

## KRITISCHE BEMERKUNGEN ZUM FUNKTIONSBEGRIFF

### Dargestellt am Problem «Moral und Recht»

Obwohl der Begriff der Funktion in der modernen Rechtssoziologie eine wichtige, um nicht zu sagen die zentrale Rolle spielt, verfügen wir heute noch nicht über eine einheitliche Bestimmung dieses Terminus. Thema dieses Kongresses soll nicht die Funktion, sondern die Funktionen —in der Mehrzahl— des Rechts sein. Ob damit schon eine wissenschaftliche oder philosophische Vorentscheidung getroffen ist, möchte ich hier dahingestellt lassen. Sicher ist aber, das wir es hier mit einem Terminus neuerer Prägung zu tun haben, dessen Bedeutung noch nicht genügend geklärt ist.

Mag auch der Terminus selbst neu sein — das, was mit ihm eigentlich gemeint ist, wurde unter wechselnden Bezeichnungen auch früher schon erkannt. So ist es sinnvoll, zu versuchen, anhand einiger geschichtlicher Hinweise den Inhalt dieses Begriffs für die Wissenschaft und Praxis zu klären und damit brauchbar zu machen.

1. Die Grundprobleme des Rechts und ihre begrifflich-systematische Entfaltung tauchen in immer neuen Gestalten und Namen auf. So sprach man etwa im Mittelalter nur vom Zweck des Rechts (*finis legis*) als solchem. In der idealistischen Rechtsphilosophie hat die sogenannte Rechtsidee eine grobe Rolle gespielt. Rudolf von Jhering betonte den «Zweck *im* Recht», was nicht mit dem Zweck *des* Rechts zu verwechseln ist. Roscoe Pound veröffentlichte 1944 ein Buch mit dem Titel «The Task of Law», spricht aber auch von dem «end of law». Heute im Zeitalter der Rechtssoziologie haben sich die Ausdrücke 'Funktion' oder 'Funktionen' des Rechts nahezu ausschließlich durchgesetzt. Nicht mehr Metaphysik sondern positive Wissenschaft, nicht mehr das finale sondern das kausale Denken, nicht Werturteile sondern feststellbare Tatsachen und mathematische Berechnbarkeit heißen die Parolen der Führenden Partei in der heutigen wissenschaftlichen Welt.

Selbstverständlich ist man sich selbst in dieser führenden Partei auch

in zentralen Fragen wie etwa der, ob man nur mit reinen Tatsachen operieren kann, keineswegs einig. Dennoch muß man zugeben, das hier ein gewaltiger Schritt vorwärts getan ist, und zwar gerade in ein Gebiet, das bisher weithin unerforscht war. üollte sich der traditionelle Rechtsphilosoph für die Ergebnisse dieser neuen Forschungsrichtung taub stellen, so würde er wirklichkeitsfremd; seine Werke könnten nur noch antiquarischen Wert haben. Wenn andererseits der Rechtssoziologe bewußt oder unbewußt die herkömmliche Rechtsphilosophie ignoriert, wird er für entscheidende Fragen blind oder er wird, wenn er sich aus seiner Blindheit zu befreien sucht, nur entdecken, was man schon tausend Jahre vor ihm gewußt hat.

2. Das Gesagte möchte ich anhand eines Beispiels veranschaulichen. Nicht wenige werden es heute als lächerlich empfinden, wenn man von einer moralisierenden Funktion des Rechts sprechen wollte. Bekanntlich hat Theodor Geiger schon längst aufzuweisen versucht, «das das Problem 'Recht und Moral' falsch gestellt und in seiner üblichen Konzeption ein bloßes Scheinproblem ist» (*Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, S. 293), weil «Gut und Schlecht völlig imaginäre Begriffe sind» (S. 299) und «die Moral ihre Bedeutung als soziale Lebensordnung verloren» (S. 326) hat.

Nicht jeder wird solchen radikalen Behauptungen zustimmen. Sicher ist jedoch, das es altmodisch erscheint, von einer moralisierenden Funktion des Rechts zu sprechen oder das Recht auch nur in irgendeine nähere Beziehung zur Moral zu setzen. Man spricht heute höchstens von «anthropologischen» oder «rationalisierenden» Funktionen des Rechts. Diese und ähnliche Bezeichnungen klingen modern, aber wenn man genauer analysiert was damit gemeint ist, so stößt man auf nicht wenige Elemente, die früher unter dem Titel «Moral» behandelt wurden. Die Zubereitung der Gerichte ändert sich jeweils, aber die Grundstoffe bleiben grundsätzlich dieselben.

Gewiß werden die Problem nie in völlig gleicher Gestalt wiederkehren. Es gibt ein Phänomen, das ich Problemverlagerung nennen möchte und das es kurz zu erklären gilt. Wenn aber mit jeder neuen Akzentuierung in der Problemsituation die Bezeichnungen vollständig geändert werden, so bleibt uns der innere Mechanismus der Veränderung verschlossen. Nur ein Beispiel sei hier gegeben.

Mit der Erklärung der Menschenrechte und ihrer Aufnahme in die modernen Verfassungen wurden eben die Rechte, nicht die Pflichten des Bürgers betont. Damit ist, wie man glaubt, eine Entmoralisierung des Rechts vollzogen. Doch übersieht man dabei, daß je mehr die Rechte des

Bürgers betont werden, desto mehr auch die *Pflichten* des Staates herausgehoben werden. In diesem Sinne bedeutet die Entmoralisierung des Bürgers zugleich die Moralisierung des Staatsapparates. Im Mittelalter war der Staat zu allem befugt, es sei denn daß ihm etwas ausdrücklich durch positives Recht untersagt war. Heute ist der Staat zu nichts berechtigt, es sei denn, daß es ihm ausdrücklich durch positives Recht gestattet ist. Wenn man daher das Recht im ganzen betrachtet, ist es fraglich, ob man heute im Unterschied zu früheren Zeiten von einer Entmoralisierung des Rechts sprechen kann.

Die alten Zeiten des «*laissez faire*» sind vorbei. Der liberale Slogan «The best government is the least government» hat seine Anziehungskraft verloren. Wird daher heute die soziale Sicherungsaufgabe des Staates betont, so fühlt man sich an den mittelalterlichen Begriff des *bonum commune* erinnert, der eine ausgesprochen ethische Färbung trug. Heute nach der angeblichen Scheidung von Recht und Moral sprechen wir von «allgemeinem Wohl», vom «Sozialstaat», «service State», usw. Nach art. 13 der japanischen Verfassung soll das Recht jedes Bürgers nicht nur auf Leben und Freiheit, sondern sogar auf «Verfolg seines Glücks» oberster Grundsatz der Gesetzgebung und Staatsführung sein. Dieser «Verfolg des Glücks» ist bekanntlich eine Nachbildung des amerikanischen «pursuit of happiness». So ist es im Rückblick auffällig, wie sehr sich unsere Staatssauffassung allmählich geändert hat. Der Staat erscheint nicht mehr als der Leviathan, den es durch Recht und Gesetz zu fesseln gilt, sondern eher wie eine Mutter, die durch Recht und Gesetz verpflichtet wird, für ihre Kinder zu sorgen («Fürsorgestaat»).

Damit scheint die scharfe Trennung von Recht und Sittlichkeit, wie sie etwa Christian Thomasius vorgenommen hat, nicht mehr gerechtfertigt zu sein. So lag schon nach Aristoteles die Daseinsberechtigung der Polis darin, nicht nur das Leben sondern das *gute* Leben —und zwar im ethischen Sinn— des Menschen zu ermöglichen. So beschreibt die Nikomachische Ethik, wie die Glückseligkeit das wahre Ziel des Menschen ist. Dieses Ziel aber konnte der Mensch nur in der Polis verwirklichen. Die moderne Auffassung scheint daher zum antiken Verständnis von Recht und Staat zurückzukehren. Wenn etwa Thomasius glaubte, auch die Politik vom Recht trennen zu können, so sind sich doch heute die kommunistische, demokratische, totalitäre und kapitalistische Auffassung darin einig, daß eine solche Trennung überhaupt nicht durchführbar ist. Rechtssoziologen haben die treffende Bemerkung gemacht, daß nach dem Zeitalter der Vertragstheorien eine Wendung oder Rückkehr zum alten Institutionsrecht zu verzeichnen ist. Ähnliches kann auch von dem alten Pro-

blem 'Recht und Sittlichkeit' gesagt werden: Nach vielen Versuchen, beide scharf zu trennen, beginnen wir wiederzuentdecken, daß Recht und Sittlichkeit für den konkreten, lebendigen Menschen da sind und daher nicht vollkommen geschieden werden können.

Zweifellos gibt es auf jeder Stufe der geschichtlichen Entwicklung etwas Einmaliges, etwas, was sich nie mehr gänzlich gleichförmig wiederholen wird. Das 'allgemeine Wohl' von heute ist nicht genau dasselbe wie das 'bonum commune' früherer Zeiten. Dabei ändern sich nicht nur die Worte, auch das Gemeinte selbst bleibt vom Wandel nicht unberührt. Dennoch hält sich im Wandel immer etwas Gemeinsames durch, wenn es um Grundprobleme des Menschen geht. Wenn wir heute das Wort «Moral» vermeiden, so bedeutet das nicht, daß die Moral tot sei oder daß die ethischen Überzeugungen der Bürger keine Funktion mehr haben. So sagt etwa Hans Welzel mit Bezug auf das Strafrecht, daß seine primäre Aufgabe nicht der aktuelle Rechtsgüterschutz sei, da bloßer Rechtsgüterschutz «nur eine negativ-vorbeugende, polizeilich-präventive Zielsetzung» hat. «Die tiefste Aufgabe des Strafrechts dagegen ist positiv-sozialethischer Natur» (*Das deutsche Strafrecht*, 10. Aufl., S. 2-3). Wenn ich Welzel recht verstehe, nimmt er hier «Funktion» und «Aufgabe» des Strafrechts im gleichen Sinn, denn die obige Behauptung steht unter dem Titel «Die sozialethische Funktion des Strafrechts». Will man jedoch zwischen «Aufgabe» (Ziel, finis) und «Funktion» unterscheiden, so könnte man wohl sagen, daß zwar nicht Moralisieren, wohl aber die Gewährleistung einer gerechten Ordnung die *Hauptaufgabe* des Strafrechts und des Rechts überhaupt ist. Die marxistischen Rechtsauffassungen gehen noch einen Schritt weiter und erheben die Moral, d. h. die marxistische Moral, zum Zweck des Rechts. Nach ihnen soll die Trennung von Recht und Moral ein Zeichen des Verfalls der kapitalistischen Gesellschaft sein.

Daß Moral und Recht nicht vollkommen geschieden werden können, scheint mir eine bewiesene Tatsache zu sein. Wie sich jedoch Recht und Moral genauer zu einander verhalten, wird gegenwärtig noch diskutiert. Wenn man nicht nur mit dem Begriff 'Funktion' sondern auch mit dem Begriff 'Zweck' arbeiten will, so ist zu fragen, ob die Moral als Zweck oder als Funktion des Rechts zu betrachten ist. Die Autoren des Mittelalters kannten das Wort 'Funktion' nicht; doch haben sie richtig gesehen, daß mit dem Begriff «Zweck» (finis) der Tatbestand nicht in jeder Hinsicht befriedigend geklärt werden kann. So spricht z. B. Francisco Suárez (1548-1617) nicht nur vom «finis» sondern auch vom «effectus legis» (Vgl. *De Legibus*, lib. I, cap. XIII-XV). Der «Zweck» des Gesetzes

its demnach das *bonum commune*, d. h. «die Untertanen gut zu machen» (*facere subditos bonos*). Anschließend bemerkt Suárez, daß der «*effectus*» (das Ergebnis, also die kausale Seite) des Gesetzes sich mit dem Zweck decken muß (*finis cum effectu coincidit*). Der «*effectus legis*» besteth darin, zunächst die Untertanen zu verpflichten (*cap. XIV*). Im folgenden Kapitel erläutert er das ausführlicher und zählt vier «*effectus legis*» —wir würden heute sagen: vier *Funktionen*— auf, nämlich gebieten, verbieten, erlauben und bestrafen.

Entsprechend der damaligen allgemeinen Auffassung betrachtet Suárez das *bonum commune* als den Zweck des Rechts. Dennoch bleibt bemerkenswert, daß er nicht nur mit dem Begriff «Zweck», sondern auch mit einem komplementären Begriff, nämlich dem des «*effectus*» arbeitet. Wenn im heutigen Rechtsdenken der Akzent auf dem Begriff «Funktion» liegt, so hat das wohl gute Gründe. Dennoch brauchen auch wir heute, wie von nicht wenigen Rechtssoziologen anerkannt wird, einen komplementären Begriff wie den des Zweckes, wenn wir nicht bei einer kurzsichtigen Auffassung des Rechts stehen bleiben wollen.

3. Die Rechtssoziologie besitzt heute noch keinen einheitlichen Funktionsbegriff. Es scheint sich allmählich die Auffassung durchzusetzen, daß dieser Begriff nicht in mathematischem oder gar biologischen Sinne zu verstehen ist. Ob auch der Gedanke des Zwecks oder eines bewußten Zweckhandelns in diesen Begriff einzuschließen ist, wird weiterhin diskutiert. Tatsachenforschung und exakte Wissenschaft sind die Maßgebenden Modelle der heutigen Rechtssoziologie. Andererseits wird eingeräumt, daß eine Bewertung notwendig zum Begriff der Funktion gehört. Der Traum der Wertaskese ist in der Rechtsphilosophie längst ausgeträumt, und es ist erfreulich, daß auch die Rechtssoziologen beginnen, zu dieser Einsicht vorzudringen. Dabei ist selbstverständlich mit der Anerkennung der Notwendigkeit einer Bewertung noch nichts über die Frage entschieden, welche Werte denn nun die richtigen seien.

Man gewinnt zunehmend den Eindruck, daß die Rechtssoziologie heute vor ähnlichen Problemen steht wie die Rechtsphilosophie vor fünfzig Jahren, und daß die Lösungen in ähnlicher Richtung gesucht werden wie damals. Man könnte sich viel Mühe sparen, wenn man etwas mehr von den Erfahrungen und Fehlern der Vorgänger lernen wollte. So kann etwa die kausale Handlungslehre die menschliche Handlung wohl nach einer Seite hin, aber keineswegs erschöpfend klären. Auch wenn die Ursachenforschung als eigentliches Ziel und «zentrale Aufgabe» der Rechtssoziologie angesetzt wird, stößt der Rechtssoziologe unausweichlich auf Fragen wie die der Legitimität und Geltung des Rechts. Hier kann eine

rein empirische und kausale Betrachtung keine befriedigende Antwort geben. Schon im vorigen Jahrhundert versuchte man beispielweise, die Rechtsgeltung durch die sogenannte individuelle oder generelle Anerkennung zu erklären. Ähnliche Versuchen finden sich auch heute in der Rechtssoziologie. Da die Rechtssoziologie vom horror vor dem Transempirischen beherrscht ist, wird die Legitimität nur aus psychologischen Gründen zu erweisen gesucht, oder sie wird sogar dadurch erklärt, «daß es gar nicht anders sein kann, als es ist» (Gerd Spittler, «Probleme bei der Durchsetzung sozialer Normen», in: *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, hrsg. von Lautmann, Maihofer und Schelsky, S. 214-215). Ob man mit dieser unleugbaren Wiederholung des Identitätsprinzips das sachliche Problem lösen kann, mag hier dahingestellt bleiben.

Comte meinte, daß das positive, naturwissenschaftliche Zeitalter das metaphysische ebenso ablösen werde, wie das metaphysische Zeitalter vorher das theologische verdrängt hatte. In Wirklichkeit sind jedoch auch neue Theologie und Metaphysik keineswegs tot. Theologie, Metaphysik und exakte Wissenschaft sind nicht so sehr zeitlich scharf trennbare Phasen als vielmehr konzentrische Kreise. Die Probleme werden also in verschiedenen Zeitaltern zwar von verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet, doch schließen sich diese Gesichtspunkte nicht notwendig gegenseitig aus. Ein ähnliches Phänomen ist im Bereich des Rechts zu beobachten. Einer der ersten Autoren in Deutschland, die den Namen 'Rechtsphilosophie' aufbrachten, war der Göttinger Rechtshistoriker Gustav Hugo (1764-1844). Was seither Rechtsphilosophie genannt wird, wurde zuvor unter dem Namen 'Naturrecht' behandelt. Dabei hat die Rechtsphilosophie das Naturrecht, oder genauer die Naturrechtslehre der alten Zeiten so vollständig ersetzt, daß die Naturrechtslehre heute vielen Juristen nichts als ein Aberglaube zu sein scheint. Ähnlich scheint nun in unseren Tagen das Zeitalter der Rechtsphilosophie von der Rechtssoziologie abgelöst zu werden. Doch auch hier handelt es sich sachlich um konzentrische Kreise. Naturrechtslehre, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie sind sich ergänzende Versuche, die von verschiedenen Gesichtspunkten aus das, was wir Recht nennen, zu klären unternehmen.

Es ist nur zu hoffen, daß dieser Weltkongreß für Rechts- und Sozialphilosophie in der gewaltigen Aufgabe, die Versöhnung und Zusammenarbeit der Rechtssoziologen und Rechtsphilosophen herbeizuführen, einen entscheidenden Schritt nach vorn bedeuten möge.

JOSÉ LLOMPART  
*Sophia Universität, Tokio*