während *Maurice-Jean-Claude-Eugène Hauriou* zunächst vom soziologischen Positivismus *Auguste Comtes* inspiriert, dominierte in den späten Werken immer mehr die christlich-katholische Haltung, wie er im Jahr 1916 in einem Gespräch mit *Georges Renard* bekannt haben muss; vgl. *Georges Renard: La théorie de l'institution – Essai d'ontologie juridique* (Band 1: Partie juridique), Paris: Recueil Sirey, 1930, Vorwort, Seiten XIII ff.
- 144 *Santi Romano: Die Rechtsordnung (L'Ordinamento Giuridico – Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto)* (Schriften zur Rechtslehre, Heft 44), hrsg. von Roman Schnur, Berlin: Duncker & Humblot, 1975 (Pisa 1918; 2. Auflage Firenze: Sansoni, 1946), Seiten 82f.; mit meinen Hervorhebungen.
- 145 Dasselbst, Seiten 88ff. –
 Zum pluralistischen Ansatz in der italienischen Rechtsphilosophie vgl. auch *Ermanno Cammarata: Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Catania 1926; sowie mit philosophischer Grundlage *dens.: Contributo ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, Roma 1925; *Adolfo Rava: La teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici e le associazioni sindacali riconosciute*, Firenze 1933; und *Giuseppe Capograssi: Alcune osservazioni sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, Sassari 1936 (auch in: *Opere*, Milano: A. Giuffrè, 1959, Band 4, Seiten 181ff.); zuletzt *Alfonso Catania: Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico e altri saggi*, Napoli: Jovene, 1984, Seiten 125ff.; *dens.: Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico* (Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli, Band 155), Napoli: Eugenio Jovene, 1976, besonders Seiten 125ff. ("*ordinamento e organizzazione*"); und *ders.: Formalismo e realismo nel pensiero di Santi Romano*, in: *Realismo e mito politico* (Pubblicazioni dell'Università degli Studi di Salerno, Sezione atti, convegni, miscellanee, Band 50; Centro Studi di Filosofia Politica), hrsg. von Rosario Conforti, Vittorio Dini und Francesco Saverio Festa, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, Seiten 17ff.
- 146 *Sebastián Martín-Retortillo: Die Lehre Santi Romanos von der Rechtsordnung und einige ihrer Anwendungen im Bereich des Verwaltungsrechts (La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo*, in: *Institution und Recht (Wege der Forschung, Band 172)*, hrsg. von Roman Schnur, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, Seiten 370ff., 383/ 384 (erstmalig als Einleitung in: *Santi Romano, El ordenamiento jurídico*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963, Seiten 9ff.); unter Hinweis auf *Giuseppe Capograssi: L'ultimo libro di Santi Romano*, in: *Opere*, Milano: A. Giuffrè, 1959, Band 5, Seiten 221ff. (erstmalig in: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951/ I, Seiten 46ff., besonders 66ff.); und unter Anspielung auf die Fortführung der Ordnungslehre von *Santi Romano* durch *M. S. Giannini*. –
 Zur spanischen Institutionenlehre siehe *Joaquín Ruiz Giménez: La concepción institucional del derecho*, Madrid 1944.
- 147 Dasselbst, Seite 398.
- 148 Abgesehen von den Werken *Roman Schnurs* siehe als Sekundärliteratur *Giuseppe Capograssi: L'ultimo libro di Santi Romano*, in: *Opere*, Milano: A. Giuffrè, 1959, Band 5, Seiten 221ff. (erstmalig in: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951/ I, Seiten 46ff.); unter Bezugnahme vor allem auf *Santi Romano: Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano: A. Giuffrè, 1947 (siehe besonders die Artikel: *Autonomia*, Seiten 14ff.; *Decadenza*, Seiten 46ff.; *Diritto e morale*, Seiten 64ff.; und: *Rivoluzione e diritto*, Seiten 220ff.); *Widar Cesarini Sforza: Rechtsphilosophie (Filosofia del Diritto)*, München: C. H. Beck, 1966 (Milano: A. Giuffrè, 1955), Seiten 15 und 57; *Vittorio Frosini: Santi Romano e l'interpretazione giuridica della realtà sociale*, in:

- Rivista internazionale di filosofia del diritto (Milano: A. Giuffrè), Band 66 (1989), Nummer 4, Seiten 706ff.; *dens.*: L'attualità di Santi Romano; und *dens.*: Kelsen e Romano (1983), beide in: Saggi su Kelsen e Capograssi – Due Interpretazioni del Diritto (Pubblicazioni dell'Istituto di teoria dell'interpretazione e di informatica dell'Università "La Sapienza" Roma, Band 1), Milano: A. Giuffrè, 1988, Seiten 157ff., beziehungsweise Seiten 45ff.; *Maximilian Fuchs*: Die Allgemeine Rechtslehre Santi Romanos (Schriften zur Rechtslehre, Heft 86), Berlin: Duncker & Humblot, 1979; *Vittorio Emanuele Orlando*: Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano, in: Scritti Giuridici in Onore di Santi Romano, Padua 1940, Band 1, Seiten 1ff.; *dens.*: Santi Romano e la scuola italiana di Diritto pubblico, Modena 1948. –
- Vgl. auch *N. D'Amati*: La diversità degli ordinamenti giuridici positivi e il concetto universale di giustizia; und *G. Semerari*: Pluralismo concreto e Filosofia giuridica, beide in: I problemi attuali della filosofia del diritto, Atti del convegno di studi tenuto a Roma nei giorni 3 e 4 ottobre 1953, hrsg. von Rinaldo Orecchia, Milano: A. Giuffrè, 1954, Seiten 41ff., beziehungsweise Seiten 137ff.
- 149 *Santi Romano*: Artikel "Autonomia", in: Frammenti di un dizionario giuridico, Milano: A. Giuffrè, 1947, Seiten 14ff.
- 150 *Giuseppe Capograssi*: L'ultimo libro di Santi Romano, in: Opere, Milano: A. Giuffrè, 1959, Band 5, Seiten 221ff., 228, mit meiner Hervorhebung (erstmalig in: Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1951/ I, Seiten 46ff.); unter Bezugnahme vor allem auf *Santi Romano*: Frammenti di un dizionario giuridico, Milano: A. Giuffrè, 1947 (siehe besonders die Artikel: Autonomia, Seiten 14ff.; Decadenza, Seiten 46ff.; Diritto e morale, Seiten 64ff.; und: Rivoluzione e diritto, Seiten 220ff.). –
- Vgl. dazu *Virgilio Mura*: La teoria del pluralismo giuridico in Giuseppe Capograssi, in: L'individuo, lo stato, la storia, Convegno nazionale di studi su Giuseppe Capograssi (Roma, 8-10 maggio 1986), hrsg. von Francesco Mercadante, Milano: A. Giuffrè, 1990, Seiten 651ff.
- 151 *Vittorio Emanuele Orlando*: Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano, in: Scritti Giuridici in Onore di Santi Romano, Padua 1940, Band 1, Seiten 1ff.; *ders.*: Santi Romano e la scuola italiana di Diritto pubblico, Modena 1948.
- 152 *Alessandro Baratta*: Presentazione, in: Maurice Hauriou, Teoria dell'istituzione e della fondazione, hrsg. von Widar Cesarini Sforza, Milano: A. Giuffrè, 1967, Seiten V ff., besonders Seiten XVII und XXVII.
- 153 *N. D'Amati*: La diversità degli ordinamenti giuridici positivi e il concetto universale di giustizia; und *G. Semerari*: Pluralismo concreto e Filosofia giuridica, beide in: I problemi attuali della filosofia del diritto, Atti del convegno di studi tenuto a Roma nei giorni 3 e 4 ottobre 1953, hrsg. von Rinaldo Orecchia, Milano: A. Giuffrè, 1954, Seiten 41ff., beziehungsweise Seiten 137ff.
- 154 Einen ersten Überblick über die Resonanz und Akzeptanz des Institutionalismus von *Santi Romano* in der juristischen Praxis gibt *Julius Stone*: Two Theories of "The Institution" – A Postscript on Some Influences and Parallels of Romano's Theory, in: Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound, hrsg. von Ralph A. Newman, Indianapolis/ New York: Bobbs-Merrill, 1962, Seiten 296ff., 336ff.
- 155 *Widar Cesarini Sforza*: Zweite Gruppe von Fragmenten zur "Teoria dell'istituzione e della fondazione", Faszikel 1 und 2, wiedergegeben nach *Alessandro Baratta*: Presentazione, in: Maurice Hauriou, Teoria dell'istituzione e della fondazione, hrsg. von Widar Cesarini Sforza, Milano: A. Giuffrè, 1967, Seite IX, mit meinen Hervorhebungen.

- 156 Dasselbst, Erste Gruppe von Fragmenten, Faszikel 2.
- 157 *Widar Cesarini Sforza*: Rechtsphilosophie (Filosofia del Diritto), München: C. H. Beck, 1966 (Milano: A. Giuffrè, 3. Auflage 1958), Seiten 90f.; meine Hervorhebung.
- 158 Dasselbst, Seiten 2f.
- 159 Dasselbst, Seite 1.
- 160 Dasselbst, Seite 4.
- 161 *Vittorio Frosini*: Santi Romano e l'interpretazione giuridica della realtà sociale (intervento orale svolto in occasione della presentazione del libro di Santi Romano [Il diritto pubblico italiano, Milano: Giuffrè, 1988] nella sede della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "La Sapienza" di Roma il 30 gennaio 1989), in: Rivista internazionale di filosofia del diritto (Milano: A. Giuffrè), Band 66 (1989), Nummer 4, Seiten 706ff., 706 (mit meiner Hervorhebung), unter Bezugnahme auf *Santi Romano*: Principi di diritto costituzionale generale, 1947; vgl. auch *dens.*: La struttura del diritto, Milano: A. Giuffrè, 1976; und *dens.*: Ordine e disordine nel diritto, Napoli, Guida, 1979.
- 162 Dasselbst, Seite 709.
- 163 *Giovanni Gentile*: I fondamenti della filosofia del diritto, in: Annali delle università toscane, Pisa 1916.
- 164 *Vittorio Frosini*: L'attualità di Santi Romano (1977), in: Saggi su Kelsen e Capograssi – Due Interpretazioni del Diritto (Pubblicazioni dell'Istituto di teoria dell'interpretazione e di informatica dell'Università "La Sapienza" Roma, Band 1), Milano: A. Giuffrè, 1988, Seiten 161ff.
- 165 Vgl. die früheste Exposition der juristischen Lehren von *Hans Kelsen* bei *Eugenio Di Carlo*: Teoria pura e teoria empirica del diritto, in: Il Circolo Giuridico L. Sampolo (Palermo), Band 43 (1912), Seiten 219ff.
- 166 *Vittorio Frosini*: Kelsen e Romano (1983), in: Saggi su Kelsen e Capograssi – Due Interpretazioni del Diritto (Pubblicazioni dell'Istituto di teoria dell'interpretazione e di informatica dell'Università "La Sapienza" Roma, Band 1), Milano: A. Giuffrè, 1988, Seiten 45ff. – Vgl. *Maximilian Fuchs*: Die Allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 86), Berlin: Duncker & Humblot, 1979, *passim*.
- 167 Für Schlüsse für die politischen Wissenschaften siehe klassisch *Eric Voegelin*: Die Neue Wissenschaft der Politik – Eine Einführung, hrsg. von Peter J. Opitz, Freiburg im Breisgau/ München: Karl Alber, 4., unveränderte Auflage 1991; und *dens.*: Das Sollen im System Kants, in: Gesellschaft, Staat und Recht – Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, hrsg. von Alfred Verdross, Wien: Julius Springer, 1931, Seiten 136ff. – Dazu *Peter J. Opitz*: Politische Wissenschaft als Ordnungswissenschaft – Anmerkungen zum Problem der Normativität im Werke Eric Voegelins, in: Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte (Berlin: Duncker & Humblot), Band 30 (1991), Seiten 349ff.; und *M. Chiara Pievatolo*: Storia, filosofia politica e ordine nel pensiero di Eric Voegelin, SA aus: Rivista internazionale di filosofia del diritto (Milano: A. Giuffrè), Band 67 (1990), Heft 3, Seiten 441ff.
- 168 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*: Artikel "konkretes Ordnungsdenken", in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, hrsg. von Joachim Ritter und Karlfried Gründer, Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1984, Band 6, Spalten 1312ff.
- 169 So *Karl Larenz*: Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart (Philosophische Forschungsberichte, Heft 9), Berlin: Junker & Dünnhaupt, 1931, Seiten 156ff.

- 170 So *Gustav Radbruch*: Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Gesamtausgabe, hrsg. von Winfried Hassemer, Heidelberg: C. F. Müller, 1990, Band 3, Seiten 229ff. (erstmalig in: Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun anlässlich der Vollendung seines 65. Lebensjahres, hrsg. von Gustaf C. Hernmarck, Hamburg: J. P. Toth, 1948 [Sonderausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, Darmstadt]).
- 171 Vgl. *Carl August Emge*. Über die Unentbehrlichkeit des Situationsbegriffs für die normativen Disziplinen, in: Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz, Geistes- und sozialwissenschaftliche Klasse, Jahrgang 1966, Nummer 3, Wiesbaden: Franz Steiner, 1966; *dens.*: Über das Verhältnis von "normativem Rechtsdenken" und "Lebenswirklichkeit", in: Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz, Jahrgang 1956, Nummer 4, Wiesbaden: Franz Steiner, 1956; *dens.*: Über den Unterschied zwischen "tugendhaftem", "fortschrittlichem" und "situationsgemäßem" Denken – Ein Trilemma der "praktischen Vernunft", in: Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz, Geistes- und sozialwissenschaftliche Klasse, Jahrgang 1950, Nummer 5, Wiesbaden: Franz Steiner, 1950; und im grösseren Zusammenhang *dens.*: Einführung in die Rechtsphilosophie – Anleitung zum philosophischen Nachdenken über das Recht und die Juristen, Frankfurt am Main/ Wien: Humboldt-Verlag, 1955, Seiten 199ff.
- 172 Vgl. *meine* Darstellung seiner Rechtsphilosophie: Note sulla filosofia del diritto di Pietro Piovani – Appunti di un giurista ultramontano, in: Archivio di storia della cultura (Napoli: Liguori Editore), Band 14 (2001), Seiten 289ff. –
Vgl. die beispielhafte Definition der Situationsethik als auch der situativen Konstellation beim Theologen *E. Schillebeeckx* (L'etica della situazione, in der italienischen Übersetzung aus dem Holländischen, hrsg. von F. V. Joannes), wie sie zitiert wird von *Pietro Piovani*: Ragioni e limiti del situazionismo etico, in: L'etica della situazione (Esperienze, Band 24), Napoli: Guida, 1974, hrsg. von Pietro Piovani, Seiten 519ff., 521: "L'etica della situazione è una interpretazione filosofica e teologica della morale nella quale viene accentuata l'idea fondamentale che il contenuto di ciò che è bene o male sotto l'aspetto morale non può trovare la sua ultima e reale definizione in norme generali e astratte, le quali valgono senza eccezioni per tutti gli uomini e per tutte le situazioni. La reale definizione del contenuto morale può essere trovata – ritiene l'etica della situazione – precisamente nella situazione pratica con la quale la persona si trova messa a confronto in un rapporto esistenziale. [...] La situazione è come la risultanza concreta di tutti i fattori spaziali e temporali nei quali la libertà personale dell'uomo si trova impegnata".
- 173 Siehe dazu die wissenschaftshistorische Darstellung der sozialwissenschaftlichen Verwendungen des Begriffs der Institution bei *H. Dubiel*: Artikel "Institution", in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, hrsg. von Joachim Ritter und Karlfried Gründer, Basel/ Stuttgart: Schwabe, 1976, Band 4, Spalten 418ff., Ziffer 5, Spalten 420ff.
- 174 Existenzialphilosophisch hat dies für das Individuum/ die Person besonders herausgestellt *Maurice Blondel*: L'Être et les Êtres – Essai d'ontologie concrète et intégrale (Bibliothèque de philosophie contemporaine), Paris: Félix Alcan, 1935, insbesondere Seiten 237ff., 240: "La normative n'est donc pas uniquement une logique idéale, elle est une réalité ontologique"; die Wirklichkeit der Existenz der Norm entspringt hier einer Art moralischen Realismus. –
Für die ontologische Begründung des Rechts siehe *René Marcic*: Rechtsphilosophie – Eine Einführung (Rombach Hochschul Paperback, Band 9), Freiburg im Breisgau: Rombach, 1969; *dens.*: Geschichte der Rechtsphilosophie – Schwerpunkte, Kontrapunkte (Rombach Hochschul-Paperback, Band 22), Freiburg im Breisgau: Rombach, 1971; und *dens.*: Rechtswirksam-

- keit und Rechtsbegründung – Versuch einer Antwort auf die Sinnfrage des Rechts im Zusammenhang mit der Geltungsfrage, in: Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, hrsg. von Adolf J. Merkl u.a., Wien: Franz Deuticke, 1971, Seiten 85ff.; sowie die Beiträge bei *Arthur Kaufmann*: Die ontologische Begründung des Rechts (Wege der Forschung, Band 22), Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965.
- 175 *Talcott Parsons*: Aktor, Situation und normative Muster – Ein Essay zur Theorie sozialen Handelns (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Band 1114), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, Seiten 232f. –
Vgl. dazu *Alberto Marinelli*: Struttura dell'ordine e funzione del diritto – Saggio su Parsons (Sociologia del diritto, Collana diretta da Renato Treves, Band 14), Milano: Franco Angeli, 1988, besonders Seiten 135ff.
- 176 Dazu weiterführend die Essays von *Talcott Parsons*: Politics and Social Structure, New York/London: The Free Press/ Collier-Macmillan, 1969, insbesondere Seiten 1ff. und 311ff. –
Einführend die Darstellung bei *Uta Gerhardt*: Talcott Parsons – An Intellectual Biography, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- 177 Siehe *M. A. Toscano*: Evoluzione e crisi del mondo normativo – Durkheim e Weber, Bari: Laterza, 1975.
- 178 *Niklas Luhmann*: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993; und *ders.*: Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Band 1418), Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999. –
Unter den Kommentaren zur Rechtssoziologie Luhmanns siehe insbesondere *Alberto Febbrajo*: Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann, Milano: A. Giuffrè, 1975; *Pilar Alcover Giménez*: El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, Barcelona: Bosch, 1993; und *Bruno Romano*: Filosofia e diritto dopo Luhmann, Roma: Bulzoni, 1996.
- 179 Vgl. etwa *Niklas Luhmann*: Grundrechte als Institution (Schriften für Öffentliches Recht, Band 24), Berlin: Duncker & Humblot, 1965; und *dens.*: Zweckbegriff und Systemrationalität – Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1968.
- 180 *Niklas Luhmann*: Institutionalisierungsfunktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft, in: Zur Theorie der Institution (Interdisziplinäre Studien, Band 1), hrsg. von Helmuth Schelsky, Düsseldorf: Bertelsmann Universitätsverlag, 1970, Seiten 27ff., mit meinen Hervorhebungen.
- 181 Dasselbst, Seite 36.
- 182 Vgl. die Diskussionsansätze bei *Niklas Luhmann*: Die Unterscheidung von "Staat und Gesellschaft", in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Stuttgart: Franz Steiner), Supplementband 5 (1988).
- 183 *E. E. Lau*: Interaktion und Institution – Zur Theorie der Institution und der Institutionalisierung aus der Perspektive einer verstehend-interaktionistischen Soziologie, Berlin 1978.
- 184 *Hansmartin Kubr*: Artikel "Institution", in: Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, hrsg. von Hans Jörg Sandkühler, Hamburg: Felix Meiner, 1990, Band 2, Seiten 684ff.
- 185 *Arnold Gehlen*: Urmensch und Spätkultur, Wiesbaden, 5. Auflage 1986, Seite 9: "Der Stoff, aus dem Institutionen sich erheben, sind [...] die ineinander verschränkten, regulierten, obligatorisch gewordenen wirklichen Handlungen selbst. Unter diesen Hinsichten ist also das vorlie-

- gende Buch eine Philosophie der Institutionen – einschliesslich der Frage ihrer Ursprünge und Primärformeln". –
- Vgl. dazu *Friedrich Jonas*: Die Institutionenlehre Arnold Gehlens, 1966.
- ¹⁸⁶ Vgl. dazu die Beiträge bei *Helmut Schelsky* (Hrsg.): Zur Theorie der Institution (Interdisziplinäre Studien, Band 1), Düsseldorf: Bertelsmann Universitätsverlag, 1970, besonders das Vorwort des Herausgebers, Seiten 7f., sowie den Beitrag *dens.*: Zur soziologischen Theorie der Institutionen, Seiten 9ff., 22. –
- Zu Schelskys Spielart der Institutionentheorie vgl. *Werner Krawietz*: Begründung des Rechts, Anthropologisch betrachtet – Zur Institutionentheorie von Weinberger und Schelsky, in: Theorie der Normen, Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, 1984; und *dens.*: Rechtssystem als Institution? Über die Grundlagen von Helmut Schelskys sinnkritischer Institutionentheorie, in: Recht als Sinn und Institution (Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Recht, Beiheft 6), hrsg. von Dorothea Mayer-Maly u.a., Berlin: Duncker & Humblot, 1984.
- ¹⁸⁷ Dasselbst, Seite 26.
- ¹⁸⁸ Siehe die Beiträge von *Heinhard Steiger*: Institutionalisierung der Freiheit? Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Bereich der Grundrechte; *Rolf-Peter Callies*: Eigentum als Institution – Aspekte zur Theorie der Institution; und *Ernst Wolf*: Kritik der institutionellen Rechtsauffassung, alle in: Zur Theorie der Institution (Interdisziplinäre Studien, Band 1), hrsg. von Helmut Schelsky, Düsseldorf: Bertelsmann Universitätsverlag, 1970, Seiten 91ff., 119ff. und 77ff.
- ¹⁸⁹ *Julius Stone*: Die Abhängigkeit des Rechts – Die Institutionenlehre, in: Institution und Recht (Wege der Forschung, Band 172), hrsg. von Roman Schnur, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, Seiten 312ff., 313 (diese Fassung erstmals in: Social Dimensions of Law and Justice, London: Stevens and Sons, 1966, Seiten 516ff.). –
- Siehe auch die erste Fassung der eingehenden Auseinandersetzung mit den Institutionentheorien von *Maurice Hauriou* und *Santi Romano* bei *Julius Stone*: Two Theories of "The Institution", in: Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound, hrsg. von Ralph A. Newman, Indianapolis/ New York: Bobbs-Merrill, 1962, Seiten 296ff. (abgesehen von kleinen Passagen enthält die erste Fassung ein später weggefallenes Postscriptum, überschrieben mit: "Some Influences and Parallels of Romano's Theory", Seiten 336ff.; hinzugefügt und ins Deutsche übersetzt worden sind die Einleitung, betitelt mit: "Die Rechtsordnung nach der Institutionenlehre", Paragraph 1, Seiten 312ff., ein Abschnitt zur "Beziehung der Theorie der Institution zu der Auffassung, dass die Rechtsverhältnisse nur Ausdruck der Individualwillen unter der Herrschaft von diese regelnden Normen sind", Paragraph 5, Seiten 326ff., sowie ein Schlussabschnitt zum "Beitrag der positivistischen Institutionenlehre", Paragraph 15, Seiten 360ff.); und im methodologischen Kontext *dens.*: Legal System and Lawyers' Reasonings, Sydney: Maitland, 2. Auflage 1968, Anmerkung 87 zu Seite 182 (zur "Wiederentdeckung" des institutionellen Ansatzes durch *Alf Ross* im Jahr 1958) und Seite 189 (zur Theorie der Rechtsordnung von *Santi Romano*).
- ¹⁹⁰ Dasselbst, Seite 330; unter Absage an die Lehre der hinter dem positiven Recht stehenden Einheit der sozialen Persönlichkeit und an diejenige der Verdoppelung der sanktionierten Rechtsnorm durch eine dahinterliegende weitere Sanktionsnorm.
- ¹⁹¹ Dasselbst, Seite 362; hinzugefügt wird, Seite 363, dass, "soweit Romanos These alle Institutionen und nicht nur den Staat umfasst, sie weit über die Lehre Hans Kelsens hinausgeht, die den

Staat und die 'Rechtsordnung' miteinander identifiziert". Und weiter, Seite 367, unter Hinweis auf die Ablehnung der Ordnungslehre *Santi Romanos* durch *Giorgio Del Vecchio*: "Vom Standpunkt der Vertreter der Institutionenlehre ist der Gebrauch der Begriffe 'Recht' und 'Rechtsordnung' durch die Juristen in einer Variante der Bedeutung, die sie bei John Austin oder Hans Kelsen haben, zu eng und unergiebig; ausserdem würden sie falsch angewendet. Aus der Sicht der Juristen ist die Verwendung dieser Begriff durch die Institutionenlehre eine Quelle endloser Verwirrung und Missverständnisse in Fragen, deren Bedeutung für das Juristenrecht oft recht problematisch ist".

- ¹⁹² *Julius Stone*: Two Theories of "The Institution", in: *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, hrsg. von Ralph A. Newman, Indianapolis/ New York: Bobbs-Merrill, 1962, Seiten 296ff., 301f.
- ¹⁹³ Dasselbst, Seite 316, mit meiner Hervorhebung.
- ¹⁹⁴ *Ivor Jennings*: Die Theorie der Institution, in: *Institution und Recht (Wege der Forschung, Band 572)*, hrsg. von Roman Schnur, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, Seiten 99ff. (erstmalig in: *Modern Theories of Law*, London: Oxford University Press, 1933, Seiten 68ff.).
- ¹⁹⁵ Dasselbst, Seite 116.
- ¹⁹⁶ *Georges Renard*: La théorie de l'institution – Essai d'ontologie juridique (Band 1: Partie juridique), Paris: Recueil Sirey, 1930; und *ders.*: L'institution – Fondement d'une renovation de l'ordre social, Paris 1933.
- ¹⁹⁷ *Georges Renard*: Le Droit, l'Ordre et la Raison – Conférence d'introduction philosophique à l'étude du droit, Paris: Recueil Sirey, 1927, Seite 182.
- ¹⁹⁸ *Harold J. Laski*: Studies in the Problem of Sovereignty, London: Oxford University Press, 1917; *ders.*: The Foundation of Sovereignty, London: George Allen & Unwin, 1921; *ders.*: The Theory of Popular Sovereignty, in: *The Foundation of Sovereignty*, London: George Allen & Unwin, 1921, Seiten 209ff.; *ders.*: Authority in the Modern State, Yale University Press, 1919; und *ders.*: Das Recht und der Staat, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht (Wien/ Berlin: Julius Springer)*, hrsg. von Hans Kelsen, Band 10 (1931), Seiten 7ff. –
Vgl. dazu *meine* Dissertation: Souveränität in Frage gestellt – Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich, Baden-Baden: Nomos, 1995, Seiten 68ff.
- ¹⁹⁹ *Widar Cesarini Sforza* (Hrsg.): Maurice Hauriou – Teoria dell'istituzioni e della fondazione (Civiltà del diritto, Band 16), mit einer Einführung von Alessandro Baratta, Milano: A. Giuffrè, 1967.
- ²⁰⁰ *Joaquín Ruiz Jiménez*: La concepción institucional del derecho, Madrid 1944; vgl. auch *dens.*: Derecho y vida humana, Madrid 1944; und *dens.*: Introducción a la filosofía jurídica, Madrid 1960.
- ²⁰¹ *José Ortega y Gasset*: Geschichte als System (Historia como sistema y del imperio romano), Stuttgart: Deutsche Verlagsanstalt, 2., neu übersetzte Auflage 1952 (Madrid: Revista de Occidente, 1942); *ders.*: Das Wesen geschichtlicher Krisen (Esquema de las crisis y otros ensayos), Stuttgart: Deutsche Verlagsanstalt, 2., neu übersetzte Auflage 1951 (Madrid: Revista de Occidente, 1942); *ders.*: Buch des Betrachters (El espectador), Stuttgart/ Berlin: Deutsche Verlagsanstalt, 1934 (Madrid: Revista de Occidente, 1934); *ders.*: Der Mensch und die Leute – Nachlasswerk (El hombre y la gente), Stuttgart: Deutsche Verlagsanstalt, 1957 (Madrid: Revista de Occi-

dente, 1957); und *ders.*: Der Aufstand der Massen (La rebelión de las masas), Stuttgart/ Berlin: Deutsche Verlagsanstalt, 1933 (Madrid: Revista de Occidente, 1930). –

Dazu *Luciano Pellicani*: La sociologia storica di Ortega y Gasset (Argomenti, Band 114), Milano: Sugar Edizioni, 1987.

²⁰² *Luis Legaz y Lacambra*: Rechtsphilosophie (Filosofía del Derecho), Neuwied/ Berlin: Luchterhand, 1965 (Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1961), Seite 48; vgl. aber auch die Charakterisierung des Rechts als in mancher Hinsicht paradox, Seiten 64ff.; zur den Institutionentheorien insbesondere Seiten 155ff.

²⁰³ Dasselbst, Seite 50. –

Vgl. die Charakterisierung der rationalistischen und der "egologischen" Rechtsauffassung, Seite 49: "Eine [rationalistische] Haltung kann man so beschreiben : Das Zeichen einer Rechtserfahrung sind die Worte des Gesetzes, der Brauch oder die Sitte, undsoweiter; die Bedeutung, der Sinn des Zeichens, ist das, was die Worte des Gesetzes bedeuten; der in der Bedeutung gemeinte Gegenstand ist die Norm; die wahrnehmbare Anschauung ist in diesem Fall nicht möglich, weil die Norm ein idealer Gegenstand ist. / Folglich sind für diese Auffassung die Rechtsnormen der Gegenstand der Rechtswissenschaft, insofern sie immaterielle, ideale, zeitliche Gegenstände sind. [...] / Mit dieser Auffassung verglichen, nimmt die 'egologische' Lehre eine grundverschiedene Haltung ein : Für sie sind das Zeichen der Rechtserfahrung die Worte des Gesetzes, die Sitte, der Brauch, undsoweiter; die Bedeutung, der Sinn des Zeichens ist die Rechtsnorm; der in der Norm gemeinte Gegenstand ist das Handeln des Menschen; die Anschauung dieses Gegenstands ist möglich, weil das Handeln des Menschen ein realer, der Existenz angehöriger, in der Zeit vorhandener Gegenstand ist. / Für diese Auffassung ist folglich der Gegenstand der Rechtswissenschaft nicht der Komplex der Rechtsnormen, sondern das Handeln des Menschen; mehr noch : insofern das Recht Gegenstand der Rechtswissenschaft ist, besteht es nicht in den Normen, sondern im Handeln; die Normen sind nur das begriffliche Instrument der Rechtserkenntnis".

²⁰⁴ *Luis Legaz y Lacambra*, daselbst, Seiten 181f., schreibt die in kritischer Auseinandersetzung mit der Reinen Rechtslehre *Hans Kelsens* erarbeitete egologische Position dem argentinischen Rechtsphilosophen *Carlos Cossio* zu; vgl. die in der Anmerkung angeführte Sekundärliteratur und *Carlos Cossio*: La normatividad según el análisis de la conductas jurídica, 1937; *dens.*: El substrato de los métodos interpretativos, 1940; *dens.*: La valoración jurídica y la ciencia del derecho, 1941 (2. Auflage 1954); *dens.*: Derecho objetivo y subjetivo, Filosofía del derecho, Estimativa jurídica, 1942; *dens.*: Norma, derecho y Filosofía, 1946; *dens.*: Panorama de la teoría egológica del derecho, 1949 (in italienischer Übersetzung in: Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti, Padova: CEDAM, 1950, Band 1); *dens.*: Teoría egológica y teoría pura – Balance provisional de una visita de Kelsen a la Argentina, 1949; *dens.*: Ciencia del derecho y sociología jurídica, 1950; und *dens.*: La norme et l'impératif chez Husserl – Notes analytiques pour en faire l'étude, in: Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Paris: Dalloz & Sirey, 1961, Band 1. –

Legaz y Lacambra, daselbst, Seiten 185f., kritisiert die egologische Rechtsauffassung *Carlos Cossios* wie folgt : "Die Lehre vom 'existentiellen' Sinn des Rechts ist Zeichen einer sicheren und unbedingt fruchtbaren Denkart, aber die Egologie scheint nicht die zum Leben gehörenden Dimensionen der Normen zu sehen, sondern nur die begriffliche Wirklichkeit der normativen Sätze als Denken des eigenen Handelns, deren normativer Charakter sich in diesem 'Sich-Normativ-Denken-Müssen' erschöpft. Zum anderen macht diese Lehre nicht die notwendige Unterscheidung zwischen persönlichem Leben und Leben in der Gesellschaft und jedes

menschliche Handeln ist für die Egologie Rechtshandlung. Es zeichnet aber das Recht aus, dass es Norm des Gesellschaftslebens ist, und das besagt schon seine für das Leben wichtige normative Substanz".

- 205 Vgl. daselbst, Seiten 84 (mit meinen Hervorhebungen): "Das Recht entsteht im Leben und hat eine Funktion im Leben und in der Praxis; und die Rechtswissenschaft entsteht gleichermaßen im Leben, ist eine Funktion der Lebensvernunft, und ihre Aufgabe ist es, dem Recht bei seiner Aufgabe zu dienen : nämlich das Reich der Gerechtigkeit durch eine gerechte Lösung jedes Falls [*sic!*] möglich zu machen".
- 206 *Mario Galizia*. *Scienza giuridica e diritto costituzionale*. Milano: A. Giuffrè, 1954, Seiten 15ff. zur "*crisi della moderna scienza del diritto*" *Maurice-Jean-Claude-Eugène Hauriou* und *Santi Romano*.
- 207 *Alf Niels Christian Ross*: Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis – Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft, Kopenhagen-Leipzig: Levin & Munksgaard und Felix Meiner, 1933; *ders.*: Theorie der Rechtsquellen – Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen (Wiener Staats- und Rechtswissenschaftliche Studien, Band 13), Leipzig/ Wien: Franz Deuticke, 1929 (Nachdruck Aalen: Scientia, 1989); *ders.*: Towards a Relativistic Jurisprudence – A Criticism of the Dualism in Law, Aalen: Scientia, 1989 (Nachdruck der Ausgabe Copenhagen 1946); und *ders.*: On Law and Justice, Berkeley/ Los Angeles: University of California Press, 1959; *ders.*: Lehrbuch des Völkerrechts (Göttinger Studien zum Völkerrecht und internationalen Privatrecht, Band 3), Stuttgart/ Köln 1951; *ders.*: A Natural Right Basis for Substantive Due Process of Law, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Wiesbaden: Franz Steiner), Supplementband 1, Teil 3, Seiten 647ff.; *ders.*: *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna: Il Mulino, 1982.
- 208 *Stig Jørgensen*. *Pluralis Juris – Towards a Relativistic Theory of Law* (Acta Jutlandica, Social Sciences, Band 46 (1982), Nummer 14, Århus 1982 (auch in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie [Stuttgart: Franz Steiner], Beiheft Neue Folge 20 [1984], Seiten 13ff.); *ders.*: *Law and Society* (Ret og samfund), Akademisk Boghandel, 1973 (København: Berlingske Leksikon Bibliotek, 1970; in deutscher Übersetzung: *Recht und Gesellschaft*, mit einem Vorwort von Franz Wieacker, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1970); *ders.*: On Meaning, Opinion, and Argumentation, in: *Reasoning on Legal Reasoning* (The Society of Finnish Lawyers, Publications Group D, Nummer 6), hrsg. von Aleksander Peczenik und Jyrki Uusitalo, Vammala: Vammalan Kirjapaino Oy, 1979, Seiten 87ff.; *ders.*: *Scandinavian Legal Philosophy*, in: *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts* (Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Beiheft 9), hrsg. von Eugene Kamenka, Robert S. Summers und William L. Twining, Berlin: Duncker & Humblot, 1986; und *ders.*: *Motive and Justification in Legal Decision-Making*, in: *Reason in Law*, Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984 (Seminario Giuridico dell'Università di Bologna, Miscellanea, Band 6; Legal Philosophical Library, An International Series on Philosophy and Theory of Law, hrsg. von Carla Faralli und Enrico Pattaro), Milano: A. Giuffrè, 1987, Band 1, Seiten 335ff..
- 209 *Anders Vilhelm Lundstedt*: *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Berlin/ Leipzig: Verlag für Staatswissenschaften und Geschichte, 1932/ 1936, insbesondere Band 1: *Die falschen Vorstellungen von objektivem Recht und subjektiven Rechten*; siehe auch *dens.*: *Superstition or Rationality in Action for Peace? Arguments Against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice – A Criticism of Jurisprudence*, London 1925; und *dens.*: *Legal Thinking Revised – My Views on Law*, Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956.

- 210 *Axel Hägerström*: *Inquiries into the Nature of Law and Morals* (*Acta Societatis Litterarum Humaniorum Regiae Upsaliensis*, Band 40), hrsg. von Karl Olivecrona, Stockholm/ Wiesbaden: Almqvist & Wiksell/ Otto Harrassowitz, 1953; *ders.*: *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung* (*Skrifter utgifna av K. Humanistiske Vetenskaps-Samfundet i Uppsala*, Band 23), Uppsala/ Leipzig 1927; und *ders.*: *Recht, Pflicht und bindende Kraft des Vertrages nach römischer und naturrechtlicher Anschauung*, hrsg. von Karl Olivecrona, Wiesbaden: Otto Harrassowitz, 1965.
- 211 *Karl Olivecrona*: *Gesetz und Staat* (*Om lagen och staten; Law as Fact*), Kopenhagen: Ejnar Munksgaard, 1940 (Köpenhamm/ Lund 1940); *ders.*: *Der Imperativ des Gesetzes*, Kopenhagen: Ejnar Munksgaard, 1942; *ders.*: *Legal Language and Reality*, in: *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, hrsg. von Ralph A. Newman, Indianapolis/ New York: Bobbs-Merrill, 1962, Seiten 151ff.; *ders.*: *Das Meinige nach der Naturrechtslehre*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Wiesbaden: Franz Steiner), Band 59 (1973), Seiten 197ff.; *ders.*: *The Term "Property" in Locke's "Two Treatises of Government"*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Wiesbaden: Franz Steiner), Band 61 (1975), Seiten 109ff.; *ders.*: *Die zwei Schichten im naturrechtlichen Denken*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Wiesbaden: Franz Steiner), Band 63 (1977), Seiten 79ff.; und *ders.*: *The Concept of a Right According to Grotius and Pufendorf*, in: *Rechtsfindung – Beiträge zur juristischen Methodenlehre, Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag*, Bern: Stämpfli & Cie, 1969.
- 212 Vgl. dazu *meine* Abhandlung über den skandinavischen Rechtsrealismus und dessen pragmatischen Einschlag.
- 213 *Csaba Varga*: *Institutions as Systems – An Essay on the Closed Nature, Open Vistas of Development, as well as the Transparency of the Institutions and Their Conceptual Representations* (1988), in: *Law and Philosophy – Selected Papers in Legal Theory* (*Philosophiae Iuris; Publications of the Project on Comparative Legal Cultures of the Faculty of Law of Loránd Eötvös University in Budapest*), Budapest: Akaprint, 1994, Seiten 413ff. (erstmalig in: *Finnish and Hungarian Papers on Legal Theory*, hrsg. von Aulis Aarnio und Csaba Varga, Berlin: Duncker & Humblot, 1992); vgl. auch *dens.*: *Macrosociological Theories of Law – From the "Lawyer's World Concept" to a Social Science Conception of Law*, in: *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts* (*Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Beiheft 9*), hrsg. von Eugene Kamenka, Robert S. Summers und William L. Twining, Berlin: Duncker & Humblot, 1986.
- 214 *D. Neill MacCormick / Ota Weinberger*: *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus* (*Schriften zur Rechtstheorie*, Band 113; *An Institutional Theory of Law – New Approaches to Legal Positivism* [Law and Philosophy Library]), Berlin: Duncker & Humblot, 1985 (Dordrecht: D. Reidel, 1986). –
Siehe dazu die Beiträge in *Peter Koller / Werner Krawietz / Peter Strasser* (Hrsg.): *Institution und Recht – Grazer Internationales Symposium zu Ehren von Ota Weinberger* (*Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Beiheft 14*), Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- 215 *Ota Weinberger*: *Grundlagenprobleme des Institutionalistischen Rechtspositivismus und der Gerechtigkeitstheorie*, in: *Institution und Recht – Grazer Internationales Symposium zu Ehren von Ota Weinberger* (*Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Beiheft 14*), hrsg. von Peter Koller, Werner Krawietz und Peter Strasser, Berlin: Duncker & Humblot, 1994, Seiten 171ff., 215.

- 216 Dasselbst, Seiten 226f., mit meinen Hervorhebungen.
- 217 Siehe die Ausführungen daselbst, Seiten 246ff. ("Der Beitrag des normativistischen Institutionalismus zur juristischen Methodenlehre").
- 218 *Werner Krawietz*: Recht, Institution und Politik im Lichte der Institutionentheorie – Hommage à Ota Weinberger, in: Institution und Recht – Grazer Internationales Symposium zu Ehren von Ota Weinberger (Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Beiheft 14), hrsg. von Peter Koller, Werner Krawietz und Peter Strasser, Berlin: Duncker & Humblot, 1994, Seiten 5ff., 9.
- 219 Dasselbst, Seite 10.
- 220 *D. Neill MacCormick*: Legal Reasoning and the Institutional Theory of Law, in: Institution und Recht – Grazer Internationales Symposium zu Ehren von Ota Weinberger (Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Beiheft 14), hrsg. von Peter Koller, Werner Krawietz und Peter Strasser, Berlin: Duncker & Humblot, 1994, Seiten 117ff., 119ff. und 123ff.
- 221 Dasselbst, Seite 139 ("Conclusion").
- 222 Es ist darauf hinzuweisen, dass Relativismus heute nicht unbedingt mehr auf kulturell-ethnischer Grundlage basiert, sondern sich auch infolge der Ausbildung von "Gemeinden" (*communities*) Gleichgesinnter mit gemeinsamer selbsterklärter Gruppen-Identität manifestiert.
- 223 *Eduard May*: Am Abgrund des Relativismus, Berlin: Georg Lüttke, 1941, Seite 223.
- 224 *Harold J. Laski*: Studies in the Problems of Sovereignty, New Haven: Yale University Press, 1917 (Nachdruck Clark: The Lawbook Exchange, 2003), Vorwort, Seite IX.
- 225 Siehe daselbst, Seite 4.
- 226 Dasselbst, Seiten 12 und 13.
- 227 *Harold J. Laski*: The Foundations of Sovereignty and Other Essays, New York: Harcourt, Brace and Company, 1921 (Nachdruck Clark: The Lawbook Exchange, 2003), Seiten 12 und 13.
- 228 Dasselbst, Seite 29.
- 229 Siehe *Harold J. Laski*: Studies in the Problem of Sovereignty, am angegebenen Ort, Seite 7 und insbesondere Seite 2 : "Is there not a tremendous danger in modern times that people will believe the legal sovereignty of a State to be identical with its moral sovereignty?" – Weiter *dens.*: The Theory of Popular Sovereignty, in: The Foundations of Sovereignty, am angegebenen Ort, Seiten 209ff., 231 : "Nothing is easier than to pass from legal right to moral right, but nothing, at the same time, is more fatal".
- 230 *Harold J. Laski*: Studies in the Problem of Sovereignty, am angegebenen Ort, Seite 6.
- 231 *Harold J. Laski*: The Theory of Popular Sovereignty, am angegebenen Ort, Seite 210.
- 232 Siehe daselbst, Seiten 217ff.
- 233 *Bernard Bosanquet*: The Philosophical Theory of the State, London: Macmillan, 1920, Seite 261.
- 234 *Harold J. Laski*: The Sovereignty of the State, in: Studies in the Theory of Sovereignty, am angegebenen Ort (in deutscher Übersetzung in: Volkssouveränität und Staatssouveränität, hrsg. von Hanns Kurz [Wege der Forschung, Band 28], Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1970, Seiten 90ff.), Seiten 1ff., 25.

- 235 Dasselbst, Seite 14.
- 236 Dasselbst, Seite 231.
- 237 Dasselbst, Seite 12.
- 238 Siehe daselbst, Seite 16.
- 239 Vgl. daselbst, Seite 21.
- 240 Dasselbst, Seite 17.
- 241 Siehe daselbst, Seite 18: "Our rights are teleological. They have to prove themselves".
- 242 Siehe daselbst, Seite 23.
- 243 Siehe *Harold J. Laski*: A Note on Sovereignty and Federalism, in: Studies in the Problem of Sovereignty, am angegebenen Ort, Seiten 267ff.
- 244 *Harold J. Laski*: Sovereignty and Centralisation, in: Studies in the Problem of Sovereignty, am angegebenen Ort, Seite 277.
- 245 Siehe *Harold J. Laski*: Authority in the Modern State, New Haven: Yale University Press, 1919 (Nachdruck Clark: The Lawbook Exchange, 2003), Vorwort, Seite IX.
- 246 Dasselbst, Seite 42.
- 247 Dasselbst, Seite 43.
- 248 Dasselbst, Seite 53.
- 249 *Harold J. Laski*: Das Recht und der Staat, in: Zeitschrift für öffentlichen Rechts (Wien/ Berlin: Julius Springer), Band 10 (1931), Seiten 7ff., 3.
- 250 Dasselbst, Seite 6.
- 251 Dasselbst, Seite 8.
- 252 Dasselbst, Seite 17.
- 253 *Carl August Emge*: Über das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus (Habilitationsschrift Universität Giessen), Berlin/ Leipzig: Walther Rothschild, 1916, Seite 23. – Vgl. auch *Gustav Radbruch*: Der Relativismus in der Rechtsphilosophie (1934), in: Gesamtausgabe, hrsg. von Winfried Hassemer, Heidelberg: C. F. Müller, 1990, Band 3, Seiten 17ff.; sowie zum erkenntnistheoretischen Hintergrund der zeitgenössischen Debatten *Hans Reichenbach*: Der gegenwärtige Stand der Relativitätsdiskussion, in: Logos, Band 10 (1921), Nummer 3, Seiten 316ff. (enthalten in: Modern Philosophy of Science, 1959).
- 254 *Johannes Thyssen*: Der philosophische Relativismus – Bearbeitung der für das Jahr 1936 von der Preussischen Akademie der Wissenschaften gestellten Preisaufgabe: Die inneren Gründe des philosophischen Relativismus und die Möglichkeiten seiner Überwindung, Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1941 (2. Auflage 1947); sowie *ders.*: Grundlinien eines realistischen Systems der Philosophie, 2 Bände, Bonn: H. Bouvier, 1966/ 1970.
- 255 Dazu *Werner Goldschmidt*: 250 Jahre "Vom Geist der Gesetze", in: Dialektik, Enzyklopädische Zeitschrift für Philosophie und Wissenschaften (Hamburg: Felix Meiner), Jahrgang 1998, Heft 3, Seiten 157ff.
- 256 Siehe *Joseph Margolis*: The Truth About Relativism, Oxford: Oxford University Press, 1991; *Nicholas Rescher*: Pluralism – Against the Demand for Consensus, Oxford: Clarendon Press, 1995; und *J. Donald Moon*: Constructing Community – Moral Pluralism and Tragic Conflicts, Princeton: Princeton University Press, 1995.

- 257 *Winfried Brugger*: Radikaler und geläuterter Pluralismus, in: *Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte* (Berlin: Duncker & Humblot), Band 29 (1990), Seiten 497ff.
- 258 *John G. Gunnell*: Relativism – The Return of the Repressed, in: *Political Theory, An International Journal of Political Philosophy* (London: SAGE), Band 21 (1993), Nummer 4, Seiten 563ff.
- 259 *John Kekes*: *The Morality of Pluralism*, Princeton: Princeton University Press, 1996.
- 260 *Franz Lechner*: Ideologie und Wirklichkeit – Anmerkungen zur Pluralismuskussion in der Bundesrepublik, in: *Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte* (Berlin: Duncker & Humblot), Band 24 (1985), Seiten 91ff.
- 261 *Matthias Kettner*: Kulturrelativismus oder Kulturrelativität, in: *Dialektik, Enzyklopädische Zeitschrift für Philosophie und Wissenschaften* (Hamburg: Felix Meiner), Jahrgang 2000, Heft 2, Seiten 17ff.
- 262 *Panajotis Kondylis*: Universalismus, Relativismus und Toleranz in der westlichen Massendemokratie und in ihrem geistigen Leben, in: *Dialektik – Enzyklopädische Zeitschrift für Philosophie und Wissenschaften* (Hamburg: Felix Meiner), Jahrgang 1996, Nummer 3, Seiten 11ff.
- 263 Vgl. die Beiträge von *Jørgen Dalberg-Larsen*: *Legal Pluralism in a Historical Perspective*; und *Henrik Zable*: *Legal Polycentricity*, beide in: *Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Normentheorie und Soziologie des Rechts* (Berlin: Duncker & Humblot), Beiheft 17 (1997), Seiten 15ff., beziehungsweise 41ff.
- 264 Für eine beispielhafte Beschäftigung damit sei hingewiesen auf den Beitrag von *Hans Jörg Sandkühler*: *Rechtsstaat und Menschenrechte unter den Bedingungen des "faktischen Pluralismus"*, in: *Dialektik, Enzyklopädische Zeitschrift für Philosophie und Wissenschaften* (Hamburg: Felix Meiner), Jahrgang 1998, Heft 3, Seiten 67ff.
- 265 Für die Konsequenzen siehe *Peter Häberle*: *Die Verfassung des Pluralismus – Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein am Taunus: Athenäum, 1980.
- 266 Dass auch eine Ethik auf dem Triebband des Wertepluralismus durchaus ihre Grundlegung findet, ist seit *Thomas Hobbes* immer wieder mal erinnert worden, so etwa bei *Arnold Gehlen*: *Moral und Hypermoral – Eine pluralistische Ethik*, Frankfurt am Main/ Bonn 1969. – Systematisch siehe zuletzt *Bernward Gesang*: *Universalismus auf partikulärer Grundlage – Über die Reichweite von allgemeinen Kriterien des guten Handelns in relativistischen Ethiktheorien*, in: *Zeitschrift für philosophische Forschung* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann), Band 52 (1998), Heft 1, Seiten 64ff.; und *Georg Voruba*: *Gemeinschaft ohne Moral – Theorie und Empirie moralfreier Gemeinschaftskonstruktionen*, Wien: Passagen Verlag, 1994.
- 267 Siehe dazu *Hans Jörg Sandkühler*: *Wissenskulturen, Pluralismus und Recht*, in: *Dialektik, Zeitschrift für Kulturphilosophie* (Hamburg: Felix Meiner), Jahrgang 2002, Heft 2, Seiten 41ff.; weiterführend *dens.*: *Natur und Wissenskulturen – Sorbonne-Vorlesungen über Pluralismus und Epistemologie*, Stuttgart/ Weimar: Böhlau, 2002.
- 268 *Hermann Heller*: *Staatslehre*, hrsg. von Gerhart Niemeyer, Leiden: A. W. Sijthoff, 1934 (auch in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. von Christoph Müller, Tübingen: J. C. B. Mohr, 2. Auflage 1992, Band 3, Seiten 79ff.), Seiten 37ff., 48ff.
- 269 Daselbst, Seite 229.

- 270 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*: Kritik der Wertbegründung des Rechts – Überlegungen zu einem Kapitel "Rechtsphilosophie", in: *Oikeiosis*, Festschrift für Robert Spaemann, hrsg. von Reinhard Löw, Weinheim 1987.
- 271 *Martin Kriele*: Kriterien der Gerechtigkeit – Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus, Berlin: Duncker & Humblot, 1963.
- 272 *Hermann Heller*: Politische Demokratie und soziale Homogenität, in: *Gesammelte Schriften*, hrsg. von Christoph Müller, Tübingen: J. C. B. Mohr, 2. Auflage 1992, Band 2, Seiten 421ff. (erstmalig in: *Probleme der Demokratie* [Politische Wissenschaft, Schriftenreihe der Deutschen Hochschule für Politik in Berlin und des Instituts für auswärtige Politik in Hamburg, Heft 5], Berlin: Walther Rothschild, 1928, Seiten 35ff.), Seiten 423 und 425f. –
Dazu siehe *Eike Hennig*: Nationalismus, Sozialismus und die "Form des Lebens" – Hermann Hellers politische Hoffnung auf soziale Integration und staatliche Einheit, in: *Der soziale Rechtsstaat*, Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933, hrsg. von Christoph Müller und Ilse Staff, Baden-Baden: Nomos, 1984, Seiten 273ff.; und *Pasquale Pasquino*: Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus – Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel, daselbst, Seiten 367ff.; anders *Rüdiger Voigt*: Soziale Homogenität als Voraussetzung des demokratisch-sozialen Wohlfahrtsstaates – Eine vergessene Erkenntnis? Daselbst, Seiten 397ff.
- 273 *Burkhard Brörken*: Multikulturalismus als Demokratisierung – Zur Belanglosigkeit kultureller Differenzen in der offenen Republik, in: *Politische Studien*, Band 46 (1995), Heft 342, Seiten 9ff.
- 274 Vgl. *Ulrich Druwe-Mikusin*: Moralische Pluralität – Grundlegung einer Analytischen Ethik der Politik (*Acta Politia*, Band 1), Würzburg: Königshausen und Neumann, 1990; und *Christoph Gusy*: Legitimität im demokratischen Pluralismus, Stuttgart: Franz Steiner, 1987.
- 275 *Reinhard Hesse*: Die Einheit der Vernunft als Überlebensbedingung der pluralistischen Welt – Problemskizzen politischen Denkens und Handelns (Beiträge zur politischen Wissenschaft, Band 72; Habilitationsschrift Universität Rostock), Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- 276 *Axel Honneth*: Universalismus als moralische Falle? Bedingungen und Grenzen einer Politik der Menschenrechte, in: *Frieden durch Recht – Kants Friedensidee und das Problem einer neuen Weltordnung* (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Band 1269), hrsg. von Matthias Lutz-Bachmann und James Bohman, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, Seiten 272ff.
- 277 *Arnold Metzger*: Phänomenologie und Metaphysik – Das Problem des Relativismus und seiner Überwindung, Halle/ Saale: Max Niemeyer, 1933; *Johannes Thysen*: Der philosophische Relativismus – Bearbeitung der für das Jahr 1936 von der Preussischen Akademie der Wissenschaften gestellten Preisaufgabe: Die inneren Gründe des philosophischen Relativismus und die Möglichkeiten seiner Überwindung, Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1941; und *Klaus Peter Rippe*: Ethischer Relativismus – Seine Grenzen, seine Geltung, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 1993.
- 278 *Martin Kriele*: Kriterien der Gerechtigkeit – Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus (Dissertation Universität Münster), Berlin 1963; *Georg Mohr*: Der Begriff der Rechtskultur als Grundbegriff einer pluralistischen Rechtsphilosophie, in: *Dialektik*, Enzyklopädische Zeitschrift für Philosophie und Wissenschaften (Hamburg: Felix Meiner), Jahrgang 1997, Heft 1, Seiten 135ff.; *Stefan Smid*: Pluralismus und Zivilreligion – Überlegungen zur Diskussion um die Methoden der Integration des Staates, in: *Der Staat*, Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte (Berlin: Duncker & Humblot),

- Band 24 (1985), Seiten 3ff.; *Hans Jörg Sandkühler*: Das Recht und die pluralistische Demokratie – Naturrecht, Rechtspositivismus, Menschenrechte, in: *Dialektik – Enzyklopädische Zeitschrift für Philosophie und Wissenschaften* (Hamburg: Felix Meiner), Jahrgang 1996, Nummer 1, Seiten 119ff.; und *Antonio Zanfarino*: *Pluralismo sociale e idea di giustizia*, Milano: A. Giuffrè, 1967.
- 279 Vgl. *Panajotis Kondylis*: Universalismus, Relativismus und Toleranz in der westlichen Massendemokratie und in ihrem geistigen Leben, in: *Dialektik – Enzyklopädische Zeitschrift für Philosophie und Wissenschaften* (Hamburg: Felix Meiner), Jahrgang 1996, Nummer 3, Seiten 11ff.
- 280 Vgl. *Werner Goldschmidt*: Pluralistische Gesellschaft und partizipatorische Demokratie, in: *Dialektik – Enzyklopädische Zeitschrift für Philosophie und Wissenschaften* (Hamburg: Felix Meiner), Jahrgang 1996, Nummer 3, Seiten 135ff.
- 281 *Christoph Gusy*: *Legitimität im demokratischen Pluralismus*, Stuttgart: Franz Steiner, 1987.
- 282 *Theodor Schilling*: *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen* (Berliner Juristische Universitätschriften, Band 1; Habilitationsschrift Humboldt-Universität Berlin 1994), Baden-Baden: Nomos, 1994.
- 283 *Matthias Ruffert*: *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts – Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes* (Jus Publicum, Band 74), Tübingen: J. C. B. Mohr, 2001.
- 284 Siehe *Hermann Huba*: *Zur Verfassung der Theorie des Pluralismus*, in: *Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte* (Berlin: Duncker & Humblot), Band 33 (1994), Seiten 581ff.
- 285 *Riccardo Monaco*: *Solidarismus und Institutionentheorie in der Lehre vom Völkerrecht*, in: *Institution und Recht (Solidarismo e Teoria dell'Istituzione nella Dottrina di Diritto Internazionale)* (Wege der Forschung, Band 572), hrsg. von Roman Schnur, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, Seiten 1ff. (erstmalig in: *Archivio Giuridico*, Jahrgang 1932, Seiten 221ff.).
- 286 *Peter Sloderdijk*: *Im selben Boot – Versuch über die Hyperpolitik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993; und *Arnold Gehlen*: *Moral und Hypermoral – Eine pluralistische Ethik*, Wiesbaden: Athenaion, 4. Auflage 1981 (1. Auflage Frankfurt am Main/ Bonn 1969).
- 287 Siehe die (zwar unvollständige, aber informative) Bibliographie der Schriften Haurions von *Roman Schnur*, in: *Die Theorie der Institutionen und zwei andere Aufsätze* (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 5), Berlin: Duncker & Humblot, 1965, Seiten 111ff., diejenige der Sekundärliteratur Seiten 115ff. – Ein *André Haurion* gewidmetes Exemplar der deutschen Übersetzung findet sich unter der Signatur DH AF 39 in der Bibliothek der Faculté de Droit de l'Université de Toulouse, die in der Salle Maurice Garrigou untergebracht ist.
- 288 Erstmalig: *La théorie de l'institution et de la fondation – Essai de vitalisme social*, in: *La cité moderne et les transformations du droit* (Cahiers de la nouvelle journée, Nummer 4), Paris: Bloud & Gay, 1925, Seiten 1ff. – Bei den beiden ins Deutsche übertragenen und abgedruckten Aufsätzen handelt es sich um: *Sozialordnung, Gerechtigkeit und Recht* (*L'ordre social, la justice et le droit*), Seiten 67ff. (erstmalig in: *Revue trimestrielle de droit civil*, Band 26 [1927], Seiten 795ff.); und: *Macht, Ordnung, Freiheit und die Verirrungen der objektivistischen Systeme* (*Le pouvoir, l'ordre, la*

liberté et les erreurs des systèmes objectivistes), Seiten 86ff. (erstmalig in: *Revue de métaphysique et de morale*, Band 15 [1928], Seiten 193ff.). –

Vgl. auch den Sammelband mit italienischen Übersetzungen, *Maurice Hauriou*: Teoria dell'istituzione e della fondazione (Civiltà del diritto, Band 16), hrsg. von Widar Cesarini Sforza, mit einer Einführung von Alessandro Baratta, Milano: A. Giuffrè, 1967, enthaltend: Teoria della istituzione e della fondazione, Seiten 3ff.; L'imprevisione nei rapporti contrattuali delle istituzioni sociali, Seiten 47ff. (erstmalig in: *Revista de derecho privado*, 15. Januar 1926); Ordine sociale, giustizia e diritto (L'ordre social, la justice et le droit), Seiten 67ff. (erstmalig in: *Revue trimestrielle de droit civil*, Jahrgang 1927); Potere, ordine e libertà (Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes), Seiten 101ff. (erstmalig in: *Revue de métaphysique et de morale*, Jahrgang 1928); Politica giuridica e materia del diritto (A proposito del libro di Al Sanhoury su "Le limitazioni contrattuali alla libertà individuale di lavoro nella giurisprudenza inglese" [Paris 1925] e dei lavori dell'Istituto di diritto comparato di Lione), Seiten 119ff. (erstmalig in: *Revue trimestrielle du droit civil*, Jahrgang 1926); und: Il fondamento della personalità morale, Seiten 171ff. (erstmalig als Anhang in: *Leçons sur le mouvement social*, Paris 1899).

²⁸⁹ Darin enthalten: Le droit naturel et l'Allemagne (SA aus: Correspondant vom 25. September 1918), Seiten 13ff.; L'ordre social, la justice et le droit (SA aus: *Revue trimestrielle de droit civil*, Jahrgang 1927), Seiten 43ff.; Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes (SA aus: *Revue de Métaphysique et de Morale*, Jahrgang 1928), Seiten 72ff.; La théorie de l'institution et de la fondation – Essai de vitalisme social (erstmalig in: *Cahiers de la Nouvelle Journée*, Heft 4 [1925]), Seiten 87ff.; L'imprévision et les contrats dominés par des institutions sociales (SA aus: *Revista de Derecho Privado* vom 15. Januar 1926); Police juridique et fond du droit – A propos di livre d'Al Sanhoury, Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise et à propos des travaux de l'institut de droit comparé de Lyon (SA aus: *Revue trimestrielle de droit civil*, Jahrgang 1926), Seiten 147ff.; und: De la répétition des précédents judiciaires à la règle de droit coutumière (aus dem Nachlass), Seiten 195ff.

²⁹⁰ Besonders die Artikel: Autonomia, Seiten 14ff.; Decadenza, Seiten 46ff.; Diritto e morale, Seiten 64ff.; Poteri/ Potestà, Seiten 172ff.; Realtà giuridica, Seiten 204ff.; und: Rivoluzione e diritto, Seiten 220ff.

²⁹¹ Siehe die Bibliographie in: *Institution und Recht – Grazer Internationales Symposium zu Ehren von Ota Weinberger* (Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Beiheft 14), hrsg. von Peter Koller, Werner Krawietz und Peter Strasser, Berlin: Duncker & Humblot, 1994, Seiten 285ff.